Volume 20 Issue 22
Originally issued as H4



Global Journal of human-social science: H
Interdisciplinary
Volume 20 Issue 4 Version 1.0 Year 2020
Type: Double Blind Peer Reviewed International Research Journal
Publisher: Global Journals
Online ISSN: 2249-460x & Print ISSN: 0975-587X

Un Fallo Del TEDH Que Denota Su Postura Acerca De La Gestación Por Sustitución: La Tarea De Enfrentar Los Conflictos Que Plantea Una Práctica "Sin Sustento Legal", Priorizando Sus Efectos

By Patricio J. Curti

Palabras Introductorias- Desde una perspectiva realista se posiciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *(en lo sucesivo TEDH)* encauzando el debate que se viene dando en la región en torno a la "gestación por sustitución"[1] y tomando una postura determinada con respecto al tema.

Seguramente la tarea ha sido dificultosa, ya que este pronunciamiento implicó romper con algunos esquemas "clásicos" acerca de la filiación, cuyo debate se presenta en varios puntos del mundo -inclusive en nuestro país[2]-.

De esta forma, el Tribunal puso fin a un conflicto jurídico -con cuestiones éticas y morales de fondo- de gran complejidad, abordándolo sin abstracciones y posibilitando el asentamiento de las bases para futuras aperturas normativas.

Así, el 26 de junio de 2014 el TEDH ha dictado su sentencia, declarando en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia) la violación del art.

GJHSS-H Classification: FOR Code: 160599



Strictly as per the compliance and regulations of:



© 2020. Patricio J. Curti. This is a research/review paper, distributed under the terms of the Creative Commons Attribution-Noncommercial 3.0 Unported License http://creativecommons.org/licenses/by-nc/3.0/), permitting all non-commercial use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Un Fallo Del TEDH Que Denota Su Postura Acerca De La Gestación Por Sustitución: La Tarea De Enfrentar Los Conflictos Que Plantea Una Práctica "Sin Sustento Legal", Priorizando Sus Efectos

Patricio J. Curti

Fallo comentado: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso "Affaire Mennesson c. France", 26 de junio de 2014.

I. Palabras Introductorias

Desde una perspectiva realista se posiciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos *(en lo sucesivo TEDH)* encauzando el debate que se viene dando en la región en torno a la "gestación por sustitución" [1] y tomando una postura determinada con respecto al tema.

Seguramente la tarea ha sido dificultosa, ya que este pronunciamiento implicó romper con algunos esquemas "clásicos" acerca de la filiación, cuyo debate se presenta en varios puntos del mundo -inclusive en nuestro país [2]-.

De esta forma, el Tribunal puso fin a un conflicto jurídico -con cuestiones éticas y morales de fondo- de gran complejidad, abordándolo sin abstracciones y posibilitando el asentamiento de las bases para futuras aperturas normativas.

Así, el 26 de junio de 2014 el TEDH ha dictado su sentencia, declarando en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia) la violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos *(en adelante CEDH)* por no reconocer el país demandado, la relación de filiación existente entre los niños nacidos mediante "gestación por sustitución" y sus padres, que pudieron procrear gracias a esta técnica y considerando, en relación a los hijos, la vulneración del derecho a la vida privada, apelando -principalmente- al principio del superior interés del niño.

II. El Encuadre Fáctico

En última instancia, dos matrimonios franceses recurren ante el TEDH, luego de haber acudido de manera absolutamente legal en los Estados Unidos a la "gestación por sustitución", mediante la implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De dichas gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro, una niña.

En su oportunidad, el Tribunal Supremo francés denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias extranjeras, desatendiendo cuestiones tales como la filiación "socioafectiva" [3] , el interés superior del niño, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia, entre otros temas. Frente a este panorama, los recurrentes invocaron ante el TEDH el art. 8 del CEDH (respeto a la vida privada y familiar), en función del perjuicio ocasionado.

Particularmente, en cuanto a los detalles de los casos, hay que destacar que en el primero (Mennesson) se trata de niñas gemelas nacidas a partir del material genético del padre y óvulos donados; teniendo en cuenta que al producirse el embarazo (marzo del año 2000), esta pareja solicitó a la justicia que cuando nacieran las niñas sean inscriptas como hijas de ellos, lo que así se dispuso en la sentencia de la Corte Suprema de California del 14/07/2000. Luego provistos de esta documentación, en noviembre del año

Author: Abogado. Ayudante de 2da. en la Materia "Derecho de Familia y Sucesiones", cátedra del Dr. Gustavo Bossert (titular) y la Dra. Marisa Graham (adjunta), Facultad de Derecho (UBA).
e-mail: patriciojcurti@gmail.com

[1] La terminología para referirse en Francia a este fenómeno es variable, entre sus denominaciones posibles nos encontramos con las siguientes: *maternité pour autrui, gestation pour autrui, maternité de substitution, mère porteuse*, entre otras.

[2] En este sentido, cabe mencionar a nuestro recientemente sancionado Código Civil y Comercial Unificado -con vigencia a partir del 1 de enero de 2016- cuyo Anteproyecto contenía una regulación específica en cuanto a este tema y posteriormente fue quitada en la versión aprobada por la Cámara de Senadores el 28/11/2013.

[3] Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, subrayan en este tipo de filiación que "…el elemento volitivo observaría un espacio de mayor envergadura que el componente genético... Esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde la consolidación de la procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es, que se habla de una 'desbiologización de la paternidad' focalizándose en la 'parentalidad voluntaria' como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas…" (Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa - Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY, 20/09/2010, E, 977).

© 2020 Global Journals

2000, el padre de las niñas solicitó en el consulado de Francia sito en Los Ángeles la transcripción del acta de nacimiento en los registros del estado civil francés y la expedición de los correspondientes pasaportes. Esta petición fue denegada, motivo por el cual el matrimonio Mennesson tuvo que tramitar los pasaportes estadounidenses para que las niñas salgan del país y la familia completa pueda ingresar a Francia. En este país, comienza el debate por el reconocimiento de la filiación, llegando a la Sala Civil de la Corte de Casación francesa (06/02/2011), quien se valió de dos argumentos centrales para rechazar el pedido de transcripción del acta de nacimiento extranjera en el registro civil local: el orden público internacional, y el principio de indisponibilidad del cuerpo humano[4],

La base fáctica del caso "Labassé" es parecida, tratándose de un matrimonio que celebró un acuerdo de gestación en un "centro de fertilidad" (Minnesota, Estados Unidos), naciendo una niña el 27/10/2001. Luego, a fines de octubre del año 2001, el Tribunal del Estado de Minnesota, como consecuencia de la renuncia de la gestante a todos sus derechos como madre sobre la niña, indicó que el Sr. Labassé es el padre biológico. Por estos motivos le concede la custodia de la niña para que pueda regresar a Francia. Cuando llegan a este país -así como en el caso anterior- el grupo familiar se encuentra con diversos obstáculos para que sea reconocido el vínculo jurídico-filial que había obtenido en el lugar de nacimiento.

Más allá de las vicisitudes en territorio francés, lo cierto es que las sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota establecieron vínculos filiales que forjaron el punto de partida de un debate que no encuentra unanimidad, pero que parece esclarecerse con este fallo.

El "margen de apreciación de los Estados" frente al interés superior del niño: el respeto por un principio global

Como es sabido, los Estados firmantes del "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales" cuentan con un "margen de apreciación" para valorar su contenido ante la falta de consenso que hay entre ellos para interpretarlo. Así, resulta ser un espacio de discrecionalidad disponible para fijar el alcance de los Derechos Humanos que consagra la Convención, en consonancia con las circunstancias jurídico-sociales de cada país.

Si nos situamos en la premisa basada en que *"…el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos…",* sumado a que *"…la determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único…"*[5], este margen de apreciación debe ceder y relativizarse ante un problema vinculado con la filiación, en la medida en que ésta -sin lugar a dudas- constituye un aspecto esencial de la identidad del niño.

En relación con la doctrina del margen de apreciación, vale destacar que *la Convención no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista*[6]. Resulta ser, en definitiva, una forma de asegurar la interpretación de las normas internacionales del ámbito europeo en sintonía con las diversas realidades nacionales.

Además, si nos centramos en los argumentos que produjeron el desconocimiento de una decisión extranjera en pos del orden público, es importante recordar que el TEDH ya se ha pronunciado al respecto, refiriendo que la denegación de un Estado debe estar fundada en una necesidad social imperiosa y resultar proporcional al fin legítimo perseguido[7], limitando de esta forma cualquier valoración realizada con respecto a la operatividad de las cláusulas que prioricen el orden público por sobre cualquier otra norma (internacional en este caso).

[4] En este orden de ideas, resulta importante hacer referencia al Artículo 16-7 del Código Civil francés que indica lo siguiente: *"…Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo"*. Por su parte el Artículo 16-9 preceptúa que las disposiciones del capítulo sobre el que se encuentran los artículos en cuestión ("Del respeto del cuerpo humano") son de orden público.

[5] Cfr. a los párr. 33 y 49 de la Observación General Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1) del "Comité de los Derechos del Niño" (29 de mayo 2013).
Además, en este sentido, el TEDH ha señalado (asunto *Maumousseau y Washington c. Francia,* de 6 de diciembre de 2007) que "desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, 'el interés superior del menor' en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia 'la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para su crecimiento y bienestar' según los términos del preámbulo de esta Convención" (párr. 66 y sigs.).

[6] Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa, "El principio de no discriminación en una reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y una responsabilidad desde el ámbito estatal", LA LEY, 06/07/2010, D, 282, Cita Online: AR/DOC/4961/2010).

[7] Cfr. sentencia del 3 de mayo de 2011 en el asunto Negrepontis-Giannisis c. Grecia, del TEDH. En este decisorio se ponderó el derecho a la vida privada y familiar como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras. El caso se refería específicamente a una adopción constituida en Estados Unidos y el Tribunal -confirmando su criterio ya manifestado previamente en su sentencia del 28 de junio de 2007 en el caso Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo- favoreció el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo, concluyendo en que las obligaciones positivas al respeto efectivo de la vida familiar con base en el artículo 8 del CEDH se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero.

© 2020 Global Journals

Según el propio TEDH, el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre, pero a su vez destaca que este margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea[8].

Haciendo especial hincapié sobre el caso en cuestión, el Tribunal entre sus consideraciones recordó las variables que determinan la extensión del margen de apreciación: las circunstancias, el contexto y la presencia o ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados. Además señaló que cuando no hay consenso en el seno de los Estados miembros y el asunto gira en torno a cuestiones morales y éticas delicadas, el margen de apreciación es amplio. Pero, cuando un aspecto particular de la existencia o de la identidad de un individuo está en juego, el margen dejado al Estado es restringido[9].

Siguiendo con los argumentos del TEDH, la interferencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar, que preceptúa el texto del art. 8 del Convenio, por parte de las autoridades francesas se observa en el desconocimiento de una relación de filiación entre padre-hijo "de conformidad con la ley"[10], que sobrepasó el amplio margen de apreciación de los Estados: estándar básico o esencial para que el tribunal europeo responsabilice o no a un Estado.

Este "margen de apreciación" siempre choca con sus dos principios limitantes: proporcionalidad y el justo equilibrio. Estos, a su vez, encuentran su talla justa en el "interés superior del niño"[11] y tal como lo dijo el TEDH en su decisión: *"las elecciones operadas por parte del Estado, incluso en los límites de este margen acordado, no escapan del control del Tribunal. Incumbe a este examinar atentamente los argumentos que se tuvieron en cuenta para arribar a la solución establecida e investigar si se llevó a cabo un equilibrio entre los intereses del estado y los de los individuos directamente alcanzados por la solución"*[12].

En cuanto a las particularidades del caso, hay que sumar otra afirmación referida oportunamente por el Tribunal: *"aunque el artículo 8 del Convenio no garantiza un derecho a adquirir una nacionalidad particular, es claro que la nacionalidad es un elemento de la identidad de las personas"*[13]. Al respecto, recordemos que en los dos asuntos que dieron origen al debate, los padres biológicos son franceses y en este sentido, las niñas se exponen a una gran incertidumbre en cuanto a la posibilidad de que se les reconozca esta nacionalidad, en aplicación del artículo 18 del Código Civil de Francia[14], es decir, una indeterminación tal que afecta negativamente la definición de sus propias identidades, que además, forma parte integral de la noción de sus vidas privadas.

Sin lugar a dudas, en consonancia con estas ideas, las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior mentado y supone una situación absurda que se traduce en una filiación válida en un país y nula en otro, con padres distintos dependiendo de la situación territorial. Sin lugar a dudas, la identidad por su conformación es universal y así debería ser considerada en cada lugar donde las personas se encuentren, más allá de las fronteras.

La encrucijada presentada ante el máximo Tribunal europeo lo colocó en la situación de tener que decidir entre la validez de los acuerdos de "gestación por sustitución" y su inevitable cruce con la satisfacción de los derechos humanos de las niñas. Así centró su atención en la información proveniente de diversos organismos y actores a los fines de mensurar cual era la mejor decisión que se podía tomar en torno a la situación de estos sujetos nacidos a partir de esta técnica:

1. Informe del Consejo de Estado sobre la Revisión de Leyes de Bioética (aprobado por su Asamblea general plenaria el 9 de abril de 2009). Analiza el tema de la gestación por sustitución, afirmándose, entre otras consideraciones, que "*en los hechos, la vida de estas familias es más complicada cuando la transcripción no es realizada, debido a formalidades que deben ser cumplidas en ocasión de algunos acontecimientos de la vida diaria*", destacando que, en ausencia de transcripción del acta de nacimiento, en todos los trámites que hacen a la

[8] Cfr. a los párr. 48 y 49 del asunto Handyside c. Reino Unido (7 de diciembre de 1976), Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[9] Cfr. al párr. 76 del fallo comentando.

[10] Vale destacarse que en torno a la figura de la "gestación por sustitución" el debate en cuanto a la contrariedad o no al orden público sobre esta práctica se encuentra cerrado en los estados en los que se practicó, conforme -entre otros precedentes- al caso "Jhonson vs. Calvet" resuelto por la suprema Corte de California el 20 de mayo del año 1993. En este fallo se entendió que no es contrario al orden público el contrato de "gestación por sustitución" celebrado entre las partes por cuanto -entre otros argumentos- no explota la condición de las mujeres, ni afecta el interés del niño y la maternidad se encuentra establecida por la intención y no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención (noción de causa eficiente del contrato).

[11] El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado en reiteradas ocasiones el principio esencial según el cual cada vez que la situación de un niño es cuestionada, debe primar el interés superior del mismo (ver, entre otros, Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo -antes citado-, y *E.B. c. France* del 22 de enero de 2008). Claramente esta afirmación se funda en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño".*

[12] Cfr. al párr. 81 del fallo comentando.

[13] Cfr. sentencia del TEDH *Genovese c. Malta* (nº 53124/09), del 11 de octubre de 2011.

[14] El referido artículo dice: *Son franceses los hijos de los que uno de los progenitores al menos es francés.*

© 2020 Global Journals

vida cotidiana de los niños, como en particular, el derecho hereditario, los niños se ven perjudicados al ser considerados para la ley como "terceros".

2. Informe del grupo de trabajo "Filiación, orígenes, paternidad". Presentado en abril del 2014, en el marco de la elaboración de un "proyecto de ley que aborde las nuevas protecciones, seguridades y derechos para los niños" y encargado por el Ministro delegado de familia a este grupo presidido por la prestigiosa Irene Terry, socióloga y directora de estudios en la escuela de altos estudios en ciencias sociales, comprende las metamorfosis contemporáneas de la filiación, analizando tanto la diversidad de estas modalidades, así como las preguntas que aparecen al respecto. Este informe aborda especialmente la cuestión del reconocimiento de la filiación de los niños nacidos de una maternidad subrogada en el extranjero.

Asimismo, certifica que la jurisprudencia del Tribunal de Casación obstaculiza a un reconocimiento tal, que tiene "implicancias particularmente graves" para el niño.

Además, este informe pone en debate la compatibilidad de esta postura del Tribunal con respecto al artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño.

3. Los principios adoptados por el Comité ad hoc de expertos sobre el progreso de las ciencias biomédicas del Consejo de Europa. Se mencionan una serie de principios adoptados por el Comité Especial de expertos sobre Ciencias biomédicas del Consejo de Europa publicado en 1989. Entre ellos, se destaca el decimoquinto que trata el tema de las madres sustitutas, y que fue redactado de la siguiente manera: "*...1. Ningún médico o centro puede utilizar técnicas de procreación artificial para el diseño de un niño llevado por una madre de alquiler. 2. Ningún contrato o acuerdo entre una madre sustituta y la persona o la pareja para la cual o de la cual un niño es criado puede invocarse en el derecho. 3. Cualquier actividad de intermediación entre personas involucradas en la subrogación debe ser prohibido, así como cualquier forma de publicidad relativa a ello. 4. Sin embargo, los Estados podrán, en casos excepcionales establecidos por su legislación nacional, permitir que un médico o un centro pueda proceder a la fertilización de una madre de alquiler utilizando técnicas de procreación artificial, siempre que: a. la madre de alquiler no obtenga ninguna ventaja material de la operación; y b. la madre de alquiler en el nacimiento pueda elegir quedarse con el niño*".

En contraste con lo expuesto, nos encontramos con un fallo[15] de la región europea (más precisamente en España) que bajo una interpretación absurda del interés superior del niño denegó en ese país a los padres la inscripción del nacimiento de sus hijos (luego de ser concebidos mediante "gestación por sustitución" en California, conforme a la legislación de dicho Estado). Actualmente y gracias a la reciente sentencia del TEDH, el debate se encuentra cerrado y las bases para futuras decisiones se hallan delineadas. También deberá cambiar de postura el Estado francés, ya que su Tribunal de Casación se ha mostrado inflexible en este tema, rechazando sistemáticamente las transcripciones de las actas de nacimiento en ejecución de las decisiones extranjeras que determinan la filiación de los niños originadas en la gestación por sustitución[16].

[15] Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno D. Ramón y D. César c. Administración General del Estado (06 de febrero de 2014).

[16] En relación con la la jurisprudencia del Tribunal de Casación, podemos decir que se ha considerado en diversas decisiones que el convenio por el cual una mujer se compromete, aunque mas no sea a título gratuito, a concebir y llevar un niño en su vientre para abandonarlo a su nacimiento, es contrario tanto al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano como al principio de indisponibilidad del estado de las personas (Cas. 31 de mayo de 1991: B.1991 A.P., nº 4, p. 5; en este caso, la madre subrogada era la madre biológica del niño.) Esta posición obstaculiza a establecer un vínculo jurídico de filiación entre el niño que proviene de un contrato de maternidad subrogada, y la mujer que lo recibe luego de nacido y que lo educa, sea por el medio de la transcripción de las actas, como en el caso en cuestión, por medio de la adopción (Cas. Primera civ., 29 de junio de1994: B. 1994 I, nº 226, p. 164; en este caso también la madre subrogada era la madre biológica del niño) o por efecto de la posesión de estado (Cas. Primera civ., 6 de abril de 2011: recurso nº 09-17130).

Además, en dos sentencias de segunda instancia del 13 de septiembre de 2013, el Tribunal de Casación se pronunció sobre la cuestión de la transcripción de las actas de nacimiento de niños nacidos en la India de una maternidad subrogada, de madres indias y de padres franceses. (Cas. Primera civ.: recursos nºs 12-18315 y 12-30138). Los padres franceses, que habían anteriormente reconocido a los niños en Francia, habían solicitado en vano la transcripción de las actas de nacimiento establecidas en la India. En uno de los dos casos, el Tribunal de Apelaciones ordenó la transcripción, con motivo de que la regularidad formal y la realidad material de las actas en litigio no habían sido impugnadas. El Tribunal de Casación anuló esta decisión, con motivo de que en el derecho positivo, el rechazo de la transcripción se justifica "cuando el nacimiento es el resultado de un proceso que engloba una contrato de maternidad subrogada, en fraude a la ley francesa". Este contrato, aunque lícito en el extranjero, es nulo, de una nulidad de orden público en el derecho francés, según los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil. (El Tribunal de Casación falló de la misma manera el 19 de marzo 2014 en un caso similar; recurso nº 13-50005). En el otro caso, el Tribunal de Apelaciones rechazó ordenar la transcripción aduciendo que no se trataba solamente de un caso de maternidad subrogada prohibido por la ley, sino que también se estaba frente a una compra de niños, contraria al orden público, en donde el padre había pagado a la madre subrogada un salario de 1 500 euros. El Tribunal de Casación rechazó el recurso por los mismos motivos anteriormente citados y agregó que *"en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño, garantizado por el articulo 3.1 de la Convención internacional de los derechos del niño ni el respeto a la vida privada y familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio (...) podrán ser invocados"*.

© 2020 Global Journals

En definitiva y tal como se arguyó, el mencionado "margen de apreciación de los Estados" no puede violar los principios básicos de todo Estado democrático y menos aún soslayar el eje rector de toda decisión judicial en temáticas vinculadas con la niñez.

La gestación por sustitución: realismo y necesidad de regulación

Ante el fenómeno de la "gestación por sustitución" las respuestas que se proyectan giran en torno a tres posibilidades: I) la prohibición absoluta del contrato de gestación y sus efectos jurídicos sobre la filiación del niño (vía elegida por el Tribunal de casación francesa); II) el mantenimiento de la prohibición del contrato de gestación, pero admitiendo sus efectos, creando un vínculo de filiación con el niño (atenuación del orden público); y III) instaurar un estatuto jurídico adecuado que regule y ordene tales prácticas y sus consecuencias sobre la filiación.

En este sentido y como resulta habitual en los fallos del TEDH, entre sus consideraciones remarcó su preocupación en cuanto al análisis del tema, indagando acerca de la postura que adoptan los treinta y cinco Estados Parte del Convenio (distintos de Francia). De esta forma, puso su énfasis en que tanto la cuestión de la "gestación por sustitución" en general, como así también, el reconocimiento de los acuerdos de gestación celebrados en otros países, no encuentran un tratamiento jurídico uniforme. En este análisis, concluyó en que la gestación por sustitución: a) está prohibida expresamente en catorce de sus estados: Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía; b) no está reglamentada en otros diez estados, o está prohibida en virtud de disposiciones generales, o no es tolerada o la cuestión acerca de su legalidad es incierta: Andorra, de la Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino; c) es aceptada en siete estados (bajo reserva de condiciones estrictas): Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, Reino Unido, Rusia y Ucrania. Se trata de la llamada "altruista" (la madre sustituta puede ser asistida en los gastos propios de su estado pero de ninguna manera remunerada), pero parece que podría tener un carácter comercial en Georgia, Rusia y Ucrania; d) parece ser tolerada en cuatro estados en donde no hay ninguna reglamentación al respecto: Bélgica, República Checa y, eventualmente, en Luxemburgo y Polonia; e) podría obtener el reconocimiento en trece estados, sea por vía de exequátur, o por la transcripción directa de la decisión extranjera del acta de nacimiento extranjera en los registros civiles correspondientes, o por la adopción: Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Países Bajos, República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania; f) a pesar de estar prohibida o no prevista por la ley, también podría ser reconocida -como en el punto anterior- en once estados: Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia, (cuando se trata del vínculo de filiación paterna y el padre de intención es el padre biológico), Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y eventualmente en Luxemburgo; y g) parece estar prohibido su reconocimiento en once estados: Andorra, Alemania (salvo en cuanto al vínculo de filiación paterna cuando el padre de intención es el padre biológico), Bosnia-Herzegovina, Lituania, Letonia, Mónaco, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía.

Si tenemos en cuenta este análisis de situación desde el derecho comparado y que esta disparidad de regulación se replica en todos los continentes, resulta manifiesta la necesidad cada vez mayor de una Convención Internacional que ordene este conflicto socio-legal. En este camino se encuentra la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado[17], preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución, ya que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona[18].

Afortunadamente, la realidad indica que el número de Estados con leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo[19], es decir que la tendencia se perfila hacia la flexibilización y normativización de esta técnica -cada vez más frecuente- dando respuestas y soluciones concretas.

En función de lo dicho, la regulación legal de estas prácticas disminuye los conflictos, porque el problema no está en la práctica en sí misma, sino en la

[17] La Conferencia Internacional de La Haya de DIPr. viene trabajando la temática desde el año 2010 en un proyecto llamado: "The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy Arrangements". Luego de recopilar información de los cuatro cuestionarios enviados en el año 2013: cuestionario No 1 dirigido a los miembros de la Conferencia de La Haya y otros Estados interesados; el cuestionario N° 2 dirigido a aquellos profesionales del derecho con experiencia práctica pertinente en este ámbito; el cuestionario N° 3 dirigido a los profesionales de la salud que trabajan en este ámbito; y el cuestionario N° 4 dirigido a las agencias de gestación subrogada; en su reunión de abril de 2014 el Council on General Affairs and Policy of the Conference decidió continuar recopilando información y posponer la decisión de constituir un grupo de expertos para el 2015. Para más información: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=183

[18] Lamm, Eleonora, *"Gestación por sustitución. Realidad y Derecho"* (23-07-2012), Indret "Revista para el Análisis del Derecho", Edición 3, disponible en: www.indret.com, compulsado en 10-10-2014.

[19] Por ejemplo, se regula en Australia (ACT (2004), Queensland (2010), New South Wales (2010), Western Australia (2008), Victoria (2008)), Canadá (Alberta (2010), Columbia Británica (2011)), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (ley entró en vigor en 2010), Brasil, (2010, modificada en 2013), Sinaloa, México (ley entró en vigor en 2013), Uruguay (2013), etc.

© 2020 Global Journals

inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas: la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo[20].

Además, resta decir que los demandantes del caso en cuestión alegaron una violación del "derecho de fundar una familia" (art. 12 del CEDH), y si bien el TEDH rechazó este argumento afirmando que los demandantes no habían agotado las vías internas para hacer valer este derecho, hay que mencionar que ante la falta de regulación de la gestación por sustitución y su prohibición, indefectiblemente se genera la vulneración planteada. Esta afirmación se funda en los numerosos pactos y tratados internacionales que reconocen el "derecho a fundar una familia" (Declaración de los Derechos humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, entre otros) y este derecho, como todos, debe poder ejercerse de forma libre y responsable[21].

Además, es importante destacar que las limitaciones legales en este tema, son discriminatorias por tres razones, especialmente: 1) desde el punto de vista económico: es sabido que esta práctica se realiza en muchos países del mundo y de esta manera las personas que cuentan con recursos económicos viajan al exterior, sometiéndose a estas técnicas -complejas y costosas- fuera de las fronteras nacionales. Las prohibiciones legales, entonces, resultan accesibles solo para quienes pueden afrontarlas; 2) en materia de discapacidad física: esto se vincula con las mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de útero, es decir una incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo; c) en materia de sexualidad: la gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos hombres o en los casos de hombres solos, atento a que, por razones biológicas tienen incapacidad de concebir y gestar un hijo genéticamente propio (aunque sólo de uno de ellos).

Pero sin entrar en detalles en cuanto a las razones por las cuales esta práctica debería regularizarse y permitirse en los diversos países del mundo y avocándonos al caso concreto, habrá que decir que conforme a la sentencia del TEDH se refleja lo dicho por la doctrina que se enrola en la admisión amplia de la gestación por sustitución, refiriendo así como lo entendió este Tribunal que *el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente*[22].

Como vemos, la "gestación por sustitución" es una práctica a la que recurren aquellas personas que encuentran en ella, la única alternativa para formar una familia, pese a su nulidad o falta de previsión legal. Esto genera múltiples conflictos que podrían ser evitados ante existencia de una regulación legal que la contemple y resuelva, a través de mecanismos tuitivos para la protección integral de los niños, por un lado, y facilitadores del acceso a la procreación, por el otro.

Desde la reiteración de una postura realista, admitiendo que las prohibiciones al respecto, no impiden que estos contratos igualmente se continúen realizando y retomando con la problemática planteada en el caso analizado, se ha dicho al respecto que el interés superior del niño se presenta *a priori* u *a posteriori. A priori,* ese interés exige la regularización de la situación a los fines de contar con un marco que lo proteja, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva. Por otro lado, de esa práctica nace un niño, y de su interés superior *a posteriori* resulta que las personas que realmente quieren asumir el papel de padres puedan hacerlo[23].

III. Palabras de Cierre

Nuevas relaciones familiares, globalización, progreso científico, revolución reproductiva, voluntad procreacional, resultan ser -entre otros- conceptos que se entrecruzan en nuestra realidad. Frente a ella, la

[20] Camacho, Juan M. (2009), "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", disponible en: www.fundacionforo.com, compulsado el 27-08-2011.

[21] Para una mejor comprensión de lo referido, cabe señalarse que la idea de "derechos reproductivos" se consolidó a nivel universal a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995. Estos instrumentos establecen que: *"los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia".*

[22] Lamm, Eleonora, *"Gestación por sustitución…"*, cit.

[23] Lamm, Eleonora, "*La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal",* Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, nº 50, Abeledo Perrot, Julio 2011, p. 107 y ss.

© 2020 Global Journals

actitud del derecho de las familias debería centrarse en tres pilares fundamentales: adaptación, captación y normativización.

Entonces, una vez más nos cuestionamos: ¿nuevos paradigmas o normas jurídicas vetustas?...La sociedad evoluciona –a un ritmo cada vez más vertiginoso- y el derecho debe seguir también ese camino. Pareciera que en algunos campos y/o contextos esto no sucede y las personas se encuentran con un derecho anacrónico que no satisface sus necesidades actuales.

Así se pronunció Marisa Herrera con respecto a este campo del derecho, destacándolo como esencialmente dinámico, en constante movimiento y por lo tanto, eminentemente crítico del *statu quo*, lo que se traduce en un constante interés o búsqueda por acortar la brecha existente entre derecho y realidad[24]

Este fallo comentado remarca la necesidad de un abordaje complejo e inmediato del tema que exige, además, la reformulación de los principios tradicionales sobre los cuales se asienta la reproducción humana en nuestros días con el objeto de encontrar un lugar apropiado dentro del campo jurídico.

[24] Entrevista a Marisa Herrera, en Revista "Lecciones y ensayos", nro. 90, Departamento de Publicaciones – Facultad de Derecho (Universidad de Buenos Aires), 2012, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, disponible en: www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/90/herrera.pdf, compulsado en 09-10-2014.

© 2020 Global Journals