

Título: La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019

Autor: Kemelmajer de Carlucci, Aída

Publicado en: SJA 04/09/2019, 04/09/2019, 39 -

Cita: TR LALEY AR/DOC/2419/2019

Sumario: I. Límite de estas reflexiones.— II. La vía procesal de las Opiniones Consultivas en el sistema europeo y en el latinoamericano.— III. El procedimiento que antecedió a la OC de 2019 bajo comentario.— IV. Antecedentes de la solicitud de OC.— V. Las preguntas formuladas por la Casación.— VI. Los instrumentos internacionales implicados.— VII. El derecho comparado.— VIII. Delimitación del tema por decidir.— IX. Tratamiento de la primera cuestión.— X. Tratamiento de la segunda cuestión.— XI. La parte resolutive.— XII. Intentando balancear fortalezas y debilidades de la OC.— XIII. Impacto de la OC en la República Argentina.— XIV. Cierre provisorio.

#### I. Límite de estas reflexiones

Me he pronunciado a favor de la regulación legal de la llamada gestación por sustitución, en más de una ocasión [\(1\)](#). No es mi intención reiterar argumentos ni responder a las críticas que se han formulado a esa posición. Esta vez, solo me propongo comentar sintéticamente la Opinión Consultiva (de ahora en más OC) emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante TEDH) el 10/04/2019, a petición de Francia.

Al momento de la redacción de estas líneas, esta OC ha merecido variados comentarios, en el extranjero [\(2\)](#) y en la República Argentina [\(3\)](#). La noticia no pasó desapercibida para los medios de comunicación de diversos países, cuyos titulares, más y menos objetivos, difieren según la posición que se asume frente al resultado. Véase, por ejemplo, "The mountain gave birth to a mouse: The first Advisory Opinion under Protocol No. 16" [\(4\)](#) ; "The European Court of Human Rights delivers its advisory opinion concerning the recognition in domestic law of legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother" [\(5\)](#) ; "ECTHR delivers first advisory opinion under Protocol No. 16 on legal relationship in surrogacy" [\(6\)](#) ; "GPA: la CEDH impose l'obligation de reconnaître une filiation avec la mère d'intention" [\(7\)](#) ; "Premier avis consultatif de la CEDH: pas d'obligation de transcrire la parentalité d'intention pour les enfants nés d'une GPA à l'étranger" [\(8\)](#) ; "GPA: la CEDH prône une reconnaissance de la filiation de la mère d'intention" [\(9\)](#) ; un retour vers la conception biologique de la filiation" [\(10\)](#) ; "Les enfants issus de la GPA et de la PMA: la France en pleine évolution!" [\(11\)](#) ; "GPA et "mère d'intention": la justice européenne consacre le droit à la filiation" [\(12\)](#) ; "Jumelles nées par GPA. La justice européenne consacre le droit à la filiation" [\(13\)](#) ; "GPA: la CEDH impose l'obligation de reconnaître une filiation avec la mère d'intention" [\(14\)](#), etcétera.

Para algunos, entonces, la OC consolidó la posición de la madre de intención, en tanto la Corte obliga a Francia a reconocer esa filiación y, consecuentemente, el derecho francés evoluciona favorablemente; para otros, el TEDH ha retornado hacia la filiación biológica; no faltan los que señalan que Francia no está obligada a eliminar la prohibición de la gestación a ningún efecto, etcétera.

En este comentario intentaré sintetizar los diferentes aspectos que, de uno o de otro modo, dan motivos a la disparidad de los titulares transcritos. Para evitar subjetividades, los acápites que siguen prácticamente se limitan a transcribir los párrafos pertinentes de la OC (a veces agregando cursivas para destacar cuestiones relevantes). Recién en el parág. 12 señaló los aspectos que, en mi opinión, muestran que, en definitiva, el paso dado es a favor del interés superior del niño nacido de esta práctica y, consecuentemente de la aceptación de este método de llegar a la filiación.

#### II. La vía procesal de las Opiniones Consultivas en el sistema europeo y en el latinoamericano

Las OC son frecuentes en el derecho regional latinoamericano de los Derechos Humanos. En efecto, la Corte IDH ha emitido una cantidad nada desdeñable de documentos de este tipo. La competencia del tribunal y la fuerza obligatoria de la Opinión han sido señaladas, especialmente, en las más recientes; así, por ej., en la Opinión consultiva OC-24/17, de 24-11-2017 [\(15\)](#), solicitada por la República de Costa Rica, la Corte dijo:

"17. El art. 64.1 de la Convención, al referirse a la facultad de la Corte de emitir una opinión sobre "otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" es amplio y no restrictivo. De ese modo, la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano. 18. Por ende, al interpretar la Convención en el marco de su función consultiva y en los términos del art. 29.d) de la

Convención, la Corte podrá recurrir a la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

"21. La función consultiva constituye 'un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos'.

"22. Al respecto, la Corte reitera, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva busca no solo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, coadyuvar a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se trata, en efecto, de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos.

"25. Asimismo, la Corte estima que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan sino que, en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva y en vista de lo previsto en el art. 2º de la Convención y del propósito de las opiniones consultivas de 'coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales' sobre derechos humanos, puede también sugerir, en tanto medidas de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos humanos, la adopción de tratados u otro tipo de normas internacionales sobre las materias objeto de aquellas.

"26. La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que inegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, 'la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos'.

"27. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (art. 3º.1) y la Carta Democrática Interamericana (arts. 3º, 7º, 8º y 9º), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección a personas LGBTI y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos".

En el derecho europeo, la OC es un instrumento de menor fuerza, tal como lo muestran las consideraciones generales vertidas por el TEDH que, aunque comienzan con expresiones similares a las transcritas, se debilitan a medida que la argumentación se va desarrollando:

"25. El Tribunal observa que, como se indica en el preámbulo del Protocolo 16, el objetivo del procedimiento de dictamen es fortalecer la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales, reforzando así la aplicación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad, al permitir que los tribunales nacionales designados soliciten al Tribunal que emita un dictamen sobre 'cuestiones fundamentales relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o en sus protocolos' (art. 1º, apart. 1º, del Protocolo 1). 16) que surjan 'en el contexto de un caso incoado ante él' (art. 1º, apart. 2º, del Protocolo 16). El objetivo del procedimiento no es trasladar el litigio al Tribunal, sino más bien orientar al órgano jurisdiccional solicitante sobre las cuestiones relativas al Convenio a la hora de decidir el asunto planteado (véase el apart. 11 del Informe Explicativo). El Tribunal no tiene competencia ni para evaluar los hechos de un asunto, ni para evaluar el fondo de las opiniones de las partes sobre la interpretación del derecho interno a la vista del derecho del Convenio, ni para pronunciarse sobre el resultado de las actuaciones. Su función se limita a emitir un dictamen sobre las cuestiones que se le someten. Corresponde al órgano jurisdiccional solicitante resolver las cuestiones planteadas por el asunto y extraer, en su caso, las conclusiones que se desprendan del dictamen emitido por el Tribunal sobre las disposiciones de Derecho nacional invocadas en el asunto y sobre su resultado.

"Deduce de los aparts. 1º y 2º del art. 1º del Protocolo 16 que los dictámenes que emita en virtud de este Protocolo deben limitarse a los puntos directamente relacionados con los procedimientos pendientes a nivel nacional. Su valor radica igualmente en proporcionar a los tribunales nacionales orientación sobre cuestiones fundamentales en relación con el Convenio aplicable en asuntos similares".

Finalmente, más adelante, el TEDH señala lo siguiente:

"[T]endrá debidamente en cuenta las observaciones escritas y los documentos presentados por los distintos participantes en el procedimiento, pero subraya que su tarea no consiste en responder a todos los motivos y argumentos presentados, ni en exponer detalladamente los fundamentos de su respuesta; su función no consiste en pronunciarse en los procedimientos contradictorios sobre las demandas contenciosas mediante una sentencia vinculante, sino más bien, en el plazo más breve posible, en proporcionar al órgano jurisdiccional solicitante una orientación que le permita garantizar el respeto de los derechos consagrados en el Convenio a la hora de resolver el asunto de que conoce".

III. El procedimiento que precedió a la OC de 2019 bajo comentario

El TEDH recuerda:

a) En octubre de 2018, de conformidad con el art. 1º del Protocolo 16 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el Tribunal de Casación francés le solicitó que emitiera una opinión consultiva sobre los puntos que más adelante especifica.

b) En diciembre del mismo año, aceptó la solicitud y, días después, invitó a las partes a presentar observaciones escritas antes del 16/01/2019. En dicho plazo, se presentaron Dominique Mennesson, Fiorella Mennesson, Sylvie Mennesson y Valentina Mennesson; también lo hizo el gobierno francés; en cambio, no ejercieron esa facultad ni el Fiscal General del Tribunal de Apelación de París, ni la Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa. También se recibieron observaciones escritas de los Gobiernos del Reino Unido, la República Checa e Irlanda, la Defensora del Pueblo de Francia y el Centro de Estudios Interdisciplinarios de Género del Departamento de Sociología e Investigación Social de la Universidad de Trento, y las organizaciones no gubernamentales Centro AIRE, Fundación Helsinki para los Derechos Humanos, ADF International, la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación subrogada y la Asociación de Médicos Católicos de Bucarest. Copia de las observaciones recibidas fueron remitidas al Tribunal de Casación, que no realizó comentario alguno.

Tras la conclusión de la fase escrita, el presidente de la Gran Sala decidió no celebrar ninguna vista oral.

IV. Antecedentes de la solicitud de OC

a) En la sentencia "Mennesson vs. France" (nro. 65192/11) de 2014, el TEDH examinó, desde el punto de vista del art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos, la negativa francesa de reconocer la relación paterno-filial establecida legalmente en Estados Unidos a favor de dos niñas nacidas por el método de la gestación por sustitución. Los demandantes (los padres de intención y las mellizas representadas por estos) precisaron que, de conformidad con la legislación californiana, la gestante no había recibido remuneración alguna, limitándose a cobrar los gastos.

En aquella sentencia de 2014, el TEDH sostuvo que no se había vulnerado el derecho al respeto de su vida familiar de las niñas ni de los progenitores comitentes, pero sí el derecho al respeto de la vida privada de las niñas. Subrayó que "el respeto de la vida privada exige que toda persona pueda establecer su identidad como ser humano individual, lo que incluye la relación jurídica paterno-filial" y que "está en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas en lo que se refiere a la relación jurídica paterno-filial". Añadió que el "derecho al respeto de la vida privada de los niños nacidos en el extranjero a través de la gestación subrogada —que implica que toda persona debe poder determinar la esencia de su identidad, incluida la relación jurídica paterno-filial— se vio sustancialmente afectado por la falta de reconocimiento en la legislación francesa de la relación jurídica paterno-filial entre estos niños y los progenitores comitentes".

En consecuencia, "se planteó una cuestión grave en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior de los niños cuyo respeto debe guiar cualquier decisión" y se pronunció expresamente sobre la cuestión del reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial (lien de filiation) entre las dos niñas y el padre comitente, quien era su padre biológico.

Recuerda que el Tribunal de Primera Instancia había declarado lo siguiente:

"100. El análisis adquiere una dimensión especial cuando, como en el caso que nos ocupa, uno de los padres comitentes es también el padre biológico del niño. Vista la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad... no puede decirse que redunde en interés del niño privarlo de una relación jurídica de esta naturaleza cuando se ha establecido la realidad biológica de esa relación y el niño y el progenitor de que se trate exigen su pleno reconocimiento. No solo no se reconocía la relación entre las niñas y su padre biológico cuando se solicitaba la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento, sino que el reconocimiento formal mediante una declaración de paternidad o adopción o mediante el efecto del disfrute de facto del estado civil sería contrario a la prohibición establecida por el Tribunal de Casación en su jurisprudencia a este respecto... El

Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción sobre la identidad y el derecho al respeto de la vida privada de los [niños], que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de discrecionalidad".

b) En su solicitud de OC, la Casación francesa relató que, a raíz de la sentencia "Mennesson", su jurisprudencia posterior responde a las siguientes pautas:

— el registro de los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido por medio de una gestante en el extranjero es posible en la medida en que el certificado designe al padre comitente como padre biológico del niño.

— en cambio, continúa siendo imposible con relación a la madre comitente;

— no obstante, la madre comitente tiene la opción de adoptar al niño, creándose así una relación jurídica con el niño si: (i) está casada con el padre, (ii) se cumplen las condiciones legales y (iii) prevalece el interés del niño. Por lo demás, la legislación francesa facilita la adopción por uno de los cónyuges del hijo del otro cónyuge.

c) El TEDH también relata que en una resolución adoptada el 21 de septiembre de 2017 [CM/ResDH (2017-286)], el Comité de Ministros del Consejo de Europa declaró que había ejercido las funciones que le correspondían por el art. 46.2 del Convenio en relación con la ejecución de esa sentencia, y decidió dar por concluido su examen del caso.

d) Ahora bien, el mayo de 2017, autorizados por la reforma al art. L. 452-1 del Código de Organización Judicial, los señores Mennesson, en representación de sus hijas menores de edad, pidieron la revisión de la sentencia que había anulado la orden de inscripción de la partida californiana; el Tribunal francés de Revisión de Sentencias Civiles aprobó esa solicitud de revisión. En el contexto de ese procedimiento de revisión, la Casación solicitó al TEDH la OC, suspendiendo el procedimiento local.

#### V. Las preguntas formuladas por la Casación

La Casación francesa planteó las siguientes preguntas:

"1. Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los detalles del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, en la medida en que el certificado designa a la 'madre comitente' (16) como 'madre legítima', al tiempo que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al 'padre comitente', que es el padre biológico del niño, ¿el Estado Parte se extralimita en su margen de discrecionalidad en virtud del art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe hacerse una distinción dependiendo de que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la 'madre comitente'?"

"2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos preguntas anteriores, ¿la posibilidad de que la madre comitente adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, como medio para establecer la relación jurídica materno-filial, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del art. 8º del Convenio?"

#### VI. Los instrumentos internacionales implicados

El TEDH manifiesta que para decidir ha tenido en consideración:

a) Los arts. 2º, 3º, 7º, 8º, 9º y 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y a los arts. 1º y 2º del Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución y la pornografía infantil.

b) Las actividades de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

c) El informe de 15 de enero de 2018 del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y explotación sexual de los niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros precedentes sobre abuso sexual infantil (A/HRC/37/60).

#### VII. El derecho comparado

Como es frecuente en sus sentencias, a partir del punto 22, el TEDH da una verdadera clase de derecho comparado que, en el caso, abarcó cuarenta y tres Estados contratantes del Convenio, sin incluir a Francia; a tal efecto, menciona: Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República de Macedonia del Norte,

Rumania, Rusia, Serbia, Suecia, Turquía y Ucrania.

Expresamente señala:

"23. El estudio muestra que en nueve de esos cuarenta y tres Estados se permiten los acuerdos de gestación subrogada, que aparentemente se toleran en otros diez y que están prohibidos explícita o implícitamente en los veinticuatro Estados restantes. Además, en treinta y uno de los Estados interesados, incluidos doce en los que se prohíben dichos acuerdos de gestación subrogada, es posible para un padre comitente que es el padre biológico acreditar la paternidad con respecto a un niño nacido por medio de la gestación subrogada. En diecinueve de los cuarenta y tres Estados (Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Eslovenia, España, Finlandia, Georgia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia y Ucrania), incluidos siete que prohíben los acuerdos de gestación subrogada (Finlandia, Alemania, Luxemburgo, Noruega, Eslovenia, España y Suecia), es posible que la madre comitente acredite la maternidad de un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada con el que no esté genéticamente relacionada.

"24. El procedimiento para establecer o reconocer una relación jurídica paterno-filial entre los niños nacidos a través de un acuerdo de gestación subrogada y los padres comitentes varía de un Estado a otro, y pueden existir varios procedimientos diferentes dentro de un mismo Estado. Las vías disponibles incluyen el registro del certificado de nacimiento extranjero, la adopción o los procedimientos judiciales que no impliquen la adopción. En particular, la inscripción del certificado de nacimiento extranjero es posible en dieciséis de los diecinueve Estados miembros encuestados en los que se toleran o permiten los acuerdos de gestación subrogada (Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, Georgia, Grecia, Moldavia, los Países Bajos y la República de Macedonia del Norte), Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Ucrania y el Reino Unido) y en siete de los veinticuatro Estados que prohíben tales acuerdos (Alemania, Austria, Finlandia, Islandia, Malta, Noruega y Turquía), al menos en la medida en que el certificado designe a un progenitor aspirante con un vínculo genético con el niño. En los diecinueve Estados que permiten o toleran los acuerdos de gestación subrogada y en nueve de los veinticuatro Estados que los prohíben, es posible establecer o reconocer una relación jurídica entre padres e hijos mediante procedimientos judiciales que no impliquen la adopción. Mientras tanto, la adopción es posible en cinco de los Estados que permiten o toleran los acuerdos de gestación subrogada (Albania, Bélgica, la República Checa, los Países Bajos y Portugal) y en doce de los veinticuatro Estados que los prohíben (Alemania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Suecia y Turquía), en particular en lo que respecta a los progenitores que no tienen parentesco genético con el niño".

#### VIII. Delimitación del tema por decidir

Dada la novedad del instrumento, el TEDH se considera obligado a limitar el tema sobre el que se pronunciará. En este sentido, dice:

"27. La presente solicitud de dictamen se formuló en el contexto de un procedimiento interno destinado a revisar el recurso sobre cuestiones de derecho interpuesto por los demandantes en el caso 'Menesson', en el que el Tribunal sostuvo que no se había violado el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, pero concluyó que se había violado el derecho de los niños al respeto de su vida privada. Por lo tanto, parece que los procedimientos nacionales se refieren al reconocimiento en el ordenamiento jurídico francés —teniendo en cuenta el derecho de los niños al respeto de su vida privada— de una relación jurídica paterno filial entre una madre comitente y sus hijos nacidos en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebidos utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, en una situación en la que es posible el registro de los detalles de la partida de nacimiento en el extranjero, en la medida en que el certificado designe al padre comitente cuando se trate del padre biológico de los niños.

"Por consiguiente, los procedimientos internos no se refieren a una situación en la que un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada haya sido concebido utilizando los óvulos de la madre comitente.

"29. De lo anterior se deduce también que el dictamen no abordará situaciones que impliquen acuerdos tradicionales de gestación subrogada, es decir, en las que el niño haya sido concebido utilizando los óvulos de la gestante subrogada. Es más, las cuestiones planteadas por el Tribunal de Casación no se refieren a tales situaciones.

"30. De ello se deduce, además, que el dictamen no abordará el derecho al respeto de la vida familiar de los niños o de los padres comitentes, ni el derecho de estos últimos al respeto de su vida privada.

"31. En consecuencia, el dictamen del Tribunal tratará dos cuestiones.

"32. En primer lugar, se abordará la cuestión de si el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del art. 8º del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada, que



exige que la relación jurídica entre el niño y el padre comitente, cuando este sea el padre biológico, sea reconocida en la legislación nacional, también exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer la relación jurídica paterno filial con la madre comitente, que en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero se designa como 'madre legítima', en una situación en la que el niño fue concebido utilizando los óvulos de una tercera donante y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional.

"33. En segundo lugar, si se responde afirmativamente a la primera pregunta, se abordará la cuestión de si el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente constituido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por parte de la madre comitente.

"Parece claro, entonces que, a diferencia de su par la Corte IDH, el TEDH está interesado en delimitar el campo de la OC, no adelantar opinión ni siquiera sobre temas conexos e ingresar solo en el tema puntual del caso planteado, que responde a los siguientes datos:

"(i) niñas nacidas en un país que autoriza la gestación por sustitución;

"(ii) niñas nacidas con óvulo de una tercera persona; o sea, la madre comitente no aportó el material genético;

"(iii) la partida de nacimiento extranjera reconoce la maternidad de la comitente;

"(iv) el derecho interno ha reconocido la filiación respecto del padre comitente que también es padre biológico".

#### IX. Tratamiento de la primera cuestión

El TEDH recuerda que, según su jurisprudencia, "el art. 8º del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero y el padre comitente en el caso de que sea el padre biológico".

En efecto, en "Mennesson" (§§ 100-01) afirmó que la falta de esa posibilidad entrañaba una violación del derecho del niño al respeto de su vida privada garantizado por el art. 8º (véase "Mennesson", citado anteriormente; a igual conclusión llegó en los casos "Labassee vs. Francia", nro. 65941/11, de 26 de junio de 2014; "Foulon y Bouvet vs. Francia", nro. 9063/14 y nro. 10410/14, de 21/07/2016; y "Laborie vs. Francia", nro. 44024/13, de 19 de enero de 2017).

Puntualiza que, hasta la fecha, en los casos que ha condenado por verificar esa violación, ha existido vínculo biológico con, al menos, uno de los progenitores comitentes (véanse las sentencias contra Francia citadas y la decisión en el asunto "Paradiso y Campanelli vs. Italia" ([GS], nro. 25358/12, § 195, de 24 de enero de 2017).

Observa a este respecto que la cuestión que debe abordarse en el presente asunto incluye explícitamente el elemento fáctico de un padre con un vínculo biológico con el niño en cuestión. El Tribunal limitará su respuesta en consecuencia, dejando claro que en el futuro podría verse obligado a seguir desarrollando su jurisprudencia en este ámbito, en particular a la vista de la evolución de la cuestión de la gestación subrogada.

"37. En el contexto de la presente solicitud para determinar si el art. 8º del Convenio exige que el derecho interno prevea la posibilidad de reconocer la relación entre un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y la madre comitente, se tendrán en cuenta especialmente dos factores:

i) el interés superior del niño y

ii) el alcance del margen de discrecionalidad de que disponen los Estados contratantes.

A partir del párrafo 38, el tribunal trata la cuestión del interés superior del niño y dice:

"El Tribunal se remite al principio fundamental según el cual, cuando se trata de la situación de un niño, el interés superior de este es primordial.

"39. El Tribunal reconoció en 'Mennesson' y en 'Labassee' que:

"Francia [podría] intentar disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para aprovechar los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio". No obstante, observó que los efectos de la falta de reconocimiento en el Derecho francés de la relación jurídica paterno-filial entre los niños así concebidos y los padres comitentes no se limitan únicamente a los padres que han optado por un método particular de reproducción asistida prohibido por las autoridades francesas. También afectan a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada se ve sustancialmente afectado.

"40. La falta de reconocimiento de una relación jurídica entre un niño nacido a través de un acuerdo de gestación subrogada llevado a cabo en el extranjero y la madre comitente tiene, por lo tanto, un impacto negativo en varios aspectos del derecho de ese niño al respeto de su vida privada. En términos generales, la falta de reconocimiento en el derecho interno de la relación entre el niño y la madre comitente es perjudicial para el niño, ya que lo coloca en una situación de inseguridad jurídica con respecto a su identidad en la sociedad (§§ 96 y 75 respectivamente).

"En especial, existe el riesgo de:

"(i) que a esos niños se les niegue el acceso a la nacionalidad de la madre comitente que garantiza la relación jurídica paterno-filial;

"(ii) puede resultarles más difícil permanecer en el país de residencia de la madre comitente (aunque este riesgo no se plantea en el asunto planteado ante el Tribunal de Casación, ya que el padre comitente, que también es el padre biológico, tiene la nacionalidad francesa) ".

El TEDH reconoce los inconvenientes a partir del párr. 41 cuando afirma que:

"Es consciente de que, en el contexto de los acuerdos de gestación subrogada, el interés superior del niño no implica simplemente el respeto de estos aspectos de su derecho a la vida privada. Incluyen otros componentes esenciales que no necesariamente pesan a favor del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, como la protección contra los riesgos de abuso que implican los acuerdos de gestación subrogada (véase 'Paradiso' y 'Campanelli', citados anteriormente, § 202) y la posibilidad de conocer el origen de la persona (véase, por ejemplo, 'Mikulic vs. Crocia', no. 53176/99, §§ 54-55, TEDH 2002-I).

"42. No obstante, habida cuenta de las consideraciones expuestas en el párr. 40 supra y del hecho de que el interés superior del niño también supone identificar jurídicamente a las personas responsables de su educación, satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, así como la posibilidad de que el niño crezca y se desarrolle en un entorno estable, el Tribunal considera que la imposibilidad general y absoluta de obtener el reconocimiento de la relación entre un niño nacido por medio de un contrato de gestación subrogada celebrado en el extranjero y la madre comitente es incompatible con el interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto".

A partir del párr. 43, el TEDH desarrolla una figura que le es muy cara, cuál es la del margen de discrecionalidad del Estado y recuerda:

"Tal como señaló en 'Mennesson' y 'Labassee', el alcance del margen de discrecionalidad de los Estados variará según las circunstancias, el objeto y el contexto; a este respecto, uno de los factores pertinentes puede ser la existencia o inexistencia de un terreno común entre las leyes de los Estados contratantes. Por ello, cuando no haya consenso en los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la importancia relativa del interés en cuestión o sobre la mejor manera de protegerlo, en particular cuando el caso plantee cuestiones morales o éticas delicadas, el margen de apreciación será amplio. El mencionado estudio de Derecho comparado muestra que, a pesar de una cierta tendencia hacia la posibilidad de reconocer legalmente la relación entre los niños concebidos a través de la gestación subrogada en el extranjero y los padres comitentes, no existe consenso en Europa sobre esta cuestión (véase el párr. 23 supra).

"45. En la práctica, lo que se plantea en el contexto del reconocimiento de una relación jurídica paterno-filial entre los niños nacidos de madres de alquiler y los padres comitentes va más allá de la cuestión de la identidad de los niños. Intervienen otros aspectos esenciales de su vida privada cuando se trata del entorno en el que viven y se desarrollan y de las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar (véanse también los párrs. 40 a 42 supra). Esto apoya aún más la conclusión del Tribunal respecto a la reducción del margen de apreciación.

"46. En resumen, teniendo en cuenta las exigencias del interés superior del niño y el reducido margen de apreciación, el Tribunal opina que, en una situación como la mencionada por el Tribunal de Casación en sus preguntas, delimitadas por el Tribunal, el derecho al respeto de la vida privada, en el sentido del art. 8º del Convenio, de un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada requiere que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la 'madre legítima'.

"47. A pesar de que el procedimiento interno no trata el asunto de un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y concebido con óvulos de la madre comitente, el Tribunal considera importante subrayar que, cuando la situación es similar a la planteada en el presente procedimiento, en tal caso se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la

madre comitente".

#### X. Tratamiento de la segunda cuestión

A partir del párrafo 48 el tribunal describe la segunda cuestión de la siguiente manera:

"La segunda cuestión se refiere a si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero, en una situación en la que fue concebido utilizando los óvulos de una tercera parte donante, requiere que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero, o si podría permitir que se utilizaran otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente.

"49. En tal situación, el interés del niño es que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible. Como se ha mencionado anteriormente, siempre que, y hasta que dicha relación sea reconocida por la legislación nacional, el niño se encuentra en una situación vulnerable en lo que respecta a varios aspectos de su derecho al respeto de la vida privada.

"50. No obstante, de ello no puede deducirse que los Estados contratantes estén obligados a optar por la inscripción de los datos de las partidas de nacimiento legalmente establecidas en el extranjero.

"51. El Tribunal observa que no existe consenso en Europa sobre esta cuestión: siempre que sea posible establecer o reconocer una relación jurídica entre el niño y los progenitores comitentes, el procedimiento varía de un Estado a otro (véase el apart. 24 supra). El Tribunal también observa que la identidad de una persona se cuestiona menos directamente cuando la cuestión no es el principio mismo del establecimiento o reconocimiento de su filiación, sino más bien los medios que deben aplicarse con ese fin. "Por consiguiente, el Tribunal considera que la elección de los medios para permitir el reconocimiento de la relación jurídica entre el menor y los progenitores comitentes se encuentra dentro del margen de apreciación de los Estados.

"52. Además de esta constatación relativa al margen de apreciación, el Tribunal considera que el art. 8º del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer ab initio una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente in concreto y no in abstracto— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica.

"53. El interés superior del niño, entendido de esta manera, no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción, que, con respecto al reconocimiento de esa relación, produce efectos similares al del registro de los datos de los nacimientos en el extranjero.

"54. Lo esencial es que, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, debería existir un mecanismo eficaz que permita reconocer la relación entre el niño y la madre comitente, lo antes posible y en todo caso cuando dicha relación se haya convertido en una realidad práctica.

"La adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita adoptar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo período en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación. Es evidente que estas condiciones deben incluir una evaluación por parte de los tribunales del interés superior del menor a la vista de las circunstancias del caso.

"55. En resumen, dado el margen de apreciación de que disponen los Estados en cuanto a la elección de los medios, las alternativas al registro, en particular la adopción por parte de la madre comitente, pueden considerarse aceptables en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

"56. El Tribunal de Casación declaró en su solicitud de dictamen que la legislación francesa facilita la adopción del hijo del cónyuge. Esto podría ser una adopción plena (adoption plénière) o una adopción general (adoption simple).

"57. El Gobierno francés alega que, entre el 05/07/2017 y el 2 de mayo de 2018, prácticamente todas las solicitudes de adopción del hijo del cónyuge relativas a hijos nacidos de madres de alquiler en el extranjero



fueron aceptadas.

El Tribunal observa, sin embargo, que este procedimiento solo está disponible para los padres comitentes que estén casados. Además, de las observaciones del Defensor del Pueblo francés se desprende en especial que persiste la incertidumbre en cuanto a las modalidades de adopción del hijo del cónyuge en este contexto, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de obtener el consentimiento previo de la madre de alquiler.

"58. Dicho esto, en el marco de su dictamen no le corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si la normativa francesa sobre adopción cumple los criterios enunciados en los párrs. 54 a 55 supra. Esa es una cuestión que deben decidir los tribunales nacionales, teniendo en cuenta la posición vulnerable de los niños en cuestión mientras los procedimientos de adopción se encuentran pendientes.

"59. Por último, el Tribunal es consciente de la complejidad de las cuestiones planteadas por los acuerdos de gestación subrogada. Indica que la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado ha estado trabajando en una propuesta de convenio internacional destinada a abordar estas cuestiones sobre la base de principios que deben ser aceptados por los Estados que se adhieran a dicho instrumento".

#### XI. La parte resolutive

El tribunal concluye lo siguiente.

En una situación en la que, como en el escenario descrito en las preguntas planteadas por el Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero a través de un acuerdo de gestación subrogada y concebido utilizando los gametos del padre comitente y de una tercera donante, y en la que la relación jurídica paterno-filial con el padre comitente ha sido reconocida en la legislación nacional:

1. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio exige que la legislación nacional prevea la posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legítima".

2. El derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8º del Convenio no exige que dicho reconocimiento adopte la forma de inscripción en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los datos de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente, siempre que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que pueda ser aplicado con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño.

#### XII. Intentando balancear fortalezas y debilidades de la OC

##### XII.1. La "celeridad" impresa al procedimiento de la OC

Las mellizas Mennesson cumplieron dieciocho años en 2019; sus padres están luchando por la determinación de su identidad desde que nacieron, salieron lícitamente de California e ingresaron a territorio francés; es evidentemente absurdo hablar de celeridad de la respuesta.

Sin embargo, el título de este párrafo no se refiere a la situación real de estas dos personas, que acompañan la lucha de sus padres contra el sistema jurídico francés desde los primeros años de su adolescencia, tal como puede verse en numerosos videos de Internet [\(17\)](#).

Solo habla del procedimiento llevado adelante en la OC. Como es bien sabido, el TEDH tiene un gran problema de sobrecarga que le impide resolver en tiempos razonables ni siquiera las denuncias contra los países que, precisamente, violan el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 6º de la Convención) [\(18\)](#); por eso, se ha dicho con razón: "El hecho frecuente de que los tribunales superiores amonesten los retrasos producidos por los inferiores es sencillamente grotesco: el Tribunal Supremo reprocha sus retrasos a los superiores tribunales de justicia de las comunidades autónomas y luego viene el Tribunal Constitucional que le amonesta a él por el mismo motivo. Pero a continuación aparece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin tener en cuenta sus propios retrasos, recrimina al tribunal constitucional español por los suyos. La administración de justicia, en suma, se ha hundido en un estado comatoso en el que ya no reacciona ante nada; nadie se siente culpable y todo resbala sobre la resignación y la indiferencia" [\(19\)](#).

No obstante, como he reseñado, la Casación francesa solicitó la OC en octubre de 2018 y en abril de 2019, habiendo cumplido estrictamente con el procedimiento previsto en el Protocolo 16, el TEDH emitió su decisión.

Seguramente, esta tramitación diligente tuvo en consideración que el tribunal local suspendió el trámite de revisión, a la espera de la respuesta del tribunal regional, hecho que motivó una nueva dilación en la resolución definitiva del derecho a la identidad, cuyo impacto, seguramente, el tribunal de derechos humanos quiso atemperar.

## XII.2. Primer punto relevante

No puede negarse que, en estos últimos tiempos, ha reverdecido una "feroz" oposición a la gestación por sustitución, tanto desde "las izquierdas" como desde "las derechas" (20), con argumentaciones de tipo fundamentalistas, que juegan al todo o nada, a punto tal, que la práctica médica ha sido analizada entre los supuestos posibles de explotación sexual, como ocurre con el informe de 15 de enero de 2018 del Relator Especial de las Naciones Unidas (A/HRC/37/60), recordado por el TEDH; otro tanto podría sostenerse del voto firmado por cuatro jueces (Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov) en el caso "Paradiso & Campanelli vs. Italia", manifiestamente contrario a la práctica, por considerarla ilícita,

Por el contrario, en la decisión que resuelve la OC, suscripta por unanimidad, nada hay que permita al lector siquiera sospechar que la gestación por sustitución, en sí misma, es considerada por el TEDH como una técnica contraria a los derechos humanos, o inmoral o antijurídica.

Es verdad que señala los riesgos de la práctica (parág. 41), pero los marca solo como eventuales y controlables y, a su vez, indica los peligros derivados del no reconocimiento de esa filiación (parág. 40).

Este punto de partida es altamente significativo porque, a pesar de un derecho comparado disperso, con elementos adversos, el TEDH, una vez más, rechazó las abstracciones generalizantes, tan negativas en esta materia. En efecto, nadie niega que, en algunos supuestos, ciertas mujeres prestan su cuerpo en especiales situaciones de vulnerabilidad (de allí que en algunos sistemas jurídicos se reclame control judicial previo al implante), pero esa circunstancia no debe generar una prohibición absoluta de la práctica médica sino, precisamente, su regulación legal.

## XII.3. El interés superior del niño, niña o adolescente, faro que guía toda decisión en la que está implicado

El segundo punto positivo es que el TEDH coloca al interés superior del niño como faro que guía el camino de la solución.

Consecuentemente:

a) Llama "madre" a la comitente. O sea, el interés superior de ese niño es tener vínculos de filiación con la comitente, desde que es ella quien se ocupa de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar. La terminología usada no es neutral, especialmente, porque la situación sigue encuadrada dentro del derecho a la vida privada (identidad) y no del derecho a la vida familiar (porque los Mennesson reconocen que tienen vínculos familiares y viven como tales).

b) No se ocupa de las reglas de derecho internacional público, aunque pudiesen poner barreras a la inscripción de la partida extranjera (21), porque en sus decisiones anteriores dejó establecida la obligatoriedad del reconocimiento, al menos en lo que se refiere al padre biológico.

c) No niego que, en este caso, habiendo transcurrido dieciocho años desde el nacimiento, una decisión con algo más de coraje podría haber dejado más claro que, siendo verificable ese interés en concreto y no en abstracto, Francia debía establecer el vínculo jurídico sin más trámite, o sea, inscribiendo en la partida también el nombre de la madre de intención. No obstante, no puedo ignorar que se trató de la primera opinión consultiva y que el tribunal, al parecer, quiso mostrarse sumamente cauteloso sobre los efectos del nuevo instrumento.

## XII.4. ¿Un retorno al biologicismo?

Como he señalado en otra oportunidad, el caso "Paradiso-Campanelli vs. Italia" no puede tomarse como precedente en materia de gestación por sustitución porque el voto mayoritario se limitó a analizar si debían o no prevalecer los derechos de una pareja que, sin aportar material genético alguno y violando normas nacionales, había viajado al extranjero para tener un hijo con la ayuda de otra persona; el problema no giró en torno a la aceptación o no de la gestación por sustitución, sino a la forma en la que el proceso se desarrolló. Por lo demás, al momento de la decisión por el TEDH, el niño nacido en Rusia ya había sido adoptado por otra familia italiana, por lo que el interés superior del niño estaba plenamente asegurado (22).

Por eso, en esta ocasión, analizo el elemento biológico solo desde la perspectiva de la OC.

a) La importancia del factor genético surge clara de estas circunstancias:

Siguiendo el planteo de la Casación francesa, el TEDH distingue entre la obligación de inscribir la partida respecto del padre biológico y respecto de la madre de intención, que en este caso no lo había aportado.

Para la primera consolida su jurisprudencia y, consecuentemente, insiste en la obligación de inscribir la partida. Para la segunda, en cambio, abre las puertas —aunque con limitaciones— al margen de apreciación de los Estados.

Más aún, señala que, "47. A pesar de que el procedimiento interno no trata el asunto de un niño nacido en el

extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada y concebido con óvulos de la madre comitente, el Tribunal considera importante subrayar que, cuando la situación es similar a la planteada en el presente procedimiento, en tal caso se ejerce con más razón la exigencia de prever la posibilidad de reconocer la relación jurídica entre el niño y la madre comitente".

b) Sin embargo, la importancia de la voluntad procreacional no es menor. En efecto:

El TEDH remarca que el Estado debe crear un mecanismo para establecer vínculos jurídicos con la madre de intención que no aportó los óvulos porque, insisto, el interés superior del niño supone identificar jurídicamente, sin dilaciones y eficazmente, a las personas responsables del cuidado, educación, crianza, etc. O sea, el margen de discrecionalidad del Estado se reduce a optar entre diversas vías, pero no puede negar ese vínculo, especialmente, si la relación legalmente establecida en el extranjero se ha convertido en una realidad práctica. O sea, la Corte impone a los Estados reconocer esta maternidad [\(23\)](#).

Más aún, ese margen de discrecionalidad para la elección de la vía no es absoluto; está condicionado a que la incertidumbre sobre la relación jurídica con la madre comitente sea lo más breve posible"; en suma, el mecanismo de determinación debe ser eficaz.

Por eso, la adopción puede cumplir este requisito siempre que las condiciones que la regulen sean adecuadas y el procedimiento permita adoptar rápidamente una decisión, de modo que el niño no se encuentre durante un largo período en una situación de inseguridad jurídica en cuanto a dicha relación.

#### XII.5. Aplicación de estas pautas a los comitentes de igual sexo

¿Se aplican estas pautas al caso de comitentes del mismo sexo?

La respuesta es afirmativa, sobre todo, porque tanto en Europa, como en América Latina, se ha reconocido a las parejas del mismo sexo, casadas o no, el derecho a la vida familiar.

Esta afirmación no es dudosa en la Argentina, pero tampoco debería serlo en ningún país adherido al sistema interamericano de derechos humanos después de la OC-24/17, de 24/11/2017, antes citada.

#### XII.6. Algunos puntos no resueltos por la OC abiertos a nuevos desafíos

Como dije, el TEDH delimitó el tema a decidir; como dicen algunos comentarios, prefirió decir muy poco a decir demasiado (son apenas 7 páginas, muy breve si se las compara con las decisiones habituales del tribunal) [\(24\)](#).

Por eso, la OC no se pronuncia sobre el interés superior del niño nacido:

- a) en un país que prohíbe la gestación por sustitución;
- b) en un país que la permite, pero la práctica se realizó sin cumplir con los recaudos establecidos;
- (b) en un país que no prohíbe ni regula la gestación por sustitución.

#### XII.7. La necesidad de una respuesta desde los tratados internacionales

El TEDH menciona dos veces a la Conferencia de la Haya sobre derecho internacional privado; la primera, para señalar que la ha tenido en consideración; la segunda para reconocer, dada la complejidad de las cuestiones planteadas por los acuerdos de gestación subrogada, que se está "trabajando en una propuesta de convenio internacional destinada a abordar estas cuestiones sobre la base de principios que deben ser aceptados por los Estados que se adhieran a dicho instrumento".

Efectivamente, aunque la tarea no está concluida, ese organismo está preocupando por la cuestión desde 2011 [\(25\)](#) y pareciera que la solución puede provenir de una convención de derecho internacional privado que resuelva la cuestión, como sucede, por ejemplo, con los supuestos de adopción o de secuestro internacional de niños [\(26\)](#).

### XIII. Impacto de la OC en la República Argentina

La gestación por sustitución ha dado lugar a una importante serie de decisiones judiciales en nuestro país. La mayoría ha hecho una interpretación sistemática del ordenamiento y, básicamente, respeta el principio de la voluntad procreacional que domina al tercer tipo de filiación incorporado por el Código Civil y Comercial argentino; en consecuencia, madre no es la que gesta y pare, sino la madre de intención o comitente. En algunos casos, se ha declarado la inconstitucionalidad o la inaplicabilidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com.; otras decisiones han entendido que no es necesaria tal declaración. Actualmente, la cuestión está a resolución de la Corte Suprema en un caso, de muy especiales circunstancias fácticas, en las que, siguiendo la opinión del Ministerio Público —equivocada a mi juicio— la Cámara de Apelaciones estimó que si no hay vínculo biológico. Corresponde tramitar la adopción de integración.

Esta solución, declarada "viable" bajo determinadas condiciones por el TEDH, como se ha visto, sería retardataria para nuestro país desde que:

(a) La supresión de la regulación de la gestación por sustitución durante el proceso legislativo del Código Civil y Comercial no implica prohibición de la práctica; dicho de otro modo, no está reglada, pero de ningún modo es ilícita.

(b) La jurisprudencia claramente mayoritaria da una solución acorde con el sistema (arts. 1° y 2°), en tanto declara la filiación conforme la voluntad procreacional, tanto si la práctica se celebró en el extranjero como en el país, dando seguridad a los niños que, desde el nacimiento, están unidos jurídicamente por vínculos de filiación con sus comitentes. O sea, los jueces argentinos, salvo excepciones cuantitativamente irrelevantes, respetan el criterio central del TEDH, cual es que la persona nacida debe encontrar rápida y segura solución.

(c) La adopción de integración, hoy regulada sistemáticamente por el Cód. Civ. y Com., prevé el supuesto de un niño que ya nacido, que tiene un solo vínculo efectivo y al que el segundo vínculo constituido agrega protección; no es el caso de la gestación por sustitución en el que ambas personas prestan, desde antes del nacimiento, su consentimiento libre, pleno, informado, etc. para tener vínculos con una persona que va a nacer.

#### XIV. Cierre provisorio

Pese a las debilidades de la OC, cabe:

(a) Valorarla como un paso adelante;

(b) Esperar que la justicia francesa, rápidamente, haga lugar a la revisión e inscriba en el registro del estado civil francés a Fiorella y Valentine como hijas de Sylvie Mennesson.

Las mellizas dicen que ellas tienen una sola madre: la que las ha querido, cuidado, educado. El estado francés no puede seguir negando su verdadera identidad que, en este caso, como en tantos otros, no coincide con la sangre, sino con la construcción fuerte y cotidiana que marca el afecto.

(c) Insistir en que la filiación es un concepto jurídico, que no siempre se identifica con el vínculo natural o biológico. De otro modo, el Derecho sería pura biología.

(d) Por el contrario, uno de los pivotes del derecho de las personas y del derecho familiar es la autonomía; esa autonomía puede tener limitaciones razonables, pero no puede ser destruida con prohibiciones que contrarían a la realidad.

(1) En coautoría con HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LA LEY 2013-D-195; "El primer niño nacido de gestación por sustitución en el territorio argentino inscripto judicialmente conforme a la regla de la voluntad procreacional", LA LEY 2013-D-195; en coautoría con las nombradas y de DE LA TORRE, Natalia, "La Gestación por Sustitución según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del caso 'Paradiso y Campanelli vs. Italia'", LA LEY 2017-B-27, Cita Online: AR/DOC/610/2017; en coautoría con LAMM, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", LA LEY 2014-C-1; Cita Online: AR/DOC/1268/2014.

(2) En Italia, SCHUSTER, Alexander, "GPA: la tutela del minore limite invalicabile", <http://www.articolo29.it/2019/gpa-la-tutela-del-minore-limite-invalicabile/>; GATTUSO Marco, "Certeza e tempi 'breves que possible' per trascrizioni e adozioni in casi particolari dopo il parere CEDU" 10/04/2019, <http://www.articolo29.it/2019/certeza-tempi-breves-que-possible-trascrizioni-adozioni-casi-particolari-parere-cedu-10-4-2019/>.

(3) SCOTTI, Luciana, B., "Gestación por sustitución. Acerca de la Opinión Consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", LA LEY 11/06/2019, Cita on line: AR/DOC/1618/2019.

(4) Fuente: <https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>

(5) Fuente: <http://conflictoflaws.net/2019/the-european-court-of-human-rights-delivers-its-advisory-opinion-concerning-the-recognition-in-do>

(6) Fuente: <https://www.pila.ie/resources/bulletin/2019/04/17/ecthr-delivers-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16-on-legal-relationship>

(7) Fuente: <https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/10/gpa-la-cedh-ne-preconise-pas-la-retranscription-des-actes-de-naissance-pour-fa>

(8) Fuente: <https://www.actualitesdudroit.fr/browse/civil/personnes-et-famille-patrimoine/21038/premier-avis-consultatif-de-la-cedh-pas-d-ob>

- (9) Fuente:  
[https://www.liberation.fr/france/2019/04/10/gpa-la-cedh-prone-une-reconnaissance-de-la-filiation-de-la-mere-d-intention\\_1720510](https://www.liberation.fr/france/2019/04/10/gpa-la-cedh-prone-une-reconnaissance-de-la-filiation-de-la-mere-d-intention_1720510)
- (10) Fuente:  
[https://www.liberation.fr/debats/2019/04/11/gpa-un-retour-vers-la-conception-biologique-de-la-filiation\\_1720692](https://www.liberation.fr/debats/2019/04/11/gpa-un-retour-vers-la-conception-biologique-de-la-filiation_1720692).
- (11) Fuente:  
<https://www.village-justice.com/articles/les-enfants-issus-gpa-pma-france-pleine-evolution,29923.html>.
- (12) Fuente:  
[https://www.lexpress.fr/actualite/societe/gpa-et-mere-d-intention-la-justice-europeenne-consacre-le-droit-a-la-filiation\\_2072262.htm](https://www.lexpress.fr/actualite/societe/gpa-et-mere-d-intention-la-justice-europeenne-consacre-le-droit-a-la-filiation_2072262.htm)
- (13) Fuente:  
<https://www.ouest-france.fr/societe/famille/gpa/jumelles-nees-par-gpa-la-justice-europeenne-consacre-le-droit-filiation-6304223>
- (14) Fuente:  
<https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/10/gpa-la-cedh-ne-preconise-pas-la-retranscription-des-actes-de-naissance-pour-fa>
- (15) Sobre "Identidad de género. Igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3º, 7º, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el art. 1º de la Convención americana sobre Derechos Humanos".
- (16) En nota se aclara que la expresión "padre/madre comitente" se entiende referida a aquellas personas que, como respuesta a su deseo de ser padres, comisionan la gestación de su futuro hijo a una gestante subrogada.
- (17) Ver, especialmente, <https://www.youtube.com/watch?v=SYEiw7pwj7I>; también, entre otros, <https://www.youtube.com/watch?v=cIVp2oe6rzA>; <https://www.youtube.com/watch?v=7Uf-h8zWUx4>.
- (18) Ver, de mi autoría, "Responsabilidad del Estado por la violación al derecho a un juicio sin dilaciones indebidas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en PEYRANO, Jorge (dir.), *Nuevas Herramientas Procesales-III*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, ps. 499-533 y en *Academia de Derecho de Buenos Aires*, 52, año LIX, 201.
- (19) NIETO, Alejandro, "El desgobierno de lo público", Ed. Ariel, Madrid, 2008, p. 309.
- (20) Hablo en plural, pues como dicen los españoles, hay tantas posiciones y variantes de uno y otro lado que resulta imposible catalogar. Entre esos documentos, véase el emanado del prestigioso Observatorio de Bioética y derecho de la Universidad de Barcelona, bajo la coordinación de María Casado y Mónica Navarro-Michel de febrero de 2019, y su impacto en la sociedad española. <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/repercusion-del-documento-sobre-gestacion-por-sustitucion-del-obd>.
- (21) Ver KLEINER, Caroline, "Surrogate motherhood in France; the need for a change. Consideration of French Private International Law", *Kansay University Review of Law and Politics*, 38, March 2017.
- (22) Ver en coautoría en trabajo citado en nota 1 "La Gestación por Sustitución según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del caso 'Paradiso y Campanelli vs. Italia'", LA LEY 2017-B-27, Cita Online: AR/DOC/610/2017.
- (23) En Alemania, la Corte Federal ha ratificado la obligación del estado alemán de inscribir esas partidas. Ver SCHUSTER, Alexander, "La Corte federale tedesca si esprime ancora in materia di GPA", <http://www.articolo29.it/2019/13045/>.
- (24) Fuente:  
<https://strasbourgobservers.com/2019/04/24/the-mountain-gave-birth-to-a-mouse-the-first-advisory-opinion-under-protocol-no-16/>
- (25) Compulsar <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentagesurrogacy/>.
- (26) VERSANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, Sandrine, "Gestation pour autrui et reconnaissance internationale des filiations", en SZYMCZAK, David (dir.) et al., *Bioéthique et Droit international et européen des droits de l'homme*, Ed. Pedone, París, 2018, p. 169.