

**Voces:** DERECHOS HUMANOS ~ MATERNIDAD SUBROGADA ~ FILIACION ~ FECUNDACION ASISTIDA ~ VOLUNTAD PROCREACIONAL

**Título:** Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar

**Autores:** Herrera, Marisa Lamm, Eleonora

**Publicado en:** LA LEY 02/07/2014, 02/07/2014, 1 - LA LEY2014-D, 1165

**Cita Online:** AR/DOC/2285/2014

**Sumario:** 1. Palabras introductorias. — 2. Cuando el TEDH habla: lo que dice. — 3. Breves palabras de cierre.

### **I. Palabras introductorias**

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, como se adelanta en el título de la presente columna), puso fin a un conflicto sociojurídico sensible y pendiente en la región, como lo es la gestación por sustitución (mal llamado "alquiler de vientre" o "maternidad subrogada") resolviendo en fecha 26/06/2014 dos casos similares ante el mismo país, Francia. Nos referimos a los casos "Mennesson" (demanda núm. 65192/11) y "Labassee" (demanda n° 65941/11).

No se trata de una problemática que se observa sólo si se cruza el Atlántico, sino también que se presenta en América Latina y para hilar territorialmente más fino, en Argentina, con planteos judiciales en los que se ha pretendido el reconocimiento o validez de gestaciones por sustitución realizadas en el exterior (1), como así también en el país (2). Precisamente, esta perspectiva realista —como opuesta a la hipocresía— ha sido la seguida en el Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial del 2012, posteriormente quitada en la versión aprobada por la Cámara de Senadores el 28/11/2013 (3).

¿Cuál es la mirada que debería primar en torno a la gestación por sustitución? Sobre esa base, ¿qué lugar debería darle la ley y los operadores jurídicos en general? ¿Cuáles son las resistencias que aún persisten, pero que con el tiempo irían cediendo? ¿Qué implicancias tendría en nuestra región lo que pueda decir al respecto la máxima instancia judicial en materia de Derechos Humanos europeo? ¿En especial, qué influencia tiene la jurisprudencia del TEDH en la doctrina judicial de su par en América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Compartir algunos de los principales argumentos expresados por el TEDH en los dos primeros casos en los cuales se expide sobre la gestación por sustitución, constituye ante todo, una obligación para quienes pensamos que las normas jurídicas son una herramienta esencial de transformación cultural; máxime cuando esta norma —en sentido amplio- proviene de un organismo judicial de reconocida trayectoria y valoración sobre un tema que aún genera temores, resistencia y no menos prejuicios.

### **II. Cuando el TEDH habla: lo que dice**

#### **II.1. Plataformas fácticas**

Los dos casos sentenciados el mismo día por el TEDH presentan plataformas fácticas y jurídicas similares: la negativa del Estado francés (tanto el poder administrador como el judicial) de reconocer la filiación de niños nacidos por gestación por sustitución, entre éstos y quienes tuvieron la "voluntad procreacional" de ser padres a través de esta especial técnica de reproducción humana asistida. Se trata de niños nacidos de un acuerdo de gestación por sustitución realizado y concluido en Estados Unidos; con más precisión, en California y en Minnesota.

En el caso "Mennesson" se trata de unas niñas gemelas nacidas de material genético del Sr. Mennesson y óvulos donados. Ni bien se produjo el embarazo, en marzo del 2000, la pareja Mennesson solicitó a la justicia que cuando nacieran las niñas sean inscriptas a su nombre, lo que así se dispuso en la sentencia de la Corte Suprema de California del 14/07/2000. Con esta documentación, a principios de noviembre del 2000, el Sr. Mennesson solicitó en el consulado de Francia en Los Ángeles la transcripción del acta de nacimiento en los registros del estado civil francés y la expedición de los correspondientes pasaportes. Ello fue denegado, obligando a los Sres. Mennesson a tramitar pasaportes estadounidenses para que las niñas salgan del país y puedan los cuatro integrantes de la familia ingresar a Francia. Ya en Francia se reanuda el debate por el reconocimiento de la

filiación, llegando el caso a la Sala Civil de la Corte de Casación francesa en fecha 06/02/2011, quien escudándose en la noción de orden público internacional, y en el argumento de que, más allá de que sea gratuito, todo acuerdo que consiste en que una mujer geste un niño para otros sería contrario al principio de indisponibilidad del cuerpo humano (art. 16 del Cód. Civil francés), se rechaza el pedido de transcripción del acta de nacimiento extranjera en el registro civil francés.

En el caso "Labassé", la plataforma fáctica es similar, un matrimonio conformado por el Sr. Francis Labassee y la Sra. Monique Labassé celebraron un acuerdo de gestación en un centro de fertilidad de Minnesota, Estados Unidos, naciendo en esta ciudad, Juliette el 27/10/2001. En fecha 31/10/2001, el Tribunal del Estado de Minnesota, tras exponer la gestante que renunciaba a todos sus derechos sobre la niña y señalar que el Sr. Labassé es el padre biológico de Juliette, se le concede la custodia de la niña para que pueda regresar a Francia. Al llegar a Francia, también la familia Labassé se encuentra con diversos obstáculos para reconocer el vínculo jurídico-filial que habían obtenido en el lugar de nacimiento.

Claramente, admitir los acuerdos de gestación extranjeros significaba, a la par, determinar el vínculo filial entre las parejas o "solicitantes" —en palabras del TED— y los niños con todos los derechos y deberes que se derivan de este reconocimiento jurídico. La contracara de la misma moneda, rechazar tales acuerdos implicaba negar todo lazo jurídico entre ellos y a la vez, dejar a los niños en una situación de total desprotección, cuando en la práctica continuaban viviendo con la pareja, y consolidándose el vínculo afectivo que se deriva de toda interacción de cuidado y protección que brindan los padres hace sus hijos. ¿Cuál es la mejor decisión que se puede o debería adoptar de conformidad con el principio rector del "interés superior del niño"? Justamente, esto es lo que debe responder la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos en los dos primeros casos que llegan a estudio sobre gestación por sustitución.

Por la similitud entre ambos casos/precedentes se analiza sólo el primero, destacando que el segundo obtiene la misma resolución y por los mismos fundamentos.

## II.2. La fuerza de voces especializadas

Para decidir tamaño interrogante como lo es la validez de los acuerdos de gestación por sustitución y su cruce inexorable con la satisfacción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes —cuestión que también ha despertado el interés de la Convención de La Haya (4)—, el TEDH tuvo en cuenta información proveniente de organismos y actores con versación en el tema.

En primer lugar, se alude a un estudio realizado por el Consejo de Estado sobre la revisión de las leyes de bioética adoptadas por la sesión plenaria de la Asamblea General el 9 de abril de 2009, en la cual se analiza la cuestión de la gestación por sustitución, afirmándose, entre otras consideraciones, que "en la realidad, la vida de estas familias es más complicada", destacándose que, en ausencia de transcripción del acta de nacimiento, en todos los trámites que hacen a la vida cotidiana de los niños, como en particular, el derecho hereditario o incluso los derechos fiscales, los niños se ven perjudicados al ser considerados para la ley como "terceros".

En segundo término, se trae a colación el informe presentado en abril del 2014 titulado "Ascendencia, el origen, la paternidad. De cara a los nuevos valores de la responsabilidad generacional", preparado por la reconocida socióloga Irène Théry, directora de la Escuela de Altos Estudios en Ciencias Sociales, en el marco del proyecto de ley frente a "las nuevas protecciones, nuevas medidas de seguridad y los nuevos derechos de los niños" encargado por el Ministro de la Familia, en el que se afirma que la cuestión del reconocimiento de la paternidad de los hijos nacidos de gestantes en el extranjero, a la que la jurisprudencia del Tribunal de Casación se opone, trae consigo "consecuencias especialmente graves" para los niños.

En tercer lugar, se recuerdan los principios adoptados por el Comité Especial de expertos sobre Ciencias biomédicas del Consejo de Europa publicado hace tiempo, en 1989. Allí ya se establece un principio, el décimo quinto, dedicado a las "madres de alquiler" que expresa: "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".

### II.3. La fuerza de las voces de cambio en el derecho comparado

Como es práctica del TEDH, se suele preocupar por indagar acerca de lo que sucede o qué postura adoptan los demás países de la Unión Europea.

A tal fin, se trae a colación una investigación realizada por el Tribunal de Justicia europeo que comprende los siguientes 35 países de la comunidad: Francia, Andorra, Albania, Alemania, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Polonia, República Checa, Rumania, Reino Unido, Rusia, San Marino, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

Al respecto, se afirma que la gestación por sustitución se encuentra prohibida de manera expresa en un total de 14 Estados: Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. Que en 10 estados no existe una regulación sobre el tema, o que estaría prohibido en virtud de disposiciones de carácter general, o no se tolera, o la cuestión de su legalidad es incierta; ello es en: Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino.

Que la gestación por sustitución está permitida en 7 de los 35 Estados indagados: Albania, Georgia, Grecia, los Países Bajos, el Reino Unido, Rusia y Ucrania; primando en la mayoría de ellos la llamada "gestación por sustitución altruista" (que incluye la posibilidad de compensación), siendo posible la gestación por sustitución onerosa en Georgia, Rusia y Ucrania. Se agrega que también estaría tolerada en los siguientes 4 estados: Bélgica, República Checa, y, posiblemente, Luxemburgo y Polonia.

Que en 13 de los 35 Estados, es posible para los futuros padres obtener el reconocimiento legal o la determinación de la paternidad con un niño nacido de una gestación por sustitución que se practica en el extranjero; ya sea por la transcripción directa de la sentencia extranjera o por la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil o incluso también mediante la figura de la adopción. Ellos son: Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, el Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania. Este reconocimiento también sería viable en algunos estados en los que, incluso, se prohíbe la gestación por sustitución como ser: Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia (por lo menos en cuanto a la relación de padre e hijo cuando el padre es también el padre biológico, es decir, el que aportó el material genético), Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y, posiblemente, Luxemburgo.

Y que tal reconocimiento estaría excluido en los siguientes 11 Estados: Andorra, Alemania (excepto, quizás, cuando el padre de intención o de voluntad es también el padre biológico o el que prestó el material genético), Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumania, Serbia y Turquía.

De este modo, se demuestra 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, observan un tratamiento jurídico dispar o en otra palabras, no hay uniformidad de criterio encontrándose las más diversas posturas legislativas.

### II.4. Los argumentos del TEDH

El Tribunal declaró, por unanimidad, que aunque no se encontraba violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que regula el respeto por el derecho a la vida privada de los demandantes, sí hubo tal violación con relación al derecho de los niños a que se respete ese derecho humano.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que los niños habían sido identificados en los Estados Unidos como hijos del Sr. y Sra. Mennesson, en un caso y del Sr. y la Sra. Labassé en el otro; negaron el estado filial bajo el derecho francés.

El TEDH para concluir del modo en que lo hizo puso de resalto que dicha contradicción habría socavado la identidad de los niños dentro de la sociedad francesa. Además, el Tribunal señaló que las sentencias francesas que

excluyan o negaban por completo el establecimiento de una relación jurídica de filiación entre los hijos nacidos como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución que era totalmente legítimo bajo las normas del Estado en que se realizó, desconociendo a quienes figuraban según esa legislación como padres, sobrepasaron el amplio margen de apreciación de los Estados; estándar básico o esencial para que el tribunal europeo responsabilice o no a un Estado.

Para el TEDH, la interferencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar por parte de las autoridades francesas se observa en el desconocimiento de una relación de filiación entre padre-hijo que era legal, es decir, "de conformidad con la ley" siguiéndose el texto del art. 8 del Convenio que está comprometido en la contienda.

Más allá de eso, se entendió que la injerencia estatal cumplía con dos de los objetivos que menciona de manera precisa el art. 8: la "protección de la salud" y la "protección de los derechos y libertades de los demás". En este sentido, observó que la negativa de las autoridades francesas a reconocer la relación jurídica entre los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero y sus padres tuvo como propósito desalentar que los ciudadanos franceses recurran a esta técnica prohibida en Francia fuera de ese país, con el objetivo de proteger a los niños y a las gestantes.

Sin embargo, y tras esta afirmación, el TEDH pasó a examinar si esa injerencia había sido "necesaria en una sociedad democrática"; el otro objetivo que también requiere el reiterado art. 8 para saber si determinadas actitudes y/o acciones merecen o no reproche por parte de la jurisdicción regional especializada en Derechos Humanos. En este sentido, se sostuvo que aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos.

Asimismo, el Tribunal analizó si existió un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de las personas directamente afectadas, con especial referencia al principio fundamental que rige cuando se trata de un conflicto que involucra a personas menores de edad: el interés superior del niño, es decir, que son los intereses de éstos los que deben prevalecer.

Con respecto a la vida familiar de los demandantes, el Tribunal señaló que había sido afectada por la falta de reconocimiento en el derecho francés de la filiación entre el Sr. y la Sra. Mennesson y las gemelas. No obstante, señaló que los demandantes no probaron que los obstáculos que enfrentaron hayan sido insuperables, ni demostraron que se les había impedido el disfrute en Francia de su derecho al respeto de su vida familiar. Destacó que las familias habían sido capaces de instalarse en Francia poco después del nacimiento de los hijos, que vivían juntos en circunstancias que, en general, eran comparables a las de otras familias, y que no había nada que sugiriera que corrían el riesgo de ser separados por las autoridades debido a su situación en el derecho francés. Por otra parte, los tribunales franceses habían examinado su situación específica, antes de concluir que las dificultades prácticas que enfrentan los solicitantes no excedieron los límites impuestos por el respeto a la vida familiar. En consecuencia, un equilibrio justo había sido alcanzado entre los intereses de los demandantes y los del Estado, en los que se refiere a su derecho al respeto de su vida familiar.

Sin embargo, con relación al derecho de las gemelas al respeto de su vida privada, el Tribunal señaló que se encontraban en un estado de inseguridad jurídica en el derecho francés, ya que la filiación había sido legalmente determinada en el país de nacimiento, desconociéndose en Francia tal situación jurídica.

Por otra parte, se destacó que aunque el padre biológico de las niñas era francés (cabe recordar que en ambos casos, los hombres habían aportado su material genético), ellas debieron enfrentarse a incertidumbres en cuanto a la posibilidad de obtener la nacionalidad francesa, una situación que era susceptible de tener repercusiones negativas sobre la definición de su propia identidad.

La conculcación de derechos de las niñas además, según lo expone el TEDH, se deriva de la imposibilidad de heredar, excepto que el Sr. y la Sra. Mennesson realicen un testamento, lo cual significaba que sus derechos hereditarios serían menos favorables. Al respecto, el Tribunal consideró que esta situación implicaba privarlas de un componente más de su identidad derivada o relacionada con el parentesco. En este sentido, se deja en claro que

los efectos de la negativa a reconocer una relación padre-hijo en el derecho francés de niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero no se limitaban a las parejas, sino que también se extendía y violaba derechos de los niños; en especial, su derecho al respeto a la vida privada.

El TEDH entiende que el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. En definitiva, se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.

Como se adelantó, para el Tribunal, este análisis tiene una dimensión especial cuando, como en los dos casos resueltos, uno de los padres es también el "padre biológico", es decir, quien aportó el material genético; destacándose la importancia de la paternidad biológica como un componente de la identidad de cada individuo, por lo cual se entiende que no podría decirse que es en el mejor interés de los niños privarlos de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica se hallaba establecida y se procuraba su pleno reconocimiento. Por ende, al impedirse el reconocimiento y establecimiento de dicho vínculo biológico, el Estado francés habría excedido el margen de apreciación permitido.

Por lo tanto, el TEDH declaró admisible la demanda por violación al art. 8, distinguiéndose que en relación con el derecho de los demandantes esta se concreta en lo relativo al respeto de su vida familiar; y en lo atinente a las niñas, la violación también del art. 8 se produce en relación al derecho al respeto de su vida privada. Por ello, se obliga al Estado francés a que dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la sentencia resulte firme proceda a abonar a cada una de las niñas un total de 5.000 euros en concepto de daño "inmaterial"; y al Sr. y Sra. Mennesson, la suma de 15.000 euros, más cualquier impuesto que pueda ser debido a la base imponible, las costas y gastos.

### **III. Breves palabras de cierre**

Tapar el sol con las manos puede ser una salida rápida e incluso efectiva para evitar que los rayos molestos peguen de manera directa, pero tapar la realidad es algo diametralmente opuesto; es imposible.

La gestación por sustitución es una realidad que si se pretende que sea soslayada, los principales perjudicados serán los más vulnerables y a quienes diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales obligan a priorizar: los niños. Esto lo expone de manera expresa el TEDH en las dos sentencias que aquí se comentan brevemente a modo de puntapié inicial para un estudio más profundo. Estos precedentes son, en definitiva, un guiño positivo en favor de formas más contemporáneas de alcanzar la maternidad/paternidad, de seguir ampliando el terreno de las filiaciones, las identidades y las familias, en el que la noción de pluralidad habría venido a mover la estantería familiar.

Ya se preguntaba hace tiempo y con acierto la reconocida historiadora y psicoanalista francesa —para seguir a tono interpelando al derecho francés— Elizabeth Roudinesco acerca de si la familia está en "desorden" —una manera más moderna de preguntarse sobre si la familia está en crisis, como se afirmaba hace varios años atrás— y quien para incomodar aseveró: "No deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia. Desde finales del siglo XIX, cualquier cambio relacionado con la familia ha llevado a la sociedad al pánico: el divorcio, la igualdad de derechos de los padres, el aborto... Siempre se nos está diciendo que un apocalipsis está a punto de pasar, ¡y nunca pasa! Apocalipsis sería una humanidad que no quiera hijos".

¿El apocalipsis habría llegado al TEDH? La respetada máxima instancia judicial europea en materia de Derechos Humanos, una vez más, demostró que no hay tal apocalipsis, sino la realidad de lazos de afecto que buscan su lugar en el campo jurídico para no seguir siendo prohibidos, ni silenciados sino simplemente, regulados.

(1) Juzg. de Familia, San Lorenzo, "S.G.E.F.y.G.C.E.", 02/07/2012, La Ley, Cita online: AR/JUR/62130/2012; Juzg. en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nro. 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "D., C. G. y G., A. M. v. GCBA", 22/03/2012, AbeledoPerrot cita online: AP/JUR/288/2012.

(2) Juzg. de Familia de Gualeguay, "B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario", 19/11/2013, La Ley, cita online:

AR/JUR/89976/2013; Juzg. Nac. Civ. 86, "N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento", 18/06/2013, La Ley 01/07/2013, 2, cita online: AR/JUR/23081/2013.

(3) Para profundizar sobre las múltiples razones por las cuales el proyecto en su versión original regulaba en el entonces art. 562, un supuesto particular de reproducción asistida como lo es la gestación por sustitución ver: Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 2012-E, 960; también "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LA LEY, 2013-D, 195.

(4) 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](http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=183)