

La Maternidad Subrogada frente a la Corte Europea de Derechos del Hombre

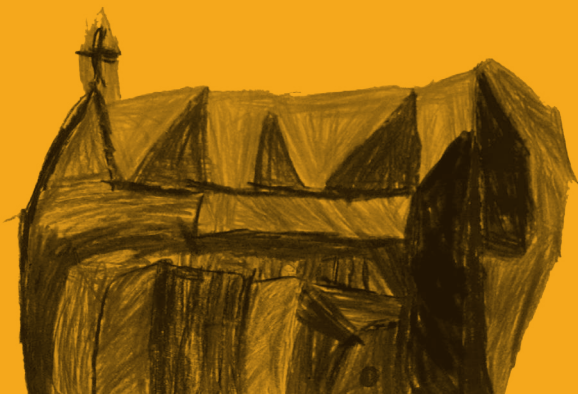
DIR. CHRISTINE BIDAUD-GARON | Directora adjunta del Centro de Derecho de Familia de la Université Jean Moulin, Lyon 3. (Francia).

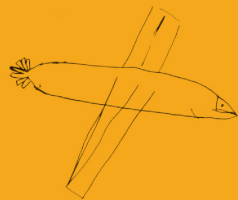
Traducido del francés por la **Dra. Eliana González**, Profesora adjunta de Derecho de Familia y Derecho Sucesorio en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina, y **Verónica Elvia Melo**, Doctora en Derecho, docente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina.



myf

198





Si hay un tema que se discute y que divide, pero por sobre todo que preocupa a los Estados, miembros o no del Consejo de Europa, es el de la gestación por otro. Más allá de los Estados, las organizaciones internacionales están igualmente preocupadas por las dificultades que este tema suscita. En la Conferencia de La Haya hay trabajos especialmente en marcha para estudiar la oportunidad de la elaboración de una convención que podría ser construida de acuerdo al modelo de la de 1993 sobre adopción internacional¹. Pero, ¿cómo elaborar una norma internacional cuando los derechos internos son tan diversos?². En el seno del Consejo de Europa, los Estados miembros pueden dividirse en tres grupos. El pri-

mero corresponde a los Estados que ya han legislado en el sentido de autorizar la gestación por otro. Tal es el caso de Albania, Georgia, Grecia, Países Bajos, reino Unido, Rusia y Ucrania. En el segundo grupo, los Estados que también han legislado pero, a la inversa de los primeros, en sentido de prohibir expresamente la gestación por otro. Se trata de Francia, Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía. Y en el tercer grupo, los Estados que no reglamentan y que delegan en los médicos y en las clínicas la responsabilidad de aceptar o rechazar la práctica. Se trata de la república Checa, Irlanda y Bélgica, aunque en este último Estado existe un



proyecto de ley tendiente a autorizar expresamente la gestación por otro. Por otro lado, aun si está prohibido por el derecho interno, el recurso a un contrato en el extranjero de madre portadora y el regreso de los padres con el niño al país de residencia habitual, provocan interrogantes y litigios. A título de ejemplo, puede citarse un asunto pendiente ante la jurisdicción suiza³, en el cual un tribunal de primera instancia aceptó la inscripción en el registro civil suizo del acta de nacimiento de un niño nacido de una madre portadora en California y la indicación que los dos varones de la pareja de intención, era cada uno «padre» del niño. La Fiscalía indicó el 26 de septiembre último que interponía un recurso ante el Tribunal federal contra dicha decisión. Igualmente, en este contexto se desarrollaron los asuntos *Menesson* y *Labassée*.

Las sentencias *Menesson c. France* y *Labassée c. France*⁴, recaídas el 26 de junio de 2014⁵, fueron sumamente esperadas pues era la primera vez que la Corte Europea de Derechos del Hombre debía pronunciarse sobre la gestación por otro. Se le ha permitido a la

Corte Europea estatuir a la vez sobre los derechos de los padres de intención y de aquellos niños descendientes de una gestación por otro.

En ambos asuntos los hechos son casi idénticos: una pareja heterosexual francesa residente en Francia había recurrido a una madre portadora en California en un caso, y en Minnesota en el otro. Estas mujeres llevaron los embriones concebidos a partir de los gametos del hombre de la pareja y de una donante de óvulos. El padre de intención era entonces igualmente el padre biológico, pero ni la madre de intención ni la madre portadora tenían vínculo biológico alguno con los niños. Las actas de nacimiento emitidas en Estados Unidos indicaban, en ambos casos, que los niños así nacidos tenían por progenitores al hombre y a la mujer de la pareja de intención. No obstante, se efectuó una distinción entre el padre y la madre de intención habida cuenta de la existencia o inexistencia de lazos biológicos que los vinculara a los niños. Para los esposos Menesson, un juicio anterior al nacimiento de los mellizos nacidos de la gestación

por otro, indicaba que el Sr. Menesson era el padre genético, mientras que la Sra. Menesson, la madre legal.

Para el matrimonio Labassée, recayó el mismo tipo de decisión, pero con posterioridad al nacimiento de su hija. Una vez de regreso en Francia, ambas familias se enfrentaron a la negativa por parte de los registros civiles franceses a inscribir dichas actas de nacimiento⁶. Además, en el asunto Labassée, la pareja había obtenido de un juez del tribunal de instancia de Touring, un acta de notoriedad que constataba la posesión de estado de su hija a su respecto, pero el Procurador igualmente se negó a inscribirla. Llevada la cuestión al tribunal, la Corte de casación afirmó que el contrato de gestación por otro impide que la posesión de estado produzca efectos en cuanto al establecimiento de la filiación. Cada una de estas familias acudió ante la Corte EDH invocando la violación del artículo 8 de la convención, es decir, una violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar. En ambas decisiones, la Corte EDH tuvo la precaución de recordar ante todo la ausencia de consenso acerca de

las cuestiones vinculadas a la gestación por otro en el seno del Consejo de Europa y precisó que «*el recurso a la gestación por otro suscita delicados interrogantes de orden ético*»⁷. Según ella, «*los Estados deben en principio tratar de acordar un amplio margen de apreciación, tratándose de la decisión no solo de autorizar o no este modo de procreación, sino igualmente de reconocer o no un lazo de filiación entre los niños concebidos legalmente mediante gestación por otro en el extranjero y los padres de intención*»⁸. Sin embargo, agregó que este margen de apreciación está atenuado cuando «*un aspecto esencial de la identidad de los individuos está en juego*», que es el caso cuando se «*toca la filiación*»⁹.

En estos asuntos, los requirentes sostenían que el Estado francés había violado por un lado, su derecho de llevar una vida familiar normal, y por otro, su derecho a la vida privada así como a la de sus hijos. Y si bien los argumentos de los requirentes no convencieron a la Corte acerca de la primera cuestión, si lo hicieron respecto de la segunda.

1. La ausencia de atentado al derecho a la vida familiar

En lo que concierne al atentado contra la vida familiar, la Corte reconoce la importancia de los riesgos potenciales que pesan sobre la vida familiar de los niños y la de sus padres, pero constata que en estos casos, ellos no son infranqueables y que, a pesar de la falta de reconocimiento de su vínculo de filiación, los interesados se han podido beneficiar de una vida familiar. La Corte parece aquí interesarse primero por la situación concreta de estas familias antes que por la traducción jurídica de su situación. Desde este punto de vista, es claro que las autoridades francesas no le han impedido jamás a los niños vivir con sus padres. Su situación no tiene nada en común con aquella que existe en otro procedimiento pendiente ante la Corte y que involucra a Italia. En este caso, *Paradiso et Campanelli c. Italia*¹⁰, el niño fue retirado de sus padres de intención y colocado para adopción por otra familia por parte de las autoridades italianas. Es cierto que en este asunto las circunstancias del recurso a una madre portadora en Rusia por par-

te de los italianos son más discutibles y no son en absoluto asimilables a las de los asuntos franceses. En el caso *Paradiso Campanelli*, se trata también de una pareja heterosexual pero ninguno de los padres de intención es el padre biológico del niño. Más allá de la prohibición de la gestación por otro en el derecho italiano, se plantea también la cuestión de la nulidad del contrato de gestación por otro en relación al derecho ruso, dado que la ley rusa número 40 del 19 de febrero de 2004 sobre la procreación asistida médicamente prohíbe el recurso a técnicas heterólogas de procreación artificial en vista de una fecundación in vitro y exige como condición de validez de un contrato de gestación por otro que al menos uno de los padres de intención sea el padre biológico del niño. Sin embargo, es interesante comparar la noción de vida familiar en ambos casos. Lo que parecería justificar la falta de condena en Francia sobre este fundamento es el hecho de haber permitido a estas familias tener una vida familiar *in concreto*. Ciertamente esta vida familiar es sin dudas menos serena que la de una familia más «clásica». Ellos de-

ben hacerles frente a numerosas molestias administrativas (ausencia de un acta de estado civil francés, incertidumbre en cuanto a la nacionalidad francesa de los niños, en cuanto a la autoridad parental, en cuanto a la vocación hereditaria de los niños frente a sus padres de intención...), pero nada les impide que cohabiten. Al contrario, las autoridades consulares francesas tienen la obligación de expedir los documentos de viaje que permitan al niño ingresar al territorio francés ya que no cabe duda en cuanto a la relación del niño con el padre biológico ni en cuanto a la identidad y voluntad de la mujer que ha dado a luz para que este niño sea educado en Francia por su padre¹¹. Se destaca aquí que es finalmente la incoherencia del derecho francés y su disociación total entre derecho privado y derecho público que quizás pudo salvar a Francia sobre este punto, lo cual no deja de ser bastante extraño, hay que reconocerlo...

En efecto, en el derecho francés coexisten dos cuerpos legislativos y dos órdenes jurisdiccionales: el derecho público y las jurisdicciones adminis-

trativas por un lado, y el derecho privado y las jurisdicciones judiciales, por el otro. Ahora bien, todo lo referente al ingreso y a la permanencia en el territorio francés depende del derecho público. Las decisiones de los consulados franceses de extender o negar un documento de viaje que permita al menor el ingreso al territorio francés, sin que ello implique extender un pasaporte o un documento de identidad que por otro lado que se trata de un documento provisorio, depende entonces de las jurisdicciones administrativas. Por el contrario, una vez que el menor se encuentra en territorio francés, la cuestión de la transcripción de su acta de nacimiento extranjera en los registros franceses y la del reconocimiento de los lazos de filiación dependen del derecho privado y de las jurisdicciones civiles. Pudiendo el niño vivir con sus padres, no se conculca el derecho a la vida familiar.

Al contrario, la Corte tiene una mirada absolutamente distinta sobre el segundo argumento, aquel acerca del atentado contra la vida privada y especialmente contra la de los menores.

2. El atentado a la vida privada

En ambos casos, la Corte EDH comenzó por recordar que el derecho a la identidad es parte del derecho a la intimidad y que «la identidad del ser humano (...) incluye la filiación.» A continuación, la Corte EDH considera que los jueces franceses no han negado la conexión existente en el extranjero entre los niños y sus padres. Sin embargo, han privado a esta filiación de todo efecto en el territorio francés y la Corte califica esta posición como «cuestión grave de compatibilidad de esta situación con el mejor interés de los niños, cuyo respeto debe guiar toda decisión que les conciernen.»¹². Sin embargo, debe tenerse cuidado de no interpretar esto de una manera demasiado apresurada. La Corte no afirma que exista una incompatibilidad entre la negativa a reconocer la filiación de los niños con respecto a los padres de intención y los derechos fundamentales del niño. No condena a Francia por haber rechazado reconocer estas filiaciones existentes en el extranjero y relacionar a los niños nacidos de una madre de alquiler a su padre y a su madre de intención.

Plantea aquí únicamente el problema de la compatibilidad que existe entre la posición francesa y de los derechos del niño, pero no lo respondió en general.

Lo que ha llevado a la condena de Francia en los casos *Menesson* y *Labassee* es el carácter biológico de la filiación paterna: el padre de los niños era a la vez padre de intención y padre biológico¹³. La jurisprudencia francesa conducía no sólo a la prohibición de la transcripción de las actas de nacimiento en el extranjero en los registros franceses, desde 2011¹⁴; sino que además, las decisiones de la Corte de Casación en 2013 impiden cualquier determinación de la filiación según los modos de establecimiento existentes en el derecho francés: el reconocimiento del niño es nulo¹⁵, la posesión de estado se considera viciada y el recurso de la adopción estaría prohibido debido al mal uso de esta institución¹⁶. En resumen, era imposible para el padre biológico establecer o reconocer su filiación. La Corte Europea de Derechos Humanos afirma entonces que «Al hacerlo así el obstáculo tanto para el reconocimiento como para el esta-

blecimiento en el derecho interno de sus lazos de filiación con respecto a su padre biológico, el Estado condenado fue más allá de lo que permitiría su margen de apreciación».¹⁷

Resta por saber qué posición adoptará la jurisprudencia francesa y luego el legislador si se digna finalmente a intervenir. Varias opciones están disponibles para ellos, un reconocimiento de la paternidad consagrada en el extranjero, reconocimiento total con respecto a ambos padres o bien reconocimiento «parcial» que sólo sería posible respecto a los padres a la vez biológicos y de intención¹⁸. A menos que prefiera seguir el ejemplo del Tribunal Supremo español¹⁹ y rechazar el reconocimiento, pero autorizar entonces la determinación de la filiación de acuerdo a los procedimientos existentes en el derecho francés. En cualquier caso, estas sentencias, por destacadas que sean, están lejos de resolver todas las cuestiones relacionadas con la maternidad subrogada, en cuanto son diversas y al menos en parte relacionadas a circunstancias especiales. No se puede, sobre todo, sino preguntarse sobre el alcance

de estas decisiones cuando ambos padres de intención son los padres biológicos del niño. El niño nació de una mujer que ha llevado adelante el embarazo pero que no tiene ninguna conexión biológica con él; y aquella de quien biológicamente desciende, no lo ha dado a luz ¿Qué sucede con la compatibilidad de la jurisprudencia del CEDH con la regla «*mater semper certa est*»?

Las sentencias de 26 de junio 2014, ¿piden que esta madre biológica puede establecer o ver reconocido su lazo filiatorio con este niño? Hay fuertes posibilidades de que este sea el caso, ya que es el vínculo biológico entre el padre de intención y el niño lo que provocó la condena de Francia. Y en ese caso, ¿qué medio jurídico utilizar para establecer esta filiación entre la madre a la vez biológica y de intención y el niño? ¿Y qué pasa con la mujer que lleva adelante el embarazo? Y si ninguno de los dos padres de intención tienen vínculo biológico con el niño, ¿qué devendría este niño una vez en territorio francés? Si no permite el establecimiento, ni el reconocimiento de la filiación que lo une a sus padres de intención, ¿cómo

explicar jurídicamente que éstos últimos son investidos de responsabilidad parental? Y aun admitiendo que están investidos de tal responsabilidad, ¿qué filiación corresponde a ese niño? ¿Cuál sería su derecho a la identidad? ¿Este derecho se restringe sólo a la identidad biológica o que deja espacio para la realidad sociológica? ¿Y cuál será entonces la situación del niño nacido de un proyecto parental de una pareja del mismo sexo y de una madre sustituta? Suponiendo que se trate de una pareja de hombres casados y que uno de ellos sea el padre biológico del niño, las sentencias del 26 de junio 2014 obligan a reconocer o permitir el establecimiento de un vínculo filiación. ¿Y para el otro cónyuge? Si la madre sustituta ha renunciado a sus derechos parentales, ¿una adopción del hijo del cónyuge es posible cuando, como en Francia²⁰, se permite para las parejas del mismo sexo casadas? ¿Están en la misma situación que las parejas de mujeres que han recurrido a una inseminación artificial con un tercero donante en el extranjero? En Francia, después de algunas dudas de algunos jueces sobre el fondo, la Corte de Ca-

sación, mediante notificación de 22 de septiembre de 2014²¹, cerró el debate afirmando que estos niños pueden ser adoptados por la esposa de su madre. Las situaciones, no son evidentemente similares, puesto que en el caso de RHA (reproducción humana asistida) realizada en el extranjero por una pareja de mujeres, no hay prohibición formal en el derecho francés, ni intervención de una persona física en el proceso, sólo gametos, y la mujer que dio a luz es realmente la madre del niño. Sin embargo, ¿el concepto de igualdad de algunos podría ir tan lejos como para querer que los niños nacidos por reproducción asistida en parejas de mujeres sean tratados de la misma manera que los niños nacidos del proyecto parental de una pareja de hombres y un contrato de maternidad subrogada? Y desde el punto de vista de los derechos del niño, una vez admitido en derecho positivo el principio de la doble filiación monosexual, ¿cómo prohibirle tener una identidad legal conforme con la verdad sociológica? Las respuestas vendrán quizás en futuras sentencias de la CEDH, pero por ahora, estas preguntas siguen sin respuesta. ■

CITAS

¹Cuestiones de derecho internacional privado relativas al status del niño, especialmente en relación a los resultados de acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional: note établie par le Bureau permanent, Doc. pré. N° 11, mars 2011; Rapport préliminaire sur les problèmes découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, note établie par le Bureau permanent, Doc. pré., N° 10, mars 2012; Questionnaire sur les questions de DIP relatives au statut des enfants, notamment celles découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, établie par le Bureau permanent, Doc. pré. N° 3, avr. 2013; Etude sur la filiation juridique et les questions découlant des conventions de maternité de substitution à caractère international, Doc. pré. N° 3 C, mars 2014; Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation/maternité de substitution, Doc. pré. N° 3 B, mars 2014. Adde H. Fulchiron, La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération internationale?, *JDI* 2014. 563.

²Sobre la diversidad de normas y de prácticas, V. not. A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States, Rapport pour le Parlement européen, L. Brunet (dir.), 2013; K. Trimmings et P. Beaumont, International Surrogacy arrangements, Hart publishing, 2013; F. Monéger (ss dir.), Gestation pour autrui/Surrogate Motherhood, Société de législation comparée, 2011; G. Schamps et J. Sosson (ss dir.), La gestation pour autrui: vers un encadrement?, Bruylant, 2013;

H. Fulchiron et J. Sosson, Filiation, parenté, origines : le droit et l'engendrement à plusieurs, Bruylant, 2014; F. Granet, La maternité de substitution et l'état civil de l'enfant dans les États membres de la Commission internationale de l'état civil, Rapp. pour la CIEC, 2014.

³Verwaltungsgericht (tribunal administratif) de Saint-Gall, 19 août 2014, <http://www.gerichte.sg.ch>

⁴CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, Req. n°65192/11 et Labassée, Req. n°65941/11.

⁵H. FULCHIRON ET C. BIDAUD-GARON, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014, D.2014 p. 1773; F. Chenédé, Les arrêts Mennesson et Labassée ou l'instrumentalisation des droits de l'homme, D. 2014, p. 1797; L. d'Avout, La «reconnaissance» de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts Mennesson et Labassée, D. 2014, p. 1806.

⁶Un troisième arrêt avait été rendu le même jour: Cass. Civ. 1e, 6 avril 2011, pourvois N° 10-19053, 09-66486, 09-17130. D. 2011, p. 1522, note D. Berthiau et L. Brunet; D. 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts; JCP G 2011, no 441, obs. F. Vialla et M. Reynier; RJPFF-2011-6/12, obs. M.-C. Le Boursicot; RTD civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser, Rev.crit. DIP 2011, p. 722, note P. Hammje.

⁷LABASSÉE, §58, MENNESSON, §79.

⁸*Ibid.*

⁹LABASSÉE, §59, MENNESSON, §80.

¹⁰*Paradiso et Campanelli contre Italie*, Req. 25358/12 introduite le 27 avril 2012.

¹¹CE, 4 mai 2011, N° 348778. Comp. Para un rechazo en razón de la incertidumbre en torno a la identidad y voluntad exacta de la madre y de los niños, CE, 8 juillet 2011, N° 350486.

¹²MENNESSON §99 et LABASSÉE §78.

¹³LABASSÉE §79 et MENNESSON, §99.

¹⁴Cass. Civ. 1e, 6 avril 2011, 3 arrêts : pourvois N° 10-19053, 09-66486, 09-17130. préc.

¹⁵Civ. 1ère, 13 septembre 2013, n°12-18.315 et N°12-30.138.V. not. D. 2013, p. 2384, note M. Fabre-Magnan; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, Dans les limbes du droit, A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, D. 2013, p. 2349. Adde Civ. 1ère civ., 19 mars 2014, N° 13-50.005, sur lequel V. not. D. 2014, concl. J.-P. Jean, p. 901; H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, L'enfant de la fraude..., D. 2014, p. 905.

¹⁶En ce sens, v. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, N° 90-20. 105. Esta decisión recayó antes que el legislador francés prohibiera la maternidad subrogada. La Corte debió expedirse sobre la posibilidad de la esposa de adoptar el hijo de su marido nacido de una madre subrogada, en cumplimiento de un contrato de gestación por otra. La Corte calificó la práctica como un desvío del instituto de la adopción.

¹⁷MENNESSON, §100.

¹⁸Sobre las diferentes posibilidades, V. H. Ful-

chiron et C. Bidaud-Garon, Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères, Regard prospectif sur les arrêts Labassée et Mennesson de la CEDH du 26 juin 2014, préc.

¹⁹*Tribunal supremo*, Sentencia N° 835/2013 du 6 février 2014.

²⁰Loi N° 2013-404 du 17 mai 2013.

²¹Cour de cassation, deux avis, N° 15010et N° 15011 du 22 septembre 2014.