

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. REALIDAD QUE EXIGE LEGALIDAD.

Autor: Eleonora Lamm*

Resumen:

Este trabajo procura evidenciar la realidad cada vez más elocuente y manifiesta de la gestación por sustitución y cómo con esta practica se vulneran derechos ante la falta de regulación legal.

1. Introducción.

Dedico este trabajo a la figura de la gestación por sustitución (GS) porque han tenido lugar nuevos casos sobre esta figura que obligan a retomar, afianzar, y a la vez renovar, los argumentos a favor de su regulación legal. La falta de marco jurídico está generando una jurisprudencia que poco a poco se va consolidando, lo que amerita revisar nuevamente la decisión política y legislativa adoptada.

Como es bien conocido, el Anteproyecto elaborado por la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) contemplaba un artículo que expresamente regulaba la gestación por sustitución; disposición que fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores.

No obstante su eliminación, la GS no ha sido prohibida, por lo que el tema queda sujeto a la discrecionalidad judicial, tal como sucede hoy, cobrando especial relevancia el interés superior del* niño* y el derecho a la identidad como argumentos de peso fundamentales, a favor del reconocimiento del vínculo filial con l* o l*s comitentes.¹

* Investigadora asistente del Conicet. UNCuyo.

¹ Para profundizar sobre las múltiples razones por las cuáles 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: HERRERA, Marisa, LAMM, Eleonora, “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, LA LEY 02/07/2014, 1, cita online: AR/DOC/2285/2014; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule”, La Ley, Derecho de Familia y de las Personas (noviembre), Buenos Aires, 2014, p. 181; LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, 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; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, La Ley, Derecho de Familia y de las Personas (agosto), Buenos Aires, 2013 p. 24; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, LAMM, Eleonora, HERRERA, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución”, LA LEY 2012-E, p. 960; HERRERA, Marisa y LAMM,

Ahora bien, esta jurisprudencia, aunque subsana de alguna manera la falta de regulación, no por ello obsta a que también se produzcan vulneraciones a los derechos de l*s niñ*s que nacen por GS, en especial si se tienen en cuenta los motivos que llevan a la judicialización, las circunstancias que los rodean,² las estrategias legales de cada caso, la discrecionalidad judicial, y los diferentes aspectos resueltos.³

2. Las consecuencias de judicializar sin marco legal, y de hacerlo “post” nacimiento.

A. Las estrategias de y en los casos de GS nacionales

Si bien estos dos últimos casos, como los anteriores casos de GS fallados por la justicia, han sido resueltos favorablemente y tampoco han sido recurridos – lo que evidencia aceptación por parte de todos los organismos que intervienen en el ámbito de la justicia (asesor*/defensor* de menores y fiscalía), como así también del tutor ad litem en representación del* niñ* – lo cierto es que toda esta situación de judicialización sin marco legal que otorgue seguridad jurídica, y el hecho de hacerlo con posterioridad al nacimiento del* niñ*, lo que implica que transcurre necesariamente un plazo hasta que se determina la filiación a favor de *l o l*s comitentes, da lugar a una serie de violaciones a distintos derechos de l*s niñ*s nacid*s con la ayuda de esta técnica.

Una de las estrategias legales,⁴ consiste en no inscribir al* niñ* nacido por GS hasta tanto se pueda determinar la filiación a favor de l*s comitentes.⁵ Esto implica que si bien en los hechos *l niñ* vive con quienes se comportan como sus padres y/o madres, quienes l* quisieron y provocaron su nacimiento, la realidad legal es que jurídicamente no solo no está determinado ese vínculo jurídico con ell*s, sino que además *l niñ* no tiene DNI, con lo que se viola su derecho a estar inmediatamente inscript*, a tener vínculo filial, y a su identidad, y con ello, su derecho a la salud, a la vida privada y familiar, a la educación, entre muchos otros, atento a que la falta de DNI puede significar una barrera para acceder a una importante variedad de derechos de distinto tipo.

Eleonora, ¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución, Cita Microjuris online: MJ-DOC-5971-AR|MJD5971; LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, InDret. Revista para el Análisis del Derecho; Año: 2012 vol. 3 p. 1 – 49.

² Cabe destacar que en Mendoza existe una agencia de GS. <http://www.argentinamaternity.com>. Como consecuencia de su intervención, ya se han producido al menos dos nacimientos de niñ*s que se han judicializado, aunque a la fecha de presentación de este trabajo, no se ha dictado sentencia que resuelva su filiación.

³ Según se informa en una nota del diario Clarín, “en Halitus, uno de los principales centros especializados en reproducción asistida de la Capital, no paran de recibir consultas de parejas hetero y gay para someterse a este tipo de procedimientos. “Desde abril de 2013 recibimos 83 consultas, de las cuales 17 corresponden a parejas gay. Se hicieron 10 tratamientos, de esos embarazos uno no prosperó, hubo 6 nacimientos y quedan dos en curso”, detalla a Clarín, Sergio Pasqualini, director del centro.” http://www.clarin.com/sociedad/Nuevas_familias-Maternidad_subrogada-Ventre_prestado-Ovodonacion-Halitus_0_1379262160.html

⁴ Esta estrategia ha perdido virtualidad con la inscripción de oficio que regula el artículo 28 de la ley 26413.

⁵ Ver Juz. Nac. Civ. nro. 83, “NN O, s/INSCRIPCION DE NACIMIENTO”, 30/06/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>. Así se procedió también en el caso del Juzgado nacional en lo Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, cita Microjuris: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.

Ahora bien, estos derechos se ven notablemente más vulnerados si en estos supuestos en los que nace un* niñ* por GS y se acciona judicialmente a los efectos de inscribirlo*, l*s magistrad*s además se declaran incompetentes. Esto sucedió y está aun pendiente de resolverse ante el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires en un caso de la CABA. Se trata de un matrimonio, Pablo y Carla que iniciaron una acción sumaria para inscribir a sus hij*s melliz*s Juan Pablo y Julia nacidos por GS. Ell*s aportaron el material genético y la persona gestante fue la hermana de Carla, Patricia. L*s melliz*s nacieron el 16-07-2013 y al día de hoy no tienen documentos.⁶

Otra estrategia consiste en impugnar la maternidad de la persona gestante por no ser la “madre biológica” y luego reclamar la maternidad de la comitente.⁷

Esta estrategia, aunque a diferencia del supuesto anterior *l niñ* sí tiene DNI, igual se violan otros aspectos de su derecho a la identidad. Sucede que no permite determinar la filiación respecto de la comitente sino hasta luego de la sentencia que así lo reconoce – cabe destacar que en el caso de Gualeguaychú ya citado esto demoró casi 4 años – con todos los perjuicios que eso implica: violación del derecho a tener vínculo filial, a la mayor celeridad en la determinación legal de la filiación, a la identidad, en cuanto el DNI no se corresponde con la realidad familiar del* niñ*, entre otros.

Esta misma estrategia se está planteando actualmente en un caso que está pendiente ante la justicia de Mendoza. Se trata de un matrimonio heterosexual que recurre a la GS con la ayuda de la hermana de él, quien gesta el embrión conformado por el material genético de l*s cónyuges. L*s melliz*s fueron inscriptos de oficio, transcurridos los 40 días que prevé la ley 26413, como hij*s de quien l*s dio a luz. El padre luego l*s reconoció, de modo que quedaron inscript*s como hij*s de dos herman*s. Hoy l*s niñ*s ya tienen 1 año y siguen figurando como hij*s de su tía. En el Registro Civil, nadie detectó que la persona gestante y su padre son herman*s. Iniciaron un proceso judicial para rectificar las partidas de nacimiento a partir de la impugnación de la maternidad.⁸

También se ha recurrido a la estrategia de impugnación de la maternidad en el caso de un matrimonio homosexual de dos varones que acudieron a la GS en Argentina. *l niñ* fue gestado por una amiga de la pareja que, desinteresadamente, se ofreció para gestar el embrión que incluyó un óvulo donado. En la partida de nacimiento del* niñ* figura como madre la mujer que dio a luz y como padre, uno de los dos varones. Ese documento ha sido impugnado judicialmente a los efectos de que se determine la filiación con los dos papás.⁹

⁶ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11 – 06- 2014, M. K. C y otros s/ información sumaria. Inédito. Véase la nota “Amor de hermanas: una no podía ser mamá y la otra le prestó el útero”, Clarín, Sociedad, 19/10/2014 en http://www.clarin.com/sociedad/alquiler_de_ventre_0_1232876854.html

⁷ Juz. Nac. Civ. nro. 102, “C., F. A. Y OTRO c/ R. S., M. L. s/IMPUGNACIÓN DE MATERNIDAD”, 18/05/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/categoria/jurisprudencia/jurisprudencia-nacional/>. Véase, también Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B., M. A. c. F. C., C. R.”, 14/04/2010, cita La Ley online: AR/JUR/75333/2010. Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”. Cita Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.

⁸ <http://www.diariouno.com.ar/mendoza/Una-mujer-le-presto-el-ventre-a-su-hermano-y-nacieron-mellizos-20150620-0006.html>

⁹ Ver http://www.clarin.com/sociedad/Nuevas_familias-Maternidad_subrogada-Ventre_prestado-Ovodonacion-Halitus_0_1379262160.html

Sin perjuicio de lo dicho, y cualquiera sea la estrategia judicial que se utilice a los efectos de determinar la filiación a favor de l*s comitentes, como se dijo, el tiempo que implican estos procesos, y el hecho de que sean posteriores al nacimiento del* niñ*, generan otros cuestionamientos y posibles perjuicios. ¿Qué pasa si luego de naci* *l niñ* l*s comitentes se arrepienten? ¿Si nace un* niñ* con malformaciones o enfermedades?¹⁰ ¿Si l*s comitentes se divorcian o fallecen? ¿Si fallece quien no tenía vínculo jurídico, quedando *l niñ* privado de, por ejemplo, la capacidad de heredarl*? ¿O si quien fallece es quien sí tenía vínculo jurídico, quedando entonces *l niñ* sin emplazamiento? La casuística es inmensa, siendo imposible prever la totalidad de las posibles vulneraciones.

a) **La necesidad de un sistema previo.**

Como se ha dicho tantas veces, la GS es una figura compleja, por lo que es conveniente e imperiosa la necesidad de que se establezcan reglas claras que determinen con precisión el vínculo de filiación a favor de l*s comitentes de modo que cuando nazca *l niñ* pueda ser inmediatamente inscript* como hij* de quienes han querido ser sus padres y/o madres.

En otras palabras, la intervención – judicial¹¹ - debe ser previa a la provocación del embarazo. Esta intervención es a los efectos de que principalmente: 1) se verifique que se reúnen los requisitos que – de alguna manera, porque toda practica puede tener complicaciones – permitan vislumbrar que no habrá inconvenientes; 2) se verifique que la decisión es acorde al interés superior del* niñ*; y 3) se garantice la filiación de quienes provocaron este embarazo sin que pueda haber margen de especulaciones o abusos.

Cabe destacar que en el derecho comparado, dentro de las legislaciones que admiten la gestación por sustitución, se divisan dos grandes sistemas o grupos:

(1) En el primer grupo¹², la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que se determine la filiación a favor de l*s comitentes ex post facto. Se trata de una transferencia de la filiación post-parto.

(2) El segundo grupo¹³ regula un proceso de "pre-aprobación" de los acuerdos de GS, mediante el cual l*s comitentes y la persona gestante deben presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal, un notario o comité) para que lo apruebe

¹⁰ Véase por ejemplo el caso de Gammy, el niño nacido por GS en Tailandia de una pareja australiana, que tras nacer con síndrome de down fue rechazado por l*s comitentes.

¹¹ A diferencia de otras posiciones que proponen la intervención de un notario, u otros organismos, (La propuesta de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España también propone que se realice a través de un contrato ante un notario. Para más información visítese su sitio en internet: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.html>. El Código de Familia de Sinaloa exigen la intervención de un notario) por mi parte considero que la figura del* magistrad* es la que ofrece más garantías, asegura con mayor certeza el cumplimiento de los requisitos y posee la autoridad, imparcialidad, idoneidad y competencia necesaria para autorizar una gestación por sustitución. La propia complejidad de la GS demanda mayores exigencias. Vela Sánchez, opta por exigir la intervención de un notario publico ante el colapso judicial. VELA SÁNCHEZ, Antonio. J. "La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo." Comares. Granada, 2012. pp. 111

¹² Ej. Reino Unido, Australia (Qld, NSW, ACT y SA)

¹³ Ej. Grecia, Israel, Sudáfrica, Sinaloa, Australia (VIC y WA), Estados Unidos (New Hampshire, Virginia, etc.)

antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

El primer sistema conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad: *Mater semper certa est*, y protege el derecho de la persona gestante a un cambio de parecer.¹⁴ Ahora bien, considerar que la persona gestante es madre, socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución. Esto a su vez se enfrenta con la legislación sobre la donación de gametos, que asegura que l*s donantes no tienen ningún vínculo de filiación con *l niñ*.¹⁵ Además, sin perjuicio de las cuestiones resaltadas en los apartados anteriores, el propio sistema puede dar lugar a importantes conflictos si l*s comitentes no gestionan la transferencia de filiación, o si la persona gestante se niega a transferirla.

Por su parte, el sistema consagrado por el segundo grupo es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer debido a que requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. En otras palabras, este sistema intenta anticiparse a los problemas, en tanto exige que lo convenido por todas las partes sea aprobado antes del implante del embrión.

En este sentido se inclinaba el artículo propuesto en el anteproyecto y este el sistema que impera en las legislaciones que han regulado esta figura.

B. La estrategia de y en los casos de GS internacionales

Así como en los casos nacionales, aunque con diferentes matices, las judicializaciones y los “interines” son también muy preocupantes en los casos de GS internacionales. Sucede que otra maniobra que suele utilizarse para poder acudir a la GS es hacerlo en aquellos países en los que está permitida o es posible técnicamente. Cada vez son más l*s argentin*s que acuden a la GS en el extranjero, aunque no sin dificultades.

De manera precisa se puede afirmar que los casos de GS internacionales suelen dar lugar a diferentes problemas que pueden agruparse en dos categorías¹⁶:

- a. Cuando los comitentes desean sacar al* niñ* del país donde nació para llevarl* a "casa", es decir a su Estado de residencia.
- b. una vez que *l niñ* está en el Estado de residencia de l*s comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar la situación legal del* niñ*.

¹⁴ Esto es precisamente lo que pasó en el caso *Re TT (Surrogacy)* [2011] EWHC 33 (Fam) [2011] 2 FLR 392. No obstante, en un caso anterior *Re P (Surrogacy: Residence)* [2008] 1 FLR 177, el tribunal decidió que el niño debía vivir con l*s comitentes, y no con la gestante.

¹⁵ Véase el artículo 575 del CCYC.

¹⁶ Véase HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Hague Conference Permanent Bureau, “Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements.” General Affairs and Policy: Doc. Prel. No 11, Marzo 2011; HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, March 2014; HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, February 2015, y TRIMMINGS, K. and BEAUMONT, P. “General report on surrogacy”. En TRIMMINGS, K. and BEAUMONT, P. (Eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, United Kingdom. 2013, pp. 439 - 550.

En nuestro país han tenido lugar ya diferentes resoluciones judiciales dictadas a los efectos de paliar los inconvenientes surgidos en el primer supuesto.¹⁷

Se encuentran, entre otros, el caso de Alejandro y Carlos, que recurrieron a la GS en India, donde nació Tobías, su hijo;¹⁸ El caso, de un matrimonio homosexual que recurre a la GS en Rusia y como consecuencia en abril de 2011 nacen gemelas;¹⁹ El caso de Hernán y Rolando una pareja no casada que celebró un acuerdo de GS en la India utilizando óvulo donado y esperma de uno de ellos;²⁰ el caso de Cayetana, la niña hija de una madre argentina y un padre español que nació por GS en la India y quien se encontró durante semanas en un limbo jurídico;²¹ el caso de unos mellizos nacidos en México...²² mas recientemente ha tenido lugar otro caso de una pareja casada que recurre a la GS en India.

Sin perjuicio de lo dicho, al igual que en los casos nacionales, las dificultades en los casos de GS internacionales se tornan aún más terribles cuando además se declara la incompetencia del juzgado al que se acude en búsqueda de soluciones.

Esta situación se presentó en un caso de un matrimonio que interpone una medida autosatisfactiva a fin de que se ordene a la Dirección General de Asuntos Consulares que proceda a otorgarle la documentación argentina a sus hij*s y toda aquella necesaria para poder salir de Georgia. La cámara rechaza la acción sosteniendo que la justicia federal es de excepción y debe limitarse al conocimiento de los asuntos contenciosos que la ley le atribuye.²³

¹⁷ Frente a esta conflictiva en algunos Estados se establecieron algunas directivas (en general de tipo administrativo) para contemplar estas situaciones, por ejemplo en Canadá en el año 2012 el Departamento de Ciudadanía e Inmigración (Boletín Operacional 381) estableció la adquisición automática de la ciudadanía canadiense a l*s niñ*s nacid*s en el extranjero por medio de técnicas de GS o técnicas de reproducción humana asistida requiriendo un lazo genético entre el padre de esa nacionalidad y *l niñ*. El gobierno de Irlanda, mediante el Ministerio de Justicia, publicó en febrero de 2012 una guía con directrices oficiales que establecen cómo un* niñ* nacid* en el extranjero mediante estas técnicas puede adquirir la nacionalidad irlandesa. Así, *l niñ* tendrá ciudadanía cuando la gestante o el padre genético sea un* ciudadan* irlandés*. Tod*s l*s tutor*s del* niñ* deben haber dado su consentimiento para la expedición de un pasaporte, a menos que una Corte irlandesa exima de tal consentimiento. Sólo se expedirá un pasaporte cuando se haya establecido la tutela, aunque se admite la emisión de un certificado de viaje de emergencia para permitir que *l niñ* ingrese a Irlanda atendiendo al mejor interés del* niñ* y como una cuestión de buenas prácticas. El 25 de enero de 2013, el ministerio de justicia de Francia emitió una circular (Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française – convention de mère porteuse - Etat civil étranger, por medio de la cual se ordena a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a l*s niñ*s nacid*s en el extranjero, de padre genético francés, por el método de gestación por sustitución.

¹⁸ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012.

¹⁹ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.

²⁰ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11 – 01- 2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito.

²¹ Juzgado de 1a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo (JFlia)(SanLorenzo). 02/07/2012, “S.G.E.F.y.G.C.E.” DFyP 2013 (abril), pp. 57, con nota de Alejandro Aldo Menicocci. Cita Online: AR/JUR/62130/2012

²² <http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/02/ACTA-REGISTRAL.pdf>

²³ CNCIV Y COMFED – SALA I – 23/12/2013 "B. C. R. y otro c/ Dirección General de Asuntos Consulares s/ medida autosatisfactiva". inédito.

Respecto del segundo grupo de problemas anticipado, sucede que en cuanto a la adquisición de la nacionalidad en algunos de los países donde se admite la GS rige el principio *ius soli* por lo cual l*s niñ*s adquieren la nacionalidad de aquéll*s y ello permite la salida de l*s niñ*s de esos Estados. En tales condiciones se simplifica el ingreso al Estado en el que residirán – por ejemplo, son varios los casos de niñ*s que nacieron por medio de estas técnicas que residen en Argentina con nacionalidad estadounidense –; aunque se ha advertido que algunos Estados frente al ingreso al país con pasaporte extranjero con intención de residir permanentemente requieren un visado o permiso para no violar las leyes de inmigración – por ejemplo, Reino Unido.²⁴

a) **La jurisprudencia del TEDH**

En lo que respecta a la regulación de la situación de l*s niñ*s una vez en el país de residencia de sus padres y/o madres, el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas sentencias: en primer lugar, en dos casos similares “Mennesson” (demanda núm. 65192/11) y “Labassee” (demanda n ° 65941/11) ante el mismo país, Francia.

En estos casos, el TEDH declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de las niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que las niñas habían sido identificadas en los Estados Unidos como hijas del Sr. y Sra. Mennesson, en un caso y del Sr. y la Sra. Labassee en el otro; negaron el estado filial bajo el derecho francés y dicha contradicción ha socavado la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa.

El tribunal toma nota de que la negativa de Francia al reconocimiento de estas filiaciones deriva de la voluntad de desalentar a sus nacionales que buscan fuera de su país un método de reproducción allí prohibido con el fin, según su percepción del problema, de proteger a l*s niñ*s y a la persona gestante. El Tribunal admite las dificultades que se plantean y la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa. No obstante, el margen de apreciación nacional se reduce si está en juego una cuestión de la filiación, que es un aspecto esencial de la identidad de los individuos.

Por otro lado, 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.

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. Se asevera que las decisiones adoptadas por el estado francés no fueron compatibles con el interés superior de l*s niñ*s, el que debe guiar cualquier decisión sobre ell*s.

²⁴ RUBAJA, Nieve. “El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, en Coord. José Antonio Moreno Rodríguez y Claudia Lima Marques *Jornadas de la Asadip 2014*, Porto Alegre, Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014, p. 281 – 3

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la gestación por sustitución, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los niños, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad. Esta afirmación repercute en los casos de GS internacional, facilitando o propiciando el reconocimiento de las filiaciones determinadas en los países donde se llevó a cabo la GS. Esto sucedió en Francia, Alemania,²⁵ entre otros, a diferencia de la situación de España según lo resuelto por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en un auto del 2 de febrero 2015 (recurso núm. 245/2012.)

b) El derecho internacional privado en el nuevo CCYC

Muchos de los inconvenientes planteados en el apartado anterior encontrarán remedio en el nuevo CCYC. Sucede que en lo que respecta a las normas de DIPr, el nuevo código establece: *“Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero será reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público de nuestro país, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior de los niños.*

Los principios que subyacen en las normas de fondo sobre uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por autoridad judicial en ocasión de intervenir en el reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En caso de duda se adaptará la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

No obstante haber sido suprimida la GS, esto no impide considerarla comprendida en este artículo, al ser un tipo de TRA.

La norma para DIPr señala como objetivo prioritario, la protección jurídica del interés superior del* niñ*; capta la protección de la mujer y se delimitan las condiciones a cumplir para el acceso al Registro, asegurando la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero, de conformidad con la reciente jurisprudencia del TEDH comentada.

Mediante la metodología del reconocimiento inserta en el nuevo artículo se procura compatibilizar la situación ya creada en el extranjero como consecuencia de la GS - la filiación - con los estándares de derechos humanos de Argentina y así posibilitar el reconocimiento de los efectos de dicho vínculo en el Estado de residencia de l*s comitentes, que es donde residirá *l niñ*. En definitiva, mediante el empleo de este método se centra el control, principalmente, en función de los derechos humanos, especialmente del interés superior del* niñ*. Seguramente esta posibilidad también esté condicionada al control del orden público internacional, aunque en su confrontación con la situación creada en el extranjero deberían primar los derechos del* niñ* y su interés superior.²⁶

No obstante los beneficios que pudieran generar esta norma, los principales inconvenientes de este enfoque y del enfoque del TEDH son que sólo ofrecen una solución a posteriori a algunas de las cuestiones relacionadas con la GS internacional y que se basan únicamente en el método de reconocimiento. Este método, aunque es

²⁵ Bundesgerichtshof decision No XII ZB 463/13, 10 de diciembre de 2014.

²⁶ RUBAJA, Nieve. “El Derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, cit. p. 281 – 3

capaz de reducir algunos limbos, no aborda otras cuestiones graves que surgen de la GS internacional. De hecho, en opinión de Trimmings y Beaumont, este enfoque no es adecuado para hacer frente a un fenómeno tan complejo como la GS. En su lugar, es necesario un enfoque verdaderamente multilateral como un Convenio internacional sobre GS, que parta del método tradicional de unificación de las normas de conflicto, se desarrollaría.²⁷

3. Breves conclusiones

Cuántas vulneraciones y violaciones de derechos hubiéramos prevenido de haber efectivamente regulado la GS en el CCYC. La política del avestruz nunca sirvió ni servirá. Aunque perdimos una valiosa oportunidad, la realidad nos interpela a procurar una regulación prontamente.

Para un grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de tener un* hij*, por lo que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas. Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie y represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

Porque como sostiene D. Bognoux "Es necesario que el mundo del* otr*, de l*s innumerables e imprevisibles otr*s, trastorne el mío para elevarme por encima del miserable montón de mis pequeñas certidumbres"

²⁷ BEAUMONT, Paul and TRIMMINGS, Katarina. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy? . <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php>