

## NIÑOS NACIDOS EN EL EXTRANJERO MEDIANTE UN ACUERDO DE GESTACIÓN SUBROGADA. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS\*

### *CHILDREN BORN ABROAD THROUGH A SURROGACY AGREEMENT. JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

*Amalia Uriondo Martinoli\*\**

**Resumen:** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado varias veces sobre la eficacia interna de un contrato de gestación por sustitución internacional. Las sentencias traslucen el dilema jurídico, político, ético, moral y social que plantean los casos cuando se procura alcanzar el equilibrio justo entre el interés público y los intereses de los individuos directamente afectados por la decisión.

**Palabras-clave:** Acuerdo de gestación subrogada - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Derecho a la vida privada y familiar - Interés superior del niño.

**Abstract:** The European Court of Human Rights has already ruled several times on the internal effects of an international surrogacy contract. The sentences reveal the legal, political, ethical, moral and social dilemma that the cases pose when trying to achieve the right balance between the public interest and the interests of the individuals directly affected by the decision.

**Keywords:** Gestational surrogacy agreement - European Court of Human Rights - Right to private and family life - Best interests of the child.

**Sumario:** I. Descripción del problema. II. La gestación subrogada internacional ante el TEDH. 1. *Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia*. 2. *Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia*. 3. *Caso AM vs. Noruega*. III. Consideraciones finales.

---

\* Trabajo recibido en 15 de marzo de 2024 y aprobado para su publicación el 10 de abril del mismo año.

\*\* Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba; Directora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia; Profesora Responsable en Maestrías y Carreras de Especialización en la Facultad de Derecho de la UNC y Facultad de Derecho de la UBA; autora de libros, capítulos y artículos sobre derecho internacional privado y cuestiones de derechos humanos; miembro de diversas instituciones científicas. ORCID 0000-0002-5033-6712. E-mail: martinoliamalia1@gmail.com

## I. Descripción del problema

Los acuerdos de maternidad subrogada transfronterizos, constituyen una modalidad cada vez más frecuente de reproducción asistida médicamente y de formación de familias en muchas regiones del mundo con distintas culturas jurídicas. La maternidad subrogada genera cuestiones de índole política, ética, moral y social muy complicadas dada la diversidad de enfoques jurídicos de los países. El panorama legislativo en la materia es muy variado: oscila entre estar legalizada y regulada (*v gr.* Rusia, Ucrania, algunos Estados de México y de EE UU.); los que prohíben esa práctica o no le reconocen efectos jurídicos (*v gr.* España, Francia, Islandia, Italia); los que la permiten de forma muy restringida (*v gr.* Brasil, Uruguay); los que omiten legislar al respecto pero tampoco la prohíben (*v gr.* Argentina, Colombia)<sup>1</sup>.

También varía de un Estado a otro el procedimiento para establecer o reconocer una relación legal paterno-filial entre los niños nacidos mediante esta técnica reproductiva y los padres de intención, siendo también posible que existan varios procedimientos diferentes dentro del mismo territorio. Al respecto, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)<sup>2</sup> explica en su dictamen de 10 de abril de 2019 que las vías disponibles incluyen, por ejemplo, el registro del certificado de nacimiento extranjero en los Estados que permiten los acuerdos de gestación subrogada; la adopción por parte de los progenitores que no tienen parentesco genético con el niño; los procedimientos judiciales que establecen o reconocen una relación legal entre padres e hijos que no impliquen la adopción<sup>3</sup>. El dictamen se formuló en el marco de un procedimiento interno de mayor rango destinado a revisar el recurso sobre cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en

---

(1) La falta de regulación crea un vacío legal que a menudo se cubre con sentencias judiciales.

(2) Bajo determinadas circunstancias, el Tribunal conocido también como Tribunal de Estrasburgo, está destinado a enjuiciar las posibles violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4 de noviembre de 1950) y en sus Protocolos adicionales -completan y modifican su contenido- por parte de los Estados parte de dicho Convenio. Cabe mencionar, por ejemplo, los Protocolos número N° 11 relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, de 11 de mayo de 1994; el número 14, por el que se modifica el mecanismo de control establecido por el Convenio y que entró en vigor el 1 de junio de 2010; el número 15 de 1 de agosto de 2021; el número 16, que es optativo, permite a los Altos Tribunales, según lo especificado por los Estados miembros, solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el CEDH o en sus Protocolos, a la hora de resolver el asunto de que conoce. Este procedimiento tiene el objetivo de fortalecer la interacción entre el TEDH y las autoridades nacionales *cfr.* página oficial del TEDH, consulta: 20 de noviembre de 2022.

(3) Dictamen de la Gran Sala del TEDH "(e)n relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente", solicitada por el Tribunal de Casación francés (Demanda n° P16-2018-001), apartado 24.

el caso *Menesson vs. France* (nº 65192/11)<sup>4</sup>. Conforme al Protocolo número 16<sup>5</sup>, el TEDH podrá proporcionar una orientación en los asuntos que estén en trámite ante la jurisdicción nacional y dispondrá de la facultad discrecional de aceptar o no tal solicitud. El tratamiento que el TEDH ha dado a los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional puede agruparse en tres grandes bloques: la determinación y la impugnación de la filiación legal; la restricción de circulación de las personas nacidas como consecuencia de la práctica y el alejamiento del progenitor o progenitores de intención<sup>6</sup>.

## II. La gestación subrogada internacional ante el TEDH

Las causas planteadas ante el TEDH, aparecen por la negativa de las autoridades nacionales a reconocer la filiación resultante de los acuerdos de gestación subrogada celebrados en el extranjero. El desplazamiento de los padres comitentes<sup>7</sup> fuera de las fronteras, puede derivarse de la prohibición de esta técnica en el país de su residencia mientras otros cuentan con centros especializados en la materia, o bien la elección recae en el lugar que ofrece las condiciones económicas más favorables. El problema adquiere visibilidad cuando ellos retornan a su residencia e intentan consolidar los efectos de aquel contrato. Para determinar si el artículo 8 del CEDH<sup>8</sup> exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer esa relación paterno-filial, el TEDH puso el acento en dos factores: el interés superior del niño<sup>9</sup> -que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*- y el

---

(4) Desde el punto de vista del artículo 8 del CEDH, el Tribunal concluyó que no hubo violación del derecho a la vida familiar ni del derecho de los futuros padres a la vida privada. El único derecho violado es el derecho de los niños al respeto de su vida privada. El Sr. y la Sra. Menesson estaban casados cuando se firmó el acuerdo de gestación subrogada y cuando se dictó la decisión judicial estadounidense que los reconoció como padres de dos gemelas nacidas en California. Los demandantes precisaron que, de conformidad con la legislación californiana, la madre sustituta no había recibido remuneración alguna, sino que se había limitado a cobrar los gastos, TEDH caso A.M. c. Noruega de 24 de marzo de 2022, apart. 78.

(5) El Protocolo se encuentra vigente desde el 1 de agosto de 2018.

(6) FARNÓS AMORÓS, E. "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza", *Revista Bioética y Derecho- Perspectivas bioéticas*, 2022, 56, pp. 29- 54, p. 35.

(7) En el Dictamen citado nota 3, la Gran Sala del TEDH explica que "(l)a expresión 'padre/madre comitente' se entiende referida a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestación de su futuro hijo a una gestante subrogada", p. 3.

(8) El art. 8 del CEDH establece: "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".

(9) Como lo impone el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) de 20 de noviembre de 1989.

alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes<sup>10</sup>. Las sentencias seleccionadas reflejan ese meticuloso equilibrio que se busca entre los intereses en juego, incluidos los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación por sustitución en el derecho del país de destino del niño. Se trata de las demandas de los padres comitentes contra Italia, Islandia y Noruega por la falta de reconocimiento de los hijos nacidos a través de esta práctica y que fueron concebidos utilizando los gametos del padre comitente, o los de una persona sin ninguna relación biológica con el menor y los óvulos de una tercera parte donante.

### 1. Caso *Paradiso y Campanelli vs. Italia*

La Gran Sala del TEDH emitió la decisión el 24 de enero de 2017 (demanda n° 25358/12)<sup>11</sup>, para resolver sobre la alegada violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar prevista en el artículo 8 del CEDH. El dilema jurídico, ético y moral que genera el tema, se trasluce en los pronunciamientos de sus miembros. La sentencia fue aprobada por once votos contra seis, cuenta con dos votos que, sin perjuicio de compartir la conclusión de la mayoría, aportan sus propios puntos de vista y contiene una opinión conjunta disidente.

**a) Exposición de los hechos:** El caso trata de la puesta en acogida en los servicios sociales de un menor de nueve meses, nacido el 27 de febrero de 2011 en Moscú. Una pareja italiana celebró un contrato de gestación por sustitución con la empresa “Rosjurconsulting”. El niño había sido concebido mediante gametos donados, gestado por una mujer rusa a cambio de una notoria remuneración, quien había renunciado a sus derechos sobre él después de su nacimiento. En abril de 2011, los padres comitentes llevaron al menor a Italia con los documentos emitidos por el Consulado italiano en Moscú (certificado de nacimiento del niño como hijo suyo, previo consentimiento por escrito de la madre gestante). Al arribar a su país, el Registro Civil del municipio de donde procedían, Campobasso, denegó el registro de la partida de nacimiento por falsificación de datos, conforme la información del Consulado. Posteriormente, una prueba de ADN reveló que el demandante no tenía ninguna relación biológica con el menor<sup>12</sup>, hecho

---

(10) Dictamen citado nota 3, apartado 37.

(11) Sentencia disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22ite-mid%22:\[%22001-170359%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22ite-mid%22:[%22001-170359%22]})

(12) En febrero de 2021, la ONG internacional ISS (International Social Service) ha publicado los denominados Principios de Verona para la protección de los derechos de los niños nacidos por gestación por sustitución. “El principio 6, titulado ‘Interés superior del menor’, considera en su apartado 3 que ‘por lo general’ es en interés de los menores nacidos de estos acuerdos mantener al menos un vínculo genético con uno de los progenitores de intención”, cfr. FARNÓS AMORÓS, E. en “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista Bioética y Derecho*, art. cit. p. 32.

desconocido por el matrimonio. No se trataba de un caso de maternidad subrogada tradicional, ya que el niño no tenía vínculos genéticos con ellos.

**b) Decisiones de los tribunales de Campobasso:** Al tener en cuenta la ilegalidad de la conducta de los demandantes y la urgencia de tomar medidas respecto del niño, el Juzgado de Menores decidió ponerlo bajo tutela de los servicios sociales durante unos quince meses, en un lugar desconocido para los padres de intención y sin que pudieran mantener ningún contacto con él. Con un enfoque diferente basado en el interés del niño, el 28 de febrero de 2012 el Tribunal de apelación confirmó la sentencia y sostuvo que el niño se encontraba en “estado de abandono” en el sentido del artículo 8 de la Ley de Adopción<sup>13</sup>, por cuanto los solicitantes no eran sus padres biológicos.

Durante el transcurso del año 2013, el niño fue asignado a una familia de acogida; pasó a ser considerado como hijo de padres desconocidos; se ratificó la negativa de la transcripción del certificado de nacimiento ruso por ser contraria al orden público; y se dio comienzo al trámite de adopción. Por estas causas, los cónyuges Paradiso y Campanelli recurrieron al TEDH y demandaron al Estado italiano por una supuesta violación del derecho al respeto de su vida privada y familiar previsto en el artículo 8º de la CEDH.

**c) Sentencia de la Sección 2º del TEDH:** El 27 de enero de 2015, la Sección 2º del TEDH condenó a Italia por considerar desproporcionada las actuaciones de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales con vista a una adopción, dada la ausencia de vínculo genético con los cónyuges. Una Sala de la Sección resolvió a favor de la solicitud de los demandantes. Para resolver de este modo, estimó que la convivencia de seis meses con el hijo en Italia, precedidos por un período de dos meses que la Sra. Paradiso había pasado con el niño en Rusia, eran suficientes para entender que se había constituido una familia de *facto*. La Sala sostuvo que la separación de un niño del entorno familiar es una medida extrema a la que se debe recurrir sólo como último recurso, cumpliendo así el objetivo de proteger la integridad física o moral del menor. Por consiguiente, concluyó que las autoridades italianas habían violado el artículo 8 del CEDH, porque “no habían logrado el justo equilibrio que debería mantenerse entre el interés general y los intereses privados en juego” (apartado 101). La sentencia fue objeto de recurso ante el la Gran Sala por el Gobierno italiano, en los términos del art. 43 del CEDH que fija el plazo de tres meses a partir de la fecha de la decisión de una Sala.

---

(13) Ley de 4 de mayo de 1983, núm.184 (Ley de Adopción), título sustituido por el artículo 1 de la Ley núm. 149 de 2001, El derecho del niño a una familia. El artículo 8 describe las situaciones de abandono en que puede encontrarse el niño para declarar su adoptabilidad.

**d) La Gran Sala:** sintetiza en su argumentación las cuestiones jurídicas centrales del conflicto: i) si dados los hechos de la causa, resultaría aplicable el artículo 8 del CEDH; ii) en caso afirmativo, si las medidas urgentes ordenadas por el Tribunal de Menores, que dieron lugar al traslado del niño, constituyen una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y/o su vida privada en el sentido del artículo 8.1 del mismo Convenio y; iii) en caso afirmativo, si las medidas impugnadas se adoptaron de conformidad con el segundo párrafo del artículo 8 del CEDH.

El artículo 8 -explica el TEDH- no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho al respeto de la “vida familiar” no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia; presupone la existencia de una familia. El 24 de enero de 2017, el Tribunal sostiene que en ausencia de cualquier vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, “la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los vínculos desde una perspectiva jurídica, y a pesar de la existencia del proyecto parental y la calidad de los vínculos afectivos”, no se cumplen las condiciones que le permitan concluir que existía una vida familiar de *facto*.

Respecto a la noción de “vida privada”, la Gran Sala aclara que es un concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva. Abarca la integridad física y psicológica de una persona y, hasta cierto punto, el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Advierte que lo que está en juego en la causa es el derecho al respeto de la decisión genuina de los demandantes de convertirse en padres, “inicialmente mediante intentos de concebir mediante fertilización *in vitro*, luego solicitando y obteniendo aprobación formal para adoptar y, por último, recurriendo a donación de óvulos y el uso de una madre subrogada”. Sobre las cuestiones que involucran una relación entre adultos y un niño donde no existen vínculos biológicos o legales, evalúa que las medidas adoptadas por las autoridades con respecto al niño -traslado, colocación en un hogar sin contacto con los demandantes, colocación bajo tutela- equivalieron a una injerencia en la vida privada de los demandantes (apartados 134- 167).

**e) Margen de apreciación:** El TEDH investiga si la injerencia al derecho a la vida privada de los demandantes obedece a una necesidad de la sociedad democrática. A tal efecto, considera atendible una serie de factores para determinar la amplitud del margen de apreciación del Estado al decidir cualquier tema del artículo 8 de la CEDH. Observa que los hechos descriptos tocan cuestiones éticamente sensibles -adopción, acogida de un niño, reproducción médicamente asistida y maternidad subrogada- en las que los Estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación.

Por ende, corresponde precisar si los tribunales nacionales lograron un equilibrio justo entre el interés público y los intereses de las personas directamente afectadas por la decisión. En esa línea, se argumenta que “al prohibir los acuerdos comerciales de gestación subrogada, Italia considera que persigue el interés público

de proteger a las mujeres y a los niños potencialmente afectados por prácticas que considera muy problemáticas desde el punto de vista ético”. Habida cuenta que la preocupación principal de las autoridades internas era poner fin a una situación ilegal, “el Tribunal acepta que las leyes que fueron infringidas por los demandantes y las medidas que se tomaron en respuesta a su conducta sirvieron para proteger intereses públicos muy importantes”.

En cuanto a los intereses privados en juego, la Gran Sala distingue los del niño de los intereses de los solicitantes. La evaluación específica del menor se basa en los siguientes aspectos: la falta del vínculo biológico entre él y los demandantes; la corta residencia con ellos; la necesidad de identificar lo antes posible una pareja adecuada para cuidar de él; y que la separación de las personas que lo cuidaban desde hacía algún tiempo, no le causarían un daño grave o irreparable.

Para concluir, la Gran Sala expresa que “Aceptar que el niño permaneciera con los demandantes, posiblemente con vistas a convertirse en sus padres adoptivos, habría equivalido a legalizar la situación creada por ellos, infringiendo importantes normas del derecho italiano”. Dejó así establecido que el fin de la relación de los solicitantes con el menor, es el resultado de la inseguridad jurídica que ellos mismos han generado al adoptar una conducta contraria a la ley italiana y a las leyes internacionales pertinentes, y por haberse instalado con él en su país.

Reconoce, también, “que los tribunales italianos, habiendo evaluado que el niño no sufriría un daño grave o irreparable por la separación, lograron un equilibrio justo entre los diferentes intereses en juego, manteniéndose dentro del amplio margen de apreciación de que disponen en el presente caso”. La Gran Sala declara, por once votos contra seis, que no ha habido violación del artículo 8 del Convenio porque no se cumplen las condiciones que le permitieran concluir que existía una vida familiar de *facto*<sup>14</sup> (apartados 179- 216).

Llama la atención de la doctrina que el TEDH “se esforzara en tratar de proteger los vínculos creados entre los padres intencionales y el niño a través del derecho a la vida privada de los demandantes...” y “excluir los hechos del caso del paraguas de la vida familiar...”. “Una conclusión difícilmente justificable”<sup>15</sup>.

(14) Entre los comentarios de la sentencia se puede citar: FARNÓNS AMORÓS, E. “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I)”, *Revista de Bioética y Derecho*, [online]. 2017, n.40 pp.231-242. Disponible en: [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872017000200017&lng=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017&lng=es&nrm=iso); KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - DE LA TORRE, N. “La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso, ‘Paradiso y Campanelli c. Italia’”, *La Ley* 2017-B, 27; RUIZ MARTÍN, A.M. “El caso Campanelli y Paradiso ante el tribunal europeo de derechos humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, ed. Área de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791.

(15) DÍAZ CREGO, M. “Paradiso Campanelli c. Italia: ¿Un pronunciamiento europeo contra la gestación por sustitución?”, *Revista Española de Derecho Europeo* 64, octubre diciembre 2017, pp. 185-200, p. 196.

**d) Voto concurrente del Juez Raimondi:** En opinión separada, el Juez destaca el adecuado encuadre de la situación dentro de la protección de la vida privada de los demandantes, más que a la luz de su vida familiar. Coincide con el razonamiento de la Gran Sala que excluye cualquier reconocimiento de una vida familiar, ante la falta de algún vínculo biológico entre los solicitantes y el niño, el corto período durante el cual residió con ellos, la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica, por lo que resolvió que, pese a existir un proyecto parental y la calidad de las relaciones afectivas, no se cumplen las condiciones que le permitan deducir que había una vida familiar *de facto*.

**e) Voto concurrente conjunto de los jueces de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov:** Si bien comparten con la Gran Sala el enfoque del caso desde el ángulo del derecho de los demandantes al respeto de su vida privada, difieren en su razonamiento porque deja sin aclarar qué implica exactamente la vida privada, cuál es el alcance de la protección del derecho y qué constituye una injerencia en el sentido del artículo 8. Según la sentencia, la existencia o inexistencia de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho, depende de la presencia de vínculos personales estrechos y constantes. En cambio, los jueces sostienen que “la fórmula propuesta es a la vez demasiado vaga y demasiado amplia”, pues abarca cualquier vínculo interpersonal sin explicar la naturaleza que estos deben tener para formar la vida familiar. “Los vínculos emocionales *per se* no pueden crear vida familiar” (apartado 2).

Asimismo, expresan que la interpretación de las disposiciones de la CEDH debe hacerse dentro del sistema internacional de derechos humanos. Que resulta conveniente leer conjuntamente los artículos 8 y 12 del CEDH y en el contexto de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 16) y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (art. 23) que reconocen el derecho del hombre y de la mujer a casarse y a fundar una familia. Deducen de la redacción y estructura de estas normas que la noción de familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, se funda principalmente en el matrimonio entre un hombre y una mujer.

La otra discrepancia destaca que la mayoría de la Gran Sala omite desentrañar el alcance de la protección del derecho consagrado en el artículo 8 del CEDH. A su juicio, el vínculo *de facto* entre los demandantes y el niño se estableció en violación del derecho italiano y del derecho de adopción internacional. Por lo cual, los posibles efectos perjudiciales causados al niño por la inevitable separación de las personas que lo cuidaban desde hacía algún tiempo, resulta también imputable a los peticionantes.

Para definir qué constituye una injerencia en el sentido del artículo 8, los jueces socavan los alegatos de la mayoría. De allí la insistencia que lo importante es determinar si la interferencia específica denunciada entra dentro del ámbito del derecho de los solicitantes a la protección de su vida privada. Aducen que lo que está en juego es la manera ilegal en que los solicitantes intentaron convertirse en padres.

Pese a compartir el desasosiego de los demandantes ante el traslado y entrega del niño a los servicios sociales con vistas a su adopción, entienden que esas medidas no equivalen necesariamente a una injerencia en su vida privada. Por el contrario, con acierto opinan que en el accionar estatal subyace el interés público para disuadir a sus nacionales de recurrir en el extranjero a prácticas que están prohibidas en su propio territorio y, por esa vía, “proteger a los niños contra prácticas ilícitas, algunas de las cuales pueden constituir trata de personas”.

Sin vacilar los jueces concluyen que el niño ha sido efectivamente víctima de trata de personas al ser encargado y adquirido por el matrimonio Paradiso-Campanelli. El caso queda comprendido en el Convenio de La Haya de 1993 sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, que impide el pago o la compensación por los consentimientos otorgados para una adopción internacional (art. 4.3); en la CDN de 1989 (art. 35) y en su Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000, que proscriben la venta o trata de niños.

Sobre esta red internacional y cita de documentos del Comité de los Derechos del Niño<sup>16</sup>, el voto culmina enfatizando que “la gestación subrogada, remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana. Constituye un trato degradante, no sólo para el niño sino también para la madre sustituta”.

**f) Opinión disidente conjunta de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev:** Las cuestiones centrales se relacionan no sólo con que existe una interferencia en el derecho de los solicitantes al respeto de su vida familiar, sino también que de las circunstancias del caso se desprende una violación de ese derecho.

El desacuerdo se manifiesta en estos aspectos: i) Concurren con la mayoría en que los vínculos personales genuinos, los vínculos biológicos o un vínculo jurídico reconocido, pueden ser un indicio muy importante de la existencia de vida familiar. La contradicción emerge cuando se valora negativamente la duración de la convivencia entre los comitentes y el niño (8 meses entre Rusia e Italia) como dato apto para establecer una vida familiar *de facto*, sin que su alegato otorgue pleno peso al tradicional principio de que la existencia o no existencia de “vida familiar” es esencialmente una cuestión de hecho; ii) La otra objeción trata de precisar si la injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes estaba justificada acorde al artículo 8 del CEDH. La inquietud se funda en la distinta mirada con que las autoridades de Campobasso examinaron la causa para decidir que el niño estaba en estado de abandono y, de ese modo, entregarlo en adopción. Por un lado, se observa que el Juzgado de Menores basó su resolución en la actitud ilícita de los

---

(16) Las Observaciones Generales son documentos de extensión variable que de forma periódica elabora el Comité de los Derechos del Niño sobre cualquier cuestión relacionada con los niños, cfr. página de la ONU.

demandantes al haber infringido la Ley de Adopción<sup>17</sup> y la Ley de reproducción médicamente asistida<sup>18</sup>. Por el otro, el Tribunal de Apelación invoca el interés del niño al encontrarlo en estado de abandono, “por carecer de apoyo moral y material de sus padres o familiares encargados de su cuidado...”<sup>19</sup>. El tribunal no reconoció que los demandantes fueran los padres.

Cualesquiera que sean las razones aducidas para justificar la separación del niño de los padres de intención, los magistrados rechazan la posibilidad que los tribunales italianos hayan alcanzado un equilibrio justo entre los diversos intereses en juego. En cuanto a los intereses públicos, explican que se ha concedido demasiado peso a la necesidad de poner fin a una situación ilegal y a la exigencia de disuadir a los ciudadanos italianos de recurrir en el extranjero a prácticas prohibidas en su país.

Respecto al interés del niño, el grupo disidente puntualiza que las instancias anteriores omitieron preguntar si habría sido de su interés permanecer con las personas que habían asumido el papel de sus padres; que la colocación del niño al cuidado de los servicios sociales se basó en motivos puramente legales; y que los hechos sólo son atendidos para evaluar si los efectos de la expulsión, una vez decidida, no serían demasiado duras para el niño.

Acerca de los intereses de los demandantes, los jueces admiten que no se ha prestado suficientemente atención a su deseo de continuar desarrollando la relación con un niño cuyos padres deseaban ser. A tal efecto, exponen que las valoraciones positivas de la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli sobre su idoneidad para adoptar, la autorización obtenida para hacerlo junto al informe favorable de un equipo de trabajadores sociales, “no fueron contradichas por una evaluación seria del interés superior del niño, sino que más bien fueron barridas a la luz de consideraciones más abstractas y generales”.

La zigzagueante trayectoria del caso Campanelli vs. Italia se advierte con claridad en la diversidad de fundamentos que esgrimen las distintas instancias judiciales internas para sustentar su decisión y en las sentencias discrepantes de la Sección 2° del TEDH (27 de enero de 2015) y de la Gran Sala (24 de enero de 2017). Mientras la primera sostenía que la convivencia con el menor durante ocho meses había permitido la creación de una familia de *facto* amparada por el artículo 8 del CEDH; la segunda, negaba la existencia de una vida familiar que quedara abrazada por la citada disposición.

---

(17) Los solicitantes habían eludido intencionalmente la Ley n° 184 de 4 de mayo de 1983 que regula la adopción internacional de niños, cuyas disposiciones establecían que los futuros padres adoptivos que hayan obtenido un decreto de idoneidad debían dirigirse a un organismo autorizado (artículo 31) y que preveía la participación de la Comisión para la Adopción Internacional (artículo 38).

(18) Ley n° 40 de 19 de febrero de 2004.

(19) Art. 8 de la Ley de Adopción sobre la declaración de adoptabilidad.

## 2. Caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*

En la sentencia de 18 de mayo de 2021 (Demanda núm. 71552/17)<sup>20</sup>, el TEDH procura alcanzar nuevamente el justo equilibrio entre los intereses de las personas enlazadas en el proyecto de una vida familiar y los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación subrogada. La sentencia cuenta con el voto concurrente del Juez Lemmens y con los comentarios presentados por *Ordo Iuris*<sup>21</sup> y el Centro AIRE (Asesoramiento para los Derechos Individuales en Europa), que fueron autorizados a intervenir por el Presidente de la Sección.

**a) Exposición de los hechos:** Dos mujeres islandesas -Sra. Fjölfnisdóttir y la Sra. Agnarsdóttir- casadas entre sí, contactaron una Agencia con sede en California, EE.UU., a los fines de llevar adelante un contrato de gestación subrogada, mediante el cual serían madres legales del niño, ya que en Islandia dicha práctica está prohibida. El niño, concebido vía fertilización *in vitro* mediante donantes anónimos y sin estar biológicamente relacionado con ninguna de las mujeres, nació en febrero de 2013. Tras el nacimiento, las solicitantes se registraron en California como sus madres legales, sin mencionar a la mujer que lo dio a luz, quien había renunciado a cualquier reclamación de maternidad legal. De esta manera, obtuvieron el certificado de nacimiento, junto con un pasaporte estadounidense del niño para regresar con ellas a Islandia<sup>22</sup>. En su país, intentaron inscribirlo en el Registro Nacional como hijo de ambas, utilizando el formulario para ciudadanos islandeses nacidos en el extranjero que automáticamente tenían derecho a la ciudadanía del país, adjuntándose también el certificado de nacimiento estadounidense.

El 18 de junio de 2013, la solicitud fue denegada por las autoridades registrales. Por cuanto al nacer el niño en EE.UU. de una madre subrogada, no tenía derecho a adquirir la nacionalidad de Islandia en virtud de la Ley n° 100/1952 sobre la ciudadanía islandesa, ni tampoco le eran aplicables las disposiciones de la Ley de la Infancia núm. 76/2003, titulada “Padres de niños”. La decisión también indicó que el Registro nacional estimaba que el menor era un ciudadano extranjero cuyo registro y residencia se regían por la Ley núm. 96/2002 sobre Extranjería (que era aplicable en el momento de los hechos).

---

(20) Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/spa#%22itemid%22:%22001-209992%22> (consulta 20/05/2022).

(21) *Ordo Iuris* es una organización religiosa ultraconservadora con sede en Polonia.

(22) El examen de la sentencia puede verse en: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Gestación por sustitución en California: el caso islandés (STEDH 18 mayo 2021, Valdís Fjölfnisdóttir). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos siempre en favor del interés del menor”, disponible en: <http://accursio.com/blog/?p=1440> (consulta 10/03/2023); SERDÁN, F. “Nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada”, disponible en: <https://fundesi.com.ar/nueva-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-maternidad-subrogada> (consulta 10/03/2023); FARNÓS AMORÓS, E. “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista de Bioética y Derecho-Perspectivas bioéticas*, 2022, 56: pp. 29-54.

Las demandantes recurrieron ante el Ministerio del Interior. Como menor extranjero no acompañado, el Comité de protección de menores del municipio de las solicitantes asumió su custodia, le asignó una tutora legal de conformidad con la Ley de protección de la infancia núm. 80/2002 (sección 32), aunque autorizó el régimen de acogimiento legal del niño a favor de las comitentes para preservar el vínculo familiar entre ellos.

El 27 de marzo de 2014, el Ministerio del Interior confirmó la denegatoria de inscripción en el registro nacional. Esgrimió como fundamentos que el niño no tenía automáticamente derecho a la ciudadanía islandesa por haber nacido en los Estados Unidos; la mujer sustituta, que según la Ley de la Infancia núm. 76/2003<sup>23</sup> era considerada su madre, era ciudadana estadounidense; y no se había presentado ningún dato que indicara que el padre biológico fuera ciudadano islandés.

Las demandantes solicitaron la revisión judicial de esa decisión. Exigieron su anulación y una sentencia declarativa que obligara al Registro de Islandia a inscribir a las comitentes como madres del niño, de acuerdo con el certificado de nacimiento presentado. Mediante sentencia de 2 de marzo de 2016, el Tribunal de Distrito de Reykjavik desestimó dichas pretensiones con arreglo a los principios fundamentales del Derecho de familia islandés que establecen que madre es quien da a luz, independientemente de si el niño fue concebido con sus gametos o no, por lo que la gestante estadounidense será considerada la madre legal del bebé a todos los efectos. Mientras el procedimiento estaba pendiente, el niño fue reconocido como ciudadano islandés en función de su interés superior<sup>24</sup>, por la Ley núm. 128/2015 sobre la concesión de ciudadanía. No se hizo constar como progenitoras a las solicitantes, quienes requirieron también la adopción. Sin embargo, al evaluar que la madre biológica del niño era la mujer gestante contratada en EE.UU., fue necesario que prestara su consentimiento y que se probara que no había existido intercambio de dinero a tales fines. El pedido de adopción se dejó sin efecto, pues al cabo de cinco años de convivencia, las dos mujeres se divorciaron en Islandia, por lo cual se arribó a un nuevo acuerdo sobre la forma de llevar adelante el acogimiento familiar del menor, compartiendo el tiempo entre ambos domicilios.

La decisión fue recurrida ante el Tribunal Supremo de Islandia, quien confirmó la desaprobación de la inscripción del menor en el Registro Civil. En su sentencia de 30 de marzo de 2017, sostiene que no procedía reconocer dicho vínculo familiar, porque se había establecido de forma contraria a los principios fundamentales del Derecho de familia islandés. A tal efecto, destacó que el párrafo cuarto del artículo 5 de la Ley

---

(23) La Sección 6 -Padres de niños concebidos mediante concepción asistida- dispone en el primer párrafo que "La mujer que da a luz a un niño concebido mediante concepción asistida será considerada madre del mismo".

(24) El tercero interviniente, Centro AIRE, sostuvo que el Tribunal debería comprobar si el interés superior del niño había sido evaluado debida y demostrablemente -como lo exige el artículo 3 de la CDN- en su caso con la asistencia de un representante independiente.

núm. 55/1996 sobre fertilización artificial y uso de gametos y embriones humanos para la investigación con células madre, prohibió explícitamente la gestación subrogada y que la violación de las disposiciones legales conlleva multa o prisión de hasta tres meses.

Vale señalar las distintas posiciones de las resoluciones judiciales. El Tribunal de Distrito reconoció que se había establecido una “vida familiar” y que el rechazo de las autoridades a registrar al menor había interferido en su vida privada y familiar. Sin embargo, dedujo que esa injerencia había sido necesaria “para proteger la moralidad y los derechos de los demás, y que había estado acompañada de suficientes esfuerzos de contrapeso para aliviar los efectos negativos de la negativa. El interés superior del niño, aunque es de suma importancia, no puede prevalecer sobre los principios jurídicos fundamentales de la filiación” (apartado 21). En cambio, el Tribunal Supremo sostuvo que no existía vida familiar entre las demandantes en el momento en que se dictó la decisión del Registro nacional y que, por lo tanto, la desestimación del pedido de las comitentes no había constituido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Asimismo, añadió que el razonamiento armoniza con los fundamentos de la sentencia del TEDH en *Paradiso y Campanelli c. Italia*.

**b) Sentencia del TEDH:** Las demandantes alegaron que la oposición de las autoridades nacionales a registrar al niño como su hijo, implicaba una interferencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar previsto en el artículo 8 del CEDH. La queja se estructura con el material de lo decidido en las instancias anteriores:

- \* la resistencia de las autoridades a registrar al niño como hijo de las comitentes, constituyó un impedimento para disfrutar de una relación materno-filial estable y legal. Dicha interferencia perjudicaba sus intenciones porque ninguna de ellas tenía su custodia legal ni física;
- \* el rechazo a reconocer el certificado de nacimiento que había sido emitido de conformidad con la ley de California;
- \* la negativa no había sido ajustada a derecho. Si bien la subrogación era ilegal en Islandia, dicha prohibición no se aplicaba extraterritorialmente y, en su caso, ellas habían llevado a cabo el proceso de subrogación en California de acuerdo con la ley de ese Estado;
- \* las autoridades no habían tenido suficientemente en cuenta el interés superior del niño;
- \* la negativa a reconocerlas como sus madres dieron lugar a que el niño no tuviera derechos de herencia respecto a ellas y viceversa (apartados 43-47).

Frente a este planteo, el TEDH elabora su argumento dando respuesta a los distintos interrogantes que presenta la situación:

i) Si existía una “vida familiar” entre los solicitantes: El TEDH afirma que “La existencia o no existencia de ‘vida familiar’ es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de estrechos vínculos personales...”. Por ende, corresponde determinar si, en las circunstancias del caso, la relación entre los involucrados entraba dentro de la esfera de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH. A tal efecto, señala que no se cuestiona la inexistencia del algún vínculo biológico entre los tres demandantes y que los vínculos entre ellos eran jurídicamente inciertos al principio, como en *Paradiso y Campanelli*. Cabe recordar que esta decisión de 2017 reitera que el derecho a respetar la vida familiar presupone la existencia de una familia, no salvaguarda el mero deseo de fundar una. No obstante la semejanza de las circunstancias, se sienta la diferencia entre ambas causas: la iniciada contra Italia toma como referencia el escaso tiempo de cohabitación de los solicitantes con el niño (ocho meses); la incertidumbre de los vínculos desde una perspectiva jurídica, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de sus vínculos afectivos. Mientras que la entablada contra Islandia, adquirió relevancia el hecho de que el menor había estado bajo el cuidado ininterrumpido de las madres de intención, de forma conjunta y luego individualmente con cada una de ellas, desde que nació en febrero de 2013. De ello se deduce que luego de la emisión de la sentencia del Tribunal Supremo en 2017, las tres personas habían estado relacionadas durante más de cuatro años: la vida entera del menor.

Aparece así la divergencia con lo ocurrido en *Paradiso y Campanelli*, porque en la presente causa sí se consideró que los requisitos de la “vida familiar” se habían cumplido, habida cuenta la larga duración de la relación ininterrumpida entre las demandantes y el niño, la calidad de los vínculos ya formados y los estrechos vínculos afectivos forjados durante las primeras etapas de su vida, reforzado por el régimen de acogimiento adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal (apartados 56-62).

ii) Si hubo violación del derecho de los demandantes al respeto de la vida familiar: En lo que respecta a este punto, el tribunal aseveró que según el artículo 8.2 de la CEDH, dicha injerencia debe estar en concordancia con la ley, perseguir uno o más de los objetivos legítimos enumerados en la disposición y ser necesaria en una sociedad democrática, lo que deja a los Estados un margen de apreciación para tomar las medidas relevantes y suficientes para esos propósitos (apartado 63).

iii) Si la interferencia que realizó Islandia fue conforme a la ley: El TEDH enfatiza que “no había ninguna disposición legal explícita en la legislación islandesa que estableciera una regla general sobre cómo determinar quién era considerada la madre de un niño”. Sin embargo, acepta la argumentación del Tribunal Supremo en cuanto advierte que acorde al primer párrafo del artículo 6 de la Ley de la Infancia núm. 76/2003 “La mujer que da a luz a un niño concebido mediante concepción asistida será considerada madre del mismo”, en tanto el segundo párrafo prescribe que “(u)na mujer que haya dado su consentimiento para que su esposa (pareja) se someta a un tratamiento de concepción asistida en virtud de la Ley de Concepción

Asistida será considerada progenitora del niño concebido de esta manera". Junto a estos preceptos se invoca la prohibición legal de la gestación subrogada dispuesta por la Ley núm. 55/1996 sobre fertilización artificial y uso de gametos y embriones humanos para la investigación con células madre (art. 5.4). Valorando que la interpretación del derecho interno efectuado por el Tribunal Supremo no es arbitraria ni manifiestamente irrazonable, el TEDH concluye que la negativa a reconocer a las demandantes como madres del niño tenía una base jurídica suficiente (apartado 64).

*iv) Si la interferencia perseguía un objetivo legítimo:* El TEDH manifestó que la prohibición de la maternidad subrogada por parte de Islandia servía para proteger los intereses de las mujeres que podrían verse presionadas a llevar adelante embarazos para otras personas, así como los derechos de los niños a conocer a sus padres biológicos. En función de lo expuesto, el TEDH entendió que la negativa a reconocer a las solicitantes como madres del menor, perseguía el objetivo legítimo de tutelar los derechos y libertades de los demás (apartado 65).

*v) Si esa interferencia era necesaria en una sociedad democrática:* Al deslindar si una medida impugnada era necesaria en una sociedad democrática, el TEDH expresa que tendrá en cuenta que se deja un margen de apreciación a las autoridades nacionales<sup>25</sup>, cuya decisión sigue sujeta a revisión por parte del mismo tribunal para verificar su encaje en los requisitos del artículo 8 del CEDH. Pero ello no significa que su tarea consista en sustituir a las autoridades nacionales competentes a la hora de precisar la política más adecuada para regular la compleja y delicada cuestión de la relación entre los comitentes y un niño nacido en el extranjero a través de acuerdos de maternidad subrogada, prohibidos en Islandia (apartados 66-69). El TEDH observa que las solicitantes y el niño, mantenían un vínculo familiar que no había sido interrumpido por el Estado demandado. Por el contrario, si bien admite que el no reconocimiento ha afectado la vida familiar de los solicitantes, el disfrute de esa vida familiar también fue salvaguardado por el hecho de que el acuerdo de acogida se hizo permanente. Además, se toma nota de la concesión de la ciudadanía islandesa al niño mediante una ley directa del Parlamento, que tuvo el efecto de regularizar y asegurar su estancia y sus derechos en el país. De allí que asevere que "los obstáculos reales y prácticos al disfrute de la vida familiar creados por el no reconocimiento de un vínculo familiar parecen haber sido limitados".

Desde esa perspectiva, el TEDH colige que el no reconocimiento de un vínculo parental formal, permitiendo el acogimiento familiar permanente por parte de las comitentes confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo, logró un justo equilibrio entre el derecho a la vida familiar de las demandantes y los intereses generales que el Estado pretendía resguardar con la prohibición de la maternidad subroga-

---

(25) El tercero interviniente, *Ordo Iuris*, aseguró que no había consenso europeo sobre la legalidad de los acuerdos de gestación subrogada y que, por lo tanto, se debería conceder a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para determinar si se reconocen y cómo se reconocen las relaciones entre los niños nacidos a través de la gestación subrogada y sus futuros padres.

da. “El Estado actuó así dentro del margen de apreciación que se le concede en tales materias”. En consecuencia, luego de pormenorizadas consideraciones resuelve que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH con respecto al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar. En cambio, con relación a la denuncia sobre el respeto a la vida privada, se limita a señalar que los argumentos de las demandantes sobre este aspecto, son “en principio los mismos” que los presentados en su queja sobre la vida familiar, por lo que declara que “(a) la luz de esto”, no hay razón para llegar a una conclusión diferente de la que se adopta respecto de la vida familiar (apartados 71-76).

**c) Voto concurrente del Juez Lemmens:** En su dictamen el Presidente del Tribunal, Juez Lemmens, dice que el procedimiento ante los tribunales nacionales versó sobre la negativa de las autoridades a registrar la relación entre el niño y las comitentes. Aunque en sus respectivas decisiones se referían a la vida privada y familiar, el Juez sostiene que el razonamiento parece haberse centrado en la injerencia en la vida familiar. Por eso estima que esa visión judicial, motivó que los demandantes basaran su demanda explícitamente en el derecho al respeto de la vida familiar y no mencionaran el derecho al respeto de la vida privada. En este contexto, manifiesta su adhesión a fijar la diferencia entre la vida privada y la vida familiar y, por lo tanto “las quejas relativas a estos dos aspectos del artículo 8 deberían, en principio, analizarse independientemente una de otra”. De allí que se pregunte “¿Por qué no en este caso?”.

A su vez, subraya la incidencia negativa que “en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada” tiene la falta de reconocimiento de una relación jurídica entre el niño y las comitentes, que se aplica a todos los que nacen mediante un acuerdo de gestación subrogada realizado en el extranjero. Asegura que el impacto para los niños es el mismo, independientemente de que uno o ambos de sus futuros padres tengan o no un vínculo biológico con ellos. Las situaciones expuestas le generan otro interrogante “si el limbo legal en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus padres de intención o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad”. En especial, cuando -acorde lo demuestran los hechos del caso de las dos ciudadanas islandesas- la adopción ya no era una solución posible<sup>26</sup>, debido a los problemas prácticos que podrían surgir por el hecho de que sólo a uno de los dos primeros solicitantes se le puede permitir adoptar al niño. Es por ello, que el Juez Lemmens anticipa que el tema sobre el derecho del niño al respeto de su vida privada<sup>27</sup>, tendrá que ser

---

(26) Conforme a la legislación islandesa, las solicitantes no podían adoptar conjuntamente al menor, ya que se divorciaron en mayo de 2015.

(27) El tercero interviniente, *Ordo Iuris*, también argumentó que el derecho al respeto de la vida privada no obligaba a los Estados miembros a reconocer los certificados de nacimiento extranjeros que no revelaran información sobre la madre biológica de un niño, particularmente porque esto podría socavar la oportunidad del niño de obtener información sobre su identidad biológica.

objeto de desarrollo futuro por parte del TEDH, dada la evolución creciente de la gestación subrogada (apartados 1-6).

A diferencia de Paradiso y Campanelli este caso atañe a dos mujeres y la sentencia reconoce de forma categórica que, a pesar de la falta de un vínculo biológico entre ellas y el menor había existido “vida familiar” en su relación. De estas consideraciones se deduce que el Tribunal “insinúa la prevalencia de la filiación social frente a la biológica”<sup>28</sup>.

### 3. Caso *AM vs. Noruega*

La falta de reconocimiento legal de la maternidad de la comitente, nacional noruega, sin vínculos biológicos con un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en EE.UU., causa la demanda contra el Reino de Noruega en virtud del artículo 34 del CEDH. La cuestión se dificulta por la presencia, al menos, de los sistemas jurídicos de dos países, que podría dar lugar a arduas cuestiones jurídicas y prácticas, ya que la donación de óvulos y el uso de una madre sustituta eran ilegales en Noruega. La complejidad se intensifica por la diferencia de intereses entre el padre biológico (EB) y la madre de intención antes de que ella hubiera establecido la relación jurídica con el niño. La aceptación de esa relación puede adquirir la forma de inscripción en el Registro de Población de Noruega o en la admisión de otros medios, como la adopción del niño por la comitente. La sentencia de 24 de marzo de 2022 (Solicitud nº 30254/18)<sup>29</sup> contiene el voto concurrente del Juez O’Leary, la opinión disidente de la Magistrado Ivana Jelić y los comentarios del Centro AIRE (Asesoramiento para los Derechos Individuales en Europa), al que se le había concedido autorización para intervenir como tercero en el procedimiento, mediante la presentación de observaciones por escrito o a participar en la vista, de acuerdo con el artículo 36.2 del CEDH.

**a) Exposición de los hechos:** Una madre sustituta en los EE.UU. quedó embarazada mediante fecundación *in vitro* después de que se utilizara esperma donado por EB para fertilizar un óvulo procedente de una donante anónima. La demandante y su expareja intentaron sin éxito tener un hijo durante su relación de diez años. Cuando el embrión fue implantado en la madre sustituta, el vínculo entre los padres de intención ya había terminado. Después del nacimiento del niño en EE.UU. el 19 de marzo de 2014 (X), ellos no se pusieron de acuerdo sobre cómo resolverían el hecho de que no vivían juntos, ya no eran pareja y además EB había iniciado un nuevo romance con otra mujer (H) con la que más tarde engendraría un hijo de forma natural.

(28) AMEZÚA AMEZÚA, L.C. “La jurisprudencia del TEDH sobre la gestación por subrogación: un arduo camino para su regulación”, *Papeles el Tiempo de los Derechos*, Número 12, Año 2022, p. 7.

(29) Sentencia disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-216348%22%5D%7D>

No hubo entendimiento respecto al lugar donde debería estar el hogar permanente del niño ni tampoco acerca del alcance del convenio de acceso. El nivel de conflicto había sido constante y creciente durante el período comprendido poco después del nacimiento de X y hasta agosto de 2015, lo que había significado su traslado diario entre la casa de EB y de la madre de intención. Las intrincadas conexiones entre las personas que desencadenaron la sentencia son las siguientes:

- i) un padre biológico (EB): Su nombre figuraba en el certificado de nacimiento de los EE.UU. y fue reconocido como su padre según la ley de Texas. También fue inscripto en el Registro noruego, pues su paternidad había sido acreditada tras una prueba de ADN (art. 7, Ley de la Infancia de 8 de abril de 1981) y disfrutaba de la responsabilidad parental exclusiva sobre el menor con arreglo a la legislación noruega;
- ii) una madre genética (la donante anónima del óvulo);
- iii) una madre sustituta gestacional estadounidense (KJ), anotada como madre del niño en el Registro de Población. La sección 2 de la Ley de la Infancia disponía que la mujer que había dado a luz a un niño debía ser considerada como madre;
- iv) una primera madre “social”, la querellante, que fue figuraba como la madre del niño en el certificado de nacimiento, según consta en el fallo del Tribunal de Distrito del Condado de Bexar, Texas de 10 de enero de 2014;
- v) un padre “legal” (JJ), el hombre con el que estaba casada la madre sustituta gestacional (KJ). En el momento del nacimiento del niño debía ser considerado como su padre (art.3 de la Ley de la Infancia). Sin embargo, el artículo 7 de la misma ley contiene disposiciones sobre la posibilidad de impugnar la paternidad del niño si otro hombre la declara. La confirmación de la paternidad de EB fue aprobada por KJ y JJ y, tras un análisis de ADN, las autoridades noruegas aceptaron a EB como el padre de X con responsabilidad parental exclusiva;
- vi) una segunda madre “social” (H), la nueva pareja de EB y madre biológica de su segundo hijo, nacido en agosto de 2015. Presuntamente, también había cuidado a X cuando se alojaba con su padre biológico, con la posibilidad que asumiera el papel de su cuidador materno cuando se cortó el contacto entre X y la solicitante ese mismo mes<sup>30</sup>.

**b) Los procedimientos administrativos relativos al reconocimiento de la maternidad o de la adopción:** La demanda incluye el reconocimiento legal de la maternidad o alternativamente la adopción; y el derecho de contacto con él. Los procedimientos administrativos sobre estos temas se inician el 26 de agosto de 2015, cuando se interpone la correspondiente solicitud ante la Oficina de Asuntos de la

---

(30) Cfr. voto concurrente del Juez O’Leary apartados 3-6.

Infancia, la Juventud y la Familia. La solicitud fue desestimada. La demandante interpone un recurso ante la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia que resolvió, el 27 de noviembre de 2015, confirmar la decisión de agosto. Expuso, entre otras cosas, que la sección 7 de la Ley de Adopción de 28 de febrero de 1986 (en vigor en el momento pertinente) exigía como condición para la adopción, el consentimiento de las personas con responsabilidad parental respecto del niño y, en la presente situación, EB no había dado su consentimiento. En respuesta a los alegatos de la interesada - que las disposiciones del derecho interno eran contrarias al CEDH y a la CDN- la Dirección sostuvo que no había encontrado que el requisito del consentimiento de los padres para la adopción contraviniera los derechos humanos fundamentales o que el dictamen implicara una discriminación injusta contra el demandante (apartados 25-27).

**c) Solicitud de medida cautelar contra EB:** Durante el período que se extiende desde el 26 de agosto de 2015 hasta el 7 de marzo de 2016, la solicitud que la demandante interpuso ante el Tribunal de Distrito de Asker y Bærum para obtener una decisión provisional que le concediera derechos de contacto con respecto a X, fue objeto de sucesivas apelaciones y desestimaciones por el Tribunal Superior de Borgarting y el Tribunal Supremo.

#### *d) Los procedimientos internos*

**a) El proceso ante el Juzgado Municipal de Oslo.** La demandante requirió al Juzgado Municipal, una sentencia que obligara a EB y al gobierno noruego a identificarla como madre de X. En la medida en que la demanda iba dirigida al Gobierno, también argumentó que la decisión adoptada por la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia de 2015 no era válida. Atento a que la solicitud se dirigía a EB, argumentó, con carácter subsidiario, que tenía derecho a ponerse en contacto con X.

El Juzgado Municipal expresó desde el principio, que la parte que no tenía ninguna conexión genética o biológica con el niño, tal como ocurría con la peticionante, a menudo se denominaba padre intencional o social. Afirmó, además, que la gestación subrogada era ilegal en Noruega, sin que ello entrañara negar al niño y al padre social la posibilidad de lograr un marco legal seguro para su relación. Continuó el razonamiento exteriorizando que “en algunos casos podían surgir cuestiones jurídicas y prácticas complicadas, por ejemplo en relación con el establecimiento y la transferencia de la filiación, la responsabilidad parental, la ciudadanía, la expedición de pasaportes y la inmigración”.

El tema principal planteado ante el Juzgado era si la demandante tenía derecho legal a ser reconocida por el Estado noruego y por EB como la madre legal de X, del mismo modo que si hubiera sido su madre biológica. El resultado de esta evaluación sería de gran importancia para X. A tal fin, el juzgado encuadró todos los aspectos de la tramitación del caso en la CDN y en el CEDH, ponderando el interés superior

del niño en la estimación concreta de la situación. Hizo también referencia a la responsabilidad especial que tenía para dilucidar lo presentado y que sólo estaba vinculado por las actuaciones procesales de las partes en la medida en que fueran compatibles con consideraciones públicas (apartados 30-35). La argumentación siguió este esquema:

i) *Si la demandante tenía derecho a ser reconocida como madre de X*: Para resolver este interrogante, se examinó el lugar que ocupaban EB y la madre sustituta en la vida del niño. Acorde a la Ley de la Infancia de 1981 y de la Ley de adopción de 1986, el Juzgado dictaminó que EB era el padre biológico y legal de X y tenía la responsabilidad parental exclusiva sobre él; y que según la Ley de la infancia “La mujer que ha dado a luz al niño será considerada madre del niño...” (sección 2-Maternidad), es decir, la madre sustituta estadounidense. Por ende, la solicitante no tenía ningún vínculo genético o biológico con X y, en principio, ninguna relación jurídica con él. Asimismo, la referida ley “no autorizaba legalmente a una madre social en una relación de gestación subrogada a transferir la maternidad legal de la madre biológica a ella misma. El deseo del solicitante de convertirse en padre de X sólo podía lograrse, en principio y según la legislación vigente, mediante la adopción, que era probablemente el procedimiento más común en los casos en que el padre biológico y el padre social vivían juntos y deseaban criar al niño juntos. Cuando no existía tal acuerdo, no se podía conceder permiso para la adopción”. Dado que EB no dio su consentimiento para la adopción, la demandante no podía adoptar a X y, en opinión del Juzgado, la disposición general sobre el consentimiento, establecida en la sección 7 de la Ley de Adopción redundaba en beneficio del interés superior del niño (apartados 36-40).

ii) *Evaluación sobre la cuestión de la discriminación*: La demandante asegura que el requisito del consentimiento de los padres para la adopción constituía una discriminación injusta contra ella. Para el Juzgado este argumento claramente tampoco podía prosperar porque, como pudo constatar, la solicitud había sido tratada del mismo modo que otras solicitudes de adopción. Luego profundiza en la importancia que tiene priorizar el interés superior del niño cuando se toman decisiones que a ellos conciernen. Por eso opina que la Ley de la Infancia, la Ley de adopción y la Ley de litigios de 17 de junio de 2005 aplicables al caso, “no eran en sí mismas incompatibles con disposiciones de rango superior relativas al interés superior del niño” (*vs gr.* párrafo segundo del artículo 104 de la Constitución noruega del 17 de mayo de 1814, revisada en mayo de 2014)<sup>31</sup>.

---

(31) CN, Art. 104: “Los niños tienen derecho a que se respete su dignidad humana. Tienen derecho a ser escuchados en las cuestiones que les conciernen y se dará la debida importancia a sus opiniones de acuerdo con su edad y desarrollo.

Para las acciones y decisiones que afecten a los niños, el interés superior del niño será una consideración fundamental. Los niños tienen derecho a la protección de su integridad personal. Las autoridades del Estado crearán condiciones que faciliten el desarrollo del niño, incluida la garantía de

Resulta muy interesante la explicación más minuciosa que realiza el Juzgado respecto al principio consagrado en la CDN, al afirmar que “el interés superior del niño no era una entidad objetiva y, a menudo, no era inequívoca”. Así, en casos que afectan el vínculo entre padres e hijos sobre condiciones de vivienda y acceso, el resultado era a menudo el producto de una evaluación específica, en la que no se puede descartar que el interés superior del niño sea un argumento decisivo. A tal efecto, cita como ejemplo los asuntos del TEDH *Menesson contra Francia* (n.º 65192/11, 2014) y *Labassee contra Francia* (n.º 65941/11, 26 de junio de 2014), relativos a un menor que tiene un nexo duradero con su progenitor social, constituyendo este lazo un factor decisivo en el derecho del niño a una vida familiar y la observancia de su interés superior. Aunque el Juzgado, seguidamente aclara, que dichas sentencias no eran pertinentes para fundamentar la causa que tenía ante sí porque las circunstancias diferían en puntos importantes.

En cuanto al menor, se acentúa lo penoso que para él sería descubrir que la demandante era su madre intencionada, a pesar que mirada de forma aislada, tenía todo lo necesario para ofrecerle una relación buena y segura. No obstante, el Juzgado aprecia que esos motivos no eran suficientes para correr el riesgo de volver a una situación caracterizada por la persistente y progresiva divergencia entre EB y su ex pareja. Había buenas razones para suponer que tal resultado llevaría a un mayor riesgo de confusión de roles y un conflicto de lealtad (síndrome de alienación parental) para X a medida que creciera (apartados 48-56).

*iii) La reclamación del solicitante de derechos de visita:* La falta de reconocimiento de la demandante como madre de X -petición principal- motivó que ella presentara una reclamación por separado para que los tribunales declararan que tenía derecho de visita.

El Juzgado advirtió sobre la inexistencia de disposiciones en la legislación interna -Ley de la Infancia, Ley de adopción y Ley de Conflictos- que dieran una base jurídica para conceder derechos de visita a una persona en la situación de la solicitante. De ello se deriva que una decisión en ese sentido interferiría con los derechos que pertenecen al niño así como a su progenitor (apartado 57).

**b) El procedimiento ante el Tribunal Superior.** La demandante apeló lo resuelto por el Juzgado. En sentencia de 12 de octubre de 2017, el Tribunal Superior de Borgarting desestimó el recurso, desgranando sus comentarios sobre los mismos puntos decididos:

*i) Si la demandante tenía derecho a ser reconocida como madre de X:* Desde el principio el Tribunal Superior precisó el objeto del juicio. A tal efecto, señaló que para la Ley de Biotecnología de 15 de diciembre de 2003, primer párrafo del artículo 2-15, la donación de óvulos y el uso de una madre sustituta eran ilegales en Noruega y

---

que reciba la seguridad económica, social y sanitaria necesaria, preferiblemente dentro de su propia familia”.

que esa prohibición está aclarada y complementada por la Ley de la Infancia que dice: "(...) El acuerdo para dar a luz un hijo a otra mujer no es vinculante". De ello deriva que el tribunal alegue que para la ley noruega, la maternidad sólo podía establecerse si la solicitante daba a luz al niño o si estaba habilitada para adoptar. Por ello ratifica que ninguna de las opciones era posible, pues la Ley de Adopción requería el consentimiento del progenitor que tenía la responsabilidad parental sobre el niño. La solicitante sustenta su pedido en el fallo de 2014 del Tribunal de Distrito del Condado de Bexar, Texas, que pasó a ser definitivo y ejecutable. El documento admitió el acuerdo de subrogación como legal y se la declaró como la madre legal de X acorde a la ley de Texas.

Conforme al criterio del Tribunal Superior el argumento no podía prosperar, ya que no se cumplían las condiciones de la Ley de litigios para que una sentencia de un tribunal extranjero fuera legalmente ejecutable en Noruega. En particular, según la sección 11-4<sup>32</sup> "había limitaciones en cuanto a qué acuerdos procesales podían celebrarse válidamente en casos relacionados con la condición jurídica de los niños y en el presente caso, aunque se había establecido en el acuerdo de gestación subrogada que las partes presentaron a la jurisdicción de los tribunales del Estado de Texas, en cualquier caso se había impedido a EB celebrar un acuerdo válido que limitara la jurisdicción de los tribunales noruegos" (apartado 70).

Basándose en el artículo 8 de la CDN<sup>33</sup>, la demandante sostuvo que constituía una parte fundamental de la identidad de un niño saber quién era la madre de intención en supuestos de gestación subrogada, y que se trataba de una cuestión relativa al interés superior del niño a nivel general. En respuesta "el Tribunal Superior señaló que, en los casos de gestación subrogada, el niño tenía dos padres biológicos desde su nacimiento, a saber, la madre sustituta y el padre legal. Se conocen los padres biológicos del niño y, por tanto, se salvaguarda el derecho del niño a conocer su origen biológico y su identidad. Como ya había explicado el Tribunal Superior en su sentencia, el legislador había considerado y decidido explícitamente contra la filiación del padre intencionado en los casos de gestación subrogada. En opinión del Tribunal Superior, esto no contravenía el interés superior del niño<sup>34</sup>". Su consi-

---

(32) Sección 11-4. Excepciones cuando el derecho de disposición de las partes sea limitado. "En los casos relacionados con cuestiones de estatus personal y capacidad jurídica, el estatus legal de los niños de conformidad con la Ley de la Infancia, las decisiones administrativas sobre medidas coercitivas de conformidad con el Capítulo 36 y otros casos en los que consideraciones públicas limiten los derechos de las partes a disponer en la acción, el tribunal sólo está obligado por los actos procesales de las partes en la medida en que sean compatibles con consideraciones públicas. Sin embargo, el tribunal sólo podrá pronunciarse sobre las pretensiones que se hagan en el caso".

(33) CDN: art. 8. 1. "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas...".

(34) En virtud del artículo 53 del CEDH referido a la protección de los derechos reconocidos, el Centro AIRE, enfoca su intervención en al artículo 3.1 de la CDN en cuanto subraya la necesidad de atender el interés superior del niño cuando haya que tomar una decisión judicial o administrativa

deración fundamental estaba adecuadamente salvaguardada por las disposiciones pertinentes de la legislación noruega (Ley sobre la infancia, art. 48; Ley de adopción, sección 2)<sup>35</sup>. A su vez, denegó que se hubiera violado el derecho al respeto de la vida privada y familiar, al que había hecho referencia la demandante, cuyo contenido puede verse en los artículos 8 del CEDH y 102 de la Constitución de Noruega<sup>36</sup>. En sintonía con las sentencias “Paradiso y Campanelli c. Italia” y “Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia”, recalca que el derecho a respetar la vida familiar presupone la existencia de una familia, no salvaguarda el mero deseo de fundar una. De allí que puntualice que “el Convenio no daba a los padres de intención una base independiente para establecer la filiación o la vida familiar”. La existencia o no existencia de vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho.

Seguidamente, sostuvo la validez de lo resuelto por la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia de 2015 que rechazó tanto el pedido de adopción como la transferencia de la maternidad a la solicitante, por haberse fundado en una correcta aplicación de la ley. El progenitor biológico tenía la responsabilidad parental y no había dado su consentimiento a la adopción, por consiguiente, ni el Estado ni EB estaban obligados a reconocer a la demandante como la madre de X (apartados 71-84).

ii) *Evaluación del Tribunal Superior sobre la cuestión de la discriminación*: La queja de la querellante que calificaba de discriminación injusta lo fallado por el Juzgado Municipal, tampoco pudo prosperar en sede del Tribunal Superior. El estudio de la mentada decisión demostró que la administración pública se había apoyado en la ley vigente (apartado 85).

iii) *La reclamación de derechos de visita*: Los comitentes tenían pareceres muy distintos sobre las modalidades de contacto con el niño. La mujer había presentado una petición alternativa de que ella -independientemente de si era reconocida como madre- tenía derecho a tener contacto con el niño como consecuencia de su maternidad estadounidense y la relación que mantenían. La petición la basa en los

---

en una determinada situación, como es el reconocimiento de la filiación legal en casos de gestación subrogada. Afianza lo manifestado en la explicación del Comité de los Derechos del Niño en la Observación General no. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, que ha señalado que ese interés superior es un derecho, un principio y una norma de procedimiento. Con respecto a la presunta analogía existente entre el reconocimiento de la filiación legal de los padres de intención en los supuestos de gestación subrogada y la adopción, el tercero interviniente ratifica que el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción prevista en el artículo 21 de la CDN (Cfr. Comité de los Derechos del Niño, Observación General no. 14, Ginebra, año 2013, pp.10- 12).

(35) El texto remite a la doctrina que aconseja la interpretación armónica del art. 2 de la Ley de adopción con el art. 21 CDN.

(36) Artículo 102: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad y vida familiar, de su hogar y de sus comunicaciones. No se efectuarán registros en domicilios particulares salvo en casos penales. Las autoridades del Estado garantizarán la protección de la integridad personal*”.

artículos 3 y 8 de la CDN, el artículo 8 del CEDH, los artículos 102 y 104 de la Constitución Noruega y el principio consagrado en el artículo 45 de la Ley de la Infancia<sup>37</sup>.

De forma compatible con el Gobierno, el Tribunal Superior precisó que la solicitud de contacto de la demandante contradecía el principio del artículo 45 de la Ley de la Infancia. La disposición se refiere a los derechos de visita de personas distintas de los padres del niño. Refuerza su alegato en la doctrina, cuando precisa que la Ley de la Infancia se resiste a abrirse a esos derechos; que esto sólo era posible en dos situaciones: en las que uno de los padres había fallecido o se le había negado el derecho de acceso al niño. En tales situaciones, a los abuelos se les podrían conceder derechos de visita. Explica, además, que el legislador había examinado en varias ocasiones si debía ampliarse el grupo de personas a las que se podía conceder el derecho de contacto, pero no había hallado motivos para hacerlo. Por lo tanto, no encontró fundamento para dar una respuesta favorable a la solicitud de contacto de la demandante (apartados 86-90).

**c) El procedimiento ante el TEDH.** El 21 de diciembre de 2017, el Tribunal Supremo en una decisión sumaria, denegó a la posibilidad de apelar contra la sentencia del Tribunal Superior de Borgarting. En el recurso se pedía el reconocimiento por parte del Estado y de EB de la condición de madre de X y la declaración de invalidez de la decisión de la Dirección de Asuntos de la Infancia, la Juventud y la Familia de 2015. La cuestión del derecho de la solicitante a contactar con X no fue planteada por lo que fue resuelta finalmente con la sentencia del Tribunal Superior (apartado 91-92). La sentencia desarrolló los temas objeto de la queja de la solicitante en los ámbitos administrativos y judiciales anteriores, dando su respuesta a cada uno de ellos.

### **1. Presunta violación del artículo 8 del CEDH**

La actora reclama ser aceptada como madre del niño, por cuanto la mujer que lo había dado a luz y EB así lo habían afirmado en varios documentos. El gobierno aduce que no había interferido directamente en ninguna relación entre la solicitante y el niño sino que fue la voluntad del padre biológico y legal interrumpir cualquier interacción entre ellos. Asimismo, asegura que el interés superior del niño había orientado los dictámenes de las autoridades públicas internas. El menor conservaba sus padres biológicos o legales (la madre sustituta y el padre legal) y se había

---

(37) Ley de la Infancia de 8 de abril de 1981: Artículo 45. Derecho de visita de personas distintas de los padres. *“Cuando uno o ambos padres hayan fallecido, los familiares del niño u otras personas cercanas al niño podrán solicitar al tribunal que determine si tendrán derecho de visita al niño y el alcance de dicho acceso. En los casos relacionados con el derecho de visita entre los padres, un progenitor a quien se le ha denegado el acceso puede solicitar que el órgano decisorio (tribunal) determine si sus padres tendrán acceso al niño y el alcance de dicho acceso. El acceso de los abuelos sólo podrá determinarse a condición de que a la persona a la que se le niega el acceso no se le permita estar con el niño. Las disposiciones del capítulo 7 se aplican también a estos casos. No es necesario que las partes hayan asistido a la mediación antes de interponer la acción”.*

salvaguardado el derecho del niño a conocer su origen biológico y su identidad. Junto a ello, puntualiza que “importantes intereses públicos también pesaban en contra de la solicitud de adopción del solicitante, ya que la maternidad subrogada seguía siendo ilegal según la legislación nacional”. Ello originó la denuncia sobre la violación del derecho al respeto de la vida privada y familiar del artículo 8 del CEDH (apartado 101).

**a) Admisibilidad-No agotamiento.** El reclamo sobre el derecho a contactar con el niño, fue sólo objeto de tratamiento en los Tribunales Municipal y Superior noruegos. Como el pedido no formó parte del recurso de apelación ante el TEDH, se lo declaró inadmisibile por no agotamiento de los recursos internos (apartados 102-105).

**b) Aplicabilidad del material.** Presentaciones de las partes: El Gobierno analizó por separado el contenido del artículo 8 del CEDH. En la medida en que no existían vínculos biológicos con la solicitante; que ella, el niño y el progenitor nunca habían cohabitado; que ninguno de los dos tenía intención de vivir en un mismo lugar ni criar juntos al menor; son hechos que influyeron para que el Gobierno declarara que no había habido vida familiar *de facto* entre la demandante y el menor, ni tampoco se había puesto en juego ninguna vida privada. En cambio, para la demandante resultaba aplicable el artículo 8 del CEDH.

**c) Valoración y conclusión sobre la admisibilidad.** La cuestión principal es que las autoridades omiten reconocer a la mujer como madre del niño. El TEDH expresó que calificar la situación como atinente a la vida “privada” y no a la “familiar”, no significa desatender los vínculos reales que se crearon entre la solicitante y el niño durante las semanas en EE.UU. después de su nacimiento (26 de marzo de 2014), y en el tiempo posterior a su regreso a Noruega. De estas circunstancias, deduce que resulta evidente que ella actuó como madre del niño aproximadamente ocho meses, mientras EB lo visitaba diariamente. También presume que existe un estrecho vínculo afectivo forjado entre ambos durante el tiempo que vivieron juntos hasta que EB interrumpió su contacto, momento en el que menor tenía 17 meses. En este contexto, el “Tribunal concluye que el artículo 8 del CEDH es aplicable *ratione materiae* sobre la base de que los asuntos denunciados estaban relacionados con la ‘vida privada’ del demandante. No es necesario examinar si también podría intervenir el componente de la ‘vida familiar’” (apartados 106-111).

El TEDH observa que la denuncia sobre el artículo 8 del CEDH, obedece al rechazo del pedido de contacto con el menor que las autoridades nacionales habían justificado en la falta de agotamiento de los recursos internos (artículo 35, CEDH)<sup>38</sup>, sin olvidar que dicho pedido no formó parte del recurso de apelación. En cambio, se declara admisible la protesta porque la demandante no había sido valorada como

---

(38) CEDH, artículo 35 “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internos (...)”.

madre de X. En suma, los hechos caen dentro del alcance material del artículo 8 del CEDH al estar en juego la vida privada de ella. “Además, el Tribunal observa que esta queja no es manifiestamente infundada ni inadmisibile por ningún otro motivo enumerado en el artículo 35 del Convenio” (apartado 112).

**d) Méritos. La valoración del TEDH.** En esta sección se trataron tres cuestiones: i) si las circunstancias del caso traen como consecuencia una interferencia con el derecho de la comitente al respeto de su vida privada; ii) si esa injerencia constituye una violación del artículo 8 del CEDH o puede ser considerada conforme a la ley que persigue uno o más objetivos legítimos; y iii) si los procedimientos y las decisiones adoptadas durante su transcurso, eran necesarios en una sociedad democrática.

i) Desde el principio se advierte que hubo una interferencia con el derecho de la solicitante al respeto de su vida privada, debido al no reconocimiento legal de la maternidad del niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, que se relaciona con la prohibición establecida por la legislación noruega.

ii) El TEDH consiente que ello implica una violación del artículo 8 del CEDH, a menos que, atendiendo a su segundo párrafo, “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 del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”, en particular, los derechos del niño en cuestión. Dentro del mismo marco normativo, el TEDH insiste en valorar como “legítimo el deseo de las autoridades nacionales de reafirmar la competencia exclusiva del Estado para reconocer una relación legal entre padres e hijos con miras a proteger a los niños”.

iii) El TEDH subrayó que la solicitud presentada no se relaciona con ningún derecho del niño, por eso sólo tendrá que examinar las quejas planteadas por la demandante en su propio nombre conforme al artículo 8 del CEDH. Por eso, reitera que únicamente deben contemplarse los asuntos relativos al reconocimiento legal de la maternidad que la legislación nacional deniega, salvo en el supuesto del otorgamiento de la adopción, lo que requeriría, entre otras cosas, el consentimiento de la persona que tiene la responsabilidad parental sobre él (Ley de Adopción, art. 7). Desde esa perspectiva, marca la actitud del progenitor biológico, quien no sólo se abstuvo de prestar su conformidad sino que también había impedido cualquier contacto con X, poniendo fin al proyecto parental del cual había sido parte con la demandante en el acuerdo celebrado en 2012. Ello significa que la ruptura de la relación con el niño no provino de una intervención del Estado demandado. Por eso, el Tribunal reafirma su postura al considerar que el uso de la gestación subrogada plantea dudas éticas delicadas sobre las cuales no existe consenso entre los Estados contratantes del CEDH, y cuyo resultado depende del margen de apreciación concedido a las autoridades nacionales. Si bien observa que la madre de intención

se halla en una difícil situación, su solicitud conlleva un examen de los intereses de todas las partes y, hasta cierto punto, también un equilibrio de los intereses en conflicto. Estas reflexiones lo llevan a declarar, por seis votos contra uno, que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH (apartados 126-134).

## 2. Presunta violación del artículo 14 en conjunto con el artículo 8 del CEDH

La madre de intención arguyó que había sido víctima de una discriminación injusta, con arreglo al artículo 14 del CEDH que prohíbe cualquier causa de exclusión. A fin de admitir la queja, el voto de la mayoría ha dicho que el artículo 8 del CEDH es aplicable *ratione materiae* porque los asuntos denunciados estaban relacionados con la vida privada de la querellante. También expresa que el reclamo no es manifiestamente infundado ni inadmisibles por ninguno de los otros motivos enumerados en el artículo 35 del CEDH que determina las condiciones de admisibilidad de una demanda individual. Por estos antecedentes, el TEDH declara admisible la queja en la medida en que se refiere a la falta de reconocimiento de la solicitante como madre de X.

La demandante esgrimió dos argumentos para respaldar su postura. Por un lado, señaló que la Ley temporal de gestación subrogada sobre la transferencia de la paternidad de los niños nacidos en Noruega de una madre sustituta, o las consideraciones en las que se había basado, le habían conferido el derecho legal a tener la maternidad del niño transferido a ella.

En respuesta, el tribunal tomó nota que la mencionada ley, aprobada el 8 de marzo de 2013 con efecto hasta el 31 de diciembre de 2015<sup>39</sup>, había sido derogada cuando el Tribunal Superior de Borgarting dictara la sentencia el 12 de octubre de 2017. De ese modo, se respaldó lo decidido con antelación por las autoridades nacionales, descartando la posibilidad de dar peso alguno a la ley temporal en el presente caso.

Por otro lado, la demandante invoca la sentencia del Tribunal Superior de Gating de 2 de marzo de 2009, que concedió la patria potestad a la persona involucrada en el caso. El TEDH mantuvo lo resuelto en las etapas anteriores; las situaciones no eran comparables pues la primera trataba de una pareja casada, viviendo juntas cuando nació el niño y ambos habían sido partes en un proceso en los Estados Unidos que condujo a tomar una decisión. El dictamen mayoritario termina declarando que el

---

(39) Lo que motivó la adopción temporal de la Ley de gestación subrogada fue, en parte, que algunas parejas que habían tenido un hijo con la ayuda de una madre sustituta en el extranjero habían recibido información incorrecta o incompleta de las autoridades noruegas, y en parte, que algunas parejas no se habían familiarizado adecuadamente con la legislación. Con la ayuda de dicha Ley temporal, los niños nacidos en una situación jurídica poco clara han recibido reconocimiento jurídico y regulación de la relación entre el padre social y el niño (apartado 42).

demandante no fue víctima de discriminación y por ende, que no hubo violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH (apartados 136-147).

**Voto concurrente del Juez O’Leary.** El contenido del voto puede desglosarse en varios interrogantes: i) ¿por qué la demandante no prosperó en su reclamo de tener contacto con el niño después que EB terminara toda la relación entre ellos?; ii) ¿por qué la evolución de la jurisprudencia de la CEDH no benefició a la demandante?; y iii) ¿Cuáles son los problemas legales que la lucha de la querellante plantea?

i) El Presidente del Tribunal, juez O’Leary, se refiere al rechazo por parte de los Tribunales de Distrito, Superior y Supremo de la solicitud de la demandante para obtener el derecho de visita sobre el menor, inmediatamente después que EB terminara todo contacto entre ellos. La decisión se fundó en que no se habían agotado los recursos internos ni tampoco ella había planteado la cuestión ante el Tribunal Supremo. Por ello, el Juez ha dejado claro que resulta fundamental explicar por qué la demandante no prosperó en su reclamo, habida cuenta que el objetivo de una solicitud provisional es preservar la situación actual en la medida de lo posible hasta que se resuelva la cuestión de fondo, pues el paso del tiempo puede acarrear derivaciones irreparables en las relaciones entre el niño y la madre de intención con quien no convive.

ii) Para responder sobre la escasa incidencia de la jurisprudencia en una interpretación favorable a la querellante, el Juez asegura que el Tribunal no conoció el derecho del niño al reconocimiento formal de sus vínculos familiares. A tal efecto, describe la serie de características fácticas y jurídicas que distinguen este planteo de los casos *Menesson c. Francia* (2014), *Labassee c. Francia* (2014), *Paradiso y Campanelli c. Italia* (2017), entre otros. Desde esa perspectiva, el Juez reflexiona que la demandante carecía de base legal para representar los intereses del niño ante los tribunales nacionales y, en consecuencia, ante el TEDH, dado que su padre biológico disfrutaba de la responsabilidad parental exclusiva según la ley noruega. Asimismo, estima que desde el principio la actividad judicial ha buscado “poner en primer plano los intereses jurídicos y sociales de los niños afectados y de la jurisprudencia existente se desprende claramente que el ‘instrumento vivo’ responde mejor y más progresivamente a los casos en el que están en juego los derechos de los niños y no simplemente los derechos de los padres legalmente no reconocidos, ya sean padres intencionales, no biológicos o incluso madres genéticas”. Continúa sosteniendo que la negativa a reconocer a la madre de intención tiene claramente efectos para los derechos, los intereses y la realidad social del niño, pues resulta indudable que existe un consenso internacional que privilegia los derechos de los niños en todas las decisiones que los afecten.

El otro argumento distingue entre los hechos conflictivos de esta sentencia y las circunstancias de las otras resoluciones del TEDH. En estas últimas, las unidades familiares o parentales complicadas seguían siendo unidades estables, de modo que el padre intencional tenía posibilidades de reconocimiento legal con arreglo a la

legislación nacional, en particular, a través de los procedimientos de adopción. En la presente situación, la solicitante hizo valer su derecho a adoptar a X a pesar de la falta de consentimiento del otro padre biológico. Por ende, el Tribunal no podía avalar la tramitación de un procedimiento unilateral de adopción o no consensuado conforme al artículo 8 del CEDH, porque violaría *de facto y de jure* la protección de los derechos de los niños.

Al finalizar el tema del reconocimiento legal de la maternidad y adopción no consentida por parte del comitente, el Juez O' Leary, precisa que la función del TEDH consiste en controlar en el marco del Convenio las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales en el ejercicio de su facultad de apreciación. Excluye así la posibilidad de que su tarea sea sustituirlas en el ejercicio de sus responsabilidades en la regulación del cuidado de los niños y los derechos de los padres, ya sea biológico o intencionado. A los efectos de la última revisión, comenta el Juez, la Sala reproduce en detalle las decisiones internas, lo cual le permite afirmar que se habían observado las normas convencionales, dado los hechos particulares y la evaluación jurídica de los tribunales internos (apartados 11-18).

iii) La lucha legal de la demandante motiva la reflexión del Juez en el sentido de detectar una laguna en el derecho noruego para la protección jurídica de la relación *de facto* entre la madre de intención y el niño en circunstancias en las que el progenitor biológico había decidido poner fin a esa conexión, a pesar de haber iniciado previamente con ella un proyecto común de paternidad. Por otro lado, considera que puede merecer mayor atención la posible ausencia de una base legal en el Estado demandado para reivindicar los derechos de visita que, en situaciones de gestación subrogada como la presente, había sido declarado inadmisibles por el no agotamiento de los recursos internos.

El voto concurrente destaca también que todavía el Tribunal no ha abordado adecuadamente las dificultades jurídicas que plantean los acuerdos de gestación subrogada desde la mira del artículo 8, combinado con el artículo 14. La cantidad de personas comprometidas en el proyecto de paternidad y la defensa de sus respectivos derechos, forman una maraña de intereses sumado los de carácter general protegidos por la prohibición de la subrogación, cuya complejidad jurídica la describe con claridad el Juez O' Leary. A tal efecto, expresa: "Al celebrar un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero cuya práctica no es legal en su propio Estado, el padre de intención se embarca en un viaje jurídicamente precario. Los Estados no necesariamente pueden ser considerados responsables de lo que pueda ocurrir posteriormente y con demasiada frecuencia los casos ante la Corte revelan el riesgo de que los niños se conviertan en víctimas de proyectos parentales bien intencionados pero desesperados y en ocasiones conflictivos. Sin embargo, es difícil no concluir, de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia, que el viaje es especialmente precario para los padres no biológicos e incluso para las madres genéticas (no gestacionales), respecto de las cuales la ley tampoco ha seguido el ritmo de la realidad social o de la ciencia" (apartados 19-23).

## Opinión disidente de la Jueza Ivana Jelic

a) Deficiencias legales: El desacuerdo señala las deficiencias que adolece la sentencia sobre la legislación noruega. Al Estado demandado se le dio un amplio margen de apreciación, cuando la magistrada entiende que lo apropiado sería reducir a las autoridades nacionales este margen en los supuestos en que el interés superior del niño esté comprendido en la evaluación. En tal sentido, advierte que hay otros criterios que juegan un papel esencial como el propósito conjunto de los (futuros) padres de tener y criar juntos al niño; la incapacidad de la mujer de procrear por medios naturales; la intención de iniciar un embarazo en múltiples ocasiones; la extensa relación entre ellos antes de su separación. En lugar de tener en cuenta estos aspectos, prosigue afirmando Ivana Jelic, las autoridades noruegas aplicaron una ley rígida que designaba automáticamente a la madre biológica como madre legal del niño. En su opinión, lo apropiado sería exigir al Estado demandado que logre un equilibrio entre los intereses en competencia. Al tiempo que se exige de calificar la prohibición noruega de la maternidad subrogada como apropiada o no, pone el acento en que su objetivo es proteger a las mujeres de la explotación y erradicar la trata de niños. Las autoridades deberían haber notado la ausencia de cualquier indicio de uso indebido de la gestación subrogada que implique explotación en el presente caso. Por tanto, asegura que resulta cuestionable si la prohibición general de la maternidad subrogada prevista en la legislación noruega puede servir como motivo legítimo para denegar a la demandante el reconocimiento como madre legal del niño (apartados 25-29).

b) Categorización de la reclamación del solicitante en el aspecto de la vida familiar: La diferencia aparece porque se circunscribe el ámbito del artículo 8 del CEDH al aspecto de la vida privada de la demandante. Por el contrario, se propone complementar la evaluación desde la faz de la vida familiar, dado el interés de la solicitante en desarrollar relaciones familiares con el niño. Justifica su tesis en el razonamiento del Tribunal para quien resulta evidente que la demandante actuó como madre del niño durante 17 meses, con la intención de continuar haciéndolo en el futuro<sup>40</sup> y que debieron forjar estrechos vínculos afectivos en el tiempo que vivieron juntos.

c) La falta de consideración por parte del Tribunal de aspectos fácticos: La magistrada desarrolla su argumento en tres pasos:

*i) el excesivo formalismo de la legislación noruega:* La solicitante contaba con un registro civil de nacimiento de las autoridades estadounidenses<sup>41</sup>, no obstante las autoridades negaron la posibilidad de inscribir al niño como su hijo. Por ello,

---

(40) El tiempo se computa desde las semanas pasadas en EEUU después del nacimiento del niño el 19 de marzo de 2014, sumando la etapa posterior cuando regresaron a Noruega, hasta que EB cortó el contacto entre la solicitante y X el 14 de agosto de 2015.

(41) Fallo del Tribunal de Distrito del Condado de Bexar, Texas de 10 de enero de 2014.

juzga demasiado simplista limitar la legislación noruega a reconocer únicamente a la madre biológica como madre legal de un niño en el momento del nacimiento, como lo hizo el Tribunal Superior de Borgarting que dictaminó que “fue la madre sustituta KJ quien dio a luz a X y, por lo tanto, fue registrada como madre del niño”. Por lo tanto, propone “una ley más indulgente que sea capaz de evaluar la situación individual de las madres y que determine el estatus legal de una madre caso por caso”, de ese modo, estaría más en armonía con la evolución actual de los derechos reproductivos.

*ii) el interés superior del niño:* La Jueza marca distancia con el hecho de invocar el interés del niño para justificar el rechazo de la petición de la demandante, no sólo para ser reconocida como madre legal sino también para mantener cualquier contacto con él. Por ello indica que la injusticia de la situación “no debería contarse como motivo para determinar que no se ha violado el artículo 8 del CEDH”.

*iii) Criar al niño juntos:* La disidencia distingue las dos vertientes que plantea el tema de “criar un niño juntos”. Los tribunales adoptaron una definición demasiado simplista y anticuada del concepto y no repararon en el acuerdo entre la madre de intención y EB sobre el reparto de la responsabilidad parental sobre el niño. La tesis se justifica en la falta de pruebas que lleven a asegurar que el concepto de criar a un niño juntos importe la existencia de un hogar familiar compartido. Además, dejando de lado que la ley de Subrogación Temporal tenía efecto hasta el 31 de diciembre de 2015, se infirió que el tribunal asumió erróneamente que la ley no era aplicable a la demandante dado que el plan con EB era vivir separados (apartados 39-42).

*d) Conducta discriminatoria:* Se recalca que el trato dispensado a la demandante durante el proceso presenta varias aristas de injusticia y discriminación. La primera objeción, acentúa el desequilibrio de poder entre el progenitor biológico y la solicitante, debido a la falta de reconocimiento legal de su maternidad y por la prohibición de visitar o permanecer en contacto con el niño. El dictamen también puntualiza que EB tiene la autoridad adicional de designar a su pareja actual como madre adoptiva de X. La amplitud de poderes otorgados a una persona, según criterio de la jueza, “no sólo es discriminatorio contra el progenitor que era biológicamente incapaz de procrear, sino que también actúa en contra del propósito previsto de la gestación subrogada y del interés del niño”.

La otra desaprobación, se relaciona con la negativa de las autoridades nacionales, sostenida por la mayoría del Tribunal Supremo, de tomar como referencia una sentencia anterior de un tribunal noruego<sup>42</sup> porque difería de la presente situación en puntos importantes, en particular, porque la demandante y EB no estaban casados ni vivían juntos cuando nació el niño. De ello se deriva el comentario que la existencia de matrimonio entre ellos no es indicativa de su capacidad para criar

---

(42) Sentencia del Tribunal Superior de Gating dictada el 2 de marzo de 2009.

al niño juntos, por lo que aquel caso no podía proporcionar orientación para la situación de la demandante.

La magistrada Ivana Jelic, cierra sus comentarios ponderando la importante evolución jurisprudencial del Tribunal de Estrasburgo al reconocer derechos parentales a la comunidad LGBTQ, aunque también sostiene que la decisión adoptada en el presente caso no concede ninguna protección a la madre de intención privada del derecho a tener una relación con su hijo. Por eso, considera pertinente que el TEDH adapte su razonamiento a lo sostenido en un gran número de sentencias, en las que se ha indicado que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe considerar los cambios conforme pasa el tiempo y debe reflejar las ‘condiciones actuales’”<sup>43</sup>.

### III. Consideraciones finales

La falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación paterno-filial del niño concebido mediante acuerdos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, atenta no sólo contra el derecho al respeto a la vida familiar y privada de los adultos sino también afecta a los propios niños cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente dañado.

Hasta que dicha relación sea reconocida por la legislación nacional, se coloca al niño en una situación de inseguridad jurídica respecto a la identidad en la sociedad. Los artículos 7, 8 y 9 de la CDN protegen sus derechos a ser inscripto al nacer, a preservar su identidad y a restablecerla si ha sido privado ilegalmente de algunos o todos sus elementos. La ausencia de sistemas que permitan preservar la información sobre los datos del niño en las organizaciones que facilitan la práctica, el restablecimiento de su identidad puede ser imposible, sobre todo en circunstancias en las que se prevé el anonimato de las mujeres gestantes y de los donantes. El Comité de los Derechos del Niño recomienda que el Estado parte de la CDN “vele por que los niños nacidos mediante gestación subrogada internacional tengan acceso a información sobre sus orígenes”<sup>44</sup>. Durante esa etapa de desconocimiento de la relación jurídica puede ocurrir que a esos niños se les niegue, asimismo, el acceso a la nacionalidad. Esto contraviene las obligaciones que la CDN (artículos 7 y 8) impone a los Estados de prevenir la apatridia como parte del derecho a la identidad del menor.

---

(43) En la sentencia *Tyrer vs. Reino Unido*, 1978, sobre si la práctica de castigo corporal en las escuelas estaba de acuerdo con el CEDH, el TEDH utilizó la interpretación evolutiva por primera vez y estableció la doctrina del instrumento vivo, cfr. Exposición del Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Branko A. Lubarda, en *Diálogo entre Cortes regionales de Derechos humanos/ Corte Interamericana de Derechos Humanos (comp.)*, San José de Costa Rica, 2020, p. 87 (consulta febrero 2024).

(44) Comité de los Derechos del niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, CRC/C/ESP/5-6, 5 de marzo de 2018, párr. 19.

La CDN también garantiza al niño el derecho a conocer y ser cuidado por sus progenitores. Desde el preámbulo se anticipa la importancia que tiene la familia para cuidar y proteger al menor y asegurar su bienestar físico y mental. La negativa de un Estado a reconocer la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución, es susceptible de menoscabar el derecho que él tiene de heredar el patrimonio de los progenitores comitentes, salvo que ellos otorguen un testamento a su favor<sup>45</sup>.

Los niños tienen derecho a la integridad personal. Los nacidos por el empleo de estas técnicas, corren mayor riesgo de ser objeto de tratos crueles, inhumanos, degradantes, de tráfico y venta, especialmente cuando los comitentes celebran acuerdos internacionales, debido a la falta de implementación de salvaguardias protectoras por parte de los Estados. Por consiguiente, resulta ineludible establecer procedimientos de vigilancia y evaluación eficaces para que las agencias o personas que actúen como intermediarias estén debidamente reguladas y sujetas a la supervisión nacional<sup>46</sup>. En tal sentido, el Comité de los Derechos del Niño observa que la maternidad subrogada es un tema complejo y plantea muchas cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación del Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. No obstante, el Comité “recomienda al Estado parte, a la luz de los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo, que considere la posibilidad de dictar leyes sobre la venta de niños que pueda producirse en el contexto de la maternidad subrogada y quede fuera del ámbito de aplicación del derecho de familia”<sup>47</sup>.

En consonancia con la observación final, sería recomendable que el Estado parte de la CDN adopte todas las medidas necesarias para asegurar que la legislación contenga disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación internacional y tipifiquen como delito el uso comercial de la maternidad subrogada<sup>48</sup>.

---

(45) LAMM, E. - RUBAJA, N. “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, *Revista Bioética y Derecho* no.37, Barcelona, junio 2016, pp. 149-170. Disponible en [http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1886-58872016000200011&ln g=es&nrm=iso](http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000200011&ln g=es&nrm=iso) (consulta 15/03/2017).

(46) Consideraciones clave: derechos de los niños y las niñas nacidos mediante gestación subrogada. Nota informativa-UNICEF febrero 2022, disponible en: <chrome-extension://efaidnbmn-nibpcajpcglclefindmkaj/https://www.unicef.org/es/media/128991/file/Key-considerations-on-surregacy-ES.pdf> (consulta 14/06/2022).

(47) Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América presentados en virtud del artículo 12, párrafo 1, del 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, CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 12 de julio 2017, párr. 25.

(48) Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, CRC/C/IND/CO/3-4, 7 de julio 2014, párrs. 57-58,

A la vista de los derechos fundamentales en juego, la Conferencia de La Haya consideró que ahora existe una exigencia apremiante en materia de derechos humanos de todas las partes comprometidas en un acuerdo de gestación subrogada, en particular, los derechos del niño y las mujeres gestantes. Dada la naturaleza de las necesidades reseñadas, se plantea la posibilidad de emprender una acción legislativa mundial ante “la necesidad de eliminar la filiación legal claudicante o incierta y la apatridia”, o bien elaborar en una primera etapa, “medidas jurídicas no vinculantes (*soft law*), como principios o directrices no vinculantes”<sup>49</sup> respecto de la maternidad subrogada de carácter internacional.

---

(49) La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, tras un extenso proceso de consulta que resultó en un informe comparativo titulado “Pertinencia y viabilidad de proseguir los trabajos en el marco del proyecto de filiación / maternidad subrogada” (Documento Preliminar N° 3 B de abril de 2014), el Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia acordó que se debía continuar el trabajo para explorar la viabilidad de preparar un instrumento multilateral, apartados 37 y 48.