

Monteroni, Julieta

“Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

“Paradiso, Campanelli” and a cross-border surrogacy arrangement in the European Court of Human Rights

Prudentia Iuris N° 80, 2015

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Monteroni, J. (2015). “Paradiso, Campanelli” y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en línea], *Prudentia Iuris*, 80. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/paradiso-campanelli-contrato-internacional.pdf> [Fecha de consulta:.....]

**“PARADISO, CAMPANELLI”¹ Y UN CONTRATO INTERNACIONAL DE
MATERNIDAD SUBROGADA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO
DE DERECHOS HUMANOS**
*“Paradiso, Campanelli” and a Cross-border Surrogacy arrangement in the
European Court of Human Rights*

Julieta Monteroni*

Introducción

El contrato de gestación por sustitución, también llamado alquiler de vientres o maternidad subrogada, es aquel en el que se acuerda con una mujer (la madre subrogante) que esta tendrá un hijo y luego se lo dará a quien encargó al niño. Dependiendo del caso, los gametos pueden ser de la madre subrogante, de los pretendidos padres, solo de uno de ellos o de ninguno, es decir, de terceras personas.

En algunos países estos contratos están prohibidos, mientras que en otros están permitidos y, en otros, no regulados. En este marco de dispersión normativa se ha generado un fenómeno llamado “turismo reproductivo”, que consiste en que quien pretende obtener un niño por subrogación, viaje de su Estado de residencia a otro – en donde la regulación sea más permisiva– con el solo objeto de celebrar un contrato de gestación por sustitución y anotar al niño como propio.

Como consecuencia, no solo existen complicaciones para los pretendidos padres a la hora de querer volver al Estado donde buscan que se reconozca a ese hijo como propio, sino que, una vez en el Estado receptor, basándose en el orden público, puede que este no reconozca el certificado de nacimiento en donde el niño es inscripto como hijo de ellos. En este escenario es donde se sitúa la sentencia en comentario.

El caso

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en “Paradiso et Campanelli v. Italie”, sentencia del 27 de enero de 2015, decidió sobre un caso de maternidad subro-

¹ “Paradiso and Campanelli v. Italie”, no. 25358/12, ECHR, 27 de enero de 2015.

* Abogada de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: juli_monteroni@hotmail.com

gada. Paradiso y Campanelli son un matrimonio italiano que realizó un contrato de gestación por sustitución en Rusia, ya que esta práctica se encuentra prohibida en su país.

A través de este contrato, la madre subrogante accedió a entregar al matrimonio italiano el niño que naciera fruto de la fertilización *in vitro*. En febrero de 2011 nace el niño y es inscripto como hijo del matrimonio sin hacer referencia alguna al contrato de gestación por sustitución. El consulado italiano en Moscú entrega la documentación necesaria para que el niño pueda viajar a Italia. Una vez allí, solicitan la inscripción del certificado de nacimiento, pero el consulado informa al Tribunal de Menores de Campobasso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y a las autoridades de Colletorto que el certificado contenía información falsa.

En mayo de 2011 el matrimonio es acusado de alteración de estado civil y de incumplir la legislación italiana e internacional sobre adopción. Según la legislación italiana, el niño se encontraría en estado de abandono, por lo que la fiscalía del Tribunal de Menores de Campobasso solicita la apertura de un procedimiento de adopción. Al realizarse un examen de ADN se descubre que ninguno de los pretendidos padres tiene un lazo biológico con el niño, por lo que no se conoce la identidad del menor. El niño es puesto bajo tutela y es entregado a padres adoptivos en enero de 2013.

En abril de 2013 se confirma la negativa de inscribir el certificado ruso por contrariar el orden público, por la inexactitud de la información que contiene y por la falta de lazo genético con los pretendidos padres. Es así como estos apelan y llevan el caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Opinión mayoritaria

El Tribunal sostiene que ha existido una violación al art. 8° del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de las autoridades italianas –una violación al derecho al respeto por la vida privada y familiar– al no dejarles registrar el certificado ruso y al haber quitado al niño de su cuidado.

El art. 8° del CEDH estipula:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Según el citado artículo, cuando existe una injerencia por parte de la autoridad pública, el Tribunal debe medir si afecta el derecho al respeto de la vida privada y familiar llevando a cabo el siguiente análisis:

- Preguntarse si esta injerencia está prevista en la ley,
- Si persigue un fin legítimo, y
- Si es necesaria en una sociedad democrática para lograr el fin que persigue.

Esto es lo que hace el Tribunal en el presente caso. Al analizar el primer punto, concluye que la medida tomada por las autoridades italianas estaba prevista en la ley. Para fundamentarlo dice que, según el art. 5° de la Convención de la Haya de 1961, la apostilla no certifica la veracidad del contenido del certificado; esta limitación de efectos jurídicos tiene como finalidad preservar el derecho de los Estados signatarios de aplicar sus propias reglas en materia de conflicto de leyes. En el caso, teniendo en cuenta que no se conoce quiénes fueron los donantes de gametos y la nacionalidad del niño no está establecida, las autoridades italianas decidieron aplicar el derecho italiano en materia de filiación. La mayoría concluye que la aplicación del derecho italiano, que lleva a considerar que el niño se encuentra en estado de abandono, no sería arbitraria y las medidas tomadas se apoyarían en las disposiciones del derecho interno (§72).

En cuanto al fin legítimo perseguido, la Corte sostiene que no cabe duda de que las medidas tomadas tienden a la “defensa del orden” y también buscan proteger los “derechos y libertades del niño” (§73).

Finalmente, al analizar la necesidad de la injerencia por parte de las autoridades nacionales, llega a la conclusión de que, teniendo en cuenta los intereses en juego, la medida no es proporcional al fin. Esgrimiendo el argumento del interés superior del niño, la mayoría opina que en el caso no se dan las condiciones necesarias para justificar la remoción del menor de su familia de facto, medida que solo debería ser admitida en situaciones extremas. A estos argumentos agregan que, con motivo de no haberse admitido la registración, el niño permaneció sin identidad hasta abril de 2013.

El Tribunal señala que la violación al art. 8° del CEDH se debe a la remoción del niño del cuidado de los pretendidos padres, pero no hace referencia a la maternidad subrogada sino que aclara que esta violación podría darse también en otros casos, como podría ser en un no reconocimiento de adopción (ej., “Wagner”). El tribunal falla a favor del matrimonio Paradiso-Campanelli y condena al Estado Italiano, pero concluye diciendo que ello “no debe ser entendido como una obligación del Estado de devolver el menor a los requirentes” (§88).

Esto resulta llamativo en dos sentidos: si se viera violado el derecho consagrado en el art. 8° del CEDH, debería pedirse la restitución del niño, caso contrario debería entenderse que no se ha violado el derecho del matrimonio a su vida familiar; además, si bien en esta decisión no se hace referencia a la maternidad subrogada, la Corte con su sentencia está allanando el camino para que, en casos futuros, los Estados deban aceptar los efectos de la gestación por sustitución sin miramientos sobre el origen ilegal o no de la práctica.

Opinión disidente

Dos de los siete jueces del Tribunal sostuvieron que en el caso no se veía violado el art. 8º del CEDH, puesto que la injerencia de las autoridades italianas “estaba prevista por la ley, perseguía un fin legítimo y era necesaria en una sociedad democrática” (§5).

En lo que respecta a que la injerencia está prevista por la ley y que persigue un fin legítimo, remite a la opinión de la mayoría. Pero en cuanto a la necesidad de las medidas tomadas por las autoridades italianas sostiene que, si bien no es necesario un lazo genético para que exista una vida familiar de facto, el Tribunal debe considerar la ilegalidad existente en el origen de esa vida familiar. Teniendo en cuenta esta circunstancia, las medidas tomadas no serían desproporcionadas.

Tópicos jurídicos que se tratan en el fallo

Principio de subsidiariedad y doctrina de la “cuarta instancia”

La disidencia, al fundamentar su voto, dice que el Tribunal solo debe decidir si los jueces nacionales actuaron de forma arbitraria o no; caso contrario, se estarían pasando por alto tanto el principio de subsidiariedad como la doctrina de la “cuarta instancia” (§13).

A diferencia de la opinión mayoritaria, la minoría sostiene que los tribunales inferiores lograron un equilibrio entre los intereses públicos y los privados en juego. No encuentra razones para considerar como arbitraria la posición de los jueces nacionales y agrega que las autoridades italianas actuaron de acuerdo a la ley, en defensa del orden público y con el fin de proteger los derechos del niño.

El principio de subsidiariedad, en el contexto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hace referencia a que recae sobre los tribunales nacionales la tarea de asegurar y hacer cumplir los derechos consagrados en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y solo cuando estos no cumplan con su deber, el Tribunal podrá intervenir².

Los tribunales nacionales tienen un margen de apreciación para ponderar los intereses en conflicto siguiendo el ordenamiento jurídico. Además, les corresponde determinar los hechos e interpretar el derecho en el caso concreto y sus “declaraciones y conclusiones en estos ámbitos vinculan al Tribunal. [...] [E]l Tribunal puede y debe asegurar que el proceso de decisión, que ha dado lugar al acto denunciado por el demandante, haya sido equitativo y carente de arbitrariedad”³.

Es decir que, contrariamente a lo que se desprende del voto de la mayoría, el Tribunal debería limitarse a establecer si las decisiones de los tribunales nacio-

2 ECHR (2014). “Practical Guide on Admissibility Criteria”, 82. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf.

3 TEDH (2010). “Guía Práctica sobre la Inadmisibilidad”, traducción del Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Consejo de Europa, 74. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_SPA.pdf.

nales han sido arbitrarias o no, ya que según la doctrina de la “cuarta instancia”⁴ el Tribunal no funciona como una instancia nacional suprema. “No es un tribunal de apelación, de casación o de revisión respecto a las jurisdicciones de los Estados parte del Convenio [...] [E]n ausencia de poderes de intervención directa sobre los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, el Tribunal debe respetar la autonomía de estos ordenamientos jurídicos”⁵.

Debemos recordar que, en el caso en comentario, las autoridades italianas –para decidir de la forma que lo hicieron y tomar las medidas que consideraron necesarias– tuvieron en cuenta la especial circunstancia de ilegalidad en la que se había forjado la vida familiar. Por lo tanto, no se daría el caso excepcional por el cual el Tribunal puede desconocer las conclusiones de los tribunales nacionales, es decir, cuando estas sean “manifiestamente arbitrarias, contrarias a la justicia y al sentido común, constituyendo por sí mismas una violación del Convenio”⁶.

Interés superior, identidad y registración del niño

El principio del interés superior del niño es tomado como fundamento tanto por la mayoría como por la disidencia para decidir de la forma que lo hicieron.

Es importante tener en cuenta que el principio del Interés Superior del Niño (principio consagrado en el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño)⁷ es necesario para interpretar y aplicar la ley, aunque no puede ser utilizado para contrariar lo expresamente previsto en la misma. En un fallo del Tribunal Supremo de España sobre maternidad subrogada⁸, se utilizó este argumento para denegar la inscripción de la filiación de dos niños gestados en California a través de un contrato de alquiler de vientre. En ese caso, la mayoría no admite el argumento del interés superior del niño como medio para conseguir resultados contrarios a la ley. El Tribunal sostuvo que los recurrentes se desplazaron únicamente para concretar el contrato de gestación por sustitución porque tal actuación se encontraba prohibida en España (art. 10, LTRHA).

Al decir que no puede ser utilizado para contrariar la ley, se está teniendo en cuenta el derecho a la identidad del niño, “el conjunto de datos biológicos y de atributos y características que, en un plano de igualdad, posibilita distinguir, indubitablemente, a una persona de todas las demás”⁹, ya que en estos casos hay que notar que el interés superior del niño se ve vulnerado desde que se lo priva de conocer su verdadera identidad y conocer quiénes son sus padres.

4 Término jurisprudencial utilizado por el TEDH, “Kemmache v. France” (no. 3), § 44, ECHR.

5 *Ibidem* nota 3, 72. *Ibidem* nota 2, 83.

6 *Ibidem* nota 3, 72-73. *Ibidem* nota 2, 83-84.

7 Art. 3º, inciso 1, CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

8 Recurso 245/2012, Tribunal Supremo de España, sala de lo civil en pleno, 6 de febrero de 2014.

9 Ferrino, J. O. (2013, 28 de noviembre). “Hijos de primera e hijos de segunda”. En *El Derecho*, 2.

Relacionado con el interés superior y la identidad del menor, nos encontramos frente a la registración del niño. Uno de los fundamentos de la mayoría es que el menor no fue inscripto durante dos años. Por su parte, la minoría dice que este argumento no hace a la violación del art. 8° del Convenio, sino que podría resultar objeto de un posterior reclamo por parte del mismo niño.

Como bien queda estipulado en los arts. 7° y 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰, la registración es un derecho del menor, pero se trata de un derecho complejo: “El niño es acreedor del reconocimiento a su personalidad jurídica. Pero ese reconocimiento es un reconocimiento calificado [...] El Estado no puede avalar manipulaciones de sus pretensos progenitores en relación a los derechos fundamentales [del niño] [...], debe ser respetuoso de todas las dimensiones de su existencia personal”¹¹. Es decir que el Estado no puede permitir que los pretensos padres manipulen ilegalmente datos relacionados con la identidad del niño. El respeto por los derechos fundamentales del menor implica que se respeten todas las dimensiones que hacen a su identidad y se eviten manipulaciones que lo conviertan en un objeto del tráfico mercantil.

Por lo tanto, por un lado, nos encontramos con el interés en registrar al niño –como bien lo señala el Tribunal–, pero a su vez, para satisfacer el interés superior del menor es menester resguardar su identidad y no permitir que se registren datos falsos en documentos públicos, violando la plena satisfacción de sus derechos.

Orden público

Finalmente, la disidencia concluye diciendo que la posición de la mayoría viene a negar la legitimidad de la elección de los Estados de no reconocerle efectos a la gestación por sustitución. Si es suficiente crear ilegítimamente un lazo con un menor en el extranjero para que las autoridades nacionales se vean obligadas a reconocer la existencia de una vida familiar, es evidente que la libertad de los Estados de no reconocerle efectos jurídicos a ese contrato –libertad que ha sido reconocida por el mismo Tribunal en fallos anteriores¹²– es reducida a la nada (§15).

10 Art. 7°, CDN: “1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida”.

Art. 8°, CDN: “1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.

11 Basset, U. y Salaverri, M. (julio 2014). “**Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño**”. En *Revista de derecho de familia y de las personas*, Año 6, N° 6.

12 “Menesson v. France”, no. 65192/11, § 79, ECHR, 26 de junio de 2014. ECHR, “Labassee v. France”, no. 65941/11, § 58, ECHR, 2 de junio de 2014.

En este punto, cabe hacer una breve mención al orden público. Una decisión administrativa extranjera puede ser rechazada con fundamento en el orden público y el fraude a la ley; es probable que esta circunstancia se dé en caso de que la fuente de la posesión de estado sea ilícita o en caso de que se hieran principios esenciales del derecho del Estado (debido a la indisponibilidad del estado de las personas y al derecho a la identidad e identificación del recién nacido).

El Estado receptor puede denegar la inscripción de la filiación basándose en que el contrato de gestación por sustitución es nulo, y, por lo tanto, carece de efectos jurídicos (entre los que se encuentra la inscripción de la filiación en el Registro Civil). La filiación que se deriva de ese contrato sería contraria a la ley del país en donde se pretende inscribir e incompatible con su orden público. Para que se lleve a cabo el reconocimiento del título extranjero, debe realizarse un control no solo sobre la autenticidad de la certificación del registro extranjero, sino que no debe existir duda sobre la realidad del hecho inscripto y de su legalidad conforme a la ley¹³.

Podríamos decir que, en el caso en comentario, el Estado italiano contaba con la libertad de no reconocerle efectos jurídicos al contrato de gestación por sustitución celebrado en Rusia; por lo que, de forma contraria a lo resuelto por la mayoría, no sería desproporcionado denegar la inscripción de la filiación que se desprende del certificado de nacimiento ruso. En el caso no existía duda, sino que se tenía la certeza de que la información que contenía el certificado era falsa, amputaba el derecho a la identidad del niño y violaba la ley italiana.

Conclusión

Luego de analizar el caso “Paradiso y Campanelli”, podría concluirse que el Tribunal no tiene en cuenta la especial situación de ilegalidad que existe alrededor de este caso y que, como consecuencia de esta, se están violando los derechos del menor. Cabe preguntarnos cómo podrá resguardarse el derecho a la identidad de los menores y así velar por el interés superior de los niños que nacerán como consecuencia de estas prácticas. A su vez, permanece sin respuesta la cuestión sobre cuál sería la consecuencia para quienes eluden el régimen jurídico de manera ilegal, violando además los derechos del menor, y cuál es el papel del Estado frente a estas situaciones. Como dice la disidencia: pareciera que es suficiente crear ilegítimamente un lazo con un menor en el extranjero para que las autoridades nacionales se vean obligadas a reconocer la existencia de una vida familiar, lo que llevaría a que el poder de los Estados de reconocer o no efectos jurídicos a los contratos de gestación por sustitución quede disminuido a la nada.

¹³ *Ibidem* nota 8.