



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES

Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global

Case law parameters in international surrogacy. European Court of Human Rights guidelines and their impact on the global context

ELEONORA LAMM, NIEVE RUBAJA *

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

* Eleonora Lamm. Doctora en Derecho con línea de investigación en bioética, UB. Directora de la carrera de Bioética y Bioderecho, Universidad de Mendoza. Correo electrónico: elelamm@gmail.com

* Nieve Rubaja. Abogada, especialista en Derecho de Familia. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Familia, Universidad de Buenos Aires. Correo electrónico: nieverubaja@derecho.uba.ar

Resumen

En el contexto globalizado en que vivimos es cada vez más frecuente que para acceder a la gestación por sustitución, las personas se desplacen a otros países, a pesar de las dificultades que aquello puede traer aparejado. En este trabajo se abordan los principales problemas derivados de la gestación por sustitución internacional. Para ello se analizan los lineamientos que surgen de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en distintos Estados, la incidencia del factor biológico en estos casos y la situación en Argentina.

Palabras clave: gestación por sustitución; jurisprudencia; TEDH; filiación; voluntad procreacional; reconocimiento; derecho internacional privado.

Abstract

In the global context we live, it is becoming increasingly common for people (or parents-to-be) to travel abroad in order to access surrogacy despite the difficulties this may entail. In this paper the main problems arising from international surrogacy are analyzed. For this purpose, this article examines the guidelines developed from the rulings of the European Court of Human Rights and their impact on different States, the effects of the biological factor on these cases and the Argentinean situation.

Keywords: surrogacy; case law; ECHR; filiation/parentage; procreational will; recognition; private international law.

1. Introducción

En el mundo globalizado en que vivimos es cada vez más frecuente que para poder concretar el derecho a formar una familia, gracias al avance de la biomedicina y frente a las dificultades que imponen los ordenamientos jurídicos propios, las personas se desplacen al extranjero para acudir a la gestación por sustitución (GS) en aquellos países en los que está permitida o es posible técnicamente, a pesar de las dificultades que ésta técnica pueda traer aparejada.¹

En atención a los diferentes posicionamientos estatales en relación a estas prácticas, es finalmente el poder judicial quien debe hacer frente a los conflictos que se presentan una vez que han nacido las niñas y niños y que pretenden desplazarse y que sus derechos sean reconocidos en el Estado en que residirán. Las soluciones jurisprudenciales han sido divergentes.

En este marco, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha comenzado a establecer parámetros a partir de los primeros casos sobre este tema y sus decisiones están repercutiendo en el contexto global.

Proponemos analizar los problemas derivados de la GS internacional en relación a los nacidos y, desde esa perspectiva, los casos fallados por el TEDH y la implicancia de esas decisiones en diferentes Estados; la incidencia de la biología en el abordaje de estos conflictos; y, la situación en Argentina, por ser nuestro país de origen. Así, quedará en evidencia la necesidad de la regulación a nivel global de esta problemática.

¹ Para ampliar véase LAMM, ELEONORA, "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions, 2013. SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNING, G., FERRARETTI, A.P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G. AND GOOSSENS, V. "Cross border reproductive care in six European countries", *Human Reproduction*, vol. 25, no. 6, 2010, pp. 1361-1368. Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361>; STORROW, "Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory", 57 *Hastings L.J.* 2006, pp. 295-330, especial en pp. 300 a 305; FARNÓS AMORÓS, E. "European Society of Human Reproduction and Embryology, 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010", *Indret*, 3/2010, pp. 1-17, en pp. 7; COHEN, J. "Le tourisme procréatif: un pis-aller", *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, Vol 34, núm 10, 2006, pp. 881-882.

2. Problemas derivados de la GS internacional en relación a los nacidos

Los casos de GS internacionales suelen dar lugar a diferentes problemas en relación a los derechos de los nacidos y a la estabilidad de los emplazamientos que pueden agruparse en tres momentos²:

2.1. La dificultades que enfrentan los comitentes cuando desean desplazar a las niñas o niños del país donde nacieron para llevarlos a "casa", es decir al Estado de su residencia

Nótese que los problemas pueden surgir tanto de la falta de nacionalidad que puede padecer la niña o el niño o de la necesidad de obtener los documentos o autorizaciones de viaje para desplazarse a otro Estado como de la falta de emplazamiento filiatorio respecto de los comitentes; o de ambos. El primero de estos problemas se presenta especialmente cuando en el Estado de origen se sigue el principio *ius sanguini*; el segundo, cuando en el Estado de origen no está regulada la GS y, además, rige el principio *matter sempre certa est*.

Frente a esta conflictiva en algunos Estados se establecieron algunas directivas (en general de tipo administrativo) para contemplar estas situaciones.³

² 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; "A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements", Doc. Prel. 3B, March 2014; "The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note", Doc. Prel. 3A, February 2015 (estos documentos están disponibles en www.hcch.net al 24/2/2016), 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.

³ Por ejemplo en Canadá, o Irlanda: ver 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.

2.2. Las dificultades que se presentan una vez que las niñas o niños están en el Estado de residencia de los comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar la situación legal de estos —principalmente la filiación y en muchos casos también su nacionalidad

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 las y los menores adquieren la nacionalidad de aquéllos y ello permite la salida de los niños de esos Estados. En tales condiciones se simplifica el ingreso al Estado en el que residirán —por ejemplo, son varios los casos de menores que nacieron por medio de estas técnicas que residen en Argentina con nacionalidad estadounidense y que con ello basta para acceder a otros derechos tales como a la educación, salud, etc.—; 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—. ⁴ Sin embargo, en otros Estados en donde se lleva adelante la GS internacional rige el principio *ius sanguini* y, por lo tanto, la adquisición de la nacionalidad quedará librada a la posición que tome el Estado de la residencia habitual de los comitentes y, sumado a ello, puede suceder que hasta que no se determine la filiación la niña o el niño no podrá adquirir la nacionalidad, vulnerándose así sus derechos.

Incluso sucede que en Estados federales la nacionalidad es cuestión federal, en tanto que la filiación y el registro de nacimientos competen a los estados o entidades federativas (es lo que ocurre en Australia, Estados Unidos, México), o provincias (en el caso de Canadá). En consecuencia, se produce una disociación de competencias, que podría tener por efecto que el Estado de recepción reconociera o estableciera la filiación del menor nacido en el extranjero luego de una GS y que, sin embargo, no le confiriera su nacionalidad o a la inversa. Además, han sido divergentes al dar soluciones a estos conflictos según se trate de países del *common law* o *del civil law*; sin poder identificarse soluciones uniformes en estos casos. ⁵

⁴ RUBAJA, Nieve, "El derecho internacional privado...", Op. cit.

⁵ GONZALEZ MARTIN, NURIA y ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XVI, disponible en <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/aspectos-transfronterizos-de-la-gestacion-por-sustitucion/#ftn50> (al 25/3/2016).

2.3. Cuando se procura garantizar la estabilidad de la filiación ya adquirida de acuerdo al derecho del lugar de nacimiento luego del desplazamiento al Estado de residencia de los comitentes

La magnitud de estos inconvenientes ha llevado a los países a tomar diferentes medidas. Entre las más recientes se destaca lo sucedido en India, Tailandia, Nepal y México, que asumieron una posición prohibitiva, ya sea de la GS comercial y/o de la GS con aristas de internacionalidad; y Grecia y Vietnam, que han tomado una posición más permisiva.

En India, el Consejo Indio de investigación médica, dependiente del Ministerio de Salud, emitió una resolución el 27 de octubre de 2015 disponiendo que el acceso a GS en India quedará limitado únicamente a ciudadanos de ese país, quedando entonces prohibido respecto de extranjeros. Además, un proyecto de ley ha sido propuesto recientemente en este mismo sentido. El proyecto restringirá el acceso a la GS en la India para los extranjeros, por lo que la GS quedará permitida sólo para ciudadanas o ciudadanos en el extranjero de la India, las personas de origen indio, no residentes indios y cualquier extranjera/o casada/o con un ciudadana/o indio.⁶

Tailandia ya ha cerrado sus puertas a futuros padres extranjeros, tras una serie de escándalos⁷.

La Corte Suprema de Nepal prohibió la GS comercial en agosto de 2015, sin referirse a que lo debería suceder respecto de menores ya concebidos o nacidos, dejando a muchos en el limbo aunque prohibiendo la salida del país y la expedición de documentos de viaje a los nacidos por GS cuya gestación hubiera comenzado con posterioridad agosto de 2015.⁸

Con la GS comercial ahora prohibida en la India, Nepal y Tailandia, la industria enormemente lucrativa está entrando en Camboya. Pero lo cierto es que nadie sabe realmente si el procedimiento es legal allí.

Recientemente Tabasco, México, resolvió el pasado 14 de diciembre de 2015, reformar varios artículos de su Código Civil sobre gestación asistida y subrogada. La principal novedad introducida radica en circunscribir el derecho a convenir un contrato de esta índole exclusivamente a ciudadanos

⁶ Ver CHANDRA NEETU SHARMA: "Now Foreigners Can't Hire Wombs in India" 03/10/2015, <http://www.dailymail.co.uk/indiahome/indianews/article-3259017/Now-foreigners-t-hire-wombs-India.html>.

⁷ Igualmente respecto de parejas homosexuales y cualquier acuerdo de tipo comercial. Sólo podrán acceder a estas prácticas parejas heterosexuales, casadas al menos por tres años, y bajo el requisito de que al menos uno de los esposos sea nacional tailandés.

⁸ Ver: EMBASSY OF THE UNITED STATES KATHMANDU, NEPAL: "Surrogacy in Nepal", 30/10/2015, <http://nepal.usembassy.gov/service/surrogacy-in-nepal.html>.

de nacionalidad mexicana. Consecuentemente, ninguna persona extranjera podrá acogerse de ahora en adelante a esta práctica en el Estado de Tabasco.

En sentido contrario, Grecia abrió las puertas a la GS para extranjeros. El pasado mes de julio el parlamento griego abolió la obligatoriedad de que “las gestantes”, así como las parejas y mujeres solteras en busca de alguien que les geste a sus hijas/os, tengan que residir de manera permanente en el Grecia. Las personas españolas han sido de las primeras en “aprovechar” este cambio.⁹

Por su parte Vietnam reguló la GS en 2015 solo en la modalidad de tipo altruista.¹⁰ En enero de 2016 nació el primer bebe mediante el empleo de esta técnica.¹¹

3. Soluciones y lineamientos jurisprudenciales del TEDH¹²

El TEDH se ha pronunciado en distintas sentencias respecto a la situación de las y los menores una vez en el país de residencia de sus padres y/o madres. En primer lugar, en dos casos similares “Mennesson” (demanda núm. 65192/11) y “Labassee” (demanda n.º 65941/11) ante el mismo país, Francia. Luego, en el caso Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12) el 27/01/2015.

En los casos “Mennesson” y “Labassee”, 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 GS en el extranjero.

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 las niñas/os 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.

⁹ Ver: SAHUQUILLO, MARIA R. "Grecia permite recurrir a la gestación subrogada a dos parejas españolas", 15/12/2015, http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/14/actualidad/1450114667_047982.html.

¹⁰ VIETNAM PLUS: "Vietnam legaliza la maternidad subrogada con fines humanitarios", 08/01/2015, <http://es.vietnamplus.vn/vietnam-legaliza-la-maternidad-subrogada-con-fines-humanitarios/48523.vnp>.

¹¹ PRENSA LATINA: "Nace primer bebé por maternidad subrogada en Vietnam", 22/01/2016, http://www.prensa-latina.cu/index.php?option=com_content&task=view&idioma=1&id=4540081&Itemid=1.

¹² Véase, Lamm, Eleonora. "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de derechos humanos y su impacto." *Ars Iuris Salmanticensis*. TRIBUNA DE ACTUALIDAD. Vol. 2, 43-50 Diciembre 2014

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 las/os menores, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.

En definitiva, según el TEDH si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la GS, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de las y los menores, 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, entre otros.

3.1. Las consecuencias de las soluciones del TEDH en el contexto internacional

En Alemania, en diciembre de 2014, el Tribunal Federal de Justicia¹³ anuló una decisión de un tribunal inferior, estableciendo que la sentencia de California que reconoce a una pareja homosexual como los padres legales de un niño nacido por GS en California debe ser reconocida en Alemania. Cabe destacar que esta decisión representa una desviación del anterior caso del Tribunal Federal, y se basó expresamente en el artículo 8 y en las decisiones Mennesson y Labassee del TEDH, concluyendo que la filiación jurídica establecida en los EE.UU. tuvo que ser reconocida en Alemania sobre la base del interés superior del niño. El Tribunal Federal, sin embargo, indicó que no hubiera sido posible llegar a la misma conclusión si la gestante hubiera aportado también el material genético o si hubiera habido un conflicto entre la persona gestante y los futuros padres en cuanto a la custodia del niño.

¹³ Bundesgerichtshof decision No XII ZB 463/13, 10 December 2014.

Capítulo aparte merece lo sucedido en España.¹⁴ Por la extensión de este trabajo, solo cabe destacar que el 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España (TS) se pronunció, por primera vez, en un caso de GS internacional; la situación sometida a decisión arrastraba una larga historia (casi seis años) que involucra los derechos de dos menores y de un matrimonio conformado por dos personas de sexo masculino. En una votación reñida (5 votos contra 4) la sentencia confirmó lo decidido (cancelar la inscripción de nacimiento) y, consecuentemente, dejó a estos menores sin la nacionalidad española y sin los beneficios que devienen de su titularidad.

Aunque la mayoría del TS utiliza como pretexto el argumento de la defensa del interés superior del menor, lo desatiende absolutamente. En el caso, los mellizos, de nacionalidad española, son colocados en un limbo jurídico incierto, aunque se siguen creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. A los fines de dar una solución, afirma, en consonancia con las sentencias anteriores, que el propio art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), en su párrafo tercero, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que si alguno de los recurrentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. Asimismo, figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de las niñas o niños en tal núcleo familiar.

Estimamos que no se puede invocar judicialmente el interés superior cuando el efecto inmediato de la sentencia que dispone la cancelación de la inscripción es la desprotección, desde que se niega a menores sus derechos básicos como ciudadanas/os españoles y se los priva de padres o madres a efectos legales.

Lo resuelto en esta sentencia fue luego confirmado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en un auto del 2 de febrero 2015 (recurso núm. 245/2012.) Allí se argumentó que la Sentencia del 6 de febrero de 2014 no vulneró los derechos fundamentales de los menores, ni de quienes pretendían ser inscritos como progenitores (igualdad y vida privada) debido a que esa sentencia respeta la doctrina establecida por el TEDH —en los casos analizados— pues permitió el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar “de facto” entre los recurrentes y los menores al instar al Ministerio Fiscal para que adoptara las medidas pertinentes, en el sentido indicado, para la protección de las niñas y niños.

¹⁴ Véase Lamm, Eleonora. Gestación por sustitución en España y el mundo. Una realidad que exige legalidad. Revista de Responsabilidad Médica. Setiembre 2015 y Lamm, Eleonora; Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, *Ars Iuris Salmanticensis*, en prensa.

Esta decisión, en el contexto español, resulta una hipocresía ya que implica exigir la adopción para obtener el mismo resultado que se procura evitar con la GS, cuando además ya se cuenta con jurisprudencia del TEDH.

En este contexto, cabe resaltar lo decidido en Colombia.¹⁵La Corte Constitucional ha fallado sobre una acción de tutela interpuesta por una pareja de hombres que en su momento no pudo registrar a sus dos hijos, nacidos en California mediante el procedimiento de GS. La Corte dió un plazo de 30 días para que se adecúe el formato de los registros de nacimiento y que estos admitan a las hijas/os de parejas del mismo sexo.

El proceso involucró a una pareja de hombres de nacionalidad colombiana que a través de un procedimiento de fertilidad regulado por las leyes del Estado de California, tuvieron dos hijos que fueron reconocidos inmediatamente por las autoridades de dicho Estado. Sin embargo, a pesar de contar con un registro civil de nacimiento de las autoridades de EE.UU, le fue negada esa posibilidad en Colombia, como hijos de padres colombianos. Para la Corte, esa diferenciación realizada por las notarías se fundamenta en un criterio de discriminación por el origen familiar de los hijos de esta pareja y por tanto, vulnera de manera patente el derecho a la igualdad. Estas actuaciones van en contravía de la prohibición de discriminación y de los estándares de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La interpretación formalista que las autoridades accionadas aplicaron al formato de registro civil constituye una abierta contradicción con el espíritu de las decisiones del tribunal constitucional para subsanar el déficit de protección y amparar los derechos e intereses superiores de las niñas y niños”.

Estimamos por tanto que esta decisión resulta respetuosa de los derechos de las niñas y niños nacidos por el empleo de estas técnicas y que, por lo tanto, se encuentra alineada a los estándares que ha fijado el TEDH.

3.2. La trascendencia del “vínculo biológico” a partir de las decisiones del TEDH. El “cambio” en Paradiso y Campanelli

Dada la importancia que pareciera tener este dato biológico/genético en las sentencias de los distintos países, cabe analizarlo entonces como uno de los extremos controvertidos de ambos fallos del TEDH contra Francia.

¹⁵ Expediente T 4496228 - Sentencia SU-696/15 (Noviembre 12). M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

En estas sentencias el TEDH destaca la importancia de la paternidad biológica como un componente de la identidad de cada individuo, por lo cual, se entiende que no podría decirse que es en el mejor interés de las niñas privarlas de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica estaba establecida y se procuraba su pleno reconocimiento. Por ende, al impedirse el reconocimiento y establecimiento de dicho vínculo biológico, el Estado francés habría excedido el margen de apreciación permitido.

Sucede que destacar el papel de la biología implica establecer que la filiación descansa en la procreación, cuando esto claramente ya no es así.

Por otra parte, este argumento podría interpretarse como un apoyo a la solución que se adopta en un número de países en los casos de GS internacionales: a saber, el reconocimiento legal del vínculo filial solo entre el padre genético y el niño o niña. Si la solución francesa, que niega cualquier efecto legal a la filiación válidamente establecida en el extranjero, va más allá del margen de apreciación a la luz de las resoluciones del TEDH (párrafo 100 y párrafo 79), el reconocimiento legal de la filiación entre el padre genético y el niño o niña podría ser suficiente para cumplir con el requisito de proporcionalidad, a no ser que el interés superior del menor se interprete de manera amplia y suponga el reconocimiento de ambos padres como padres legales. Pero además, ¿qué sucede cuando dos padres o dos madres figuran en el acta de nacimiento extranjera? Incluso en el caso de una pareja de distinto sexo, la falta de una relación jurídica entre la o el menor y la comitente o el otro comitente crea incertidumbres respecto de los derechos sucesorios, así como los derechos y obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

Sin más aclaraciones en la sentencia, lo que parece ser una decisión progresista es probable que refuerce la idea de que sólo las relaciones genéticas importan en materia de filiación y así condonar una solución legal que margina las madres y los padres intencionales, privándoles de cualquier relación legal con sus hijas/os.

Por otro lado, en ambos casos (Mennesson y Labassee) el progenitor relacionado genéticamente era el padre de las niñas; diferente sería el enfoque si la relacionada genéticamente fuera la madre.

Esto fue recientemente analizado por el Tribunal Supremo de Irlanda en el caso *M.R. and D.R. (suing by their father and next friend O.R.) & ors -v- An t-Ard-Chláraitheoir & ors* [2014] IESC 60. Este caso se refiere a un acuerdo de GS altruista en el que ambos comitentes —mujer y varón— habían aportado material genético y que con la intervención de una gestante —hermana de la mujer— nacieron gemelos. Los comitentes iniciaron procedimientos judiciales con el fin de registrar a la madre como tal. El tribunal decidió conceder la petición, y abandonó la presunción que deriva de la

máxima de que la madre es siempre la mujer que da a luz. La decisión fue anulada por el Tribunal Supremo irlandés, que sostuvo que en el acta de nacimiento de los gemelos no se podía registrar a la comitente —madre genética— como la madre legal. El Tribunal concluyó que se trataba de un asunto a tratar por la legislatura irlandesa quien debía determinar tales derechos por medio de la ley.¹⁶

Atento a estos argumentos, entendemos que para que las sentencias redunden en *todos* los supuestos en el mejor interés de la o el menor nacido por GS, hay que conferirle un justo peso a la importancia de este vínculo biológico. Por ser la gestación una especie dentro del género de reproducción humana asistida, la voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación, con independencia de si los comitentes aportan o no su material genético.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y puede conllevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo generando situaciones desiguales y discriminatorias que redundarían en perjuicio de la o el menor. Ello, no obstante la necesidad subyacente de controlar que no haya mediado la comisión de un ilícito.

Por ejemplo, recientemente, el máximo tribunal de Suiza ha rechazado reconocer a dos varones suizos como los padres legales de un niño de cuatro años de edad, que nació por GS en los EE.UU. En una decisión histórica emitida el 7 de julio de 2015, la Corte Suprema¹⁷ revocó el fallo de un tribunal administrativo de Saint Gallen de agosto del año anterior que reconocía a los dos padres. Los dos varones contaban con un certificado de nacimiento de California y procuraron que sea reconocido por la oficina de registro en su cantón de origen. La oficina se negó y la pareja apeló con éxito ante el tribunal administrativo, pero el fallo de ese tribunal fue apelado por el Departamento de la justicia federal. La Corte Suprema dictaminó que sólo el comitente que aportó el semen puede ser reconocido oficialmente como el padre y afirmó que el nombre de la gestante también debe ser registrado oficialmente por el cantón de Saint Gallen en su registro civil. La pareja recurrió al TEDH.

En similar sentido en una decisión de 2013 del Kammergericht Berlín (Alemania) el concepto del derecho del menor a conocer su identidad llevó a la corte a la conclusión de que una sentencia estadounidense que declaró que dos comitentes varones alemanes sean registrados como los padres legales de un niño nacido a través de GS en California no podía ser reconocida en Alemania en relación

¹⁶ Véase CAFFREY, *Surrogacy – Genetics v Gestation: The Determination of “Mother” in Irish Law*, in *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2013, pp. 34-36; MURRAY, *Recent Developments in Irish Law on Guardianship in the Context of Surrogacy Arrangements*, in *International Family Law*, 2013, pp. 261-266; MARTINEZ GARCIA, *Case Comment: High Court Appeal – Surrogacy Agreement*, in *Medico-Legal Journal of Ireland*, 2015, pp. 44-47.

¹⁷ ATF 21.5.2015, 5A_748/2014, c. 6.

con el padre no genéticamente relacionado por motivos de orden público. El tribunal declaró que “la completa transcripción de la sentencia extranjera también infringiría el derecho del niño a conocer su identidad debido al hecho de que no contiene ninguna información relativa a la gestante”.¹⁸

Como se puede advertir, estas soluciones repercuten en perjuicio del niño o niña nacidos por GS que implican, además, la vulneración de su derecho a la igualdad por haber nacido como consecuencia del empleo de dichas técnicas. La solución más conveniente e igualitaria, respetuosa de la identidad y consecuentemente del mejor interés del menor es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente si es una persona sola, sin hacer distinciones sobre la base del vínculo genético según este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético,¹⁹ ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la GS, no a los efectos de establecer la filiación —al igual que muchos otros recaudos a los fines de proteger a todos los involucrados en estos acuerdos—. Otra cuestión a considerar será el acceso al conocimiento de los orígenes de las/os menores en estos escenarios.

Luego de estos casos el TEDH ha tenido la oportunidad de expedirse en un caso originado como consecuencia de la GS internacional y ha restado importancia al factor biológico a los fines de considerar la existencia de “vida familiar”.

Así, el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* (25358/12) el 27/01/2015, se trata de un acuerdo de GS entre una pareja italiana y la empresa, “Rosjurconsulting”. El niño nació en Rusia el 27/02/2011 con la ayuda de una gestante rusa y el certificado de nacimiento fue expedido a nombre de los comitentes. En abril de 2011 el Consulado de Italia en Moscú les entregó los documentos que permitieron al niño a salir de Rusia e ir a Italia. En Italia, procuraron la transcripción del certificado de nacimiento que fue denegado por el registro civil sobre la base de que la documentación presentada era falsa. El 5 de mayo 2011 la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de “tergiversación de estado civil”, y violación de la legislación sobre adopción, en tanto habían traído al niño a Italia violando la ley italiana e internacional y sin cumplir con la autorización de la adopción. Por otro lado, se probó que ni los comitentes ni la gestante aportaron material genético. Consecuentemente, esta pareja evadió no sólo la prohibición de recurrir a la GS y al uso de gametos de donantes (ley 40 de TRA), sino también las reglas de la adopción. El Tribunal de menores declaró

¹⁸ Sentencia del 1 de agosto de 2013, caso 1 W 413/12, citado por en Hague Conference of Private International Law, cit. Doc. Prel. 3B, March 2014 cit, par. 164.

¹⁹ Entre otros ordenamientos se exige en Ucrania, Reino Unido, Israel, Illinois, Virginia, New Hampshire, Australia (ACT (*ParentageAct2004* (ACT) art. 24(d) y SA (*FamilyRelationshipsAct1975* (SA) art. 10HA(2)(viii)(B)).

el estado de abandono (y adoptabilidad) con respecto al niño porque los padres biológicos eran desconocidos y los comitentes no podían ser considerados los padres —de acuerdo con la ley italiana— por no tener ningún tipo de lazo genético o jurídico con el niño. El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia y el niño fue confiado a los servicios sociales y colocado con una familia de acogida, sin que la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli sean informados de su ubicación y sin permitirles ningún contacto, a continuación, en enero de 2013 el bebé fue confiado a los padres adoptivos.

La Corte consideró que hubo una violación del artículo 8 del Convenio Europeo a partir de cómo se produjo la remoción del niño de su familia y su colocación bajo tutela. El TEDH entendió que el interés superior del menor exige que los lazos familiares sólo sean cortados en circunstancias muy excepcionales y que debe hacerse todo lo posible, siempre y cuando sea apropiado, para "reconstruir" la familia. Para el tribunal, en el caso no se cumplieron ninguna de estas condiciones extremas para justificar la remoción. En especial, el tribunal afirma que aunque la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli habían pasado sólo seis meses con el bebé, ese período había cubierto etapas importantes de su joven vida habiéndose comportado como padres durante ese tiempo. Ante esto, la Corte considera que el Estado debe tener en cuenta el interés superior del menor, independientemente de la relación parental, genética u otra.

Esta jurisprudencia del máximo tribunal europeo en materia de derechos humanos permite inferir que debe ser respetada la vida familiar consecuente de la voluntad procreacional y la prevalencia en todos los casos del interés superior del menor.

Sin perjuicio de los avances, casos como los analizados en este apartado evidencian que el análisis "ex post" de los acuerdos de GS por parte de los magistrados nacionales y, en último término, por el TEDH solo conducen a soluciones de urgencia que, como tales, son insatisfactorias a todas las aristas problemáticas que traen aparejados los acuerdos de GS.

4. Los casos argentinos de GS internacional

En la Argentina la GS es una realidad y ya se han presentado varios casos tanto a nivel interno como internacional; así, la reciente reforma y unificación del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC),²⁰ ha incorporado disposiciones relativas a la faz internacional de estos conflictos.

²⁰ El nuevo Código Civil y Comercial ha entrado en vigor en Argentina el 1/8/2015. Aunque expresamente regula la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), no incluyó disposiciones sobre esta práctica. El Anteproyecto contemplaba un artículo —el 562— que expresamente regulaba la GS pero la disposición que fue quitada

No obstante, muchos supuestos han sido resueltos judicialmente a los efectos de paliar los inconvenientes surgidos de los conflictos identificados en los apartados anteriores —en especial antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial.

Se encuentran, entre otros, los siguientes casos: Alejandro y Carlos, que recurrieron a la GS en India, donde nació Tobías, su hijo;²¹ el de un matrimonio homosexual que recurre a la GS en Rusia y como consecuencia en abril de 2011 nacen gemelas;²² el de Hernán y Rolando una pareja no casada que celebró un acuerdo de GS en la India utilizando un óvulo donado y esperma de uno de ellos;²³ el caso de Cayetana, la niña hija de una madre argentina y un padre español —ambos residentes españoles— que nació por GS en la India y quien se encontró durante semanas en un limbo jurídico varada en ese país ante la negativa Española para otorgar los documentos de viaje;²⁴ el de mellizos nacidos en México²⁵; una pareja casada que recurre a GS en India²⁶.

del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. Actualmente, se encuentra en trámite parlamentario un proyecto de ley -número 2574/15- para su regulación a nivel interno que propone un sistema judicial previo que autorice estos procedimientos, sin intermediación de agencias. No obstante la práctica tampoco está prohibida; es por ello que ya se han presentado varios casos ante los tribunales en los que se ha reconocido la filiación producto del empleo de la GS, tanto en casos en los que la sentencia judicial recae antes como con posterioridad al nacimiento de las niñas o niños: Juz. Nac. Civil Nro. 86, 18/06/2013, “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”, FA13020016; Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. | ordinario”, Microjuris online MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 102, “C., F. A y otro c/ R. S., M. L.”, 18/05/2015, AR/JUR/12/11/2015; Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 83, “N., N. O”, 25/06/2015, La Ley, online: AR/JUR/24326/2015; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, “A.V.O., A. C. G. Y J.J.F”, 29/7/2015; <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA-PCIAL-PRIMER-JUZ-FLIA-MENDOZA-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>, Tribunal Superior de Justicia C.A.B.A, “M., C. K. s/información sumaria”, 04/11/2015, inédito; Juzgado Familia Nro. 1, Mendoza, “C. M. E. y J. R. M. s/ inscripción nacimiento”, 15/12/2015, AR/JUR/58729/2015. Tribunal Colegiado Rosario Nro. 7, “XXX”, 02/12/2014, La Ley, online AR/JUR/90178/2014; LA LEY 25/06/2015, 25/06/2015, 5 y Juzgado Familia nro. 9 de Bariloche, DATO RESERVADO, Expte. Nro. 10178-14”, 29/12/2015, inédito. Juzgado Familia nro. 7, Lomas de Zamora, “H., M. y otro/a”, 30/12/2015, <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-trib-flia-no-3-lomas-de-zamora-prov-bs-as-gestacion-por-sustitucion-2015/>.

²¹ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012.

²² 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.

²³ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11 – 01- 2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito.

²⁴ 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 MENICOCCI, Alejandro Aldo, AR/JUR/62130/2012.

²⁵ Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, “B.F.M. y OTROS c/GCBA s/AMPARO”, Expte: Nº A12698-2014/0, <http://www.ijudicial.gob.ar/wp-content/uploads/2015/02/ACTA-REGISTRAL.pdf> (disponible al 20/2/2016).

²⁶ Cámara Civil Rosario, 11/05/2015, “GRJ s/ medida autosatisfactiva”.

En todos estos casos se hizo lugar al pedido de transcripción de los nacimientos ocurridos en el extranjero a los Registros Nacionales y/o de expedición de los documentos necesarios para el desplazamiento de los nacidos a la Argentina. Los fundamentos para conceder tales pedidos pueden sintetizarse en los siguientes: la copaternidad registral igualitaria, en función del principio de igualdad (comaternidad – copaternidad); el derecho a la no discriminación por la orientación sexual; el derecho a la identidad de los nacidos; el interés superior del niño; la protección integral de la familia y la voluntad procreacional de los comitentes.

Esta abundante jurisprudencia, no obstante, está lejos de cesar. Recientemente, en octubre de 2015 y en plena vigencia del nuevo CCYC, ha tenido lugar otra sentencia, con un resolutorio un tanto peculiar.²⁷

Se trata de una pareja que promovió una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) –Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas–, a fin de obtener la *inscripción supletoria del nacimiento de su hija concebida mediante el método de GS contratado con una clínica especializada de Mumbai, República de la India*; y solicitó que se libre oficio a la Embajada Argentina, Sección Consular en Mumbai, India, a fin de poner en su conocimiento la tramitación del proceso judicial y se ordene que, oportunamente, expida el pertinente pasaporte transitorio para que su hija pueda viajar al país.

El 17 de septiembre de 2015 el juez de grado, declaró la incompetencia del fuero. Para así decidir, consideró que el objeto procesal excede del mero registro del nacimiento, y conllevaba el análisis del vínculo filial. Los comitentes apelan.

La cámara entiende que resulta determinante tener en cuenta que la demanda fue iniciada contra una autoridad administrativa a fin de reclamar la inscripción *del nacimiento de una niña concebida mediante el método de GS contratado en el extranjero*. En efecto, la acción ha sido dirigida contra un organismo dependiente del GCBA y que “...*en virtud de lo dispuesto por la ley 26.413 es el único encargado en el país de realizar la inscripción de los nacimientos ocurridos en el extranjero*”. Por ello se concluyó que era ese fuero el que tenía competencia para evaluar las obligaciones a cargo de un órgano de la Ciudad.

De todos modos se consideró que debía confirmarse la declaración de incompetencia y remitir las actuaciones al Departamento Judicial de General San Martín, Provincia de Buenos Aires, que correspondía al domicilio de los amparistas.

²⁷ Cámara de Apelaciones CAyT – Sala I, 26/10/2016, “D. N. S. E. y OTROS c/ GCBA s/ amparo” Expte. Nº: A37847-2015/0.

No obstante, aun definida de este modo la cuestión de competencia, se advierte que hasta el momento, los actores, no han logrado la inscripción de la niña. Se sostiene que "... teniendo en cuenta que la pretensión de los actores (...), el estudio médico (...) y los datos que surgen del certificado de nacimiento ... cabe concluir que resulta *prima facie* verosímil la configuración del derecho a acceder a una partida de nacimiento que, de modo provisorio, consigne los datos que surgen de aquel".

Por ello se concluyó "En tales condiciones, atento a la situación descripta precedentemente y que en todas las medidas concernientes a los niños una consideración primordial a la que se debe atender es el interés superior del niño, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y librar oficio al Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires a fin de que proceda a la inscripción provisorio del nacimiento de la niña"

En definitiva, sin perjuicio de la decisión alcanzada en este supuesto, en atención a que al momento de resolver el caso ya se encontraba en vigencia el nuevo CCyC debería haberse aplicado la norma contenida en el art. 2634, que se verá a continuación, que importa el deber de reconocimiento del emplazamiento otorgado en el extranjero —tanto en sede administrativa como en la instancia judicial.

5. Las disposiciones de DIPr del nuevo CCYC argentino aplicables a GS internacional

Como adelantáramos, muchos de los inconvenientes planteados en los apartados anteriores encontrarán remedio en el nuevo CCYC argentino. Entre las "Disposiciones de DIPr", contenidas en el Título IV del Libro VI, la Sección 5^a aporta soluciones para las cuestiones derivadas de la "Filiación por naturaleza y por TRHA"; así se suplió un vacío legal respecto de esta temática en la que carecíamos de regulación tanto a nivel interno (el Código Civil no contaba con ninguna disposición en la especie) como en la fuente internacional que se mostraba insuficiente para suplir esta laguna²⁸.

Entre algunos rasgos destacables que incorpora el nuevo código en esta materia mencionaremos que se confiere un tratamiento diferenciado para la determinación e impugnación de la filiación respecto del reconocimiento de hijo atendiendo a la particularidad de estos escenarios;

²⁸ Los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940 contienen escasas disposiciones que resultan a todas las luces insuficientes para enfrentar los escenarios actuales en esta temática. Ver: RUBAJA, NIEVE, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

para la determinación de la jurisdicción se ofrece una pluralidad de foros disponibles de modo de facilitar el acceso a la justicia (art. 2631)²⁹; para designar el derecho aplicable se brindan diferentes opciones según la particular situación de cada tipo jurídico con una clara orientación material hacia la satisfacción de los derechos humanos del hijo (arts. 2632 y 2633)³⁰; por último, se incorpora en el art. 2634 el deber de reconocimiento de emplazamientos otorgados en el extranjero. En todas las disposiciones se refleja el eje que el legislador ha tenido en miras que es la concreción de los derechos humanos de los sujetos a proteger en estos escenarios: el derecho a la identidad, a la igualdad y a la estabilidad de los vínculos filiatorios.

En atención al escenario que aquí nos ocupa —niñas o niños que nacen en el extranjero por GS y luego son desplazados para residir en Argentina— es de suma importancia la consideración del art. 2634 que se refiere a la inserción de dichas filiaciones en el ordenamiento jurídico argentino en los siguientes términos: *“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 adoptará la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.” Así, no obstante haber sido suprimida la GS del derecho de fondo, esto no impide considerarla comprendida en este artículo, al ser un tipo de técnica de reproducción humana asistida.

²⁹ Si se tratara de la determinación o impugnación de la filiación se establecen como foros alternativos para el actor el de los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o el los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor (conf. 2631). Además, deberá tenerse en cuenta que el art. 2602 contempla expresamente el foro de necesidad bajo las condiciones allí establecidas. Ver: RUBAJA, NIEVE, comentarios al artículo en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso, disponible en www.infojus.com (disponible al 24/3/2016).

³⁰ Para la determinación del derecho aplicable, mediante una norma de conflicto materialmente orientada, se prevé que el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del menor al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento de la hija/o o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales de la hija/o (art. 2632). Para determinar el derecho a aplicar para el reconocimiento del menor mediante una norma de conflicto se eligen como puntos de conexión el domicilio del menor al momento del nacimiento o al tiempo del acto o el domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto (art. 2633). Además, el art. 2600 contiene una cláusula de reserva del orden público internacional, a cuyo fin deberá tenerse en cuenta que la voluntad procreacional es un principio que nutre al ordenamiento jurídico nacional en la actualidad.

Por otra parte, si bien ya hemos adelantado que este artículo sólo ofrece una solución al problema de la estabilidad del estado de hija/o que ya fuera adquirida en el extranjero, cabe destacar que se trata de una solución novedosa que supera las dificultades que implicaba la aplicación del sistema de reconocimiento contemplado en el art. 517 del CPCCN y sus correlativos en los códigos de procedimiento provinciales³¹. Además, como veremos, en la disposición se señala como objetivo prioritario, la protección jurídica del interés superior del menor; se capta la protección de la mujer gestante y se delimitan las condiciones a cumplir para acceder al reconocimiento, asegurando la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero, de conformidad con la reciente jurisprudencia del TEDH comentada.

Mediante el empleo del método de reconocimiento³², entendido como aquél que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada al amparo del derecho extranjero y con la finalidad de que ésta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de exequátur, 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 los comitentes, que es donde residirá la o el menor (también llamado Estado de recibimiento).

En otras palabras, se evita la necesidad de recurrir al procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras para la incorporación al ordenamiento jurídico nacional del emplazamiento filial otorgado en el extranjero, mientras se cumpla con el parámetro que la norma establece: que sea de conformidad con los principios de orden público argentino —léase internacional en atención al sector en donde se encuentra la disposición—, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del menor. En definitiva, mediante el empleo de este método se centra el control, principalmente, en función de los derechos humanos, especialmente del interés superior del menor. 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 menor y su interés superior.

³¹ Máxime si se tiene en cuenta que el nuevo CCYC no ha incorporado ninguna sección relativa al procedimiento de reconocimiento y ejecución de situaciones jurídicas o decisiones provenientes de otros Estados. Ello, en atención a que el sistema federal de organización nacional deja librada a las 24 provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las regulaciones de las cuestiones procesales.

³² Para profundizar sobre el método de reconocimiento en las relaciones familiares compulsar BARATTA, R., "*La reconnaissance internationale des situations juridique persóneles et familiares*", en *Recueil des Cours*, 2010 (vol. 348), 2011, p.272.

Sin perjuicio de ello, el empleo de este recurso traerá como beneficio adicional que el control del orden público internacional que se realice respecto de la figura que pretende reconocerse no se limite a las posibilidades que admiten los códigos procesales sino, de considerarlo necesario, se podrá efectuar un control de fondo para despejar cualquier duda que pueda haber en relación a la licitud de la filiación, a las condiciones en la que se concretó y/o en torno a si aquélla responde al interés superior de la o el menor de que se trate.

Ahora bien, si se atiende al segundo párrafo del aludido artículo, puede advertirse que se hace referencia a que los principios que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y que deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención. Luego, se especifica que la intervención puede ser tanto a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas por estas técnicas. Finalmente, en el último párrafo se establece que la decisión a adoptar debe redundar en beneficio del interés superior del niño.

La referencia a “los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida” no es del todo clara. Sin embargo, podría interpretarse que en realidad se alude a los principios de igualdad, identidad y/o al derecho a conocer los orígenes que emana de la legislación de fondo. En definitiva, si bien es cierto que estos parámetros también integran el orden público internacional argentino debe estarse a la directiva que imparte quienes legislan en cuanto a la reducción de su contenido, a los fines del reconocimiento de las filiaciones otorgadas en el exterior, al interés superior del menor.

Cabe recordar, nuevamente, que la disposición en todas sus partes sienta este deber tanto para la autoridad judicial como para la autoridad administrativa, según cada supuesto fáctico. Tan es así que, la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto ha elaborado un Dictamen³³ para poner de resalto las modificaciones que hoy presenta el nuevo código en esta temática y puesto que —a su entender— se requerirá un análisis sobre las consecuencias que puede implicar por las distintas áreas del Ministerio con competencia en materia de reconocimiento de la filiación extranjera y en torno a la posibilidad de habilitar los trámites de nacionalidad por opción —ya sea consular o judicial— cuando el vínculo filial se acredita con una partida que tiene por antecedente un contrato de GS.

Allí, se reconocen los inconvenientes que han enfrentado los comitentes argentinos frente a la negativa de los Consulados a inscribir tales nacimientos. Se sostiene que hasta la sanción del CCyC

³³ Carpe N° 2110/2012, Nota 15573/2015, 14/12/2015 suscripta por el Embajador Horacio A. Basabe.

“la falta de regulación sobre el particular y el temor de falsear la identidad biológica de la o el menor implicado, han sido los argumentos de orden legal que, hasta el momento, han dado apoyatura a la posición de nuestras Representaciones Consulares” y que ello ha hecho necesaria la tramitación de amparos judiciales a fin de obtener una orden favorable a la inscripción. Además, se reconoce que “el amparo ha sido la vía judicial necesaria en todos aquellos casos en que el niño —nacido en el extranjero— no le es otorgada la nacionalidad del país de nacimiento...” “Al ser apátridas, la tramitación de la nacionalidad argentina por opción se impone, para posibilitar la extensión de un pasaporte que los habilite a salir del país. Asimismo, para tramitar la nacionalidad por opción, resulta indispensable la previa inscripción de la partida, ante el Consulado que corresponda, de ahí entonces la urgencia en obtener una decisión judicial que habilite la inscripción”. Finalmente se concluye en relación al art. 2634 que “A criterio de esta Dirección de Asistencia Jurídica, criterio que es compartido por la doctrina..., resultaría de la norma mencionada **la obligatoriedad de reconocer la filiación constituida de acuerdo al derecho extranjero**, en beneficio del interés superior del niño, incluso aquellas filiaciones surgidas de una maternidad subrogada. Ello así, independientemente de que el contrato de maternidad por subrogación se encuentre o no regulado por nuestro régimen legal”.

Por ello se sugiere revisar las instrucciones que actualmente se imparten en estas temáticas.

No obstante los beneficios que pudieran generar esta norma, cabe considerar que sólo aborda una faz de esta problemática. Es decir, este enfoque y el enfoque del TEDH tienen como inconveniente que sólo ofrecen una solución a posteriori a algunas de las cuestiones relacionadas con la GS internacional, la situación de las y los nacidos por estas técnicas. Así, aunque es capaz de reducir algunos limbos, no aborda otras cuestiones graves que surgen de la GS internacional, tales como los acuerdos entre los comitentes y la gestante y la protección integral de esta última. Por ello, autores como Trimmings y Beaumont, opinan que este enfoque no es adecuado para hacer frente a un fenómeno tan complejo como la GS. En su lugar, estiman necesario un enfoque verdaderamente multilateral como un Convenio internacional sobre GS.³⁴

Cabe resaltar que el problema de la filiación y del estado de las niñas y niños nacidos por acuerdos de GS está siendo abordado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr desde el año 2010. Entre los días 15 a 18 de febrero de este año se reunió en La Haya un Grupo de Expertos a fin de avanzar en el análisis de las problemáticas que se presentan a nivel mundial en torno a esta

³⁴ BEAUMONT, P. and TRIMMINGS, K. “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> (disponible al 24/3/2016).

cuestión en la práctica y detectar si existe una necesidad de una solución común. En tal caso, qué tipo de instrumento se necesitaría y los desafíos que enfrentaría tal misión. En dicha oportunidad 21 Estados estuvieron representados –tanto Estados de origen como de recepción de niños nacidos por GS—. El Grupo recomendó al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia que extendiera el mandato para llevar a cabo la tarea. Finalmente, en la reunión anual del Consejo llevada a cabo entre el 15 y el 17 de marzo de 2016 se adoptó la decisión de que el Grupo continúe con su labor y que se enfoque primordialmente en la cuestión del reconocimiento.³⁵

6. Breves conclusiones

La realidad da cuentas que cada vez para más personas la GS es vía por la cual pueden tener un hijo o hija; asimismo, que muchas veces este plan se concreta únicamente mediante el desplazamiento a través de las fronteras para poder acceder a estas técnicas por las limitaciones propias de cada Estado.

Consideramos que, cada Estado debe 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.

Hasta tanto ello se logre, son los jueces quienes deberán brindar soluciones que garanticen los derechos de las niñas y niños nacidos por el empleo de estas técnicas, entre ellos: a la protección familiar, a la igualdad, a la identidad, a la estabilidad; a concretar su interés superior. No obstante, el DIPr es el recurso para conseguir esta meta. La búsqueda de soluciones debe ser de cada Estado y de la comunidad jurídica internacional en su conjunto.

Fecha de recepción: 3 de abril de 2016

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2016

³⁵ Los trabajos desarrollados en este marco han importado un gran avance en el estudio de esta problemática. Están disponibles en www.Hch.net sección "The parentage / surrogacy Project".