

CAPÍTULO DÉCIMO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El acceso al TEDH y el derecho a la protección de la vida privada y familiar*. III. *Menesson c. Francia y Labassée c. Francia*. IV. *D. y otros c. Bélgica*. V. *Paradiso y Campanelli c. Italia*. VI. *Repercusiones y valoración*. VII. *La opinión consultiva*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TEDH ha ejercido y ejerce una gran influencia sobre la evolución del derecho de familia en Europa.¹ En el caso de la gestación por sustitución, dicha influencia se proyecta esencialmente sobre el derecho internacional privado de familia.² Habida cuenta de que, por lo general, la gestación por sustitución comercial no está permitida en los Estados miembro del Consejo de Europa,³ los supuestos típicos son aquellos en los que se solicita el reconocimiento de una relación de filiación establecida en un Estado en el que dicha práctica se admite. Ante la negativa al reconocimiento por el Estado requerido, se alega que se produce una infracción de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.

¹ Büchler, Andrea, “The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family”, en Büchler, Andrea y Keller, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 29-60.

² No se ha planteado todavía ningún caso frente al TEDH que tuviera por objeto una gestación por sustitución en la que no concurriera un elemento internacional.

³ Con la excepción de Rusia y Ucrania. Véase al respecto el capítulo sexto de esta obra.

El debate en torno a la gestación por sustitución es muy enconado en Europa. Es frecuente que la jurisprudencia del TEDH se utilice partidariamente. En ocasiones, se le fuerza, queriéndole hacer decir más de lo que dice y de lo que, en realidad, puede decir. Los pronunciamientos del TEDH se producen al hilo de un caso concreto y no cabe esperar de ellos un pronunciamiento a favor o en contra de la maternidad subrogada. Tampoco se puede deducir de los mismos, como se verá, una obligación general de reconocimiento de las relaciones de filiación establecidas en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución.

En este tema, como en muchos otros, el Tribunal otorga a los Estados un margen de apreciación, que salvaguarda su tradición, su contexto social y las distintas opciones políticas inherentes a una sociedad democrática. Dicho margen de apreciación se restringe cuando están en juego elementos fundamentales de los derechos protegidos o si existe un consenso europeo sobre una determinada cuestión.⁴

En un tema tan controvertido como la reproducción asistida, el margen de apreciación tenderá a ser amplio.⁵ Habida cuenta del carácter dinámico de la jurisprudencia del TEDH, dicho margen de apreciación está, no obstante, sujeto a variación y podría restringirse de cristalizarse en el futuro un consenso europeo en esta materia.⁶ Con relación a la gestación por sustitución, el TEDH está lejos de haber dicho su última palabra.

Antes de proseguir, quisiera advertir que esta contribución persigue entender al Tribunal en sus propios términos. El papel del Tribunal consiste únicamente, y no es poco, en fijar los límites que el orden público europeo establece respecto a la acción estatal. Dentro de los márgenes establecidos por el TEDH, caben distintas respuestas jurídicas, cuyo análisis no es objeto del presente trabajo.

II. EL ACCESO AL TEDH Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El sistema de garantía de los derechos fundamentales protegidos en el CEDH se caracteriza por conferir legitimación activa para acceder al TEDH a quie-

⁴ Sobre el margen de apreciación con carácter general y con relación al derecho a la vida privada y familiar, véase Keller, Helen, "Article 8 in the System of the Convention", en Büchler, Andrea y Keller, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 6-13.

⁵ Büchler, Andrea, *op. cit.*, p. 43.

⁶ Keller, Helen, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

nes se consideren víctimas de una violación de derechos fundamentales.⁷ La jurisdicción del Tribunal no es facultativa y no puede, por consiguiente, excluirse en ningún caso.

La competencia del TEDH está, no obstante, limitada *rationae materiae*, pues ha de alegarse la violación de alguno de los derechos protegidos convencionalmente, y *rationae loci*, pues se exige que la presunta violación de los derechos fundamentales se haya cometido bajo la jurisdicción de los Estados parte del Convenio. El acceso al TEDH se somete, además, a una serie de requisitos, entre los que destaca el agotamiento de los recursos internos. Como regla es necesario, por tanto, haber planteado la supuesta infracción en todas las instancias nacionales disponibles, tanto ordinarias como, en su caso, constitucionales.⁸ La intervención del TEDH es subsidiaria y se produce únicamente en defecto de una tutela nacional que dé satisfacción a las presuntas víctimas.

La relación entre las instancias nacionales y el TEDH puede concepirse en términos de diálogo o cooperación.⁹ Las sentencias del TEDH no tienen fuerza ejecutiva directa, sino que han de ser ejecutadas por los órganos jurisdiccionales del Estado contratante condenado; no obstante, vinculan a todos los tribunales estatales de los Estados contratantes. La jurisprudencia del TEDH es, por tanto, un elemento sustancial en la configuración de un orden público europeo en materia de protección de los derechos fundamentales. Ese orden público marca los límites externos a la acción estatal.

El precepto cuya vulneración suele argüirse con relación al reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas de un contrato de gestación por sustitución es el artículo 8o. del CEDH. En él se dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

⁷ Según establece el artículo 34 del CEDH, el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima. Sobre el concepto de víctima, véase Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 106-111.

⁸ Sobre el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, véase Alija, Rosa Ana y Bonet, Jordi, “La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones”, en Olasolo, Héctor *et al.* (coords.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 317-347.

⁹ Sobre los diálogos judiciales y el derecho internacional privado europeo, véase González Beilfuss, Cristina, “Diálogos verticales y horizontales en el derecho internacional privado europeo”, en Martín y Pérez de Nanclares, José (dir.) y González Herrera, Daniel (coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, en prensa.

La protección de la vida familiar presupone la existencia de una familia. A estos efectos ha de destacarse que la familia que se protege no es sólo la familia legalmente reconocida, sino también la unidad familiar de hecho.¹⁰ Por lo que respecta a la vida privada, comprende varios aspectos, entre los que destacaría, a efectos de la presente obra, el derecho de la persona a la identidad.¹¹

La protección de la vida privada y familiar ha sido interpretada por el Tribunal de forma que derivan para el Estado obligaciones negativas —de no injerencia— y positivas —a fin de asegurar su desarrollo efectivo—. En relación con la cuestión que se aborda, se entiende que la obligación del Estado sería esencialmente la no injerencia, habida cuenta de que es la negativa del Estado al reconocimiento de la relación establecida en el extranjero lo que podría dar lugar a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

Las injerencias en la vida privada y familiar sólo se justifican en la medida en que sean necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. A fin de evaluar si una injerencia es necesaria y está justificada, el TEDH examina tres aspectos: *a*) si la injerencia está prevista en la ley; *b*) si la injerencia persigue una finalidad legítima de las enumeradas, y *c*) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida.¹²

III. *MENNESSON C. FRANCIA Y LABASSÉE C. FRANCIA*¹³

Las primeras sentencias dictadas por el TEDH en esta materia se producen a causa de sendas demandas contra Francia planteadas por cónyuges de nacionalidad francesa y niños nacidos en Minnesota y California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Los niños habían sido

¹⁰ Bächler, Andrea, *op. cit.*, pp. 30-32.

¹¹ *Ibidem*, p. 33.

¹² Otaegui Aizpurua, Idoia, *op. cit.*, pp. 126-134.

¹³ TEDH, Sección 5a., *Mennesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%5D%7D>; TEDH, Sección 5a., *Labassée c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>.

concebidos con óvulos donados y el espermatozoides de uno de los comitentes. Como se verá, el vínculo genético y el dato de que los niños fueran parte actora junto con los comitentes son un aspecto esencial de esta jurisprudencia.

Tras el nacimiento de los niños, los comitentes solicitaron el reconocimiento de la relación de filiación. En concreto, lo que solicitaban era la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro civil francés.¹⁴ La inscripción fue denegada por las autoridades francesas, por considerar que la relación de filiación vulneraba su orden público internacional en razón del principio de indisponibilidad del estado civil. Los comitentes y los niños nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución alegaron que dicha denegación vulneraba el artículo 8o. del CEDH.

El TEDH concluye en las citadas sentencias que efectivamente se ha producido una injerencia en la vida familiar y privada, habida cuenta de que los esposos *Menesson* y *Labassée* convivían con los niños en territorio francés, formando una unidad familiar de hecho. En este sentido, es de destacar que el TEDH dicta sentencia en 2014, habiéndose producido el nacimiento de los niños en 2000 (en el *caso Menesson*) y 2001 (en el *caso Labassée*).

La injerencia de Francia en la vida familiar y privada de los demandantes constituiría una violación del derecho, salvo que estuviera justificada. Como ya se ha indicado con anterioridad, ello exige el examen de tres elementos: que la injerencia esté legalmente prevista, que obedezca a una finalidad legítima y que sea necesaria y proporcional.

El TEDH señala que la denegación del reconocimiento es una medida legalmente prevista, pues en los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil francés se establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, especificándose que la norma es de orden público. Además, el Tribunal concluye que la injerencia obedece a una finalidad legítima prevista en el artículo 8o. El TEDH estima, en concreto, que la denegación del reconocimiento busca disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia, esencialmente para proteger a la gestante y al niño. La denegación del reconocimiento se justificaría, por tanto, por la finalidad de proteger la salud y los derechos y libertades de otros.¹⁵

¹⁴ Frente al TEDH, Francia argumentó que la falta de inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros no implicaba que se les privara de todo efecto en Francia. De hecho, lo que se aplicaba en Francia era el orden público atenuado, pues se permitía el ejercicio de la responsabilidad parental en virtud del certificado extranjero, pese a que el mismo no fuera objeto de inscripción.

¹⁵ TEDH, *Menesson c. Francia*, cit., apartado 62; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 54.

En relación con la necesidad de la medida, el Tribunal concluye que, habida cuenta de la falta de un consenso europeo en la materia, los Estados disfrutaban de un amplio margen de apreciación, aunque puntualiza que, respecto al derecho a la vida privada, dicho margen se reduce, pues está en juego un aspecto fundamental de la identidad de la persona.¹⁶

La aplicación de la cláusula de orden público internacional no es objeto de cuestionamiento, pero se analiza si en su aplicación se han tenido debidamente en cuenta no sólo los intereses generales, sino también el interés particular de los demandantes y, en especial, el principio del interés superior del niño.¹⁷ Se analizan las dificultades concretas que derivan para los demandantes de la falta de reconocimiento y se concluye que, por lo que respecta al desarrollo de su vida familiar, carecen de entidad suficiente, lo que se demostraría por el hecho de que los demandantes conviven desde hace más de una década en territorio francés.¹⁸ No se ha infringido, por tanto, el derecho a la vida familiar.

A continuación, el TEDH analiza la infracción a la vida privada de los niños nacidos como consecuencia del contrato de gestación por sustitución. El derecho a la vida privada comprende el derecho a la identidad, que a su vez incluye la filiación¹⁹ y la nacionalidad.²⁰ Entiende el Tribunal que, si bien es comprensible que Francia quiera disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia, los efectos de la falta de reconocimiento del vínculo de filiación no afectan sólo a los comitentes que han elegido libremente su modo de actuación, sino también a los niños, cuyo derecho a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer su identidad, incluida su filiación, se ve gravemente afectado.

La negativa francesa al reconocimiento plantea problemas graves de compatibilidad con el interés superior del niño, que ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que los afecten.²¹ El Tribunal considera especialmente grave la vulneración, en atención al hecho de que uno de los comitentes era padre genético de los niños y a que el derecho francés impedía el establecimiento de la relación de filiación por la vía del recono-

¹⁶ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartados 75-78; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartados 55-58.

¹⁷ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 84; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 63.

¹⁸ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 92; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 71.

¹⁹ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 96; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 75.

²⁰ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 97; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 76.

²¹ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 99; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 78.

cimiento de paternidad, la adopción o la posesión de estado.²² Esta circunstancia situaría a Francia fuera del margen de apreciación que se reconoce a los Estados en la materia, por lo que se habría producido una vulneración del derecho a la vida privada de los niños.

La jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Mennesson* se ha reiterado en dos asuntos posteriores: *Foulon y Bouwet c. Francia*²³ y *Laborie c. Francia*,²⁴ en los que concurrían circunstancias fácticas muy similares, pues la demanda la planteaban conjuntamente comitentes y niños, existía un vínculo genético entre el niño y el comitente varón, y los niños y los comitentes estaban ya instalados en el Estado en el que se solicitaba el reconocimiento. De hecho, en estos asuntos la cuestión controvertida era que habían sido ya dictadas sentencias nacionales definitivas denegando la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros y no existía la posibilidad de revisar tales decisiones en virtud de la jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Mennesson*. Ello se consideró contrario al CEDH. En 2016 se reformó el Código Procesal francés para introducir un recurso de revisión para aquellos supuestos relativos al estado civil de las personas en los que el TEDH hubiera constatado una violación de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.²⁵

IV. D. Y OTROS C. BÉLGICA²⁶

Los hechos y el objeto del litigio son, en cambio, distintos en el caso *D. y otros c. Bélgica*. Los comitentes, un matrimonio con residencia habitual en Bélgica, habían celebrado un contrato de gestación por sustitución en Ucrania. Pocos días después del nacimiento de la niña, ellos solicitaron en la embajada belga en Kiev la emisión de un pasaporte belga, aportando a tal efecto un certificado de nacimiento ucraniano en donde ambos cónyuges aparecían como progenitores. Las autoridades belgas denegaron la emisión de dicha documentación y

²² TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 100; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 79.

²³ TEDH, Sección 5a., *Foulon y Bouwet c. Francia*, asunto 9063/14 y 10410/14, 21 de octubre de 2016, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164968%22%5D%7D>.

²⁴ TEDH, Sección 5a., *Laborie c. Francia*, asunto 44024/13, 19 de enero de 2017, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170369%22%5D%7D>.

²⁵ Este recurso de revisión se introduce en el artículo 42 de la Loi no. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, que reforma el Código de la Organización Judicial, introduciendo un artículo L 452.

²⁶ TEDH, Sección 2a., *D. y otros c. Bélgica*, asunto 29176/13, 8 de julio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%22%22appno%22:%5B%2229176/13%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITE%22%5D%22%22itemid%22:%5B%22001-146420%22%5D%7D>.

solicitaron información suplementaria que demostrara la relación de filiación. La decisión fue recurrida y el Tribunal de Apelación ordenó la emisión de un salvoconducto que, finalmente, permitió el desplazamiento.

Los demandantes (los comitentes y la niña) alegaron una vulneración de los artículos 3o. (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) y 8o. del CEDH, ya que como consecuencia de la denegación de la documentación de viaje se produjo una separación temporal de tres meses y doce días entre la niña y los comitentes. La medida estatal que supuestamente vulneraría el CEDH es la denegación de la documentación de viaje, no siendo objeto de examen la inscripción en el Registro Civil belga del certificado ucraniano de nacimiento, que estaba todavía *sub iudice* cuando el TEDH se pronunció.

El TEDH entiende que el artículo 8o. se aplicaría al supuesto, pese a que la relación entre los comitentes y la niña fue de muy corta duración. En este sentido, el Tribunal remite a su jurisprudencia para afirmar que el precepto puede aplicarse a un proyecto de vida familiar y hace hincapié en que, tras el desplazamiento de la niña a Bélgica, los comitentes forman con ella una unidad familiar de hecho.²⁷

Se afirma, a continuación, que la denegación de la documentación de viaje constituye una injerencia en la vida familiar y privada, pero se entiende que: *a)* dicha medida está prevista en la ley, y *b)* estaría justificada, pues, al solicitar información suplementaria acerca de la filiación de la niña, el Estado belga estaría persiguiendo la finalidad legítima de prevención de ilícitos penales en el contexto de la lucha contra el tráfico de personas.²⁸ La medida se justificaría además por la necesidad de protección de los derechos de la madre gestante y la niña.²⁹

Se trataría, igualmente, de una medida necesaria y proporcional. Respecto a la primera cuestión, el TEDH recuerda que, en una materia en la que no existe un consenso europeo, el margen de apreciación de los Estados es amplio.³⁰ En relación con la proporcionalidad, se hace hincapié en que la separación fue de corta duración y, durante la misma, los comitentes pudieron desplazarse a Ucrania en dos ocasiones.³¹ El TEDH reconoce que dicha separación pudo generar angustia y se produjo en un momento muy importante para el desarrollo infantil,³² pero concluye que no se trató de una

²⁷ *Ibidem*, apartado 49.

²⁸ *Ibidem*, apartado 52.

²⁹ *Ibidem*, apartado 53.

³⁰ *Ibidem*, apartado 54.

³¹ *Ibidem*, apartado 55.

³² *Ibidem*, apartado 57.

medida desproporcionada,³³ valorándose además que los comitentes habían hecho consultas jurídicas previas y no podían ignorar que se podían generar dificultades.³⁴

V. *PARADISO Y CAMPANELLI C. ITALIA*

Como se ha podido advertir, los pronunciamientos del TEDH están muy condicionados por la particular constelación fáctica, así como por el planteamiento procesal del supuesto que se enjuicia. Estos elementos son especialmente relevantes respecto al siguiente caso, en el que concurren dos elementos fundamentales: el primero, de carácter sustantivo, es la ausencia de un vínculo genético entre el niño y los comitentes, y el segundo, de carácter procesal, está marcado por el hecho de que el niño no era parte del proceso. El TEDH consideró que, habida cuenta de que no existía un vínculo genético entre el niño y los demandantes ni la autorización de un representante legal del niño, los demandantes carecían de legitimación para representar al niño ante los tribunales.

Otra particularidad del caso es que fue primero resuelto, el 27 de enero de 2015, por la Sección 2a. del Tribunal, que falló que Italia había infringido el derecho a la vida familiar y privada de los comitentes,³⁵ y luego fue llevado por Italia a la Gran Sala,³⁶ que con una votación de 11 contra 6, el 24 de enero, llegó a la conclusión inversa. La sentencia dictada por la Gran Sala fue reñida, formulándose un voto disidente.

Los hechos pueden resumirse de la siguiente forma: los esposos Paradiso y Campanelli —italianos residentes en Italia—, que tras varios intentos fallidos de fecundación *in vitro* habían iniciado hacía algunos años un proceso de adopción internacional, concluyeron un contrato de gestación por sustitución en Rusia, supuestamente para que una gestante diera a luz a un niño concebido con gametos del esposo.³⁷ Una prueba de ADN reveló posteriormente que no existía ningún vínculo genético entre el niño y el comitente, lo

³³ *Ibidem*, apartado 58.

³⁴ *Ibidem*, apartado 60.

³⁵ TEDH, Sección 2a., *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 27 de enero de 2015, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-151056%22%5D%7D>.

³⁶ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 24 de enero de 2017, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>.

³⁷ Respecto a este punto, el relato de los esposos resulta ambiguo. En un primer momento, la señora Paradiso afirma que se habían utilizado sus óvulos, y luego señaló que únicamente se utilizó semen del marido, produciéndose la circunstancia adicional de que éste no se trasladó a Rusia y que fue ella misma quien transportó el material genético.

que, según la clínica de reproducción asistida, fue consecuencia de un error. No se pudo, no obstante, probar de ninguna manera que el material genético se hubiera trasladado a Rusia, existiendo, en cambio, constancia del pago de una importante cantidad de dinero (50,000 euros).

Tras el nacimiento del niño, los comitentes obtuvieron un certificado de nacimiento ruso en el que ellos figuraban como padres. Una vez en Italia, los comitentes solicitaron su inscripción en el Registro Civil italiano.

El consulado italiano que había emitido la documentación de viaje para el menor dio aviso de que la documentación del niño contenía diversas falsedades. Ello comportó la apertura de diligencias penales por una presunta comisión del delito de alteración del estado civil, así como una infracción de las normas reguladoras de la adopción internacional. Paralelamente, se inició un procedimiento para declarar al niño en desamparo y, por consiguiente, adoptable. Cuando el asunto fue objeto de enjuiciamiento, el niño ya había sido adoptado por terceros.

El objeto de la controversia en este caso no es la denegación del reconocimiento del certificado de nacimiento ruso, pues no se habían agotado los recursos internos sobre esta cuestión, sino la adopción de medidas de protección respecto al niño.³⁸

La primera cuestión que se plantea es si existe una vida familiar que debe ser protegida. El TEDH recuerda su jurisprudencia acerca de que en algunos supuestos ha reconocido la existencia de dicha vida familiar en virtud de meros vínculos personales, esto es, en ausencia de relación genética o legal.³⁹ En el caso de autos se estima, sin embargo, que la corta duración de la convivencia —ocho meses— impediría afirmar que existía una vida familiar *de facto*, pese a que los comitentes tuvieran un proyecto familiar. La precariedad del vínculo jurídico, de la cual serían responsables los comitentes al infringir disposiciones imperativas del derecho italiano, contribuiría a esa ausencia de vida familiar.⁴⁰

³⁸ La separación de comitentes y niño en supuestos en los que no existe vínculo genético parece no ser una medida inhabitual. Véase Pretelli, Ilaria, “Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 104, núm. 3, 2015, pp. 559-578.

³⁹ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, *cit.*, apartados 149 y 150.

⁴⁰ *Ibidem*, apartado 157. Un aspecto interesante del caso *Paradiso y Campanelli* es que el TEDH parece establecer que el concepto de vida familiar es un concepto híbrido, en el cual confluyen cuestiones fácticas y jurídicas. Véase, al respecto, Beaumont, Paul y Trimmings, Katarina, “The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy”, *Centre for Private International Law Working Paper Series*, Aberdeen, núm. 3, 2017, pp. 8 y 9, disponible en: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL%20Working%20Paper%20No%202017_3.pdf.

En virtud también de su jurisprudencia anterior, se afirma, no obstante, que existe afección de la vida privada de los comitentes, pues estaría en juego un proyecto de paternidad largamente perseguido.⁴¹ A continuación, se examina si la injerencia en la vida privada a través de la medida de protección adoptada por las autoridades italianas está justificada. Se entiende que se trata de una medida prevista por la ley, respecto a niños de filiación y nacionalidad indeterminada, que persigue una finalidad legítima: busca preservar el orden y salvaguardar los derechos de terceros. De manera explícita, al hilo de dicho análisis, el TEDH afirma que es legítimo que el derecho italiano establezca que el vínculo de filiación se base exclusivamente en la relación genética o en la adopción.⁴²

Seguidamente se valora si la medida resultaba necesaria y proporcional. El TEDH entiende que las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de apreciación, pues, por una parte, en la ausencia de vínculo genético no está en juego la identidad del niño ni el proyecto de los esposos de ser padres genéticos, y, por otra, el niño no es parte del procedimiento frente al Tribunal.⁴³

El TEDH entiende que los tribunales italianos se enfrentaban a un dilema delicado: o bien permitían a los comitentes continuar su relación con el niño, legalizando una situación fáctica que ellos habían creado unilateralmente en contravención de la ley, o bien tomaban las medidas impugnadas.⁴⁴ Tras valorar exhaustivamente la cuestión, sopesar la compatibilidad de la medida de protección con el interés superior del niño y concluir que el perjuicio para él no era irreparable, la autoridad nacional adoptó las medidas de protección previstas en su legislación, lo que, según el Tribunal, constituye una medida proporcional y, por consiguiente, ajustada a derecho.

Se ha puesto de relieve por la doctrina que en el *caso Paradiso y Campanelli* concurren unas circunstancias muy especiales, en virtud de las cuales la decisión es difícilmente extrapolable.⁴⁵ Es, en efecto, dudoso que el Tribunal hubiere llegado a la misma conclusión si la convivencia entre el niño y los comitentes se hubiera prolongado en el tiempo⁴⁶ o el niño hubiera sido parte del

⁴¹ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, cit., apartado 163.

⁴² *Ibidem*, apartado 177.

⁴³ *Ibidem*, apartado 195.

⁴⁴ *Ibidem*, apartado 209.

⁴⁵ Farnós Amorós, Esther, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 40, 2017, pp. 231-242.

⁴⁶ Éste es uno de los aspectos más controvertidos de la sentencia, pues en otros asuntos el TEDH había subrayado la importancia de los primeros meses de vida para el desarrollo infantil. Cfr. Honorati, Costanza, “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU

procedimiento. Sin embargo, aunque sea en un *obiter dicta*, el TEDH afirma que es perfectamente legítimo que un Estado defienda que sólo existen dos vías para el establecimiento de la filiación: la filiación basada en la genética y la filiación basada en la adopción. Podría, por tanto, considerarse compatible con el derecho a la vida familiar o privada una práctica estatal que ofreciera una salida —por ejemplo, a través de la institución de la adopción— a las unidades familiares de hecho resultantes de un contrato de gestación por sustitución en las que no concurre una relación genética.

VI. REPERCUSIONES Y VALORACIÓN

De la jurisprudencia analizada deriva con claridad una única conclusión: respecto a la inscripción de certificados de nacimiento o decisiones judiciales extranjeros, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes no permite denegar el establecimiento de la filiación paterna cuando existe un vínculo genético entre el niño y el comitente, pues se ve afectado el derecho a la vida privada del niño, que comprende, en particular, su derecho a la identidad.

Ahora bien, lo que ya no deriva necesariamente de la jurisprudencia del TEDH es que exista la obligación de inscribir la filiación paterna en virtud del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero. Podría ser suficiente si el derecho del Estado contratante permitiera el establecimiento de la filiación por otras vías jurídicas, como el reconocimiento de la paternidad o la posesión de estado.

Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo español (en adelante, TS). En 2014, antes de dictarse la sentencia del TEDH en los asuntos *Labassée* y *Menesson*, el TS⁴⁷ puso fin a un litigio relativo a la inscripción de un certificado de nacimiento estadounidense que establecía una relación de filiación entre dos niños y dos varones de nacionalidad española. El TS consideró que

...la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores

definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>.

⁴⁷ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Recurso 245/2012, Resolución 835/2013, 6 de febrero de 2014, disponible en: <http://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>.

constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.⁴⁸

La sentencia fue muy controvertida. En un voto particular, cinco magistrados del TS habían señalado que la “sentencia... tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación”,⁴⁹ pues se hace efectivamente una valoración de la gestación por sustitución en abstracto con alusiones a la “explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”, que no concurrían en el supuesto sobre el que se estaba enjuiciando, ocurrido en California.

En cualquier caso, frente a la argumentación de las partes de que se generaba una situación de desprotección de los menores, el TS había ya apuntado que existen diversas posibilidades en el ordenamiento jurídico español para formalizar jurídicamente la relación entre los comitentes y el niño que formaban una unidad familiar de hecho que convivía en España, citándose expresamente la adopción y el acogimiento familiar.⁵⁰

Una vez que se conocieron las sentencias dictadas en los asuntos *Menneson* y *Labassée*, los comitentes promovieron un incidente de nulidad de actuaciones. En un auto dictado el 2 de febrero de 2015,⁵¹ el TS examina, entre otras cuestiones, si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos ha realizado el TEDH.

El auto del TS es de especial interés, pues confronta su sentencia previa con la jurisprudencia del TEDH. Se concluye que lo que vulnera el derecho a la vida privada de los niños no es la denegación del reconocimiento, sino que el ordenamiento francés, considerando que existe un vicio de origen, no permite el establecimiento de la filiación por ningún medio, lo que contrastaría con la situación en el ordenamiento español. El TS señala:

Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar “de facto” entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores.⁵²

⁴⁸ *Ibidem*, FJ 3o., apartado 10o.

⁴⁹ *Ibidem*, Voto particular, apartado 3o.

⁵⁰ *Ibidem*, FJ 5o., apartado 11o.

⁵¹ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Recurso 245/2012, Auto del 2 de febrero de 2015, disponible en: <http://supremo.vlex.es/vid/557390890>.

⁵² *Ibidem*, apartado 12o.

No es, por tanto, indubitado que se infrinja el derecho a la vida privada reconocido por el CEDH si se deniega la inscripción de la filiación paterna, pero se permite su establecimiento.⁵³ Cosa distinta es que sea una solución idónea, pues, en definitiva, lo que hace es postergar en el tiempo el establecimiento de dicha relación de filiación. Sin embargo, este proceder también podría justificarse para conciliar la protección del interés superior del niño concreto nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, con consideraciones de orden público abstracto, según las cuales la práctica de la gestación por sustitución lesiona la dignidad del niño y de la mujer gestante.

En otros países, la lectura de las sentencias *Labassée* y *Menesson* ha sido distinta. En Francia, la Corte de Casación decidió, en sendas decisiones dictadas en 2015, aceptar la inscripción de la filiación paterna contenida en el certificado de nacimiento extranjero, siempre y cuando dicho certificado sea regular, no haya sido falseado y no se haya impugnado la filiación paterna.⁵⁴

El reconocimiento directo de la relación de filiación se produce, asimismo, en Alemania, aunque parece que la jurisprudencia alemana no es tributaria de las decisiones del TEDH.⁵⁵ El *Bundesgerichtshof* decidió el 10 de diciembre de 2014⁵⁶ que el reconocimiento de una relación de filiación establecida en el extranjero entre el niño y los comitentes no vulnera el orden público alemán, pues dicha relación podría resultar de diversos mecanismos técnicos del derecho alemán. La jurisprudencia alemana es, por tanto, favorable al reconocimiento de la relación de filiación con ambos comitentes, aunque genéticamente el niño sólo sea hijo de uno, porque, en definitiva, cabe establecer dicha relación por otros medios previstos en el derecho alemán.

Esta solución se aplica, no obstante, únicamente a supuestos en los que la relación de filiación viene establecida por decisión judicial, el niño es hijo genético de uno de los comitentes, no existe ninguna relación genética entre el niño y la mujer gestante, ésta no está casada y además no se presenta nin-

⁵³ Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2017, p. 191, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

⁵⁴ Corte de Casación francesa, Asamblea plenaria, Sentencia 619, 3 de julio de 2015 (14-21.323), disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html; Corte de Casación francesa, Asamblea plenaria, Sentencia 620, 3 de julio de 2015 (15-50.002), disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html.

⁵⁵ Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁶ Tribunal Federal de Justicia alemán, AZ. XII ZB 463/13, 10 de diciembre de 2014, disponible en: https://www.jurion.de/urteile/bgh/2014-12-10/xii-zb-463_13/ (en alemán). Sobre este caso, puede verse también la sección V del capítulo octavo de la presente obra.

guna reclamación.⁵⁷ En una sentencia posterior del 20 de marzo de 2019,⁵⁸ el Tribunal Federal no aceptó la inscripción de un certificado de nacimiento de Ucrania, en el que los padres de intención, un matrimonio con residencia habitual en Alemania, constaban como padres de un niño. Se aplicó al caso el método conflictual y se denegó el “reconocimiento” del documento público extranjero, puesto que el contenido del mismo no se correspondía con el que hubiere resultado de la aplicación de la norma de conflicto alemana en materia de filiación (artículo 19.1 del EGBGB, Código Civil alemán).⁵⁹

Se encuentra todavía una posición distinta en Suiza. En una sentencia del Tribunal Federal del 21 de mayo 2015⁶⁰ se concluyó, esta vez con referencia explícita al TEDH, que el CEDH sólo impone un reconocimiento parcial de la relación de filiación establecida en el extranjero entre el niño y los comitentes. No es posible denegar el reconocimiento de la relación de filiación entre el niño y el comitente varón que es el padre genético, pues ello infringe el derecho a la vida privada del niño. En cambio, sería compatible con el CEDH la denegación del reconocimiento de una relación de filiación entre el niño y quien únicamente fuera su progenitor de intención.

Se podría concluir erróneamente que el hecho de que diversas jurisdicciones nacionales extraigan conclusiones distintas de la jurisprudencia del TEDH se debe a las deficiencias de dicha jurisprudencia. Pero ello supone desconocer el papel que le corresponde al TEDH en un sistema que viene marcado por el principio de subsidiariedad. En un ámbito material tan controvertido como el presente, no le corresponde al TEDH sustituir el debate que ha de producirse en cada uno de los Estados miembros, sino únicamen-

⁵⁷ Sobre esta sentencia, véase Gössl, Susanne Lilian, “The Recognition of a «Judgment of Paternity» in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 448-465, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2796/1573>.

⁵⁸ Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 530/17, disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f4027fae57536f17d8f735bad9823b50&nr=94770&pos=0&anz=4> (en alemán). Sobre este caso, véase también la sección V del capítulo octavo de la presente obra.

⁵⁹ El Tribunal Federal interpretó que la primera residencia habitual del niño se localiza en Alemania, por lo que era aplicable el derecho alemán. Conforme al mismo, es madre la mujer que da a luz, por lo que la única salida para establecer la filiación materna a favor de la madre de intención es la adopción. De cara al derecho material alemán, es irrelevante el hecho de que la madre de intención hubiera aportado sus gametos.

⁶⁰ Tribunal Federal suizo, Sentencia núm. 5A_748/2014, 21 de mayo de 2015, disponible en: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-05-2015-5A_748-2014&lang=de&type=show_document&zoom=YES& (en alemán). Véase Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

te señalar un mínimo denominador común. Dentro del respeto al mismo, caben distintas opciones, siendo todas legítimas. Cuestión distinta es que a uno le gusten unas más que otras.

VII. LA OPINIÓN CONSULTIVA

Como ya se ha señalado con anterioridad, el TEDH está lejos de haber dicho la última palabra sobre la gestación por sustitución. Están en estos momentos pendientes tres asuntos que suscitan la interesante cuestión del reconocimiento de la filiación materna.

Braun c. Francia,⁶¹ *Saenz y Saenz Cortes c. Francia*⁶² y *Maillard y otros c. Francia*⁶³ son casos muy parecidos a *Mennesson y Labassée*. En los tres supuestos se han celebrado contratos de gestación por sustitución en el extranjero, utilizando gametos del comitente varón. Conforme a la jurisprudencia actual posterior a *Labassée* y *Mennesson*, se procede a inscribir en el Registro Civil francés al niño como hijo del comitente varón. Se rechaza, en cambio, la inscripción de la filiación materna, por entender que es madre la mujer que da a luz al niño y no la madre intencional.

Las demandas frente al TEDH plantean la infracción del derecho a la vida privada del niño derivada del hecho de que la inscripción del certificado extranjero es parcial y supone desconocer la filiación materna. Adicionalmente, se alega que existe una infracción del principio de igualdad (artículo 14) en combinación con el derecho a la vida privada (artículo 8o.), en tanto en cuanto se privilegia el criterio del nacimiento para establecer la filiación materna.

El 5 de octubre de 2018, la Corte de Casación francesa planteó esta misma cuestión al TEDH, accionando por primera vez el mecanismo consultivo⁶⁴ previsto en el Protocolo núm. 16 al CEDH, adoptado el 2 de octubre de 2013 y que entró en vigor desde el 1o. de agosto de 2018.⁶⁵ El mecanismo

⁶¹ TEDH, Sección 5a., *Braun c. Francia*, asunto 1462/18, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-182515%22%5D%7D>).

⁶² TEDH, Sección 5a., *Saenz y Saenz Cortes c. Francia*, asunto 11288/18, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-182516%22%5D%7D>).

⁶³ TEDH, Sección 5a., *Maillard y otros c. Francia*, asunto 17348/18, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-183942%22%5D%7D>).

⁶⁴ TEDH, Gran Sala, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)* (en inglés) (Opinión consultiva), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

⁶⁵ Protocolo núm. 16 al CEDH, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084832> (en inglés).

consultivo tiene como objeto reforzar la relación de cooperación entre las autoridades nacionales y el Tribunal europeo, proporcionándoles a aquéllas los elementos para poder construir una respuesta jurídica conforme al CEDH. El TEDH no examina los hechos ni decide el asunto, sino que se limita a contestar a las cuestiones elevadas por las autoridades nacionales.

La Corte de Casación francesa preguntó si su negativa a inscribir la filiación materna está cubierta por el margen de apreciación del que dispone conforme al artículo 8o. del CEDH. Se cuestionó adicionalmente si se debe diferenciar entre los supuestos en los que se utiliza material genético de la madre de intención y aquellos en los que no existe vínculo genético entre el niño y la comitente. También se elevó al TEDH la cuestión de si se cumple con el artículo 8o. al posibilitar que la madre intencional adopte al niño, hijo genético del marido de la madre, o si el Convenio exige que se proceda directamente a la inscripción del certificado extranjero.

La opinión consultiva se hizo pública el 10 de abril de 2019. El TEDH muestra cautela al circunscribir el análisis al supuesto que motiva la petición de la Corte de Casación francesa, subrayando que en este caso concurren tres circunstancias: en primer lugar, que entre el padre de intención y el niño existe un vínculo genético; en segundo lugar, que no existe tal vínculo entre la madre de intención y el niño, y, en tercer lugar, el supuesto se caracteriza porque, en el certificado de nacimiento extranjero, el padre y la madre de intención aparecían como padres legales. El Tribunal advierte que su jurisprudencia podría en un futuro precisar de posteriores desarrollos, teniendo en cuenta la evolución de la materia.⁶⁶ Se recuerda, por consiguiente, el carácter evolutivo de la jurisprudencia del TEDH.

Las dos consideraciones primordiales son, en opinión del Tribunal, por un lado, el interés superior del niño y, por otro, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes en la materia. Respecto a la primera cuestión, se recuerda que, si bien es legítimo combatir el fraude de ley, ha de primar el interés superior del niño.⁶⁷ Se afirma que el derecho a la vida privada del niño se ve lesionado si no se permite el establecimiento de la filiación materna, ya que ello crea una situación de incertidumbre respecto a la identidad del niño y puede generar dificultades en ámbitos como el derecho de la nacionalidad y la extranjería, el tema sucesorio y en caso de separación de los padres de intención.⁶⁸ Es asimismo esencial en relación con la responsabilidad parental.⁶⁹

⁶⁶ Opinión consultiva, apartado 36.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 39.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 40.

⁶⁹ *Ibidem*, apartado 42.

Se considera de especial interés el hecho de que el TEDH aluda a efectos negativos que no se producían en el caso concreto, como las dificultades en el ámbito de la nacionalidad y la extranjería, que no eran relevantes, puesto que el padre de intención era, al igual que la madre, de nacionalidad francesa. También es destacable que la lesión al derecho a la vida privada del niño no se haga depender del vínculo genético entre el niño y la madre.

Por lo que respecta al margen de apreciación, el TEDH inicia su análisis recordando que no existe un consenso europeo respecto al reconocimiento de una relación de filiación entre el niño nacido como consecuencia de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y los padres de intención.⁷⁰ Por esa razón y tratándose de una cuestión que suscita importantes controversias morales o éticas, el margen de apreciación del que disponen los Estados debería ser amplio,⁷¹ pero ha de restringirse al estar en juego un aspecto esencial de la identidad de un individuo.⁷² Por consiguiente, el TEDH concluye que el respeto a la vida privada del niño requiere que el derecho nacional ofrezca alguna posibilidad de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención.⁷³

Ello no implica, no obstante, que necesariamente se tenga que reconocer el certificado de nacimiento extranjero. El TEDH subraya únicamente que se requiere dar una respuesta rápida, pues la incertidumbre perjudica al niño;⁷⁴ pero no deduce de dicha circunstancia que se tenga que proceder directamente a la inscripción. Se entiende que se respeta el interés superior del niño si el derecho interno dispone de medios jurídicos que permitan el establecimiento de la relación de filiación, citándose expresamente la adopción, siempre que dichos medios operen con celeridad y eficacia.⁷⁵

La opinión consultiva no significa, por consiguiente, un vuelco de la jurisprudencia anterior, sino su desarrollo lógico, destacando únicamente que la importancia del dato genético se relativiza. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en el supuesto objeto de análisis el padre de intención y marido de la madre era el padre biológico del niño. Sería, por tanto, excesivo concluir que la obligación de reconocer el vínculo de filiación establecido en el extranjero existe también cuando, como en el caso *Paradiso*, ninguno de los padres de intención tiene vínculos genéticos con el niño.

⁷⁰ *Ibidem*, apartados 23 y 43.

⁷¹ *Ibidem*, apartado 43.

⁷² *Ibidem*, apartado 44.

⁷³ *Ibidem*, apartado 36.

⁷⁴ *Ibidem*, apartado 49.

⁷⁵ *Ibidem*, apartados 53-55.

VIII. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del TEDH aborda, como se ha visto, aspectos parciales de la problemática jurídica relativa a la gestación por sustitución. Los supuestos analizados hasta la fecha son todos casos de tráfico jurídico externo, en los cuales la presunta infracción de los derechos fundamentales se produce como consecuencia de la negativa del Estado a reconocer una relación de filiación establecida en el extranjero.

La respuesta del Tribunal es muy matizada y varía en función de las circunstancias del caso concreto. Conforme se planteen nuevos supuestos, la respuesta del Tribunal se irá decantando. En una materia tan delicada como la presente, no cabe, sin embargo, esperar que se suprima el margen de apreciación de los Estados. No es misión del Tribunal sustituir el debate informado propio de las sociedades democráticas. Corresponde, por consiguiente, a los Estados establecer una respuesta jurídica adecuada y equilibrada, bien a través del derecho interno, bien a través de la conclusión de instrumentos internacionales. En este sentido, es destacable que la opinión consultiva del TEDH concluya subrayando la complejidad de las cuestiones que suscita la gestación por sustitución y refiriéndose a los trabajos de la HCCH.⁷⁶

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALIJA, Rosa Ana y BONET, Jordi, “La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones”, en OLASOLO, Héctor *et al.* (coords.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2017, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

BEAUMONT, Paul y TRIMMINGS, Katarina, “The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy”, *Centre for Private International Law Working Paper Series*, Aberdeen, núm. 3, 2017, disponible en: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL%20Working%20Paper%20No%202017_3.pdf.

BÜCHLER, Andrea, “The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and

⁷⁶ *Ibidem*, apartado 59.

- Family”, en BÜCHLER, Andrea y KELLER, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 40, 2017.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Diálogos verticales y horizontales en el derecho internacional privado europeo”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (dir.) y GONZÁLEZ HERRERA, Daniel (coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, en prensa.
- GÖSSL, Susanne Lilian, “The Recognition of a «Judgment of Paternity» in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, vol. 7, núm. 2, 2015, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2796/1573>.
- HONORATI, Costanza, “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>.
- KELLER, Helen, “Article 8 in the System of the Convention”, en BÜCHLER, Andrea y KELLER, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- OTAEGUI AIZPURUA, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- PRETELLI, Ilaria, “Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 104, núm. 3, 2015.