

Integración Regional & Derechos Humanos / Revista Regional Integration & Human Rights / Review

Año IX – Nr. 1 – 1º semestre 2021



Cofinanciado por el
programa Erasmus+
de la Unión Europea



Integración Regional & Derechos Humanos /Revista Regional Integration & Human Rights /Review

Revista del Centro de Excelencia Jean Monnet
Universidad de Buenos Aires – Argentina

Segunda época
Antigua Revista Electrónica de la Cátedra Jean Monnet
(2013 - 2019)

Año IX – N° 1 – primer semestre 2021

ISSN: 2346-9196

Av. Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB)
Buenos Aires - Argentina
jeanmonnetcentre@derecho.uba.ar

Se permite la copia o redistribución parcial de la presente obra exclusivamente haciendo referencia a la revista, con indicación del nombre, número, año de publicación, nombre del autor o autora y nombre del artículo original, indicando asimismo la fuente con un hipervínculo operativo que conduzca al sitio web oficial de la revista. Asimismo, debe dejarse constancia de cualquier cambio que se haya introducido al contenido. Fuera de este supuesto, la revista se reserva todos los derechos.

Por consultas dirigir la correspondencia epistolar o digital a las direcciones indicadas.

DIRECTOR

CALOGERO PIZZOLO

Catedrático *Jean Monnet* – Universidad de Buenos Aires, Argentina

CONSEJO ACADÉMICO

PAOLA ACOSTA (Universidad del Externado de Colombia, Colombia)

JOSÉ MARÍA SERNA (Universidad Nacional Autónoma de México, México)

JAVIER PALUMMO (Universidad de la República, Uruguay)

CARLOS FRANCISCO MOLINA DEL POZO (Universidad de Alcalá de Henares, España)

MARCELLO DI FILIPPO (Universidad de Pisa, Italia)

ROBERTO CIPPITANI (Universidad de Perugia, Italia)

JAVIER GARCÍA ROCA (Universidad Complutense de Madrid, España)

LAURENCE BURGORGUE LARSEN (Universidad de París I, Francia)

LAURA MONTANARI (Universidad de Udine, Italia)

VALENTINA COLCELLI (Consiglio Nazionale delle Ricerche, Italia)

FABRIZIO FIGORILLI (Universidad de Perugia, Italia)

PABLO PODADERA RIVERA (Universidad de Málaga, España)

JOSÉ MARÍA PORRAS RAMÍREZ (Universidad de Granada, España)

ALFREDO SOTO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

SANDRA NEGRO (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

CONSEJO EDITORIAL

ANDREA MENSA GONZÁLEZ (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

FEDERICO TABOADA (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

JEREMÍAS BRUSAU (Univesidad de Buenos Aires, Argentina)

ROCÍO E. BUOSI (Universidad de Buenos Aires, Argentina)

**EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES EN LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN¹**

Cynthia Belén Contreras²

Fecha de recepción: 15 de junio de 2021
Fecha de aceptación: 1 de agosto de 2021

Resumen

Este trabajo pretende abordar los desafíos que surgen en la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en la gestación por sustitución, tanto en la dimensión del derecho interno, del derecho internacional público y del derecho internacional privado de los Estados. En la actualidad, surge principalmente, que, en la materia de referencia, nos encontramos frente a una situación jurídica delicada, donde se evidencia, la necesidad seria, de regulación y protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica. Para empezar, realizaremos un análisis, de las reglas fundamentales en esta área que tratan acerca: del interés superior del niño, el interés de la persona gestante, la libertad sexual y reproductiva, los derechos de familia, y el derecho a la identidad, entre otros; las cuales están consagradas en Tratados y Convenciones Internacionales y en las Constituciones Nacionales de los distintos países. Finalmente, nos referiremos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos haciendo hincapié en las relaciones y diálogo de este con los

¹ El presente trabajo fue desarrollado en el marco del II Seminario de posgrado “Estado, Integración Regional y Derechos Humanos” organizado por el Centro de Excelencia Jean Monnet “Integración Regional & Derechos Humanos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

² Abogada (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Doctoranda en Administración y Políticas Públicas (Instituto de Investigación y Formación en Administración y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Magister en Derecho y Argumentación (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Especialista en Derecho Procesal Constitucional (Universidad Blas Pascal de Córdoba, Argentina), Investigadora (SECYT), Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), Becaria DAAD y Fulbright. Correo cynthicontreras@yahoo.com.ar.

Tribunales nacionales europeos, abordando los principales antecedentes jurisprudenciales en la materia.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos- Tribunal Constitucional- gestación por sustitución-reproducción humana asistida- turismo procreativo- derechos humanos.

Title: The dialogue between the European Court of Human Rights and the National Constitutional Courts for the protection of human rights on Gestational Surrogacy.

Abstract

This study aims to address the challenges that arise the protection of the human rights of people involved in surrogacy, also in the dimension of domestic law, public international law and private international law of States. Nowadays, in the subject of reference, we are faced with a delicate legal situation, where it is evident that there is a serious need, for regulation and protection of the human rights of the people involved in this practice. To begin, we will carry out an analysis of the fundamental rules in this area like: the best interest of the child, the interest of the pregnant person, sexual and reproductive freedom, family rights, and the right to identity, among others; which are enshrined in International Treaties and Conventions and in the National Constitutions of the different countries. Finally, we will refer to the European Court of Human Rights, emphasizing its relations and dialogue with the European national Courts, addressing the main jurisprudential antecedents on the matter.

Keywords: European Court of Human Rights- Constitutional Court- Gestational Surrogacy- assisted reproduction- Procreative Tourism- Human rights

I. Introducción.

La globalización, la movilidad de las personas, las nuevas tecnologías de la información y el avance de la medicina favorecen y, en cierta medida, fomentan la gestación por sustitución en el mundo. Estos avances sin embargo traen consecuencias jurídicas que deben ser analizadas a la luz de los derechos fundamentales consagrados en Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

La gestación por sustitución es una realidad que los desarrollos tecnológicos en el área de la reproducción humana asistida ponen al alcance de cada vez más personas y familias. Esta práctica, que existe en el plano interno en algunos Estados y que también se da en el plano transfronterizo, plantea desafíos para el derecho, cuyas normas pueden resultar inadecuadas para ofrecer respuestas que garanticen el respeto de los derechos humanos de todos los sujetos intervinientes (ALBORNOZ, 2020: p. 20.).

En la actualidad, la expansión de jurisdicciones internacionales, el desenvolvimiento de los foros de elaboración de normas y la creación y desarrollo de instituciones de gobernabilidad global que coexisten con los Estados, generan fuentes jurídicas con notable influencia ya que el fenómeno de la gestación por sustitución trasciende sobradamente el ámbito interno de los Estados y se inserta en un orden de gobernanza global.

En cuanto al ámbito jurídico, la gestación por sustitución se relaciona con diversas áreas o ramas del derecho interesadas en este fenómeno social como un todo o, al menos, en algunos de sus aspectos. En la gestación por sustitución confluyen el derecho privado y el derecho público, así como los derechos interno —nacional o extranjero— e internacional. Aunque, para algunos autores, se trata de un tema netamente de derecho civil y de derecho de las familias -pues consiste en un acuerdo voluntariamente celebrado por particulares con la finalidad de ampliar una familia- el Estado que permite esta práctica debe garantizar que se lleve a cabo respetando los derechos humanos de todas las personas intervinientes (ALBORNOZ, 2020: p. 21.).

Inevitablemente, la dimensión de derecho público de la gestación por sustitución involucra a los derechos humanos y, por lo tanto, también le interesa al derecho internacional público y al derecho internacional privado, pues las reglas fundamentales en esta área suelen estar consagradas en normas de fuente internacional, como los Tratados y Convenciones Internacionales, y en las Constituciones Nacionales de los distintos países.

Si bien, la participación en un acuerdo de gestación por sustitución es voluntaria para la persona gestante y para los/las padres/madres intencionales; se destaca que, en este acuerdo, existen muchos intereses en juego. Estos intereses, deben ser atendidos teniendo en cuenta principalmente, los derechos humanos que puedan verse afectados o vulnerados en el proceso. De esto deriva principalmente, que nos encontramos frente a una situación jurídica delicada, donde convergen el interés superior del niño, el interés de la persona gestante, la libertad sexual y reproductiva, los derechos de familia, el derecho a la identidad, entre otros. De lo antes dicho, se evidencia, la necesidad de una regulación y protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica -cada vez más utilizada-.

El objetivo del presente trabajo, es el de visibilizar las situaciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas gestantes, los padres y madres intencionales, y los niños y niñas, en los supuestos afectados por un elemento de internacionalidad y analizar que respuestas ofrece la regulación tanto interna de los Estados como internacional, para salvaguardar su dignidad y garantizar la igualdad efectiva entre hombres, mujeres, niños, y niñas de los distintos Estados.

En este trabajo, primeramente, desarrollaremos el concepto de gestación por sustitución, luego nos enfocaremos en la determinación de las partes involucradas en aquel, seguidamente definiremos el llamado “turismo procreativo internacional”, a continuación nos referiremos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos haciendo hincapié en las relaciones y diálogo de este con los Tribunales nacionales europeos, para finalmente abordar los principales antecedentes jurisprudenciales en la materia de gestación por sustitución.

II. Concepto.

El concepto y las modalidades de la gestación por sustitución están íntimamente relacionados entre sí. De hecho, la diversidad de modalidades de técnicas de reproducción humana asistida (de ahora en más TRHA³), dificulta la tarea de definir esta práctica sin dejar ninguna variante fuera de los contornos del concepto (ALBORNOZ, 2020: p. 06.).

La autora ALBORNOZ define la gestación por sustitución como un contrato —celebrado a título gratuito u oneroso— entre una persona gestante y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera geste un embrión, aportando o no sus gametos, y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales (ALBORNOZ, 2020: p. 09.).

En la técnica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) Maternidad subrogada tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*): en ésta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quién aporta su material genético para llevar a cabo la gestación; b) Maternidad subrogada gestacional o parcial (*gestational surrogacy*): la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre intencional. La inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la madre subrogada, en este último caso, explica que esta modalidad de gestación por sustitución cuente con mayor respaldo por parte de aquellos ordenamientos jurídicos nacionales que la contemplan (HERNANDEZ RODRIGUEZ, 2014: p. 150.).

III. Sujetos intervinientes en la gestación por sustitución.

En la gestación por sustitución, intervienen distintos sujetos de derecho, cuyas características han sido delineadas evolutivamente tanto por la

³ Técnica de Reproducción Humana asistida.

jurisprudencia como por la doctrina internacional, aplicando el enfoque de derechos y de género en cuanto a las precisiones terminológicas.

Para ALBORNOZ, las partes del acuerdo o contrato genérico de gestación por sustitución —más allá de las modalidades propias de cada uno en concreto— son la persona gestante y los padres o madres intencionales. Adicionalmente, aunque no es parte, el niño o niña gestado/a y nacido/a como consecuencia de esta práctica también es considerado/a.

IV. El turismo procreativo internacional.

En los últimos años, venimos asistiendo a la eclosión de un nuevo fenómeno global, propiciado por la situación legal y social existente en diversos países, el denominado “turismo procreativo internacional” o “turismo de fertilidad internacional”, también conocido como “*Cross-Border Reproductive Care*” (CBRC).

En términos generales, puede decirse que este fenómeno tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción humana asistida, bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja proporciona el mismo con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual) (HERNANDEZ RODRIGUEZ, 2014: p. 148.).

El denominado “turismo procreativo internacional” o “*Cross-Border Reproductive Care*”, no deja de ser un tipo de “turismo sanitario”, al que sin embargo se anudan importantes consecuencias legales.

La realidad es que, los contratos de “gestación por sustitución”, son regulados de forma muy dispar en los diversos Estados, ya que existen algunos de estos que la permiten, otros que la prohíben y otros que nada dicen sobre este tema.

V. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

La creciente globalización y la búsqueda de soluciones de quienes se ven impedidos para llevar adelante su proyecto familiar en sus propios Estados, han conducido al notable aumento de acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos. Asimismo, esta circunstancia ha dejado un escenario en el que se han visto vulnerados los derechos humanos de los sujetos que participan en estos procesos.

El complejo escenario que se presenta a nivel global como consecuencia de la contratación y nacimiento de niños mediante la técnica de la gestación por sustitución en situaciones transfronterizas, ha llamado también la atención de la comunidad jurídica internacional y el tema ha sido tratado mediante sus sentencias por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), desde hace varios años.

La jurisprudencia del TEDH ha ejercido y ejerce una gran influencia sobre la evolución del derecho de familia en Europa. En el caso de la gestación por sustitución, dicha influencia se proyecta esencialmente sobre el derecho internacional privado de familia (ALBORNOZ, 2020: p. 237.).

En general, la gestación por sustitución “comercial” o “con precio”, no está permitida en los Estados miembro del Consejo de Europa. Es por ello, que los supuestos típicos, que ha tratado el TEDH, son aquellos casos contenciosos, en los que los demandantes, solicitan al Estado requerido, el reconocimiento de una relación de filiación y ante la negativa al reconocimiento por el Estado demandado, se alega que se produce una infracción de los derechos fundamentales protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).

Por mucho tiempo el CEDH existió a la sombra de las Constituciones nacionales europeas, pues la mayoría de los Estados europeos habían partido del supuesto de que de todos modos la tutela constitucional de los derechos fundamentales estaba muy por encima del nivel exigido internacionalmente. Sin

embargo, con el tiempo el CEDH ha adquirido un papel clave e imprescindible para el derecho constitucional en el espacio jurídico europeo. Al garantizar a cada uno un estándar constitucional mínimo común frente a todos los Estados europeos e incluso al tender a resguardarlo de posibles erosiones como las derivadas de la transferencia de derechos de soberanía, ha llegado a ser una especie de carta magna del ciudadano europeo que desplaza progresivamente a un segundo plano las garantías constitucionales paralelas existentes a nivel de la Unión y a nivel nacional. Cada vez más, el CEDH sirve también de modelo para los catálogos de derechos fundamentales en Constituciones nacionales más recientes (VON BOGDANDY, 2014: p. 217.).

Es de resaltar, que el debate en torno a la gestación por sustitución es muy controvertido en Europa. En ocasiones -la comunidad de intérpretes-, fuerza a la jurisprudencia del TEDH, queriéndole hacer decir más de lo que dice y de lo que, en realidad, puede decir.

Los pronunciamientos del TEDH se producen, siempre, al hilo de un caso concreto – atendiendo a las circunstancias fácticas de los demandantes y al derecho invocado- y no cabe esperar de ellos -TEDH- un pronunciamiento a favor o en contra de la maternidad subrogada.

Asimismo, en este tema, como en muchos otros, el Tribunal otorga a los Estados un margen de apreciación, que salvaguarda su tradición, su contexto social y las distintas opciones políticas inherentes a una sociedad democrática. Dicho margen de apreciación se restringe cuando están en juego elementos fundamentales de los derechos protegidos o si existe un consenso europeo sobre una determinada cuestión.

Es de destacar, que en un tema tan controvertido como la reproducción asistida, el margen de apreciación tenderá a ser siempre amplio. Habida cuenta del carácter dinámico de la jurisprudencia del TEDH, dicho margen de apreciación está, no obstante, sujeto a variación y podría restringirse de cristalizarse en el futuro un consenso europeo en esta materia. Con relación a la gestación por sustitución, el TEDH está lejos de haber dicho su última palabra.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, entiende que la protección de la vida familiar presupone, primeramente, la existencia de una familia. A estos

efectos ha de destacarse que la familia que se protege no es sólo la familia legalmente reconocida, sino también la unidad familiar de hecho.

La mayoría de las veces, la parte requirente ante el TEDH, invoca -en estos casos- el precepto del Artículo 8 del CEDH⁴ - en él se dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar-. La vulneración de este precepto, por parte de los Estados Europeos, suele argüirse con relación al reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas de un contrato de gestación por sustitución.

La protección de la vida privada y familiar ha sido interpretada por el Tribunal de forma que derivan para el Estado obligaciones negativas —de no injerencia— y positivas —a fin de asegurar su desarrollo efectivo—. En relación con la cuestión que se aborda -gestación por sustitución-, se entiende que la obligación del Estado sería esencialmente la no injerencia, habida cuenta de que es la negativa del Estado al reconocimiento de la relación establecida en el extranjero lo que podría dar lugar a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

Asimismo, tanto en un caso como en el otro -obligaciones negativas y positivas de los Estados-, hay que considerar el justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto; incluso, en ambas hipótesis, el Estado goza de cierto margen de apreciación.

En relación, a las obligaciones negativas que el art. 8 CEDH, impone a los Estados consisten en abstenerse de injerencias arbitrarias, exigiendo, en esta parte que la toma de decisiones que desemboca en medidas de injerencia sea equitativa y respete, debidamente, los intereses protegidos por el convenio.

⁴ CEDH, Artículo 8.- Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Por ello, no toda injerencia en la vida privada y familiar está prohibida; expresamente la disposición permite injerencias prevista por la ley y que constituyan una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria.

Para el TEDH, las injerencias en la vida privada y familiar sólo se justifican en la medida en que sean necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Es por ello que, a fin de evaluar si una injerencia es necesaria y está justificada, el TEDH examina tres aspectos: a) si la injerencia está prevista en la ley; b) si la injerencia persigue una finalidad legítima de las enumeradas, y c) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida (ALBORNOZ, 2020: p. 245.).

No obstante, cabe aclarar, que la incorporación del Convenio Europeo de los Derechos Humanos al orden constitucional nacional varía sustancialmente de país a país. En algunos países, sobre todo en Austria, tiene vigencia con rango constitucional desde 1964, lo que trajo como consecuencia que el CEDH y la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo prácticamente han desplazado los derechos fundamentales austriacos originarios de la Ley Fundamental del Estado de 1867. En Italia, el artículo 117 apartado 1 incorporado a la Constitución italiana concedió a los tratados internacionales —y con ello también al CEDH— rango constitucional, lo que trajo como consecuencia que cualquier violación del legislador sólo podría ser determinada por la Corte Costituzionale. También en Gran Bretaña —si es que se admite la jerarquización fáctica de las leyes británicas— el CEDH ha adquirido una especie de calidad constitucional material, en la medida en que sus estipulaciones sean coincidentes con las del HRA 1998 (VON BOGDANDY, 2014: p. 218.).

Sin embargo, independientemente a cada interpretación que se le pueda otorgar por parte de los Estados Nacionales, es innegable la Importancia del CEDH y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para el derecho interno europeo.

VI. El diálogo entre el TEDH y los tribunales constitucionales nacionales. Una mirada sobre la gestación por sustitución a la luz de los derechos humanos.

Finalmente podemos decir que, la relación entre las instancias nacionales y el TEDH puede conceptuarse, en los mejores de los casos, en términos de diálogo o cooperación. Las sentencias del TEDH no tienen fuerza ejecutiva directa, sino que han de ser ejecutadas por los órganos jurisdiccionales del Estado contratante condenado; no obstante, vinculan a todos los tribunales estatales de los Estados contratantes. Esta falta de ejecutividad directa, provoca problemas que involucran a la comunidad de intérpretes, y a su vez se produce la cuestión acerca de quien tiene la “última palabra”, si el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) o el TEDH.

La jurisprudencia del TEDH es, por tanto, un elemento sustancial en la configuración de un orden público europeo en materia de protección de los derechos fundamentales. Ese orden público marca los límites externos a la acción estatal.

Seguidamente, analizaremos dos antecedentes jurisprudenciales del TEDH, que tratan acerca de la gestación por sustitución. De estos se desprende como se establece la comunicación entre los Tribunales Supremos y los Tribunales Nacionales en Europa. Del contexto, también surge la posibilidad que otorga el CEDH de activar el mecanismo consultivo por parte de los Estados Nacionales miembros, así es cómo también abordaremos la opinión consultiva de la Corte Francesa, en relación con las sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución. Los casos traídos a estudio, sumado a la respuesta a la opinión consultiva, no tienen desperdicio y representan de una manera clara y precisa cual es el estado de la cuestión en el “diálogo” en la “comunidad de intérpretes”, el cuál lejos de esta a veces de ser una cooperación para lograr la Unión.

- **Menesson c. Francia⁵ y Labassée c. Francia⁶**

Las primeras sentencias dictadas por el TEDH en materia de gestación por sustitución se producen a causa de demandas contra Francia planteadas por cónyuges de nacionalidad francesa y niños nacidos en Minnesota y California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

En ambos casos, Menesson y Labassée, los niños habían sido concebidos con óvulos donados y el espermatozoides pertenecía a uno de los comitentes. En estos casos, el vínculo genético y el dato de que los niños fueran parte actora junto con los comitentes son un aspecto esencial de esta jurisprudencia.

Tras el nacimiento de los niños, los comitentes solicitaron el reconocimiento de la relación de filiación. En concreto, lo que solicitaban era la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro civil francés. La inscripción fue denegada por las autoridades francesas, por considerar que la relación de filiación vulneraba su orden público internacional en razón del principio de indisponibilidad del estado civil -es importante destacar, que en Francia se encuentra prohibida la gestación por sustitución-. En contraposición, los comitentes y los niños nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución alegaron que dicha denegación vulneraba el artículo 8o. del CEDH.

Por último, el TEDH concluye en las citadas sentencias que efectivamente se ha producido una injerencia en la vida familiar y privada, habida cuenta de que los esposos Menesson y Labassée convivían con los niños en territorio francés, formando una unidad familiar de hecho. En este sentido, es de destacar que el TEDH dicta sentencia en 2014, habiéndose producido el nacimiento de los niños en 2000 -en el caso Menesson- y 2001 -en el caso Labassée-.

Argumenta el TEDH, que la injerencia de Francia en la vida familiar y privada de los demandantes constituiría una violación del derecho, salvo que estuviera justificada. Como ya se ha indicado con anterioridad, ello exige el examen de tres elementos: que la injerencia esté legalmente prevista, que obedezca a una finalidad legítima y que sea necesaria y proporcional.

⁵ STEDH, *Menesson c. Francia*, 26/06/2014.

⁶ STEDH, *Labassée c. Francia*, 26/06/2014.

El Tribunal concluye en relación con la necesidad de la medida, que, habida cuenta de la falta de un consenso europeo en la materia de gestación por sustitución, los Estados disfrutaban de un amplio margen de apreciación, aunque puntualiza que, respecto al derecho a la vida privada, dicho margen se reduce, pues está en juego un aspecto fundamental de la identidad de la persona.

A continuación, el TEDH analiza la infracción a la vida privada de los niños nacidos como consecuencia del contrato de gestación por sustitución. El derecho a la vida privada comprende el derecho a la identidad, que a su vez incluye la filiación y la nacionalidad. Entiende el Tribunal que, si bien es comprensible que Francia quiera disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia, los efectos de la falta de reconocimiento del vínculo de filiación no afectan sólo a los comitentes que han elegido libremente su modo de actuación, sino también a los niños, cuyo derecho a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer su identidad, incluida su filiación, se ve gravemente afectado.

Para concluir, la jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Menesson* se ha reiterado en dos asuntos posteriores: *Foulon y Bouvet c. Francia*⁷ y *Laborie c. Francia*⁸, en los que concurrían circunstancias fácticas muy similares, pues la demanda la planteaban conjuntamente comitentes y niños, existía un vínculo genético entre el niño y el comitente varón, y los niños y los comitentes estaban ya instalados en el Estado en el que se solicitaba el reconocimiento⁹.

Como ya se ha señalado con anterioridad, el TEDH está lejos de haber dicho la última palabra sobre la gestación por sustitución. Están en estos momentos

⁷ STEDH, *Foulon y Bouvet c. Francia*, 21/10/2016.

⁸ STEDH, *Laborie c. Francia*, 19/01/2017.

⁹ De hecho, en estos casos la cuestión controvertida era que habían sido ya dictadas sentencias nacionales definitivas denegando la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros y no existía la posibilidad de revisar tales decisiones en virtud de la jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Menesson*. Ello se consideró contrario al CEDH. En 2016 se reformó el Código Procesal francés para introducir un recurso de revisión para aquellos supuestos relativos al estado civil de las personas en los que el TEDH hubiera constatado una violación de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.

pendientes tres asuntos¹⁰ que suscitan la interesante cuestión del reconocimiento de la filiación materna.

- **El planteo de la opinión consultiva de la Corte de Casación Francesa al TEDH.**

El 5 de octubre de 2018, la Corte de Casación francesa planteó esta misma cuestión al TEDH, accionando por primera vez el mecanismo consultivo, previsto en el Protocolo núm. 16 al CEDH, adoptado el 2 de octubre de 2013 y que entró en vigor desde el 1 de agosto de 2018.

El mecanismo consultivo tiene como objeto reforzar la relación de cooperación entre las autoridades nacionales y el Tribunal europeo, proporcionándoles a aquéllas los elementos para poder construir una respuesta jurídica conforme al CEDH. En este mecanismo, el TEDH no examina los hechos ni decide el asunto, sino que se limita a contestar a las cuestiones elevadas por las autoridades nacionales.

En ese contexto, la Corte de Casación francesa preguntó si su negativa a inscribir la filiación materna está cubierta por el margen de apreciación del que dispone conforme al artículo 8 del CEDH. Se cuestionó adicionalmente si se debe diferenciar entre los supuestos en los que se utiliza material genético de la madre de intención y aquellos en los que no existe vínculo genético entre el niño y la comitente. También se elevó al TEDH la cuestión de si se cumple con el artículo 8 al posibilitar que la madre intencional adopte al niño, hijo genético del marido de la madre, o si el Convenio exige que se proceda directamente a la inscripción del certificado extranjero.

La opinión consultiva se hizo pública el 10 de abril de 2019. El TEDH muestra cautela al circunscribir el análisis al supuesto que motiva la petición de la Corte de Casación francesa, subrayando que en este caso concurren tres circunstancias: en primer lugar, que entre el padre de intención y el niño existe un vínculo genético; en segundo lugar, que no existe tal vínculo entre la madre de intención y el niño, y, en tercer lugar, el supuesto se caracteriza porque, en el

¹⁰ STEDH, *Braun c. Francia; Saenz y Saenz Cortes c. Francia; Maillard y otros c. Francia*.

certificado de nacimiento extranjero, el padre y la madre de intención aparecían como padres legales. El Tribunal advierte que su jurisprudencia podría en un futuro precisar de ulteriores desarrollos, teniendo en cuenta la evolución de la materia. Se recuerda, además en el análisis, por consiguiente, el carácter evolutivo de la jurisprudencia del TEDH.

Las dos consideraciones primordiales son, en opinión del Tribunal, por un lado, el interés superior del niño y, por otro, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes en la materia. Respecto a la primera cuestión, se recuerda que, si bien es legítimo combatir el fraude de ley, ha de primar el interés superior del niño. Se afirma que el derecho a la vida privada del niño se ve lesionado si no se permite el establecimiento de la filiación materna, ya que ello crea una situación de incertidumbre respecto a la identidad del niño y puede generar dificultades en ámbitos como el derecho de la nacionalidad y la extranjería, el tema sucesorio y en caso de separación de los padres de intención. Es asimismo esencial en relación con la responsabilidad parental.

Por lo que respecta al margen de apreciación, el TEDH inicia su análisis recordando que no existe un consenso europeo respecto al reconocimiento de una relación de filiación entre el niño nacido como consecuencia de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y los padres de intención. Por esa razón y tratándose de una cuestión que suscita importantes controversias morales o éticas, el margen de apreciación del que disponen los Estados debería ser amplio, pero ha de restringirse al estar en juego un aspecto esencial de la identidad de un individuo.

Por consiguiente, el TEDH concluye que el respeto a la vida privada del niño requiere que el derecho nacional ofrezca alguna posibilidad de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención.

El TEDH subraya, al expedirse, que únicamente se requiere dar una respuesta rápida, pues la incertidumbre perjudica al niño; pero no deduce de dicha circunstancia que se tenga que proceder directamente a la inscripción de la filiación. Se entiende que se respeta el interés superior del niño si el derecho interno dispone de medios jurídicos que permitan el establecimiento de la

relación de filiación, citándose expresamente la adopción, siempre que dichos medios operen con celeridad y eficacia (ALBORNOZ, 2020: p. 249.).

La opinión consultiva no significa, por consiguiente, un vuelco de la jurisprudencia anterior, sino su desarrollo lógico, destacando únicamente que la importancia del dato genético se relativiza.

La jurisprudencia del TEDH aborda, como se ha visto, aspectos parciales de la problemática jurídica relativa a la gestación por sustitución.

Es de resaltar que, los supuestos analizados hasta la fecha son todos casos de tráfico jurídico externo, en los cuales la presunta infracción de los derechos fundamentales se produce como consecuencia de la negativa del Estado a reconocer una relación de filiación establecida en el extranjero.

VII. Consideraciones finales.

Este trabajo parte de la premisa que, más allá de los problemas que conlleva la actual disparidad normativa en el tema, sumado a la dificultad de tratar de plantear un diálogo efectivo con miras a la creación de un marco normativo internacional común; es necesario desarrollar premisas mínimas a tener en cuenta por los Estados y el orden internacional, en vista a la regulación de la gestación por sustitución. Se debe asegurar la tutela efectiva de los derechos humanos de la persona gestante, el/la niño/niña y los padres/madres intencionales.

Se vislumbra, a lo largo del trabajo, que es complicado concebir una regulación internacional lo suficientemente exhaustiva como para que se contemplen los puntos más relevantes del proceso de la gestación por sustitución, sin tampoco caer en interferencias arbitrarias o normas discriminatorias que afecten o menoscaben el ejercicio de los derechos de los Estados.

A estos efectos, podemos decir que la sola regulación de la temática estudiada a través de normas jurídicas en su presentación formal no es suficiente, sino están acompañadas fundamentalmente, de un enfoque de derechos al momento de ser aplicadas por parte de las distintas autoridades

nacionales e internacionales, que tengan como norte el interés superior del niño y la niña y también perspectiva de género.

La manera en que los órganos nacionales o internacionales doten de contenido a los derechos y reglamentan sus legislaciones, a través de un diálogo comprometido con los derechos humanos, a través de los criterios de interpretación y estándares internacionales aplicables, tendrá un impacto sustantivo en la forma de entender el caso concreto y propender a la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en la gestación por sustitución, con el fin de limitar los riesgos aparejados con la generación de un “mercado reproductivo” en contextos de amplias disparidades y desigualdades sociales que trae aparejado el “turismo procreativo internacional”.

Para el propio CEDH y para el TEDH la presencia de la Unión como una parte más conlleva una evidente oportunidad; ya que el sistema de la Convención podría consolidarse como el orden supremo en el espacio común europeo encargado de realizar el control externo de cumplimiento de los derechos fundamentales, tanto sobre los 47 Estados miembros del CEDH, como sobre la organización internacional de carácter supranacional más desarrollada que se conoce. No deja de ser un refuerzo de la dimensión constitucional a la que también aspira el Tribunal internacional en el ya reiteradamente citado triángulo judicial europeo (RODRIGUEZ IGLESIAS, (2014: p.14.), de la comunidad de interpretes y la lucha por la última palabra.

En relación con la cuestión de la “última palabra”, el planteamiento correcto de la cuestión sería, no hacerlo en términos de ‘última palabra’, propiamente dicha. Parece claro que la formulación de las relaciones entre tribunales en el triángulo judicial europeo no puede plantearse bajo los viejos parámetros de la jerarquía o la pirámide normativa, sino desde el prisma de la especialización. No corresponderá al TEDH la tarea de analizar la interpretación y la validez del Derecho de la Unión; tal misión seguirá correspondiendo en exclusiva al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En estos términos, la adhesión de la Unión al CEDH conlleva a la introducción de un nuevo mecanismo de control externo por parte del TEDH para garantizar

convenientemente el cumplimiento del estándar mínimo de derechos humanos derivados del CEDH, que es de idéntica naturaleza al que ya realiza respecto a los Tribunales Constitucionales nacionales; y se corresponde plenamente con el protagonismo que el TEDH ha ido ganando en el marco del diálogo judicial en materia de derechos humanos en consonancia con su naturaleza constitucional en el ámbito de la CEDH.

En el desarrollo de nuestro trabajo, se observa, que la respuesta del TEDH es muy matizada y varía en función de las circunstancias del caso concreto. Conforme se planteen nuevos supuestos, la respuesta del Tribunal se irá decantando. En una materia tan delicada como la presente, no cabe, sin embargo, esperar que se suprima el margen de apreciación de los Estados. No es misión del Tribunal sustituir el debate informado propio de las sociedades democráticas. Corresponde, por consiguiente, a los Estados establecer una respuesta jurídica adecuada y equilibrada, bien a través del derecho interno, o bien a través de la conclusión de instrumentos internacionales.

El TEDH otorga, una verdadera importancia a la cooperación internacional, fenómeno al que deberían adherir los Estados europeos miembros, en un intento de conciliar su derecho interno con las directrices que marca el Tribunal en cuestiones relativas a la protección de derechos humanos. Si los Estados miembros, optan por esta alternativa, esto haría evolucionar el fenómeno de la cooperación internacional institucionalizada hacia procesos dotados de mayores garantías desde la perspectiva de la protección de los Derechos humanos, sobretudo en procesos y temas tan complejos como la gestación por sustitución.

Sin lugar a dudas la afectación de los derechos humanos comprometidos en los casos en que se realizan acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos amerita el tratamiento y la atención de la comunidad jurídica internacional. Por ello, se considera de gran importancia la incorporación y tratamiento de la temática a las agendas de los foros internacionales, tales como ya lo vienen haciendo desde la HCCH y del ISS.

Asimismo, celebramos la labor que están llevando adelante los Estados, los Tribunales Internacionales, los Foros Internacionales, los Organismos

EL DIÁLOGO ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES
CONSTITUCIONALES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS SOBRE GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN.

Internacionales, entre otros y confiamos en que el resultado de estos trabajos a la luz de la cooperación internacional, contribuirán en el camino a hallar justas soluciones a los conflictos que se suscitan en este campo tan sensible y complejo.

VIII. Bibliografía

ALBORNOZ, M. (2020) *“La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Centro de Investigación y Docencia Económicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 895, Universidad Nacional Autónoma de México.

CORTES MARTIN, J. (2013). *“Sobre el sistema unionista de protección de los derechos humanos y la ruptura de su presunción de equivalencia con el CEDH”*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, num. 46, Madrid. Accesible en: <http://dialnet.unirioja.es>.

ESPINOSA CALABUIG, R. (2019) *“La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado”*, Freedom, Security and Justice: European Legal Studies, Rivista quadrimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia, N.3. Accesible en: <http://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.III.-ESPINOSA.4.pdf>.

HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. (2014) *“Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 6, Nº 2, ISSN 1989-4570. Accesible en: www.uc3m.es/cdt.

IGAREDA GONZÁLEZ, N. (2015) *“La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”*, Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 21. Accesible en: www.uc3m.es/cdt.

LOPEZ CASTILLO, A. (2001) *“Algunas consideraciones sumarias en torno a la Carta de Derechos fundamentales de la UE”*, Revista de Estudios Políticos (Nueva Época), Num. 113, Julio-Septiembre. Accesible en: www.ugr.es.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G. (2014) *“Cita con la ambición: el Tribunal de Justicia ante el desafío de la adhesión de la Unión al CEDH”*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, ISSN 1138-4026, Num. 48, mayo-agosto, Madrid. Accesible en: <http://dialnet.unirioja.es>.

VAQUERO LOPEZ, C. (2018) *“Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género”*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 10, Nº 1, pp. 439-465 ISSN 1989-4570. Accesible en: www.uc3m.es/cdt - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>.

VON BOGDANDY, A. (2014) *“Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa”*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Max-Planck-Institut fuer auslaendisches oeffentliches Recht un Voelkerrecht, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.