

Gestación por sustitución transnacional. Turismo reproductivo. Vida privada y familiar TEDH. *Case of Valdís Fjölnisdóttir and others v. Iceland*, 18 de mayo de 2021

Por Natalia Hernández¹

1. Breves palabras introductorias

En el presente aporte analizaremos la sentencia emitida por el TEDH en materia de gestación por sustitución transfronteriza, realizada por una pareja femenina sin aporte de material genético propio, centrándonos en los obstáculos derivados de la solicitud de reconocimiento local del vínculo parental establecido en el extranjero.

1.1. Consideraciones generales sobre el fenómeno jurídico y social de la gestación por sustitución

A grandes rasgos, la gestación por sustitución (en adelante, GpS) puede ser definida como una técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad por medio de la cual una persona, denominada

¹ Abogada (UNR). Profesora universitaria en Derecho (UNR). Adscripta de Derecho Civil V “Derecho de las Familias” y “Práctica Profesional II: Derechos Humanos de Niñez y Adolescencia” (Plan 2016) (FDER - UNR). Miembro integrante del Centro de Investigación de Derecho de la Salud (FDER - UNR) y del Centro de Estudios en Derechos Humanos y Derecho Natural (PUCA). Diplomada en Derechos Humanos desde la Perspectiva de Género, Autonomía y Derechos Humanos de las Mujeres, y Cultura de Derechos Humanos y Protección de la Salud (Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México). Diplomada en Derechos Humanos, Género y Víctimas (OEI). Asociada a la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFPYONAF).

“gestante”, acuerda con otra o con una pareja, llamada “comitente/s”, gestar un embrión con el objetivo de que la/s persona/s nacida/s tenga/n vínculos jurídicos filiales con este/os último/s, en razón de su voluntad procreacional.

Partiendo de la premisa de que el lenguaje no es neutro, sino que tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico, debemos evitar referirnos a este tipo de prácticas bajo expresiones peyorativas –aunque con fuerte arraigo popular– tales como “madres subrogantes”, “madres portadoras”, “madres sustitutas”, “gestación por cuenta de otro”, “madres de alquiler”, “madres arrendadas”, “madres suplentes”, “madres gestantes”, “alquiler de vientres”, “alquiler de úteros”, “maternidad subrogada”, “maternidad de encargo”, “subrogación de útero”, “gestación por encargo” y “gestación subrogada”, entre otras (Chiapero, 2012; Lamm, 2012), puesto que no hacen más que desdibujar su verdadera naturaleza, generando confusiones y rechazos. En su lugar, tal como lo han destacado voces autorizadas en la materia, debemos emplear la locución “gestación por sustitución” por ser la que mejor se adecua a la realidad, a las implicancias y a las complejidades que encierra esta institución (Notrica y Curti, 2018).

Excede por mucho el espíritu y la extensión de este comentario detenernos en el análisis exegético y pormenorizado de las múltiples variables que cada caso de GpS pudiere presentar. Sin embargo, y a modo de ejemplo, debe tenerse en cuenta que ello estará supeditado a la concurrencia de múltiples factores, tales como: ¿es lucrativa o altruista?, ¿requiere o no autorización judicial previa?, ¿a favor de parejas heterosexuales y/o parejas igualitarias y/o personas solas?, ¿puede o no la gestante aportar su material genético?, ¿quién puede ser gestante?, ¿cuáles son los derechos y deberes de la gestante?, ¿cuáles son los derechos de el/los comitente/s?, ¿qué sucede con el niño/a si la gestante cambia de opinión y se niega a entregarlo? y ¿qué sucede con el niño/a si con motivo de una enfermedad grave o discapacidad no es aceptado por el/los comitentes?

Sin duda alguna puede afirmarse que nos encontramos ante uno de los fenómenos más debatidos en el derecho de las familias y en el ámbito de la bioética, la medicina y la religión, que en su haber cuenta tanto con incondicionales aliados como con acérrimos detractores.

Estas divergencias se han ido plasmando, paulatinamente, en los diversos sistemas jurídicos a lo largo y a lo ancho del mundo, dando origen a diferentes posturas frente a la GpS (Herrera y Lamm, 2015; Famá, 2017 y Scotti, 2021) que pueden enumerarse del siguiente modo:

1. Prohibición: todo contrato que se celebre en contravención a las normas prohibitivas deviene inexistente y nulo; además, suelen prever sanciones para quienes hayan participado o intermediado en el acuerdo. Por ejemplo, Alemania, Arabia Saudita, Austria, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Marruecos, Moldavia, Montenegro, Noruega, Serbia, Suecia, Suiza, Túnez y Turquía. También algunos Estados de Estados Unidos como Washington y Nebraska y los Estados mexicanos de Querétaro y Coahuila, así como el Estado canadiense de Quebec.
2. Admisión: entre los países que regulan esta práctica se vislumbran criterios dispares en cuanto a los requisitos exigidos para su procedencia. Una posible subclasificación sería entre aquellos Estados que permiten la GpS con fines altruistas y/o con fines onerosos:

3. GpS onerosa: Armenia, Georgia, Rusia y Ucrania; los Estados mexicanos de Sinaloa y Tabasco y algunos Estados de Estados Unidos, como Texas, Florida y California.

4. GpS altruista (aunque incluyendo la posibilidad de compensar los gastos derivados del embarazo): Australia, Albania, Brasil, Canadá, Georgia, Grecia, Holanda, Hong Kong, Israel, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rusia, Sudáfrica, Ucrania y Uruguay.

5. Abstención: la situación argentina actual. Con excelente criterio –y valentía– la Comisión Reformadora del Código Civil y Comercial de la Nación tuvo en miras la incorporación de la figura en examen (art. 562 del Anteproyecto del Cód. Civ. y Com.) con el firme propósito de garantizar la protección de los derechos humanos y fundamentales de todas las personas intervinientes, principalmente de la gestante y del nacido/a. Sin embargo, tal como es sabido, la fuerte presión ejercida por los sectores más conservadores de la Iglesia Católica y de ciertas organizaciones feministas lograron su supresión del texto finalmente sancionado.

Posteriormente, se han ido presentando en el Congreso de la Nación numerosos proyectos legislativos que se esfuerzan por cubrir el vacío normativo vigente en la materia, pretendiendo dotar de seguridad jurídica a un fenómeno que no para de avanzar a pasos agigantados. Prueba de ello son las más de cincuenta sentencias favorables que se han dictado en nuestro país en los últimos años. Resta agregar que, al día de hoy, una familia integrada por dos varones que llevó adelante tres GpS y de las cuales nacieron un total de cuatro niños, se encuentra a la espera de dos resoluciones por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Herrera et al., 2018).

2. La antesala del caso “Valdís Fjölnisdóttir and others”

Tras nuestro lacónico recorrido por las experiencias del derecho comparado se extrae que frente a los obstáculos que imponen los ordenamientos jurídicos que regulan la práctica o ante la incertidumbre derivada del silencio del legislador, quienes cuentan con los recursos económicos viajan al exterior² para su realización en aquellos países donde sí está permitida o es técnicamente posible, fomentando el llamado “turismo reproductivo” (Lamm y Rubaja, 2016).

En este orden de ideas, si bien muy pocos Estados³ prevén sanciones penales para los comitentes que participaron en acuerdos comerciales de gestación por sustitución transnacional, lo que podría ser tomado como un aliciente, a ello deben sumarse las significativas dificultades que el/los comitente/s deben afrontar en relación con los derechos de las personas nacidas cuando deciden retornar a su lugar de residencia: principalmente, su nacionalidad y la filiación establecida conforme a las leyes extranjeras.

2 Las prohibiciones legales podrían llegar a configurar un modo de discriminación para quienes no pueden afrontar las erogaciones que insume una práctica compleja como la GpS, al vedarse la regla de acceso integral.

3 Por ejemplo, la ley de subrogación de Nueva Gales del Sur de 2010, la legislación de Turquía, de la capital australiana y de Queensland.

Ahora bien, las autoridades del Estado de origen de el/los comitente/s se enfrentan a un hecho consumado; es decir, conocerán la situación una vez que el nacimiento se ha producido y el/los comitente/s requieran formalmente el reconocimiento legal o la determinación de la m/paternidad, ya sea por la transcripción del certificado de nacimiento extranjero en los registros de estado civil, por la transcripción directa de la sentencia extranjera o incluso a través de la figura de la adopción.

Adentrándonos en el análisis del caso planteado advertimos que los tribunales nacionales deben resolver la siguiente disyuntiva: ¿debe primar la prevención/prohibición de la GpS transnacional –“turismo reproductivo”– o el interés superior de los/as niños/as nacidos/as mediante dichas prácticas? En otros términos, la tensión dilemática oscila, por un lado, en el hecho de que el reconocimiento legal de la m/paternidad resulta indispensable para evitar un “estado de falta de progenitores” y, por el otro, este reconocimiento conllevaría el riesgo de constituir un precedente jurisprudencial favorable para otros potenciales comitentes, alentando de este modo la realización de acuerdos comerciales de GpS transnacional.

Por último, dada su relevancia y sin pretender abordar exhaustivamente la evolución jurisprudencial del TEDH en la temática, corresponde describir sucintamente el contexto en el que se emite la sentencia del caso “Valdís Fjölnisdóttir and others”.

La GpS transfronteriza comercial, lejos de ser una cuestión reciente, viene turbando incesantemente la labor del TEDH desde hace una década; muestra de ello son las nueve decisiones dictadas por las diferentes Salas.⁴ Por su parte, la Gran Sala también tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre este asunto en el *leading case* “Paradiso y Campanelli”.⁵ Actualmente, se han comunicado tres nuevos casos que aún se encuentran pendientes de resolución.⁶

En este sentido, otro aporte relevante ha sido la primera Opinión Consultiva dictada por este Tribunal, relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre padres e hijos nacidos mediante gestación subrogada a petición de la Corte de Casación francesa.⁷

4 TEDH. *Affaire Mennesson c. France*, Requête no. 65192/11, Cour (Cinquième Section), 26 de junio de 2014; *Affaire Labasse c. France*, Requête no. 65941/11, Cour (Cinquième Section), 26 de junio de 2014; *Affaire D. et autres c. Belgique*, Requête no. 29176/13, Cour (Deuxième Section), 8 de julio de 2014; *Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie*, Requête no. 25358/12, Cour (Deuxième Section), 27 de enero de 2015; *Affaire Foulon et Bouvet c. France*, Requêtes no. 9063/14 et 10410/14, Cour (Cinquième Section), 21 de julio de 2016; *Affaire Laborie c. France*, Requête no. 39725/04, Cour (Troisième Section), 19 de enero de 2017; *Affaires C. et E. c. France*, Requêtes no. 1462/18 et 17348/18, Cour (Cinquième Section), 12 de diciembre de 2019 y *Affaire D. c. France*, Requête no. 11288/18, Cour (Cinquième Section), 16 de julio de 2020.

5 TEDH. *Affaire Paradiso et Campanelli c. Italie*, Requête no. 25358/12, Cour (Grand Chambre), 24 de enero de 2017.

6 TEDH. *Affaires Schlittner-Hay et al. c. Pologne*, Requêtes no. 56846/15 y no. 56849/15, comunicado el 26 de febrero de 2019; *Affaire SC. et. col. c. Suisse*, Requête no. 26848/18, comunicado el 15 de junio de 2020 y *Affaires DB. et. col. c. Suisse*, Requêtes no. 58817/15 y 58252/15, comunicado el 15 de junio de 2020.

7 Explicita el TEDH que la solicitud de esta opinión consultiva se desarrolló en el marco de un procedimiento interno para el re-examen del recurso de casación de los accionantes en el caso “Mennesson c. France”. Se recomienda especialmente la lectura de: Kemelmajer de Carlucci, A., “La gestación por sustitución y la opinión consultiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019”, Publicado en: SJA 04/09/2019, 04/09/2019, 39 - Cita: TR LALEY AR/DOC/2419/2019.

3. Presentación de los hechos del caso

La Sra. Valdís Glodís Fjölnisdóttir y la Sra. Eydís Rós Glódís Agnarsdóttir, ciudadanas islandesas, por aquel entonces unidas en matrimonio, a los fines de concretar su proyecto familiar decidieron contratar los servicios remunerados de una agencia de “subrogación gestacional” con sede en California, Estados Unidos.

A tal efecto, convinieron que una “gestante” asuma el embarazo y parto, que la concepción se realice mediante una técnica de procreación humana asistida de alta complejidad denominada fecundación *in vitro* (FIV), empleándose gametos de donantes anónimos, razón por la cual, la persona nacida no compartiría carga genética ni con las comitentes ni con la gestante.

En febrero de 2013 se produjo el nacimiento de “X”. Inmediatamente, las comitentes lograron quedar registradas como sus progenitoras (sin mencionar a la gestante, quien contractualmente había renunciado a iniciar acción de reclamación de la maternidad) de conformidad con la legislación californiana, expidiéndose el certificado de nacimiento respaldatorio. Simultáneamente, en virtud del principio *ius soli*, el niño adquirió la ciudadanía estadounidense y su correspondiente pasaporte.

Semanas más tarde regresaron a Kópavogur y solicitaron ante el Registro Civil de Islandia (en adelante, el Registro) que el niño fuera reconocido como hijo de ambas –mediante la transcripción del certificado de nacimiento emitido en California– y se le otorgase la ciudadanía islandesa. En ocasión de este requerimiento, las denunciantes revelaron a las autoridades registrales que el niño había sido fruto de un contrato de GpS.

El 18 de junio de 2013, el Registro rechazó la inscripción y la ciudadanía reclamada, basándose en que como el niño había nacido en los Estados Unidos, a raíz de una GpS, no resultaban aplicables las disposiciones legales islandesas sobre paternidad. Disconformes con la respuesta obtenida, las comitentes apelaron la decisión ante el Ministerio del Interior.

Mientras tanto, el niño fue considerado “ciudadano extranjero” y “menor no acompañado en Islandia”. A los fines de salvaguardar sus derechos tomó intervención el Comité de Protección de Menores (organismo municipal) asumiendo su custodia legal (26 de septiembre de 2013), nombrando una tutora legal (Sra. M) y arribando a un acuerdo de crianza temporal con las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir.

El 27 de marzo de 2014, el Ministerio del Interior confirmó la denegatoria del Registro Nacional, argumentando que según la legislación islandesa –cimentada en el principio romano *mater semper certa est*– la maternidad se determina por el hecho del parto (siendo intrascendente, a estos fines, si aportó o no su material genético), por lo que la verdadera progenitora de “X” es la mujer que lo gestó. Al mismo tiempo, indicó que el niño no tenía automáticamente derecho a la ciudadanía islandesa, dado que había nacido en los Estados Unidos, su madre era ciudadana estadounidense y no se había acreditado que su padre biológico fuera ciudadano islandés.

Frente a la negativa de las autoridades islandesas, las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir recurrieron a la vía judicial para demandar la anulación de la decisión ministerial y que se dictase una sentencia declaratoria por medio de la cual se obligue al Registro Nacional a inscribir a “X” como hijo de las accionantes conforme surge de su certificado de nacimiento.

Durante la tramitación de este proceso ante el Tribunal de Distrito de Reikjavik, acontecieron una serie de sucesos determinantes.

A consecuencia de la sanción de la Ley N° 128/2015 sobre concesión de la ciudadanía, “X” pudo ser inscripto en el Registro Nacional como ciudadano islandés, por lo que restaba solucionar la cuestión filial.

En mayo de 2015, las actoras se divorciaron. Esta nueva realidad familiar generó drásticas repercusiones, pues el acuerdo de crianza temporal dejó de ser válido y se debió firmar un nuevo arreglo (diciembre de 2015) en virtud del cual el niño quedaba bajo el cuidado de la Sra. Fjölnisdóttir y su cónyuge durante un año, reconociéndose igualdad de acceso a la Sra. Agnarsdóttir. Posteriormente, se alternaría en favor de esta y su pareja en los mismos términos.

En cuanto a la solicitud de adopción de “X” presentada durante la vigencia del matrimonio, el Comisionado de Distrito de Reikjavik les informó a las comitentes, el 7 de octubre de 2013, que suspendería la tramitación por encontrarse pendiente ante el Ministerio del Interior el pedido de registro de filiación. Tras la decisión ministerial, el Comisionado envió una segunda carta con fecha 28 de mayo de 2014, informando que, de conformidad con la regla general de paternidad, consideraban madre del niño a la gestante y como surgía del expediente que ella estaba casada, su esposo fue considerado padre del niño. Por tanto, en su carácter de “tutores” resultaba indispensable el consentimiento de ambos a los fines de la adopción. Además, no se podía otorgar el permiso de adopción si cualquiera de las partes que otorgaba su conformidad recibía “una tarifa o beneficios en relación con el consentimiento”. Las comitentes, respondieron el 23 de julio de 2014, protestando contra la postura del Comisionado, afirmando que era el consentimiento de la Sra. M, tutora legal del solicitante, el que debía requerirse; que la gestante era una mujer soltera y no había recibido pago alguno para consentir con fines adoptivos. No habían obtenido respuesta cuando debieron retirar la solicitud de adopción –10 de enero de 2015– puesto que tras el dictado de la sentencia de divorcio carecían de legitimación para la adopción conjunta de “X”.

El 2 de marzo de 2016, el Tribunal de Distrito de Reikjavik dio a conocer su decisión contraria a las pretensiones de las demandantes. De sus fundamentos se extrae:

De conformidad con los principios fundamentales del derecho de familia islandés, ninguna de las comitentes puede ser considerada madre de “X”, puesto que no lo han parido. Por los principios del Derecho Internacional Privado, generalmente no requieren que un Estado reconozca una decisión dictada por las autoridades de otro Estado si es manifestamente incompatible con los principios legales del primer Estado.

El Tribunal entendió que existía una legítima razón para negarse a reconocer la filiación establecida en el extranjero; afirmó que reconocer como progenitores a quienes residían en Islandia pero viajaban a otros países a los fines de “subrogar vientres” contribuiría a crear un vacío legal en torno a la prohibición vigente.

En cuanto a los derechos del niño, el órgano decisor reconoció que se había consolidado “vida familiar” entre “X” y las actoras y que la negativa a registrarlas como sus madres había interferido en su “vida privada y familiar”. Sin embargo, dicha injerencia estaba justificada para la protección de la moralidad, los intereses y derechos de terceros; en otras palabras, “evitar que se presione a las mujeres para que tengan hijos de otras personas y garantizar que los niños puedan buscar información sobre su herencia”. Asimismo, el tribunal afirmó que se habían tomado “suficientes esfuerzos de contrapeso para paliar los efectos negativos de la negativa” (los acuerdos de crianza provisorios firmados a favor de las comitentes), mientras que si las solicitantes no se hubiesen divorciado su solicitud de adopción probablemente habría sido aprobada.

El interés superior del niño, aunque de suma importancia, “no puede invalidar los principios legales fundamentales de paternidad”.

Las demandantes apelaron la sentencia ante el Tribunal Supremo de Islandia, que el 30 de marzo de 2017 rechazó las reclamaciones, argumentando que:

- Las autoridades tenían derecho a negarse a reconocer los lazos familiares establecidos en contravención a los principios fundamentales del derecho de familia islandés.
- A diferencia del Tribunal de Distrito, determinó que no existía “vida familiar” en el momento en que el Registro Civil dictó su decisión; por tanto, la negativa no había constituido una vulneración al derecho al respeto a la vida privada y familiar. Según el Tribunal Supremo, la “vida familiar” comienza a partir de la intervención del Comité de Protección de Menores, desde que se arriba lícitamente a un acuerdo de cuidado de crianza temporal con las comitentes y no antes.
- Por último, y dado que los acuerdos de crianza provisorios tienen una duración máxima de dos años, el Comité de Protección de Menores, el 18 de diciembre de 2019, resolvió que “X” sea acogido permanentemente por la Sra. Fjölnisdóttir y su cónyuge, reconociendo igualdad de acceso a favor de la Sra. Agnarsdóttir y su pareja, continuando a cargo de su tutela legal la Sra. M.

4. El litigio ante el TEDH

4.1. Planteo de las litigantes. Fundamentación

Tras haber agotado los recursos internos sin una respuesta favorable, las Sras. Fjölnisdóttir y Agnar-sdóttir, junto al niño (bajo la autoridad de su tutora legal, Sra. M), presentaron ante el TEDH una denuncia alegando la violación de su derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y haber sido discriminados en el goce de mencionado derecho por razón de su condición (violación del art. 14 en relación con el art. 8 de la CEDH), explicando que:

- La negativa de registrarlas como progenitoras del niño les había privado el disfrute de un vínculo materno-filial legal y estable (vivían en un completo estado de incertidumbre que les ocasionaba angustia permanente).
- El desconocimiento del certificado de nacimiento de “X” resultaba violatorio del artículo 8 del CEDH; si bien la GpS es considerada ilegal en el territorio islandés, su prohibición no rige fuera del país y dicha práctica había sido realizada en California de acuerdo a sus leyes.
- Afirmaron que existían otros casos de GpS transfronteriza que se habían resuelto favorablemente, reconociendo el vínculo filial con las comitentes, incluso un antecedente local del Tribunal Supremo de Islandia de 2015, alegando que se sentían discriminadas.
- Las autoridades no habían tenido suficientemente en cuenta el interés superior del niño.

4.2. La postura del Estado demandado

Frente a la presentación de las accionantes, el Gobierno islandés reconoció que la negativa de registrar la filiación constituyó una injerencia en la vida privada del niño, mas no vulneró el derecho a la vida privada de las comitentes, ni el derecho al respeto de la vida familiar de ninguno de los solicitantes.

Sostuvo que la adopción era el único mecanismo disponible para que las comitentes pudieran lograr el reconocimiento del vínculo filial con el niño nacido mediante una GpS transfronteriza. Alegó que el artículo 8 del CEDH no garantizaba el derecho a fundar una familia, ni a adoptar.

El Estado sostuvo que debe gozar de un amplio margen de apreciación a la hora de decidir sobre cuestiones relativas a técnicas de reproducción humana asistida, puntualmente a la GpS, máxime en aquellos supuestos donde el/los comitentes no han aportado su material genético.

Finalmente, aseveró que la legislación nacional prohíbe la gestación subrogada a los fines de prevenir la explotación de las mujeres (presionadas para permitir que sus cuerpos sean usados para tener hijos con los que luego deben cortar todo lazo) y de niños impedidos de conocer sus orígenes. En síntesis,

no se debe premiar con el reconocimiento filial a quienes con recursos económicos pueden eludir el peso de la ley realizando la GpS en países donde la práctica es admitida.

4.3. La sentencia del TEDH. Los ejes de análisis

4.3.1. Primer eje. ¿Existe efectivamente “vida familiar” entre los solicitantes?

El TEDH, en sus precedentes, ha establecido que las disposiciones del artículo 8 del CEDH no garantizan el derecho a fundar una familia, ni el derecho a adoptar; es decir, el derecho al respeto a la “vida familiar” no salvaguarda el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de una o al menos de una relación potencial. La existencia –o no– de la “vida familiar” es una cuestión de hecho que depende de la existencia de estrechos vínculos personales.

Por otra parte, uno de los elementos centrales del caso en estudio es la ausencia de vínculos biológicos entre los demandantes, situación fáctica equiparable –de algún modo– a la de “Paradiso y Campanelli”, razón por la cual el TEDH estima que debe aplicarse el criterio de interpretación de “vida familiar” allí empleado.

En este sentido, teniendo en cuenta la larga duración de la relación ininterrumpida de las comitentes y el niño (desde su nacimiento, en febrero de 2013 e incluso mediando el divorcio de las Sras. Fjöl-nisdóttir y Agnarsdóttir), la calidad de los lazos ya formados y los estrechos vínculos afectivos que se forjaron con “X” durante las primeras etapas de su vida (las mujeres alegaron que habían asumido el rol de madres y el pequeño las consideraba como tales), reforzada por el régimen de acogimiento familiar adoptado por las autoridades nacionales y no impugnado por el Gobierno ante el Tribunal, concluyó que se han cumplimentado acabadamente los requisitos exigidos para la configuración de “vida familiar”.⁸

4.3.2. Segundo eje. ¿Hubo una violación del derecho de los demandantes al respeto de su “vida familiar”?

El TEDH admitió que la denegación del reconocimiento del vínculo materno filial por las autoridades islandesas equivalía a una interferencia en el ejercicio del derecho al respeto de la “vida familiar” de los reclamantes.

No obstante, aun restaba dilucidar si dicha injerencia se encontraba o no justificada en los términos exigidos por el artículo 8, inciso 2 del CEDH, cuyos condicionantes operan como una suerte de tamiz a la hora de verificar el proceder estatal.

⁸ TEDH. *Case of Valdís Fjöl-nisdóttir and others v. Iceland*, Application no. 71552/17, Court (Third Section), 18 de mayo de 2021, párrs. 60-62.

Primer condicionante, “si la injerencia fue conforme a la ley”: el TEDH consideró que la interpretación del derecho interno formulada por la Suprema Corte de Justicia de Islandia no era arbitraria ni manifiestamente irrazonable. La negativa a reconocer a las comitentes como progenitoras del niño tenía suficiente base jurídica.⁹

Segundo condicionante: “si la interferencia persiguió uno o más objetivo/s legítimo/s”: el Tribunal sostuvo que la negativa a reconocer a las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir como madres de “X” perseguía el fin legítimo de proteger los derechos y libertades de los demás, principalmente de las mujeres que podrían verse presionadas por este tipo de prácticas, así como el derecho de los nacidos a conocer sus orígenes.¹⁰

Tercer condicionante: “si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática”: considerando la ausencia de indicios de impedimentos reales y prácticos en el disfrute de la vida familiar y las gestiones realizadas por el Estado demandado para regularizar y afianzar el vínculo entre los demandantes, el TEDH resuelve que el no reconocimiento del vínculo parental formal –confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo– logró un “justo equilibrio” entre el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y los intereses generales que el Estado pretendía proteger con la prohibición de la gestación por sustitución. Así, el Estado actuó dentro del margen de apreciación que le es otorgado en tales medidas. En consecuencia, no ha habido violación del artículo 8 del CEDH con respecto al derecho de los accionantes al respeto de su “vida familiar”.¹¹

4.3.3. Tercer eje. ¿Hubo violación del derecho de los solicitantes al respeto de la vida privada?

Habiendo los litigantes argumentado la violación al derecho al respeto de la “vida privada” en el mismo sentido que en su denuncia sobre el respeto a su “vida familiar”, el TEDH no ve razón para arribar a un resultado diferente. Por tanto, resuelve que no ha habido violación del artículo 8 del CEDH con respecto al derecho de los actores al respeto de su “vida privada”.¹²

9 Ídem nota 8, párr. 64.

10 Ídem nota 8, párr. 65.

11 Ídem nota 8, párr. 75.

12 Ídem nota 8, párr. 76.

4.3.4. Cuarto eje. ¿Fueron los reclamantes discriminados en el goce de su derecho al respeto a la vida privada y familiar por razón de su condición, en violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del CEDH?

En relación con este tópico, tras evaluar el material probatorio sometido a su consideración, el Tribunal estimó que no hubo violación en el sentido alegado por las aspirantes, entendiendo que esta parte de la demanda era manifestamente infundada y debía ser rechazada.¹³

4.4. Los silencios del TEDH. ¿Las fallas del fallo?

Culminado el recorrido propuesto, ha llegado el turno de compartir algunas reflexiones personales. Se advierte que, por una cuestión de tiempo y espacio, daremos tratamiento a las dos facetas que nos han parecido más trascendentes, empero existen múltiples aspectos sujetos a debate.

4.4.1. El TEDH no abordó las consecuencias derivadas del no reconocimiento del vínculo parental para el niño nacido por GpS transfronteriza

Si bien el TEDH resolvió por unanimidad que no hubo violación del artículo 8 del CEDH, lo cierto es que, como bien considera el juez Lemmens en su voto concurrente, “vida familiar” y “vida privada” son conceptualmente diferentes. Por tanto, las quejas relativas a estas dos dimensiones del artículo 8 del CEDH deberían, en principio, analizarse de manera independiente.

En la medida que los solicitantes invocan una violación de su derecho al respeto de la “vida familiar” se quejan de la negativa a registrar a las mujeres como madres del niño nacido mediante GpS transfronteriza.

Numerosos interrogantes se nos presentan, cuyas respuestas –desconocidas por nosotros– tienen la capacidad de imprimir diversos matices al caso. A diferencia de lo que sucede en el sistema europeo, en el interamericano la protección de la familia incluye el derecho a “fundar una familiar” y a valerse de los medios científicos y tecnológicos para intentar traer un hijo/a al mundo.¹⁴

Estas mujeres, por razones indeterminadas y ante la prohibición expresa prevista en su país, recurren a la GpS en otro Estado donde la regulación resulta más benigna. ¿Cuál fue el motivo por el que realizan esta práctica si en principio ambas tienen capacidad gestacional? ¿Por qué no se someten a una técnica de reproducción humana asistida en Islandia con el consentimiento informado de la otra mujer? De este modo, ambas quedarían emplazadas como comadres del nacido. ¿Por qué ninguna aporta sus gametos? ¿Cometieron fraude a la ley?

¹³ Ídem nota 8, párr. 79.

¹⁴ Cf. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257.

Podríamos esforzarnos por comprender al TEDH en el sentido que las comitentes no han sido prolijas en su accionar para traer un hijo al mundo, arriesgándose a este tipo de técnicas a sabiendas de lo dispuesto por la ley local, pero jamás podríamos ignorar al tercer demandante como lo ha hecho el Tribunal. Recordemos que la denuncia también fue presentada por el niño (representado legalmente por su tutora), quien en su calidad de sujeto de derecho se acerca a los estrados judiciales a reclamar el reconocimiento de su calidad de hijo de las comitentes.

Del voto concurrente del juez Lemmens se extrae:

El derecho al respeto de la “vida privada” suele estar relacionado con otro aspecto derivado de un acuerdo de GpS, a saber, el derecho del niño al reconocimiento de la relación legal entre progenitores e hijo. Este derecho se considera parte del derecho del niño a establecer detalles de su identidad como ser humano individual [...] la falta de reconocimiento de una relación entre el niño y los futuros padres tiene impactos negativos en varios aspectos del derecho del niño al respeto de su derecho a la vida privada. De hecho el impacto es el mismo, sin importar que uno o ambos padres previstos tengan o no un vínculo biológico con ellos. En ambas situaciones, me pregunto si el limbo en el que se encuentra un niño puede justificarse sobre la base de la conducta de sus futuros padres o con referencia a las opiniones morales que prevalecen en la sociedad.¹⁵

Por lo expuesto, consideramos que, si el Tribunal hubiese abandonado su anteojera adultocéntrica, siguiendo los consejos del Centro AIRE (Tercer Interviniente), a la luz del artículo 53 del CEDH,¹⁶ garantizando la supremacía del Interés Superior del Niño (art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) en esta decisión sobre paternidad legal, distinto hubiese sido el resultado.

El TEDH con total apatía, se jacta de haber logrado establecer “un equilibrio justo entre la vida familiar y los intereses generales protegidos por la prohibición de la gestación subrogada”. No ignoramos que la anomía o que una insuficiente técnica legislativa constituyen terreno fértil para la explotación de la mujer y de nacidos, pero entendemos que una decisión que prive a un niño de sus derechos humanos y fundamentales no es el camino para resolver estos problemas estructurales, sino que deben abordarse a través de la adopción de políticas públicas concretas. Debe desterrarse el posible fantasma del precedente, porque tal como lo afirmara el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 14, el Interés Superior del Niño debe ser evaluado en cada caso concreto, analizando sus particularidades propias.¹⁷

¹⁵ Ídem nota 8, voto del juez Lemmens, párrs. 2-4. Traducción propia.

¹⁶ Art. 53 del CEDH: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, párr. 48 y ss.

Las autoridades nacionales afirman que se han tomado todas las medidas necesarias para que los tres demandantes pudieran seguir llevando una vida familiar pese al no reconocimiento del vínculo parental, v. gr. el Estado otorgó la ciudadanía al niño, mas ello fue posible gracias a la aprobación de una ley del parlamento de alcance general y no para beneficiar exclusivamente a “X”. Por otra parte, destacan que se ha firmado un acuerdo de acogida provisorio a favor de ambas comitentes, alternándose por períodos de un año tras el divorcio y finalmente el cuidado definitivo es otorgado a la Sra. Fjölnisdóttir. Inevitablemente nos preguntamos: si los informes revelaron que ambas mujeres –e incluso sus nuevas cónyuges– eran aptas para llevar adelante la crianza y cuidado de “X”, ¿cuál fue el criterio de atribución utilizado para beneficiar a una comitente y no a la otra? ¿Era absolutamente inviable pretender continuar con la modalidad adoptada en el acuerdo de crianza provisorio tras la separación, donde ambas mujeres se veían beneficiadas en pie de igualdad?

El camino de la adopción también fue intentado por las comitentes, aunque finalmente fue desistido porque el divorcio implicaba la pérdida de la legitimación activa para ejercer la adopción conjunta, quedando únicamente abierta esta opción para hacerlo de manera unipersonal o cualquiera de ellas con su nueva pareja. Compartimos con el juez Lemmens que la adopción es un instituto jurídico con una finalidad diferente, que no parece útil para estos supuestos. Al atacar la admisibilidad de la denuncia, el Gobierno islandés cuestiona que no se han agotado los recursos internos porque no han intentado adoptar al niño tras el divorcio. Imaginamos que estratégicamente “la mejor solución” hubiese sido continuar casadas, mantener la legitimación activa, lograr la adopción del niño, luego divorciarse y llegar a un acuerdo de parentalidad beneficioso para la dinámica familiar.

El punto crucial en este entuerto es que nunca se tuvo en miras el paso del tiempo en la vida del niño, otro importante factor que debe considerarse a la hora de evaluar su superior interés y el impacto de estos ocho años de vida en la generación de genuinos lazos socioafectivos, como elemento determinante de la identidad, en su faz dinámica. Desde el primer momento de su vida a la actualidad, estas tres personas tienen trato de comadres e hijo. Puede que las personas adultas hayan optado por un camino equivocado y –quizás– merezcan las consecuencias establecidas, pero el niño no debe cargar con esa responsabilidad. Merece ser emplazado en su carácter de hijo de las comitentes porque el acuerdo de acogida permanente no le confiere ni por aproximación derechos y deberes semejantes a los de su calidad de descendiente (v. gr. vinculados a la seguridad social, la escolaridad, las ayudas financieras, a desplazarse intracomunitariamente, derechos hereditarios, etc.).

4.4.2. El TEDH no contempló la posible discriminación sufrida por las comitentes

Como indicamos previamente, las Sras. Fjölnisdóttir y Agnarsdóttir alegaron que hubo casos en los que otros comitentes islandeses habían sido registrados como progenitores de niños nacidos mediante GpS realizadas en otros países. Concretamente exponen un caso donde la práctica se llevó a cabo en Idaho, Estados Unidos.

Si bien no surge del texto de la sentencia, dejamos la pregunta abierta para seguir reflexionando: ¿puede surgir discriminación entre aquellos que pueden aportar su material genético y aquellos que no pueden hacerlo? El TEDH podría haber brindado explicaciones y, simplemente, se limitó a decir que la demanda era manifiestamente infundada y debía ser rechazada en este sentido.

Concluye el juez Lemmens que “el alcance del derecho del niño al establecimiento de una relación legal entre padres e hijos, un elemento de su derecho al respeto de la vida privada, debe dejarse para un examen más detenido en otro caso”.¹⁸ Esperaremos con ansias el pronunciamiento de la Gran Sala al respecto. Los casos distan de ser plataformas fácticas extraídas de bibliografías. Son historias vitales, verídicas, que claman respuestas justas capaces de garantizar los derechos humanos y fundamentales de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Bibliografía

- Chiapero, S. (2012). *Maternidad subrogada*. Buenos Aires: Astrea.
- Famá, M. V. (2017). *Derecho de familia: filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida*, t. I. Buenos Aires: La Ley.
- Herrera, M. y Lamm, E. (2015). Técnicas de reproducción humana asistida. En S. Bergel, R. L. Flah, M. Herrera y E. Lamm, *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación* (pp. 411-412). Buenos Aires: Thomson Reuters-La Ley.
- Herrera, M.; De la Torre, N. y Fernández, S. (2018). *Derecho filial, perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*. Buenos Aires: La Ley.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (4-9-2019). La gestación por sustitución y la opinión consultativa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida el 10/04/2019. SJA, 39. TR LALEY AR/DOC/2419/2019.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 3. Recuperado de <https://raco.cat/index.php/InDret/article/view/260860/348063>
- Lamm, E. y Rubaja N. (2016). Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global, *Revista de Bioética y Derecho*, 37. 149-170. Recuperado de: <https://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16156/19163>
- Notrica, F. y Curti P. (2018). Gestación por sustitución. En M. Herrera, *Técnicas de reproducción humana asistida*, t. II (pp. 16-18). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Scotti, L. (2021). Gestación por sustitución y turismo reproductivo: perspectivas generales y en el derecho argentino. (Inédito, en prensa).

¹⁸ Ídem nota 15, párr. 6.