

1 Patricio J. Curti

2 *Received: 6 December 2019 Accepted: 5 January 2020 Published: 15 January 2020*

3

4 **Abstract**

5 Palabras Introdutorias-Desde una perspectiva realista se posiciona el Tribunal Europeo de
6 Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH) encauzando el debate que se viene dando en la
7 región en torno a la "gestación por sustitución" 1 y tomando una postura determinada con
8 respecto al tema.Seguramente la tarea ha sido dificultosa, ya que este pronunciamiento implicó
9 romper con algunos esquemas "clásicos" acerca de la filiación, cuyo debate se presenta en
10 varios puntos del mundo -inclusive en nuestro país 2 -.De esta forma, el Tribunal puso fin a un
11 conflicto jurídico -con cuestiones éticas y morales de fondo-de gran complejidad, abordándolo
12 sin abstracciones y posibilitando el asentamiento de las bases para futuras aperturas
13 normativas.Así, el 26 de junio de 2014 el TEDH ha dictado su sentencia, declarando en los
14 asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia) la violación del art.

15

16 *Index terms—*

17 **1 Palabras Introdutorias**

18 desde una perspectiva realista se posiciona el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH)
19 encauzando el debate que se viene dando en la región en torno a la "gestación por sustitución" 1 Seguramente la
20 tarea ha sido dificultosa, ya que este pronunciamiento implicó romper con algunos esquemas "clásicos" acerca
21 de la filiación, cuyo debate se presenta en varios puntos del mundo -inclusive en nuestro país y tomando una postura
22 determinada con respecto al tema.

23 2 Así, el 26 de junio de 2014 el TEDH ha dictado su sentencia, declarando en los asuntos 65192/11 (Mennesson
24 c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia) la violación del art . 8 del Convenio Europeo de los Derechos
25 Humanos (en adelante CEDH) por no reconocer el país demandado, la relación de filiación existente entre los
26 niños nacidos mediante "gestación por sustitución" y sus padres, que pudieron procrear gracias a esta técnica
27 y considerando, en relación a los hijos, la vulneración del derecho a la vida -. De esta forma, el Tribunal
28 puso fin a un conflicto jurídico -con cuestiones éticas y morales de fondo-de gran complejidad, abordándolo sin
29 abstracciones y posibilitando el asentamiento de las bases para futuras aperturas normativas.

30 1 La terminología para referirse en Francia a este fenómeno es variable, entre sus denominaciones posibles nos
31 encontramos con las siguientes: maternité pour autrui, gestation pour autrui, maternité de substitution, mère
32 porteuse, entre otras. ?? En este sentido, cabe mencionar a nuestro recientemente sancionado Código Civil y
33 Comercial Unificado -con vigencia a partir del 1 de enero de 2016-cuyo Anteproyecto contení a una regulación
34 específica en cuanto a este tema y posteriormente fue quitada en la versión aprobada por la Cámara de Senadores
35 el 28/11/2013. privada, apelando -principalmente-al principio del superior interés del niño.

36 **2 II.**

37 **3 El Encuadre Fáctico**

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

42 En su oportunidad, el Tribunal Supremo francés denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación
43 o de reconocimiento de sentencias extranjeras, desatendiendo cuestiones tales como la filiación "socioafectiva"
44 3 Particularmente, en cuanto a los detalles de los casos, hay que destacar que en el primero (Mennesson) se
45 trata de niñas gemelas nacidas a partir del material genético del padre y óvulos donados; teniendo en cuenta

46 que al producirse el embarazo (marzo del año 2000), esta pareja solicitó a la justicia que cuando nacieran las
 47 niñas sean inscriptas como hijas de ellos, lo que así se dispuso en la sentencia de la Corte Suprema de California
 48 del 14/07/2000. Luego provistos de esta documentación, en noviembre del año , el interés superior del niño,
 49 el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y la consolidación de la familia, entre otros
 50 temas. Frente a este panorama, los recurrentes invocaron ante el TEDH el art. 8 del CEDH (respeto a la vida
 51 privada y familiar), en función del perjuicio ocasionado.

52 3 Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm, subrayan en este tipo de filiación que "el elemento volitivo
 53 observaría un espacio de mayor envergadura que el componente genético... Esta desmitificación acerca de lo
 54 biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde la consolidación de la
 55 procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el
 56 elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es, que se habla de una 'desbiologización de la paternidad'
 57 focalizándose en la 'parentalidad voluntaria' como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales
 58 y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas?" (Kemelmajer de Carlucci, Aída -Herrera, Marisa
 59 -Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY,
 60 20/09/2010, E, 977).

61 4 D

62 Volume XX Issue IV Version I

63 5 33

64 6 (H)

65 2000, el padre de las niñas solicitó en el consulado de Francia sito en Los Ángeles la transcripción del acta
 66 de nacimiento en los registros del estado civil francés y la expedición de los correspondientes pasaportes.
 67 Esta petición fue denegada, motivo por el cual el matrimonio Mennesson tuvo que tramitar los pasaportes
 68 estadounidenses para que las niñas salgan del país y la familia completa pueda ingresar a Francia. En este país,
 69 comienza el debate por el reconocimiento de la filiación, llegando a la Sala Civil de la Corte de Casación francesa
 70 (06/02/2011), quien se valió de dos argumentos centrales para rechazar el pedido de transcripción del acta de
 71 nacimiento extranjera en el registro civil local: el orden público internacional, y el principio de indisponibilidad
 72 del cuerpo humano 4 Si nos situamos en la premisa basada en que "el interés superior del niño se aplicará a
 73 todos los , La base fáctica del caso "Labassé" es parecida, tratándose de un matrimonio que celebró un acuerdo
 74 de gestación en un "centro de fertilidad" (Minnesota, Estados Unidos), naciendo una niña el 27/10/2001. Luego,
 75 a fines de octubre del año 2001, el Tribunal del Estado de Minnesota, como consecuencia de la renuncia de la
 76 gestante a todos sus derechos como madre sobre la niña, indicó que el Sr. Labassé es el padre biológico. Por
 77 estos motivos le concede la custodia de la niña para que pueda regresar a Francia. Cuando llegan a este país
 78 -así como en el caso anterior-el grupo familiar se encuentra con diversos obstáculos para que sea reconocido el
 79 vínculo jurídico-filial que había obtenido en el lugar de nacimiento.

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

83 7 El "margen de apreciación de los Estados" frente al interés superior del niño: el respeto por un principio global

84 Como es sabido, los Estados firmantes del "Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de
 85 las Libertades Fundamentales" cuentan con un "margen de apreciación" para valorar su contenido ante la falta
 86 de consenso que hay entre ellos para interpretarlo. Así, resulta ser un espacio de discrecionalidad disponible para
 87 fijar el alcance de los Derechos Humanos que consagra la Convención, en consonancia con las circunstancias
 88 jurídico-sociales de cada país. asuntos relacionados con el niño o los niños y se tendrá en cuenta para resolver
 89 cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos
 90 humanos?", sumado a que "la determinación del interés superior del niño debe comenzar con una evaluación
 91 de las circunstancias específicas que hacen que el niño sea único?" 5 En relación con la doctrina del margen
 92 de apreciación, vale destacar que la Convención no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los
 93 Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad
 94 democrática y pluralista , este margen de apreciación debe ceder y relativizarse ante un problema vinculado
 95 con la filiación, en la medida en que ésta -sin lugar a dudas- constituye un aspecto esencial de la identidad del
 96 niño.
 97

98 8 6

99 Además, si nos centramos en los argumentos que produjeron el desconocimiento de una decisión extranjera
 100 en pos del orden público, es importante recordar que el TEDH ya se ha pronunciado al respecto, refiriendo
 101 que la denegación de un Estado debe estar fundada en una necesidad social imperiosa y resultar proporcional

102 al fin legítimo perseguido . Resulta ser, en definitiva, una forma de asegurar la interpretación de las normas
103 internacionales del ámbito europeo en sintonía con las diversas realidades nacionales. 7 5 Cfr. a los párr. 33 y
104 49 de la Observación General Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración
105 primordial (artículo 3, párrafo 1) del "Comité de los Derechos del Niño" (29 de mayo 2013). Además, en este
106 sentido, el TEDH ha señalado (asunto Maumousseau y Washington c. Francia, de 6 de diciembre de 2007) que
107 "desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989, 'el interés superior
108 del menor' en cualquier materia que le concierna, es el objetivo central de la protección del menor, buscando
109 la plenitud del niño en el ámbito familiar, constituyendo la familia 'la unidad fundamental de la sociedad y el
110 medio natural para su crecimiento y bienestar' según los términos del preámbulo de esta Convención" (párr. 66
111 y sigs.). 6 Kemelmajer de Carlucci, Aída -Herrera, Marisa, "El principio de no discriminación en una reciente
112 sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una cuestión en movimiento desde el ámbito regional y
113 una responsabilidad desde el ámbito estatal", LA LEY, 06/07/2010, D, 282, Cita Online: AR/DOC/4961/2010).
114 7 Cfr. sentencia del 3 de mayo de 2011 en el asunto Negrepointis-Giannisis c. Grecia, del TEDH. En este decisorio
115 se ponderó el derecho a la vida privada y familiar como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras.
116 El caso se refería específicamente a una adopción constituida en Estados Unidos y el Tribunal -confirmando su
117 criterio ya manifestado previamente en su sentencia del 28 de junio de 2007 en el caso Wagner y J.M.W.L. c.
118 Luxemburgo-favoreció el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo,
119 concluyendo en que las obligaciones positivas al respeto efectivo de la vida familiar con base en el artículo 8 del
120 CEDH se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero.

121 , limitando de esta forma cualquier valoración realizada con respecto a la operatividad de las cláusulas que
122 prioricen el orden público por sobre cualquier otra norma (internacional en este caso).

123 Según el propio TEDH, el mecanismo de salvaguarda instaurado por el Convenio reviste un carácter
124 subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre, pero a su vez destaca
125 que este margen nacional de apreciación va íntimamente ligado a una supervisión europea ?? Haciendo especial
126 hincapié sobre el caso en cuestión, el Tribunal entre sus consideraciones recordó las variables que determinan la
127 extensión del margen de apreciación: las circunstancias, el contexto y la presencia o ausencia de un denominad
128 or común a los sistemas jurídicos de los Estados. Además señaló que cuando no hay consenso en el seno de los
129 Estados miembros y el asunto gira en torno a cuestiones morales y éticas delicadas, el margen de apreciación es
130 amplio. Pero, cuando un aspecto particular de la existencia o de la identidad de un individuo está en juego, el
131 margen dejado al Estado es restringido . 9 Siguiendo con los argumentos del TEDH, la interferencia en el derecho
132 al respeto de la vida privada y familiar, que preceptúa el texto del art. 8 del Convenio, por parte de las autoridades
133 francesas se observa en el desconocimiento de una relación de filiación entre padre-hijo "de conformidad con la ley"
134 . 10 Este "margen de apreciación" siempre choca con sus dos limitantes: proporcionalidad y el justo equilibrio.
135 Estos, a su vez, encuentran su talle justa en el "interés superior del niño" , que sobrepasó el amplio margen
136 de apreciación de los Estados: estándar básico o esencial para que el tribunal europeo responsabilice o no a un
137 Estado. 11 8 Cfr. a los párr. 48 y 49 del asunto Handyside c. Reino Unido (7 de diciembre de 1976), Tribunal
138 Europeo de Derechos Humanos. 9 Cfr. al párr. 76 del fallo comentando. ??0 Vale destacarse que en torno a la
139 figura de la "gestación por sustitución" el debate en cuanto a la contrariedad o no al orden público sobre esta
140 práctica se encuentra cerrado en los estados en los que se practicó, conforme -entre otros precedentes-al caso
141 "Jhonson vs. Calvet" resuelto por la suprema Corte de California el 20 de mayo del año 1993. En este fallo
142 se entendió que no es contrario al orden público el contrato de "gestación por sustitución" celebrado entre las
143 partes por cuanto -entre otros argumentos-no explota la condición de las mujeres, ni afecta el interés del niño y la
144 maternidad se encuentra establecida por la intención y no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por
145 la intención (noción de causa eficiente del contrato). 11 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado
146 en reiteradas ocasiones el principio esencial según el cual cada vez que la situación de un niño es cuestionada,
147 debe primar el interés superior del mismo (ver, entre otros, Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo -antes citado-, y
148 E.B. c. France del 22 de enero de 2008). Claramente esta afirmación se funda en el artículo 3 de la Convención
149 sobre los Derechos del Niño que dice: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones
150 públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos,
151 una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño". y tal como lo dijo el TEDH
152 en su decisión: "las elecciones operadas por parte del Estado, incluso en los límites de este margen acordado,
153 no escapan del control del Tribunal. Incumbe a este examinar atentamente los argumentos que se tuvieron en
154 cuenta para arribar a la solución establecida e investigar si se llevó a cabo un equilibrio entre los intereses del
155 estado y los de los individuos directamente alcanzados por la solución" ??2 En cuanto a las particularidades del
156 caso, hay que sumar otra afirmación referida oportunamente por el Tribunal: "aunque el artículo 8 del Convenio
157 no garantiza un derecho a adquirir una nacionalidad particular, es claro que la nacionalidad es un elemento de
158 la identidad de las personas" .

159 9 13

160 . Al respecto, recordemos que en los dos asuntos que dieron origen al debate, los padres biológicos son franceses y
161 en este sentido, las niñas se exponen a una gran incertidumbre en cuanto a la posibilidad de que se les reconozca
162 esta nacionalidad, en aplicación del artículo 18 del Código Civil de Francia 14 1. Informe del Consejo de Estado
163 sobre la Revisión de Leyes de Bi oética (aprobado por su Asamblea general plenaria el 9 de abril de 2009).

164 Analiza el tema de la gestación por sustitución, afirmándose, entre otras consideraciones, que "en los hechos,
165 la vida de estas familias es más complicada cuando la transcripción no es realizada, debido a formalidades que
166 deben ser cumplidas en ocasión de algunos acontecimientos de la vida diaria", destacando que, en ausencia de
167 transcripción del acta de nacimiento, en todos los trámites que hacen a la , es decir, una indeterminación tal
168 que afecta negativamente la definición de sus propias identidades, que además, forma parte integral de la noción
169 de sus vidas privadas.

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

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

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

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

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

191 Además, este informe pone en debate la compatibilidad de esta postura del Tribunal con respecto al artículo
192 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño. En contraste con lo expuesto, nos encontramos con un fallo 15
193 de la región europea (más precisamente en España) que bajo una interpretación absurda del interés superior del
194 niño denegó en ese país a los padres la inscripción del nacimiento de sus hijos (luego de ser concebidos mediante
195 "gestación por sustitución" en California, conforme a la legislación de dicho Estado). Actualmente y gracias
196 a la reciente sentencia del TEDH, el debate se encuentra cerrado y las bases para futuras decisiones se hallan
197 delineadas. También deberá cambiar de postura el Estado francés, ya que su Tribunal de Casación se ha mostrado
198 inflexible en este tema, rechazando sistemáticamente las transcripciones de las actas de nacimiento en ejecución
199 de las decisiones extranjeras que determinan la filiación de los niños originadas en la gestación por sustitución 16

200 10 Los principios adoptados por el

201 15 Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno D. Ramón y D. César c. Administración General del
202 Estado (06 de febrero de 2014). ¶¶ En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Casación, podemos
203 decir que se ha considerado en diversas decisiones que el convenio por el cual una mujer se compromete, aunque
204 mas no sea a título gratuito, a concebir y llevar un niño en su vientre para abandonarlo a su nacimiento, es
205 contrario tanto al principio de la indisponibilidad del cuerpo humano como al principio de indisponibilidad del
206 estado de las personas (Cas. 31 de mayo de 1991: B.1991 A.P., n o 4, p. 5; en este caso, la madre subrogada era
207 la madre biológica del niño.) Esta posición obstaculiza a establecer un vínculo jurídico de filiación entre el niño
208 que proviene de un contrato de maternidad subrogada, y la mujer que lo recibe luego de nacido y que lo educa,
209 sea por el medio de la transcripción de las actas, como en el caso en cuestión, por medio de la adopción (Cas.
210 Primera civ., 29 de junio de 1994: B. 1994 I, n o 226, p. 164; en este caso también la madre subrogada era la
211 madre biológica del niño) o por efecto de la posesión de estado (Cas. Primera civ., 6 de abril de 2011: recurso n o
212 09-17130). Además, en dos sentencias de segunda instancia del 13 de septiembre de 2013, el Tribunal de Casación
213 se pronunció sobre la cuestión de la transcripción de las actas de nacimiento de niños nacidos en la India de una
214 maternidad subrogada, de madres indias y de padres franceses. (Cas. Primera civ.: recursos n os 12-18315 y
215 12-30138). Los padres franceses, que habían anteriormente reconocido a los niños en Francia, habían solicitado
216 en vano la transcripción de las actas de nacimiento establecidas en la India. En uno de los dos casos, el Tribunal
217 de Apelaciones ordenó la transcripción, con motivo de que la regularidad formal y la realidad material de las
218 actas en litigio no habían sido impugnadas. El Tribunal de Casación anuló esta decisión, con motivo de que en
219 el derecho positivo, el rechazo de la transcripción se justifica "cuando el nacimiento es el resultado de un proceso
220 que engloba una contrato de maternidad subrogada, en fraude a la ley francesa". Este contrato, aunque lícito en
221 el extranjero, es nulo, de una nulidad de orden público en el derecho francés, según los artículos 16-7 y 16-9 del
222 Código Civil. (El Tribunal de Casación falló de la misma manera el 19 de marzo 2014 en un caso similar; recurso
223 n o 13-50005). En el otro caso, el Tribunal de Apelaciones rechazó ordenar la transcripción aduciendo que no se
224 trataba solamente de un caso de maternidad subrogada prohibido por la ley, sino que también se estaba frente
225 a una compra de niños, contraria al orden público, en donde el padre había pagado a la madre subrogada un

226 salario de 1 500 euros. El Tribunal de Casación rechazó el recurso por los mismos motivos anteriormente citados
227 y agregó que "en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño, garantizado por el artículo 3.1 de la
228 Convención internacional de los derechos del niño ni el respeto a la vida privada y familiar, en el sentido del
229 artículo 8 del Convenio (?) podrán ser invocados". En definitiva y tal como se arguyó, el mencionado "margen
230 de apreciación de los Estados" no puede violar los principios básicos de todo Estado democrático y menos aún
231 soslayar el eje rector de toda decisión judicial en temáticas vinculadas con la niñez.

232 **11 La gestación por sustitución: realismo y necesidad de** 233 **regulación**

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

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

264 Si tenemos en cuenta este análisis de situación desde el derecho comparado y que esta disparidad de regulación
265 se replica en todos los continentes, resulta manifiesta la necesidad cada vez mayor de una Convención Internacional
266 que ordene este conflicto socio-legal. En este camino se encuentra la Conferencia de la Haya de Derecho
267 Internacional Privado 17 , preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de
268 gestación por sustitución, ya que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se
269 realice; antes bien, se utilizan estrategias o subterfugios que generan conflictos que podrían ser evitados con una
270 regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona ??8 Afortunadamente, la realidad
271 indica que el número de Estados con leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo .

272 **12 19**

273 En función de lo dicho, la regulación legal de estas prácticas disminuye los conflictos, porque el problema no está en
274 la práctica en sí misma, sino en la , es decir que la tendencia se perfila hacia la flexibilización y normativización de
275 esta técnica -cada vez más frecuente-dando respuestas y soluciones concretas. 17 La Conferencia Internacional
276 de La Haya de DIPr. viene trabajando la temática desde el año 2010 en un proyecto llamado: "The private
277 international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy
278 Arrangements". Luego de recopilar información de los cuatro cuestionarios enviados en el año 2013: cuestionario
279 No 1 dirigido a los miembros de la Conferencia de La Haya y otros Estados interesados; el cuestionario N° 2
280 dirigido a aquellos profesionales del derecho con experiencia práctica pertinente en este ámbito; el cuestionario
281 N° 3 dirigido a los profesionales de la salud que trabajan en este ámbito; y el cuestionario N° 4 dirigido a las
282 agencias de gestación subrogada; en su reunión de abril de 2014 el Council on General Affairs and Policy of
283 the Conference decidió continuar recopilando información y posponer la decisión de constituir un grupo de
284 expertos para el 2015. Para más información: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=183
285 18 Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho" (23-07-2012), Indret "Revista para el

286 Análisis del Derecho”, Edición 3, disponible en: www.indret.com, compulsado en 10-10-2014. ??9 Por ejemplo,
287 se regula en Australia (ACT (2004) inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer
288 criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas: la gestante, la
289 o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo ??0 Además, resta decir que los demandantes
290 del caso en cuestión alegaron una violación del ”derecho de fundar una familia” (art. 12 del CEDH), y si bien
291 el TEDH rechazó este argumento afirmando que l os demandantes no habían agotado las vías internas para
292 hacer valer este derecho, hay que mencionar que ante la falta de regulación de la gestación por sustitución y su
293 prohibición, indefectiblemente se genera la vulneración planteada. Esta afirmación se funda en l os numerosos
294 pactos y tratados internacionales que reconocen el ”derecho a fundar una familia” (Declaración de los Derechos
295 humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y p olíticos, entre otros) y este derecho, como todos,
296 debe poder ejercerse de forma libre y responsable . ??0 Además, es importante destacar que las limitaciones
297 legales en este tema, son discriminatorias por tres razones, especialmente: 1) desde el punto de vista económico:
298 es sabido que esta práctica se realiza en muchos del mund o y de esta manera las personas que cuentan con
299 recursos económicos viajan al exterior, sometándose a estas técnicas -c omplejas y costosas-fuera de las fronteras
300 nacionales. Las prohibiciones legales, entonces, resultan accesibles solo para quienes pueden afrontarlas; 2) en
301 materia de discapacidad física: esto se vincula con las mujeres que no pueden gestar, por ejemplo, por carecer de
302 útero, es decir una incapacidad de concebir o de llevar a término . ??0 Camacho, Juan M. (??009), ”Maternidad
303 subrogada: una prácti ca moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”,
304 disponible en: www.fundacionforo.com, compulsado el 27-08-2011. ??1 Para una mejor comprensión de lo
305 referido, cabe señalarse que l a idea de ”derechos reproductivos” se consolidó a nivel universal a partir de la
306 Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo
307 en 1994 y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995. Estos instrumentos establecen que: ”los
308 derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los
309 documentos i nternacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas
310 aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e indi
311 viduos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo
312 entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado
313 de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones rel ativas a la reproducción sin
314 sufrir discriminación, coacciones ni violenci a, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos
315 humanos. En ejercicio de este derecho, l as parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de
316 sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos
317 derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera
318 de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia”.

319 un embarazo; c) en materia de sexualidad: la gestación por sustitución representa la única opción que tiene
320 una pareja homosexual compuesta por dos hombres o en los casos de hombres solos, atento a que, por razones
321 biológicas tienen incapacidad de concebir y gestar un hijo genéticamente propio (aunque sól o de uno de ellos).

322 Pero sin entrar en detalles en cuanto a las razones por las cuales esta práctica debería regularizarse y permitirse
323 en los diversos países del mundo y avocándonos al caso concreto, habrá que decir que conforme a la sentencia
324 del TEDH se refleja lo dicho por la doctrina que se enrola en la admisión amplia de la gestación por sustitución,
325 refiriendo así como lo entendió este Tribunal que el interés superior del niño exige la regularización de la gestación
326 por susti tución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica. Sin perjuicio de lo
327 dicho, no se puede dejar de advertir que de esa práctica nace un niño y el interés superior exige que las personas
328 que quieren ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconoci da legalmente ??2 Desde la reiteración de
329 una postura realista, admitiendo que las prohibiciones al respecto, no impiden que estos contratos igualmente se
330 continúen realizando y retomando con la problemática planteada en el caso analizado, se ha dicho al respecto que
331 el interés superi or del niño se presenta a priori u a posteriori. A priori, ese interés exige la regularización de la
332 situación a los fines de contar con un marco que lo proteja, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación
333 acorde a la realidad volitiva. Por otro lado, de esa práctica nace un niño, y de su interés superior a posteriori
334 resulta que las personas que realmente quieren asumir el papel de padres puedan hacerlo . Como vemos, la
335 ”gestación por sustitución” es una práctica a la que recurren aquellas personas que encuentran en ella, la única
336 alternativa para formar una familia, pese a su nulidad o falta de previsión legal. Esto genera múltiples conflictos
337 que podrían ser evitados ante existencia de una regulación legal que la contemple y resuelva, a través de mecani
338 smos tuitivos para la protección integral de los niños, por un lado, y facilitadores del acceso a la procreación, por
339 el otro.

340 13 Palabras de Cierre

341 . Nuevas relaciones familiares, globalización, progreso científico, revolución reproductiva, voluntad procreacional,
342 resultan ser -entre otros-c onceptos que se entrecruzan en nuestra realidad. Frente a ella, la actitud del derecho
343 de las familias debería centrarse en tres pilares fundamentales: adaptación, captación y normativización.

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

348 Así se pronunció Marisa Herrera con respecto a este campo del derecho, destacándolo como esencialmente
349 dinámico, en constante movimiento y por lo tanto, eminentemente crítico del statu quo, lo que se traduce en un
350 constante interés o búsqueda por acortar la brecha existente entre derecho y realidad ??4 Este fallo comentado
351 remarca la necesidad de un abordaje complejo e inmediato del tema que exige, además, la reformulación de los
352 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. ^{1 2 3}

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

Figure 1:

353

¹En 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.

²Cfr. al párr. 81 del fallo comentado.¹³ Cfr. sentencia del TEDH *Genovese c. Malta* (n.º 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.

³Un Fallo Del TEDH Que De nota Su Postura Acerca De La Gestación Por Sustitución: La Tarea De Enfrentar Los Conflictos Que Plantea Una Práctica "Sin Sustitución Legal", Priorizando Sus Efectos

