



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derechoⁱ

Paradiso and Campanelli v. Italy (II): hard cases make bad lawⁱ

ESTHER FARNÓS AMORÓS *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Esther Farnós Amorós. Profesora Lectora de derecho civil, Universitat Pompeu Fabra. E-mail: esther.farnos@upf.edu.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto "Libertad reproductiva y formación de relaciones familiares" (Ministerio de Economía, Industria y Competitividad-MINECO, DER2014-55573-R), IP: Josep Ferrer Riba (UPF).

ⁱ La máxima original, "Hard cases, it has frequently been observed, are apt to introduce bad law", se atribuye al Juez inglés Rolfe en la resolución del caso *Winterbottom v. Wright*, en 1842.

Resumen

La sentencia del TEDH del pasado 24 de enero pone punto y final al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en que las autoridades italianas declararon en situación de desamparo a un menor que había pasado sus primeros ocho meses de vida con los comitentes, dos cónyuges italianos que habían accedido a la gestación por sustitución con gametos donados en Rusia. La Gran Sala se aparta del razonamiento seguido por la Sec. 2ª y considera que la actuación de las autoridades nacionales no vulnera el art. 8 CEDH. Así, no existe interferencia en la vida familiar de los comitentes y la injerencia en su vida privada se encuentra justificada. Aunque es cierto que una decisión en sentido contrario podría conducir a legalizar situaciones creadas contraviniendo la legislación italiana, el análisis que la Gran Sala realiza de la conducta de las autoridades nacionales presenta varios puntos débiles. Pese a ello, *Paradiso (II)* es un caso difícil del cual no pueden extraerse conclusiones generales, más allá de confirmar la necesidad de mayor control de una práctica que presenta riesgos claros de explotación.

Palabras clave: gestación por sustitución internacional; vida privada y familiar; declaración de desamparo; vínculo genético.

Abstract

Last January the 27, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights delivered its final judgement in *Paradiso and Campanelli v. Italy*, in which the Italian authorities declared in a state of abandonment a child conceived with donated gametes and gestated in Russia through surrogacy ordered by Italian spouses with whom the child had spent her first eight months of life. The decision, which overturns the previous ruling by the 2nd Section, considers that the national authorities' behavior does not infringe art. 8 ECHR, since it does not interfere with the commissioning parents' family life, but constitutes a *justified* interference with their private life. Although a contrary solution could lead to legalize a situation created by them against the Italian law, the Grand Chamber's analysis on the national authorities' behavior contains some weak points. In spite of this, *Paradiso (II)* is a difficult case from which general readings cannot be inferred but it confirms the need of monitoring a practice which poses serious exploitation risks.

Keywords: international surrogacy; private and family life; state of abandonment; genetic link.

1. Introducción

El 24 de enero de 2017 la Gran Sala del TEDH puso punto y final al asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12), previamente decidido por la Sec. 2ª del TEDH en sentencia de 27 de enero de 2015, de la que me ocupé en un trabajo anterior publicado en esta misma revista.¹

El asunto tiene origen en un primer recurso interpuesto por dos cónyuges italianos, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli, contra las medidas adoptadas por las autoridades italianas en relación con el menor T.C., por considerarlas incompatibles con su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). De los hechos de las sentencias de la Sec. 2ª y la Gran Sala del TEDH se deduce que el menor, concebido mediante gametos donados², fue gestado por una mujer rusa que renunció a la filiación materna, y que tras su nacimiento, fue trasladado de Rusia a Italia por la Sra. Paradiso. Los cónyuges, que pagaron unos 50.000 euros por todo el proceso, constaban como padres del menor en el certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas. Las autoridades italianas, informadas por el Consulado italiano en Moscú de que el certificado contenía información falsa, denegaron su registro e iniciaron un procedimiento penal contra los cónyuges por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional. Al mismo tiempo, el Juzgado de menores inició los trámites para dar al menor en adopción, dada la situación de abandono en que consideraba que se encontraba, lo que desembocó en su desamparo con ocho meses de edad y en su posterior acogimiento familiar, con el fin de ser dado en adopción, como finalmente sucedió.

Según los cónyuges, estas medidas violaban su derecho a la vida privada y familiar protegido por el art. 8 CEDH. La Sec. 2ª, por cinco votos contra dos, estimó su recurso (§69 *Paradiso I*), considerando desproporcionada la actuación de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales dada la ausencia de vínculo genético entre éste y los cónyuges (§86 *Paradiso I*). Dicho pronunciamiento se tradujo en la condena, a Italia, al pago de 20.000 euros a los comitentes por el daño moral causado. En él destaca el argumento del Tribunal según el cual “la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar *carta blanca*

¹ Farnós, E.: “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*”, *Revista de Bioética y Derecho* 36, 2016, pp. 93-111.

² Este es un extremo controvertido, a juzgar por los hechos probados: pese a que los comitentes declararon que el esperma procedía del Sr. Campanelli, y que a estos efectos las muestras fueron trasladadas desde Italia a Rusia, durante el procedimiento penal iniciado por las autoridades italianas, el juzgado ordenó llevar a cabo pruebas de ADN para comprobar que el menor era hijo genético del Sr. Campanelli. Las pruebas arrojaron un resultado negativo, ante lo que los comitentes pidieron explicaciones a la clínica rusa, cuyo personal se mostró sorprendido por los resultados de las pruebas y aseguró que se trataba de un error (§§ 11, 27-31 *Paradiso II*).

para cualquier medida, puesto que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo” (§80 *Paradiso I*).³

La sentencia de la Sec. 2ª fue objeto de recurso ante la Gran Sala por el Gobierno italiano, en los términos del art. 43 CEDH.⁴ La Gran Sala, en sentencia de 24 de enero de 2017, estimó el recurso al considerar, por once votos contra seis, que las autoridades italianas no habían violado el art. 8 CEDH. Aunque a diferencia de la Sec. 2ª, entendió que la vida familiar de los comitentes no había sido violada, la misma sí tuvo en cuenta “el impacto que la separación inmediata e irreversible respecto del menor” podía haber causado en su vida privada. Pese a ello, concluyó que “Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de que acabaran convirtiéndose en sus padres adoptivos, hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano” (§215).⁵

Antes de analizar esta sentencia es necesario destacar tres circunstancias que, de entrada, impiden extender a *Paradiso* la doctrina de *Menesson y Labassee c. Francia*, casos que también fueron objeto del trabajo antes citado,⁶ como también extrapolar la doctrina *Paradiso* a todos los supuestos de gestación por sustitución internacional.⁷ En primer lugar, en *Paradiso* no existía correspondencia genética entre el menor y los comitentes; en segundo lugar, como ya advirtió la Gran Sala (§133), el asunto no tenía por objeto el registro, en Italia, del certificado de nacimiento

³ Traducción propia, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

⁴ De acuerdo con este precepto, en el plazo de tres meses desde la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto puede solicitar su remisión a la Gran Sala. Un órgano colegiado de cinco jueces deberá decidir si la demanda plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general, y en caso afirmativo, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia que, conforme al art. 44.1 del Convenio, será definitiva.

⁵ Traducción propia, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

⁶ La doctrina *Menesson y Labassee* ha sido aplicada a otros casos análogos posteriores también protagonizados por comitentes franceses: vid. *Foulon y Bouvet c. Francia* (asuntos 9063/14 y 10410/14), sec. 5ª, 21.7.2016, y *Laborie c. Francia* (asunto 44024/13), sec. 5ª, 19.1.2017. La primera sentencia acumula los recursos del Sr. Foulon y su hija, nacida en la India en 2009, y del Sr. Bouvet y sus hijos, también nacidos en la India en 2010. La segunda sentencia resuelve el recurso de los cónyuges Laborie y sus dos hijos, nacidos en Ucrania en 2010. En ambas sentencias el TEDH sigue el mismo razonamiento que en *Menesson y Labassee*, por lo que considera que no se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de los comitentes, sino únicamente el derecho a la vida privada de los menores, vinculado a su identidad. El TEDH fija exactamente la misma indemnización que en *Menesson y Labassee* en concepto de daño moral para cada menor (5.000 euros), pese a que la edad de los menores Foulon, Bouvet y Laborie era inferior (7 y 6 años) a la de los menores *Menesson y Labassee*, que cuando el TEDH dictó sentencia tenían 13 y 14 años, respectivamente.

⁷ En el mismo sentido, PENASA, S., “Il caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*: verso modelli familiari ‘a geometria variabile?’”, *Rivista di BioDiritto* 1/2017, pp. 1-5, en p. 4.

expedido en Rusia ni el reconocimiento de la filiación resultante, sino la declaración de desamparo del menor por parte de las autoridades italianas;⁸ y finalmente, y en estrecha relación con la circunstancia anterior, en *Paradiso* el menor no era parte en el proceso, puesto que a diferencia de los casos franceses, había sido separado de los comitentes por las autoridades nacionales (§§86 y 135).

Por su relevancia, la sentencia cuenta con varias opiniones concurrentes, algunas de las cuales constituyen una crítica severa de la gestación por sustitución, plagada de lugares comunes como los que asumen que, en este contexto, el consentimiento de la mujer gestante nunca puede ser libre ni informado,⁹ o los que la presentan como una mujer con pocos recursos, de un país subdesarrollado y que gesta para personas “ricas y glamorosas”.¹⁰ Asumir, *per se*, que la gestación por sustitución, ya sea altruista o comercial, contraviene derechos humanos fundamentales, en perjuicio de todos los participantes en el proceso, prescinde de analizar el caso concreto y todos los intereses en juego. La sentencia cuenta también con un voto particular conjunto de cinco jueces disidentes (Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev), al que me referiré en las páginas siguientes.

2. ¿Existió vida familiar *de facto* entre los comitentes y el menor?

Dada la inexistencia de una relación legal entre los comitentes y el menor, puesto que el certificado de nacimiento expedido en Rusia no fue reconocido en Italia, donde la gestación por sustitución se encuentra prohibida,¹¹ la Gran Sala, en la línea de la Sec. 2ª, analiza si entre los comitentes y el

⁸ Así lo resalta también el documento “Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)”, 1: <http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf> (última consulta: 10.3.2017).

En el mismo sentido, vid. VELA SÁNCHEZ, A., “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?”, *La Ley* Nº 8953, 3.4.2017, pp. 1-13.

⁹ Vid. mis críticas a este argumento, tan frecuentemente invocado, en FARNÓS AMORÓS, E. “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones”, en CASADO, M. (Coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Fontamara, México, 2016, pp. 193-233, en p. 224.

¹⁰ Vid. la opinión concurrente conjunta de los jueces Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov y, muy en particular, la opinión concurrente individual de este último.

¹¹ Art. 12.6 *Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita (Gazzetta Ufficiale n. 45, 24.2.2004)*: “Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro”.

menor existía vida familiar *de facto*, en el sentido del art. 8 CEDH. En contra de la Sec. 2ª, que tuvo en cuenta que la relación entre las partes, pese a su brevedad, se produjo en las etapas más importantes de la vida del menor, así como la actuación de los comitentes como padres (§§67-69 *Paradiso I*), la Gran Sala concluye que esta relación no constituye “vida familiar” en el sentido del Convenio (§§157-158).

Considero interesante detenerme en el análisis que lleva a cabo la Sala en este punto, por su posible impacto en relación con futuros casos: en primer lugar, en coherencia con la jurisprudencia del TEDH, la Gran Sala considera que la existencia o inexistencia de vida familiar es una cuestión de hecho que depende de la acreditación de un vínculo personal cercano. De acuerdo con esta jurisprudencia, los puntos clave de la existencia de “vida familiar” son, tomados en conjunto, la convivencia, la naturaleza y duración de la relación, y el grado de compromiso y de intereses comunes entre las partes. En consecuencia, el concepto “vida familiar” no solo cubre los vínculos entre las parejas casadas y sus hijos, sino también los existentes entre convivientes de hecho y sus hijos biológicos u otros menores a su cargo, con independencia del estatus legal de los padres (*Kroon y otros c. Holanda*, asunto 18535/91, 27.10.1994). El TEDH también ha dejado claro que constituye vida familiar la relación entre una madre y su hijo en el momento del nacimiento (*Gül c. Suiza*, asunto 23218/94, 19.2.1996), la relación entre una familia de acogida y un menor mientras éste estaba bajo su cuidado (*Moretti y Benedetti c. Italia*, asunto 16318/07, 27.4.2010), y la relación entre el hombre que durante un tiempo crio a un menor como a su hijo, bajo la creencia de que era tal, por mucho que después su paternidad fuera impugnada (*Nazarenko c. Rusia*, asunto 39438/13, 16.10.2015). En consecuencia, la confirmación de que entre determinadas personas existe vida familiar en el sentido del Convenio es, ante todo, una *cuestión de hecho* que depende de la existencia real y efectiva de relaciones personales cercanas, más allá y por encima de la genética o de la mera convivencia.

Siguiendo con este análisis, la Gran Sala se plantea si, en ausencia de vínculos legales o genéticos entre el menor y los comitentes, existían vínculos personales genuinos que permitieran concluir que existía vida familiar (§148). Para ello, la Sala valora la calidad de los vínculos creados, el rol de los comitentes en relación con el menor y la duración de la convivencia (§151). Y aunque la Sala reconoce que sería erróneo imponer un período mínimo de convivencia, considera que la duración del vínculo es un factor clave, por lo que en el caso la breve duración de la convivencia con el menor (apenas ocho meses),¹² unida a la ausencia de vínculo genético entre éste y los comitentes, así como a la inseguridad jurídica creada por éstos al incurrir en conductas contrarias

¹² Crítica con convertir este aspecto en cuestión clave, HONORATI, C., “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, pp. 3-4.

a la legislación italiana que no podían ser reconocidas o toleradas por las autoridades nacionales (§156), le lleva a concluir que en el caso no existió vida familiar *de facto* (§157).

En mi opinión, el razonamiento del Tribunal se excede cuando a la breve duración de la convivencia suma, como elementos a tener en cuenta para concluir que no existía vida familiar, la ausencia de vínculo genético entre el menor y los comitentes y la conducta de éstos. En esta línea crítica, más cercana a la sentencia de la Sec. 2ª, se sitúa el voto particular conjunto de los cinco jueces disidentes antes mencionados que entiende, de un lado, que la ausencia de vínculo genético no necesariamente debe conducir a apreciar la falta de vida familiar y, del otro, que el período de tiempo de convivencia entre el menor y los comitentes fue, pese a su brevedad, suficiente para establecer entre ellos vida familiar *de facto*. En palabras de los jueces disidentes, al impedir el desarrollo de la relación familiar por las conductas ilegales en que habían incurrido los comitentes, las autoridades nacionales y, con ellas, la mayoría de la Sala, están recurriendo a una distinción obsoleta entre familia “legítima” e “ilegítima”. Esta misma distinción llevaron a cabo las autoridades italianas al declarar al menor en “situación de abandono”, sin tener en cuenta su interés superior en el caso concreto, puesto que no se cuestionaron si existía una situación *real* de abandono que permitiera declarar la adoptabilidad del menor, como exigiría el art. 8 *Legge 4 maggio 1983, n. 184, Diritto del minore ad una famiglia (Gazzetta Ufficiale n. 133, 17.5.1983)*, aplicable al caso.¹³ Al validar tal razonamiento, la Gran Sala se centró únicamente en que los comitentes no eran padres legales ni genéticos del menor.¹⁴

¹³ De acuerdo con su art. 8.1, “Sono dichiarati in stato di adottabilità dal tribunale per i minorenni del distretto nel quale si trovano, i minori di cui sia accertata la situazione di abbandono *perché privi di assistenza morale e materiale da parte dei genitori o dei parenti tenuti a provvedervi*, purché la mancanza di assistenza non sia dovuta a causa di forza maggiore di carattere transitorio.”. Por su parte, el art. 15 de la Ley recoge las situaciones en que el estado de abandono puede culminar en la declaración de adoptabilidad del menor, entre las que se encuentra la situación de ausencia de los progenitores; la persistencia de la falta de asistencia moral y material, que no puede ser remediada; la ruptura de las relaciones personales con el menor por causa imputable a los progenitores. Asimismo, de acuerdo con el art. 32 a) de la misma Ley, la falta de acreditación de la situación de abandono del menor y la constatación de la imposibilidad de acogimiento o adopción en el estado de origen es causa de no admisión de la declaración de adopción, puesto que no responde al interés superior del menor.

¹⁴ En este sentido, vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. / HERRERA, M. / LAMM, E. / DE LA TORRE, “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*”, *La Ley* Nº 49 (Buenos Aires), 13.3.2017, pp. 6-10 (AR/DOC/610/2017), en pp. 8-9.

3. ¿Existió injerencia injustificada en la vida privada de los comitentes?

Descartada la existencia de vida familiar, y en coherencia con otros casos que han accedido al TEDH en los que también se planteaba el acceso a la reproducción asistida por parte de ciudadanos de Estados Miembros (en particular, *S.H. y otros c. Austria*, también analizado en el trabajo anterior del que éste trae causa), la Gran Sala enmarca los hechos en la vida privada de los comitentes. En consecuencia, el análisis de la Gran Sala se centra en determinar si, en los términos del apartado 2 del art. 8 CEDH, la injerencia de la autoridad pública está prevista por la ley y constituye una medida necesaria en una sociedad democrática.

La Gran Sala considera que las autoridades italianas actuaron de forma correcta al aplicar la legislación italiana, prescindiendo del certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas, puesto que actuaron regidas por el derecho internacional y las normas de conflicto. Asimismo, la Sala considera que la situación de abandono en que se encontraba el menor justificaba la adopción de medidas urgentes, en particular su separación de los comitentes. En este punto, la Sala tiene especialmente en cuenta dos factores: la ausencia de vínculo genético entre el menor y los comitentes, y la actitud de estos últimos al traer al menor a Italia transgrediendo las leyes sobre adopción y reproducción asistida aplicables en dicho país. En sus propias palabras: “Era necesario poner fin a esta situación ilegal, y el único modo de hacerlo era separando al menor de los recurrentes” (§189).¹⁵ El argumento del tribunal de menores que consideró que el daño al menor derivado de dicha separación no sería, dado el breve período pasado con los comitentes y su corta edad, irreparable, convence a la Sala que, a la vez, destaca que en el caso no se discutía la separación de un menor respecto de *sus padres* (§§209-211). Con un profundo respeto a la legislación nacional aplicable, el Tribunal concluye, por once votos contra seis, que las autoridades nacionales no vulneraron el art. 8 CEDH: “Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente con la intención de convertirse en sus padres adoptivos, hubiese sido equivalente a legalizar la situación creada por aquéllos contraviniendo importantes normas de derecho italiano” (§215).¹⁶

¹⁵ Traducción propia, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC). Argumento reiterado en el §204: “En definitiva, para los tribunales domésticos la principal preocupación era poner fin a una situación ilegal. Teniendo en cuenta los razonamientos expuestos, este Tribunal acepta que las leyes vulneradas por los recurrentes y las medidas adoptadas en respuesta a su conducta pretendían proteger intereses públicos muy valiosos”.

¹⁶ Traducción propia, de la versión en inglés disponible en la base de datos del TEDH (HUDOC).

De nuevo, el voto particular de los jueces disidentes se pronuncia en contra de tal conclusión. Para éstos, la opinión de la mayoría parece ignorar que la situación había sido creada en el extranjero e inicialmente reconocida y formalizada por las autoridades italianas a través de su consulado en Moscú.

4. Reflexiones finales: sobre la necesidad de mayor control *ex ante*

El fundamento clave de la sentencia analizada se encuentra en el ya reproducido §215, según el cual tolerar la situación creada por los comitentes hubiera sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos contraviniendo importantes normas de Derecho italiano. En efecto, las posiciones tolerantes ante casos como *Paradiso* convierten las legislaciones nacionales en normas meramente simbólicas y vacías de contenido. Sin embargo, y quizás por ello, las autoridades nacionales están llamadas a velar por el cumplimiento de las normas *ex ante*, de forma preventiva, por lo que el mencionado fundamento entra en tensión con el también citado §80 de la sentencia de la Sec. 2ª, que fue decisivo para resolver en sentido contrario, condenando a Italia, al entender que el interés superior del menor debe ser un elemento prioritario en la definición del orden público.¹⁷

La Gran Sala dicta una sentencia con efectos disuasorios claros para los ciudadanos de los estados miembros que, como Italia, no permiten la gestación por sustitución.¹⁸ Más allá de esta aproximación, fallos como *Paradiso (II)* deben hacernos reflexionar sobre una práctica que presenta riesgos claros de explotación, lo que debería comportar un mayor control de la misma por las autoridades nacionales de los ordenamientos que la permiten y por los consulados de los ordenamientos que la rechazan,¹⁹ así como un mayor control de las agencias y de los

¹⁷ Aquella decisión fue calificada de “irónica”, al ser ese mismo interés el que desaconsejaba el retorno del menor con los comitentes: vid. BEAUMONT, P.; TRIMMINGS, K., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?”, 2015, pp. 1-17, en p. 14 (*working paper disponible on-line*).

¹⁸ Seguramente *Paradiso (II)* ya ha desplegado efectos, como demuestra esta noticia reciente: CGPJ, “Los jueces avalan la decisión del Consulado español en Moscú de negar el salvoconducto de salida de un bebé nacido por ‘maternidad subrogada’”, *La Ley* 6.4.2017 (*nota de prensa*). En el caso no constaba que el consentimiento de la gestante se hubiera prestado con todas las garantías judiciales ante un órgano judicial de la Federación rusa.

¹⁹ Al respecto, ya en 2009, vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* 3/2009, pp. 1-42, en pp. 31 y 38 (concl. 4). En la actualidad, deben resaltarse las iniciativas llevadas a cabo en varios ordenamientos que se habían convertido en principales destinos en materia de gestación por sustitución internacional, consistentes en permitir el

intermediarios que se lucran con ella.²⁰ Estos controles quizás evitarían tener que improvisar soluciones, a menudo insatisfactorias, a partir de hechos consumados. La elaboración de pautas comunes a nivel internacional, aunque no avanza al ritmo deseable, se orienta en este sentido.²¹ No podemos permitirnos otro *Paradiso* pero debemos aprender de *Paradiso*.

acceso a la práctica solo si algunas o todas las partes del acuerdo son ciudadanos o nacionales de dicho ordenamiento. Vid., en este sentido, el Decreto 265, de 13 de enero de 2016, por el cual se adiciona un nuevo capítulo al Código civil del estado de Tabasco, de 1997. El art. 380 Bis 5 exige que las partes del contrato (gestante y padres contratantes) sean “ciudadanos mexicanos”.

En Tailandia, la nueva legislación sobre protección de las personas concebidas mediante reproducción asistida, aprobada por el Parlamento el 19.2.2015 y todavía no en vigor, requiere que ambos esposos (hombre y mujer) sean tailandeses o que lo sea solo uno de ellos si la pareja ha estado casada, como mínimo, durante tres años. Fuente: <<http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/thailand-new-surrogacy-law/>> (última consulta: 21.3.2017).

Por su parte, en India existe desde 2016 un proyecto para permitir la gestación por sustitución solo a quienes, entre otros requisitos, tengan pasaporte indio: <<http://www.bbc.com/news/world-asia-india-37182197>> (última consulta: 21.3.2017).

La tendencia seguida por Reino Unido y Grecia, los primeros ordenamientos en regular la gestación por sustitución en Europa, es muy distinta. En Reino Unido la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008) exige que uno o ambos solicitantes de la orden parental residan en el país en el momento de solicitar a la autoridad judicial la orden [54(4)b] que permitirá que sean declarados padres, transcurridos seis meses desde el nacimiento [54(3)], y siempre que la gestante haya prestado su consentimiento una vez transcurridas seis semanas desde el parto [54(7)]. La gestante no necesariamente tiene que encontrarse en Reino Unido en el momento de la práctica de la técnica [54(10)].

En Grecia la tendencia es precisamente la inversa a la seguida por los que tradicionalmente habían sido los principales destinos en materia de gestación por sustitución, como Tailandia, India o Tabasco, y que han decidido poner freno a esta práctica. Así, si bien en un principio para autorizar judicialmente el acuerdo de gestación por sustitución la legislación griega exigía que tanto la gestante como la madre comitente fueran ciudadanas griegas o residentes permanentes en Grecia (art. 8 Ley 3089/2002, por la que se modificó el Código civil griego), en la actualidad es suficiente que solo una cumpla el requisito de la residencia permanente o temporal en Grecia (art. 17 Ley 4272/2014). Dado que únicamente la gestante puede tener residencia en Grecia, este país puede convertirse en un nuevo destino en materia de gestación por sustitución. Fuente: <<http://www.greeklawdigest.gr/topics/aspects-of-greek-civil-law/item/217-surrogacy-proceedings-in-greece-after-the-implementation-of-law-4272-2014>> (última consulta: 21.3.2017).

²⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)”, en AA.VV., *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado, InDret 2/2017*, pp. 201-251, en especial pp. 240-246.

²¹ Desde 2010, la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado está trabajando en el proyecto *Problemas de derecho internacional privado sobre el estatus de los menores, incluidas las cuestiones derivadas de acuerdos internacionales de gestación por sustitución*, que ha dado lugar a varios informes preliminares disponibles en la página de la Conferencia (HCCH): <<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>> (última consulta: 21.3.2017).

Bibliografía

- ◆ BEAUMONT, P.; TRIMMINGS, K., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?”, 2015, pp. 1-17 (*working paper disponible on-line*).
- ◆ CGPJ, “Los jueces avalan la decisión del Consulado español en Moscú de negar el salvoconducto de salida de un bebé nacido por ‘maternidad subrogada’”, *La Ley* 6.4.2017 (*nota de prensa*).
- ◆ COHEN, G.I., “Medical Tourism and the Creation of Life: A Study of Fertility Tourism”, en COHEN, G.I., *Patients with passports: medical tourism, law and ethics*, OUP, New York, 2014, pp. 371-420.
- ◆ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, “Questions and Answers on the Paradiso and Campanelli v. Italy judgment (27 January 2015)”, *Nota de prensa*, pp. 1-4: http://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf.
- ◆ FARNÓS AMORÓS, E. “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones”, en CASADO, M. (Coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Fontamara, México, 2016, pp. 193-233.
- ◆ FARNÓS AMORÓS, E., “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*, Vol. 36, 2016, pp. 93-11: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/15381/18579>.

Tras reunirse en 2014, la Conferencia decidió posponer hasta 2015 la constitución de un grupo de expertos. En febrero de 2016 aprobó el Documento Preliminar N^o 3, que alerta sobre la división entre los ordenamientos, en función de si remiten a las leyes internas para la solución de estos conflictos o al derecho extranjero. El documento también destaca la necesidad de elaborar pautas comunes en materia de reconocimiento de documentos públicos extranjeros, tales como certificados de nacimiento o reconocimientos voluntarios de filiación, a la vez que nota que en la práctica existe mayor congruencia en lo relativo al reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras. En la misma línea se pronuncia el más reciente informe del grupo de expertos de febrero de 2017, que sigue dejando demasiadas cuestiones abiertas. Pese a ello, el grupo parece estar de acuerdo en que “todos los menores, con independencia de las circunstancias de su nacimiento, deberían ser tratados igual” (par. 25). El informe recoge, además, la sugerencia de que el orden público, en el contexto de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución y de las técnicas de reproducción asistida, tome en consideración el interés superior del menor, pese a que admite que se precisa mayor discusión acerca de cómo esta cláusula puede operar en conjunción con estándares mínimos (par. 33).

Denuncian la falta de esfuerzos coordinados para establecer políticas coherentes en materia de gestación por sustitución en la UE, HERTZ, R.; NELSON, M.K.; SUÑOL, J., “Attitudes toward Regulations of Reproductive Care in the European Union: A Comparison between Travellers for Cross-Border Reproductive Care and Citizens of the Local Country”, *Facts Views Vis Obgyn*, Vol. 8(3), 2016, pp. 147-160, en p. 149.

- ◆ HERTZ, R.; NELSON, M.K.; SUÑOL, J., “Attitudes toward Regulations of Reproductive Care in the European Union: A Comparison between Travellers for Cross-Border Reproductive Care and Citizens of the Local Country”, *Facts Views Vis Obgyn*, Vol. 8(3), 2016, pp. 147-160.
- ◆ HONORATI, C., “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, pp. 1-5, en: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>
- ◆ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. / HERRERA, M. / LAMM, E. / DE LA TORRE, N., “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*”, *La Ley* Nº 49 (Buenos Aires), 13.3.2017, pp. 6-10 (AR/DOC/610/2017).
- ◆ PENASA, S., “Il caso Paradiso e Campanelli c. Italia: verso modelli familiari ‘a geometria variabile?’”, *Rivista di BioDiritto* 1/2017, pp. 1-5.
- ◆ PENNING, G., “Legal harmonization and reproductive tourism in Europe”, *Human Reproduction* 2004, Vol. 19(12), pp. 2689-2694.
- ◆ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret* 3/2009, pp. 1-42.
- ◆ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)”, en AA.VV., *El orden público interno, europeo e internacional civil: Acto en homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal, catedrática de Derecho internacional privado*, *InDret* 2/2017, pp. 201-251.
- ◆ SHENFIELD, F., De MOUZON, J., PENNING, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A, De WERT, G., GOOSSENS, V., The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care, “Cross border reproductive care in six European countries”, *Human Reproduction* 2010, Vol. 25(6), pp. 1361-1368.
- ◆ VELA SÁNCHEZ, A., “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten?”, *La Ley* Nº 8953, 3.4.2017, pp. 1-13.

Fecha de recepción: 10 de abril de 2017

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2017