

# PARADISO Y CAMPANELLI C. ITALIA: ¿UN PRONUNCIAMIENTO EUROPEO CONTRA LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN?

MARÍA DÍAZ CREGO

Universidad de Alcalá

Revista Española de Derecho Europeo 64

Octubre – Diciembre 2017

Págs. 185 – 200

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS HECHOS DEL CASO: ¿QUÉ DISTINGUE A PARADISO Y CAMPANELLI DE LOS CASOS ANALIZADOS PREVIAMENTE POR EL TEDH?. III. LA INADMISIÓN DE LAS QUEJAS REFERIDAS A LA EVENTUAL VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL NIÑO. IV. LOS CONTORNOS IMPRECISOS DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: EL EXCESIVO PESO DEL VÍNCULO GENÉTICO. V. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DE LOS PADRES COMITENTES: UN DERECHO A QUE SE RESPETE LA DECISIÓN DE SER PADRES GENÉTICOS. VI. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

**RESUMEN:** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado ya sobre varios casos de gestación por sustitución. En *Mennesson y Labasse*, el tribunal condenaba a Francia por negarse a reconocer la filiación de unos niños nacidos de sendos contratos de gestación por sustitución internacionales. En el más reciente *Paradiso y Campanelli*, el tribunal vuelve a pronunciarse sobre la eficacia interna de un contrato de gestación por sustitución internacional. Sin embargo, la conclusión es bien distinta y el tribunal apoya el posicionamiento del Estado italiano en la materia. ¿Qué explica esa diferencia? ¿Es el caso *Paradiso y Campanelli* un pronunciamiento claro en contra de la gestación por sustitución?

**ABSTRACT:** The European Court of Human Rights has already dealt with several cases of international surrogacy. In the cases *Mennesson and Labasse*, the Court concluded that France had breached the right to private life of the children born out of an international surrogacy agreement when deciding not to recognise the legal parent-child relationship established abroad as a result of that agreement. In the more recent case *Paradiso and Campanelli*, the Court ruled again on the internal effects of surrogacy agreements legally concluded abroad. Even though, the decision made by the Court was substantially different, as it concluded that there was no violation of any right set forth in the European Convention. How can we explain such a difference? Is the case *Paradiso and Campanelli* a clear step against surrogacy?

**PALABRAS CLAVE:** Gestación por sustitución - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - derecho a la vida privada y familiar

**KEYWORDS:** Surrogacy - European Court of Human Rights - right to respect for private and family life

Fecha de recepción: 16/10/2017

Fecha de aceptación: 20/10/2017

## I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) se ha pronunciado ya sobre varios casos de gestación por sustitución, una controvertida práctica, regulada de forma muy diversa a nivel nacional, y que parece estarse convirtiendo en un floreciente negocio transnacional.

Efectivamente, las normas nacionales que regulan la gestación por sustitución destacan por su heterogeneidad, basculando entre la prohibición absoluta de la misma y la autorización de sus variantes más cuestionadas, significativamente, la gestación por sustitución comercial<sup>1</sup>. En la misma línea, las instituciones internacionales distan de haber adoptado una posición clara sobre la cuestión, oscilando nuevamente entre la urgencia de prohibir este tipo de contratos o de regularlos para salvaguardar los derechos de las partes más vulnerables, especialmente los de los niños. Sirva como botón de muestra la prohibición tajante de la gestación por sustitución que contenía la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 17 de diciembre de 2015<sup>2</sup>, el reciente rechazo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a solicitar al Comité de Ministros que aprobara unas directrices europeas para proteger a los niños nacidos mediante gestación por sustitución<sup>3</sup>, o la decisión de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional

1. Para una aproximación a un significativo elenco de normativas nacionales, ver: Report of the Columbia Law School, Sexuality and Gender Law Clinic (2016), «Surrogacy Law and Policy in the US: A National Conversation informed by Global Lawmaking» ([http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia\\_sexuality\\_and\\_gender\\_law\\_clinic\\_-\\_surrogacy\\_law\\_and\\_policy\\_report\\_-\\_june\\_2016.pdf](http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_june_2016.pdf)); Katarina Trimmings y Paul Beaumont (ed.) (2013), *International Surrogacy Agreements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing. Para una aproximación al estado de la cuestión en los Estados miembros de la UE, ver: Parlamento Europeo (2013), «A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States», ([http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)).
2. Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo 2014, P8\_TA(2015)0470.
3. El 11 de octubre de 2016, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa decidía, por 83 votos contra 77 (7 abstenciones), rechazar el Informe provisional elaborado por la relatora Ms. De Sutter, «Children's rights related to surrogacy», pidiendo al Comité de Ministros que aprobara Directrices europeas en la materia y colaborara con los trabajos que se estaban desarrollando en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. Toda la información sobre el informe y los resultados de la votación puede encontrarse en la página web de la Asamblea: <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID>

Privado de focalizar su atención en las problemáticas que plantean los llamados contratos de gestación por sustitución transnacionales, especialmente desde el punto de vista de la protección de los menores nacidos de tales contratos<sup>4</sup>.

Y mientras el debate jurídico en torno a la gestación por sustitución crece, también crecen las cifras de negocio asociadas a la misma. La Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado estimaba, en el año 2012, que entre 2006 y 2010 el «negocio» de las clínicas que facilitaban la gestación por sustitución había ascendido en un 1000%<sup>5</sup> y algunos autores se atrevían a cifrar el volumen de negocio de esas clínicas en 6 billones de dólares anuales<sup>6</sup>.

En medio de este encendido debate, el TEDH ha tenido que resolver distintos casos de gestación por sustitución que tenían, como ocurre en numerosas ocasiones, un componente transnacional. En 2014, se pronunció sobre el fondo de dos importantes casos contra Francia (*Mennesson c. Francia* y *Labassee c. Francia*, ambos de 26 de junio de 2014) y declaró inadmisibile un caso contra Bélgica (*D. y otros c. Bélgica*, de 8 de julio de 2014). La estela de casos contra Francia continuó, en 2016, con el caso *Foulon y Bouvet* (21 de julio de 2016) y, en 2017, con el caso *Laborie* (19 de enero de 2017). Aunque los hechos del caso belga diferían, los pronunciamientos contra Francia tenían como contexto sendos contratos de gestación por sustitución celebrados en variados países (Estados Unidos, India, Ucrania), y se centraron esencialmente en la protección de los derechos de los niños nacidos de ese tipo de contratos, ya que el problema central giraba en torno a la negativa de las autoridades francesas a inscribir en el registro civil el certificado de nacimiento expedido por las autoridades del país en el que se había producido el nacimiento reconociendo el vínculo de filiación entre los niños y los padres intencionales.

El caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*, objeto de este comentario, es el último pronunciamiento del TEDH en la materia y es el único de estos casos que ha sido objeto de sentencias discrepantes de una de las Salas del TEDH (de 27 de enero de 2015) y de la Gran Sala (24 de enero de 2017)<sup>7</sup>. Los hechos del caso eran notablemente distintos a los analizados en casos anteriores, en la medida en que los demandantes habían recurrido a un contrato de gestación por sustitución comercial, no existía vínculo genético entre el niño y los padres intencionales y esto provocó que las autoridades italianas decidieran declarar al niño en desamparo y darlo en adopción. La Sala del TEDH que entendió originalmente del asunto consideró vulnerado el derecho a la vida familiar de los padres

4. Todos los documentos adoptados en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre esta materia, incluidos los del grupo de expertos creado al efecto, pueden encontrarse en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
5. Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012), «A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements», Doc. Preliminar núm. 10, pp. 8 y ss. (<https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>)
6. Report of the Columbia Law School, Sexuality and Gender Law Clinic (2016), op. cit, pp. 6 y ss.
7. Un interesante análisis de este caso puede encontrarse en: Esther Farnós Amorós (2017), «Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho», *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Biomédicas*, núm. 40, pp. 231-242.

intencionales al estimar que la reacción de las autoridades italianas fue desproporcionada. La Gran Sala analizó el caso desde la perspectiva del derecho a la vida privada de los padres intencionales, llegando a la conclusión opuesta a la de la Sala, en una reñida votación de once jueces contra seis. El resultado ha sido interpretado por algunos como una condena del TEDH a la gestación por sustitución<sup>8</sup>. Sin embargo, entiendo que el pronunciamiento del tribunal merece una lectura mucho más pausada. Vayamos por partes.

## II. LOS HECHOS DEL CASO: ¿QUÉ DISTINGUE A PARADISO Y CAMPANELLI DE LOS CASOS ANALIZADOS PREVIAMENTE POR EL TEDH?

El caso Paradiso y Campanelli presenta notables especificidades que lo distinguen de los casos de gestación por sustitución que había analizado previamente el TEDH. Tras varios intentos de convertirse en padres recurriendo a técnicas de reproducción humana asistida y a pesar de contar con el visto bueno de las autoridades de su país para convertirse en padres adoptivos vía adopción internacional, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli decidieron acudir a la gestación por sustitución a través de una clínica radicada en Rusia a la que pagaron una cantidad de unos 50.000 euros. El bebé nacido de la gestación tenía, supuestamente, el material genético del Sr. Campanelli y de una donante de identidad desconocida, pero no coincidente con la gestante. Pareceríamos estar, por tanto, ante un supuesto caso de subrogación gestacional de tipo comercial, en la medida en que se producía un pago por el servicio y la gestante no aportaba sus propios óvulos, a diferencia de que lo que ocurre en la subrogación tradicional<sup>9</sup>.

Tras el nacimiento del niño y la expedición del correspondiente certificado de nacimiento por las autoridades rusas, en el que la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli figuraban como progenitores del bebé, la Sra. Paradiso acudió al consulado italiano en Moscú para obtener los documentos que le permitieran trasladar al niño a Italia.

Pocos días después del traslado del niño a Italia, las autoridades italianas rechazaron la inscripción del certificado de nacimiento del menor en el registro civil del país e iniciaron dos procedimientos paralelos. Por un lado, los comitentes fueron acusados de sendos delitos de falsedad documental y alteración del estado civil por haber desplazado a un menor a Italia haciendo uso de documentación que contenía datos falsos. Por otro lado, se inició un procedimiento llamado a declarar al menor en desamparo e iniciar los trámites para su adopción.

---

8. Ver, por ejemplo, Natalia Ochoa Ruiz (2017), «Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2017, p. 7. Así como la interpretación realizada por asociaciones como World Youth Alliance (<https://www.wya.net/press-release/european-court-of-human-rights-rules-against-surrogacy/>) o One of Us (<https://oneofus.eu/2017/01/european-court-of-human-rights-rules-against-surrogacy-arrangements/>)

9. Para las diferencias entre los distintos tipos de contratos de gestación por sustitución, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012), op. cit, Glosario adjunto.

El proceso penal no había concluido todavía en el momento en que el TEDH se pronunció sobre el caso. El desarrollo del proceso civil fue mucho más rápido y tuvo importantes consecuencias para los padres intencionales y el menor de edad, en la medida en que tres meses después del inicio del procedimiento, el Sr. Campanelli y el menor se sometieron a una prueba de ADN que demostró que no existía vínculo genético entre ambos. A la luz del resultado de la prueba, el tribunal italiano que entendía del asunto subrayó que no nos encontrábamos ante un caso de gestación por sustitución, en la medida en que ésta presupone que el bebé tenga un vínculo genético con alguno de los padres intencionales, y que la actuación de éstos era claramente contraria a la legislación italiana en materia de adopción internacional y de reproducción médicamente asistida. Los tribunales italianos decidieron así separar al menor de los padres intencionales, ubicarlo en una casa cuna, declararlo en situación de desamparo y comenzar el procedimiento que desembocaría en su adopción. Se impidió todo contacto entre los padres intencionales y el niño y se negó a los primeros el derecho a constituirse en parte en el proceso de adopción del menor.

Los hechos del caso Paradiso y Campanelli, diferían así notablemente de los asuntos previamente analizados por el TEDH. Tal y como ya se indicó, en los casos contra Francia, el TEDH parecía enfrentarse a supuestos de gestación por sustitución comercial y altruista, pero siempre quedaba claro que existía un vínculo genético entre uno de los padres intencionales y los menores nacidos fruto del contrato. En el caso D. y otros c. Bélgica, el TEDH parecía enfrentarse también a un contrato de gestación por sustitución de tipo comercial, aunque nada se indicaba expresamente en los hechos del caso<sup>10</sup>. No obstante, el vínculo genético entre uno de los padres intencionales y el menor estaba de nuevo claro.

La reacción de las autoridades nacionales frente al intento de dotar de eficacia interna a esos contratos de gestación por sustitución fue también mucho menos contundente que en el caso Paradiso y Campanelli. En los casos franceses, las autoridades nacionales se habían negado a inscribir a los niños nacidos del contrato de gestación por sustitución como hijos de los padres intencionales en el registro civil francés, pero no se había producido una efectiva separación de la familia, que había permanecido unida y residiendo, en algunos casos durante años, en territorio francés. En el caso D. y otros c. Bélgica, sí se había producido una separación del niño nacido del contrato de gestación por sustitución y los padres intencionales durante los primeros meses de vida del menor mientras las autoridades belgas comprobaban la existencia de un vínculo genético con el padre y concedían el *laissez-passer* que permitía la entrada del menor en territorio belga.

Aunque el caso D. y otros c. Bélgica fue inadmitido por el TEDH como manifiestamente infundado una vez que se expidió el *laissez-passer* a favor del menor, la jurisprudencia sentada por el TEDH en los casos contra Francia hacía pensar que el caso Paradiso y Campanelli depararía un interesante debate sobre varias cuestiones entrelazadas entre sí: a) la existencia de una eventual vulneración del derecho a la vida privada y familiar del

---

10. Sobre la regulación en Ucrania, ver: Report of the Columbia Law School, Sexuality and Gender Law Clinic (2016), op. cit., p. 16.

menor, derivada de la negativa de las autoridades a reconocer su filiación; b) la existencia de una eventual vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los padres intencionales, derivada de su separación del menor; y c) el alcance del margen de apreciación nacional en relación con el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución, dadas las importantes implicaciones morales y éticas que plantea la regulación de esta figura.

Recuérdese así que, en los casos franceses, el TEDH analizó los hechos desde la perspectiva del derecho a la vida familiar de los padres intencionales y los niños nacidos de la gestación por sustitución, así como del derecho de los niños a la vida privada, mientras que en el caso D. y otros c. Bélgica, el TEDH analizó la cuestión desde la óptica exclusiva de la vida familiar del niño y los padres intencionales<sup>11</sup>. A pesar del enfoque previo de estos asuntos, la decisión del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli se alejaba de los pronunciamientos anteriores del tribunal, al obviar su tradicional razonamiento centrado en los derechos del niño y cuestionar la existencia de una vida familiar que debiera ser objeto de protección. El diverso tratamiento parecía justificarse en las importantes diferencias fácticas entre este caso y los anteriormente resueltos por el mismo tribunal.

### III. LA INADMISIÓN DE LAS QUEJAS REFERIDAS A LA EVENTUAL VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR DEL NIÑO

La primera diferencia entre el tratamiento del caso Paradiso y Campanelli y los asuntos en la materia resueltos previamente por el TEDH tiene que ver con la delimitación de las quejas que fueron admitidas por el tribunal. Como habían hecho los padres intencionales en anteriores casos ante el TEDH, los Srs. Paradiso y Campanelli alegaron, en nombre del niño fruto de la gestación por sustitución, la eventual vulneración de los derechos a la vida privada y familiar. Si bien esas quejas habían sido admitidas en los casos contra Francia, la sentencia de la Sala del TEDH que resolvió originalmente el asunto Paradiso y Campanelli consideró incompatible *ratione personae* con el CEDH las quejas referidas al menor (§ 48-50). La Gran Sala no pudo sino seguir la estela de su razonamiento, en la medida en que el objeto de su pronunciamiento se limita necesariamente a las quejas admitidas previamente por la Sala (§ 84). Sin embargo, la operación parecía no adecuarse totalmente a la jurisprudencia previa del TEDH en la materia y, además, permitía al TEDH centrarse únicamente en la eventual vulneración de los derechos de los padres intencionales, pasando de puntillas sobre una de las cuestiones clave a afrontar en el caso, en concreto, si podía hablarse de vulneración de algún derecho del menor.

Efectivamente, la Sala del TEDH que se pronunció en primer lugar sobre el caso Paradiso y Campanelli entendió que los demandantes no estaban legitimados para representar los intereses del menor, subrayando que no existía vínculo genético entre ellos, que nunca se les reconoció como padres del mismo y que no representaron al menor en los procesos judiciales internos, ya que sus intereses fueron defendidos por quien ejercía

11. Para un análisis detallado de estos casos previos, ver: Esther Farnós Amorós (2016), «La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia», *Revista de Bioética y Derecho & Perspectivas Bioéticas*, núm. 36, pp. 93-111.

la tutela (§ 49). La Sala del TEDH afirmaba aplicar así su jurisprudencia habitual en la materia, recordando expresamente los tres criterios tradicionalmente utilizados en casos semejantes, véase, los vínculos entre el niño y sus supuestos representantes, el objetivo de la demanda interpuesta ante el TEDH y la posible existencia de un conflicto de intereses (§ 48)<sup>12</sup>.

Sin embargo, esa decisión no parecía consistente con anteriores pronunciamientos del TEDH. Parecía evidente que el caso Paradiso y Campanelli sólo se distinguía de los asuntos contra Francia y D. y otros c. Bélgica, en los que el TEDH sí había admitido la legitimación de los padres intencionales para representar al menor nacido del contrato de gestación por sustitución, en dos diferencias clave, que se relacionaban con el primer criterio habitualmente utilizado por el TEDH para determinar si existe legitimación activa en este tipo de supuestos, en concreto, los vínculos entre el niño y sus supuestos representantes.

Por un lado, quedaba claro que, en los casos anteriormente resueltos por el TEDH, los padres intencionales (o al menos uno de ellos) sí tenían un vínculo genético con el menor. Por otro lado, parecía también evidente que, en los casos anteriormente resueltos por el TEDH, la actuación de las autoridades nacionales no había sido tan contundente e inmediata como en el caso Paradiso y Campanelli, no habiéndose producido una separación efectiva y dilatada en el tiempo del menor y los padres intencionales, ni tampoco, claro está, la declaración en desamparo del menor y el nombramiento de un tutor legal.

Puesto que lo que tenía que enjuiciar el TEDH era, precisamente, la adecuación al CEDH de la reacción de las autoridades nacionales, no parecía de recibo que ese criterio se tuviera en cuenta a la hora de decidir sobre la admisibilidad de la demanda. Desprovisto de ese apoyo, la inexistencia de vínculo genético se convertía en el único elemento que diferenciaba los casos en que sí se había admitido la legitimación activa de los padres intencionales para representar a los niños nacidos de la gestación por sustitución y el caso Paradiso y Campanelli.

Se suscitaba así la duda de si el TEDH estaba siendo tan flexible como predica su jurisprudencia en la materia y si ese único elemento justificaba la adopción de una decisión que tenía como consecuencia que los derechos del niño y su interés superior quedaran en un segundo plano, utilizándose tan sólo como un criterio llamado a ser empleado para determinar si se había producido una vulneración de los derechos de los padres intencionales. Fruto de la decisión de la Sala del TEDH, el debate jurídico quedaba limitado, planteándose claramente en términos de «derechos de los padres intencionales» vs. orden público, y ello a pesar de la importancia que tienen los derechos de los menores en el debate sobre la gestación por sustitución. Recuérdese así que los menores nacidos de contratos de gestación por sustitución son quizás la parte más frágil del triángulo de relaciones que genera esta práctica y, en esa lógica, numerosos autores alertan del riesgo

---

12. Sobre la jurisprudencia del TEDH en este ámbito, ver: Council of Europe, «Practical Guide on Admissibility Criteria», 2014, pp. 13 y ss. ([http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility\\_guide\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Admissibility_guide_ENG.pdf))

de «mercantilización» de los niños que la gestación por sustitución provoca, así como de los problemas variopintos que puede acarrear para los menores la falta de reconocimiento de los vínculos de filiación creados por esta vía<sup>13</sup>.

#### IV. LOS CONTORNOS IMPRECISOS DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR: EL EXCESIVO PESO DEL VÍNCULO GENÉTICO

Tal y como había ocurrido ya en los asuntos semejantes anteriormente resueltos por el TEDH, los demandantes acudieron al derecho a la vida familiar, reconocido en el art. 8 CEDH, para tratar de fundamentar su demanda al entender que habían forjado vínculos familiares con el menor durante sus ocho meses de convivencia en común. La Sala del TEDH, aun reconociendo que no existía vínculo legal entre los padres intencionales y el niño, consideró que la convivencia en los primeros estadios de la corta vida del menor había permitido que se creara una familia *de facto* que quedaba protegida bajo el manto del art. 8 CEDH. Aunque la medida de alejamiento adoptada por las autoridades nacionales tenía base legal y perseguía un objetivo legítimo, la Sala la consideraba desproporcionada al entender que todo alejamiento de un menor de su familia debía ser una medida extrema que se adoptara en casos de riesgo inminente y, en el caso objeto de estudio, consideraba la Sala, no se había tenido en cuenta ni su interés superior ni sus condiciones de vida con los padres intencionales (§ 82-88).

Aquí radicaba la principal diferencia entre la decisión de la Sala y la Gran Sala, en la medida en que la segunda negaba la existencia de una vida familiar que debiera protegerse al amparo del art. 8 CEDH. Omitiendo de forma clara la utilización del término gestación por sustitución para calificar los hechos del caso, la Gran Sala justificaba esa conclusión subrayando especialmente la inexistencia de vínculo genético entre los demandantes y el niño, el escaso tiempo durante el cual habían permanecido unidos y la incertidumbre sobre el vínculo legal entre uno y otros que habían provocado los propios demandantes, al desplazar a Italia a un niño extranjero sin seguir el procedimiento de adopción internacional y utilizar una técnica de reproducción humana asistida que estaba prohibida en ese país.

Sin embargo, esta conclusión parecía difícil de justificar a la luz de la jurisprudencia previa del TEDH. Según recordaba la propia Gran Sala, el derecho a la vida familiar no implica un derecho a fundar una familia o a adoptar, sino que presupone la existencia de una familia y, por tanto, de que se hallan forjado vínculos personales cercanos («close personal ties») entre sus miembros (§ 140-141). Esto no depende necesariamente de

13. Sobre el riesgo de mercantilización o «commodification» en inglés, ver: Yasmine Ergas (2013), «Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy», *Emory International Law Review* núm. 27, pp. 117 y ss.; David M. Smolin (2016), «Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children», *Pepperdine Law Review* núm. 43, pp. 265 y ss. Sobre los problemas asociados a la falta de reconocimiento de estos contratos en relación con los niños nacidos de los mismos, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012), op. cit., pp. 4 y ss. y 26 y ss.

la existencia de un vínculo genético o legal entre los miembros de la familia, ya que el TEDH ha reconocido que puede haber una vida familiar *de facto* si hay vínculos personales genuinos, esto es, atendiendo a la calidad del vínculo, al papel que juegan los adultos respecto al niño y a la duración de su cohabitación (§ 151)<sup>14</sup>.

Parecía evidente que, en ausencia de vínculo genético y ante la incertidumbre del vínculo legal, la Gran Sala debía tener en cuenta los otros criterios marcados por su jurisprudencia. Sin embargo, una aplicación coherente de los mismos le habría obligado a reconocer la existencia de vida familiar: la propia Gran Sala reconocía que los demandantes habían desarrollado un proyecto parental con el menor y asumido su papel de progenitores, creando un vínculo muy estrecho con él. Además, en anteriores asuntos, no había discutido la existencia de vida familiar incluso ante períodos de cohabitación que habían durado notablemente menos que los ocho meses analizados en el caso<sup>15</sup>.

Por el contrario, la Gran Sala trataba de justificar su posicionamiento acudiendo nuevamente a la inexistencia de vínculo legal o genético entre el niño y los demandantes y a la escasez del tiempo de cohabitación que habían disfrutado juntos. Se mezclaban así presupuestos que el TEDH analiza normalmente de forma diferenciada: sólo si no hay vínculo legal o genético se analiza la posible existencia de una vida familiar *de facto*, de modo que difícilmente parecía justificable una mezcla de todos los criterios en una suerte de *totum revolutum*.

Además, el intento de justificar la inexistencia de vida familiar en la brevedad del período de cohabitación, llevaba al TEDH a una suerte de callejón sin salida: a) primero, porque le obligaba a plantearse qué período de cohabitación es el mínimo que debe darse para crear vínculos familiares, una cuestión difícil de determinar *a priori*; b) y, segundo, porque le obligaba a justificar la inaplicación del derecho a la vida familiar por un hecho provocado por las propias autoridades italianas que era, además, el objeto mismo de su enjuiciamiento. El TEDH parecía reconocer de algún modo que habían sido las autoridades italianas las que habían impedido que se forjara una vida familiar poniendo fin a la cohabitación entre los demandantes y el niño, una conclusión cuando menos llamativa si se tenía en cuenta que era precisamente ese comportamiento de las autoridades el que debía ser objeto de enjuiciamiento por parte del tribunal.

En fin, la insistencia en la inexistencia de vínculo legal o genético parecía especialmente dudosa, ya que pone en discusión principios muy asentados en la jurisprudencia del TEDH. Recuérdese así la constancia con la que el TEDH ha afirmado que la existencia de una vida familiar es una cuestión de hecho y que el art. 8 CEDH protege tanto a las familias «legítimas» como a las consideradas «ilegítimas» desde el punto de vista del De-

14. Sobre el concepto de familia en la jurisprudencia del TEDH, ver: Harris, O'Boyle and Warbrick (2014), *Law of the European Convention on Human Rights*, pp. 371 y ss; Pablo Santolaya (2014), «El derecho a la vida privada y familiar. Un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad», en Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de los Derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 407 y ss.

15. Ver, por ejemplo, TEDH D. y otros c. Bélgica, Decisión de admisibilidad, de 8 de julio de 2014.

recho nacional<sup>16</sup>. Esta jurisprudencia le ha permitido extender la protección que otorga el art. 8 CEDH más allá de los límites de la familia convencional y, por tanto, independientemente de la existencia de matrimonio u otros vínculos de sangre o legales.

Curiosamente, el enfrentamiento entre esas dos visiones de la vida familiar se observaba nuevamente en las opiniones concurrentes y disidentes a la decisión mayoritaria. En su opinión disidente, los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev ponían en valor la jurisprudencia flexible del TEDH y su versatilidad para adaptarse a nuevos modelos de familia, mientras que los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov entendían que el TEDH debía tener en consideración cómo se habían creado los vínculos familiares *de facto*, tanto desde una «perspectiva legal como moral», a fin de determinar si existía una vida familiar que proteger desde la perspectiva del art. 8 CEDH. La ley, afirmaban estos jueces, no podía ofrecer protección a hechos consumados en violación de normas jurídicas y principios morales fundamentales<sup>17</sup>.

En contra de lo defendido en esta última opinión, entiendo que los pronunciamientos morales no deben encontrar cabida en la jurisprudencia del TEDH y que, puesto que parte de su función es enjuiciar la adecuación al CEDH de las normas internas, éstas no pueden erigirse en criterio fundamental para determinar la inaplicación de un precepto del Convenio a un caso concreto. Por ello, entiendo que el razonamiento de la Gran Sala habría sido mucho más coherente con su sensata jurisprudencia previa, si se hubiera concluido que existía una vida familiar entre los demandantes y el niño en línea con lo planteado por la Sala, y se hubiera valorado la ausencia de vínculo genético, el escaso tiempo de cohabitación y la incertidumbre del vínculo legal creado en el análisis de la proporcionalidad de la medida. En este sentido, no hubiera sido difícil para la Gran Sala alcanzar la conclusión de que la medida era proporcionada a la luz de los numerosos textos que alertan sobre la necesidad de distinguir la gestación por sustitución de fraudulentos intentos de evitar la garantista normativa en materia de adopción, normativa que (no lo olvidemos) está llamada prioritariamente a garantizar los derechos de los niños<sup>18</sup>.

## V. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA DE LOS PADRES COMITENTES: UN DERECHO A QUE SE RESPETE LA DECISIÓN DE SER PADRES GENÉTICOS

Desechada la posibilidad de analizar el caso desde la óptica del derecho a la vida familiar, la Gran Sala estudiaba si los hechos del caso podían considerarse una injerencia

16. Harris, O'Boyle and Warbrick (2014), op. cit, pp. 371-372; Pablo Santolaya (2014), op. cit., p. 407.

17. En su versión original, el voto concurrente afirma: «...Secondly, in our view it is not possible to establish the existence of family life without examining the manner in which the interpersonal links have been established. This element should be assessed both from a legal and moral perspective. Nemo auditur propriam turpitudinem allegans. The law cannot offer protection to faits accomplis in violation of legal rules or fundamental moral principles» (Opinión concurrente de los Jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, par. 3).

18. Ver, en este sentido, Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012), op. cit., p. 7.

en el derecho a la vida privada de los demandantes. Su conclusión era positiva y el TEDH se esforzaba así por aportar distintos argumentos que le permitieran encajar los hechos del caso en el amplísimo contenido del derecho a la vida privada<sup>19</sup>.

Siguiendo otros casos en los que se había planteado la adecuación al CEDH de la prohibición de utilizar ciertas técnicas de reproducción humana asistida<sup>20</sup>, el TEDH recordaba que el derecho a la vida privada debía ser interpretado como un derecho a que se respete la decisión de una persona de convertirse (o no) en padre, inclusive en el sentido genético del término, derecho que se habría visto afectado por la decisión de las autoridades italianas de retirar la autoridad parental y separar a los demandantes del menor.

Sin embargo, no sólo se había producido una interferencia con esa vertiente del derecho. La Gran Sala identificaba otros tres aspectos del derecho que se habrían visto también afectados. Subrayaba así que también se había producido una intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los demandantes, en la medida en que habían visto frustrado su deseo de desarrollar el papel de padres en relación con el menor. En la misma lógica, puesto que el procedimiento interno había permitido determinar la inexistencia de vínculo genético entre el padre intencional y el menor, eso había tenido impacto en la identidad del padre intencional. Finalmente, puesto que los demandantes y el menor habían desarrollado un vínculo emocional importante y el derecho a la vida privada protege también el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, según la jurisprudencia habitual del TEDH<sup>21</sup>, la separación de los demandantes y el menor debía verse también como una injerencia en la vida privada de éstos.

Esta delimitación del contenido del derecho a la vida privada de los demandantes llamaba la atención por dos motivos. Por un lado, el TEDH parecía incluir en el derecho a la vida privada un nuevo contenido, en concreto, una suerte de derecho a desarrollar el papel de padre en relación con un menor. Este contenido se añade al ya reconocido derecho a que las autoridades respeten la decisión de una persona de convertirse en padre/madre, inclusive en el sentido genético del término, y parece acercar cada vez más la jurisprudencia del TEDH al reconocimiento firme de un derecho a convertirse en padre/madre<sup>22</sup>, que podría tener notables implicaciones en el ámbito de la reproducción humana asistida o de la gestación por sustitución, por poner tan sólo algún ejemplo.

Por otro lado, llamaba poderosamente la atención que el TEDH se esforzara en tratar de proteger los vínculos creados entre los padres intencionales y el niño a través del derecho a la vida privada de los demandantes. Era evidente que los vínculos emocionales creados por los demandantes y el niño eran los habituales en una relación paterno/materno-filial, de modo que alcanzada esta conclusión, no se entendía porqué la Gran Sala

---

19. En relación con el amplio contenido del derecho, ver: Harris, O'Boyle and Warbrick (2014), op. cit., pp. 364 y ss.

20. Ver, entre otros, STEDH S. H. y otros c. Austria, Gran Sala, de 3 de noviembre de 2011.

21. En este sentido, ver: Harris, O'Boyle and Warbrick (2014), op. cit., pp. 371 y ss.

22. Hasta la fecha, el TEDH viene negando el reconocimiento de ese derecho bajo el art. 8 CEDH. Ver: STEDh Paradiso y Campanelli c. Italia, Gran Sala, de 24 de enero de 2017, par. 215.

había decidido excluir los hechos del caso del paraguas de la vida familiar para después incluirlos en un extendidísimo derecho a la vida privada de los demandantes. Una conclusión difícilmente justificable.

En todo caso, alcanzada esa conclusión, la Gran Sala proseguía analizando la adecuación de la medida a lo previsto en el art. 8.2 CEDH. Valoraba así si la medida era legal (basada en la ley italiana sobre adopción), si perseguía un objetivo legítimo (en concreto, la protección del orden público y la garantía de los derechos de los niños) y si era necesaria en una sociedad democrática. Como en la mayoría de los casos, el razonamiento del tribunal se centraba en este último elemento, prestando especial atención a las razones aportadas por las autoridades nacionales para justificar la medida, y a la eventual proporcionalidad de la misma. El carácter más estricto o laxo del test a aplicar por el tribunal dependía, tal y como se verá con detalle más adelante, del margen de apreciación que el TEDH concediera a las autoridades nacionales en la materia. Puesto que el TEDH entendía que éste debía ser amplio, el test de proporcionalidad a aplicar se entendía que debía ser menos exigente.

En esa lógica, el TEDH subrayaba que las razones dadas por las autoridades interinas para adoptar la medida de alejamiento fueron relevantes, en la medida en que eran idóneas para alcanzar el objetivo perseguido, y suficientes, ya que se concentraron en la necesidad urgente de poner fin a una situación ilegal creada por los demandantes y en los posibles daños que pudiera sufrir el menor con el alejamiento de quienes habían sido sus cuidadores hasta ese momento, daños que las autoridades nacionales consideraron mínimos a la luz de los escasos meses de vida del niño.

El análisis de la proporcionalidad de la medida comenzaba enfatizando la relevancia de los intereses que el Estado italiano protegía a través de la medida analizada. El TEDH destacaba así que el Estado italiano había decidido prohibir la gestación por sustitución, especialmente controvertida desde el punto de vista ético cuando, como en este caso, se trataba de gestación por sustitución comercial, de modo que parecía razonable que ese mismo Estado tratara de evitar que sus ciudadanos acudieran a esa práctica en otros Estados e intentaran después consolidar los efectos del contrato celebrado en ese país (§ 203). El TEDH no lo decía explícitamente, pero parecía entender razonable el intento de las autoridades nacionales de evitar el fraude de ley que esta práctica suponía.

En la misma lógica, el TEDH subrayaba que el legislador italiano había decidido proteger a los menores de prácticas ilícitas, que podían llegar a constituir incluso casos de trata de personas, reconociendo la filiación sobre la base bien de la existencia de un vínculo genético bien de la existencia de una adopción formalizada siguiendo el procedimiento legalmente previsto. El tribunal señalaba así como razonable la decisión del Estado italiano de no reconocer eficacia alguna a un contrato de adopción entre particulares, que se celebraba al margen de las garantías previstas en la normativa sobre adopción, en este caso, internacional. Se destacaba así la especificidad del caso, que difícilmente podía verse como una verdadera gestación por sustitución justificable por la voluntad de los padres intencionales de convertirse en padres en el sentido genético del término. La inexistencia de ese vínculo convertía al contrato de gestación en un mero intento de evitar la aplicación de la normativa en materia de adopción internacional, mediante el pago

de una notable cantidad de dinero por la atribución de la filiación de un niño (§ 202). Esa precisión del TEDH llamaba la atención sobre una de las cuestiones que se plantean cuando se analiza la posibilidad de regular la gestación por sustitución, véase, si cabe ésta en ausencia de vínculo genético entre padres intencionales y menor<sup>23</sup>. La respuesta de buena parte de los Estados que han regulado esta práctica es claramente negativa<sup>24</sup>. Y, el pronunciamiento del TEDH parecía también cristalino al respecto.

Constatada la gravedad de los intereses en juego, el TEDH analizaba en qué medida las autoridades nacionales habían tenido en cuenta los intereses individuales en liza, véase, los del menor y los de los demandantes. En relación con el menor, el TEDH volvía a insistir en la valoración que habían hecho las autoridades nacionales en relación con las posibles consecuencias de su separación de los padres intencionales, subrayando que su interés superior había sido tenido en cuenta.

Más allá de esa reflexión, se subrayaba que el menor no era parte del procedimiento y que no existía entre él y los padres intencionales una vida familiar que hubiera de ser protegida. Parecía justificarse así que no se aplicara la regla general que presupone que el alejamiento de un menor de su familia sólo puede ser una medida de último recurso, una medida a aplicar cuando la vida o la integridad del menor esté en riesgo. Esa valoración había sido el eje central del razonamiento seguido por la Sala del TEDH que se había pronunciado previamente sobre el caso (§ 80-81). Sin embargo, la Gran Sala señalaba que, a la luz de los hechos del caso, no creía que las autoridades nacionales tuvieran la obligación de preservar el vínculo creado entre los demandantes y el niño, legalizando así una situación que contravenía claramente la normativa interna. Parecía, por tanto, crearse una razonable excepción a la regla general defendida por el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas que considera que el alejamiento de un menor de su familia debe ser siempre una medida de última *ratio*<sup>25</sup>.

El TEDH podría quizás haber enfatizado que los hechos del caso parecían apuntar a la posible contravención de importantes normas de Derecho Internacional, como el art. 4.c). 3 del Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que impide la compensación por los consentimientos otorgados para una adopción internacional, o los art. 35 de la Convención de Derechos del Niño y su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, que proscriben la venta de niños. Esos argumentos afianzaban claramente la posición sostenida por el tribunal, tal y como se destacaba en una de las opiniones concurrentes<sup>26</sup>. Sin embargo, esas referencias habrían sido proba-

23. Sobre la cuestión, ver: Octavio Salazar Benítez (2017), «La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica. Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos». *Revista de Derecho Político*, núm. 97, p. 110

24. En este sentido, ver: Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012), op. cit., par. 19.

25. Recomendación del CDN, *Children without parental care*, 17 de marzo de 2006, CRC/C/153, pars. 644 y ss.

26. Ver, Opinión concurrente de los Jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, par. 6-7.

blemente interpretadas como una clara toma de postura del TEDH contra la gestación por sustitución comercial y es probable que el TEDH decidiera ser prudente al respecto teniendo en cuenta las divergencias presentes entre las distintas normativas de los Estados parte del CEDH<sup>27</sup>.

En cuanto a los otros intereses individuales en liza, véase, los de los padres intencionales, el TEDH se limitaba a subrayar que las autoridades internas apenas los tuvieron en cuenta, a la luz de su ilegal actuación y de la precariedad del vínculo que habían creado con el menor. A pesar de ello, el TEDH concluía que no se había producido vulneración alguna del art. 8 CEDH. Quedaba claro así que la relevancia de los intereses generales en liza desplazaba al interés individual de los demandantes en continuar su vida con el menor. El interés del menor, parecía desprenderse del pronunciamiento del TEDH, podría haber revertido tal conclusión y haber conseguido que la balanza se inclinara a favor de la preservación del vínculo entre ellos. Sin embargo, el TEDH daba por buena la valoración del interés superior del menor realizada por los tribunales nacionales y eso le permitía concluir con la inexistencia de violación. Una conclusión acertada que, entiendo, pone en evidencia la relevancia de los intereses generales en juego, y ante la falta de consenso sobre la mejor forma de proteger los derechos de los niños nacidos de un contrato de gestación por sustitución, deja en manos de los Estados la decisión al respecto.

## VI. MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL Y TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Tal y como se ha señalado en el apartado anterior, la doctrina del margen de apreciación nacional jugaba un papel relevante en el pronunciamiento de la Gran Sala del TEDH en el caso *Paradiso y Campanelli*, al entender el tribunal que estábamos ante un caso en el que ese margen debía ser amplio. El posicionamiento de la Gran Sala contrastaba así con el de la Sala, que en su sentencia previa, había hecho una brevísima alusión a la doctrina del margen de apreciación nacional para referirse únicamente al amplio margen del que gozan los Estados parte en materia de adopción y en relación con cualquier decisión que suponga la puesta a disposición de un niño de los servicios de protección de menores (§ 74).

Llamativamente, la Gran Sala dedicaba un espacio mucho mayor a justificar la amplitud del margen de apreciación del que gozaban los Estados parte en la materia. Sin embargo, su pronunciamiento no se refería a la adopción, sino al tratamiento jurídico de la gestación por sustitución, lo que parecía mucho más acertado si se tenía en cuenta que los demandantes estaban tratando de dotar de eficacia jurídica en el ámbito interno a un contrato de gestación por sustitución celebrado de acuerdo con la legislación rusa.

---

27. En el ámbito del Consejo de Europa, al menos dos Estados permiten la gestación por sustitución comercial (Ucrania y Rusia), otros permiten únicamente la gestación por sustitución altruista (por ejemplo, Reino Unido), y otros prohíben totalmente la práctica. Para un análisis de la situación en numerosos Estados, ver: Katarina Trimmings y Paul Beaumont (eds.) (2013), *International surrogacy arrangements: Legal regulation at the International level*, Hart Publishing: Oxford.

La Gran Sala acudía así al Derecho comparado y a la relevancia de los intereses en juego para determinar, de acuerdo con su jurisprudencia habitual en la materia<sup>28</sup>, la amplitud del margen de apreciación con el contaban los Estados parte. No obstante, el Derecho comparado no parecía ser especialmente útil en el caso objeto de estudio. Efectivamente, la Gran Sala acudía al análisis de Derecho comparado ya realizado para resolver los casos *Menesson* y *Labasse*, y subrayaba que tan sólo siete de los treinta y cinco Estados miembros del Consejo de Europa que habían sido analizados habían autorizado la gestación por sustitución, pero que en trece de ellos las autoridades reconocían la filiación de los niños nacidos de un contrato de gestación por sustitución válidamente celebrado en otro país y los padres intencionales. El análisis de Derecho comparado presentaba un panorama lo suficientemente diverso como para que la Gran Sala no se atreviera a reconocer la existencia de un consenso europeo en la materia, reconocimiento que le habría obligado a restringir el margen de apreciación de los Estados<sup>29</sup>.

Además, surgía una duda en relación con la precisión del análisis realizado por el TEDH y su adecuación a los hechos del caso a resolver, en la medida en que no se tenía en cuenta si el reconocimiento de la filiación en los trece Estados de los que hablaba el tribunal se producía en todos los casos o sólo cuando existiera un vínculo genético con (alguno de) los padres intencionales, cuestión que resultaba esencial en el caso *Paradiso* y *Campanelli*, en la medida en que quedaba claro que el tratamiento del mismo habría sido bien distinto por parte de las autoridades italianas si el niño hubiera tenido un vínculo genético con alguno de los padres intencionales.

Más allá del uso que la Gran Sala hacía del Derecho comparado, llamaba la atención que el tribunal subrayara que los hechos del caso, relacionados con la regulación de la adopción, las técnicas de reproducción humana asistida, la gestación por sustitución y la protección de menores, tenían importantes implicaciones éticas, lo que redundaba en la concesión de un amplio margen de apreciación nacional a los Estados parte. La Gran Sala llegaba así a una conclusión distinta a la alcanzada en los casos *Menesson* y *Labasse*, en los que sobre la base de los mismos elementos de Derecho comparado, el TEDH alcanzaba la conclusión de que los Estados parte gozaban de un margen de apreciación atenuado a la luz de la relevancia del interés que estaba en juego, en el caso concreto, la determinación de la filiación de un niño y, por tanto, un aspecto esencial de la identidad de un individuo (Ver caso *Menesson*, § 80).

Esa misma conclusión podía haberse trasladado claramente al caso *Paradiso* y *Campanelli*, en la medida en que el alejamiento del niño de los padres intencionales se había producido como consecuencia de la negativa de las autoridades italianas a reconocer el certificado de nacimiento y la consecuente determinación de filiación realizada por las autoridades rusas. Sin embargo, la Gran Sala del TEDH hacía especial hincapié en resaltar los

28. Sobre la doctrina del margen y su aplicación por el TEDH, ver: Javier García Roca (2010), *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas-Thomson Reuters: Madrid.

29. Sobre la relevancia de la existencia de un eventual consenso europeo, ver: Javier García Roca (2010), op. cit., pp. 201 y ss.

elementos que diferenciaban los hechos de ambos casos, subrayando que no se planteaba ningún problema relacionado con la identidad del niño, en ausencia de vínculo genético entre él y los padres intencionales. De nuevo, la inexistencia de ese vínculo genético tenía notables consecuencias para la resolución del caso al inclinar la balanza hacia el Estado, otorgándole un mayor margen de apreciación en la materia, margen que, de nuevo, parecía razonable a la luz de la relevancia de los intereses generales en liza en el caso concreto.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El caso Paradiso y Campanelli muestra nuevamente las dificultades que plantea la resolución de asuntos concretos cuando éstos están fuertemente ligados a irresueltos debates de tipo moral y ético. El TEDH, como garante de un mínimo común denominador en materia de derechos a nivel europeo, no puede jugar un papel determinante en la resolución de esos debates inclinando la balanza hacia un lado o hacia el otro. En ausencia de un consenso europeo en la materia, su papel ha de ser prudente, reconociendo y valorando la diversidad y trascendencia de los intereses en liza.

En esa lógica, entiendo que la decisión del TEDH en el caso Paradiso y Campanelli no puede interpretarse como una condena de la gestación por sustitución. Los hechos del caso difícilmente permitían hablar de la existencia de una auténtica gestación por sustitución, en ausencia de vínculo genético entre padres intencionales y menor. Como máximo, el pronunciamiento del TEDH podría verse como un veto a prácticas que podrían incluso identificarse con la venta de niños o la trata de persona. De hecho, entiendo que el pronunciamiento del TEDH en los casos Mennesson y Labasse predetermina mucho más el debate jurídico en torno a la gestación por sustitución en Europa que el caso analizado, ya que en esos casos el TEDH sí imponía claramente a los Estados parte la obligación de reconocer ciertos efectos jurídicos a los contratos de gestación por sustitución celebrados en otros países, al menos cuando exista el vínculo genético que faltaba en el caso Paradiso y Campanelli.

Tras la resolución de estos primeros casos por el TEDH, entiendo que la pelota vuelve al tejado del debate público y democrático. El TEDH no se ha pronunciado de forma terminante sobre la gestación por sustitución, de modo que el legislador democrático parece gozar de cierta libertad para decidir sobre su prohibición total o su autorización bajo determinados parámetros. A la luz de las escuetas indicaciones realizadas por el TEDH en el caso Paradiso y Campanelli, parece que esos parámetros habrán de privilegiar la protección de la frágil posición de los niños y las madres gestantes en los contratos de gestación por sustitución.

No obstante, aun reconociendo el margen del que todavía parecen gozar los Estados europeos en la materia, hay que subrayar la complicada posición en la que se hallan: si bien pueden decidir prohibir o autorizar la práctica a nivel interno, la jurisprudencia Mennesson y Labasse les obliga a reconocer efectos internos a los contratos de gestación por sustitución celebrados en otros países, países en los que la protección de las madres gestantes y los menores puede ser muy deficiente. Ante tan complejo dilema, parece evidente que el debate sobre el tratamiento jurídico de la gestación por sustitución seguirá abierto.

## INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

### 1. Carácter original.

Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos.

### 2. Envío originales, selección y valoración.

La REDE recibirá y podrá publicar trabajos sobre temas jurídicos de interés europeo. Dichos trabajos podrán estar escritos en lenguas latinas y en inglés. Excepcionalmente, y atendiendo a su especial interés, podrán publicarse traducciones al castellano de trabajos de referencia previamente publicados en otra lengua.

Los originales se remitirán por correo electrónico a la dirección de correo [secretariacivitasREDE@gmail.com](mailto:secretariacivitasREDE@gmail.com), a la atención de Don Ignacio García Vitoria y Don Miguel Ángel Ruiz López.

La Secretaría de la Revista acusará recibo de los originales y dará traslado de los mismos a dos especialistas anónimos, ajenos a la organización editorial, para que, en el plazo de un mes a contar desde la recepción, emitan informe sobre el interés del trabajo, su calidad, el respeto de las Instrucciones los autores y la conveniencia de su publicación. Los especialistas desconocerán a quién corresponde la autoría de los trabajos sometidos a su examen. La publicación definitiva del trabajo puede quedar supe-ditada a la introducción de modificaciones o correcciones sugeridas por los especialistas. Comunicada la valoración de estos especialistas y la decisión de publicar el trabajo, se propondrá al autor una fecha de publicación, que atenderá a las exigencias de programación de la Revista, y una fecha definitiva de entrega del texto.

### 3. Formato

- Los trabajos se redactarán utilizando Author Toolkit, el complemento para Word desarrollado por Thomson Reuters Aranzadi, y que pone a disposición de sus autores y colaboradores en la web: [www.aranzadi.es/authortoolkit/home.html](http://www.aranzadi.es/authortoolkit/home.html). Para poder acceder a esta herramienta póngase en contacto con la editora de la revista, Izaskun González De la Tajada, en la dirección de correo electrónico [izaskun.gonzalez@thomsonreuters.com](mailto:izaskun.gonzalez@thomsonreuters.com)
- Se recogerá el Título, nombre y cargo profesional del autor y en su caso nombre de la institución científica a la que pertenecen.
- Deberán ir acompañados de un resumen de unas 10 líneas, palabras clave y sumario. El título, resumen y palabras clave se redactarán en el idioma original y en un segundo idioma que será inglés.
- Atendiendo a la Norma UNE-ISO 690, las referencias bibliográficas figurarán en todo caso a modo de anexo final ordenadas alfabéticamente por el primer y segundo apellidos del autor en mayúsculas, separados por una "coma" del nombre de pila con la inicial en mayúsculas; recogiendo título de la obra, lugar y fecha de publicación.

### 4. Extensión.

La extensión máxima de los Estudios y Comentarios será de 40 páginas.

### 5. Cierre entrega de originales.

Las fechas de cierre de entrega de originales serán acordados anualmente por la Editorial con Dirección de la Revista.

### 6. Cesión de derechos.

Mediante el envío de originales, y siempre que éstos sean aceptados para su publicación, el autor consiente la cesión a la Editorial Aranzadi, para todos los territorios y durante todo el plazo de protección de la obra, de los derechos de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación) de su colaboración doctrinal para su publicación en cualquiera de sus repertorios y revistas, así

como en sus colecciones periódicas, sola o junto a otras colaboraciones de distintos autores. La cesión alcanza a la edición en cualquier formato (papel, digital u online), así como a la comunicación pública a través de redes digitales, en la medida adecuada a las necesidades de explotación de Editorial Aranzadi. El autor podrá auto-archivar en el Repositorio de su Institución la versión ya evaluada y aceptada por la Revista transcurridos 5 años desde su publicación y siempre que medie autorización expresa de la Editorial.

#### **7. Índices de calidad de la Revista.**

Para cumplir con los requisitos exigidos por los sistemas de información y bases de datos de calidad editorial de revistas científicas, en las que esta publicación se encuentra indexada y que se recogen en la Página de Créditos, es necesario cumplir con las instrucciones indicadas en las Normas de Publicación.