Edited with the trial version of
Foxit Advanced PDF Editor
To remove this notice, visit:
www.foxitsoftware.com/shopping
Descargue **TR La Ley** en su celular y acceda a información jurídica **sin cargo.**

LA LEY

AÑO LXXXI Nº 49 DIRECTOR: JORGE HORACIO ALTERINI TOMO LA LEY 2017-B

BUENOS AIRES, ARGENTINA - LUNES 13 DE MARZO DE 2017 ISSN 0024-1636

La inoponibilidad de la personalidad jurídica al fiduciario que actúa de manera ilícita o anti-funcional

Ernesto E. Martorell

SUMARIO: I. Introducción. El porqué de estos estudios.— II. La personalidad jurídica hoy. "El crepúsculo de los mitos".— III. La llamada "teoría de la inoponibilidad" (de la personalidad jurídica), de la penetración o del "disregard of legal entity".— IV. El Código Civil y Comercial de la Nación. Los nuevos paradigmas y la consagración del buen camino en materia de inoponibilidad.— V. El fideicomiso. Críticas pasadas. Críticas a nuestra crítica, y necesidad de la búsqueda de un mejor derecho.— VI. Aplicabilidad de "la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica" para responsabilizar a quienes se escudan en un fideicomiso para estafar.— VII. Conclusiones.

En el terreno del *fideicomiso,* podremos ver que, amparándose en la deficiente normativa de la ley 24.441 que rigiera hasta el 1/8/2015 —prevaliéndose de los blindajes y la estanqueidad sobre los activos fideicomitidos que permite el instituto—, se dedicaron a "vaciar" el patrimonio de afectación conformado, en la equivocada idea de que podrían resistir todo embate de los perjudicados amparándose en el hipotético "cerrojo" existente sobre la posibilidad de expandir la responsabilidad a los timadores con sustento en las graves limitaciones para hacerlo establecidas por el texto legal.

I. Introducción. El porqué de estos estudios (1)

En el trance de intentar determinar la eventual existencia o no de un hilo conductor que permita establecer si existe alguna identidad entre dos institutos en apariencia tan disímiles como las sociedades y el fideicomiso; esto es, entre un sujeto de derecho en cuanto tal *"personificado"* o dotado de personalidad jurídica y el *fideicomiso*, en rigor un mero contrato, no hacer falta aguzar mucho el ingenio para concluir en que efectivamente la hay.

Es que ese hilo conductor pasa, como decía Mauricio Yadarola, precisamente por el hecho de que ".....el substrato de la sociedad no lo constituye una colectividad de sujetos humanos sino una masa de bie-nes organizada en empresa económica" (2), generándose un nuevo patrimonio y un centro de imputación personificado. Y en el contrato de fideicomiso, aun cuando no se da nacimiento a un nuevo sujeto, como en el caso anterior, la traslación de bie-nes desde los fiduciantes al fiduciario y la creación de un patrimonio de afectación, permite que ambos institutos —*sociedad* y *fideicomiso*- generen un altísimo grado de *"estanqueidad patrimonial"* (para usar las palabras de Richards) (3), limitando exclusivamente a dichos "patrimonios" las posibilidades de reclamo de quienes se consideren perjudicados por la actividad operacional de quienes los administran o controlan.

De lo precedentemente expuesto se colige que los planteos resarcitorios dejarían indemnes, cuando menos *prima facie*, tanto a quienes dirigen o controlan la sociedad o actúan por el fideicomiso como a quienes se hubiesen desempeñado de modo reprochable enmascarándose detrás de todos aquellos, ya que las pretensiones de los damnificados deberían limitarse en su alcance al patrimonio de la compañía de que se trate o a los activos fideicomitidos.

Ahora bien, en ambos casos el autor de te la importancia y la necesidad —para el robustecimiento de la economía nacional— del funcionamiento armónico y ajustado a derecho de la figura societaria y del fideicomiso. Pero lo hice siempre desde una postura crítica buscando el perfeccionamiento de los dos institutos, en la idea de que tanto la imperativa necesidad de sancionar severamente la utilización antifuncional de las construcciones societarias, como asimismo el impedir que se emplee el significativo poder que le otorga nuestra ley al fiduciario se incardinan, además de a la necesidad de la búsqueda de un mejor derecho, al deber de todos nosotros de trabajar para la República.

Y también lo hice consciente de que pese a la proliferación de las patologías que afectaban y afectan al fideicomiso (el paciente del relato), el mismo era llamado por algún prestigioso autor *"le malade imaginaire"* —por *"el enfermo imaginario"* de la comedia de Molière (4)— mereciendo el suscripto, en no pocos casos, significativas críticas por parte de los defensores de un *statu quo* que de aquí en más no puede ni debe ser tolerado.

De eso se tratan, precisamente, estos estudios, de la posibilidad de responsabilizar ilimitada y solidariamente a quienes utilizan a la *sociedad fiduciaria* o a sus satélites de un modo antifuncional para perjudicar; cuestión ésta sobre la cual la mayor parte de los autores pareciera haber decidido "tender un marco de silencio"; y como se verá, acto seguido, se trata de un tema sobre el cual hay mucho para decir.

II. La personalidad jurídica hoy. "El crepúsculo de los mitos"

Hace más de dos décadas concebí un artículo denominado, *"La sociedad hoy, el crepúsculo de los mitos"* (5), enormemente cuestionado en su momento, en el cual destacaba dos cosas, en primer lugar, la necesidad de terminar definitivamente con tanta "muletilla", tanta cita de Polo y de otros autores panegiristas de la "restrictividad" en materia societaria, cuando de intervenir sociedades, dejar sin efecto actos corporativos dañosos o descorrer el velo societario o extender la quiebra para castigar a los "pillos" se trataba.

En lo que hace a la materia, las recientes reacciones de nuestra gente en contra del fraude cometido mediante la utilización de estructuras societarias no son sino una muestra acabada del "!basta!" comunitario.

Hoy la impronta es otra, y por eso el título de esta parte del trabajo, porque lo que en 1996 se avizoraba como "el crepúsculo de los mitos" —fundamentalmente el de la supuesta "inexpugnabilidad de la personalidad societaria", aunque la sociedad titular de la misma sea utilizada para delinquir— ha comenzado a derrumbarse llegando a su fin.

En lo personal destaqué ya entonces el descomunal legado de Francesco Galgano

CONTINÚA EN PÁGINA 2

DOCTRINA
La inoponibilidad de la personalidad jurídica al fiduciario que actúa de manera ilícita o anti-funcional
Ernesto E. Martorell. 1

NOTA A FALLO.
La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia"
Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Natalia de la Torre. ...6

JURISPRUDENCIA EXTRANJERA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ausencia de intrusión en la vida privada. Inexistencia de vida familiar de facto. Disidencia (Corte Europea de Derechos Humanos).....6

JURISPRUDENCIA
LOCACIÓN DE AUTOMÓVILES. DAÑOS. Deterioro de la unidad. Rechazo de la demanda. Falta de prueba del perjuicio. Ley aplicable. (CNCiv.)..... 10

DERECHO A LA INFORMACIÓN. Datos sobre tierras e inmuebles propiedad del Instituto de la Vivienda. Procedencia de la acción (CContenciosoadministrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires) 11

CORREO ARGENTINO
CENTRAL B
FRANQUEO A PAGAR
CUENTA N° 10269F1

VIENE DE PÁGINA 5

llevaran a cabo o coadyuvaran en las maniobras de "vaciamiento" que *"con culpa o dolo"* desbarataran el emprendimiento fiduciario en perjuicio de sus partícipes, se podrá responsabilizar ilimitada y solidariamente a los verdaderos artífices del timo.

Y se podrá hacerlo en la convicción que proceder en tal sentido en nada afectará la seguridad jurídica, sino que, por el contrario, contribuirá a afianzarla.

Es que, como vengo diciendo desde antiguo, la Seguridad Jurídica se reduce a tres cosas, Leyes sabias, un Poder Judicial Independiente y Jueces probos.

Lo otro, como dice el poeta, lo otro es cartón pintado. ●

Cita on line: AR/DOC/511/2017

MÁS INFORMACIÓN

Gulminelli, Ricardo L., "La inoponibilidad de la personalidad jurídica", LA LEY, 2016-C, 987.

NOTA A FALLO

Gestación por sustitución

Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ausencia de intrusión en la vida privada. Inexistencia de vida familiar de facto. Disidencia.

Hechos: *Los miembros de una pareja italiana que deseaban procrear un hijo, decidieron acordar un procedimiento de gestación por sustitución en Rusia. Una vez que regresaron a Italia, fueron acusados de tergiversación de estado civil, uso de documentos falsificados y violación de la legislación sobre adopción. Un Tribunal de Menores dio en adopción al niño, al comprobar que no tenía ningún tipo de lazo genético ni jurídico con aquéllos. El caso llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la Sala encargada de resolver consideró que existió una violación del art. 8 del Convenio Europeo por el modo en el que se produjo la remoción del menor de su familia. La Gran Sala revirtió esa decisión.*

1.- Tratándose de una pareja italiana que acordó la gestación por sustitución de un niño en Rusia, no puede considerarse que existió una violación al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por la forma en que aquél fue removido de la familia y colocado bajo tutela, pues permitir que aquéllos se queden con el menor con miras a convertirse en sus padres adoptivos implicaría dar legalidad a una situación creada en violación a la ley italiana; máxime cuando la separación no le causaría a éste un daño grave o irreparable.

2.- El caso de una pareja italiana que pretende obtener la paternidad de un niño gestado mediante una técnica de maternidad subrogada en Rusia debe resolverse con miras al derecho a la protección de la vida privada prevista en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues lo que está en juego es el derecho de que se respete la decisión de aquéllos de convertirse en padres y de su desarrollo personal a través del rol que desean asumir respecto del menor.

3.- La relación entre un niño y la pareja italiana que acordó su gestación por sustitución en Rusia no queda englobada en el concepto de familia al que alude el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la calidad de los vínculos emocionales, debido a la ausencia de un lazo biológico entre ellos, la corta duración de la cohabitación con el menor y la falta de certeza sobre el vínculo desde el punto de vista legal.

4.- La existencia de una vida familiar no puede reconocerse en el caso de una pareja italiana que pretende obtener la paternidad de un niño gestado mediante una técnica de maternidad subrogada en Rusia, pues no existe un vínculo biológico entre los pretensos padres y el menor, la convivencia entre ellos fue de corta duración y hay una incertidumbre respecto del vínculo en el plano legal; aun ante la existencia de un proyecto parental y la calidad de los vínculos emocionales (de la opinión concurrente del juez Raimondi).

5.- La gestación por subrogación, sea o no remunerada, es incompatible con la dignidad humana y constituye un tratamiento degradante no sólo para el niño, sino también para la madre subrogante (de la opinión concurrente conjunta de los Jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov).

6.- Las autoridades italianas, al remover un niño nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución de la familia de quienes pretenden convertirse en sus padres, no mantuvieron un balance justo entre los intereses en juego, pues no encontraron necesario discutir siquiera el impacto en aquéllos de la remoción del menor que era el sujeto específico en su proyecto parental (de la opinión en disidencia de los Jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev).

119.928 — Corte Europea de Derechos Humanos, 24/01/2017. - Paradiso and Campanelli c. Italy.

[Cita on line: EU/JUR/1/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A propósito del caso "Paradiso y Campanelli c. Italia"

SUMARIO: I. Introducción. — II. Plataforma fáctica y primera decisión de una Sala del TEDH de 27/01/15. — III. Los precedentes del TEDH en materia de gestación por sustitución. — IV. El caso "Paradiso y Campanelli". Un cambio en el *thema decidendum*. — V. La Gran Sala: argumentos centrales del decisorio para justificar la aplicación de la Teoría del Margen de Apreciación. — VI. La Gran Sala. ¿Trascendencia del vínculo genético o temor al tráfico de niños? — VII. La aplicación de la Teoría del Margen de Apreciación que permite al tribunal no pronunciarse sobre el régimen de la gestación por sustitución. — VIII. El voto conjunto de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov: una vuelta al pasado. — IX. Palabras conclusivas. La dificultad del caso; la necesidad de mantener el equilibrio.

Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, Eleonora Lamm y Natalia de la Torre

I. Introducción

Nos proponemos analizar la última decisión plenaria del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), del 24/01/17, relativa a un complejo caso vinculado a la gestación por sustitución internacional.

Dado que el voto ampliatorio suscripto por cuatro integrantes contiene afirmaciones generales, contrarias a la gestación por sustitución, el punto central a dilucidar es si, como sostiene un autor (1), el TEDH, repudió la figura o si, por el contrario, ratificó su posición (2) que, como regla, reconoce y protege el vínculo lícito generado entre el niño nacido por esta técnica y las personas comitentes.

La situación fáctica y jurídica planteada es excepcionalmente complicada.

Una historia de casi seis años involucra los derechos de: (i) un niño nacido en Moscú, aparentemente, como fruto de un acuerdo de gestación por sustitución internacional y (ii) una pareja italiana, con voluntad procreacional (siguiéndose la terminología que adopta el Código Civil y Comercial) ninguno de los cuales aporta gametos (la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli).

Los hechos no quedaron suficientemente establecidos desde que:

(a) Al comienzo, la pareja italiana dijo que el acuerdo suscripto en Moscú tenía como presupuesto que el embrión implantado en la gestante provenía de material genético del Sr. Campanelli. Sin embargo, el ADN mostró que las características genéticas del niño no respondían a las de ninguno de los integrantes de la pareja.

(b) Este hecho se atribuyó a un error involuntario del centro médico, pero no existen pruebas contundentes sobre tal vicio.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) LAFFERRIERE, Jorge N., "La prohibición de la maternidad subrogada en Argentina", del 13/02/17 en *http://centrodebioetica.org/2017/02/la-prohibicion-de-la-maternidad-subrogada-en-argentina/* compulsada el 23/02/17, del mismo autor, "Importante fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos contra la maternidad subrogada", ED, 22/02/2017, Nº 14.129.

(2) Para una reseña completa sobre los casos de gestación por sustitución internacional resueltos con anterioridad por el TEDH, compulsar. LAMM, Eleonora - RUBAJA, Nieve, "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", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 37, 2016, ps. 149-170 *Universitat de Barcelona*, España. La bibliografía sobre la gestación por sustitución es muy extensa. Las autoras de estas reflexiones han tenido oportunidad de expresar sus ideas, entre otros, en LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", *Universidad de Barcelona,* 2014; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY, 2012-E, 961; "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional", LA LEY, 2013-D, 195; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", LA LEY, 2014-C, 1001; HERRERA, Marisa - LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", Cita: MJD5971; "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LA LEY, 2014-D, 1165; BERGEL, Salvador Darío (et. al.), "Técnicas de Reproducción Humana Asistida", en *Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2015, ps. 398 a 414; HERRERA, Marisa

(c) Con anterioridad a estos acontecimientos, la pareja había sido autorizada a adoptar en el extranjero, pero alegó (también sin mayores evidencias) que desistió de ese procedimiento por la complejidad y demoras que implicaba.

Sobre esta base fáctica, una vez en Italia, las autoridades de ese país dispusieron dejar el niño nacido a cargo de los servicios sociales para luego darlo en adopción a otra familia. Llegado el caso al TEDH, el 27/01/15 **(3)**, la Sala de la Segunda Sección resolvió favorablemente la solicitud de los demandantes Paradiso y Campanelli y declaró, por cinco votos contra dos, que las medidas adoptadas por la autoridad local habían violado el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

Conforme lo dispuesto por el art. 43 **(4)** del Convenio Europeo, el Gobierno italiano solicitó remitir la causa a la Gran Sala que, por doce votos contra cinco, y con manifiesto apoyo en su tradicional teoría del margen de apreciación de los Estados, revirtió la decisión y concluyó que no hubo violación al art. 8 del CEDH.

¿A qué obedeció este cambio de mirada?

En los puntos siguientes damos respuesta a este interrogante.

II. Plataforma fáctica y primera decisión de una Sala del TEDH de 27/01/15

Las particularidades del caso antes resumidas deben ser puntualizadas; sólo así se lo puede comprender en plenitud.

Un acuerdo de gestación por sustitución fue convenido entre una pareja italiana y la empresa *Rosjurconsulting*. El 27/02/11 un niño nació en Rusia de una gestante rusa; el certificado de nacimiento fue expedido a nombre de los comitentes. En abril de 2011, el Consulado de Italia en Moscú hizo entrega de los documentos pertinentes, hecho que permitió al niño salir de Rusia. En Italia, la transcripción del certificado de nacimiento fue denegada por el registro civil argumentando que: (i) el certificado no establecía el nombre de los "verdaderos" padres; (ii) la documentación presentada era falsa.

El 05/05/11, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de "tergiversación de estado civil", "uso de documentos falsificados" y violar la legislación sobre adopción con base en los siguientes argumentos: (a) ellos habían traído al niño a Italia violando la ley italiana e internacional, sin cumplir con la autorización de la adopción que habían obtenido tiempo atrás; (b) el niño no respondía a los datos genéticos de ninguno de los dos comitentes ni de la gestante; es decir, utilizaron gametos de desconocidos; aunque los demandantes invocaron un error **(5)**, no podían explicar por qué razón el semen de Campanelli no había sido utilizado por la clínica rusa como estaba previsto; (c) en este contexto, y conforme la ley italiana, la pareja había evadido la prohibición de recurrir a la gestación por sustitución y al uso de gametos donados (ley 40 de TRHA), y las reglas de la adopción internacional.

Planteada la contienda en estos términos, un Tribunal de Menores italiano declaró el estado de abandono (y adoptabilidad) del niño, fundado en que los padres biológicos eran desconocidos y que los comitentes no podían ser considerados padres por no tener ningún tipo de lazo genético o jurídico con el niño, de conformidad con la ley italiana.

El Tribunal de Apelaciones confirmó la sentencia, el niño fue confiado a los servicios sociales y, posteriormente, colocado en una familia de acogida, sin que la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fuesen informados de su ubicación; tampoco se les permitió contacto alguno.

En enero de 2013, el bebé fue confiado a los que hoy son sus padres adoptivos.

En abril del mismo año se confirmó la negativa a inscribir el acta rusa de nacimiento, por considerarla contraria al orden público, entendiéndose que el certificado era inexacto por no haber vínculo genético entre el niño y los solicitantes.

El caso llegó al TEDH.

Como adelantáramos, la Sala encargada del caso consideró que hubo una violación del art. 8 del Convenio Europeo por el modo en que se produjo la remoción del niño de su familia y su colocación bajo tutela. Entendió que hubo una injerencia desproporcionada en la vida privada y familiar de los demandantes, no necesaria en una sociedad democrática; afirmó que el interés superior del niño exige que los lazos familiares se extingan sólo en circunstancias muy excepcionales (violencia, malos tratos, abuso sexual, peligro para la vida, la salud, inestabilidad psicológica de los padres) y que, siempre y cuando sea apropiado, debe hacerse todo lo posible para "reconstruir" la familia. En definitiva, en el caso, aunque la situación era delicada para los tribunales italianos, no se habían acreditado circunstancias extremas que justificaran que el niño fuera removido de su ámbito familiar e insertado en otro distinto.

Para llegar a esta conclusión, la Sala también valoró el factor tiempo; aunque la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli habían pasado sólo ocho meses con el bebé, ese período había cubierto etapas importantes de su joven vida. Sostener que una separación posterior hubiera sido aún más problemática no era suficiente para justificar la ruptura. El Estado debió haber tenido en cuenta el interés superior del niño, con total independencia de la relación parental, genética u de otro tenor.

Igualmente, tuvo en cuenta que, durante dos años, el Estado italiano no dio una nueva identidad al niño, por lo que había incumplido la obligación de asegurarle su derecho a la igualdad respecto de su ciudadanía y, consecuentemente, su derecho a la identidad, por el mero hecho de haber nacido de una gestante.

III. Los precedentes del TEDH en materia de gestación por sustitución

El caso "Paradiso y Campanelli c. Italia" no es el único en el que la máxima instancia judicial regional europea en materia de derechos humanos trata un supuesto vinculado a la gestación por sustitución. Efectivamente, el TEDH ha emitido varias decisiones relativas a un conflicto que tiene cada vez mayor presencia en sede judicial: la eficacia en el país de residencia de los comitentes del acuerdo de gestación por sustitución realizado en el extranjero.

(a) Los dos primeros fueron "Mennesson" (demanda Nº 65192/11) y "Labassee" (demanda Nº 65941/11) contra Francia, del 24/06/14. Ambos involucran situaciones muy similares y, por eso, fueron resueltos del mismo modo y en la misma fecha **(6)**.

En ambos, los niños habían nacido como consecuencia de acuerdos de gestación por sustitución realizados y concluidos en Estados Unidos, más precisamente en California y Minnesota, respectivamente. A pesar de que los niños habían sido identificados en los Estados Unidos como hijos del Sr. y de la Sra. Menneson, en un caso, y del Sr. y de la Sra. Labassee en el otro, las autoridades francesas desconocieron el estado filial con base en normas del derecho francés.

Por unanimidad, el TEDH declaró que:

(i) Aunque no se encontraba violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a la vida privada y familiar) respecto de los pretensos *padres*, estaba comprometido el derecho del *niño* a que se respete su vida privada y familiar y, consecuentemente, su derecho a la *identidad*.

(ii) Ciertamente, la negativa del Estado francés persigue desalentar que sus nacionales busquen fuera del país un método de reproducción prohibido dentro del territorio; además, la falta de consenso sobre estos asuntos en Europa plantea dificultades no fáciles de solucionar (o sea, la injerencia tiene un fin legítimo). No obstante, el Estado francés no puede destruir el derecho a la identidad, parte integral del concepto de intimidad, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de gestación por sustitución y la determinación legal de su filiación (por lo tanto, esa injerencia no respeta el principio de proporcionalidad).

Consecuentemente, las sentencias francesas que excluían la relación jurídica de filiación entre los hijos nacidos como resultado de un acuerdo totalmente legítimo bajo las normas del estado en que se realizó y quienes figuraban como padres según esa legislación, habían sobrepasado el margen de apreciación de los Estados, estándar básico o esencial para que el TEDH responsabilice o no a un Estado.

(iii) Las decisiones adoptadas por el Estado francés no eran compatibles con el interés superior del niño, que debe guiar cualquier decisión que los involucre. La conculcación de este principio también se manifiesta en la imposibilidad de heredar, excepto que los comitentes realicen un testamento, solución insuficiente pues, aun así, los derechos hereditarios del hijo serían menos favorables.

(b) Dos años más tarde, el 21/07/16, el TEDH decidió los casos "Foulon y Bouvet contra Francia" **(7)**. Se trata, al igual que en los anteriores, de dos demandas unificadas **(8)** en las que se alegó que el rechazo de la transcripción del acta de nacimiento en los registros de estado civil francés de los niños nacidos en la India por gestación por sustitución comporta una violación del art. 8 de la Convención Europea.

La primera Sala Civil de la Corte de Casación francesa había rechazado el pedido de transcripción del acta con base en que *"(...) en el estado del derecho positivo se justifica el rechazo de la transcripción de un acta de nacimiento hecha en un país extranjero y redactada con las formas empleadas en ese país cuando el nacimiento es la culminación, en fraude a la ley francesa, de un proceso conjunto que comporta un convenio de gestación subrogada, convenio que, incluso si fuera lícito en el extranjero, es nulo de una nulidad de orden público en los términos de los artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil*" y "*en presencia de este fraude, ni el interés superior del niño garantizado por el artículo 3, § 1, de la Convención Internacional de Derechos del Niño, ni el respeto de la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la Convención de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales podrían ser útilmente invocados (...)*".

En este marco, ante el TEDH, los demandantes sostuvieron que su situación era similar a la expuesta por las familias "Mennesson" y "Labassee" y "*Estiman que la injerencia en su derecho al respeto de su vida privada y familiar que ellos denuncian no perseguía ninguno de los objetivos legítimos enumerados en el segundo parágrafo del artículo 8, y que no era necesaria en una sociedad democrática*". Asimismo, que "*Como se trata de una vulneración a su derecho al respeto de la vida familiar, ponen el acento en el hecho de que los niños sospechados de haber nacido en el extranjero de una gestación subrogada se enfrentan a obstáculos concretos mayores en razón de la ausencia de reconocimiento en el derecho francés de su vínculo de filiación y se encuentran en una situación jurídica incierta*".

El TEDH constató que la situación de los demandantes era similar a la de los casos "Mennesson" y "Labassee" "*en los cuales juz-*

CONTINÚA EN PÁGINA 8

{ NOTAS }

- DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa", LA LEY, 2016-F, 663; DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución 'hecha en casa': el primer reconocimiento jurisprudencial en parejas del mismo sexo", RDF 2017-I-128; BARONI, María C. - SEBA, Sonia C. (coordinadoras), "Técnicas de Reproducción Humana Asistida: supuestos no contemplados en la Ley, en Derecho de Familia: temas relevantes en el Nuevo Código Civil", ConTexto Libros, Resistencia, 2016, 1º ed., ps.188-196.

(3) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Case of Paradiso and Campanelli v. Italy", del 27/01/15, (Application no. 25358/12), disponible en *http://hudoc.echr.coe.int/en {"itemid":["001-151056"]}*. Compulsada el 18/02/2017.

(4) Art. 43. Remisión ante la Gran Sala: 1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general.

(5) Destacar este "error" es importante, porque puede generar planteos de daños y perjuicios, otro cruce temático de gran interés que involucra a las TRHA y que en el derecho nacional está comenzando a tener presencia. Para abordar este conflicto jurídico en ciernes, ver OCANTOS, Jorge, "¿Responsabilidad civil por existir?", LA LEY, 2017-A, 413, Cita Online: AR/DOC/3901/2016; GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Daños y perjuicios derivados de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida", LA LEY, 2017-A, 405, 21/02/2017, Cita Online: AR/DOC/3899/2016, que comentan el fallo de la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 26/10/2016 en los autos "G., A. M, y otros c. R., L. R. y otros s/daños y perjuicios - resp. profesionales médicos y aux.", LA LEY, 2017-A, 141, Cita online: AR/JUR/70812/2016. En España véase lo resuelto por la Audiencia Provincial de Las Palmas, en su sentencia 226/2016 de 16 de mayo, recurso 461/2013, en la que condenó a una clínica de fertilidad a indemnizar a una paciente fecundada con espermatozoides no provenientes de su pareja sentimental (LA LEY, 3/11/2016).

(6) Para profundizar el tema compulsar, HERRERA Marisa - LAMM Eleonora (2014), "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", en LA LEY, 2014-D, 1165, cita on line: AR/DOC/2285/2014; CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de derechos humanos", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, ps. 45-113.

(7) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Foulon y Bouvet c. Francia", del 21/07/16, disponible en: *http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":["Foulon y Bouvet"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBE", "CHAMBER"], "itemid":["001-164968"]},* compulsado el 16/01/2017.

(8) "Teniendo en cuenta la similitud de las demandas nros. 9063/14 y 10410/14 en cuanto a los hechos y las cuestiones de fondo que ellas plantean, la Corte juzga apropiado acumularlas, en aplicación del art. 42 § 1 de su reglamento" (parág. 39).

VIENE DE PÁGINA 7

gó que no había habido violación al derecho al respeto de la vida familiar de los demandantes (quienes tienen intención de ser los padres), pero que hubo violación al derecho al respeto de la vida privada de los niños implicados"; por ende "la Corte no ve ninguna razón para concluir de un modo diferente".

(c) En similar sentido se pronunció en el caso "Affaire Laborie contra Francia", resuelto el 19/01/17 **(9)**. Se trata de otro caso contra Francia, muy similar, en el que el niño había nacido por gestación por sustitución en Ucrania. El TEDH reitera la coincidencia con los casos "Mennesson /Labassee", "Foulon/ Bouvet" sintetizados, en los que sostuvo que hubo infracción al derecho a la privacidad de los niños involucrados.

(d) En definitiva, la doctrina inalterada que emana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su carácter de máxima instancia judicial en materia de derechos humanos, incluso en la reciente sentencia del 19/01/17, es que todo niño, cualquiera sea la forma en la que fue concebido, gestado o nacido tiene derecho a que se reconozca su filiación y su identidad, conforme el marco de los Derechos Humanos.

IV. El caso "Paradiso y Campanelli". Un cambio en el *thema decidendum*

¿Por qué se condena a Francia y no se condena a Italia?

Las situaciones de hecho y de derecho que plantean los casos contra Francia y contra Italia son manifiestamente diferentes.

En los casos contra Francia se cuestionaba la transcripción o reconocimiento en Francia de una filiación establecida en el extranjero y los demandantes no eran sólo los progenitores intencionales sino también los niños —no tan niños— que se encontraban en un estado de incertidumbre jurídica respecto de su filiación, y con quienes vivían en el momento de presentarse las demandas ante el TEDH, y así habían vivido ininterrumpidamente desde su nacimiento. En el caso contra Italia, en cambio, el niño no es parte demandante **(10)** y los comitentes no reclamaron ante el TEDH que el vínculo de filiación legalmente establecido en Rusia fuera reconocido en Italia, razón por la que el TEDH no se pronunció sobre esta cuestión ni a favor ni en contra.

En concreto, se trataba de determinar si debían prevalecer los derechos de una pareja que había viajado al extranjero para tener un hijo con la ayuda de otra persona sin que se hubiese acreditado vínculo genético alguno con el niño y sin haber dado razones del abandono del procedimiento de adopción. El interrogante de base es entonces, si puede abrirse la puerta grande, de un tribunal internacional de derechos humanos, para que toda persona se vaya al extranjero a tener un hijo. En este contexto, el problema no gira en torno a la aceptación o no de la gestación por sustitución, sino a la forma en la que se desarrollaron los hechos.

Así, el voto de la Gran Sala que sienta la doctrina del caso, delimita el objeto de estudio y afirma que a diferencia de "Mennesson", "Labassee" y de los otros casos contra Francia, éste no se refiere al registro de una partida de nacimiento extranjera ni al reconocimiento de la relación legal entre padres e hijos vinculado al nacimiento de un niño nacido mediando un acuerdo de gestación por sustitución; lo que está en juego, dice, son las medidas adoptadas por las autoridades italianas que dieron lugar a la separación permanente del niño con los demandantes. De hecho, los tribunales nacionales declararon que el caso no implicaba un acuerdo de "subrogación" tradicional, dado que el material biológico de los solicitantes no había sido utilizado (párrafo 133). Por lo tanto, dice la sentencia bajo comentario, "*las cuestiones jurídicas centrales del caso son las siguientes: si, dadas las circunstancias antes expuestas, el artículo 8 es aplicable y, en caso afirmativo, si las medidas urgentes ordenadas por el Tribunal de Menores, que dieron lugar a la expulsión del niño, constituyen una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar y/o privada en el sentido del artículo 8 de la Convención*" (párrafo 134) **(11)**.

V. La Gran Sala: argumentos centrales del decisorio para justificar la aplicación de la Teoría del Margen de Apreciación

Como se adelantó, a pedido del Gobierno italiano, el caso fue remitido a la Gran Sala después de contar con una decisión que lo condenaba, sosteniendo que no había derecho a la vida familiar en razón de: (i) la inexistencia de un vínculo biológico entre los demandantes y el niño; (ii) la ilegalidad del comportamiento de los demandantes en el marco del derecho italiano; (iii) los solicitantes habían vivido con el niño "escasos" ocho meses.

Por su parte, los demandantes argumentaron que su relación paterno-filial era reconocida en la ley rusa y que habían formado estrechos lazos emocionales con el niño durante los primeros ocho meses de su vida.

El pronunciamiento de la Gran Sala se produjo en circunstancias fácticas muy especiales: el niño, que se encontraba viviendo desde el 26/01/13 con otra familia, ya había sido adoptado y se encontraba plenamente integrado en ella.

El TEDH, en un fallo dividido —con votos concurrentes y separados y cinco disidencias— sostuvo que no hubo violación a la vida privada y familiar de la Sra. Paradiso y del Sr. Campanelli.

El voto que hizo mayoría (sin computar el concurrente, que se analiza más adelante) otorgó más peso a los argumentos del Gobierno italiano, y para resolver que no se verificaba ataque al derecho a la vida familiar de los demandantes, sino el legítimo ejercicio de la facultad discrecional del Estado italiano para decidir sobre una situación tan atípica, tuvo especialmente en cuenta: (i) la ausencia de vínculo genético entre el niño y los padres, (ii) la corta duración de la relación con el niño y la incertidumbre de los lazos desde una perspectiva jurídica, a pesar de la existencia de un proyecto paterno-materno y la calidad de los lazos afectivos (párrafo 157).

Veamos cada uno de ellos.

a) Vida familiar y vínculo genético

El TEDH dio un peso, quizá excesivo, a la falta de vínculo biológico-genético entre el niño y los demandantes ¿Por qué decimos excesivo?

En los supuestos de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) heterólogas, es decir, con material genético de terceros, en el plano del vínculo filial, el elemento definitorio es la *voluntad procreacional* y no quién o quiénes aportaron el material genético. Así surge claramente del art. 562 del Código Civil y Comercial argentino **(12)**, legislación de avanzada en América Latina, y de la ley 26.862 y su decreto reglamentario, que admiten la donación de gametos y embriones, dejando a salvo, en cualquier caso, el derecho a la información acerca de los orígenes genéticos.

Frente a este fundamento de la Gran Sala (inexistencia de aporte de material genético) cabe preguntarse: ¿La gestación por sustitución sólo es admisible cuando al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos? ¿la solución hubiese sido otra si el ADN del señor Campanelli arrojaba resultado positivo, es decir, no se hubiera producido ningún error por parte del centro de salud (si es que lo hubo)? ¿La calidad de los lazos afectivos se comprueba, indefectiblemente, por la existencia o inexistencia de lazos genéticos entre progenitores e hijos?

Los interrogantes integran otro relativo a la vinculación o separación entre identidad genética e identidad volitiva. En el caso, la pregunta es si quien quiere ser padre y exterioriza su voluntad procreacional por gestación por sustitución (identidad volitiva) debe siempre aportar sus gametos (identidad genética).

Los casos "Mennesson" y "Labassee", del TEDH, parecen sugerir que la identidad de una persona está intrínsecamente ligada a una ascendencia *genética*. Efectivamente, la sentencia afirma que no es acorde al interés del niño "privarle de una relación jurídica *de esta naturaleza*" (párrafo 100). Por consiguiente, para impedir una violación del art. 8 (vida privada), el Estado está obligado a reconocer legalmente una relación progenitor-hijo establecida en el extranjero entre un niño nacido a través de la gestación por sustitución *y su padre biológico/genético*. En otras palabras, en estas sentencias, el TEDH destaca la importancia de la paternidad *genética* como un componente de la *identidad* de cada individuo, por lo cual, en el mejor interés del niño, no puede ser privado de un vínculo jurídico cuando la realidad genética está establecida y se procura su pleno reconocimiento. Por ende, al impedirse el reconocimiento y establecimiento de dicho vínculo genético, el Estado francés había excedido el margen de apreciación permitido.

No obstante, esas sentencias no abordaron específicamente el parentesco legal con el progenitor *no* relacionado genéticamente (en ambos casos, la madre, que no había aportado los óvulos).

Cabe, entonces, preguntarse: ¿Para el TEDH, en los casos de gestación por sustitución, el derecho a la vida familiar está inescindiblemente unido a la existencia de un vínculo genético?

Las razones para rechazar la respuesta afirmativa son:

(i) Margina a las madres y a los padres intencionales, privándoles de cualquier relación legal con sus hijos; en los casos "Mennesson" y "Labassee" debió haber distinguido y decir que el derecho a la identidad del niño fue violado sólo parcialmente, desde que no había vínculo genético con la mujer.

(ii) Asimila la filiación derivada de las TRHA a la filiación por naturaleza, siendo que la primera tiene una especial tipología;

(iii) No distingue entre el derecho al vínculo filial y el derecho a conocer los orígenes como dos planos o facetas diferentes del derecho a la identidad.

Las argumentaciones expuestas están implícitas en la opinión disidente conjunta de los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev, que propone confirmar la decisión de la Sala del 27/01/15. El voto afirma que, si bien los lazos genéticos entre los progenitores y el niño pueden ser un indicador muy importante para verificar la existencia de la vida familiar, la ausencia de tales lazos no significa, necesariamente, que no haya vida familiar: "*Tememos que la mayoría haga una distinción entre una familia 'legítima' y una familia 'ilegítima', distinción que fue rechazada por la Corte hace muchos años (...) la existencia o inexistencia de la 'vida familiar' es esencialmente una cuestión de hecho*". **(13)**

b) Escasa duración de la relación con el niño e incertidumbre de los vínculos jurídicos y afectivos

El TEDH considera inadmisible definir una duración mínima de vida compartida como elemento necesario para constituir una vida familiar de facto; incluso, recuerda jurisprudencia anterior en la que confirmó la existencia de vida familiar de facto en un supuesto de menor duración de convivencia. No obstante, insiste en que debe tenerse en cuenta la "*calidad*" del vínculo y las *circunstancias de cada caso*.

Tras haber confirmado que no había violación al derecho a la vida familiar, el voto de la mayoría evalúa si hubo o no violación al derecho a la vida privada.

Está claro que los demandantes se vieron afectados por las decisiones judiciales que dieron lugar a la expulsión del niño de su familia y su puesta a disposición de los servicios sociales con vistas a la adopción, sin contacto alguno con ellos; pero para determinar si esta injerencia ha infringido o no el art. 8 del CEDH, cabe atender a las pautas del art. 8.2: "*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*".

En primer lugar, entonces, el TEDH analiza si la injerencia está fundada en ley. En este orden, aunque no sea aplicable al caso argentino, por regir en nuestro sistema la ley del domicilio **(14)** y no la de la nacionalidad, nos preocupa uno de los razonamientos de la Gran Sala, por el erróneo peso dado al dato genético, una vez más. El parágrafo 171

{ NOTAS }

(9) Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Affaire Laborie c. France", del 19/01/17, disponible en: *http://hudoc.echr.coe.int/en {"itemid":["001-170369"]},* compulsado el 25/02/17.

(10) "...la Corte señala que el niño T.C. no es demandante en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, habiendo desestimado las reclamaciones formuladas por los demandantes en su nombre (véase el apartado 86 *supra*). La Corte está llamada a examinar únicamente las denuncias formuladas por los demandantes en su propio nombre (véase, a contrario, "Mennesson", antes citada, §§ 96-102, y "Labassee", antes citada, §§ 75-81)" (párrafo 135 de la sentencia de la Gran Sala, traducción propia).

(11) Traducción propia.

(12) Y de numerosas legislaciones en el derecho comparado, entre otras, Reino Unido (arts. 43 y 44 de la HFEA); España, ley 14-2006 sobre TRHA; Bélgica (*Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes*); Suecia. (ley SFS 2005:434); Brasil, Uruguay, Noruega (Ley sobre el uso médico de la biotecnología); Islandia, *(Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*); Australia. (AUST J. FAM. LAW 160 (2009)); entre otros.

(13) Traducción propia.

(14) Véanse: El art. 2631 del Código Civil y Comercial referido a la jurisdicción en materia de derecho internacional privado que expresa: "Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del do-

de la Sentencia recuerda que los tribunales nacionales aplicaron la norma italiana sobre conflictos de leyes que establece que la relación jurídica entre padres e hijos está determinada por la *nacionalidad del hijo* **(15)**. El TEDH agrega, trayendo confusión al tema que, como el niño había sido concebido a partir de los gametos de donantes desconocidos, el niño era de nacionalidad desconocida por haber nacido en el extranjero de "padres" genéticos desconocidos, equiparándolo a la situación de un menor extranjero sin padres conocidos (ver párrafo 172).

Más allá de esta suerte de ficción, en definitiva, la Gran Sala confirma que la injerencia en la vida privada de los demandantes estaba fundada en ley.

Acto seguido, el Tribunal considera existe un fin legítimo de las autoridades italianas de: reafirmar la competencia exclusiva del Estado para reconocer una relación legal entre padres e hijos con el fin de proteger a los niños y evitar el tráfico.

Evitar el tráfico parece ser el gran temor del TEDH: convalidar el vínculo "viciado", reconocer esta filiación sin base genética y sin proceso legal claro implicaba ingresar en una pendiente resbaladiza en la que el voto mayoritario, decididamente, no quiere deslizarse.

VI. La Gran Sala. ¿Trascendencia del vínculo genético o temor al tráfico de niños?

¿Fue la inexistencia de lazo genético el muro de contención construido por el TEDH para enfrentar el temor al tráfico de niños a través de la gestación por sustitución?

Interesa desmitificar la importancia del aporte genético y colocar sobre la mesa el tráfico de niños, verdadero telón de fondo en este tipo de cuestiones.

¿Está justificado el temor al tráfico de niños? Obviamente sí.

Ahora bien, ¿es la gestación por sustitución, por sí misma, causa de ese tráfico?

Si la gestación por sustitución estuviere debidamente reglamentada, el nivel del temor debería ser sensiblemente más bajo. En otras palabras, no debe temerse a la gestación por sustitución en sí, sino a la clandestinidad, a la falta de ley, a los procesos poco claros que facilitan el tráfico de niños.

En este caso, la carencia de vínculo genético (no suficientemente explicado) sumada a la omisión de regulación *internacional* encendieron la luz de alarma y, casi como empujado por una fuerza física, el TEDH inclinó la balanza hacia la identidad genética por sobre la identidad volitiva, al menos para resolver el caso judicial que le fuera planteado; porque el lazo filial del niño ya había sido establecido a través de la adopción, con otra familia, dando clara prioridad a la identidad volitiva.

Decimos omisión de regulación *internacional,* pues los dos países implicados tienen regulación, aunque de signo contrario.

En Rusia **(16)**, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por las siguientes normas:

(i) El Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995 contiene dos artículos; uno concerniente al registro de la filiación del niño nacido por gestación por sustitución —art. 51, párr. 4-2)— y otro que regula la impugnación de paternidad y de maternidad en relación con un niño concebido por fecundación *in vitro* y nacido por gestación por sustitución —art. 52, párr. 3-2) —.

(ii) La ley Federal sobre los Actos de Registro del Estado Civil de 1997 (*The Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status 1997*) que, siguiendo la norma contenida en el Código de Familia, se limita a clarificar algunos detalles relativos a la inscripción del nacimiento de un niño nacido de una gestante —art. 16 -5) —.

(iii) El decreto 107, promulgado por el Ministro de Salud el 30/08/12, que define a la gestación por sustitución como un contrato celebrado entre la gestante y los padres que han utilizado su material genético para la concepción.

(iv) La ley Federal de Salud (*Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health,* Nº 323-FZ), aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 01/01/12 que deroga la ley de 1993 **(17)**.

Esta ley define la gestación por sustitución como *"la gestación y el dar a luz a un niño (incluyendo el nacimiento prematuro) en virtud de un contrato celebrado entre una gestante (una mujer que gesta un feto luego de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas"*.

Por otro lado, establece quiénes pueden tener acceso a las tecnologías de reproducción asistida. Al respecto, el art. 55 -3) dispone que *"un hombre y una mujer, casada y no casada, tienen derecho a tener acceso a la reproducción asistida, siempre que dieren su consentimiento informado a la intervención médica, una mujer soltera también tiene derecho a tener acceso a la reproducción asistida si ella diera su consentimiento informado a la intervención médica"*.

Si bien la filiación se determina a favor de los comitentes, el Código de Familia exige que la gestante otorgue su consentimiento para que los comitentes sean inscritos como padres del nacido. Así, el art. 51, párr. 4 establece que *"Los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste, podrán ser inscritos como los padres del niño sólo con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)"*.

Por lo tanto, si la gestante otorga su consentimiento y, consecuentemente, no hace uso de su derecho a quedarse con el niño, los comitentes son registrados como los padres legales, y el estado del niño junto a los derechos y deberes de los padres son absolutamente los mismos que en el caso de un niño concebido de manera natural. El procedimiento para el registro es también el mismo, de modo que se procede como cualquier registro ordinario de nacimiento de un niño, con una excepción: los comitentes deben presentar, además de los documentos que se requieren para la inscripción de un nacimiento, una "nota oficial" de la clínica médica que confirma que la gestante dio su consentimiento para que así se proceda a inscribir al niño como hijo de los comitentes y reconocerles el estatus de padres o progenitores legales **(18)**.

En Italia, por el contrario, la gestación por sustitución está prohibida. La ley italiana 40/2004, *Normas sobre la procreación médicamente asistida*, incluye en su art. 12 (Prohibiciones generales y sanciones) un inc. 6 que sanciona la comercialización y el uso de gametos ajenos a la pareja y la gestación por sustitución con prisión de tres meses a dos años y una multa de entre 600.000 y un millón de euros **(19)**.

Como dijimos, no hay marco normativo internacional que regule este "turismo reproductivo"; los enormes problemas generados pretenden ser solucionados en una posible regulación en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado que se encontraría preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución **(20)**.

En el caso en análisis, la pareja italiana procuró tener un hijo en Rusia. ¿Es deseable que las personas acudan a cualquier parte del mundo, sin ni siquiera aportar material genético, para evadir las prohibiciones locales y tener un hijo sin marcos legales claros? ¿Es deseable que un niño nazca sin ese marco legal y que su identidad legal sólo pueda ser establecida después de un largo y arriesgado procedimiento?

Advertimos que, en el caso, las peticiones de los pretensos progenitores tampoco siguieron un derrotero lineal; en determinado momento solicitaron se les reconociera la guarda con miras a su futura adopción; o sea, da la impresión que se pretendió incluir las TRHA mediante un formato legal que poco tiene que ver con esta técnica médica.

Los interrogantes planteados sirven para repensar límites a la figura, constitucional y convencionalmente válidos, a incluir o no en una futura ley especial de gestación por sustitución a nivel estadual **(21)**.

VII. La aplicación de la Teoría del Margen de Apreciación que permite al tribunal no pronunciarse sobre el régimen de la gestación por sustitución

Como en todos los casos sometidos a su decisión, el Tribunal analiza si la injerencia al derecho a la vida privada de los demandantes obedece o no a una necesidad en una sociedad democrática. Recurre, como en tantas otras oportunidades, al conocido "Margen de Apreciación de los Estados"; sostiene que en estos supuestos existe un amplio margen y si bien no subestima el impacto que la separación inmediata e irreversible del niño debe haber tenido sobre la vida privada de los demandantes (la Corte no ignora las dificultades emocionales sufridas por aquellos cuyo deseo de ser padres no ha sido o no puede ser cumplido) se inclina por considerar que el niño debe seguir a cargo de los que hoy son sus padres adoptivos.

En definitiva, el voto que hace mayoría no se pronuncia sobre la gestación por sustitución internacional; no la prohíbe, ni propicia su abolición; tampoco desalienta su regulación, tal como lo afirmaron errónea y precipitadamente algunos medios de prensa extranjeros **(22)** y algunos colegas locales a poco de conocida la sentencia **(23)**.

No estamos solas. Una reciente decisión de la Corte de Apelaciones de Trento, del 02/02/17, dictada en un procedimiento tramitado para el reconocimiento de una sentencia extranjera, declaró la eficacia de una resolución norteamericana que estableció que dos bebés mellizos nacidos por gestación por sustitución en los EE.UU. son hijos de la pareja comitente y ordenó la inscripción registral en Italia. Entre otras importantes argumentaciones, el tribunal tridentino afirmó:

(i) La decisión del TEDH del 04/01/17 reafirma que, en la materia, los países tienen un amplio margen de discrecionalidad.

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

micilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor. En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento. El art. 2632 que se refiere al "Derecho aplicable", disponiéndose: "El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el 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 del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo. El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado". Por último, el art. 2634 referido al "Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero" que afirma: "Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de 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 Humana 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 estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

(15) Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, Ley Nº 218 del 31 de mayo de 1995. Dispone en su art. 33. 1 que "La filiación está determinada por la ley nacional del hijo al momento de su nacimiento. 2. Es legítimo el hijo considerado como tal por la ley del Estado del cual uno de los padres es nacional al momento del nacimiento del menor. 3. La ley nacional del hijo al momento del nacimiento rige los supuestos y los efectos de la determinación y del desconocimiento del estado de hijo. El estado de hijo legítimo adquirido en base a la ley nacional de uno de los padres, no puede ser impugnado sino conforme a tal ley".

(16) Véase, KHAZOVA, O. "Russia", en TRIMMINGS, K. - BEAUMONT, P. (EDS.). *International Surrogacy Arrangements. Hart Publishing,* United Kingdom, 2013, ps. 311- 323.

(17) Ley para la protección de la salud de los ciudadanos, (*Fundamentals of Legislation on Protection of Citizens' Health*) Nº 5487-I de 1993.

(18) *Federal Law on Registration of Civil Status* 1997, art. 16 (5).

(19) Para profundizar sobre los alcances de la ley italiana se recomienda compulsar: PENASA, Simone, "La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. Procedimiento", *Revista de Bioética y Derecho,* Nº 18, 2010, ps. 17 y ss., disponible en *http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD18_ArtPenasa.pdf,* compulsada el 25/02/2017.

(20) Se recomienda compulsar el último reporte elaborado por expertos que se reunieron entre el 31 de enero y 3 de febrero de 2017. En esta oportunidad se puso de resalto, entre otras consideraciones que "La mayoría del Grupo expresó que sería factible el reconocimiento, en virtud de la ley, de decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación legal en un instrumento multilateral", *https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf,* compulsado el 23/02/2017.

(21) Tres son los proyectos legislativos presentados en el Congreso Nacional que pretenden brindar un marco jurídico preciso a la figura en estudio. Dos en el marco de la Cámara de Diputados, los proyectos 5700-D-2016 y 5759-D-2016, y uno en la Cámara de Senadores, el proyecto 2754-S-2015. Para un análisis de los proyectos presentados se recomienda ver, entre otros: HERRERA, Marisa - DE LA TORRE, Natalia, "La gestación por sustitución nuevamente en la agenda legislativa", LA LEY, 2016-F, 663, cita online: AR/DOC/3039/2016 y BRIOZZO, Soledad, "Un proyecto de ley que propone regular la gestación por sustitución a través de un régimen especial", DFyP 2016 (diciembre), 221, cita online: AR/DOC/3656/2016.

(22) Ver entre otros: "Tribunal de Estrasburgo en el caso 'Paradiso y Campanelli v. Italia': hacia la abolición internacional de los vientres de alquiler", disponible en *http://profesionalesetica.org/tribunal-de-estrasburgo-en-el-caso-paradiso-y-campanelli-v-italia-hacia-la-abolicion-internacional-de-los-vientres-de-alquiler/*, compulsado el 20/02/17.

(23) LAFFERRIERE, Nicolás, op. cit.

VIENE DE PÁGINA 9

(ii) La incontrovertida falta de lazo genético entre los niños y uno de los comitentes no impide el reconocimiento de la sentencia extranjera desde que, en el derecho italiano, el vínculo biológico no es un requisito inexcusable, como lo afirmó la Casación italiana en la Decisión Nº 19599/2016 del 12/01/11, al resolver que tal carencia no obstaculiza el establecimiento de la filiación entre el niño nacido y la mujer que es pareja de la madre que gestó.

(iii) El TEDH no sostuvo que no existe vida familiar fuera del dato genético, sino que, en el caso, Italia no había violado el Principio de Proporcionalidad al negar esa vida debido al escaso tiempo de convivencia transcurrido.

VIII. El voto conjunto de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov: una vuelta al pasado

El voto conjunto de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov se suma a la solución mayoritaria para no condenar a Italia, pero sus argumentos no son los del resto de los integrantes de la Gran Sala que, como hemos expuesto, se han aferrado, finalmente, a la letra del art. 8 y a la Teoría del Margen de Apreciación.

No es lo mismo prohibir o bregar por la abolición de la gestación por sustitución (posición que adopta este voto conjunto de cuatro jueces) que recurrir al margen de apreciación con fundamento en las complejidades que el caso presenta.

No debemos silenciar que, en nuestra opinión, el voto analizado en este apartado adolece de los problemas que presentan todas las posiciones extremas; en efecto, ni las posturas más restrictivas impiden dejar abierta una rendija para reconocer, en definitiva, alguna situación de gestación por sustitución. Es la fuerza demoledora de la realidad y, en definitiva, la imposibilidad de que el derecho le dé la espalda.

El voto que criticamos, con toda firmeza, refleja la postura más conservadora en la materia. Así, se lee: "*una familia debe entenderse como una unidad de grupo natural y fundamental de la sociedad, fundada principalmente por el matrimonio entre un hombre y una mujer. La vida familiar abarca, en primer lugar, los vínculos entre los cónyuges y entre los padres y sus hijos. A través del matrimonio, los cónyuges no sólo asumen ciertas obligaciones legales, sino que también optan por la protección jurídica de su vida familiar. La Convención ofrece una fuerte protección de la familia fundada por el matrimonio*".

La afirmación se contrapone, abiertamente, a la postura pluralista asumida reiteradamente por el TEDH, desde el resonado caso "Marckx contra Bélgica", del 13/06/79, en el que afirmó que la noción de vida familiar que recepta el art. 8 de la CEDH "*no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio*" y que la idea de familia debe ser "*conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura*".

En este sentido, este voto constituye un lamentable retroceso, claramente contradictorio con el desarrollo jurisprudencial ya consolidado de la propia Corte.

También se asevera que: *"En el presente caso, el niño ha sido víctima de la trata de personas. Fue encargado y comprado por los solicitantes. Cabe señalar a este respecto que los 'hechos del caso' entran dentro del ámbito de varios instrumentos internacionales"*; y por ello "*A nuestro juicio, la subrogación gestacional remunerada, regulada o no, corresponde a una situación comprendida en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por consiguiente, es ilegal en virtud del derecho internacional. En este contexto, quisiéramos subrayar que casi todos los Estados europeos actualmente prohíben la subrogación comercial (véanse los materiales comparativos mencionados en el apartado 81 de la sentencia). De manera más general, consideramos que la subrogación gestacional, remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana. Constituye un trato degradante, no sólo para el niño, sino también para la madre sustituta. La medicina moderna proporciona evidencia creciente del impacto determinante del período prenatal de la vida humana para el desarrollo posterior de ese ser humano. El embarazo, con sus preocupaciones, limitaciones y alegrías, así como los ensayos y el estrés del parto, crean un vínculo único entre la madre biológica y el niño. Desde el principio, la subrogación se centra en cortar drásticamente este vínculo. La madre sustituta debe renunciar a desarrollar una relación duradera de amor y cuidado. El niño no nacido no sólo es colocado a la fuerza en un ambiente biológico extraño, sino que también está privado de lo que debería haber sido el amor ilimitado de la madre en la etapa prenatal. La subrogación gestacional también impide el desarrollo del vínculo particularmente fuerte que se forma entre el niño y un padre que acompaña a la madre y al niño durante el embarazo. Tanto el niño como la madre sustituta son tratados no como fines en sí mismos, sino como medios para satisfacer los deseos de otras personas. Esta práctica no es compatible con los valores subyacentes al Convenio. La subrogación gestacional es particularmente inaceptable si la madre sustituta es remunerada. Lamentamos que la Corte no haya adoptado una postura clara contra esas prácticas*".

Los párrafos transcriptos pueden ser objeto de diversos comentarios:

(i) No deja en claro si la prohibición o la mirada negativa de la gestación por sustitución alcanza todas sus facetas o sólo los supuestos de gestación por sustitución onerosa.

(ii) La cuestión referida a la etapa prenatal está presente en la adopción, y no por eso se la mira con desconfianza o de manera negativa.

¿Acaso la gestación de un niño en un "ambiente biológico extraño" es más compleja que la inserción de un niño ya nacido en otra familia a través de la figura de la adopción?

Cabría preguntarse si la supuesta falta de vinculación entre los comitentes y el niño durante la gestación es tan negativa que invalida cualquier vínculo afectivo gestado tras el nacimiento.

IX. Palabras conclusivas. La dificultad del caso; la necesidad de mantener el equilibrio

Hemos procurado hacer un análisis objetivo para dejar en claro qué dicen y qué no dicen los jueces que hicieron mayoría.

Ese análisis nos permite concluir que:

(i) El TEDH no ha abandonado la posición sostenida en sus propios precedentes. Por lo tanto, no repudia la gestación por sustitución ni niega que desconocer el vínculo a favor de quienes tienen voluntad procreacional, establecido conforme un procedimiento válido en el país donde la técnica se practica, vulnera el derecho a la identidad del niño nacido.

(ii) La sentencia no puede ser utilizada como argumento en contra de la gestación por sustitución. Una circunstancia similar produjo la última resolución del Parlamento Europeo, del 5 de julio de 2016, que no se pronunció en contra de toda gestación por sustitución sino sólo de la sustitución *forzosa* **(24)**. Esta resolución pide a los países de la Unión Europea que analicen las implicaciones de sus políticas reproductivas restrictivas, precisamente, para evitar el éxodo hacia los países más pobres. El problema no es la gestación por sustitución sino la práctica *contraria a la voluntad de la persona.*

(iii). Las especiales circunstancias fácticas de la causa pueden justificar que el TEDH se aferrara esta vez al margen de discrecionalidad del Estado para "salvar" a Italia de la condena.

(iv) El caso pone en evidencia la imperiosa necesidad de regular la gestación por sustitución a nivel internacional. Recuérdese que, ante la complejidad del tema, desde el dictado de la primera sentencia, "Trimmings and Beaumont", del *Centre for Private International Law*, de la Universidad de Aberdeen **(25)**, sugirieron la conveniencia de llevar adelante un enfoque verdaderamente multilateral, como el que viene proponiendo la Convención de la Haya de Derecho Internacional Privado, desde el 2010 **(26)**, realizándose reuniones de expertos a los fines de avanzar en el análisis de las problemáticas que se presentan a nivel mundial y detectar si existe posibilidad de alcanzar solución común.

(v) En definitiva, muestra qué fácil es demonizar y qué difícil es analizar con responsabilidad y profundidad, para no hacer del Derecho una falacia. ●

Cita on line: AR/DOC/610/2017

{ NOTAS }

(24) En igual sentido se expide el último informe de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, del 02/12/2016, sobre la necesidad de combatir la GS forzosa.

(25) BEAUMONT, Paul - TRIMMINGS, Katarina, "Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?" disponible en *http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf,* compulsada el 25/02/2017.

(26) Los trabajos están disponibles en www. Hcch.net sección "The parentage / surrogacy Project".

JURISPRUDENCIA

Locación de automóviles. Daños

Deterioro de la unidad. Rechazo de la demanda. Falta de prueba del perjuicio. Ley aplicable.

Hechos: *Una sociedad dedicada al alquiler de vehículos promovió acción de daños, a fin de reclamar un resarcimiento por deterioros en un automóvil dado en locación. La sentencia hizo lugar a la petición; la Cámara la revocó.*

1.- La acción de daños promovida por una sociedad dedicada al alquiler de vehículos a fin de reclamar un resarcimiento por los deterioros provocados en un automóvil dado en locación debe rechazarse, pues la accionante no acreditó en debida forma que tales perjuicios se produjeran durante el período de la locación y por causa de un obrar de la demandada o de sus dependientes.

2.- La acción de daños derivados de los deterioros provocados en un automóvil dado en locación debe resolverse aplicando la normativa contenida en el Código Civil, hoy derogado; pues el reclamo nació de un incumplimiento contractual y, como tal, no se trata de un efecto ni de una consecuencia de la relación entre las partes, sino de un hecho modificatorio.

119.929 — CNCiv., sala H, 06/12/2016. - Alas Rent a Car S.R.L. c. Huawei Tech Investment Co. Ltda. s/daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/92987/2016]

COSTAS

Al vencido.

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 6 de 2016.

El doctor *Kiper* dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia (fs. 208/216), que hizo lugar a la demanda que perseguía la indemnización de los daños y perjuicios reclamados por el actor en virtud de los deterioros que sufriera el vehículo que fuera dado en locación, expresan agravios el actor (fs. 244/248) y el demandado (fs. 250/252). El primero contestó el respectivo traslado a fs. 254/258 y el segundo lo hizo a fs. 261/263.

La actora se agravia, por los montos otorgados en concepto de reparación del rodado y lucro cesante, y de la tasa de interés aplicada.

El demandado, por su parte, se queja de que se haya admitido la demanda en su contra, también respecto de la procedencia de los rubros reparación del rodado y lucro cesante. Finalmente, reprocha también la imposición de costas.

No se encuentra controvertido en esta instancia que la actora celebró con la empresa Huawei Tech Investment Co. Ltda., el alquiler de un vehículo marca Volkswagen, modelo..., dominio...

Sentado ello, corresponde previamente fijar el encuadre jurídico que habrá de regir esta *litis.*

En ese orden de ideas, toda vez que ésta nació como consecuencia de un incumplimiento contractual, y que como tal, no es un efecto ni una consecuencia de esa relación, sino un hecho modificatorio, entiendo que debe aplicarse la ley que regía al momento en que se produjo este hecho, es decir, el incumplimiento (conf. Heredia, Pablo D., "El derecho transitorio en materia contractual", La Ley Online, AR/DOC/2137/2015).