

VOCES: Maternidad subrogada. Prácticas abusivas. Jurisprudencia. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Publicado en Revista de Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética de la editorial Erreius. Febrero 2020.

Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada

por Silvia Marrama

1. Introducción

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha notificado por escrito el 12 de diciembre de 2019 seis sentencias y ocho decisiones sobre admisibilidad de casos. Por separado, el Secretario del Tribunal ha emitido comunicados de prensa respecto de dos de las referidas decisiones: en los casos de “C y E v. Francia” (solicitudes N° 1462/18 y 17348/18) y en el caso “Liviu Aurel Man y otros v. Rumania” (N° 39273/07)¹.

El comunicado de prensa titulado *Niños nacidos de una gestación para otro* (GPA, en su sigla en francés): *la negativa de las autoridades francesas de transcribir la totalidad de los certificados de nacimiento extranjeros no es desproporcionada*², se refiere a la decisión sobre admisibilidad de los casos “C y E v. Francia” (solicitudes N° 1462/18 y 17348/18). El Tribunal por unanimidad³ declara inadmisibles ambas solicitudes por defecto manifiesto de fundamentación. Esta decisión es final⁴. Ambos casos se refieren a la negativa de las autoridades francesas de transcribir en los Registros del Estado Civil francés la totalidad de los certificados de nacimiento de niños nacidos en el extranjero mediante gestación para otros (en adelante, GPA), concebidos extracorpóreamente con gametos del padre previsto o padre de intención, y de una tercera donante. En particular, la negativa se refiere a la inscripción de la madre prevista o de intención como madre.

1 TEDH, *Judgments and decisions of 12.12.19 Press Release - Chamber Judgments. 12/12/2019*, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6589827-8731916> [consultado 16-12-2019]. Traducción propia.

2 TEDH, *Decisions on admissibility Décision C et E c. France - enfants nés d'un contrat de gestation pour autrui Press Release - Decisions on admissibility. 12/12/2019*, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6589817-8731893> [consultado 16-12-2019]. Traducción propia.

3 La decisión fue tomada por un Comité de tres jueces compuesto por: Mārtiņš Mits (Letonia), Presidente, André Potocki (Francia), Lətif Hüseynov (Azerbaiyán). Actuó como Secretario Adjunto Milan Blaško.

4 A tenor del artículo 28 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, los juicios emitidos por un Comité son finales. Una vez que la sentencia se convierte en definitiva, se transmite al Comité de Ministros del Consejo de Europa para que supervise su ejecución. Las decisiones de inadmisibilidad son definitivas.

El objetivo de este trabajo es analizar jurídicamente la información oficial del Tribunal respecto de estos casos (disponible mediante acceso abierto *online*⁵), y poner de relieve la tendencia jurisprudencial del TEDH respecto de los acuerdos de subrogación de vientres.

2. “C v. Francia”⁶

La solicitud N° 1462/18 fue presentada por tres ciudadanos franceses: una pareja, el Sr. y la Sra. C, nacidos en 1963 y 1965 respectivamente, y un niño nacido en febrero de 2010, en los Estados Unidos de América, concebido extracorpóreamente con gametos del Sr. C. y de una tercera persona. En octubre de 2010, se expide en Florida su certificado de nacimiento, que indica que la Sra. C es su madre y el Sr. C. su padre. En 2014, los cónyuges solicitan la transcripción del certificado de nacimiento del niño en los registros de la Oficina de Registro Consular francés en Miami. Esta solicitud fue transmitida a la Fiscalía⁷ de Nantes debido a indicios de que la pareja C habría recurrido a un acuerdo de GPA. En 2015, la Fiscalía de Nantes informa a los cónyuges que su solicitud de transcripción había sido rechazada. Basándose en los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y familiar) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), los interesados recurrieron la decisión ante el Tribunal de Primera Instancia (en adelante, TGI)⁸ de Nantes, solicitando la transcripción del certificado de nacimiento del niño en los registros del estado civil de Francia. En 2016, el TGI hizo lugar a su solicitud, y el año siguiente el Tribunal de Apelaciones de Rennes confirmó la sentencia en lo referido a la solicitud de transcripción del certificado de nacimiento respecto de la filiación paterna, pero revocó la sentencia respecto de la filiación materna, señalando que los cónyuges habían firmado un acuerdo de GPA en el extranjero y que la Sra. C no había dado a luz al niño.

3. “E v. Francia”⁹

5 A la fecha de redacción de este artículo (19/12/2019) no se encuentra publicada *online* con acceso abierto la decisión de admisibilidad en los casos “C y E v. Francia” sino sólo el informe de prensa citado en nota 2.

6 TEDH, “C v. FRANCE”, N° 1462/18. *Communicated Case 29/03/2018*, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-182515> [consultado 16-12-2019]. Traducción propia.

7 Traduzco *Parquet* como *Fiscalía*, ya que se denomina tal al conjunto de magistrados encargados, dentro de un tribunal de primera instancia y bajo la dirección del procurador fiscal de la República, de defender los intereses de la sociedad. Cfr. *Dictionnaire de français Larousse* - edición online - [consultado 16-12-2019].

8 Traduzco *Tribunal de grande instance (TGI)* como *Tribunal de Primera Instancia*, ya que se denomina tal a un tribunal de derecho común de primer grado, ubicado en cada departamento de Francia, y que conoce en los casos civiles de cierta cuantía, siempre y cuando la ley no confía su examen a la competencia exclusiva de otro tribunal. Cfr. *Dictionnaire de français Larousse* - edición online - [consultado 16-12-2019].

9 TEDH, “E v. FRANCE”, N° 17348/18. *Communicated Case 23/05/2018*, en

La solicitud N° 17348/18 fue presentada por cinco ciudadanos franceses: una pareja, el Sr. y la Sra. E, nacidos en 1962 y 1969 respectivamente, y tres niños nacidos en 2014 en Ghana, cuyo ADN proviene de gametos del Sr. E y una persona ajena a la pareja. En mayo de 2014 la referida república africana expide los certificados de nacimiento, que señalan a la Sra. E como madre y al señor E como padre. El Señor E. pide entonces a la Embajada de Francia en Ghana que transcriba los certificados de nacimiento, pero la Fiscalía de Nantes informa a los cónyuges que los contratos de GPA se encuentran prohibidos por el artículo 16-7 del Código Civil francés, y que por ello decide posponer la transcripción de los certificados de nacimiento en espera de las instrucciones de cancillería¹⁰. En 2015, los cónyuges recurrieron ante el TGI para obtener la transcripción de los certificados de nacimiento de los tres niños. La sentencia, favorable a su pretensión, fue confirmada por el Tribunal de Apelación en marzo de 2017. En 2018, a instancias del Procurador General del Tribunal de Apelaciones de Rennes, la Corte de Casación francesa casó la sentencia del Tribunal de apelación que ordenó la transcripción de los certificados de nacimiento, en lo referido a la inscripción de la filiación materna.

4. Presentación ante el TEDH

Las solicitudes N° 1462/18 y N° 17348/18 fueron presentadas ante el TEDH el 4 de enero de 2018 y 10 de abril de 2018. Fundados en los artículos 8 y 14 del CEDH, los solicitantes alegaron la violación discriminatoria del derecho al respeto de la vida privada de los niños, que se habría configurado por la negativa de las autoridades francesas de transcribir la totalidad de sus certificados de nacimiento en los registros del estado civil francés.

5. Decisión de admisibilidad

El TEDH considera que esta negativa de las autoridades francesas no es desproporcionada, dado que la legislación interna ofrece una posibilidad de reconocimiento de la filiación entre los hijos y su madre de intención a través del instituto de la adopción del hijo del cónyuge. El Tribunal observa al respecto, que la duración promedio para obtener una decisión de este tipo en Francia es de sólo 4.1 meses en caso de adopción plena y 4.7 meses en caso de adopción simple.

5.1. Artículo 8 de la CEDH

<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-183942> [consultado 16-12-2019]. Traducción propia.

10 Traduzco *chancellerie* como *cancillería* si bien en Francia la palabra indica tanto el lugar donde se sellan ciertos actos con el sello del soberano, del Estado, así como las oficinas de la administración central encabezada por el canciller, y los servicios administrativos del Ministerio de Justicia, en memoria de la época en que el Ministro llevaba el título de Canciller, además del de Guardián de los Sellos, que mantuvo. Cfr. *Dictionnaire de français Larousse* - edición online - [consultado 16-12-2019].

Respecto de la alegada violación del artículo 8 del CEDH, el TEDH observa que el 10 de abril de 2019 emitió una opinión consultiva sobre la situación fáctica que se presenta en las solicitudes N° 1462/18 y 17348/18 bajo análisis, requerida mediante solicitud N° P16-2018-001 de la Corte de Casación francesa¹¹, y que el escenario allí descrito guarda similitud.

5.1.1. Opinión consultiva

En efecto, mediante nota fechada el 12 de octubre de 2018, dirigida al Secretario del TEDH, la Corte de Casación solicitó al Tribunal, en virtud del artículo 1 del Protocolo N° 16 del CEDH, que emita una opinión consultiva sobre las siguientes cuestiones:

1. Al negarse a transcribir en los registros de estado civil el certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación subrogada, en lo que respecta a la *madre de intención* -designada por el Estado francés como *madre legal*-, mientras que la transcripción del acto se admite en la medida en que designa *padre biológico* del niño al *padre de intención*, un Estado parte del CEDH ¿excede el margen de apreciación que tiene en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo? A este respecto, ¿es necesario distinguir si el niño fue concebido extracorpóreamente o no con los gametos de la *madre de intención*?

2. En caso de respuesta positiva a una de las dos preguntas esbozadas en el punto anterior, la posibilidad de la *madre de intención* de adoptar al hijo de su cónyuge, *padre biológico*, -lo cual constituye un modo de establecer la filiación en Francia-, ¿satisface las exigencias del artículo 8 de la Convención?

5.1.1.1. Contexto de la solicitud de opinión consultiva

El contexto de la solicitud de opinión consultiva es el caso *Mennesson v. Francia*¹²,

11 TEDH, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention demandé par la Cour de cassation française (Demande n P16-2018-001)*, 10/04/2019, en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345> [consultado 16-12-2019]. Traducción propia.

El texto está redactado en francés y en inglés, y fue comunicado por escrito el 10 de abril de 2019, de conformidad con el artículo 94 §§ 9 y 10 del Reglamento del TEDH.

12 TEDH, “*MENNESSON v. FRANCE*”, N° 65192/11, 26/06/2014, devenido en definitivo el 26/09/2014, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145179"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). [consultado 27-9-2017]. Traducción propia.

He analizado el caso en Marrama, Silvia, “Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea” en Brito, A. M. de; Puhl Maciel, E.M.; Kurtz de Souza, J.C. (Coords.), *Filosofia e Direito: Um Diálogo Necessário para a Justiça*, Editora Fi, Porto Alegre, 2018, Vol. 2, págs. 257-260.

oportunidad en la cual el Tribunal examinó bajo el ángulo del artículo 8 del Convenio la imposibilidad de dos niños nacidos en California mediante gestación subrogada, de obtener en Francia el reconocimiento de la filiación legalmente establecida con sus padres de intención en los Estados Unidos. El TEDH concluyó que en el caso no se había violado el derecho de los niños y de los padres al respeto por su vida familiar, sino sólo el derecho al respeto de la vida privada de los niños. El Tribunal enfatizó que el respeto por la vida privada requiere que todos puedan establecer los detalles de su identidad como ser humano, lo que incluye su parentesco, y que un aspecto esencial de la identidad de las personas está en juego cuando se involucra la filiación (véase el apartado 96 de la sentencia), y que el referido derecho se encuentra significativamente afectado por la negativa del Estado francés de reconocer el vínculo de parentesco existente entre los niños gestados por subrogación de vientres y los padres de intención. Así concluyó que existía una seria cuestión de compatibilidad de esta situación con el interés superior de los niños, cuyo respeto debería guiar cualquier decisión sobre ellos (véanse los párrafos 96 y 99 de la sentencia).

En el párrafo 100 de la sentencia, el Tribunal se pronunció expresamente sobre la cuestión del reconocimiento de la filiación entre los dos hijos y el padre de intención, que era a la par su padre biológico. Sostuvo allí que, en vista de la importancia de la paternidad biológica como elemento de la identidad, no se puede argumentar que lo mejor para un niño es privarlo de un lazo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo está establecida y el niño y el padre en cuestión reclaman su pleno reconocimiento. Sin embargo, el Estado francés no solo no admitió el vínculo jurídico entre los niños solicitantes y su padre biológico con ocasión de la solicitud de transcripción de los certificados de nacimiento, sino que tampoco permitió su consagración vía reconocimiento de paternidad o mediante el instituto de la adopción, o por efecto de la posesión de estado. El Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción a la identidad y al derecho al respeto de la vida privada de los niños solicitantes, que al obstaculizar tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su parentesco con respecto a su padre biológico, el Estado demandado fue más allá de lo que su margen de apreciación le permitía.

Mediante resolución adoptada el 21 de septiembre de 2017 (CM / resDH (2017) 286), el Comité de Ministros del Consejo de Europa declaró que había ejercido sus funciones en virtud del artículo 46 § 2 de la Convención con respecto a la ejecución de esta sentencia y decidió cerrar su revisión. Sin perjuicio de ello, el 16 de febrero de 2018 el Tribunal para el reexamen de las decisiones civiles concedió la solicitud de reexamen de la apelación de casación presentada el 15 de mayo de 2017 por los cónyuges Mennesson, en calidad de representantes legales de sus dos hijos, contra la sentencia del Tribunal de Apelación de París del 18 de marzo de 2010 que había anulado la transcripción de los certificados de nacimiento estadounidenses a los registros del estado civil francés. En el contexto de la revisión de este recurso de casación, la Corte de Casación suspende el proceso y remite la presente solicitud de opinión consultiva N° P16-2018-001 al TEDH. Por lo tanto, esta solicitud de opinión consultiva forma parte de un procedimiento interno para el reexamen de la apelación de casación de los solicitantes en el caso Mennesson (cfr. punto 27).

El 3 de diciembre de 2018, un colegio de cinco jueces de la Gran Sala del Tribunal, compuesto de conformidad con los artículos 2 § 3 del Protocolo N° 16 y 93 § 1 del Reglamento del Tribunal decide aceptar esta solicitud. La composición de la Gran Sala se decide el 4 de diciembre de 2018 de conformidad con los artículos 24 § 2 h) y 94 § 1 del Reglamento.

El 7 de diciembre de 2018, el Secretario del Tribunal informa a las partes que el Presidente de la Gran Sala les otorga un plazo para presentar ante el Tribunal observaciones escritas sobre la solicitud de opinión consultiva (cfr. artículos 3 del Protocolo N° 16 y 94 § 3 del reglamento). D.

Mennesson, F. Mennesson, S. Mennesson y V. Mennesson produjeron conjuntamente observaciones escritas, y por otra parte lo hizo el gobierno francés, mientras que ni el Comisionado del Consejo de Europa para los Derechos Humanos ni el Fiscal General del Tribunal de Apelaciones de París hicieron uso de este derecho. Por otra parte se recibieron observaciones escritas de los gobiernos británico, checo e irlandés, del Defensor de los Derechos, del Centro de Estudios Interdisciplinarios de Género del Departamento de Sociología e Investigación Social de la Universidad de Trento, así como de las organizaciones no gubernamentales que el Presidente había autorizado a intervenir en el marco de lo dispuesto por el artículo 3 del Protocolo N° 16: Centro AIRE, Fundación Helsinki para los Derechos Humanos, ADF International, Coalición Internacional para la Abolición de la Maternidad Subrogada, y Asociación de Médicos Católicos de Bucarest. La organización no gubernamental *Child Rights International Network*, que también se encontraba autorizada para intervenir, no produjo observaciones. Los comentarios recibidos fueron comunicados a la Corte de Casación, que no hizo ninguna observación (cfr. artículo 94 § 5 del reglamento). Luego de la clausura del procedimiento escrito, el Presidente de la Gran Sala decidió que no había necesidad de celebrar una audiencia (cfr. artículo 94 § 6 del Reglamento), y en forma unánime se emitió la opinión consultiva.

5.1.1.2. Evolución de la jurisprudencia de la Corte de Casación

En su solicitud de opinión consultiva, la corte requirente indica que su jurisprudencia ha evolucionado después de la sentencia Mennesson. La transcripción del certificado de nacimiento de un niño en el extranjero mediante subrogación de vientres actualmente es posible siempre que el certificado designe al padre biológico como padre de intención, pero continúa resultando imposible con respecto a la maternidad intencional. Sin embargo, la esposa del padre biológico y de intención en la actualidad tiene la posibilidad, facilitada por la ley francesa y avalada por la jurisprudencia, de adoptar al niño si se cumplen las condiciones legales y si la adopción es en interés del niño, lo cual crea un vínculo de filiación entre la madre de intención y el niño gestado por subrogación de vientres.

5.1.1.3. Análisis del marco normativo

El TEDH se refiere, al fundar su opinión consultiva, en particular a los artículos 2, 3, 7, 8, 9 y 18 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), así como a los artículos 1 y 2 de su Protocolo Facultativo, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil. El Tribunal también tuvo en cuenta la labor de la Conferencia de La Haya del Derecho Internacional Privado y un informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños¹³.

Por otra parte, el TEDH funda su opinión consultiva en un estudio de derecho comparado que abarca a cuarenta y tres Estados partes en la Convención, distintos de Francia. El reporte

13 *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material*, A/HRC/37/60, 15/01/2018. [consultado 19-12-2019]. Traducción propia.

muestra que la subrogación de vientres está autorizada en nueve de los cuarenta y tres estados, es tolerada en diez y está prohibida explícita o implícitamente en los otros veinticuatro. Además, en treinta y uno de estos cuarenta y tres estados -incluidos doce estados en los que está prohibida la gestación para otros-, se posibilita al padre de intención que a la vez es padre biológico, establecer su paternidad con respecto a un niño nacido de GPA. En diecinueve de estos cuarenta y tres estados (Alemania, Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bélgica, España, Finlandia, Georgia, Grecia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, la República Checa, el Reino Unido, Rusia, Eslovenia, Suecia y Ucrania), incluidos siete estados en los que está prohibida la subrogación de vientres (Alemania, España, Finlandia, Luxemburgo, Noruega, Eslovenia y Suecia), se posibilita que la madre de intención establezca su maternidad con respecto a un niño nacido de GPA con quien no tiene vínculo genético.

5.1.1.4. Respuesta a la primera cuestión de la opinión consultiva

Sobre la cuestión de si el artículo 8 de la CEDH exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer el vínculo entre un niño nacido de una GPA realizada en el extranjero y la madre de intención, el TEDH sopesa dos factores: el interés superior del niño y el alcance del margen de apreciación disponible para los Estados partes¹⁴ (cfr. puntos 37-47).

En cuanto al primer factor, el Tribunal se refiere al principio esencial según el cual, siempre que se cuestione la situación de un niño, su interés superior debe prevalecer. Cita al respecto en el punto 38, los siguientes párrafos de las sentencias recaídas en “Paradiso y Campanelli v. Italia”, § 208; “X v. Letonia”, § 95; “Menesson v. Francia”, §§ 81 y 99; “Labassee v. Francia”, §§ 60 y 78; y “Wagner y JMWL v. Luxemburgo”, § 133. El TEDH recuerda que aceptó en “Menesson v. Francia” (§ 99) y “Labassee v. Francia” (§ 78) que era concebible que Francia quisiese desalentar a sus nacionales de recurrir a un método de procreación en el extranjero que se encuentra prohibido en su territorio. Sin embargo, a la par señaló que los efectos del no reconocimiento en la ley francesa del vínculo de parentesco entre los hijos así concebidos y los padres de intención no se limitaban a la situación de quienes eligieron este método de GPA: también afectan significativamente el derecho al respeto a la vida privada de los niños. Sin embargo, el TEDH es consciente de que, en el contexto de la subrogación de vientres, el interés superior del niño no se limita al respeto por estos aspectos de su derecho a la vida privada, sino que incluye otros elementos fundamentales, que no claman necesariamente en favor del reconocimiento de la maternidad de la madre de intención, tales como la protección contra los riesgos de abuso que conlleva la GPA (cita al respecto “Paradiso y Campanelli v. Italia”, § 202) y la posibilidad de conocer sus orígenes (cita “Mikulić v. Croacia”, §§ 54-55).

En cuanto al segundo factor, tratado por el TEDH en el punto 43, la extensión del margen de apreciación de los Estados parte varía según las circunstancias, dominios y contextos (cita “Menesson v. Francia”, § 77 y “Labassee v. Francia”, § 57), y la presencia o ausencia de un denominador común en los sistemas jurídicos de los Estados contratantes puede constituir un elemento relevante a este respecto. Por lo tanto, cuando no existe consenso dentro de los estados miembros del Consejo de Europa, ya sea sobre la importancia relativa del interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, en particular cuando el caso plantea delicadas cuestiones

14 Véase Marrama, ob. cit. en nota 11, págs. 233-285.

morales o éticas, el margen de apreciación es amplio. El estudio de derecho comparado realizado por el TEDH respecto de la posibilidad de reconocimiento legal de la paternidad de los padres de intención de niños nacidos de GPA practicadas en el extranjero, muestra claramente que no existe consenso en Europa al respecto, y por lo tanto la extensión del margen de apreciación de los Estados parte en principio es amplia. A la par, el Tribunal también recordó en estas mismas sentencias (§§ 77 y 80, y §§ 56 y 59 respectivamente) que, cuando un aspecto particularmente importante de la identidad de un individuo está en juego, el margen del Estado suele ser limitado. De esto se infirió que el margen de apreciación disponible para el Estado demandado debería atenuarse o reducirse. Lo que está en juego en el contexto del reconocimiento de un vínculo de parentesco entre los niños nacidos de una GPA y los padres de intención en realidad va más allá de la cuestión de la identidad de estos niños, y abarca también otros aspectos esenciales de su vida privada, relacionados con el entorno en el que viven y se desarrollan y las personas responsables de satisfacer sus necesidades y garantizar su bienestar, lo cual respalda la conclusión del Tribunal con respecto a la reducción del margen de apreciación.

En resumen, teniendo en cuenta los requisitos del interés superior del niño y la reducción del margen de apreciación, el TEDH considera que, en una situación como la mencionada por el Tribunal de Casación en sus preguntas (cfr. acápite 5.1.1. *Opinión consultiva*), el derecho al respeto de la vida privada -en el sentido del artículo 8 del CEDH- de un niño nacido en el extranjero resultante de una GPA, requiere que la ley interna ofrezca la posibilidad de reconocer un vínculo de filiación entre este niño y la madre de intención -designada en el certificado de nacimiento legalmente otorgado en el extranjero como madre legal-.

Aclara el TEDH en el punto 47 que, aunque la disputa interna no se refiere al hipotético caso de un niño nacido por subrogación de vientres realizada en el extranjero y concebido con los gametos de la madre de intención, la necesidad de ofrecer una posibilidad de reconocimiento del vínculo entre el niño y la madre de intención no aportante de gametos se aplica *a fortiori* en tal caso.

5.1.1.5. *Respuesta a la segunda cuestión de la opinión consultiva*

La segunda pregunta efectuada por la Corte de Casación se refiere a la cuestión de si el derecho al respeto de la vida privada de un niño nacido de GPA realizada en el extranjero, concebido con los gametos de un aportante externo, requiere que este reconocimiento filiatorio de los padres de intención se realice mediante la transcripción en el registro civil del certificado de nacimiento legalmente otorgado en el extranjero, o si admite que se realice por otros medios, tal como la adopción del niño por parte de la madre de intención. En el punto 49 el TEDH refiere que es en el mejor interés del niño que se encuentra en esta situación que la duración de la incertidumbre en la que se encuentra con respecto a su filiación con respecto a la madre de intención sea lo más breve posible. Sin embargo, de ello no se puede inferir necesariamente que los Estados partes deban optar por la transcripción de los certificados de nacimiento otorgados en el extranjero. Esta conclusión se funda en la inexistencia de consenso europeo sobre esta cuestión, y en que la identidad del individuo está menos directamente en juego cuando no se trata del principio mismo de establecimiento o reconocimiento de su parentesco, sino de los medios que se implementarán para este propósito. Por lo tanto, el TEDH considera que la elección de los medios que se utilizarán para permitir el reconocimiento de la relación entre padres y niños está dentro del margen de apreciación de los Estados (cfr. punto 51).

Es interesante leer en el punto 52 que, más allá de esta conclusión relativa al margen de

apreciación, el TEDH considera que el artículo 8 de la Convención no impone una obligación general para que los Estados reconozcan *ab initio* un vínculo filiatorio entre el niño y la madre de intención. Lo que requiere el interés superior del niño, que se aprecia sobre todo en un caso concreto, es que este vínculo, legalmente establecido en el extranjero, pueda reconocerse a más tardar cuando se materialice. En principio, no corresponde al Tribunal, sino principalmente a las autoridades nacionales evaluar, a la luz de las circunstancias particulares del caso, si este vínculo se materializó y en qué momento.

Concluye el TEDH que no se puede inferir del interés superior del niño gestado por GPA, imponga a los Estados la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en cuanto designa a la madre de intención como madre legal. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otras modalidades también pueden servir adecuadamente a este interés primordial, cuya adopción, con respecto al reconocimiento de este vínculo filiatorio, produce efectos de la misma naturaleza que la transcripción del certificado de nacimiento extranjero (cfr. punto 54).

Lo importante es que, a más tardar, cuando, de acuerdo con la evaluación de las circunstancias de cada caso, se haya materializado el vínculo entre el niño y la madre de intención, exista un mecanismo eficaz que permita el reconocimiento de aquel. Un procedimiento de adopción puede satisfacer esta necesidad si se adaptan sus condiciones y sus modalidades y permiten una decisión rápida, a fin de evitar que el niño permanezca durante mucho tiempo en la incertidumbre legal sobre este vínculo. Estas condiciones deben incluir, a juicio del TEDH, una evaluación por parte del juez del interés superior del niño a la luz de las circunstancias del caso (cfr. punto 54).

El Tribunal de Casación indicó en su solicitud de opinión que la ley francesa facilita la adopción del hijo del cónyuge, plena o simple, y que el Gobierno francés, entre el 5 de julio de 2017 y el 2 de mayo de 2018, ha satisfecho casi todas las solicitudes de adopción entre cónyuges relativas a hijos nacidos en el extranjero mediante GPA. Sin embargo, *obiter dictum*¹⁵ el TEDH señala que este procedimiento solo se encuentra disponible para los padres casados. Además, destaca las observaciones del Defensor de los Derechos respecto de incertidumbres que persisten sobre las modalidades para la adopción del hijo del cónyuge en este contexto, por ejemplo, con respecto a la

15 *Excursus: finalidad de las opiniones consultivas.* Cabe recordar que, tal como lo indica el preámbulo del Protocolo N° 16, el propósito del procedimiento de opinión consultiva es fortalecer la interacción entre el TEDH y las autoridades nacionales y consolidar así la aplicación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad, al dar a los tribunales nacionales designados la oportunidad de solicitar una opinión sobre cuestiones de principio relacionadas con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus protocolos (artículo 1 § 1 del Protocolo N° 16) que surgen en el contexto de un caso pendiente ante él (artículo 1 § 2 del Protocolo N° 16). El objetivo del procedimiento no es transferir la disputa al Tribunal, sino darle al tribunal que presentó la solicitud, los medios necesarios para garantizar el respeto de los derechos de la Convención cuando se resuelve la disputa pendiente. En el marco de una opinión consultiva, el TEDH no tiene jurisdicción para realizar un análisis de los hechos, ni para evaluar los méritos de las opiniones de las partes sobre la interpretación del derecho interno a la luz de la ley de la Convención, ni para dictaminar sobre el resultado del procedimiento. Su función se limita a emitir una opinión en relación con las preguntas que se le presenten. El Tribunal deduce además del artículo 1 §§ 1 y 2 del Protocolo N° 16 que sus opiniones deben limitarse a los puntos que tienen un vínculo directo con la disputa pendiente en la jurisdicción interna del Estado. Su interés también es proporcionar a los tribunales nacionales orientación sobre cuestiones de principio relacionadas con la Convención, aplicables en casos similares.

necesidad de obtener el consentimiento previo de la madre sustituta o gestante. Dicho esto, reafirma que no corresponde al Tribunal pronunciarse en el contexto de su opinión consultiva sobre la adecuación de la ley de adopción francesa a los criterios establecidos en los párrafos 54-55 de la opinión consultiva, ya que ello depende del juez nacional, quien deberá tener en cuenta la frágil situación en que se encuentran los niños mientras el procedimiento de adopción esté pendiente.

Finalmente, el Tribunal refiere en el punto 59 que es consciente de la complejidad de las cuestiones planteadas por la subrogación de vientres y observa que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha emprendido trabajos destinados a proponer una convención internacional que permita responder a ellas sobre la base de los principios aceptados por los Estados que se adherirán a este instrumento.

5.1.1.6. Opinión consultiva unánime

Finalmente, el TEDH expide su opinión consultiva, que establece que, en las situaciones fácticas indicadas en las preguntas del Tribunal de Casación, un niño nacido en el extranjero por gestación para otros con gametos del padre de intención y una tercera persona aportante de gametos femeninos, y donde el vínculo de parentesco entre el niño y el padre de intención ha sido reconocido en la legislación nacional:

1. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del artículo 8 de la CEDH, exige que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer un vínculo de parentesco entre este niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente otorgado en el extranjero como *madre legal*;

2. El derecho del niño al respeto de la vida privada, en el sentido del artículo 8 de la CEDH, no requiere que este reconocimiento del parentesco se realice transcribiendo en el registro de estado civil el certificado de nacimiento legalmente otorgado en el extranjero; puede hacerse por otros medios, tal como la adopción del niño por la madre de intención, siempre que los procedimientos previstos por el derecho interno garanticen la efectividad y la velocidad de su implementación, de acuerdo con el superior interés del niño.

5.1.2. Otros argumentos del TEDH en “C y E v. Francia” referidos al artículo 8 CEDH

En consonancia con lo expuesto en la opinión consultiva referida, el informe de prensa¹⁶ sobre los casos “C y E v. Francia” señala asimismo que el TEDH entiende que la legislación nacional ofrece la posibilidad de reconocer el vínculo de filiación entre los niños solicitantes y sus madres de intención a través de la adopción del hijo del cónyuge, tal como surge de sentencias del Tribunal de Casación del 5 de julio de 2017 -citadas en la nota a pie de página N° 2 del informe de prensa-, y añade que el Tribunal no observa ninguna razón para dudar de las garantías proporcionadas a este respecto por el Gobierno.

No escapa al conocimiento del TEDH que la posibilidad de adopción del hijo del cónyuge se

16 TEDH, *Decisions on admissibility Décision C et E c. France*, ob. cit. en nota 2.

ha establecido en Francia de forma cierta desde el 5 de julio de 2017, época en la cual el niño C. tenía siete años de edad y los niños E. tres años, con toda probabilidad mucho después de que se estableciera el vínculo entre ellos y su madre de intención. Sin embargo, el Tribunal considera que en este caso no se está imponiendo una carga excesiva a los niños involucrados que esperar a que los solicitantes inicien procedimientos de adopción con ese propósito, ya que la duración promedio en Francia para obtener tal decisión es de solo 4.1 meses en caso de adopción plena y 4.7 meses en caso de adopción simple.

En consecuencia, el TEDH concluye que la negativa de las autoridades francesas de transcribir los certificados de nacimiento extranjeros en los registros de estado civil francés en la medida en que designan a la madre de intención como su madre no es desproporcionada en relación con los objetivos perseguidos. Por lo tanto, esta parte de las solicitudes se encuentra manifiestamente mal fundada.

5.2. Artículo 14 de la CEDH

Respecto de la presunta violación del artículo 14 -que se refiere a la prohibición de discriminación- analizado en conjunto con el artículo 8, el TEDH aclara que la diferencia entre *otros niños nacidos en el extranjero* y *niños nacidos de una GPA en el extranjero* radica sólo en que los niños nacidos de una GPA no pueden obtener la transcripción completa del certificado de nacimiento extranjero y debe pasar por el trámite de la adopción.

Agrega el TEDH que de las explicaciones del Gobierno francés se desprende que esta diferencia de tratamiento con respecto a la modalidad para establecer el vínculo materno de filiación permite, mediante un control judicial, garantizar a la luz de las circunstancias particulares de cada caso que es en el mejor interés del niño nacido de una GPA que se establece dicho vínculo con respecto a su madre de intención.

El TEDH trae a colación, por otra parte, lo dictaminado en su opinión consultiva del 10 de abril de 2019, referido a la elección de los medios a implementar para permitir el reconocimiento del vínculo entre hijos y padres de intención, elección que queda comprendida dentro del margen de apreciación de los Estados; y que el artículo 8 del CEDH no les impone la obligación general de reconocer desde el inicio el vínculo de filiación entre el niño y su madre de intención. En consecuencia, la diferencia en el tratamiento de los niños nacidos en el extranjero por GPA denunciado, se basa en una justificación objetiva y razonable. Por lo tanto, esta parte de las solicitudes se encuentra manifiestamente infundada en el artículo 14 CEDH.

6. Cuestión terminológica

Luego de la exposición de la información relevante disponible respecto de los casos “C y E v. Francia”, quisiera aclarar que, en este trabajo, utilizo la terminología empleada en los textos consultados bajo análisis, terminología con la cual discrepo, tal como lo he expuesto en otros trabajos publicados¹⁷. Sin perjuicio de ello, considero relevante detenerme en la expresión *padre*

17 Cfr. entre otros, Marrama, Silvia, *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*,

biológico, utilizada por el TEDH para referirse al aportante de gametos masculinos. Prefiero denominarlo *padre genético*, ya que la paternidad biológica es mucho más amplia y abarcativa que el mero hecho de aportar gametos.

Cabe recordar que el Derecho es un saber subalternado a la Ética por sus principios y por su objeto, ciencia que a su vez se encuentra subalternada a la Antropología por su objeto, que es el constitutivo humano¹⁸. En ese marco epistemológico, la distinción terminológica que esbozo se vincula con una pregunta más profunda, antropológica, con connotaciones jurídicas: ¿se puede separar artificialmente la procreación del acto sexual, sin consecuencias nocivas para el ser humano concebido de este modo? La referida ruptura de la unidad intrínseca de la concepción-gestación-nacimiento natural de un ser humano, en sus componentes biológicos, psíquicos y espirituales, no debe ser silenciada por la terminología jurídica. No es lo mismo concebir biológicamente (es decir, mediante un acto sexual) a un niño, que aportar los gametos para que el niño, concebido mediante una técnica de laboratorio, porte parte del ADN del aportante del esperma¹⁹. Entiendo que desconocer en la terminología jurídica el referido quiebre natural en la génesis de una persona, es silenciar su potencialidad dañina.

7. La subrogación de vientres como práctica abusiva

En “*Mennesson v. Francia*”²⁰, el TEDH sostiene que la vida privada en el sentido del artículo 8 CEDH incorpora aspectos de la identidad no sólo física, sino también social del individuo, y que existe una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de vientres subrogados y la determinación legal de su filiación. Las gemelas demandantes se encontraban -a juicio del TEDH- en una situación de inseguridad jurídica, debido a que el Estado francés, sin ignorar que mediante sentencia norteamericana fueron identificadas como hijas del matrimonio, les niega esa condición en su ordenamiento jurídico. El TEDH entiende que tal contradicción socava la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa. Además, a pesar de que el artículo 8 CEDH no garantiza el derecho a adquirir una nacionalidad en particular, el hecho es que la nacionalidad constituye un elemento de la identidad de las personas. Y aunque su padre biológico es francés, las gemelas se enfrentan a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de obtener la nacionalidad francesa de conformidad con el ordenamiento jurídico interno, indeterminación que probablemente afecte en forma negativa la definición de su propia identidad. Por otra parte, argumenta su resolución en un aspecto patrimonial: que un niño nacido en el extranjero por subrogación gestacional, en ausencia de reconocimiento en Francia de su filiación, puede heredar solo si el progenitor lo ha instituido como legatario, y el impuesto a la herencia se calcula menos favorablemente, como si fuese un tercero. La sentencia del TEDH en “*Labasse v. Francia*”²¹ guarda

Dictum, Paraná, 2012, 580 páginas.

18 Cfr. Quintana, Eduardo M., “Derecho y Moral: ¿separación o subalternación?”, *El Derecho Año XXXI*, N° 8164, pág. 1.

19 Cfr. Marrama, ob. cit. en nota 17, Capítulo III.

20 Cfr. TEDH, “*MENNESSON v. FRANCE*”, ob. cit. en nota 12.

21

Cfr. TEDH, “*LABASSE v. FRANCE*”, N° 65941/11, 26/06/2014, devenido en definitivo el

estrecha similitud con ésta, tanto en los hechos que la originan como en la fundamentación del Tribunal al resolver.

Sin embargo, una nueva tendencia del TEDH nace en “Paradiso y Campanelli v. Italia”²² y se consolida en los casos de reciente resolución por el TEDH, analizados en este trabajo. Más allá de que -tal como lo señaló el juez Dedov en aquel precedente-, el tribunal de Estrasburgo se centra más en los valores que en el margen formal de apreciación nacional, cobra una relevancia mayor el preocupante aspecto de las prácticas abusivas en torno a la subrogación de vientres. Dedov denuncia con valentía en su voto que la prohibición de la adopción privada a través de la gestación por sustitución, tal como sucede en Italia y en Francia, está destinada a proteger a los niños de prácticas ilegales, algunas de las cuales pueden equivaler a la trata de personas.

En los casos “C y E v. Francia”, así como en la opinión consultiva en la que se fundan -en particular, en el punto 54-, el Tribunal insiste en establecer como condición de una cierta *legalidad ex post facto* de los acuerdos de GPA, la inclusión de una evaluación por parte del juez nacional del interés superior del niño así gestado-concebido-alumbrado, a la luz de las circunstancias del caso. Ello dado que considera al juez nacional garante del mejor interés del niño frente a las prácticas abusivas frecuentes que se configuran mediante estos acuerdos. En este marco, el TEDH considera que el artículo 8 de la Convención no impone una obligación general para que los Estados reconozcan *ab initio* un vínculo filiatorio entre el niño y la madre de intención, ya que el mejor interés del niño debe ser apreciado por el juez nacional en cada caso concreto (cfr. punto 52).

En efecto, al fundar su opinión consultiva N° P16-2018-001, el TEDH menciona al pasar el informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y otros contenidos que muestran violencia actos sexuales en niños²³. Pese a no encontrarse citados en la opinión consultiva, cabe detenerse en algunos párrafos de este informe, que aborda una nueva brecha en relación con la venta de niños, generada por la subrogación de vientres. Explica el Relator que este informe es la continuidad lógica de uno anterior realizado sobre adopciones ilegales, en el que señaló que el vacío regulatorio internacional que persiste respecto de los acuerdos internacionales de subrogación de vientres deja a los niños nacidos por ese método, vulnerables a las violaciones de sus derechos, y que la práctica a menudo equivale a la venta de niños.

El estudio señala la presencia de prácticas abusivas (documentadas en los puntos 29 a 33 del reporte) tanto en contextos no regulados como en los regulados normativamente. Y, en orden a fortalecer la legitimidad y la viabilidad de la norma fundamental que prohíbe la venta de niños, el estudio proporciona análisis y recomendaciones sobre la implementación de esta prohibición en lo que se refiere a la subrogación de vientres (cfr. punto 9 in fine).

El reporte aclara en el punto 11 que el análisis de venta de niños contenido en este informe

26/09/2014, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-145180"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [consultado 27/09/2017].

Traducción propia.

22 Cfr. TEDH, “*PARADISO ET CAMPANELLI v. ITALIE*”, N° 25358/12, 24/01/2017, en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-170867"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) [consultado 25-11-2017]. Traducción propia.

23 *Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children...*, ob. cit. en nota 13.

es aplicable tanto a la subrogación de vientres internacional como nacional, a la subrogación tradicional como a la gestacional, y a la subrogación comercial -o con fin de lucro- como a la altruista.

En lo que incumbe a la situación fáctica analizada en este trabajo, la recomendación del Relator es la siguiente: es condición de legalidad del acuerdo de GPA que a la madre sustituta se le otorgue el estatus de madre al nacer el niño, y que en el nacimiento no se encuentre sujeta a ninguna obligación contractual o legal de participar en la transferencia legal o física del niño. Por lo tanto, se debe considerar que la madre sustituta ha satisfecho todas las obligaciones contractuales y/o legales a través de los actos de gestación y parto, incluso si ella decide conservar su maternidad y responsabilidad parental. Si la madre sustituta elige mantener su maternidad y responsabilidad parental, puede ser legalmente obligada a compartir la paternidad y la responsabilidad parental con otras personas, incluidos los padres de intención. Sin embargo, la madre sustituta no estaría obligada a renunciar a su propio estado de madre, sin perjuicio de lo establecido en el contrato de subrogación. Cualquier elección por parte de la madre sustituta después del nacimiento del niño, respecto de transferir legal y físicamente al niño a los padres de intención, debe ser un acto gratuito, basado en sus propias intenciones postnatales, más que en cualquier obligación legal o contractual (cfr. punto 72).

Por otra parte, el reporte pone de relieve que deberían garantizarse protecciones necesarias para los niños, incluido el interés individualizado superior a las determinaciones del niño, posterior al nacimiento; revisiones apropiadas de idoneidad de los futuros padres; y protecciones de los derechos de origen y acceso a la identidad del niño (cfr. punto 73). En tal sentido,

Finalmente en el acápite *B) Recomendaciones*, invita a los Estados parte a adoptar una legislación que prevenga la venta de niños en el contexto de los acuerdos de subrogación de vientres realizados con fin de lucro o altruista, y fomenta a los demás organismos de protección de derechos humanos, tales como el Comité de Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres a contribuir, con más investigación, a las discusiones sobre subrogación de vientres y su impacto en los derechos humanos de las mujeres y de las otras partes interesadas en la cuestión, para desarrollar normas y estándares basados en los derechos humanos y prevenir abusos y violaciones.

8. Conclusión

La tendencia del TEDH, plasmada en “*Mennesson v. Francia*” y “*Labassee v. Francia*”, resueltos en 2014, se revierte, a mi juicio, a partir de “*Paradiso y Campanelli v. Italia*”, de enero de 2017, y se consolida en las decisiones de admisibilidad de los casos analizados en este trabajo: “*C y E v. Francia*”, de diciembre de 2019. Esta tendencia del Tribunal se enrola en una genuina concepción de los derechos humanos de todos los involucrados en los acuerdos de maternidad subrogada: en primer lugar, de los niños así concebidos, gestados y alumbrados; y en segundo lugar, de la madre subrogada y de los padres de intención.

Reseña del autor: Silvia Marrama

Abogada, Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magister en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias

Morales y Políticas. Investigadora categorizada. Profesora en Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (PUCA), CABA, Argentina.
silviaemarrama@uca.edu.ar.