

# La gestación subrogada y los desafíos de establecer la filiación: Jurisprudencia y doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

## Surrogacy and the Challenges of Establishing Filiation: Case Law and Doctrine of the European Court of Human Rights

---

**Aritz Duran Trigos<sup>1</sup>**

---

**DOI:** [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2023\)14](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2023)14)

### **Comentario a**

Caso de A.M. v. Noruega (solicitud núm. 30254/18)

**Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

### **Acceso al Fallo**

#### RESUMEN:

La gestación subrogada es una práctica cada vez más extendida sobre la que no existe consenso social ni político. La filiación de los menores nacidos mediante esta técnica plantea grandes dificultades tanto a nivel jurídico como ético, especialmente de aquellos nacidos en un estado extranjero, pues encontraremos situaciones que enfrentan un juicio donde se ha de determinar si prevalece la norma nacional o lo éticamente exigible, es decir, el reconocimiento de la filiación. Está claro que los estados deben garantizar el interés superior del menor así como el correcto desarrollo de su identidad. Por esto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha dado una respuesta clara a los casos planteados: Los estados han de garantizar el derecho a la vida privada del menor, protegido en el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), garantizando, pues, el correcto desarrollo de su identidad, y siempre velando por su interés superior.

El caso A.M. v. Noruega, viene a confirmar la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal en estos casos, asegurando, así, que el reconocimiento del vínculo de filiación con al menos uno de los padres intencionales es garantía suficiente de la protección del derecho a la vida privada del menor.

---

<sup>1</sup> Estudiante de Derecho y Administración de Empresas, en la modalidad bilingüe, en la Universidad Carlos III de Madrid (UC3M).  
Correo electrónico: aritzdurantrigos@gmail.com  
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-2089-7655>

## ABSTRACT

Surrogacy is an increasingly widespread practice, with no social or political consensus. The issue of filiation for children born through surrogacy raises significant legal and ethical challenges, particularly for those born in a foreign country. These situations often involve a legal judgment to determine whether national laws or ethical considerations should prevail in recognizing the child's parentage. It is evident that states must prioritize the best interests of the child and ensure their proper identity development. In light of this, the European Court of Human Rights (ECtHR) has provided a clear response to such cases. The Court asserts that states must guarantee the right to the private life of the child, as protected by Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). This includes safeguarding the child's identity development and always acting in their best interests.

The case of *A.M. v. Norway* confirms the consistent jurisprudence followed by the ECtHR in these cases. It ensures that recognizing the filial bond with at least one of the intended parents is sufficient to protect the child's right to privacy.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la vida familiar; Derecho a la vida privada; Filiación; Gestación subrogada; Padres de intención.

---

**KEY WORDS:** Right to family life; Right to privacy; Filiation; Surrogacy; Intended parents

## I. Introducción

Las técnicas de reproducción asistida han ganado una gran relevancia en los últimos años. Con el avance tecnológico y científico se ha conseguido dar respuesta a las necesidades de muchas parejas e individuos que, teniendo el deseo de formar una familia, eran incapaces de hacerlo por diversos motivos: infertilidad, tener ambos el mismo sexo, etc. Entre las técnicas más conocidas encontramos la fecundación in vitro (FIV), la gestación por sustitución, la inseminación artificial, la vitrificación de óvulos, etc.

El TEDH ha sido la instancia final en la resolución de muchos casos planteados por particulares contra sus respectivos países, en los cuales no se reconocía la filiación de los menores nacidos en el extranjero mediante gestación subrogada. La mayoría de estos casos se han planteado en relación al artículo octavo de la CEDH, que protege el derecho a la vida privada y familiar.

En sus resoluciones, el TEDH ha enfatizado el derecho a la vida privada del menor, asegurando así el desarrollo de su identidad, y su interés superior. Esto se ha reflejado en diferentes resoluciones, como en los casos de "Labassee contra Francia" y "Menesson contra Francia", donde se ha dado una especial relevancia a la existencia de un vínculo genético entre al menos uno de los padres intencionales y el menor. Estas resoluciones han asentado un importante precedente en cuanto al reconocimiento de la filiación en casos de nacimientos ocurridos en el extranjero mediante esta técnica

Es necesario estudiar el concepto de "gestación subrogada", su situación normativa en los diferentes países sujetos a la jurisdicción del TEDH, el contenido de la jurisprudencia de este Tribunal respecto a los casos planteados, así como la doctrina existente en la actualidad de acuerdo a lo resuelto por el TEDH. De esta manera, podremos analizar y exponer de forma resumida el contenido del asunto "A.M. v. Noruega"

## II. Cuestiones generales

La gestación subrogada es un tema especialmente delicado por sus implicaciones políticas, médicas, sociales, éticas y morales. En las sociedades occidentales, como la española, podemos observar la existencia de un profundo debate, tanto en el ámbito político como entre los propios ciudadanos, del cual no se puede extraer ninguna conclusión certera. Muchos argumentan que esta técnica debería estar prohibida porque atenta contra los más básicos principios de la religión, otros que la existencia de la gestación subrogada supone el blanqueamiento de un modelo de esclavitud que se ejerce sobre la mujer, especialmente sobre aquellas con menos recursos. También hay muchos que quieren su legalización al entender, desde una perspectiva anti intervencionista del Estado, que este no ha de inmiscuirse en la vida de los individuos y, por tanto, esperan que se dé un mayor poder a la autonomía de la voluntad de las partes.

La gestación por sustitución, maternidad de alquiler, vientre de alquiler, donación temporal de útero, etc. es una técnica de reproducción asistida por la cual una mujer (madre gestante) se compromete con la/s persona/s comitentes (padres de intención o padres intencionales), mediando o no remuneración, a llevar un embarazo con el objetivo de entregar al niño nacido a estos, quienes pueden ser los padres biológicos o elegidos. Además, la madre gestante renuncia a cualquier filiación sobre el bebé nacido. (Muñoz, 2018: 45).

En la actualidad, existen diversas modalidades de gestación por sustitución, lo que conlleva a que el estudio y análisis jurídico de esta técnica sea más complejo. En primer lugar, podemos identificar dos tipos de maternidad subrogada en función de los individuos que aporten material genético. Así se puede hablar de:

**Subrogación tradicional:** La gestante es inseminada con el semen de uno de los comitentes o de un donante, y aporta su material genético. En consecuencia, la gestante es al mismo tiempo la madre biológica del niño nacido.

**Subrogación gestacional:** La gestante no aporta material genético y, por tanto, no guarda ningún parentesco biológico con el menor nacido. Esta simplemente se limita a gestar un embrión concebido mediante fecundación in vitro.

Seguidamente, podemos observar otros dos tipos en función de si la gestación es o no remunerada:

**Subrogación altruista:** La gestante se ofrece voluntariamente y sin que reciba remuneración alguna. Se deben excluir los gastos estrictamente necesarios como por ejemplo los gastos médicos, de registro, etc.

**Subrogación comercial:** La gestante recibe una remuneración por la gestación del hijo de los padres comitentes.

Como antes comentamos, esta práctica genera un importante debate interno en cada país. Por esto, existe una gran disparidad normativa entre Estados en relación a la gestación subrogada. Encontramos, por ejemplo, países que no permiten la utilización de esta técnica dentro de sus fronteras y, sin embargo, sí permiten la regularización (reconocimiento de la filiación) de los menores nacidos mediante maternidad subrogada en el extranjero. (García San José, 2018: 112-118).

Para examinar con mayor detenimiento estas diferencias normativas, podemos analizar el estudio de derecho comparado, llevado a cabo en 35 países miembros del Consejo de Europa, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a propósito del caso Labassee. El estudio encontró que la gestación subrogada se encuentra totalmente prohibida en quince Estados (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, entre otros); no existe una normativa que la prohíba expresamente pero se prohíbe conforme a disposiciones generales, no se tolera o es de legalidad dudosa en otros diez países (Andorra, Hungría, Irlanda, Letonia, etc.) y está autorizada, aunque con sujeción a determinados requerimientos y condiciones en otros siete Estados (Albania, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Georgia, Rusia y Ucrania). Además, cabe mencionar que cuatro Estados no la han regulado pero parecen haberla admitido en cierta medida (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia).

El estudio refleja que en 13 de los 35 Estados investigados es posible para los padres obtener el reconocimiento legal de la paternidad sobre un niño nacido mediante la práctica de la gestación por sustitución en el extranjero, ya sea a través del exequátur, que es el procedimiento mediante el cual se reconoce y se otorga validez a una sentencia o resolución judicial extranjera en otro país, o mediante la transcripción directa de la sentencia o el certificado de nacimiento extranjero en los registros civiles nacionales, o a través de la vía de la adopción (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, etc.). Igualmente, parece que este reconocimiento es posible en determinados países donde la gestación subrogada está prohibida o carece de regulación (Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia, etc). Finalmente, encontramos que este reconocimiento queda excluido en otros once estados (Andorra, Alemania, Bosnia-Herzegovina, etc.).

### **III. Jurisprudencia del TEDH**

Es crucial que hagamos un repaso de las principales resoluciones del TEDH que resuelven los conflictos planteados sobre el reconocimiento de la paternidad o maternidad legal de los menores nacidos mediante gestación subrogada en un país extranjero.

#### **1. Asuntos “Mennesson contra Francia” y “Labassee contra Francia”**

Indudablemente, los asuntos “Mennesson contra Francia” y “Labassee contra Francia”, ambos de 26 de junio de 2014, son la base jurisprudencial sobre la que se construirán muchas de las respuestas dadas a asuntos ulteriores. En los dos casos, un matrimonio francés hace uso de la gestación subrogada para tener un hijo. Para ello, aprovechan la legalidad de la técnica en ciertos estados de Estados Unidos (California y Minnesota) para satisfacer su deseo de formar una familia. En los dos casos el semen correspondía al marido y el óvulo a una donante. Aunque en ambos estados los padres intencionales constaban como padres legales, el estado francés les denegó el acceso al Registro Civil al considerar que la práctica usada atenta contra su legislación. Los dos matrimonios pudieron vivir junto a sus hijas como verdaderas familias, pero sin que estas fueran reconocidas como ciudadanas francesas. Finalmente, en ambos asuntos fueron los padres intencionales junto a las niñas quienes demandaron al estado francés. El TEDH reconoce que los países, en el ejercicio de su soberanía, tienen un amplio margen para regular la gestación subrogada y el reconocimiento del vínculo de filiación entre los comitentes y los menores nacidos. En Francia esta técnica se encuentra prohibida y, análogamente, el establecimiento del vínculo de filiación.

El TEDH dictaminó que no se produjo una vulneración del derecho a la vida familiar (ar-

título 8 del CEDH) de los demandantes debido a que estos habían vivido como familia de facto desde el nacimiento de los menores. Igualmente, el Tribunal encontró que la injerencia del estado francés sobre la vida privada de los padres intencionales se ajustó a lo establecido por el artículo octavo del convenio, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos. Finalmente, el Tribunal encontró que sí se causó una violación de la vida privada de los menores ya que mediante la negación de Francia al reconocimiento del vínculo, estos se verían gravemente afectados porque no podrían acceder a la nacionalidad francesa, ni a los derechos que esta otorga. (Herrera y Lamm, 2014: 220-223).

## **2. Asuntos “Foulon contra Francia” y “Bouvet contra Francia”**

Posteriormente, se plantean ante el TEDH dos situaciones muy similares a la de los asuntos *Menesson* y *Labassee*. En estos casos, Didier Foulon y Philippe Bouvet se trasladaron a India para, por medio de la gestación subrogada, tener una hija, y una pareja de gemelos respectivamente. Ante esta situación, las autoridades francesas les negaron la transcripción de las actas de nacimiento. Finalmente, y tras haber recorrido todas las instancias nacionales requeridas, llegan ambos casos al seno del TEDH. Este resuelve los dos asuntos en una misma sentencia donde pone de manifiesto la gran similitud existente entre lo planteado y los casos *Menesson* y *Labassee*. En consecuencia, el Tribunal entiende que ante hechos similares debe dar una respuesta igual, y así fue, se mantuvo la línea jurisprudencial iniciada con los asuntos mencionados.

## **3. Asunto *Paradiso-Campanelli***

Este asunto, con fecha del 24 de enero de 2017, afectó a un matrimonio heterosexual italiano que acudió a Rusia, donde la gestación subrogada es legal, para tener un hijo. En este caso no existen vínculos biológicos entre el menor nacido y los padres intencionales, factor que será determinante durante todo el procedimiento. La familia *Paradiso-Campanelli* obtuvo el permiso para regresar, junto al menor, a Italia. De este viaje, las autoridades italianas descubrieron que el matrimonio había aportado documentación falsa y, en consecuencia, tomaron acciones penales contra ellos, así como también la fiscalía inició un procedimiento para declarar al menor en desamparo. El niño fue acogido por los servicios de protección de menores de Italia y, posteriormente, fue entregado en adopción a otra familia. El matrimonio llevó el caso ante el TEDH, que en una primera resolución entendió que se había vulnerado el artículo octavo de la convención. No obstante, el estado italiano recurrió el asunto. Finalmente, La Gran Sala revocó la decisión anterior y dió la razón al estado italiano al entender que no había habido una vulneración de mencionado artículo; del mismo modo, declaró que Italia había actuado de acuerdo a derecho.

Es crucial que examinemos el caso para comprender la resolución del Tribunal, dado que parece apartarse de la doctrina establecida en casos anteriores, como *Labassee* y *Menesson*. En primer lugar, el tribunal considera que la ruptura de la relación entre los comitentes y el menor se debe a que los primeros generaron, concienzudamente, una situación de inseguridad jurídica, al haber utilizado una práctica contraria a la legislación italiana. En segundo lugar, debido a la ausencia de un vínculo biológico entre los padres intencionales y el menor, y la breve duración de la convivencia entre ellos, no se cumplieron las condiciones necesarias para que el tribunal entendiese que existía vida familiar entre ellos. En tercer lugar, el tribunal sí reconoce que las medidas adoptadas por Italia supusieron una injerencia en la vida privada de los comitentes, no obstante,

esta se realizó conforme a lo exigido por el artículo octavo del convenio, ya que se realizó de acuerdo con la ley, y persiguiendo una finalidad legítima y necesaria. Por último, la Gran Sala remarca reiteradamente la ilegalidad cometida por los demandantes, así como la legitimidad y necesidad de las medidas adoptadas por el estado italiano para asegurar y proteger la legislación vigente.

Además, de acuerdo con González Beilfuss (2020) el TEDH consideró que los comitentes, al carecer de vínculo genético con el menor, y de autorización de un representante legal del mismo, no tenían legitimación para representarlo ante los tribunales. Este hecho es fácilmente contrastable con las resoluciones precedentes, como *Menesson y Labassee*, donde los padres comitentes sí pudieron representar a los menores en los tribunales. En conclusión, este asunto ha contribuido a que el TEDH vaya delineando su jurisprudencia y doctrina en cuanto al reconocimiento de la filiación de los niños nacidos a través de la gestación subrogada en un país extranjero.

#### **4. Asunto “Schlittner-Hay contra Polonia”**

Este asunto, con fecha del 16 de noviembre de 2021, versa sobre la negativa de Polonia a reconocer la filiación de dos niños nacidos por maternidad subrogada en Estados Unidos, hijos de una pareja homosexual. Los padres intencionales, en representación de los menores, alegaron la posible violación de los artículos octavo y decimocuarto de la CEDH.

La pareja tuvo dos hijos gemelos mediante gestación subrogada en California, Estados Unidos. Ambos fueron reconocidos por un tribunal del mencionado estado como padres de los menores. En consecuencia los niños tenían doble nacionalidad, estadounidense e israelí. Dado que uno de los padres tenía nacionalidad polaca, solicitó a las autoridades de este país que reconociese la filiación de ambos menores. De esta forma, los niños obtendrían la ciudadanía polaca y, por tanto, la europea. Sin embargo, Polonia rechazó el reconocimiento de la filiación al haber nacido en una pareja del mismo sexo.

El TEDH declaró la inadmisibilidad del argumento de que se había vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de los menores, garantizado en el artículo octavo de la Convención. Esto es así, según el tribunal, porque los menores ya gozaban de la nacionalidad israelí, que, además, es el lugar de residencia de la familia, por tanto, no se habría vulnerado la vida privada y familiar de los niños. A mi juicio, esta decisión del tribunal no es acertada ya que dando por válida la decisión de las autoridades de Polonia, estaría negando a los menores parte de su identidad, que es de origen polaco. Además, estaría generando sobre estos un gran perjuicio, ya que al no obtener la ciudadanía polaca, tampoco obtendrían la europea. En consecuencia, los menores verían limitada su libertad de movimiento en Europa en comparación con cualquier niño de nacionalidad polaca.

#### **IV. Doctrina del TEDH**

Para comenzar el análisis de la doctrina del TEDH, Llinás (2020) introduce una distinción según el origen de los acuerdos de gestación por sustitución. Por un lado, encontramos aquellos celebrados dentro de las fronteras de un Estado miembro. En estos casos, el TEDH entiende que el propio Estado tiene la competencia para permitir o castigar estos supuestos. Por otro lado, tenemos aquellos contratos de gestación subrogada celebrados en el extranjero, que son los que mayor complejidad jurídica presentan por la implicación de diversos sistemas legales, así como por todas las posibilidades que se pueden

plantear (vínculo genético de ambos padres intencionales, un único vínculo genético de uno de los padres de intención, etc.).

Son concretamente esos casos de origen internacional los que han suscitado la mayoría de supuestos ante el TEDH. Carranza (2022) aporta unas ideas brillantes para entender el comportamiento del Tribunal ante las cuestiones planteadas. Todas las resoluciones dadas por el TEDH tienen como elemento particular el estudio del artículo octavo del CEDH, tanto en la vertiente que protege la vida privada de las personas como en la que protege y garantiza el derecho a la vida familiar.

El tribunal toma como punto de partida, para la resolución de los casos sobre filiación del menor nacido mediante gestación subrogada en el extranjero, la protección de la vida privada del menor y el interés superior de este. Por tanto, como el artículo octavo de la convención garantiza el respeto a la vida privada de los menores y, por consiguiente, a su identidad, los estados deberán inscribir a estos, aunque de esta manera se estuviese contraviniendo la propia legislación nacional. Es importante mencionar que el TEDH ha dado un especial énfasis a la protección, mediante el artículo octavo, a la vida privada de los nacidos por esta técnica, que no de los padres intencionales.

En relación al derecho a la vida familiar garantizado por el mencionado precepto, el Tribunal entiende que por encima del vínculo genético se encontraría la existencia de una relación duradera y de calidad.

Carranza (2022) distingue entre dos categorías de casos en relación a la gestación subrogada: los “fáciles” y los “difíciles”. Los casos “fáciles” son aquellos en los que al menos uno de los padres de intención tiene un vínculo genético con el menor nacido. Por otro lado, los casos “difíciles”, son aquellos en los que ninguno de los padres intencionales tiene un vínculo genético con el menor. En cuanto a los primeros, el TEDH ha desarrollado cierta jurisprudencia donde se reconoce la filiación, como se ha podido observar en resoluciones anteriores, como los asuntos “Labassee contra Francia” y “Menesson contra Francia”. Sin embargo, en los casos “difíciles”, donde no existe ningún vínculo genético entre los padres intencionales y el menor, todavía no existe una línea jurisprudencial clara. El único caso relevante hasta este momento en esta categoría ha sido el de Paradiso-Campbelli. No obstante, debido a sus particularidades, este no puede servirnos como base o guía para el resto de asuntos donde no exista un vínculo genético.

## **V. Análisis del asunto “A.M. v. Noruega”**

### **1. Cuestiones generales**

La demanda presentada ante el TEDH plantea la posible violación de los artículos octavo y decimocuarto de la CEDH por parte del Reino de Noruega con respecto a los derechos de la madre intencional (la solicitante) de un menor nacido por gestación subrogada en Estados Unidos.

En 2002, EB, el padre del menor, y la solicitante, la madre intencional, inician una relación. Con el paso del tiempo intentan tener un hijo mediante la práctica de la gestación subrogada, sin embargo, no tienen éxito. En 2012, ambos ponen fin a su relación pero acuerdan continuar con los intentos para tener un hijo. Finalmente, en 2013, lograron exitosamente la fecundación de un óvulo donado por una mujer usando el semen de EB.

El embrión resultante sería gestado por una mujer residente en el estado de Texas, quien recibiría una compensación por el contrato de gestación subrogada.

Los tribunales de Texas reconocieron a EB y a la solicitante como padres del menor nacido fruto del contrato de maternidad subrogada. Posteriormente, EB, la solicitante y el menor se trasladaron de nuevo a Noruega. Durante el primer año, el niño vivió mayormente con la solicitante. Sin embargo, con el paso del tiempo, la relación entre los padres intencionales se fue enfriando, hasta el punto de que EB solicitó que el menor viviese únicamente con él. Se intentaron celebrar diversos acuerdos entre los padres de intención pero todos fracasaron. Como consecuencia de esta situación, se inicia un procedimiento judicial en Noruega entre EB y la solicitante.

## **2. Procedimientos judiciales nacionales**

### **A. Procedimiento ante la corte de la ciudad de Oslo**

El asunto nuclear del tema planteado es si la solicitante debería ser reconocida como madre del niño de la misma forma que si esta fuese su madre biológica. Cabe destacar que la solicitante no aportó material genético al contrato de gestación subrogada. La justicia de la ciudad de Oslo denegó dicha solicitud de acuerdo a lo establecido en la ley del menor noruega, así como en beneficio del interés superior del niño. La única posibilidad sería, por tanto, haber adoptado al menor. No obstante, los plazos establecidos no fueron cumplidos y tampoco se obtuvo la aprobación del padre biológico y legal del menor. Por tanto, se descarta igualmente

Además, la solicitante argumentó que se habría producido un posible caso de discriminación. No obstante, la justicia de Oslo negó esta posibilidad, ya que todas las actuaciones llevadas a cabo por la administración se habían ajustado a derecho y no se había producido discriminación alguna. Asimismo, la decisión de EB de cortar la relación entre el niño y la solicitante incrementó notablemente la calidad de vida de este, en consecuencia, la decisión fue en beneficio del interés superior del menor.

Por último, la solicitante solicitó que, en caso de no ser reconocida como madre del menor, al menos, se le garantizase el derecho a tener contacto con el niño. Ante esta solicitud, la corte de Oslo rechazó la petición ya que no solo no beneficiaba al menor, sino que podía perjudicar notablemente su desarrollo.

### **B. Procedimiento ante la corte de apelaciones de Borgarting**

La solicitante recurrió la resolución de la corte de Oslo y solicitó que ésta fuese revocada. Asimismo, solicitó a la corte de apelaciones que se reconociese su maternidad sobre el menor nacido en Texas, o en su defecto, que se reconociese su derecho a mantener contacto con él.

En relación a la primera cuestión, la legislación noruega establece dos alternativas para el reconocimiento de la maternidad legal. En primer lugar, el principio biológico establece que la madre biológica sea reconocida como madre legal del menor. Además, la ley noruega habilita el acceso a la maternidad legal a través de la adopción del menor, siempre y cuando que la persona que ostenta la responsabilidad legal sobre el niño esté de acuerdo.

La corte de apelaciones, rechazó el argumento presentado por la solicitante de que Noruega ha de reconocer la resolución de la justicia de Texas, pues de acuerdo con la sección 11-4 de la "Ley de Disputas", Noruega no aceptará resoluciones extranjeras cuando éstas afecten a determinados asuntos, incluido el estatus legal del menor. Asimismo, la corte rechazó la aplicación de la "Ley Temporal de Maternidad Subrogada" por no estar vigente en el momento del nacimiento del proceso judicial, y por la falta de conexión entre lo previsto por la norma y el presente caso.

En relación a la posible discriminación sufrida por la solicitante, la corte de apelaciones entendió que la administración y la instancia anterior habían actuado conforme a la ley y no se había producido dicha discriminación. Finalmente, esta instancia también rechazó la petición de la solicitante de mantener el contacto con el menor, argumentando que esto iría en contra del interés superior del mismo.

### **C. Procedimiento ante el Tribunal Supremo Noruego**

La solicitante recurrió la resolución de la corte de apelaciones de Borgarting. Solicitó al Tribunal Supremo del Reino de Noruega que la reconociese como madre del menor. Sin embargo, en esta última instancia no mencionó absolutamente nada sobre que se garantizase su derecho a mantener contacto con el niño. Finalmente, el Tribunal Supremo rechazó el recurso de apelación de la solicitante, y confirmó la decisión de la instancia anterior.

## **3. Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

### **A. Posible vulneración del artículo 8 del CEDH**

En primer lugar, el TEDH declaró inadmisibles las solicitudes de mantener el contacto con el menor, ya que la solicitante no planteó esta cuestión ante el Tribunal Supremo del Reino de Noruega. Por lo tanto, no se agotaron todas las instancias nacionales, requisito indispensable para presentar cualquier solicitud ante el TEDH.

El TEDH razonó por qué el Reino de Noruega no había vulnerado el derecho a la vida privada de la solicitante, reconocido en el artículo octavo de la CEDH.

Como punto de partida, la gestación subrogada está prohibida conforme a la legislación noruega, por consiguiente, la negativa de este país de reconocer la maternidad legal de la solicitante está estrechamente relacionada con dicha prohibición.

Además, el TEDH enfatizó que es competencia exclusiva de los estados reconocer las relaciones de filiación legal, siempre con el objetivo de proteger al menor y garantizar su interés superior. En este caso, se reconoció a EB, que también era el padre biológico del niño, como padre legal. Por tanto, el derecho a la vida privada de este estaría totalmente protegido, y se garantizaría, además, el derecho a su propia identidad.

El TEDH reconoció que las autoridades noruegas actuaron de acuerdo a la legislación vigente. Del mismo modo, señaló la posibilidad de la adopción como alternativa para acceder a la maternidad legal del menor. Sin embargo, EB, quien tenía la responsabilidad de decidir sobre la adopción, determinó que esta no debía llevarse a cabo. Como resultado, la solicitante no pudo acceder a la maternidad legal sobre el menor en ninguna forma.

Finalmente, el TEDH declaró que no se había producido una vulneración del artículo octavo de la convención, en ninguna de sus dos vertientes. El derecho a la vida privada y el derecho a la vida familiar. Esta respuesta no debería sorprendernos, ya que continúa con la línea jurisprudencial iniciada con los asuntos Labassee y Mennesson.

Como se comentó anteriormente, el TEDH entiende que en estos casos la vulneración del artículo octavo tiene lugar cuando se produce una desprotección de los menores, especialmente, en relación a su derecho a la vida privada y al desarrollo de su identidad. En este caso, con el reconocimiento de EB como su padre legal, este tendría garantizado su derecho a la vida privada, así como al conocimiento de su historia lo que ayudaría a la conformación y desarrollo de su identidad.

Asimismo, tampoco se produce una vulneración del derecho a la vida familiar, pues esta no existió como tal. Si bien es cierto que el menor residió con la solicitante por un corto periodo de tiempo, este no fue suficiente para que se desarrollara un vínculo de calidad cuya desaparición pudiese afectar negativamente al menor. Por tanto, ante la inexistencia de dicho vínculo no hay lugar a una vulneración del mencionado derecho.

### **B. Posible vulneración del artículo 14 de la CEDH tomado en conjunción con el 8**

La solicitante argumentó que de no ser reconocida como madre legal del menor, se estaría incurriendo en un acto discriminatorio contra su persona, lo que sería contrario al artículo decimocuarto de la CEDH, tomado en conjunción con el artículo octavo del mismo texto. Para estudiar la respuesta del TEDH a este planteamiento, expondré los argumentos aportados tanto por la solicitante como por el Gobierno noruego.

Por un lado, la solicitante narró por qué consideraba que fue discriminada por las autoridades noruegas. Para ello, expuso que Noruega debería haber aplicado la “Ley Temporal de Maternidad Subrogada” en su caso. Asimismo, esta manifestó la existencia de casos similares donde se había dado la solución buscada. No obstante, estos eran sustantiva y fácticamente diferentes. Por ejemplo, la solicitante argumentó la existencia de un caso análogo en la corte de apelaciones de Gulating, el cual se resolvió con el reconocimiento de la filiación legal de los padres.

Por otro lado, el Gobierno noruego negó con rotundidad el argumento de la solicitante. Expuso las diversas razones por las que la mencionada ley no podía aplicarse a su caso. En primer lugar, la Ley Temporal de Maternidad Subrogada no estaba vigente cuando el procedimiento judicial nació, por consiguiente, es imposible que se pudiera utilizar una norma que estaba fuera del marco jurídico noruego. En segundo lugar, los representantes legales del Reino de Noruega enfatizaron que aún habiendo estado vigente, dicha ley no podría aplicarse al caso ya que éste no cumplía con las condiciones sustantivas que contenía la misma.

Finalmente, tras considerar los argumentos planteados por ambas partes, el TEDH entendió que no se había vulnerado el artículo decimocuarto de la CEDH, en relación con el artículo octavo del mismo texto. El tribunal argumentó que las decisiones de las autoridades noruegas se habían tomado de acuerdo con la legislación vigente. Además, destacó lo argumentado por el Reino de Noruega respecto a la vigencia de la Ley Temporal de Maternidad Subrogada, que ya no se encontraba en vigor en ese momento.

## Conclusiones

El TEDH ha dado una respuesta a los planteamientos presentados ante él de manera garantista en favor de los menores. Con sus resoluciones, estos tendrán garantizada la protección de su derecho a la vida privada y a la libre formación de su identidad. Sin embargo, el Tribunal no ha emitido pronunciamiento alguno sobre la realidad que subyace tras estos contratos. Muchas mujeres se encuentran en la necesidad de ceder su cuerpo durante nueve meses a cambio de una compensación económica. Algunos argumentan que lo hacen voluntariamente y en libertad, otros sostienen que la existencia de esta práctica convierte a las mujeres con menos recursos en esclavas de aquellos que desean tener un hijo. Sea cual sea la respuesta ética y moral correcta, es necesario que la sociedad se embarque en un ejercicio de reflexión, y que el TEDH dé respuesta a la interrogante que todavía persiste en torno a la figura de la madre gestante.

---

## Referencias Bibliográficas

- Carranza, G. G. (2022). Acerca de la (no) adopción de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre gestación por sustitución. *Revista Integración Regional & Derechos Humanos*, 10(2), 3.
- García San José, D. (2018) "La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los estados parte en el convenio europeo de derechos humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del tribunal europeo de derechos humanos en relación con la gestación por sustitución," *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, pp. 103–130.
- González Beilfuss, C. (2020). Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución. En Albornoz, M. M. (Ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado* (Capítulo 10). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Herrera, M., & Lamm, E. (2014). De identidad e identidades: el derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga.'
- Llinás, L. H. (2020). "Gestación por sustitución internacional e interés superior del menor: doctrina del TEDH y respuesta de las autoridades españolas." *Revista de derecho político*, (107), 181-210.
- Muñoz, F.R. (2018) "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada," *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, (12), pp. 42–54.

## Jurisprudencia

- A.M. v. Noruega (2022), solicitud núm. 30254/18, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Labassee v. Francia (2014), solicitud núm. 65941/11, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Mennesson v. Francia (2014), solicitud núm. 65192/11, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- Paradiso y Campanelli v. Italia (2017), solicitud núm. 25358/12, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.