



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada**

Autor: Laura Sanmateo Garth

5º E-5, Derecho y Relaciones Internacionales

Derecho Internacional Privado

Tutor: Isabel Eugenia Lázaro González

Madrid  
Abril 2023



## **Resumen**

Este trabajo pretende hacer una síntesis y posterior análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada en cuanto a su pronunciamiento sobre si la interferencia de las autoridades a la hora de denegar la transcripción del certificado de nacimiento extranjero que designa como padres legales a los padres interesados en el registro civil del Estado Miembro del Consejo de Europa que prohíbe la maternidad subrogada dentro de sus fronteras, comporta una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, amparándose dicha decisión en el amplio margen de apreciación otorgado a los Estados en cuestiones éticas y morales, y ante la falta de consenso a nivel europeo. No obstante, el margen de apreciación debe ser reducido por primar el interés superior del niño y afectar a elementos constitutivos de la identidad de una persona, como es la filiación. El TEDH obliga a los estados a inscribir en el registro como padre a los varones que han aportado material genético, y abrir un cauce al reconocimiento de la relación paterno-filial entre el niño y la madre (vinculada genéticamente o no) o padre interesado que no haya realizado aportación genética para dar cumplimiento al artículo 8 del Convenio del en cuanto al niño, siempre que se haga de forma pronta y sea de conformidad al interés superior del niño.

*Palabras clave:* maternidad subrogada, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, jurisprudencia, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho al respeto a la vida privada y familiar, margen de apreciación, interés superior del menor.

## **Abstract**

The purpose of this study is to make a summary and subsequent analysis of the evolution of the case-law provided by the European Court of Human Rights involving surrogacy, and whether the interference of the government authorities of the country where surrogacy is considered illegal on the applicant's private and family life is pursuant to article 8 of the European Convention on Human Rights, falling within the scope of the margin of appreciation afforded to Member States of the Council of Europe in cases where there is no consensus or where the cases raises sensitive moral or ethical issues, the decision to not

register the applicants as legal parents in the register of births, marriages and deaths of the child born through surrogacy. However, according to the ECHR, the aforementioned margin of appreciation should be restricted when an important component of an individual's identity is at stake, such as one's legal parent-child relationship, as well as the child's best interest. It is therefore why the ECHR, in order to protect the child's right to respect of their private and family life, mandates Member States to recognize the biological father as legal father and to allow for the intended mother or partner with whom the child doesn't share genetic link to be legally recognized, the means as to how effectively falling within the scope of the margin of appreciation, so long as it can be promptly implemented and is in accordance with the child's best interest.

*Key words:* surrogacy, European Court of Human Rights, case law, article 8 of European Convention on Human Rights, right to respect for private and family life, margin of appreciation, child's best interests.

## ÍNDICE

<b>1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>7</b>
<b>2. ANTECEDENTES.....</b>	<b>9</b>
<b>3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS.....</b>	<b>11</b>
<b>4. METODOLOGÍA.....</b>	<b>12</b>
<b>5. DESARROLLO.....</b>	<b>12</b>
Capítulo I: Mennesson c. Francia.....	12
Capítulo II: Labasse c. Francia.....	15
Capítulo III: D. y otros c. Bélgica.....	18
Capítulo IV: Foulon y Bouvet c. Francia.....	20
Capítulo V: Laborie c. Francia.....	21
Capítulo VI: Paradiso y Campanelli c. Italia .....	23
Capítulo VII: Dictamen 10 de abril de 2019.....	26
Capítulo VIII: C. y E. c. Francia.....	31
Capítulo IX: D. c. Francia.....	33
Capítulo X: Valdís Fjólnisdóttir y otros c. Islandia.....	35
Capítulo XI: S. -H. c. Polonia.....	36
Capítulo XII: A.M. c. Noruega .....	39
Capítulo XIII: A.L. c. Francia.....	41
Capítulo XIV: D.B. y otros c. Suiza.....	44
Capítulo XV: K.K. y otros c. Dinamarca.....	45
<b>6. CONCLUSIONES.....</b>	<b>46</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>50</b>
<b>8. ANEXO.....</b>	<b>53</b>



## 1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El objetivo de este Trabajo de fin de Grado será analizar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en cuanto a maternidad subrogada, un fenómeno que si bien aparece ante el TEDH por primera vez en 2014, se trata de una técnica de reproducción asistida en crecimiento tal y como apuntó la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, Maud de Boer-Buquicchio en el informe A/HRC/37/60 presentado ante el Consejo de Derechos Humanos en 2018: “Va en aumento la práctica reproductiva de la gestación por sustitución. De hecho, a la par que el número de adopciones internacionales ha disminuido y que se han ido imponiendo a esa práctica cada vez más normas internacionales, el número de contratos internacionales de maternidad subrogada ha aumentado rápidamente ante la ausencia de normas internacionales” (de Boer-Buquicchio, 2018). Decimos “técnica de reproducción asistida” porque así la califica la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, al situar su prohibición en el capítulo II: participantes en las técnicas de reproducción asistida.

Con ciertas celebridades y personajes sumándose a su recurso, dándole por tanto visibilidad y abriendo la conversación sobre esta práctica como son el futbolista Cristiano Ronaldo, o más recientemente se hicieron viral en redes y generaron controversia y debate público, las imágenes de Khloe Kardashian posando en la cama del hospital con su nuevo recién nacido, fruto de la maternidad subrogada (ANEXO I); o la de Ana Obregón (68 años) saliendo de un hospital en Miami en silla de ruedas con un bebé en brazos nacida de una madre sustituta (ANEXO II).

Se trata de un tema que se inserta en el ámbito del Derecho Internacional Privado porque se da una situación en la que confluyen o se confrontan dos ordenamientos jurídicos de dos estados, ya que se celebra un contrato fruto de la autonomía privada entre dos personas físicas, en este caso la persona o el matrimonio que busca tener un hijo mediante maternidad subrogada; y de otra parte la mujer que queda embarazada y accede a que al dar a luz, por el que se acuerda el niño quede inscrito en el Registro Civil como hijo de la persona o pareja que contrató el servicio a efectos de determinar su filiación. El problema aquí viene cuando la persona o matrimonio, que solicita dicho servicio por el motivo personal que sea (ya sea por imposibilidad debida a la infertilidad de ambas partes que componen el

matrimonio o pareja de hecho; de una de ellas, o de la persona individual que opta por formar una familia de esta forma; o bien la propia voluntad de empezar una familia recurriendo a esta práctica sin mediar necesariamente imposibilidad física de concebir), viaja a un país donde la maternidad subrogada es legal, pero pretende volver a su país de origen e inscribir al recién nacido en el Registro Civil donde la práctica es ilegal, comportando por tanto un fraude de ley. Para tratar de vaciar de contenido estos contratos, los estados miembro del Consejo de Europa demandados en los casos que vamos a ver más adelante (Francia, Suiza e Italia entre ellos) han venido tratando de prevenir el resultado pretendido negando reconocer la filiación de aquellos que han recurrido a la maternidad subrogada en el extranjero sobre el niño que se ha desprendido del seno materno de una madre sustituta, alegando la excepción del orden público como defensa frente al Derecho extranjero que permite esta práctica por ser contrario a los principios fundamentales del país demandado.

En el marco actual de un mundo cada vez más globalizado e interconectado, en el cual son cada vez más frecuentes los movimientos migratorios, en el que el turismo es cada vez más accesible por la aparición de compañías de vuelo *low-cost* que permiten a cada vez más gente viajar, y en el que se dan procesos de integración regional como son la Unión Europea; es difícil tarea pretender que los casi 200 Estados actuales tengan ordenamientos jurídicos idénticos y armónicos entre ellos.

En concreto, algunos de los “paraísos” a los que acuden aquellos que quieren recurrir a la maternidad subrogada para emprender su proyecto de vida familiar son: Australia, Canadá y el Reino Unido bajo el régimen altruista; así como Georgia, la India, Rusia y Ucrania, algunos estados en Estados Unidos (pues se trata de un sistema plurilegislativo) e Israel, todos ellos son países en los cuales la legalidad de la práctica está regulada por las leyes nacionales, y por lo tanto permitida. (Sylkina, Mynbatyrova, Umbetbayeva, Shulanbekova y Baitukayeva, 2019).

Si acudimos a Derecho Comparado (ejercicio hecho por el TEDH en ambos, *Menesson y Labasse*), de una encuesta realizada a 35 de los Estados que son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos (excluyendo a Francia): catorce prohíben expresamente la maternidad subrogada; siete la permiten y otros diez no la regulan pero



parece no ser tolerada. En España en concreto, queda prohibida por el artículo 10<sup>1</sup> de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

## 2. ANTECEDENTES

Los casos que llegan ante Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, en relación con la práctica de la maternidad por sustitución giran en torno al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1953, sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que establece lo siguiente:

*“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”* (CEDH, 1953).

El Tribunal de Estrasburgo se pronuncia en estos casos sobre la adecuación a Derecho Internacional de los tribunales de los distintos Estados que forman parte del Consejo de Europa cuando interfieren en la vida privada y familiar de una familia que ha optado por tener descendencia acudiendo a los métodos de reproducción asistida a través de la maternidad por sustitución. Es importante apuntar que el TEDH no se ha pronunciado sobre la legalidad del contenido de los contratos de maternidad subrogada en sí, sino que se limita a pronunciarse sobre los efectos (el reconocimiento de los padres interesados como padres ante

---

<sup>1</sup> “Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales” (Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006)

la ley del país en el que está prohibida la práctica, y el efecto de la interferencia del estado demandado en el derecho del niño nacido por gestación subrogada a su vida privada). Si bien en el asunto *Paradiso y Campanelli* cabe resaltar el voto particular concurrente de los Jueces De Gaetano, Devov, Wojtyczek y Pinto de Albuquerque: “We consider that gestational surrogacy, whether remunerated or not, is incompatible with human dignity. It constitutes degrading treatment, not only for the child but also for the surrogate mother. Modern medicine provides increasing evidence of the determinative impact of the prenatal period of human life for that human being’s subsequent development. Pregnancy, with its worries, constraints and joys, as well as the trials and stress of childbirth, create a unique link between the biological mother and the child. From the outset, surrogacy is focused on drastically severing this link. Gestational surrogacy is particularly unacceptable if the surrogate mother is remunerated. According to the Committee on the Rights of the Child, surrogacy without regulation amounts to the sale of the child submitted under article 1 and 2<sup>2</sup> of the Optional Protocol to the Convention on the sale of children, child prostitution and child pornography. We regret that the Court did not take a clear stance against such practices” (STEDH de 24 de junio de 2017).

En la medida en la que son cada vez más frecuentes los casos en los que se personan niños nacidos de la maternidad subrogada y los respectivos padres interesados ante el Tribunal de Estrasburgo, éste ha tenido que desarrollar su jurisprudencia. Si bien de manera previa a la resolución del TEDH sobre el asunto *Mennesson*, las autoridades nacionales se decantaron por negarse a inscribir, tal y como constaba en el certificado de nacimiento extranjero, a los padres interesados como padres legales, publicada esta sentencia, el TEDH obliga a los estados a reconocer legalmente a los varones que han hecho aportación genética, ya que de no hacerlo estaría excediéndose del margen de apreciación otorgado, que si bien debe ser amplio por la falta de consenso en Europa y su incisión en cuestiones éticas, a su vez debe ser restringido ante temas de filiación, por ser un importante componente de la identidad de las personas. Es decir, que aunque la negativa de las autoridades gubernamentales encuentre su fundamento en tratar de remediar el fraude de ley y proteger el orden público

---

<sup>2</sup> “Article 1. States Parties shall prohibit the sale of children, child prostitution and child pornography as provided for by the present Protocol.

Article 2. For the purposes of the present Protocol: (a) Sale of children means any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration;” (Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en la resolución A/RES/54/263 en la 54ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000. Naciones Unidas, Volumen 2171, A-27531).

para tratar de disuadir que otras personas viajen a estos destinos de turismo gestacional, debe preponderar el interés superior del niño tal y como señala el Tribunal de Estrasburgo en *D.B. y otros*: “La Cour observe que l’un des arguments principaux que le Tribunal fédéral a retenu pour rejeter le recours des requérants était la contrariété, en droit suisse, de la gestation pour autrui avec l’ordre public. Or, elle considère que cette argumentation est certes pertinente, mais pas décisive en soi dans le cas d’espèce. Elle estime qu’il convient, du point de vue de la Convention, de faire abstraction du comportement éventuellement critiquable des parents de manière à permettre la recherche de l’intérêt supérieur de l’enfant, critère suprême dans de telles situations” (STEDH de 22 de noviembre 2022).

En cuanto a los padres de intención que no han hecho aportación de material genético, pero constan en el certificado extranjero de nacimiento como madre o padre legal, por medio del *Dictamen del 10 de abril de 2019* (opinión consultiva directamente relacionada con la ejecución por parte del Tribunal de Casación francés de la sentencia *Mennesson*), el TEDH establece que el derecho al respeto a la vida privada consagrado por el artículo 8 del Convenio del niño requiere que la ley nacional proporcione un cauce para reconocer esa relación paterno-filial, como puede ser la adopción del hijo del esposo. En cuanto a la elección del cauce, éste sí que cae dentro del margen de apreciación de los estados, siempre y cuando se pueda implementar de manera pronta y eficaz (*Dictamen del 10 de abril de 2019*). Y, como señala el TEDH en el asunto *C. y E.*, esperar que la madre interesada inicie un procedimiento de adopción no supone la imposición de una carga excesiva para los niños nacidos de una madre sustituta.

### **3. OBJETIVOS PERSEGUIDOS**

El objetivo perseguido en este Trabajo de Fin de Grado será realizar un análisis de las sentencias emitidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acerca de la maternidad subrogada e interpretar su evolución para posiblemente predecir futuras tendencias y detallar el estado de la cuestión en el panorama actual, donde vemos que cada vez es más común acudir a esta técnica de reproducción asistida<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Véase Katarina Trimmings y Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements* (2013), págs. 439, 441 y 442.

## 4. METODOLOGÍA

La metodología de este trabajo ha consistido en la búsqueda de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada propuestas por la directora de este Trabajo de Fin de Grado, la profesora Isabel Eugenia Lázaro González. Una vez elaborado el índice de cuáles iban a ser las sentencias a analizar (quince en total), fui al buscador de jurisprudencia de la página web del TEDH (adjunto link: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%20>), descargué el texto completo de cada sentencia (disponibles en idiomas inglés y/o francés) y procedí a su lectura y posterior análisis, el cual queda desarrollado en este trabajo en el apartado siguiente.

## 5. DESARROLLO

### **Capítulo I: Mennesson c. Francia (26 de junio de 2014)**

La primera sentencia que emite el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en relación a la maternidad subrogada se publica en el Boletín Oficial el 26 de junio de 2014, pronunciándose sobre la solicitud núm. 65192/11 Caso Mennesson v. France, que llega al TEDH acogiéndose al artículo 34 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que reza: “El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.” (CEDH, 1953).

En este caso, se dirigen contra el estado de Francia un matrimonio y sus dos hijos gemelos nacidos como resultado de la maternidad subrogada, técnica de reproducción asistida a la que acudieron como último recurso tras muchos intentos de intentar concebir a través de los métodos de fecundación *in vitro*. Es por ello que viajan a California y encuentran una mujer que queda embarazada de un embrión fecundado con los gametos del marido y el óvulo de una donante. El juez en California dictaminó que después de dar a luz, en el certificado de nacimiento del o de los hijos que nacieran, deberían constar como padres los señores Mennesson: como padre natural el marido, y como madre legal la mujer. En este caso, en el año 2000 nacieron dos gemelos, y, al intentar inscribir a los hijos en el consulado

de Francia en el Registro Civil de Francia e intentar inscribir el nombre de los gemelos en su pasaporte para poder retornar a Francia, el consulado deniega la solicitud bajo sospecha de que los niños habían nacido como fruto de la maternidad por sustitución. Como los niños habían nacido en Estados Unidos, y ahí sí se permite la maternidad subrogada, se les expide a los niños dos pasaportes norteamericanos donde figuraban los Mennesson como padre y madre, y tanto los niños como la pareja viajan de nuevo a Francia.

Entonces se dirigen los señores Mennesson y sus dos hijos al TEDH, alegando que el Estado francés estaba vulnerando el artículo 8 del CEDH, y que además les constaba que esta práctica estaba tolerada y que otras parejas habían logrado inscribir a hijos frutos de la maternidad subrogada en el extranjero y no habían tenido problemas en que se les reconociera como verdaderos hijos por parte del estado francés. Sobre esto último se pronuncia el TEDH estableciendo que la pareja debería haber previsto este resultado puesto que el artículo 16-7 del Código Civil francés claramente dice que será nulo todo acuerdo de maternidad subrogada, y que por lo tanto, la interferencia del estado francés “está prevista por la ley” en este caso. Además, el TEDH acepta la decisión de las autoridades francesas porque al considerar ilegal la maternidad subrogada, no reconocer la maternidad de la segunda solicitante se ajusta al artículo 8.2 del CEDH en cuanto a que previene que futuros nacionales franceses viajen al extranjero y persigan circunvalar la ley francesa recurriendo a esta técnica de reproducción que se considera ilegal en Francia, pero no en el extranjero, para luego volver y conseguir el resultado pretendido.

El TEDH argumenta que al tratarse de un tema sobre el que no hay consenso entre los estados miembro del Consejo de Europa (tanto el de la legalidad de la maternidad por sustitución; como el del reconocimiento legal de la relación de los supuestos padres y los niños que nacen en el extranjero); y que incide en cuestiones morales y éticas, el margen de apreciación otorgado a cada estado debe ser por tanto muy amplio. Se hace referencia a que de entre los 35 estados que componen el Consejo de Europa, 14 prohíben expresamente la maternidad subrogada; mientras que siete estados lo aceptan expresamente y otros cuatro parecen tolerar la práctica. De manera adicional, apunta el tribunal que 13 de los 35 estados miembro parecen aceptar el reconocimiento legal como padres a aquellos que acuden al extranjero y vuelven con los hijos fruto de la maternidad por sustitución. Si bien, el TEDH afirma que, al tratarse de un aspecto esencial de la identidad de los individuos, como es de la

relación legal de padre-hijo, el margen de apreciación debe ser adecuadamente restringido en virtud a ello; recalando además que deben primar los intereses del menor sobre la intención de preservar el orden público francés y disuadir a otros nacionales que vayan al extranjero a recurrir a este tipo técnicas de reproducción asistida.

Con todo ello el Tribunal de Estrasburgo decide pronunciarse de forma separada sobre la supuesta violación del derecho al respeto a la vida privada de los dos primeros solicitantes y de los dos últimos (los gemelos): “The Court considers that a distinction has to be drawn in the instant case between the applicants’ right to respect for their family life on the one hand and the right of the third and fourth applicants to respect for their private life on the other hand.” (STEDH de 26 de junio 2014).

Sobre la alegación de los solicitantes en cuanto a que el no reconocimiento de la relación legal por parte de las autoridades francesas efectivamente afecta la vida privada de la familia, puesto que, al no disponer de documentos de estado civil franceses, ni constar en el Registro Civil francés, la familia tenía que presentar documentos de Estados Unidos acompañados de una traducción oficial para todos y cada uno de los trámites administrativos que requieran probar la relación legal padre-hijo. Y que, de igual forma, el no poseer la nacionalidad francesa plantea problemas a la hora de organizar viajes familiares y dejaba abierta una importante interrogativa en cuanto a qué pasaría cuando los menores alcanzasen la mayoría de edad respecto a la posibilidad de que éstos pudiesen permanecer en Francia. El TEDH estima sin embargo: “the applicants do not claim that it has been impossible to overcome the difficulties they referred to and have not shown that the inability to obtain recognition of the legal parent-child relationship under French law has prevented them from enjoying in France their right to respect for their family life” (STEDH de 26 de junio 2014).

Sin embargo, en cuanto al de los gemelos Mennesson, al ser tanto la nacionalidad como la relación paterno-filial elementos constitutivos de la identidad de las personas; dado que: “Whilst Article 8 of the Convention does not guarantee a right to acquire a particular nationality, the fact remains that nationality is an element of a person’s identity” (STEDH de 26 de junio 2014); y, puesto que habían sido los padres quienes habían optado por recurrir a esta técnica de reproducción asistida prohibida por las autoridades francesas, no los niños, pero que son éstos últimos los que se veían afectados en cuanto a que afecta a la identidad de los mismos, el no reconocimiento legal del vínculo filial entre la pareja y los niños deja

importantes estragos en cuanto a sus derechos a heredar la fortuna de sus padres, puesto que no heredarían *ab intestato* de la madre; y además heredarían en calidad de tercero y no como un hijo de sí figurar expresamente como herederos en el testamento, lo cual conlleva desventajas a efectos fiscales conforme a la ley francesa.

Como se ha indicado *supra*, que entre en juego el interés superior del menor merece que los Estados tengan éste en cuenta por encima de todo y, en vista a ello: “it cannot be said to be in the interests of the child to deprive him or her of a legal relationship of this nature where the biological reality of that relationship has been established” (STEDH de 26 de junio 2014). Teniendo todo ello en cuenta: “The Court considers, having regard to the consequences of this serious restriction on the identity and right to respect for private life of the third and fourth applicants, that by thus preventing both the recognition and establishment under domestic law of their legal relationship with their biological father, the respondent State overstepped the permissible limits of its margin of appreciation.” (STEDH de 26 de junio 2014).

Con todo ello, el TEDH dictamina que las autoridades francesas no estaban vulnerando el artículo 8 del CEDH en cuanto al respeto a la vida familiar de los primeros solicitantes, pero sí comportaba una vulneración al derecho a la vida privada de los gemelos:

“For these reasons, the court, unanimously,

2. *Holds* that there has been no violation of Article 8 of the Convention with regard to the applicants’ right to respect for their family life;
3. *Holds* that there has been a violation of Article 8 of the Convention with regard to the third and fourth applicants’ right to respect for their private life;” (STEDH de 26 de junio 2014).

## **Capítulo II: Labasse c. Francia (26 de junio de 2014)**

Este caso concierne al señor y la señora Labasse, que, empleando el material genético del primero y el óvulo de una donante celebran un contrato de maternidad subrogada y como resultado de ello nace la tercera solicitante en Estados Unidos en 2001. Por sentencia dictaminada en el estado de Minnesota, se designa a los señores Labasse como padres de la

tercera solicitante. Al igual que en el caso *Menesson*, las autoridades consulares francesas, al sospechar que la niña había nacido de una madre sustituta, estando ello prohibido en Francia, deniegan la solicitud de inscribir el certificado de nacimiento de la niña en el Registro Civil.

Es por ello que los solicitantes se presentan en el Tribunal de Estrasburgo contra el estado francés alegando una violación del artículo 8 CEDH. El TEDH establece que, para garantizar el artículo 8, éste precisa como presupuesto la existencia de vida familiar, que según él mismo, puede ser *de facto*: “Or il est certain en l’espèce que les premiers requérants s’occupent comme des parents de la troisième requérante depuis sa naissance, et que tous les trois vivent ensemble d’une manière qui ne se distingue en rien de la « vie familiale » dans son acception habituelle. Cela suffit pour établir que l’article 8 trouve à s’appliquer dans son volet « vie familiale »” (STEDH de 26 de junio 2014); y, que además, como el derecho a la identidad forma parte del concepto de vida privada, “il y a une « relation directe » entre la vie privée des enfants nés d’une gestation pour autrui et la détermination juridique de leur filiation. L’article 8 trouve donc également à s’appliquer en l’espèce dans son volet « vie privée »”(STEDH de 26 de junio 2014).

Si bien señala que la no existencia de consenso entre los estados miembro del consejo de Europa acerca de tanto la legalidad de la maternidad subrogada como de la forma de dar reconocimiento a la relación jurídica entre los padres interesados y los niños concebidos en el extranjero por gestación por sustitución, merece otorgar a los estados un amplio margen de apreciación; al estar en juego la filiación, que forma parte de la identidad de los individuos (y sobre todo siendo éstos niños) éste debe ser reducido: “Il faut toutefois également prendre en compte la circonstance qu’un aspect essentiel de l’identité des individus est en jeu dès lors que l’on touche à la filiation. Il convient donc d’atténuer la marge d’appréciation dont disposait l’État défendeur en l’espèce.” (STEDH de 26 de junio 2014). El TEDH además decide incidir en que es necesario distinguir y trazar una línea divisoria entre el derecho de los padres interesados al respeto a su vida familiar, y el derecho de la tercera solicitante al respeto a su vida privada.

En cuanto al derecho al respeto a la vida familiar de los dos primeros solicitantes, el TEDH estima que no hay violación por parte del estado francés. Los solicitantes alegan que



de forma similar al caso *Mennesson*, la ausencia de transcripción en el registro civil francés produce determinados efectos negativos en la vida familiar de los Labasse. El no reconocimiento de la filiación de la tercera ni con el primer ni la segunda solicitante, producía que la niña no pudiese acceder a la nacionalidad francesa; que cada vez que querían realizar un acto administrativo respecto de su familia debían presentar la partida de nacimiento norteamericana, que debía ser traducida para cada acto; se impedía la inscripción de la niña bajo el número de seguridad social de los padres; y planteaba dificultades también a la hora de inscribirla en un centro educativo. Sin embargo, al poder vivir los tres solicitantes juntos, en Francia y no haber indicios que las autoridades francesas fuesen a separar a la niña de los padres interesados, el Tribunal de Estrasburgo concluye que la decisión de las autoridades francesas no comporta violación en cuanto a los dos primeros solicitantes en base a la alegación del Gobierno que dichas medidas se tomaron por estar ante un fraude de ley: “Ainsi, au vu, d’une part, des effets concrets du défaut de reconnaissance en droit français du lien de filiation entre les premiers requérants et la troisième d’entre eux sur leur vie familiale, et, d’autre part, de la marge d’appréciation dont dispose l’État défendeur, la Cour estime que la situation à laquelle conduit la conclusion de la Cour de cassation en l’espèce ménage un juste équilibre entre les intérêts des requérants et ceux de l’État, pour autant que cela concerne leur droit au respect de leur vie familiale.” (STEDH de 26 de junio 2014).

No obstante, respecto al derecho de la tercera solicitante al respeto a su vida privada, el TEDH estima que sí hubo violación. A pesar de que el artículo 8 no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad en particular, ésta forma parte de la identidad del ser humano. Pero al ser su padre biológico francés, la tercera solicitante se encontraría en una situación de incertidumbre legal. Además, entendiéndose que la filiación también forma parte de la identidad del ser humano, la actuación de las autoridades francesas pone en peligro a la niña que ha nacido por maternidad subrogada. Viéndose también afectados otros derechos que le son inherentes como el derecho de sucesiones: “le fait pour la troisième requérante de ne pas être identifiée en droit français comme étant l’enfant des premiers requérants a des conséquences sur ses droits sur la succession de ceux-ci. Elle note que le Gouvernement nie qu’il en aille de la sorte. Elle relève toutefois que le Conseil d’État a souligné qu’en l’absence de reconnaissance en France de la filiation établie à l’étranger à l’égard de la mère d’intention, l’enfant né à l’étranger par gestation pour autrui ne peut hériter d’elle que si elle l’a institué légataire, les droits successoraux étant alors calculés comme s’il était un tiers,

c'est-à-dire moins favorablement. La même situation se présente dans le contexte de la succession du père d'intention, fût-il comme en l'espèce le père biologique. Il s'agit là aussi d'un élément lié à l'identité filiale dont les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger se trouvent privés." (STEDH de 26 de junio 2014).

Aunque entiende el Tribunal de Estrasburgo que la negativa a reconocer como padres a aquellas personas que han viajado al extranjero para obtener un resultado que está prohibido en Francia se fundamenta en tratar de impedir que otras personas hagan lo mismo y tratar de proteger la salud y los derechos de los demás provistos por el segundo párrafo del artículo 8 del Convenio<sup>4</sup>, ello no perjudica solamente a los padres interesados que han elegido recurrir a esta técnica de reproducción asistida, sino que también se ven perjudicados los niños. Debiendo ponderar el interés superior del niño en estas cuestiones a la hora de atender a las circunstancias caso por caso, el TEDH estima que los tribunales franceses habían excedido el margen de apreciación al no reconocer la relación paterno-filial de la hija respecto a su padre biológico.

### **Capítulo III: D. y otros c. Bélgica (8 de julio de 2014 )**

Este caso, cuya sentencia se hizo firme el 8 de julio de 2014 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concierne la negativa de las autoridades belgas a autorizar la entrada de un niño que había nacido como fruto de un contrato de maternidad subrogada en Ucrania formalizado por los solicitantes, una pareja de nacionales belgas. Sin embargo, a la hora de tratar de volver a Bélgica con el recién nacido, las autoridades se negaron a expedir la documentación necesaria para que éste pudiese entrar en Bélgica. Los solicitantes alegaban que la negativa de las autoridades belgas produjo la efectiva separación del recién nacido de apenas unas semanas, y éstos (sus "padres"), y que ello no solo iba en contra del interés superior del niño, si no que también había perjudicado la relación entre los padres y el hijo,

---

<sup>4</sup> "La Cour comprend en revanche que le refus de la France de reconnaître un lien de filiation entre les enfants nés à l'étranger d'une gestation pour autrui et les parents d'intention procède de la volonté de décourager ses ressortissants de recourir hors du territoire national à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire dans le but, selon sa perception de la problématique, de préserver les enfants et – comme cela ressort de l'étude du Conseil d'État du 9 avril 2009 (paragraphe 28 ci-dessus) – la mère porteuse. Elle admet en conséquence que le Gouvernement puisse considérer que l'ingérence litigieuse visait deux des buts légitimes énumérés au second paragraphe de l'article 8 de la Convention : la « protection de la santé » et « la protection des droits et libertés d'autrui »" (STEDH de 26 de junio de 2014)

suponiendo una violación del artículo 8 CEDH que consagra el derecho al respeto a la vida familiar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia en primer lugar sobre la supuesta vulneración del artículo 8, resolviendo que no hubo violación de dicho derecho, dejando constancia de que el deseo de los padres de cuidar del niño no se ponía en cuestión, ya que habían seguido todos los pasos para establecer una vida familiar efectiva y habían vivido juntos en familia desde la llegada del niño a Bélgica. Sin embargo, declara inadmisibles las pretensiones puesto que considera que la actuación de las autoridades belgas de separar al niño de los padres al imponer un control previo a la entrada del niño al país no comporta una vulneración del artículo 8. El Tribunal de Estrasburgo aquí considera que la negativa de las autoridades belgas de permitir la entrada del niño al país se encuentra amparada por el “amplio margen de apreciación” fundamentado en que en estos casos entran en juego cuestiones morales y éticas que conforman los principios y valores fundamentales de un país<sup>5</sup>: “En conclusion, la Cour estime que l’État belge a agi dans les limites de la marge d’appréciation dont il bénéficie en refusant – jusqu’au 31 juillet 2013 – d’autoriser la venue de l’enfant A. sur le territoire belge.” (STEDH de 8 de julio 2014), aunque no quita importancia a que la separación del niño de los padres hasta que éstos últimos aportasen las pruebas suficientes para poder expedir los documentos del niño en efecto constituye una interferencia en su derecho al respeto a la vida familiar, y a los efectos que pudo tener dicha separación en los solicitantes, aunque no fuese irrazonablemente prolongada en el tiempo: “Néanmoins, eu égard aux circonstances de l’espèce, la Cour est d’avis que ni la procédure en référé, ni la période de séparation effective entre les requérants et A. ne sauraient être considérées comme déraisonnablement longues” (STEDH de 8 de julio 2014).

De igual forma, el Tribunal de Estrasburgo esclarece que no es razonable esperar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos pueda obligar a los estados a autorizar la entrada de niños nacidos como resultado de la maternidad subrogada sin imponer los mecanismos legales de control y chequeo que las autoridades del país estimen oportunos. También señala el Tribunal que, sobre todo habiendo sido asesorados en el proceso de concepción por abogados tanto de Ucrania como de Bélgica, los solicitantes debían haber sido

---

<sup>5</sup> “La Cour tient à souligner que lorsqu’au sein des États membres du Conseil de l’Europe il n’y a de consensus ni sur l’importance relative de l’intérêt en jeu ni sur les meilleurs moyens de le protéger, la marge d’appréciation est relativement large, surtout lorsque sont en jeu des questions morales ou éthiques délicates” (STEDH de 8 de julio 2014).

razonablemente capaces de prever los trámites que iban a imponer las autoridades a la hora de ver reconocida la relación familiar y para llevarse al niño a Bélgica. Y no solo ello, si no que además, el tiempo transcurrido hasta la obtención del *laissez-passer* podía ser parcialmente atribuible a los mismos solicitantes, puesto que no habían aportado las pruebas suficientes a primera instancia para probar la relación biológica entre el niño y éstos.

#### **Capítulo IV: Foulon y Bouvet c. Francia (21 de julio de 2016)**

Llegan en este caso dos solicitudes, la núm. 9036/14 en las que se dirigen el señor y la señora Foulon contra el estado francés; y la solicitud núm. 10410/14, en la que se dirigen también contra el estado de Francia el señor y la señora Bouvet y su hijo. Una vez más, alegan las partes que la negativa a transcribir los certificados de nacimiento en el registro civil francés supone una vulneración del artículo 8 del Convenio.

Debido a la similitud en los hechos, el Tribunal decide aunar ambas solicitudes: “Compte tenu de la similitude des requêtes nos 9063/14 et 10410/14 quant aux faits et aux questions de fond qu’elles posent, la Cour juge approprié de les joindre, en application de l’article 42 § 1 de son règlement.”<sup>6</sup> El Tribunal de Estrasburgo recuerda lo decidido en *Mennesson y Labasse c. Francia*, en cuanto a que no hubo una violación del artículo 8 CEDH contra los supuestos padres de los niños nacidos por gestación subrogada, si no que la violación se da respecto al derecho al respeto a la vida privada de los niños. Como resultado de esta nueva jurisprudencia aportada por *Mennesson y Labasse*, según el Gobierno francés, ya no se pueden oponer las autoridades a la transcripción de los certificados de nacimiento expedidos por países donde la gestación subrogada está permitida en cuanto al reconocimiento del vínculo de filiación con el padre biológico. Con todo ello, el Tribunal de Estrasburgo procede a estimar que: “Ceci étant souligné, et considérant les circonstances de l’espèce, la Cour ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires *Mennesson et Labasse*...La Cour conclut en conséquence qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention s’agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu’il y a eu violation de cette disposition s’agissant du droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants au respect de leur vie privée” (STEDH de 26 de julio de 2016).

---

<sup>6</sup> “Artículo 42 - Acumulación y examen simultáneo de demandas (antiguo artículo 43) 1. La sala podrá, a instancia de parte o de oficio, ordenar la acumulación de dos o más demandas. 2. El Presidente de la Sala podrá, previa consulta a las partes, ordenar que se proceda a la instrucción simultánea de las demandas atribuidas a la misma Sala, sin prejuzgar la decisión de la Sala en cuanto a la acumulación de las demandas.” (Reglamento de Procedimiento del TEDH, de 1 de agosto de 2018).

En cuanto a la petición de los solicitantes a una satisfacción equitativa, consagrada por el artículo 41 CEDH: “Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa” (CEDH, 1953), el Tribunal decide adjudicar 5.000 euros a los niños, por ser éstos víctimas de violación de su derecho al respeto a la vida privada consagrado por el artículo 8 CEDH: “la Cour rappelle que le constat de violation de la Convention auquel elle parvient en l’espèce résulte uniquement d’un manquement au droit des deuxième, quatrième et cinquième requérants au respect de leur vie privée. Il convient donc de rejeter les demandes dans leur globalité pour autant qu’elles émanent des premier et troisième requérants, et pour autant qu’elles se rapportent à la violation du droit au respect de la vie familiale des autres requérants. Ceci étant souligné, la Cour estime qu’il convient d’accorder à ces derniers le même montant que celui qu’elle a retenu dans les affaires *Mennesson* et *Labassee* précitées. Partant, elle accorde 5 000 EUR à chacun des deuxième, quatrième et cinquième requérants”. (STEDH de 26 de julio de 2016).

#### **Capítulo V: Laborie c. Francia (19 de enero de 2017)**

En este caso nacen dos niños (tercer y cuarto solicitantes) en Ucrania, donde, por motivos de trabajo del segundo solicitante vive la familia entera. El certificado emitido por las autoridades ucranianas designa a la primera solicitante como madre y al segundo como padre. Al pretender transcribir las partidas de nacimiento ante la embajada de Francia en Ucrania, los solicitantes reciben una carta del procurador en la República de Nantes en la que consta la denegación de la transcripción por ser los niños frutos de un contrato de gestación subrogada, prohibido por el artículo 16-7 del código civil francés. Las partes llegan al TEDH alegando estar en una situación idéntica a la de la familia *Mennesson*.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 8 CEDH (respeto a la vida privada), el Tribunal estima que: “Considérant les circonstances de l’espèce, la Cour ne voit aucune raison de conclure autrement que dans les affaires *Mennesson*, *Labassee*, *Foulon* et *Bouvet* précitées” (STEDH de 19 de enero 2017) y por tanto, al igual que en las sentencia *Foulon* y *Bouvet*, al producir *Mennesson* un cambio de jurisprudencia, el segundo, el tercer y el cuarto

solicitante tendrían la posibilidad ahora de establecer su vínculo de filiación mediante el reconocimiento de paternidad o mediante la acción de filiación prevista por el artículo 327 del código civil francés<sup>7</sup>, pero que el derecho francés había obstaculizado durante cerca de cinco años el reconocimiento legal del vínculo de filiación (puesto que los niños habían nacido en 2010 y la corte francesa incorpora el cambio de jurisprudencia de la sentencia *Menesson* en 2015): “Comme dans les arrêts *Foulon et Bouvet* précités, la Cour prend bonne note des indications du Gouvernement relatives au revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation le 3 juillet 2015, postérieurement à l’introduction de la présente requête et au prononcé des arrêts *Menesson* et *Labassee*. Elle observe aussi que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le deuxième requérant et les troisième et quatrième requérants ont désormais la possibilité d’établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou de la possession d’état, ou par la voie de l’action en établissement de filiation prévue par l’article 327 du code civil. Elle constate toutefois qu’à supposer cette circonstance avérée et pertinente – ce que contestent les requérants –, le droit français a en tout état de cause fait obstacle durant presque quatre ans et huit mois à la reconnaissance juridique de ce lien de filiation (les troisième et quatrième requérants étant nés le 22 novembre 2010)” (STEDH de 19 de enero 2017).

Con todo ello, una vez más aquí el TEDH estima que hubo una violación del respeto a la vida privada de los niños (tercer y cuarto solicitante): “La Cour conclut en conséquence qu’il n’y a pas eu violation de l’article 8 de la Convention s’agissant du droit des requérants au respect de leur vie familiale, mais qu’il y a eu violation de cette disposition s’agissant du droit des troisième et quatrième requérants au respect de leur vie privée.” (STEDH de 19 de enero 2017).

En cuanto al artículo 41 CEDH (satisfacción equitativa), el Tribunal de Estrasburgo gratifica al tercer y cuarto solicitante 5.000 euros a cada uno de ellos: “La Cour rappelle que le constat de violation de la Convention auquel elle parvient en l’espèce résulte uniquement d’un manquement au droit des troisième et quatrième requérants au respect de leur vie privée. Il convient donc de rejeter la demande dans sa globalité pour autant qu’elle émane des premier et deuxième requérants, et pour autant qu’elle se rapporte à la violation du droit au

---

<sup>7</sup> “La paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée. L’action en recherche de paternité est réservée à l’enfant.” (Código Civil Français, 1804)

respect de la vie familiale des autres requérants. Ceci étant souligné, la Cour estime qu'il convient d'accorder à ces derniers le même montant que celui qu'elle a retenu dans les affaires *Mennesson, Labassee et Foulon et Bouvet* précitées. Partant, elle accorde 5 000 EUR à chacun des troisième et quatrième requérants." (STEDH de 19 de enero 2017).

### **Capítulo VI: Paradiso y Campanelli c. Italia** (24 de junio de 2017)

Los solicitantes eran una pareja casada, que después de intentar sin éxito tener un hijo a través de fertilización in vitro, decidieron recurrir a la gestación subrogada para convertirse en padres. Con ese fin, contactaron con una clínica con sede en Moscú que se especializaba en tecnología de reproducción asistida y celebraron un acuerdo de gestación subrogada con dicha empresa rusa. Después de una exitosa fertilización in vitro en mayo de 2010, supuestamente realizada con el espermatozoides del segundo solicitante, se implantaron dos embriones "que les pertenecían" en el vientre de una madre sustituta. Nació un niño en febrero de 2011. La madre sustituta dio su consentimiento por escrito para que el niño fuera registrado como hijo de los solicitantes de conformidad con la ley rusa. El certificado de nacimiento ruso, que no hacía referencia a la gestación subrogada, fue certificado mediante apostilla, de acuerdo con las disposiciones del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Abolición del Requisito de Legalización de Documentos Públicos Extranjeros.

En mayo de 2011, después de haber solicitado que las autoridades italianas registraran el certificado de nacimiento, los solicitantes fueron investigados por "falsedad en la situación civil" y violación de la legislación de adopción, ya que habían traído al niño al país incumpliendo la ley y la autorización para adoptar. En la misma fecha, el fiscal público solicitó la apertura de un procedimiento para liberar al niño para su adopción, ya que se le consideraba en un "estado de abandono". En agosto de 2011 se realizó una prueba de ADN a petición del tribunal que demostró que, contrariamente a lo que habían afirmado los solicitantes, no existía ningún vínculo genético entre el segundo solicitante y el niño y en octubre de 2011, el juzgado de menores decidió retirar al niño de los solicitantes. Se prohibió el contacto entre los solicitantes y el niño, y en abril de 2013, el tribunal declaró que era legítimo negarse a registrar el certificado de nacimiento ruso y ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento, indicando que el niño había nacido de padres desconocidos, dándole un nuevo nombre.

Desde entonces, el niño había sido adoptado por otra familia. El tribunal nacional consideró que los solicitantes no tenían capacidad para actuar en esos procedimientos de adopción. Y, mediante sentencia de 27 de enero de 2015, una Sala del Tribunal encontró, por cinco votos contra dos, que la retirada del niño había constituido una violación del artículo 8 del Convenio debido a la conclusión apresurada de que los padres adoptivos no eran aptos para cuidar del niño y al hecho de que los intereses del niño, que había estado sin identidad legal durante más de dos años, no se habían tenido en cuenta adecuadamente.

En cuanto a la aplicabilidad del artículo 8 CEDH sobre vida familiar, la terminación de la relación de los solicitantes con el niño fue la consecuencia de la incertidumbre legal que ellos mismos habían creado al involucrarse en conductas contrarias a la ley italiana y al tratar de establecerse en Italia con el niño. Las autoridades italianas habían reaccionado rápidamente a esta situación solicitando la suspensión de la autoridad parental y abriendo un proceso para hacer que el niño entrara en adopción. Teniendo en cuenta la ausencia de cualquier vínculo biológico entre el niño y los padres adoptivos, la corta duración de la relación con el niño (unos ocho meses) y la incertidumbre de los vínculos desde un punto de vista legal, y a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los vínculos emocionales, el Tribunal consideró que no se habían cumplido las condiciones que le permitieran concluir que había existido una vida familiar de facto.

Las medidas tomadas con respecto al niño habían constituido una interferencia en la vida privada de los solicitantes, fundamentada en los objetivos de prevención del desorden y la protección de los derechos y libertades de los demás. Los tribunales nacionales habían basado sus decisiones en la falta de vínculos genéticos entre los solicitantes y el niño, así como en la infracción de la legislación nacional en relación con la adopción internacional y la reproducción asistida médicamente. Como los hechos del caso tratan cuestiones éticamente sensibles (como la filiación y la maternidad subrogada), en las que los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación. Las autoridades nacionales italianas en este caso, habían alegado en particular dos argumentos: la ilegalidad de la conducta de los solicitantes y la urgencia de tomar medidas con respecto al niño, a quien consideraban "en estado de abandono". Las razones aducidas por los tribunales nacionales estaban



directamente relacionadas con el objetivo legítimo de prevenir el desorden, y también el de no solo proteger al niño en el presente caso, sino también a los niños en general.

Como el caso debía examinarse desde el ángulo del derecho de los solicitantes al respeto de su vida privada, y teniendo en cuenta que estaba en juego su derecho al desarrollo personal a través de su relación con el niño, las razones dadas por los tribunales nacionales, que se habían concentrado en la situación del niño y la ilegalidad de la conducta de los solicitantes, habían sido suficientes. Los tribunales nacionales habían dado un peso considerable al incumplimiento de la Ley de Adopción por parte de los solicitantes y al hecho de que habían recurrido al extranjero a métodos de reproducción asistida médicamente que estaban prohibidos en Italia.

El niño no era solicitante en el presente caso y además, no era miembro de la familia de los solicitantes en el sentido del artículo 8 del Convenio. Sin embargo, esto no significa que el interés superior del niño y la forma en que se abordaron estos problemas por los tribunales nacionales no fueran relevantes. Los tribunales nacionales no estaban obligados a dar prioridad a la preservación de la relación entre los solicitantes y el niño. En cambio, tuvieron que tomar una difícil decisión entre permitir que los solicitantes continuarán su relación con el niño, legalizando la situación ilegal creada por ellos como un hecho consumado, o tomar medidas con el fin de proporcionar al niño una familia que se adecuase a la legislación nacional sobre adopción.

El Tribunal de Estrasburgo no subestimó el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debió haber tenido en la vida privada de los solicitantes. Si bien el Convenio no reconoce un derecho a convertirse en padre, el Tribunal no pudo ignorar la dificultad emocional sufrida por aquellos cuyo deseo de convertirse en padres no había sido o no podía ser cumplido. Sin embargo, los intereses públicos en juego pesaron mucho en el equilibrio, mientras que se debió dar comparativamente menos peso al interés de los solicitantes en su desarrollo personal al continuar su relación con el niño. Estar de acuerdo en permitir que el niño se quede con los solicitantes, posiblemente con la intención de que se conviertan en sus padres adoptivos, habría sido equivalente a legalizar la situación creada por ellos en violación de importantes normas del derecho italiano. Los tribunales italianos, habiendo evaluado que el niño no sufriría un daño grave o irreparable por la separación,

estima el TEDH, habían logrado un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, mientras permanecían dentro del amplio margen de apreciación disponible para ellos en el presente caso. Concluyendo con todo ello que no hubo violación por once votos a favor y seis en contra.

## **Capítulo VII: Dictamen 10 de abril de 2019**

A pesar de no tratarse de una sentencia más de forma estricta, como el resto del elenco de sentencias objeto de análisis en este trabajo de investigación, consideramos oportuno proceder a su análisis puesto que supone un importante hito dentro de la jurisprudencia del TEDH al adentrarse en la incógnita que quedaba por resolver: qué tipo de reconocimiento ante la ley hay que dar al padre de intención que no ha aportado ha aportado su material genético. En una carta escrita el 12 de octubre de 2018 dirigida al Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal de Casación francés, éste último pide al TEDH que emita una opinión consultiva (conforme al artículo del Protocolo número 16<sup>8</sup> al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en el contexto de un recurso de casación ante los tribunales franceses de los *Mennesson* en cuanto a la sentencia dictada por el TEDH en 2014, sobre las siguientes cuestiones: “The questions asked by the Court of Cassation in its request for an advisory opinion are worded as follows:

“1. By refusing to enter in the register of births, marriages and deaths the details of the birth certificate of a child born abroad as the result of a gestational surrogacy arrangement, in so far as the certificate designates the ‘intended mother’ as the ‘legal mother’, while accepting registration in so far as the certificate designates the ‘intended father’, who is the child’s biological father, is a State Party overstepping its margin of appreciation under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

---

<sup>8</sup> “Article 1.

1. Highest courts and tribunals of a High Contracting Party, as specified in accordance with Article 10, may request the Court to give advisory opinions on questions of principle relating to the interpretation or application of the rights and freedoms defined in the Convention or the protocols thereto.

2. The requesting court or tribunal may seek an advisory opinion only in the context of a case pending before it.

3. The requesting court or tribunal shall give reasons for its request and shall provide the relevant legal and factual background of the pending case.” (Protocolo número 16<sup>#</sup> al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1953).

Freedoms? In this connection should a distinction be drawn according to whether or not the child was conceived using the eggs of the ‘intended mother’?

2. In the event of an answer in the affirmative to either of the two questions above, would the possibility for the intended mother to adopt the child of her spouse, the biological father, this being a means of establishing the legal mother-child relationship, ensure compliance with the requirements of Article 8 of the Convention?” (STEDH, de 10 de abril 2019).

Es decir, el Tribunal de Casación se pregunta si la negativa de inscribir en el Registro Civil la información que consta en el certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero en cuanto a éste mismo designa a la madre interesada como madre legal, habiendo admitido registrar al padre biológico como padre legal comporta que un Estado esté excediendo el margen de apreciación conforme al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; y, relacionado con ello, ¿debería trazarse una distinción dependiendo de si el niño ha sido concebido empleando el óvulo de la madre interesada?. En caso de ser afirmativa la respuesta a las dos anteriores preguntas, ¿sería abrir la posibilidad de que la madre interesada adopte al hijo de su marido, el padre biológico, para establecer la relación paterno-filial legalmente entre la madre interesada y el niño suficiente para dar cumplimiento a los requisitos del artículo 8 CEDH?

Haciendo referencia a lo dictaminado en *Mennesson c. Francia*, en cuanto a que el TEDH estimó que el estado francés había excedido su margen de apreciación al no permitir el reconocimiento como padre legal al padre biológico por apreciar el Tribunal que no se había tenido en cuenta el interés superior del niño al llegar a esa decisión, ya que la filiación biológica es un elemento muy importante dentro de la identidad de una persona, la Corte de Casación apunta que dicha sentencia había producido un efectivo hito jurisprudencial en cuanto a que se permitía desde ese momento registrar en el Registro Civil al padre biológico como padre legal, pero sin embargo seguía siendo imposible para las madres interesadas, habiéndose abierto como alternativa para las mujeres que se encontrasen en ese caso la posibilidad de adoptar siempre y cuando aquella adopción cumpliera las condiciones estatutarias y fuese en el interés superior del niño.

Recurriendo a la consulta de los distintos textos legislativos internacionales, haciendo referencia en especial a la Convención sobre Derechos del Niño de 1989, y realizando una

encuesta de Derecho Comparado cubriendo 43 estados firmantes de la Convención mencionada (excluyendo a Francia), la encuesta mostraba que la maternidad subrogada estaba prohibida en 24 de ellos, permitida en nueve y parecía ser tolerada en los restantes diez. En concreto, el sondeo mostraba que en 31 de los 43 estados, era posible que el padre biológico fuese registrado como padre legal del niño nacido por maternidad subrogada (aún siendo ilegal en doce de ellos); y, más sorprendentemente, que en 19 de los 43 estados “(Albania, Andorra, Armenia, Azerbaijan, Belgium, the Czech Republic, Finland, Georgia, Germany, Greece, Luxembourg, the Netherlands, Norway, Russia, Slovenia, Spain, Sweden, Ukraine and the United Kingdom)” (STEDH, de 10 de abril 2019), siendo la maternidad subrogada ilegal en siete de ellos (Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Noruega, Eslovenia, España y Suecia) (STEDH, de 10 de abril 2019), era posible que la madre interesada se inscribiera en el Registro Civil como madre legal pese a no tener vínculos genéticos con el niño nacido como resultado de contrato de maternidad subrogada.

Se dilucida que, los mecanismos para reconocer legalmente una relación paterno-filial varían de un estado a otro, pero que en general son: inscribir en el Registro Civil el certificado de nacimiento extranjero, la adopción u otros procedimientos judiciales que no sean la adopción. En los 19 estados parte en los que la maternidad por sustitución se permite o se tolera, es posible inscribir en el Registro Civil la partida de nacimiento extranjera (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Georgia, Grecia, Moldavia, Países Bajos, Macedonia del Norte, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Ucrania y Reino Unido) (STEDH, de 10 de abril 2019); y en siete de los 24 que prohíben la técnica de reproducción asistida en cuestión permiten inscribir a cuanto menos, el padre interesado que posee vínculos genéticos con el niño (Austria, Finlandia, Alemania, Malta, Islandia, Noruega y Turquía (STEDH, de 10 de abril 2019).

En lo que concierne a la opinión del Tribunal de Estrasburgo, éste se pronuncia sobre dos cuestiones distintas: (i) Si el derecho al respeto a la vida privada de un niño nacido en el extranjero de una madre sustituta concebido con los gametos del padre interesado (también biológico) y una tercera parte donante, requiere también el reconocimiento de la madre interesada como madre legal cuando las autoridades nacionales han reconocido la relación paterno-filial legalmente respecto del padre biológico; y (ii) en caso de dar respuesta afirmativa a la primera cuestión, si tal reconocimiento debe tomar la forma de inscripción literal en el registro civil de la información contenida en el certificado de nacimiento

extranjero para dar cumplimiento al artículo 8 del Convenio, o si éste se puede dar mediante el recurso a otros mecanismos como la adopción del hijo del cónyuge por parte de la madre interesada.

El TEDH reitera que, tal y como se estimó en *Menesson, Labasse, Foulon et Bouvet y Laborie*, el artículo 8 CEDH requiere que se reconozca legalmente la relación paterno-filial entre el padre biológico y el niño que nazca de un contrato de maternidad subrogada. Para determinar si el artículo 8 requiere también que se reconozca legalmente la relación paterno-filial de la madre interesada respecto de ese hijo hay que atender según el TEDH a dos criterios: el alcance material del margen de apreciación otorgado a los Estados Miembro y el interés superior del niño.

En cuanto al interés superior del niño, el TEDH recuerda lo esclarecido en *Menesson y Labasse*: que, el no reconocimiento legal de la relación entre un hijo nacido en el extranjero por maternidad subrogada y la madre interesada podía acarrear efectos negativos en diversos aspectos del derecho de ese niño al respeto a su vida privada, tal sea su posicionamiento como resultado de ello en una situación de incertidumbre legal respecto de su identidad; que el niño pueda ver rechazada su solicitud en cuanto a la adquisición de la nacionalidad de la madre interesada, lo cual puede a su vez presentar obstáculos a la permanencia de la unidad familiar si ésta reside en el país nacional de la madre interesada (no siendo éste el caso, puesto que el padre es francés también); puede verse perjudicado su derecho de herencia sobre el patrimonio de la madre interesada; y la continuación de su relación con la madre interesada podría verse también en peligro si los padres interesados se separan o en caso de fallecimiento del padre biológico. Con todo ello, “the Court considers that the general and absolute impossibility of obtaining recognition of the relationship between a child born through a surrogacy arrangement entered into abroad and the intended mother is incompatible with the child’s best interests, which require at a minimum that each situation be examined in the light of the particular circumstances of the case” (STEDH, de 10 de abril 2019).

En cuanto al alcance del margen de apreciación, éste puede variar dependiendo de las circunstancias especiales del caso, el contexto y el asunto en cuestión. No existiendo consenso entre los distintos Estados Miembro del Consejo de Europa (hecho reflejado en la encuesta detallada *supra*) ni armonía en sus leyes, y al tratarse de un tema que plantea cuestiones morales y éticas delicadas, el margen de apreciación es amplio. Sin embargo, como apunta también el TEDH en pasadas sentencias, ese amplio margen de apreciación

debía verse limitado cuando entra en juego una relación paterno-filial por ser un importante componente de la identidad de las personas. Además, yendo más allá de la propia identidad: “Other essential aspects of their private life come into play where the matter concerns the environment in which they live and develop and the persons responsible for meeting their needs and ensuring their welfare. This lends further support to the Court’s finding regarding the reduction of the margin of appreciation.” (STEDH, de 10 de abril 2019).

Es teniendo en consideración todo esto que el TEDH estima que, teniendo en cuenta el reducido margen de apreciación y el interés superior del niño, es necesario que la ley nacional (para las cuestiones planteadas por el Tribunal de Casación francés) abra un cauce para reconocer legalmente la relación paterno-filial del niño nacido por gestación subrogada con la madre interesada que figura como madre legal en el certificado de nacimiento expedido por autoridades extranjeras. Es más, aunque no se da en el caso *Mennesson*, el TEDH aprovecha aquí para enfatizar que si se hubiese concebido al niño usando los gametos de la madre interesada, con mayor razón aún deben proporcionar las autoridades nacionales un cauce para reconocer esa relación madre-hijo.

En cuanto a la segunda cuestión que se plantea ante el Tribunal de Estrasburgo: si el derecho al respeto a la vida privada consagrado por el artículo 8 del Convenio requiere que el reconocimiento de la relación paterno-filial entre madre e hijo sea mediante la inscripción en el registro civil del certificado de nacimiento expedido en el extranjero, para casos en los que el niño haya nacido empleando gametos de una tercera parte donante, o, si pueden emplearse otros medios como sería la adopción por parte de la madre, el TEDH esclarece que, la situación de incertidumbre en cuanto a la relación con la madre interesada ante la ley debe resolverse de la forma más pronta posible por la especial vulnerabilidad del niño en esa situación (desarrollado supra). Si bien, al no haber consenso en Europa sobre el tema; y teniendo en cuenta que el procedimiento de reconocimiento varía en los diferentes estados miembro: “The Court also observes that an individual’s identity is less directly at stake where the issue is not the very principle of the establishment or recognition of his or her parentage, but rather the means to be implemented to that end” (STEDH, de 10 de abril 2019). Es decir, lo que se está discutiendo aquí es el medio más adecuado por el que se debe reconocer a la madre interesada como madre legal del hijo nacido del vientre de alquiler, y no el mero reconocimiento de la paternidad, por lo que la identidad del individuo no se ve directamente impactada, a diferencia de en la cuestión anterior. Es por ello que el TEDH opta por dejar que

la cuestión recaiga dentro del margen de apreciación de los estados en cuanto a la elección del procedimiento por el cual debe reconocerse la relación paterno-filial, pudiendo ser la adopción un mecanismo adecuado siempre que no sea un procedimiento muy dilatado en el tiempo (por la especial vulnerabilidad del niño), sea efectivo, y sea de acuerdo con el interés superior del niño. El TEDH esclarece que el artículo 8 CEDH no impone una obligación general de reconocimiento *ab initio* de la relación paterno-filial, si no que ésta debe ser examinada *in concreto*, ni tampoco impone una obligación de inscribir en el registro civil el certificado de nacimiento extranjero, si no que pueden existir otros cauces para obtener el resultado pretendido.

#### **Capítulo VIII: C. y E. c. Francia (12 de diciembre de 2019)**

Una vez más, en este caso (solicitud núm. 1462/18) llegan ante al Tribunal de Estrasburgo una pareja francesa después de ser rechazada su solicitud de inscripción en el consulado francés en Miami de la solicitante como madre legal en el Registro civil francés de un hijo nacido mediante gestación subrogada en el extranjero (Estados Unidos) empleando los gametos del hombre de la pareja y de una tercera parte donante.

Se aúna a esta petición otra solicitud, la número 173468/18, de cinco solicitantes, nacionales franceses también, los dos primeros siendo los pretendidos padres, y tres hijos nacidos en Ghana en 2014 mediante gestación subrogada empleando los gametos del hombre y de una donante. Una vez más, los administrativos de la embajada francesa en Ghana trasladan a las autoridades francesas la petición advirtiéndole que se está tratando de inscribir una relación paterno-filial fruto de la gestación subrogada prohibida por el artículo 17 del Código Civil francés.

En este caso ambas solicitudes alegan una violación del artículo 8 CEDH hacia los niños de los solicitantes al denegar las autoridades francesas la inscripción de los datos contenidos en sus certificados de nacimiento expedidos en Miami y Ghana respectivamente en el Registro Civil; al igual que una interferencia discriminatoria en el derecho de los niños al respeto a su vida privada prohibida por el artículo 14 CEDH (prohibición de la discriminación) en relación con el 8.

El Tribunal hace un llamamiento al Dictamen del 10 de abril de 2019 que emitió en cuanto a situaciones como las que se presentan en este caso: niños nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada empleando gametos del pretendido padre y una tercera persona donante, en las que la relación paterno-filial del pretendido padre y el niño sí que ha sido reconocida por la ley nacional. Al encontrarse los niños solicitantes en estos casos en esta situación, y que la ley doméstica para estos casos prevé como mecanismo para reconocer la maternidad de las pretendidas madres en estos casos la adopción de los hijos del esposo, sobretodo cuando la relación entre la madre interesada y los hijos se ha convertido en una realidad práctica puesto que han convivido a lo largo de los años entre ellos, existiendo por tanto vida familiar.

Además, el Tribunal de Estrasburgo estima que no sería una excesiva carga para los niños esperar que los pretendidos padres inicien un proceso de adopción (que, de acuerdo a la información aportada por el Gobierno francés, el tiempo de espera para obtener una resolución es de 4,1 meses para adopciones completas, y 4,7 para adopción simple). Por ello, el TEDH desestima la petición al amparar la negativa de las autoridades francesas de inscribir los certificados de nacimiento de los niños solicitantes en el Registro Civil en cuanto a que éstos designaban a la madre solicitante como madre legal y por ello lo califica como una pretensión no fundamentada.

En cuanto a la violación del artículo 14 en relación con el 8 el Tribunal, de discriminación en el trato entre niños nacidos en el extranjero y niños nacidos en el extranjero por contrato de maternidad subrogada, se funda en que en ésta última no se pueden inscribir los datos del certificado de nacimiento en el Registro civil y se tiene que recurrir al mecanismo de adopción. Se pronuncia dando la razón a las explicaciones del Gobierno francés por requerir estas situaciones una supervisión y verificación por parte de los tribunales del país para establecer cuál es la mejor forma de instituir la relación legal entre la madre pretendida y el hijo nacido de gestación subrogada. Además, el Tribunal había indicado en su opinión consultiva del 10 de abril de 2019 que la elección de los medios por los cuales permitir el reconocimiento de la relación legal entre el niño y los padres previstos entraba dentro del margen de apreciación de los Estados, y que el artículo 8 no imponía una obligación general a los Estados de reconocer una relación madre-hijo entre el niño y la madre prevista. En consecuencia, la diferencia de trato denunciada se basaba en una



justificación objetiva y razonable. Esta parte de las solicitudes, por lo tanto, no encontraba fundamento en Derecho.

### **Capítulo IX: D. c. Francia (16 de julio de 2020)**

Este otro caso trata una vez más sobre un matrimonio francés, que va a Kiev para formalizar un contrato de gestación subrogada, y como resultado nace en 2012 una niña en el país ucraniano a la que quieren inscribir en el Registro Civil francés los detalles incluidos en su partida de nacimiento expedida en Kiev en los que consta que son los dos primeros solicitantes padres genéticos de la tercera solicitante sin hacer mención alguna a la madre gestante, que es la que había dado a luz a ésta última. Ante la negativa de las autoridades francesa, trasladan los solicitantes al TEDH una supuesta violación de los artículos 8 y 14 en relación al primero, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el respeto a la vida familiar y la prohibición de discriminación respectivamente por parte del Estado francés, en cuanto a que la negativa de las autoridades francesas, al tratarse la primera solicitante de la verdadera madre genética (pero no gestante) se trataba de una interferencia desproporcionada en la vida privada de la niña (tercera solicitante).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se decanta aquí una vez más a amparar la actuación de las autoridades francesas, de no querer inscribir en el Registro Civil a la tercera solicitante como hija de la primera solicitante por no haber sido ésta la que diese a luz a la primera (aún siendo la madre genética), por encontrarse dentro del margen de apreciación atendiendo a las circunstancias específicas a este caso. Los jueces aquí recuerdan lo juzgado en *Mennesson*: según su jurisprudencia, el hecho de que existiera un vínculo genético no comportaba que el derecho del niño al respeto a su vida privada requiriera que la relación legal con el padre pretendido en ese se estableciera específicamente mediante el registro de los detalles del certificado de nacimiento extranjero. El Tribunal de Estrasburgo no encontró razón alguna en las circunstancias de este caso para llegar a una decisión diferente a la que llegó en *Mennesson* con respecto al reconocimiento de la relación legal con la madre pretendida, quien también era la madre genética. Por ello estimó que la negativa de las autoridades del registro francés de transcribir el certificado de nacimiento ucraniano no suponía una interferencia desproporcionada en la vida de la niña puesto que existen otros mecanismos para reconocer esa relación filial, como la adopción, tal y como fue señalado por

el Tribunal de apelación de Rennes: “Attendu que ce refus de transcription ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale des enfants, au regard du but légitime poursuivi... qu’ensuite, en considération de l’intérêt supérieur des enfants déjà nés, le recours à la gestation pour autrui ne fait plus obstacle à la transcription d’un acte de naissance étranger, lorsque les conditions de l’article 47 du code civil sont remplies, ni à l’établissement de la filiation paternelle ; qu’enfin, l’adoption permet, si les conditions légales en sont réunies et si elle est conforme à l’intérêt de l’enfant, de créer un lien de filiation entre les enfants et l’épouse de leur père”. (STEDH de 16 de julio 2020)

El TEDH también apela al Dictamen del 10 de abril 2019, donde recuerda que, en casos como estos, la adopción también produce los efectos que buscan los solicitantes en cuanto al reconocimiento de la relación madre-hija entre la primera solicitante y la tercera. El Tribunal además recuerda a los solicitantes, que tal y como constaba en la información que aportó el Gobierno francés, el tiempo estimado para obtener una resolución sobre una adopción en Francia era de 4,1 meses, y que por tanto, si el matrimonio hubiese puesto en marcha el procedimiento de adopción de la hija (tercera solicitante) de su marido (segundo solicitante) inmediatamente después a haber emitido el Tribunal de Casación de Rennes en 2017 sentencia, la relación entre la pretendida madre y la niña podría haber sido legalmente establecida en el momento en el que se estaba emitiendo la presente sentencia: “Elle [la Cour] observe notamment qu’il résulte des indications données par le Gouvernement que la durée moyenne d’obtention d’une décision n’est que de 4,1 mois en cas d’adoption plénière. Ainsi, si la procédure d’adoption avait été initiée à la suite de l’arrêt de la cour d’appel de Rennes du 18 décembre 2017, la situation de la troisième requérante au regard de sa filiation maternelle aurait vraisemblablement pu être réglée avant qu’elle ait atteint l’âge de six ans, et plus ou moins à la date à laquelle les requérants ont saisi la Cour.” (STEDH de 16 de julio 2020).

También sostuvo el TEDH que no había violación del artículo 14 (prohibición de discriminación) en relación con el 8, ya que entiende el Tribunal que no había diferencia de trato entre los niños franceses nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada y otros niños franceses nacidos fuera del país puesto que ello no radicaba en el hecho de que los primeros -a diferencia de los segundos- no pudieran obtener el reconocimiento en la ley nacional de una relación legal madre-hijo con la persona mencionada en el certificado de nacimiento extranjero. Más bien, consistía en el hecho de que, en el momento relevante, los

primeros, a diferencia de los segundos, no podían obtener la inscripción en el registro de la información que contenía ese certificado de nacimiento y tenían que recurrir a la adopción para establecer legalmente la relación madre-hijo. Como el Tribunal ya había destacado, la adopción del hijo del cónyuge constituía en el presente caso un mecanismo efectivo para el reconocimiento de la relación legal entre el primer y el tercer solicitante: “En l’espèce, à supposer que l’on puisse considérer que les enfants français nés d’une gestation pour autrui à l’étranger et les autres enfants français nés à l’étranger se trouvent dans des situations analogues ou comparables quant à leur filiation maternelle, la différence de traitement dont il est question ne tient pas à ce qu’à l’inverse des seconds, les premiers ne pourraient obtenir la reconnaissance en droit interne d’un lien de filiation à l’égard de celle dont le nom figure sur l’acte de naissance étranger. Cette différence consiste en ce qu’à l’époque des faits de la cause, contrairement aux seconds, ils ne pouvaient à cette fin obtenir la transcription intégrale de l’acte de naissance étranger et devaient passer par la voie de l’adoption s’agissant de leur filiation maternelle. Or, comme l’a souligné la Cour précédemment, l’adoption de l’enfant du conjoint constitue en l’espèce un mécanisme effectif permettant la reconnaissance du lien de filiation entre les première et troisième requérantes” (STEDH de 16 de julio 2020).

#### **Capítulo X: Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia (18 de mayo 2021)**

Esta vez llega al Tribunal de Estrasburgo el caso de una pareja (primer y segundo solicitantes), casada, que trae de Estados Unidos un niño (tercer solicitante) nacido mediante maternidad subrogada con gametos de donantes, no teniendo por tanto vínculo genético alguno los dos primeros con la tercera, y las autoridades en Islandia se niegan a inscribir a la pareja como padres de la niña, siendo la gestación subrogada una práctica prohibida en Islandia. Ello, alegan los solicitantes, había supuesto una violación de su derecho al respeto a la vida familiar. Las autoridades islandesas se niegan a inscribir al tercer solicitante en el registro civil, y estimando que como había nacido el niño de una madre norteamericana en California, éste no tenía derecho a adquirir la nacionalidad islandesa. Como el tercer solicitante fue determinado como un menor no acompañado en Islandia, las autoridades gubernamentales deciden asumir la tutela del niño pero lo dejan bajo acogida de los dos primeros solicitantes.

El Tribunal dictamina que las autoridades islandesas no habían infringido el artículo 8 CEDH. Aunque estiman los magistrados que, efectivamente, podía hablarse en este caso de que había vida familiar, puesto que el niño había estado viviendo con sus pretendidas madres desde su nacimiento, y que además ésta no se había visto interrumpida por parte de las autoridades islandesas porque aunque asumieron la tutela del niño, habían permitido que éste siguiese viviendo con él y que incluso le habían otorgado la nacionalidad islandesa y habían dejado las puertas abiertas a las solicitantes a adoptar de manera conjunta al tercer solicitante. En resumen, las autoridades habían hecho todo lo posible para salvaguardar la vida familiar de los tres solicitantes y por ello no había violación alguna por parte del estado de Islandia.

El Tribunal recuerda aquí los criterios empleados en *Campanelli* para considerar si estamos o no ante una efectiva vida familiar, como hemos detallado supra: “As the Court explained in *Paradiso and Campanelli*, it does accept the existence of *de facto* family life between an adult or adults and a child in the absence of biological ties or a recognised legal tie, provided that there are genuine personal ties. It is therefore necessary, in the instant case, to consider the quality of the ties, the role played by the applicants *vis-à-vis* the third applicant and the duration of both their cohabitation all together and the third applicant’s subsequent cohabitation with the first two applicants individually” (STEDH de 18 de mayo de 2021). En aquella sentencia el TEDH estimó que no se podía hablar de vida familiar porque el niño había pasado poco tiempo con los supuestos padres ya que había sido puesto en adopción por las autoridades nacionales. En este caso no había vínculos biológicos que enlazaran al niño con sus pretendidas madres, al igual que en *Campanelli* pero sin embargo: “the relationship between all three applicants was not severed by decisions of the national authorities. On the contrary, the third applicant was initially placed in the first and second applicants’ foster care in accordance with national law”. (STEDH de 18 de mayo de 2021)

#### **Capítulo XI: S. -H. c. Polonia** (16 de noviembre de 2021)

Este caso concierne a dos niños de doble nacionalidad, israelí y norteamericana que nacieron en Israel por un contrato formalizado por una pareja del mismo sexo (el señor S de nacionalidad polaca, y el señor H) utilizando el material genético del señor S y una donante. El Tribunal Superior de California había dictaminado por sentencia que reconocía a ambos como padres de los niños. Sin embargo, a la hora de solicitar la nacionalidad polaca de los

niños ante las autoridades pertinentes en Polonia, la solicitud es denegada citando la ilegalidad de la maternidad subrogada en Polonia: “They held that there had been no confirmation that the U.S. court 's judgment conformed to the Polish legal order, and that as Poland did not recognise surrogacy, the mother was the birth mother and the father was her husband. The latter court noted that “parent” had a specific legal meaning, and so Mr S.'s genetic link to the children and Polish nationality were irrelevant to the case, reiterating that having two men as parents on the U.S. birth certificate ran counter to the basic principles of the Polish legal system” (STEDH de 16 de noviembre 2021). Con todo ello, los solicitantes se presentan ante el TEDH alegando que la negativa de las autoridades polacas a reconocer su relación paterno-filial con el padre biológico veía su fundamento en que los padres eran una pareja del mismo sexo, invocando por tanto una violación de los artículos 8 y 14 del Convenio.

El Tribunal estima que las partes no habían conseguido probar una suficiente interferencia con su derecho al respeto a la vida privada puesto que Polonia no era el estado en el que la unidad familiar residía, sino que la familia residía en Israel, pero las partes habían alegado que tenían planes de mudarse a Europa por la difícil situación geopolítica del estado, y que la negativa de las autoridades polacas no dejaba a los niños como apátridas: “Since birth they have been living in Israel as a family unit with their intended parents. They already have dual US/Israeli citizenship and the domestic decisions did not render them stateless” (STEDH de 16 de noviembre 2021). Además apunta que en el lugar en el que viven sí que se reconoce la relación paterno-filial entre el padre biológico y los dos niños: “the Court notes that the applicants can benefit, in the State where they live, from the legal parent-child relationship with their biological father where the recognition of that relationship is not put into doubt. Moreover, it cannot be said that the decisions of the Polish authorities left them in a legal vacuum both as to their citizenship and as to the recognition of the legal parent-child relationship with their biological father” (STEDH de 16 de noviembre 2021).

De igual forma, al poseer la unidad familiar vínculo con un residente de la UE, conforme a la Directiva UE 2004, ésta posee la libertad y el derecho para moverse y residir en cualquier Estado Miembro, y que de igual forma no habían conseguido probar verdaderos obstáculos al desarrollo de su vida familiar derivadas de la actuación de las autoridades

polacas<sup>9</sup>. Además, a diferencia de *Mennesson y Labasse*, en este caso (a diferencia de los otros) la negativa de las autoridades del Estado Miembro demandado no comporta una violación del artículo 8 CEDH porque Polonia no es el estado en el que residen: “ the present case must be clearly distinguished from *Mennesson and Labassee*. The Court reiterates that in the above-mentioned case it expressly held that a lack of possibility of recognition of the legal relationship between a child born *via* surrogacy abroad and the intended father, where he was the biological father, entailed a violation of the child’s right to respect for his or her private life. In the present case it is true that the Polish authorities refused to give effect to the foreign birth certificates establishing the legal parent-child relationship between the applicants and their biological father, Mr S. However, this link is recognised in the country where the family resides” (STEDH de 16 de noviembre 2021).

Con todo esto, el TEDH estima que el artículo 8 CEDH no es aplicable a este caso, porque el hecho de no poder adquirir la nacionalidad polaca no afecta a la vida privada familiar que desempeñan en Israel y por ello desestima la demanda *rationae materiae*: “In view of the above considerations, the Court finds that Article 8 of the Convention is not applicable. The Government’s objection in this regard should therefore be upheld. The complaint is therefore incompatible *ratione materiae* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3 (a) of the Convention and must be rejected in

---

<sup>9</sup>“Directive 2004/38/EC (“the 2004 Directive”) of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 regulates the right of citizens of the European Union (EU) and their family members, including those who are not EU citizens, to move and reside freely within the territory of the EU Member States. The 2004 Directive applies to all Union citizens and their family members who move to or reside in a Member State other than that of which they are a national (Article 3). Article 2 contains the following definition:

“‘Family member’ means:

(a) the spouse;

(b) the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership, on the basis of the legislation of a Member State, if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host Member State;

(c) the direct descendants who are under the age of 21 or are dependants and those of the spouse or partner as defined in point (b);

(d) the dependent direct relative in the ascending line and those of the spouse or partner as defined in point (b);” (STEDH de 16 de noviembre 2021)

accordance with Article 35 § 4<sup>10</sup>”(STEDH de 16 de noviembre 2021); y por el mismo motivo, desestima la alegación respecto de la violación del artículo 14 de igual forma.

## **Capítulo XII: A.M. c. Noruega (24 de marzo de 2022)**

Llega ante el TEDH el caso de una solicitante, que, habiendo terminado su relación como pareja con E.B., ambos firman un contrato de maternidad subrogada en Tejas, E.E.U.U utilizando los gametos de E.B y una donante, constando en sentencia emitida por las autoridades de Tejas que la madre legal de ese *nasciturus* era la solicitante. Como resultado de ello nace un niño, X, que entra en Noruega y, al estar separados sus padres designados en el certificado de nacimiento, E.B y la solicitante llegan a un acuerdo de que el niño viva un día con uno y al día siguiente con el otro, y así de forma sucesiva. En torno al mismo tiempo, la Dirección de Impuestos de Noruega, que en base a un acuerdo de responsabilidades parentales firmado entre E.B y la madre sustituta, el primero quedaba registrado como aquel que aúna la responsabilidad parental sobre X. Además, al comenzar el niño preescolar, los profesores y profesoras manifestaron a Servicios Sociales preocupación acerca del bienestar del niño en cuanto al acuerdo entre la solicitante y E.B. de pasar días alternos con cada uno. Al final, al no poder llegar a un acuerdo, E.B decide cortar el contacto entre X y la solicitante, y X pasa a vivir con E.B de forma permanente.

Al estar la gestación subrogada prohibida en Noruega, el conflicto que se plantea a los tribunales nacionales es si la solicitante tenía derecho alguno a ser reconocida como la madre legal de X, a pesar de no ser su madre biológica, teniendo en cuenta el compromiso de Noruega con leyes internacionales como es la Convención del Niño. Se llega a la conclusión de que, de acuerdo con la ley nacional, el único mecanismo que quedaba a la solicitante para establecer una relación legal con X era la adopción, pero que ello estaba previsto para casos en los que padre biológico y padre pretendido viven juntos y desean criar juntos al niño, que no es este caso al haberse separado la solicitante de E.B.; y que además, rara vez se encuentra

---

<sup>10</sup> “ARTÍCULO 35 Condiciones de admisibilidad...

3. El Tribunal declarará inadmisibile cualquier demanda individual presentada en virtud del artículo 34 si considera que: a) la demanda es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos, manifiestamente mal fundada o abusiva; o b) el demandante no ha sufrido un perjuicio importante, a menos que el respeto de los derechos humanos garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda.

4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibile en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento.” (CEDH, 1953).

como interés superior del niño que se permita adoptar a éste sin el consentimiento del padre biológico.

Tras esta sucesión de acontecimientos, la solicitante alega que las autoridades noruegas habían actuado en contravención a su derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) al no haberle otorgado derecho alguno a establecer comunicación con X, no haber reconocido su relación legal como madre tal y como indicaba el certificado de nacimiento norteamericano, ni haber aprobado su solicitud de adopción. El estado noruego alega ante el TEDH que la solicitante no había agotado las vías de recurso internas en cuanto a su petición de seguir manteniendo contacto con X porque al Tribunal Supremo sólo había llevado la petición de ser reconocida como madre legal de X. Alegando la solicitante que la primera petición iba incluida en la segunda, el Tribunal de Estrasburgo procede a desestimar la demanda: “It follows that the complaint under Article 8 of the Convention in so far as it concerns the above must be rejected pursuant to Article 35 §§ 1 and 4<sup>11</sup> of the Convention for non-exhaustion of domestic remedies” (STEDH de 24 de marzo 2022).

El TEDH apunta que su jurisprudencia se ha decantado por interpretar el artículo 8 de la Convención en los casos de maternidad subrogada desde la perspectiva de la parte que alude al concepto de “vida privada” (citando D. c. Francia), hallando que la situación legal de los pretendidos padres dependerá de hechos relativos a ello, teniendo en cuenta para interpretar dicho concepto el vínculo emocional que se ha podido desarrollar entre el adulto y el niño en estos (como en *Paradiso y Campanelli*). Es por ello que el TEDH decide que es de aplicación el artículo 8 *rationae materiae* en cuanto al no reconocimiento como madre de X por parte de las autoridades noruegas (ya que afecta a la vida privada de la solicitante): “Proceeding on the basis that the case concerns “private” rather than “family” life thus does not entail that the Court will not take into account the actual bonds that had been created between the applicant and X. On the basis of the above, the Court concludes that Article 8 of the Convention is applicable *ratione materiae* on the grounds that the matters complained of related to the applicant’s “private life”. There is no need to examine whether the “family life”-limb could also be engaged.” (STEDH de 24 de marzo 2022).

---

<sup>11</sup> “ARTÍCULO 35 Condiciones de admisibilidad 1. Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva...4. El Tribunal rechazará cualquier demanda que considere inadmisibile en aplicación del presente artículo. Podrá decidirlo así en cualquier fase del procedimiento.” (CEDH, 1953).



El Tribunal de Estrasburgo estima que la interferencia de las autoridades del estado demandado en este caso era de acuerdo con la ley noruega puesto que ésta prohíbe el recurso a la maternidad subrogada en aras a proteger a los niños que nacen como resultado de este tipo de contratos, y es por ello que las autoridades noruegas se niegan a reconocer el vínculo paterno-filial en estos casos. Al no haber agotado el recurso las vías internas en cuanto al derecho a mantener contacto con el niño, el TEDH sólo se pronuncia sobre el derecho a ser reconocida legalmente como madre de X, y en vista a ello se decanta por estimar que dicha interferencia había sido necesaria para mantener una sociedad democrática en cuanto a que no había sido el Estado denunciado el que había impedido a la solicitante adoptar a X, si no la ex-pareja con la que había comenzado el proyecto de maternidad subrogada. El TEDH estima que los tribunales nacionales únicamente se habían ceñido a aplicar su ley nacional teniendo en cuenta el interés superior del niño en todo momento: “the Borgarting High Court carried out a closer examination of whether any rights belonging to the applicant under the Convention required that the domestic legislation not be applied to the particular circumstances of the applicant’s case. In that context it examined relevant case-law from the Court and whether the child’s best interests indicated a different solution from what would follow from applying the Children Act and the Adoption Act on their terms. It concluded that X’s best interests did not require that the applicant’s claims should be granted” (STEDH de 24 de marzo 2022); y, que habiendo tratado de tener en cuenta los intereses de todas las partes involucradas, el ejercicio de balance había sido realizado de forma meticulosa por parte de dicho tribunal y por tanto se encontraba dentro del margen de apreciación otorgado a los estados en casos como el presente. Con todo ello: “the Court finds that there has been no violation of Article 8 of the Convention”(STEDH de 24 de marzo 2022).

### **Capítulo XIII: A.L. c. Francia (7 de abril de 2022)**

En este caso el solicitante, el señor A.L y su pareja, el señor Ma., colgaron en internet un anuncio para buscar a una señora con la que concluir un contrato de gestación subrogada y encontraron a la señora B, que quedó embarazada usando los gametos del señor A.L y dio a luz a un niño (S) el 8 de marzo de 2013 en Francia. La señora B sin embargo, le dice al solicitante que el niño había fallecido y entregó al niño a otra pareja (el señor y la señora R) a

cambio de 15.000 euros, sin comunicarles que ese niño era fruto de un contrato de gestación subrogada firmado con el solicitante y su pareja (el señor A.L y el señor Ma.)

El solicitante llega ante el Tribunal de Estrasburgo tras ser desestimada su petición ante los tribunales de Francia de establecer la relación paterno filial respecto de su hijo biológico, S, que había estado viviendo con el señor y la señora R y por ello los tribunales de casación franceses estimaron que el reconocimiento de su paternidad causaría al niño no solo un alto grado de confusión, sino también estrés y dificultades psicológicas. El solicitante alega que dicha desestimación suponía una interferencia por parte del estado francés en el respeto a su vida privada, no fundamentada en la ley.

En este caso, el TEDH otorga al estado un amplio margen de apreciación en la ponderación de los derechos consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el derecho al respeto a la vida privada del solicitante de un lado, y del otro el respeto a la vida privada y familiar del niño (S), ponderación que debe hacerse teniendo como compás y priorizando el interés superior del niño. En este caso el TEDH da la razón a la sentencia dictada por el Tribunal de Casación de Rouen, que había estimado que siendo el contrato de gestación subrogada firmado nulo de pleno derecho, éste quedaba vacío de contenido y por ello debía desestimarse la petición del solicitante de reconocimiento de su paternidad, estimando que el interés superior del niño en este caso era que continuase viviendo con el señor y la señora R. El TEDH deduce que efectivamente, el tribunal de casación francés estaba priorizando el interés superior del niño al llegar a esta conclusión, sin quitar la posibilidad de que en un futuro S. quisiera indagar en sus orígenes biológicos y establecer contacto con el solicitante (su padre biológico): “Tout en précisant que son arrêt ne préjuge en rien de l’issue des démarches que S. ou ses représentants légaux pourraient, le cas échéant, effectuer à l’avenir au regard de sa filiation, la Cour relève que la cour d’appel de Rouen a indiqué que l’intérêt de S. pouvait être que, « le moment venu », il apprenne la vérité sur ses origines, et que soient envisagés d’éventuels contacts avec le requérant” (STEDH de 7 de abril 2022).

Con todo ello, el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que las razones alegadas por los tribunales domésticos para justificar la interferencia eran ajustadas al artículo 8.2 CEDH, para garantizar el interés superior del niño que se había visto envuelto en una

situación muy difícil y confusa por causas imputables a cada uno de los adultos involucrados en este caso. Si bien, en cuanto a la calidad de la decisión, el TEDH apunta que, para los casos relativos a la relación paterno filial entre una persona y su hijo, el transcurso de una cantidad considerable de tiempo podría llevar a que el asunto legal sea determinado sobre la base de un hecho consumado. En este caso el niño tenía seis años y medio cuando los procedimientos internos habían terminado y por ello el Tribunal de Estrasburgo no pudo discernir cómo la complejidad del caso podría haber justificado tal dilación en el procedimiento. Por lo tanto estima que hubo una violación del Artículo 8 del Convenio debido a la falta de diligencia excepcional del Estado demandado en las circunstancias específicas del caso: “Par ces motifs, la cour, à l’unanimité, 1. *Déclare* le grief concernant l’article 8 de la Convention recevable ; 2. *Dit* qu’il y a eu violation de l’article 8 de la Convention” (STEDH de 7 de abril 2022).

El TEDH sin embargo enfatizó que este hallazgo de una violación no debe interpretarse como cuestionamiento de la evaluación de los intereses del niño por parte del Tribunal de Apelación de Rouen o de su decisión de rechazar las solicitudes del solicitante: “Dans le cadre de son contrôle, il appartient aussi à la Cour de vérifier si le processus décisionnel, considéré comme un tout, a assuré au requérant la protection requise de ses intérêts. Cela inclut un examen de la durée de la procédure. Un devoir de diligence exceptionnelle s’impose en effet lorsqu’est en jeu la relation d’une personne avec son enfant, le passage du temps étant susceptible d’aboutir à ce que la question soit tranchée par un fait accompli” (STEDH de 7 de abril 2022).

En cuanto a la satisfacción equitativa (artículo 41 del Convenio), el TEDH acuerda que el estado francés abone al solicitante una cantidad de 5.000 euros (EUR) en daños no pecuniarios, y 20.450,94 euros en costas y honorarios: “Selon la jurisprudence de la Cour, un requérant ne peut obtenir le remboursement de ses frais et dépens que dans la mesure où se trouvent établis leur réalité, leur nécessité et le caractère raisonnable de leur taux. En l’espèce, compte tenu des documents en sa possession et des critères susmentionnés, la Cour juge raisonnable d’allouer au requérant la somme de 20 450,94 EUR, tous frais confondus, plus tout montant pouvant être dû sur cette somme à titre d’impôt” (STEDH de 7 de abril 2022).

#### **Capítulo XIV: D.B. y otros c. Suiza (22 de noviembre de 2022)**

Este caso concierne a una pareja del mismo sexo (primer y segundo solicitantes), registrados como pareja de hecho en el Registro Civil, que finaliza un contrato de gestación subrogada en Estados Unidos fruto del cual nace el tercer solicitante en 2011. Todos ellos presentan ante el TEDH una demanda contra las autoridades suizas por denegar el reconocimiento de la relación padre-hijo entre el primer solicitante y el tercero, pero sí habían admitido la paternidad del segundo con el hijo, argumentando que la adopción como alternativa al reconocimiento de lo dicho en el certificado de nacimiento no era una solución a lo que ellos estimaban una violación al derecho al respeto a su vida privada por parte del gobierno suizo.

Como venía dictando la precedente jurisprudencia del mismo TEDH, éste dictamina que se había violado el derecho al respeto a la vida privada del hijo, pero no el del pretendido padre y el biológico, puesto que la maternidad subrogada está prohibida en Suiza (prohibición que además las partes no alegaron desconocer) y por ello las autoridades habían seguido su ley nacional en cuanto a que habían rechazado reconocer la paternidad del primer solicitante respecto del tercero, no permitiéndoles presentar a las autoridades un hecho consumado: “ De surcroît, le premier et le deuxième requérant n’allèguent pas avoir ignoré que le droit suisse prohibait la gestation pour autrui et, par leur manière de procéder, ils ont mis les autorités compétentes devant un fait accompli” (STEDH de 22 de noviembre de 2022). El Tribunal de Estrasburgo también apunta que la negativa de los autoridades suizas se basa en intentar desalentar a otros nacionales suizos a que viajen al extranjero para acudir a una técnica de reproducción asistida que está prohibida en territorio suizo (sorteando la ley nacional y cometiendo un fraude de ley), siendo el objetivo proteger a las madres sustitutas y a los niños. Es por ello que el TEDH acepta que la interferencia se hizo en aras a salvaguardar la protección a la salud y los derechos y las libertades de los demás (artículo 8.2 CEDH).

De igual forma, el TEDH aprecia que los principios construidos por la jurisprudencia de los casos franceses que se plantearon al mismo tribunal debían aplicarse en este caso también (aunque aquellos tratasen con parejas de distinto sexo y en este caso se tratase de una pareja del mismo sexo), puesto que el margen de apreciación de los estados encontraba su límite cuando el principio del mismo reconocimiento paterno filial está en juego: “Dès lors, la marge d’appréciation des États est limitée s’agissant du principe même de l’établissement ou

de la reconnaissance de la filiation. La Cour estime également que l'intérêt de l'enfant ne peut pas dépendre de la seule orientation sexuelle des parents." (STEDH de 22 de noviembre de 2022).

Se plantea también en cuanto al reconocimiento de la relación paterno-filial entre el primer solicitante y el tercero, la cuestión de que no es hasta el 1 de enero 2018 que en Suiza se permite adoptar a los hijos de las parejas de hecho registradas en el Registro civil, siendo por tanto solo un mecanismo abierto a las parejas que habían contraído matrimonio hasta ese momento. Habiendo transcurrido casi ocho años desde que se solicita el reconocimiento de paternidad en 2011, hasta que se aprueba la adopción en diciembre de 2018, el TEDH estima que semejante dilación era incompatible con los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en cuanto al interés superior del niño ya que les puede poner en una situación de incertidumbre legal en cuanto a su identidad dentro de la sociedad y privarlos de la oportunidad de vivir y crecer en un entorno estable. Con todo ello, el TEDH estima que la decisión de denegar el reconocimiento de la relación paterno-filial que constaba en el certificado de nacimiento sin proponer una vía alternativa de reconocer esa relación no se encontraba en el interés superior del niño (el cual debe sobreponerse al orden público), comportando por tanto una interferencia desmesurada en la vida privada del niño y por ello, una violación del artículo 8 por parte del estado suizo, otorgándole satisfacción equitativa.

#### **Capítulo XV: K.K. y otros c. Dinamarca (6 de diciembre de 2022)**

Esta vez nos hallamos ante un caso en el que las autoridades danesas se niegan a aprobar la adopción por parte de la primera solicitante de los otros dos solicitantes, gemelos, que habían nacido en Ucrania como resultado de la celebración de un contrato de maternidad subrogada entre la primera solicitante, el padre biológico y una madre sustituta ucraniana. Según la ley danesa, no se permite la adopción para los casos en los que ha mediado un pago a la persona que tiene que prestar consentimiento en el proceso de adopción.

En cuanto a la alegación de las partes de una violación del derecho consagrado por el artículo 8 del Convenio. El Tribunal estima que como los tres solicitantes habían estado viviendo juntos en Dinamarca, y los niños habían recibido la nacionalidad danesa sin problema alguno por ser hijos biológicos de danés, no había puesto el Gobierno danés

obstáculos a su vida familiar en ese aspecto. Visto lo dictaminado en la jurisprudencia anterior del TEDH en el Dictamen de abril de 2019 y en *Mennesson c. Francia* en cuanto a que el derecho a la vida privada de la primera solicitante (K.K) había sido limitado por el orden público, lo cual entra dentro del amplio margen de apreciación que se otorga a los Estados Miembro, el Tribunal de Estrasburgo estima que no encontraba la actuación de las autoridades como violación del derecho al respeto a la vida privada de la primera solicitante.

Si estima sin embargo que el derecho al respeto a la vida privada del segundo y del tercer solicitante había sido infringido en cuanto a que solo se había podido establecer una custodia compartida entre el padre biológico y la primera solicitante porque quedaba la adopción prohibida en aquellos casos en los que se había remunerado económicamente a la persona que tenía que dar su consentimiento para formalizar la adopción, y en este caso se había formalizado un contrato de gestación por subrogación pagando a la madre sustituta. El problema que plantea el Tribunal a esta prohibición es que no se abre ningún mecanismo alternativo para reconocer legalmente la relación paterno-filial entre la primera solicitante y los dos niños, dejándoles en una situación de incertidumbre legal en cuanto a sus derechos de sucesión por ejemplo, y que por ello las autoridades danesas habían fallado a la hora de encontrar un equilibrio entre el interés superior del niño y el orden público al tratar de limitar los efectos de los contratos de maternidad subrogada. Asimismo, el TEDH otorga a cada niño (el segundo y el tercer solicitante) 5.000 euros en concepto de satisfacción equitativa.

## **6. CONCLUSIONES**

Con todo lo analizado, podemos extraer que, si bien de manera previa a la publicación de la sentencia *Mennesson*, los estados que prohibían la gestación subrogada, optaban por no reconocer como padres ante la ley a los padres interesados que volvían a sus países con un niño nacido de una madre sustituya en aras a preservar el orden público y proteger los derechos y libertades de los demás; al igual que proteger la salud (avalado por el artículo 8 CEDH) y evitar que una situación ilegal, siendo conocida su prohibición en el país de origen por los padres interesados que viajan al extranjero para formalizar este tipo de contratos quede legalizada como un hecho consumado (*A.L. y D.B.*), dicha sentencia comienza (puesto que no había jurisprudencia al respecto antes de su publicación) a obligar a éstos a:

- I. Reconocer, cuanto menos, al varón que ha hecho aportación genética, considerando que debe prevalecer el interés superior del niño, ya que de lo contrario los Estados Miembro se estarían extralimitando del margen de apreciación.
- II. Que, si bien el margen de apreciación en la interferencia en la vida privada por parte de las autoridades del Estado Miembro demandado debe ser amplio por la falta de consenso en Europa (demostrado en los estudios hechos por el propio Tribunal), y la incidencia de la práctica de la maternidad subrogada en los valores éticos y morales de la ciudadanía, éste debe ser reducido por su impacto en la identidad de los niños que han nacido de madres sustitutas, puesto que la filiación en sí misma y la nacionalidad estima el TEDH, son elementos que conforman la identidad de una persona.
- III. Otro hito importante viene de la mano del *Dictamen de abril de 2019*. Por medio de éste, el TEDH deja claro que, si bien el no reconocimiento de la madre interesada como madre legal en el país en el que queda prohibida la práctica de la gestación subrogada vulnera el artículo 8 de los niños nacidos como resultado del recurso a dicha técnica de reproducción asistida, ello no implica que deba transcribirse literalmente la partida de nacimiento expedida en el extranjero en el registro civil del Estado Miembro, si no que puede establecerse la relación paterno-filial a través de otros cauces como la adopción del hijo del cónyuge siempre que el procedimiento se resuelva de manera pronta y eficaz, y se haga conforme al interés superior del niño, teniendo que analizar su oportunidad caso por caso (véase por ejemplo A.M. c. Noruega, donde no se estima que la adopción sea de acuerdo con el interés superior del niño).
- IV. Todos los casos tienen en común que el TEDH decide pronunciarse por separado respecto a la vulneración del artículo 8 del Convenio de los padres interesados (encontrando que no hay violación) de una parte; y de los hijos por otra. Encontrando que la interferencia de las autoridades nacionales efectivamente constituye una violación por tener que tomar en consideración que debe primar el interés superior del niño sobre la excepción del orden público (en cuanto a la entrada en el ordenamiento jurídico del resultado de una norma ilegal extranjera) y el fraude de ley cometido por

los padres interesados, otorgándoles además satisfacción equitativa por los daños ocasionados por la interferencia.

- V. Además, el no reconocimiento ante la ley de la relación paterno-filial entre el niño y los padres interesados (en concreto la madre con la que no tiene vínculos genéticos) conlleva poner al niño nacido por medio de la maternidad por sustitución en una situación de incertidumbre legal en cuanto a sus derechos sucesorios por ejemplo (véase *Labasse y K.K.*).
- VI. El transcurso en el tiempo de la convivencia tiene relevancia a los ojos del TEDH en cuanto a que contribuye a la interpretación que éste da al concepto de “vida familiar”. En el asunto *Paradiso y Campanelli*, el Tribunal establece que entiende que hay vida familiar *de facto* entre los padres interesados y los hijos nacidos por medio de la maternidad por sustitución, en ausencia de vínculos genéticos o reconocimiento legal entre ellos dependiendo de la duración en el tiempo de su convivencia juntos. En A.L. c. Francia por ejemplo, el hecho de que la madre sustituta diese el niño que poseía vínculos genéticos con el solicitante a otra pareja, y que éste hubiese convivido con ellos durante un largo periodo de tiempo, hace que se considere en el interés superior del niño que éste permaneciera con la otra pareja en vez de con el padre biológico, comportando un hecho consumado. Siendo importante también, a la hora de interpretar el sentido de “vida familiar” para cada caso, el país en el que reside la unidad familiar (véase *S.H.*, donde, al no residir la familia en el estado demandado no se encuentra violación contra los niños) y la nacionalidad del niño (*Menesson y Labasse*).
- VII. En relación con la oportuna alegación de algunos solicitantes en las sentencias analizadas de violación del artículo 8 CEDH en relación con el 14, de prohibición de discriminación, el TEDH sostiene que no hay violación, ya que entiende que no hay diferencia de trato entre los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada y otros niños nacidos fuera del país puesto que ello no radicaba en el hecho de que los primeros -a diferencia de los segundos- no pudieran obtener el reconocimiento en la ley nacional de una relación legal madre-hijo con la persona mencionada en el certificado de nacimiento extranjero. Más bien, consistía en el



hecho de que, en el momento relevante, los primeros, a diferencia de los segundos, no podían obtener la inscripción en el registro de la información que contenía ese certificado de nacimiento y tenían que recurrir a la adopción para establecer legalmente la relación madre-hijo.

VIII. En cuanto a qué cabe de esperar en el futuro, parece que la jurisprudencia del TEDH se mueve en la misma dirección en la que ha ido hasta el momento: que debe reconocerse la inscripción del niño del padre biológico en el registro civil (si bien no es así en cuanto a la madre que ha aportado material genético, como hemos visto en *D. c. Francia*), quedando dentro del margen de apreciación de cada estado miembro la manera de determinar la filiación respecto de la madre interesada, ya sea inscribiendo en el registro de civil el certificado de nacimiento extranjero o la adopción del hijo del cónyuge, pero, efectivamente, la relación paterno-filial debe establecerse ante la ley siempre y cuando se encuentre dentro del interés superior del niño por lo que habrá que atender a las circunstancias en cada caso. Si bien queda pendiente, como se ha aludido en la introducción a este trabajo, que el TEDH se pronuncie sobre la legalidad de la práctica y no solamente sobre los efectos y la legalidad de la interferencia de los estados.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

Code Civil Français, de 21 de marzo de 1804.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 3 de septiembre de 1953.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. (BOE núm. 126, de 27/05/2006).

Maud de Boer-Buquicchio. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, de 15 de enero de 2018. Consejo de Derechos Humanos. Naciones Unidas.

Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en la resolución A/RES/54/263 en la 54ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas el 25 de mayo de 2000. Naciones Unidas, Volumen 2171, A-27531.

Protocolo número 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Reglamento de Procedimiento del TEDH, de 1 de agosto de 2018.

Sylkina SM, Mynbatyrova NK, Umbetbayeva ZB, Shulanbekova GK, Baitukayeva DU. Surrogacy: An international comparative analysis of the fundamental legislative principles of Ukraine. *Medicine, Science and the Law*. Consultado en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0025802419884417> [Último acceso en 13 de abril de 2023]

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de septiembre de 2014. Caso *Mennesson* contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 26 de junio de 2014. Caso Labasse contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 8 de julio de 2014. Caso D. y otros contra Bélgica.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 21 de julio de 2016. Caso Foulon y Bouvet contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 19 de enero de 2017. Caso Laborie contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de junio de 2017. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dictamen 10 de abril de 2019.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 12 de diciembre de 2019. Caso C y E contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de julio de 2020. Caso D contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 18 de mayo de 2021. Caso Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 16 de noviembre de 2021. Caso H contra Polonia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 24 de marzo de 2022. A.M contra Noruega.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 7 de abril de 2022. Caso A.L. contra Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 22 de noviembre de 2022. Caso D.B y otros contra Suiza.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia de 6 de diciembre de 2022. Caso K.K y otros contra Dinamarca.

Trimming, K., & Beaumont, P. R. (Eds.) (2013). *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*. (Studies in Private International Law). Hart Publishing.

## 8. ANEXO

### ANEXO I.



Fuente: LinkedIn. Recuperado de: [https://www.linkedin.com/search/results/content/?keywords=khloe%20kardashian%20subrogada&sid=cu-&update=urn%3Ali%3Afs\\_updateV2%3A\(urn%3Ali%3Aactivity%3A6979700244062040064%2CBLENDED\\_SEARCH\\_sFEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse\)](https://www.linkedin.com/search/results/content/?keywords=khloe%20kardashian%20subrogada&sid=cu-&update=urn%3Ali%3Afs_updateV2%3A(urn%3Ali%3Aactivity%3A6979700244062040064%2CBLENDED_SEARCH_sFEED%2CEMPTY%2CDEFAULT%2Cfalse)) [último acceso en 12 de abril de 2023]

### ANEXO II.



Ana Obregón, de 68 años, madre de una niña por gestación subrogada en Miami / REVISTA HOLA

Fuente: Revista Hola (marzo 2023).