

GESTACION POR SUSTITUCION

Zulema Wilde

ABSTRACT: El desarrollo de la ciencia médica ha impactado sobre las instituciones sobre filiación y el derecho ha intentado dar soluciones a los distintos supuestos que se plantean, sin embargo la legislación de nuestro país no lo ha hecho de manera integral, derivándolo parcialmente hacia una norma futura.

Las distintas técnicas merecen tratamientos diferenciados. Existe la necesidad de legislar sobre gestación sobre sustitución y los vínculos que derivan de ella.

PALABRAS CLAVES: Técnicas Humanas de Reproducción Asistidas (THRA). Donación de gametos. Gestación por sustitución. Vínculos derivados de este tipo de filiación.

ABSTRACT: The development of medical science has impacted on the affiliation's institutions and the law has tried to give solutions to the different assumptions that arise, however the legislation of our country has not done it in an integral way, partially deriving it towards a future norm.

Different techniques deserve differentiated treatments. There is a need to legislate on pregnancy over substitution and the relationships that derive from it.

KEYWORDS: Human Assisted Reproduction Techniques (ART). Donation of gametes. Gestation by substitution. Relationships derived from this type of affiliation.

INTRODUCCION

“Ella hubiera hecho cualquier cosa para tener un hijo”. Con estas palabras Louise Joy Brown se refería a su madre, con amor, reconocimiento y respeto. Ella fue el primer bebe de probeta, que fuera concebida por fertilización “in vitro”. Sus padres Lesley y John Brown habían tratado de tener un niño durante nueve años, sin éxito; con la consiguiente ansiedad y dolor. Lesley tenía las trompas de Falopio bloqueadas.

El procedimiento fue desarrollado por los médicos Patrick Steptoe y Robert Edwards. Jean Purdy colaboró al ser la primera científica que visualizó como las células embrionarias se dividían. Edwards fue el único de la dupla médica que sobrevivió, recibiendo el Premio Nobel en Medicina, en el año 2010.

Existen otras personas que fracasaron en su propósito de concebir, no pudiendo tener niños después de haber intentado tratamientos médicos para lograrlos y no ha sido poco el tiempo de su vida dedicado a esa búsqueda. Sin olvidar el dolor que han sufrido.

Algunas otras han incursionado por el camino de la adopción, que en nuestro país no se puede considerar un procedimiento rápido, ni eficiente, ni eficaz; ya que muchas veces han esperado inscriptos en una lista, sin recibir respuesta alguna.

Hay otros que han transitado por ambos caminos para ser padres, sin éxito; por los que algunos van a recurrir a esta vía, la de la gestación por sustitución.

“Cuando nos encontramos con situaciones que parecen no tener salida, la resiliencia nos invita a desbloquear la mirada paralizada, dar vuelta atrás al callejón sin salida y encontrar nuevos caminos, nuevas posibilidades”. “La resiliencia es una metáfora generativa que construye futuros posibles sobre la esperanza humana y la consecución de la felicidad ante los sufrimientos, los traumas y el dolor padecido”.

Es “la metáfora de las posibilidades”, así la define la catalana Anna Forés.⁽¹⁾

(1) La resiliencia. Crecer desde la adversidad. Anna Forés y Jordi Grané. Ed. Plataforma, junio 2008, 3ra. Ed.

Confucio decía que “su grandeza no residía en no haber caído nunca, sino en haberme levantado siempre.”

Todo cambio se produce primero tímida y subrepticamente, basta recordar las previsiones y precauciones de ocultamiento que se intentaron para evitar el conocimiento de la fecundación “in vitro” que permitió nacer a Louise Joy Brown, pero la inmensa alegría desbordante de sus abuelos, impidió guardar el secreto.⁽²⁾

El cambio produce resistencia, ya lo decía Macchiavello en el siglo XVI, piensen sin ir más lejos en las transfusiones de sangre, que aún hoy provocan rechazo en los testigos de Jehová, aunque de ello dependa su vida.⁽³⁾ Aducen que serán seres impuros luego de producidas y que serán expulsados de su comunidad sino se arrepienten.

Otro tanto ocurrió en principio con los trasplantes de órganos o tejidos, que reemplazan a aquellos que no funcionan por otros que lo hacen adecuadamente. Estos han prolongado o salvado la vida, o al menos mejorado la calidad de vida del trasplantado.

El stent, uno de los inventos que salva más vidas en el mundo, también fue resistido. Este invento “cambio la cardiología casi al mismo nivel que el by-pass”, otra técnica de cirugía cardiovascular perfeccionada por René Favalaro.⁽⁴⁾

Que decir de la repulsa que va a producir la creación de órganos con células madres, para la sustitución en el cuerpo humano, en el momento que concluya la investigación y se dé publicidad al procedimiento. Al igual que el rejuvenecimiento a través de la reprogramación celular.

El nacimiento del “bebé probeta” marcó un hito en la historia, el derecho desde allí intentó dar respuestas a las instituciones impactadas por la ciencia médica.

La disociación que se produce por la implementación de la técnicas humanas de reproducción asistida (THRA) provoca la necesidad de determinar quienes va a cumplir los roles de padre y de madre, para atribuir el vínculo jurídico. Ello lleva necesariamente a meritar cual es el presupuesto determinante para asignarlo; en algunos casos será el genético o el biológico, o en otros la voluntad de ser padres.

“Rivero fue de la idea de que el campo era nuevo y que las categorías debían redefinirse, así como el régimen de filiación, para poder encuadrar correctamente esta nueva realidad, partiendo de la noción que existe un desdoblamiento entre paternidad y maternidad legal y generación e incluso entre vínculo genético y biológico”.⁽⁵⁾

Las consideraciones pragmáticas llaman a que estos cambios científicos reciban una adecuada regulación, no porque el pragmatismo deba sobreponerse sobre la ética, sino porque una buena regulación lleva a un balance entre los intereses en juego.⁽⁶⁾

(2) Louise Joy Brown nació en 1978. Su hermana Natalie Brown lo hizo cuatro años después por el mismo método de fertilización.

(3) El Constitucional ampara a los Testigos de Jehová, cuyo hijo murió por no recibir sangre. Noticia en el periódico español El Mundo de 20 de julio de 2002.

(4) Torresani, E., Presidente del Colegio Argentino de Cardio angiólogos Intervencionistas, en el 25 aniversario de la creación del stent, por el radiólogo vascular, Julio Palmaz, mientras estaba trabajando en los Estados Unidos. Telam. Sociedad.14/08/2013. Breve historia de los stents coronarios. www.revescardiol.org/en-breve-historia-de-los-stents-coronarios
Vol 71. Issue 5 (mayo 2018) Benedetta Tomberli, Alessio Matessini, Giorgio Iacopo Baldereschi, Carlo Di Mario. Division of Structural Interventional Cardiology, Careggi University Hospital, Florencia, Italia.

(5) Rivero Hernández, F., “La investigación de la mera relación biológica en la filiación”, II Congreso Mundial Vasco, “La filiación a finales del siglo XX”, Vitoria, septiembre de 1987, págs.141,146-147, citado por Ales Uría. Mercedes, en Código Civil y Comercial comentado, 2da. Edición actualizada, tomo II, direc. Cura, J.M., art. 558, pág. 503.

(6) Eleni Zervogianni, International Journal of Law, Policy and the family, volumen 33, issue 2, august 2019, pages 160-180//doi.org/10.1093/law-fam/ebz003.Published:05 may 2019 .Oxford University Press.

GESTACION POR SUSTITUCION

Tradicionalmente el obstáculo residía en determinar quien era el padre de la criatura, en razón de lo reservado de las relaciones sexuales. Dificultad que desapareció ante el descubrimiento del ácido desoxirribonucleico (ADN), porque las moléculas del interior de las células contienen información genética y ésta se transmiten de una generación a otra.⁽⁷⁾

Sin embargo las THRA trajeron un nuevo escenario, ya no eran necesarias las relaciones sexuales para que un niño naciera. La unión de los gametos podía realizarse en el laboratorio.

A esto se sumaba la nítida distinción entre la capacidad de producir óvulos que puede tener una mujer y la de poder llevar adelante un embarazo. Dos capacidades diferentes pero necesarias para que el bebé nazca.

Igual ocurre con los hombres, no todos tienen capacidad generativa, y en ese caso no hay posibilidad de cigoto. En otros hombres la cantidad de gametos es escasa o de poca movilidad, lo que produce dificultades para lograr el embarazo en forma natural.

Personalmente comparto la idea que la gestación por sustitución es un acuerdo entre dos mujeres básicamente, una que no puede albergar en su cuerpo a su anhelado hijo⁽⁸⁾ a pesar de todos los esfuerzos que ha hecho con su esposo, o con su pareja, o sola y otra, en general en compañía de su propia familia, que por empatía y solidaridad, desea ayudar a esa mujer sufriente, o esa pareja que busca descendencia.⁽⁹⁾

Los hombres también pueden desear ser padres y no tienen por el momento, más remedio que recurrir a una mujer.

En este supuesto no va a haber ningún vínculo genético, ni hereditario de la mujer que lo porta con el bebé por nacer. En la mayoría de las legislaciones se exige que ella tenga ya sus propios hijos. Ello ayuda a que se sienta que su maternidad está plena como consecuencia de tener sus propios descendientes y lo que está haciendo por otra mujer o pareja, reviste otra significación.⁽¹⁰⁾

Si la gestante tiene familia, que es lo habitual, tanto su marido como sus hijos sabrán que su esposa y mamá está colaborando solidariamente para que otra pareja también tenga sus niños. El consentimiento del esposo es importante, en razón de la presunción que existe en la ley respecto al hijo que pare la mujer casada, ya que se presume que el padre de la criatura es el esposo.⁽¹¹⁾

(7) Artículos 579 y 580 del CCCNA.

(8) Barón, Luisa; Conferencia sobre Gestación por sustitución, en el Congreso Euroamericano de Derecho de Familia, organizado por la Academia Euroamericana de Derecho de Familia y la Universidad del Rosario y Abogados Rosaristas, en Bogotá, Colombia, octubre de 2018. Ver video <https://www.academiaeuroamericanadederechodefamilia.org/congreso-bogota-2018>

(8) *Ibidem*. Hay niñas que nacen sin útero se enteran de ello en la pubertad cuando no menstrúan, otras que tienen un útero infantil o que han sufrido un accidente en el que fue aplastada su pelvis, o han tenido un problema oncológico, o cuando hay riesgo para la vida de la mujer si lo intenta, u otras razones, por las cuales no puede anidar.

(10) Se ha aprendido mucho desde el famoso caso “Baby M”, en el que el conflicto, era entre dos padres genéticos, disputando por la tenencia de la criatura. Es interesante saber que esa niña que ahora es una mujer casada vive fuera de los EE.UU. como consecuencia de la publicidad que tuvo el caso jurisprudencial.

(11) Artículo 566 del CCCNA.

“Las representaciones sociales son elementos imaginarios que circulan en una comunidad. Tal vez no sean explícitas, pero están a poca profundidad, cerca de la superficie, como una verdad no oficial que la sociedad comparte en forma de “secreto a voces”. Las representaciones sociales forman discursos y son formadas por ellos. Y lo más importante, las representaciones sociales dan cuenta de conductas, sentimientos y hechos reales de la comunidad”.⁽¹²⁾

El embarazo está asociado a la maternidad, porque esta ha sido la forma natural por la cual hemos tenido hijos durante casi toda la historia de la humanidad.

No es fácil, desmembrar un hecho del otro, recién hace muy poco tiempo que se ha podido extraer el ovocito del cuerpo de la mujer y se lo ha podido ver en el microscopio.

En la antigüedad los romanos, creadores del derecho, sostenían una regla: “mater semper certa est”; no así decían de la paternidad. Esta máxima tan enraizada en nuestra cultura, ya no responde a la realidad. Ya nada es certero, ni lo uno, ni lo otro.

El hecho de parir no significa que la parturienta sea la madre genética de esa criatura, lo ha anidado para que tenga vida.

Esto ha conducido a que en varias ocasiones, la jurisprudencia haya declarado la inconstitucionalidad del artículo 562 del nuevo Código.⁽¹³⁾

Tampoco es sencillo ver con nitidez esa división, aunque hayamos repetido durante años que la maternidad y la paternidad son funciones. En algunas ocasiones los padres no coinciden con los progenitores y no por ello, los primeros dejan de cumplir esa función esencial en el desarrollo y crecimiento de un niño.⁽¹⁴⁾

Además la maternidad está idealizada, recubierta de un halo de amor, sacrificio y entrega. Esa idealización es una de las representaciones sociales que circula en nuestra comunidad. Muchos sabemos que en no todos los casos es así, sin embargo esa representación social construye y sostiene realidades fuertemente.⁽¹⁵⁾

A nadie en el Medioevo se le hubiera ocurrido sostener que la nodriza que se llevaba a su casa el hijo de otra mujer era la madre. Sin embargo si ella no lo amamantaba el bebé no sobrevivía. Aquí es igual, si alguien no anida, no basta con el embrión.

Tampoco se nos ocurriría decir que la incubadora es la madre del bebé prematuro, que nace con un peso menor a dos kilogramos, él que sin su asistencia tampoco subsistiría.

(12) Gustavo Gewürzmann, Representación social de la vejez y patología familiar, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, Derecho de Familia y mayores expectativas de vida. Numero 40, julio-agosto 2008. Ed. Abeledo Perrot.

(13) Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado, y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

(14) Basta conocer la historia de Carlos Tévez, famoso futbolista argentino, para así comprenderlo. Quienes lo asistieron y acompañaron durante toda su vida fueron sus tíos, y él los considera sus padres, porque cumplieron esa función. No acepta que su progenitora sea su madre. La serie de Netflix que cuenta su vida, es muy clara al respecto.

(15) a) Las mujeres violentas con sus parejas, con los mayores y con sus hijos. Dra. Beatriz Literat

b) La mujer maltratadora. J. L. Cano Gil. El Tabú silenciado. Barcelona. www.psicodinamicajcl.com Varios

c) Mujeres violentas con sus parejas. www.halitus.com Halitus Instituto Medico.

d) Las marcas de la violencia, los efectos del maltrato en la estructura subjetiva. www.sepyma.com

e) Madres violentas con sus hijos. El síndrome de Münchhausen. www.wordpress.com

f) Academia Euroamericana de Derecho de Familia. IV Congreso .Bogota.2018. Panel: Violencia Intrafamiliar y degenero en el Plano Internacional. Dra. Nora Alba Cossio Acevedo. Universidad de Antioquia. Estadísticas e Investigación.

(15) Está asociada con la Virgen María, madre de nuestro Señor Jesucristo.

Por ello la ley ha puesto el acento en “la voluntad procreacional”, como motor que lleva a la concepción y nacimiento de estas criaturas.⁽¹⁶⁾

De no existir esa vocación procreacional, que es el deseo de ser padres, estos bebés no nacerían.

Louise Joy Brown lo dice claramente, respecto de su madre, “ella hubiera hecho cualquier cosa para tener un hijo”. No se trató del supuesto de gestación por sustitución, ya que lo que se produjo, fue la inseminación extracorpórea, ya que su mamá pudo llevar adelante el embarazo sin problemas; pero sin ese deseo de ser padres, no hubieran asumido los riesgos que le planteaban los médicos.

De modo que hoy podemos hablar de una maternidad genética, maternidad biológica y de una maternidad de deseo o intencional.⁽¹⁷⁾

Sin perjuicio de diferentes opiniones, la realidad muestra la necesidad de legislar sobre los distintos aspectos que se originan en la aplicación de las TRHA, a fin de evitar las lagunas normativas y axiológicas e impedir colocar a los niños en una situación de vulnerabilidad no deseable.

Al continuarse la misma línea tradicional del código anterior, la mujer que da a luz es la madre legal, sin analizar la carga genética que lleve ese niño.⁽¹⁸⁾ Disposición que tiene consonancia con el artículo 562 del mismo código, que otorga la maternidad a quien ha dado luz, “con independencia de quien haya aportado los gametos”.

A esto debe sumarse que al ser analizado el proyecto por el legislativo, se suprimieron las figuras de la gestación por sustitución y la fecundación “post mortem”.

Ante la abstención del Código para dar una solución al supuesto en estudio, los comitentes deben recurrir a la Justicia, para lograr el emplazamiento filial y desplazar o evitar que la gestante sea jurídicamente la madre legal.

Alguna jurisprudencia, como ya se dijo, han declarado la inconstitucionalidad del artículo 562 del CCCNA, mientras que otras basándose en los artículos 1 y 2 del mismo código, se han remitido a las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos, para desplazar a la gestante y atribuir la filiación a los comitentes.

Coincido con los autores que sostienen que “en realidad el derecho positivo debería contener un mecanismo para llevar adelante las prácticas sin necesidad de judicializar el pedido”.⁽¹⁹⁾

(16) Los fundamentos del Anteproyecto afirman: “Se permite la fertilización con gametos de la pareja o de la persona que pretende alcanzar la maternidad o la paternidad a través del uso de las técnicas, como también de material de donante anónimo, debiendo una ley especial regular todas las cuestiones que se deriven de la llamada fertilización heteróloga”.

(17) Algunos autores niegan que existan tres categorías, reduciendo las homólogas a la natural o genética y la heteróloga a la adopción. Véase, Basset, Ursula C., Consideraciones Generales y Polverini, V., La voluntad procreativa como causa fuente de filiación; ambas en A.A.V.V., análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial. Universidad Católica Argentina. Derecho, 2012.

(18) Artículo 565 del CCCNA. Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción debe hacerse a petición de quien presenta el certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o quien denuncia el sea su cónyuge. Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

(19) Solari, Néstor E., “Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (THRA) en el Código Civil y Comercial, Revista Pensar en Derecho, UBA 2019.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

La jurisprudencia en forma unánime ha acogido todos los casos que se fueron presentando en estos últimos años.

La carencia de legislación específica, obliga a los padres de “elección” o de “deseo” o de “voluntad”, a presentarse judicialmente, con el fin de obtener el reconocimiento de la filiación a su favor y desplazar del vínculo a la mujer que los ayudó en su búsqueda de su hijo.

Distintas conductas se han asumido para lograrlo: a) gestionar la autorización judicial previo a la implantación del embrión;⁽²⁰⁾ b) petitionar la autorización judicial previo al alumbramiento;⁽²¹⁾ y c) en los supuestos que el niño ya nació, dos posibilidades: 1^{ra} cuando el niño fue inscripto: impugnar la maternidad de la gestante por no ser la madre biológica; logrado el desplazamiento, reclamar el emplazamiento de la comitente como progenitora y solicitar la inscripción registral del niño.⁽²²⁾ y 2^{da}. no inscribir al niño nacido hasta que se logre determinar la filiación a favor de los comitentes, entablando una medida autosatisfactiva o una acción de declaración de certeza y luego el pedido de inscripción registral.^{(23) (24)}

Es del caso señalar que algunos de estos procesos intervinieron como gestantes, familiares de la pareja comitente (abuela, hermana, cuñada), en otros fueron personas “cercanas afectivamente”, amigas de ellos, que se prestaron a llevar a cabo el embarazo.

Cuando se habla de este tema inmediatamente crecen las controversias derivadas de distintas ideologías; mas queramos o no, es una realidad innegable su existencia.

Para algunos es la cosificación del niño y la explotación del cuerpo de la mujer ; para otros son aspectos fundamentales de los derechos humanos, en especial el derecho a la vida, el derecho a procrear y el de formar una familia.

Los primeros fundamentan su posición doctrinaria en la cosificación del niño, sosteniendo que se convierte en el “objeto debido del contrato”, lo que afrenta su dignidad o el interés de él. Se dice que desearlo no es garantía de la protección del interés superior del niño.⁽²⁵⁾

Debería señalarse que se trataría de una contratación sobre servicios, el de gestación, si se lo quiere encuadrar así. Se desea un resultado pero no es una obligación de resultados, sino de medios.

(20) Autos caratulados F.M.L. y otras/autorización judicial, 2/12/2014, Rosario, Prov. de Santa Fe, tribunal Numero 7 y carátula reservada, del 29/12/2015, San Carlos de Bariloche, Prov. de Río Negro. Notrica, Federico. La figura de la gestación por sustitución en la jurisprudencia nacional, CDELS.

(21) *Ibidem*. H.M. y otro/a,s/ medidas precautorias del 30/12/2015, Lomas de Zamora, Prov. de Bs.As., Juzgado de familia Numero 3.

(22) *Ibidem*. Autos caratulados B.,M.A.c/F.C.,C.R. y otro , del 18/05/2015, Juzgado de familia de Gualaguay, Prov. de Entre Ríos y C.F.A. y otros c/ R.S; M.L. s impugnación de maternidad.

(23) *Ibidem* N.N. o D.G.M.B.s/inscripción de nacimiento del 18/06/2013, Juzgado Nacional de Primera instancia, número 86, de la ciudad de Bs.As.; autos N.N.O., s/ inscripción de nacimiento, del 30/06/2015, Juzgado Nacional de Primera Instancia número 83, de la ciudad de Bs. As.; A.V.O., A.C.G. y J.J.F. del 29/07/2015, del juzgado de Familia de la ciudad de Mendoza, número 1.; C.M.E. y J.R.M. del 15/12/2015, de mismo juzgado de la ciudad de Mendoza.

(24) A.P.A. y otro s/ medidas urgentes, Juzg. Familia 4ta. nominación. Córdoba. 21/5/2018. Cita Digital IUSJU027106E.

(25) Pastore, Analía G., Maternidad Subrogada: análisis jurídico de una problemática actual. Conferencia pronunciada en el Seminario “Maternidad subrogada. Enfoque interdisciplinario de una problemática actual”. Instituto de Bioética. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. 80 Aniversario. Buenos Aires, 15/06/2018. Publicación de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Instituto de Derecho Civil. Sección Derecho de familia y Bioderecho. Director de la Sección: Dr. Eduardo A. Sambrizzi. Estudios de Derecho Civil. Año 2018.

Asimismo, el deseo de ser padres no se relaciona con la capacidad para llevar a cabo la función paternal, sin embargo el deseo es fundamental para el niño.

Sin deseo, no hay gestante, no hay niño, no hay nada.

La voluntad procreacional se la definido como “el eje en el que se edifica la filiación de las niñas y niños que nacen mediante la procreación medicamente asistida, con independencia de que hayan aportado o no material genético. En este sentido podemos señalar que lo verdaderamente importante para crear un vínculo de filiación con una niña o un niño es la voluntad de quien decidió su procreación; de tal forma que si no existe esa voluntad, tampoco podrá establecerse el vínculo de filiación entre ellos”.⁽²⁶⁾

Se aduce que hay una vulneración del estado de las personas, para así sostenerlo se parte del supuesto que la mujer que pare es la madre. La argumentación de la Corte de Casación Francesa es igual, elabora el desarrollo de su fundamentación desde ese presupuesto fáctico.

Cabe mencionar que esa premisa pudo ser válida cuando no se distinguía y no se podía separar la capacidad de generar óvulos y la de poder anidar el embrión. Ocurrida esa división seguir insistiendo con la máxima romana, es negar el conocimiento médico-científico y la posibilidad de la ley de otorgar la maternidad y la paternidad legal conforme la solución que se merite más adecuada a las circunstancias del caso.

Prueba de ello son las declaraciones de inconstitucionalidad que se han producido respecto del artículo 562 del nuevo Código, sobre la base del sistema jurídico graficado en forma de pirámide para representar la jerarquía de las leyes.

Articulando esa inconstitucionalidad desde el lugar de la primacía de la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales de Derechos humanos incorporadas a ella.⁽²⁷⁾ Sin menoscabar los que piensen así, hay otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia que entiende que no es necesario decretar la inconstitucionalidad del artículo, basándose en la amplia recepción de los tratados de derechos humanos, en el marco de las relaciones de derecho privado, lo que se ha llamado “la constitucionalización del derecho privado”.⁽²⁸⁾

(26) Guzmán Avalos, A. y Valdés Martínez, M. del C.. Instituto Internacional de Sociología de Oñati. Revista Oñati Socio-Legal Series Nro. 1 (Especial dedicado a derechos reproductivos y reproducción asistida. Genero, diversidad sexual y familias en plural) España. 2017-volumen 7-pág.77. También Moran de Vicenzi, C.: “La voluntad procreacional” como criterio de determinación de la filiación en la fecundación artificial”. Universidad de Piura-Revista de Derecho-nro.5-Lima-2004-vol.5-págs.57/91.

(27) Dictamen Fiscal en A.,P.A. y otro, s/ Medidas urgentes. Juzg. de Familia 4ta. Nominación. Córdoba. 21/05/2018. Cita Digital IUSJU027106E. “Para admitir la voluntad procreacional, al suprimirse en el anteproyecto la normativa que la admitía la gestación (en adelante GS), dejó subsistente el párrafo que refiere que la madre es quien da luz. La norma así dictada es inconstitucional, ya que la GS es una forma de TRHA, y por ende, no hacer funcionar la voluntad procreacional viola el principio de igualdad garantizado en el artículo 16 de la CN. Por ende, aún de existir posturas diferentes, entiendo que al ser GS una forma de TRHA, siendo que en el caso existe aporte del material genético por el A., y prima facie, ser altruista la participación de la gestante, se vulneraría tal derecho.” “Considera además que la inconstitucionalidad se manifiesta, también en el hecho de vulnerarse la identidad del niño, ya que, de no reconocerse la voluntad de todos los intervinientes en el proceso gestacional, no se le podría inscribir con la verdadera identidad de los padres.

En el caso, no existe una realidad biológica que haga suponer que la madre del niño sea S.V., por cuanto ella no aportado material genético, cuestión que ha sido probada en la causa. Por el contrario, ella misma expresó que no tienen voluntad procreacional, sino que ha sido su voluntad altruista la que la ha llevado a prestar su vientre para que los dos reales progenitores, en virtud del vínculo procreacional y el deseo de ser padres, puedan llegar a serlo.” Carranza, Gonzalo G., Gestación por sustitución e interés superior del niño. Nota a fallo. Temas de Derecho de familia, sucesiones y Bioética. Junio 2018. Dirección: Jorge Berbere Delgado. págs.427-428.

(28) Carranza Gonzalo G., “La constitucionalidad del derecho privado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en Zalazar Claudia E. (Direc.), Impactos procesales del Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Advocatus, Cordoba-2017, págs.12/70.

Por otra parte los dos primeros artículos del CCCNA al referirse a las fuentes, a su aplicación y a su interpretación, menciona que los casos deben ser resueltos según las leyes aplicables, conforme la Constitución y los tratados de derechos humanos en que la República sea parte. El siguiente se refiere a la interpretación que debe hacerse de manera integral y de un modo coherente con todo el ordenamiento.

En conclusión, ningún estado de la persona se altera, porque se está partiendo de un presupuesto fáctico que es cuestionable, desde el punto de vista legal.

Se agrega como demostración para no recepcionar la filiación por sustitución, que se mercantiliza al niño. Inmediatamente se hace alusión a una hipotética cláusula en el contrato por la cual se pudiera abortar.⁽²⁹⁾ Básicamente se busca tener un hijo, no obligar a nadie a abortar.

En el caso Baby S, ocurrido en EE.UU., se determinó durante la gestación, que el bebé a nacer tendría serias dificultades que podrían significar una disminución del veinticinco por ciento de sus posibilidades en la vida. Los comitentes decidieron no continuar con el embarazo. La gestante Chrystal Kelley se negó a abortar. En el litigio, le ofrecieron un pago de diez mil dólares si se decidía a abortar y le advirtieron que ellos no se harían cargo del niño. Producido el nacimiento, ella misma se preocupó de buscar unos padres adoptivos para criarlo. De lo que claramente se deduce, que la gestante no sintió que era la madre, sino no lo hubiera dejado en manos de otras personas.⁽³⁰⁾

También se habla del tráfico de niños, para que haya tráfico es necesario que exista el niño. Aquí no existe, se está pidiendo a otra mujer que ayude para que exista.

Lo que ocurra después con ese niño es tarea del Estado preservarlo, al igual que haría con un niño que nace naturalmente.

Se alega que existe una fragmentación de la filiación. En realidad lo que se da, es una fragmentación del proceso de generación del bebé. Porque participan en él, más de dos personas, conforme las capacidades físicas que tengan.

Será la ley futura la que atribuya la maternidad y paternidad legal, poniendo el acento en lo genético, lo biológico o en la voluntad procreacional.

Con igual propósito se sostiene que existe un desmembramiento de la identidad del niño, insistiendo que quien pare a la criatura es su madre. Es una proposición que supone que la mujer gestante quiere ser la madre de ese niño, lo que es sumamente relativo, como se vio en el caso mencionado. Es creer que sólo tiene esa significación esa conducta, lo que es una apreciación personal sobre la conducta ajena.

Se habla de la instrumentalización y explotación de la mujer. La mujer que colabora llevando a cabo el embarazo, está disponiendo de su propio cuerpo. Si bien la disposición de los derechos personalísimos es relativa, están vinculados a la libertad y a la autonomía.

La jurisprudencia básicamente entiende que al reconocer la paternidad de ambos padres sobre un niño que ha nacido por la voluntad procreacional de ellos, está protegiendo su interés superior. Interés que está resguardado constitucionalmente e inserto normativamente en la Convención de los derechos del niño, con rango constitucional al estar receptado en el artículo 75, inciso 22.

(29) Pastore, Analia G., Maternidad subrogada. ver nota número 20.

(30) www.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legalbattle/index.html?iref=allsearch.

(31) Artículo 19 de la Constitución Nacional. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe."

El Código vigente no contiene norma expresa alguna acerca de esta práctica, por lo que realizando una interpretación integral y sistemática del ordenamiento jurídico, es aplicable lo normado en el artículo 19 de la Constitución.⁽³¹⁾

Lo que no está explícitamente prohibido, está permitido. Lo que cierra el sistema normativo.

Asimismo el Código admite las THRA, entre ellas está la de gestación por sustitución.

Haber modificado el anteproyecto no nos coloca en la situación de la prohibición sino en la situación de la laguna en el derecho, de allí la necesidad de cerrar el vacío ante la obligación de expedirse a solicitud de parte, frente a la obligación legal que todos los casos deben ser resueltos.

Si la ley 26.862 (ley de Acceso Integral a lo Procedimientos y Técnicas médico-asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida), y el CCCNA no mencionan la gestación por subrogación como una técnica de reproducción asistida, ello no permite sostener que no esté incorporada como una de ellas en los protocolos médico-científicos, sólo autoriza a afirmar que no está legislada.

Prueba de ello es que se intentó hacerlo y se modificó el artículo 562, omitiendo su regulación.⁽³²⁾

Si a ello se le suma la existencia de consentimiento informado de parte de la “gestante”, siendo éste libre y espontáneo, teniendo plena capacidad, buena salud física y psíquica, permitiendo que el óvulo le sea insertado en su útero, esta persona no ha hecho otra cosa mas que disponer de su propio cuerpo. Esa decisión sobre su propio cuerpo tiene que ser aceptada con respeto, en atención a su libre disposición y no dársele una significación ajena a su resolución.

La regla de la autodeterminación se generaliza y poco a poco, se va dejando de lado, para personas adultas y capaces, la imposición coactiva.

Así como “nadie puede ser constreñido a un tratamiento médico para ser curado sobre el cuerpo propio, a pesar de las consecuencias que pueda acarrear la negativa”⁽³³⁾, tampoco cabe violar ciertos límites impuestos por la propia persona humana. Esos límites son los que les permiten decidir como disponer de su cuerpo.

“Es que la integridad física, la salud, consideradas como bien útil, merecen protección por el ordenamiento únicamente contra las ofensas de otros, atribuyendo un derecho subjetivo, pero no contra el mismo sujeto imponiéndole determinadas obligaciones o sacrificios, o disponiendo de los medios médicos que las preserven”.⁽³⁴⁾

No hay una colisión con el orden social en la decisión de la mujer que decide colaborar con otra o con otros, no se pone en peligro el bien común.

Los derechos personalísimos están vinculados al principio de la autonomía de la voluntad. La posibilidad de disponer de ellos, si bien es relativa, está vinculada a la libertad y dignidad de la persona.

(32) Artículo 562 del Anteproyecto del CCCNA.” Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o de los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad de los comitentes y el consentimiento debidamente homologado.” ...El juez sólo podía homologar si se reunían los requisitos determinados en la norma.

(33) Cifuentes, Santos. Derechos Personalísimos. Cita el Anteproyecto brasileño de Gomes, artículo 33, en página 365. ed. Astrea. Segunda Edición actualizada y ampliada. 1995.

(34) Ibidem página 365.

Los actos de disposición sobre el propio cuerpo se encuentran limitados en cuanto “ocasionen una limitación permanente de su integridad o sean contrarios a la ley, a la moral o las buenas costumbres”. Lo analizado no implica una limitación permanente, ni tampoco es contrario a la ley, porque como ya se vio no es un supuesto prohibido.⁽³⁵⁾

En cuanto a la moral y las buenas costumbres, siempre ha sido un concepto relativo, vinculado al tiempo y lugar. Dar un concepto de orden público, “es un verdadero suplicio para la inteligencia” según la recordada expresión del Marques Vareilles Sommieres”.⁽³⁶⁾

“Volver a pensar en el orden público se convierte en utopía, si creemos llegar a conclusiones aceptadas por la generalidad de los juristas”.⁽³⁷⁾

Ver las enunciaciones que hace este mismo autor en el año 2005 como modo de ejemplos de incorporación de normas de orden público y buenas costumbres en leyes imperativas en el Derecho de Familia, muestra que se han modificado en el transcurso del tiempo hasta nuestros días (sociedad conyugal, el régimen del divorcio, filiación, alimentos, etc.).⁽³⁸⁾

Lo que demuestra lo relativo del concepto. Lo señalado implica que muchos de los supuestos de orden público y buenas costumbres a ese entonces, hoy no lo son.

Si aceptamos el orden público en la sociedad, como cortapisa a nuestros derechos, lo hacemos no para generar desigualdades, sino para evitar inequidades.

Cabe volver al artículo 19 de nuestra Constitución, él que establece el principio de legalidad, reconociendo la autonomía personal y teniendo al Estado en la tarea de instrumentar en cuanto a fines y medios la moral, el orden público y el evitar daños a terceros.

Sin olvidar, como bien indica Gelli, que desde el Preámbulo mismo de la Constitución se enuncian principios y se sostienen valores, entre los cuales se incluye la libertad como axiología central.⁽³⁹⁾

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En los casos de gestación por sustitución llevados a cabo por nacionales en el extranjero, el vínculo parental también se atribuyó a los comitentes.

Los problemas a resolver han sido cuando estos desearon desplazarse con el niño hacia su país de origen o de residencia y una vez en ellos, procuraron determinar la filiación de la criatura y su nacionalidad. En la práctica todos los casos judicializados se resolvieron a favor de ellos.

Los argumentos para resolver de la manera que se hizo los casos que tenían un elemento extranjero fueron principalmente los mismos: la voluntad procreacional como fuente fundamental para emplazar a un niño como consecuencia de la aplicación de las THRA, el interés superior del niño, como principio rector, normativo e interpretativo, donde estén inmiscuidos derechos de niños, niñas o adolescentes y su derecho a la nacionalidad, como derecho humano inherente de toda persona.

(35) Artículos 55 y 56 del CCCNA.

(36) Piñón, Benjamín P., El orden Público en la Constitución, en la ley y en el derecho. Revista de Derecho Privado y Comunitario. Orden Público y buenas costumbres Rubinzal-Culzoni Editores. 2007-3 página 8.

(37) Ibidem. pág. 7.

(38) Ibidem. pág.11.

(39) Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada, La Ley, Bs.As. pág.166.

El CCCNA determina en el artículo 2634 que “todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios del orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de esas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

La sección 5^{ta}. tiene como fuente el Proyecto de Código Internacional Privado de Argentina del año 2003 y el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica, así como la ley italiana de Derecho Internacional Privado de 1995.

La solución aportada es amplia siguiendo los lineamientos actuales extranjeros , en cuanto abre un abanico de soluciones en materia de jurisdicción, en lo relativo al juez competente en materia de determinación de la filiación (art. 2631).

Igual ocurre con el tema del derecho aplicable en cuanto que se establecen alternativas respecto al derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo (art. 2632).

El juez decidirá tomando en consideración la mayor adecuación a la realidad fáctica en examen y merituando que el lugar de celebración del matrimonio brinda más certeza que la residencia habitual, para el caso que sea aplicable (fundamentos del proyecto).

Todo ello sin olvidar que el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero deberá respetar los principios del orden público del derecho argentino. En la norma analizada expresamente se determina que las THRA integran el orden público, tanto para el reconocimiento del estado de la filiación como para la inscripción. Sin olvidar que la decisión que deba adoptarse esta impuesta por el interés superior del niño.

“La finalidad es acentuar el derecho del niño a que se reconozca su estado filial, más allá de los fraccionamientos territoriales y de la diversidad de las legislaciones, siempre con el resguardo de los principios fundamentales del orden publico que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”.⁽⁴⁰⁾

Se ha afirmado que las THRA en realidad centran su atención mas en el interés de los adultos que aspiran a procrear, subordinando al interés superior del niño “elevado a categoría casi suprema los derechos del niño que ha de nacer”.⁽⁴¹⁾

La desbiologización que se señala es similar a la que se produce en la adopción y no necesariamente por ello va a provocar una “situación artificial y adulterada para la construcción de la identidad, estableciendo un ámbito de realidad simulada o ficticia que en la mayoría de los casos provoca una sensación de no pertenencia a la familia impuesta”.⁽⁴²⁾

Nadie que ha sido abandonado en el caso de la adopción no receipta el amor que le brindan para ayudarlo a crecer, basta ir a alguna institución donde hay niños internados para así comprobarlo. Es negar la esencia humana, desconocer la necesidad de afecto. Sin que ello impida saber como se ha nacido y en que condiciones se ha desarrollado. Las fantasías de los niños adoptados siempre cursan por que su mamá los dejó porque alguna fuerza externa la obligó a eso. Nunca quieren suponer que fue una decisión tomada conforme las circunstancias que la rodeaban y sentimientos que la aquejaban. Es muy doloroso ser abandonado y abandonar.

De modo que el niño que nace por THRA sabrá como fue su nacimiento y sentirá que ha sido deseado. No sólo es un deber legal es una manera de cimentar el vínculo desde la verdad, las resoluciones judiciales consignan la orden a los progenitores de comprometerse explícita y formalmente en el expediente sobre su deber legal de informar a su hijo sobre las circunstancias de su gestación.

En numerosos casos, la mujer que ayudó a su gestación es parte de los afectos cercanos a ese niño, en la medida que esté cercana en el espacio.

No hay motivo real de ocultamiento, cuando ha sido fruto del deseo y del esfuerzo conjunto de esas personas. No cabe avergonzarse de desear y amar.

Aun los autores que más rechazan las THRA, su crítica pasa porque se privilegian elementos de tipo voluntarista en lugar del dato biológico. Lo que muestra que tienen conciencia que el deseo de ser padres está presente.

Además la única forma de hacer cesar un estado de indefensión de un niño es reconociendo su derecho a la identidad, a la identificación, a la documentación y a la integración familiar, quien o quienes mejor que los que lo han deseado para ser su núcleo cercano, todo en el marco del interés superior del niño. Este criterio no sólo debe ser considerado como principio con contenido normativo sino también como principio jurídico interpretativo.

No cabe olvidar que el niño es un sujeto vulnerable, por lo que le cabe al magistrado la obligación de actuar conforme a las 100 Reglas de Brasilia, sobre acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad.⁽⁴³⁾

De modo que no hay tal afectación del derecho de identidad del hijo.

DERECHO COMPARADO

La legalidad de la filiación por sustitución varía en función del país que se trate.

Hay países que prohíben tanto la gestación subrogada altruista como la comercial, que es el caso de España, Alemania, Francia, Holanda, Suiza, Italia Austria y China, otros que no la legislan pero tampoco hay una ley que la prohíba: Argentina, Bélgica, Brasil, Chequia, Dinamarca, Irlanda, algunos estados de México y estados que la permiten: Canadá, Estados Unidos (algunos estados), México (ciertos estados), Rusia, Georgia, Ucrania, Kazajistán, India, Tailandia, Portugal, Reino Unido y Australia.

En primer lugar es necesario saber si la gestación subrogada está regulada sólo para ciudadanos residentes del país o admiten extranjeros.

Las agencias que se ocupan de este tema aconsejan determinado destino en función del tipo de familia, buscando que no tenga ningún problema legal posterior en el país de origen. Algunos estados no está regulado el tema de los solteros, como es el caso de Rusia, en otros la ley excluye a las parejas de hombres homosexuales, como es Portugal.

(40) Uzal, María Elsa y Masud Pablo R. Disposiciones de Derecho Internacional Privado, sección quinta, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, 2da. edición actualizada y ampliada. Cura, J.M. (dirección) Tomo VII. La Ley.

(41) Mizrahi, Mauricio. Observaciones al Proyecto de Código Civil y Comercial.-RDFyP-año IV-número 6-julio /2012, págs. 124 y sigts.-II.

(42) Berbere Delgado, Jorge . “El derecho filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. año IV-número 6-julio /2012. págs. 145-III.

(43) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana-Brasilia- 4/6/3/2008.

También se evalúa si el país en cuestión está en el espacio Schengen, cuando se trata de ciudadanos de la comunidad, porque no cruzan fronteras.

No se deja de tomar en consideración si se celebra un juicio o no, previo o no al proceso de fecundación in vitro, a partir del cual la gestante puede o no retractarse, aún más si van a poder ser inscriptos en el consulado del país de origen de los comitentes.

Existe una diferencia legal apreciable según el país que se lleve a cabo la gestación, en algunas sólo se entrega una partida de nacimiento con la apostilla de La Haya a nombre del padre, debiendo la madre comitente adoptar al niño si se trata de un país que prohíbe la gestación subrogada como es el caso de España, mientras que en otros la sentencia obtenida judicial es a nombre de los dos padres comitentes, como es el caso de Estados Unidos.

También se toma en consideración la calidad de los establecimientos asistenciales, tanto para el cuidado de la mujer gestante como para el bebé a nacer, el tiempo de permanencia de la pareja o persona en el país extranjero, como la necesidad o no de demostrar de la mujer comitente con el certificado médico respectivo, su imposibilidad de procrear o que representa un grave riesgo para su salud. En algunos países la mujer comitente no puede tener más de cincuenta años al momento de iniciar el juicio.

Tampoco se deja de evaluar las tasas de éxito de embarazo y el costo de servicios.

Las citadas agencias muestran los problemas prácticos que se reflejan en cada país de origen, sin dejar de destacar el incumplimiento en algunos casos de esos Estados con la jurisprudencia emanada del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo.

Como se refirió con anterioridad una consideración a tener en cuenta es la inscripción en el país de origen, de la filiación, los hijos habidos en el extranjero y el reconocimiento de la nacionalidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) se pronunció por primera vez cuando resolvió conjuntamente los casos de “Menesson contra Francia” y “Labasee contra Francia” en el año 2014.⁽⁴⁴⁾

Los dos casos eran similares, se trataba de dos matrimonios franceses que las esposas padecían infertilidad por lo que necesitaban de la donación de ovocitos y la ayuda de una mujer que pudiera anidar. El material genético masculino pertenecía a los maridos. En el caso de Menneson, habían nacido dos niñas gemelas en California en el año 2000, mientras que los Labasee tuvieron una niña en Minnesota en el año 2001.

Los tribunales de dichos estados americanos habían declarado en las respectivas sentencias, que ambos matrimonios franceses eran los padres de esas criaturas.

Cuando se requirió la inscripción de la filiación de las niñas en el Registro Civil Francés, la Corte de Casación la denegó invocando el orden público. Sostuvo que los contratos de subrogación están prohibidos y afectados de nulidad absoluta conforme las disposiciones del Código Civil (artículos 16.7 y 16.9). Aún más, sostuvo que los principios morales impiden que el cuerpo humano sea objeto de transacción y que el niño sea objeto de un contrato.

Frente al revés judicial en Francia, ambos matrimonios recurrieron ante el TEDH, alegando la violación del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, sosteniendo que la denegación de la inscripción de la filiación de sus hijas, representaba un quebrantamiento del respeto a su vida familiar.

La sentencias dictadas en el mismo día, acudieron a idénticas argumentaciones, se rechazó que hubiere habido una violación al artículo 8, mas se sostuvo que había habido una infracción a la vida privada de las hijas, apoyándose en el principio del interés superior del niño.

(44) STEDH; Menesson v. Francia” (26/06/2014), As. 65192/11 y STEDH, “Labassee v. Francia” (26/06/2014), As. 65941/11.

Con relación a los padres se señaló que vivían con las niñas desde su nacimiento, ocupándose de ellas, viviendo los cuatro sin diferenciación “de la vida familiar en su acepción habitual”.

Sin embargo en cuanto a las niñas sostuvo que la posibilidad de injerencia de la autoridad pública debe tener un límite, mas cuando se trata de filiación, en la que estaba comprometida un aspecto importante como es la identidad de ellas. La falta de reconocimiento de la filiación podía traer como consecuencia la destrucción de la vida familiar de las pequeñas. La falta de reconocimiento del emplazamiento de la filiación además acarrea la no atribución de la nacionalidad de los padres, olvidando que su padre genético era francés.

Aún más también traía dificultades para el desplazamiento de la familia, dudas sobre la permanencia legal de las niñas en territorio francés e incidía sobre la estabilidad de la familia. Ello implicaba una violación al artículo 8, al vulnerarse el respeto de la vida privada y familiar.

El tribunal concluyó que la falta de reconocimiento de la filiación de los padres de intención no sólo tenía consecuencia sobre los adultos sino también sobre los menores porque veían afectado el respeto sobre su vida privada, al estar perjudicada su identidad, comprendida dentro de la filiación, lo que era incompatible con el interés superior del niño, principio rector en todas las decisiones que estuvieran involucrados. Por lo que condenó a la República Francesa ordenándole llevar a cabo la inscripción de la filiación reclamada y condenándolos a pagar una multa.

Paradiso y Campanelli contra Italia fue la segunda oportunidad en el TEDH se expidió sobre un acuerdo sobre gestación. Un matrimonio italiano con problemas de infertilidad, hizo un acuerdo en Rusia, con una mujer que se prestó a gestar para ellos. El niño no tenía material genético de ninguno de los dos esposos.

El certificado de nacimiento no hacía referencia alguna al procedimiento implementado, en él constaban como padres ambos integrantes de la pareja.

Llevadas a cabo las pruebas genéticas en Italia, se comprobó que Campanelli no era el progenitor.

La omisión de mención del contrato de subrogación como la inexistencia de vinculación genética permitió que se los inculpara de alteración del estado civil y presentación de documentación falsa. El niño fue dado en adopción. Agotadas las instancias judiciales italianas, acudieron al TEDH.

El Tribunal sostuvo que en los meses que hubo convivencia entre los peticionantes y el niño se crearon vínculos familiares, dignos de protección jurídica, entendiendo que el orden público italiano no era justificativo de separación del niño de su entorno familiar. El interés superior del niño debió prevalecer sobre aquel, por lo que se consideró que se había violentado el derecho al respeto a la vida familiar, consecuentemente se había infringido el artículo 8 de la Convención Europea de los derechos humanos. Ello provocó la condena al pago de una multa al Estado Italiano. Sin embargo, no condenó a la restitución del niño, el que había convivido con este matrimonio sólo cinco meses, habiendo pasado cuatro años desde que fue dado en adopción. La sentencia es del 27 de enero de 2015.⁽⁴⁵⁾

El TEDH volvió a sentenciar de igual forma, fundándose en la violación al artículo 8 de la Convención Europea sobre derechos humanos, alegando la vulneración de la vida privada.^{(46) (47)}

(45) “Paradiso et Campanelli v. Italia”, 27/01/2015, As. 25358/12.

(46) STEDH, “Foulon v. Francia”, (21/07/2016), As. 9063/14.

(47) STEDH, “Bouvet v. Francia”, (21/07/2016), As. 10410/14.

Frente a estas decisiones la Corte de Casación francesa modificó su jurisprudencia en dos pronunciamientos en julio de 2015, aceptando que en presencia de un acto extranjero establecido legalmente conforme el derecho de ese país, donde se ha celebrado y llevado a cabo la gestación por subrogación, se permite establecer el vínculo filiatorio con el padre biológico.

Italia recurrió ante la Gran Sala, la sentencia dictada en los autos “Paradiso y Campatelli”, sosteniendo que había intervenido legítimamente en la vida privada, resultando proporcionada la decisión de quitar el niño al matrimonio, frente a la conducta ilegal de ellos.

La Gran Sala revocó la sentencia en enero de 2017, aceptando esa argumentación, basándose en la carencia de vínculo genético, en la corta duración de la convivencia y la incertidumbre en cuanto al emplazamiento, provocado por la propia conducta de los comitentes. Reconoció que era competencia de Italia el reconocimiento de las relaciones filiales, basadas en el elemento biológico o la adopción legal. Entendió que no hubo daño grave e irreparable para el niño. No se puede clarificar con que elementos facticos sostuvo esta afirmación.

CONCLUSIONES

La ciencia es como un río corre, corre por su cauce, si se la intenta detener se desborda caudalosamente, pero igual el agua está allí. Su expansión es arrolladora, no hay barrera que la pueda detener.

Cada descubrimiento transforma la realidad que nos rodea, nos guste o no.

Dependerá de nuestra capacidad de comprender como logramos situarnos frente a esa realidad.

“Victoria”, es el nombre de una bebé imaginaria, nacida por esa vía y elegida para protagonizar una serie televisiva argentina, récord de audiencia en el horario nocturno.

Marley conductor de un programa de TV titulado “Viajando por el mundo”, lo hace en compañía de su hijito Mirko, también logrado de esta manera.

Cristiano Ronaldo, el jugador de fútbol, Ricky Martin con sus gemelos, Robert de Niro con su esposa y sus tres hijos, Elton John, Sarah Jessica Parker y su esposo, con sus dos hijas gemelas, Miguel Bosé con cuatro hijos y así muchos otros no famosos, muestran que la gestación por sustitución es una alternativa a la que se recurre y que ya está en el imaginario colectivo.

Estas situaciones llevan a que estos cambios científicos reciban una adecuada regulación, no porque el pragmatismo deba sobreponerse sobre la ética, sino porque una buena regulación lleva a un balance entre los intereses en juego.

Igual de no lograrse esa regulación, la jurisprudencia es unánime, por lo que a través de ella, los padres de “deseo” obtienen el reconocimiento de la filiación a su favor.