

Adriana Dreyzin de Klor

**El derecho internacional de familia
en la postmodernidad**

Familia internacional
Sustracción internacional de niños
Subrogación materna y sus efectos internacionales

Adriana Dreyzin de Klor

Indice

Palabras previas

Parte I

I. Familia. Postmodernidad y Derecho internacional privado

1. La realidad: punto de partida
2. Aristas desde las cuales abordar el tema

II. La relación familia – derecho

1. El fenómeno de la globalización
2. El respeto a la identidad cultural
3. El método de DIPr y el derecho internacional de familia
4. Nuestra posición en el caso concreto

III. Algunas inferencias a manera de reflexiones

Parte II

· Catedrática de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina; investigadora SECyT cat. I; miembro de la lista de árbitros del MERCOSUR. Consultora jurídica internacional.

La influencia de la universalización de los DDHH en el derecho internacional de familia con especial referencia a la sustracción internacional de niños

I. Palabras previas

II. Breves formulaciones sobre el derecho de familia y su alcance en el plano del derecho internacional privado

1. Los TDDHH y el derecho internacional privado

2. Con la mirada puesta en el derecho internacional privado actual

III. La sustracción internacional de niños: el tema

1. La sustracción internacional de niños de cara a la realidad social.

2. La sustracción internacional de niños de cara a la realidad jurídica.

IV. De cara al futuro

Parte III

La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?

Este trabajo ha sido escrito en coautoría con Carolina Harrington

Palabras previas

I. Las sentencias

1. Los casos de Francia

2. El caso de Alemania

II. El derecho internacional privado y la maternidad subrogada

1. Sobre las fuentes jurídicas:

A. Generalidades

B. La dimensión convencional: La Conferencia de La Haya

2. Reconocimiento de actos y decisiones en DIPr.

3. Las excepciones al reconocimiento de actos

A. El Fraude a la ley

a) Ubicación conceptual

b) Fraude a la ley y MS transfronteriza

B. El orden público

III. A manera de reflexiones

PARTE I

Familia - Postmodernidad

Derecho internacional privado*

“Creamos en el derecho
sin dejar que nos obnubile,
creamos en la familia,
sin dejarnos obnubilar por ella,
creamos en los derechos humanos
hasta quedar obnubilados por ellos”

ANDRÉ-JEAN ARNAUD

I. La realidad: punto de partida

Un ciudadano argentino que vivió en el país hasta 1967, se traslada a EEUU, a raíz de la expulsión que por razones políticas sufre su padre la noche de los bastones largos¹.

Radicada la familia en Boston, el joven cursa allí sus estudios y en 1985 conoce a la persona con la que contraerá matrimonio en Canadá, país que admite el casamiento entre personas del mismo sexo. Al tiempo, de común acuerdo, deciden tener un hijo y a ese efecto Martín Farach - argentino, Doctor en medicina y en computación – y Andrew Colton - americano, crítico de arte y periodista - recurren a una amiga común que les dona los óvulos. Al tratarse de una mujer q la que no le interesa tener niños, se aseguran que no iniciará reclamos de derecho o de autoridad. Asimismo, buscan por agencia una portadora – con quien celebran un

¹ Los hechos acontecieron en Buenos Aires, el 29/7/1966 resultando víctimas de la dictadura profesores y estudiantes de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales. Ver: http://elmegafono.net/diario/index.php?option=com_content&view=article&id=274&catid=78&Itemid=55

contrato de alquiler de vientre – a fin de que lleve adelante el embarazo. Conforme al relato de ambos, tiraron la moneda para decidir quien aportaría el semen, manteniendo el dato en secreto y solo transmitir a las criaturas, si alguna vez desean conocerlo. La portadora fue una laboratorista de la Universidad de Harvard, - treinta y seis años, dos hijos - con ganas de vivir un embarazo pero no de volver a criar.

Fruto de la relación/ contratación/ portación, nacen en Boston mellizos (2000). La pareja se mantuvo en contacto permanente con la portadora durante el período del embarazo, asistieron a las consultas médicas y participaron activamente en todo lo concerniente a la preparación del nacimiento. Asimismo, al ser uno de ellos profesional de la medicina, intervino en esa calidad en el parto e hizo nacer al primer bebé.

Los niños fueron anotados como hijos de ambos, colocando en los casilleros “padre 1” y “padre 2”, en lugar de madre. Todo conforme a la ley en EEUU, que prevé el mismo comportamiento para la inscripción en el colegio y para realizar todo trámite donde se solicita la calidad de padre y madre.

Años más tarde la familia Farach – Colton radicada en Nueva York, decide mudarse a Argentina a raíz de una propuesta laboral conveniente y atendiendo a que parientes directos del profesional argentino están radicados en Buenos Aires, se entusiasman con la posibilidad de dinamizar los vínculos para que sean más fluidos entre los miembros del núcleo familiar.

A efectos de inscribir a los menores en la escuela - ya habían cumplido 5 años de edad - concurren a un establecimiento privado bilingüe que les exige la presentación de los documentos de identidad debidamente legalizados. Las autoridades del Registro Civil, les deniegan el

reconocimiento de dichos documentos por entender que tanto la libreta de matrimonio como la partida de nacimiento, documentos con los que acreditan la identidad y los vínculos familiares, son contrarios al orden público internacional².

1. Aristas desde las cuales abordar el tema

No somos originales al afirmar que el siglo XXI acusa el marcado cambio de la concepción de “familia”, que imperó hasta aproximadamente mediados del siglo pasado. Las transformaciones que se dan en los campos social, político, económico y cultural, inciden en el contexto jurídico que requiere ser adecuado a los nuevos paradigmas de las relaciones familiares³.

Entre los hechos que contribuyen al cambio, es de subrayar una suerte de vocación universal de proteger los derechos humanos fundamentales⁴ que bien puede encolumnarse en el haber de un balance que cuenta también, con datos negativos que lo equilibran. Así, en América Latina, los acuerdos en que se plasman los derechos de dignificación del ser humano, tardíamente obtienen carta de ciudadanía, pues los gobiernos de facto hicieron caso omiso a la tendencia que iba asentándose en buena

² Conf. M. OYARZABAL, “El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de una pareja de homosexuales hombres”, en *Suplemento de Actualidad La Ley*, 21/2/2006.

³ Sobre la problemática que incide en la familia para desarrollar una nueva configuración y las consecuencias en el derecho, sugerimos consultar: A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 1999.

⁴ El carácter universal que se asigna a estos derechos deviene de su aplicación general y abstracta a toda persona. A través de la recepción de los tratados en que se plasman, facilita el consenso acerca de los valores jurídicos esenciales.

parte del mundo occidental, causando un retraso significativo en su vigencia⁵.

El objetivo principal de los derechos humanos (DDHH) consiste en establecer y ampliar una barrera que obre como límite meridiano a los regímenes nacionales amparados en la impunidad que ellos mismos generan, y vulneran sin escrúpulos derechos individuales y colectivos⁶.

En tanto que el Derecho internacional privado (DIPr), como ciencia jurídica dedicada y comprometida con la situación privada internacional, capta la problemática vinculada a las relaciones jurídicas de la familia conectada a diversos ordenamientos legales.

A partir de los tópicos enunciados, esto es, la época actual - conocida como etapa de la postmodernidad⁷ -, los derechos humanos (DDHH) y la protección que brindan las declaraciones y tratados incorporados a las legislaciones internas de los países con jerarquía constitucional, el DIPr y las relaciones jurídicas de familia en el marco internacional, articulados con el caso que origina este trabajo y narramos brevemente supra, nos proponemos dar respuesta al planteo que surge casi de manera natural. Una vez procesados los aspectos vinculados a la ubicuidad temporal, espacial y material, reflexionamos sobre el siguiente interrogante:

⁵ Si bien la idea y la posibilidad de las declaraciones de DDHH es relativamente reciente, y surge como fruto de un momento específico de la historia del pensamiento jurídico occidental, hunde sus raíces en el iusnaturalismo, el estoicismo y la idea judeocristiana de una legislación de origen superior a los órdenes jurídicos positivos. Conf. G. HAARSCHER, «Philosophie et droits de l'homme», en: *Les sciences humaines et les droits de l'homme*, Cap. I, R. Bruyer (ed.), Bruxelles, Pierre Mardaga, 1986.

⁶ N. LLOVERAS / M. SALOMÓN, *El Derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, p. 26.

⁷ Acerca de esta etapa, ver: E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne – Cours général de droit international privé 1995» en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II.

¿Cómo se modulan los nuevos paradigmas de familia con los principios y normas que integran el acervo de DDHH, atendiendo al rol del DIPr y de los instrumentos de esta ciencia, en aras de cumplir su cometido?

Visto funcionalmente, el planteo sería: ¿Qué sucede a la hora de aplicar judicialmente derecho extranjero o reconocer un acto / documento / sentencia proveniente de un país que recepta una noción de familia distinta a la vigente en nuestro estado, cuando los efectos de la aplicación de ese derecho/documento / reconocimiento de la sentencia/ acto - limitándonos espacialmente a países de cultura occidental - no está prevista en la legislación local o no es acorde a los principios orientadores de la normativa local? ¿Corresponde echar mano de la cláusula de reserva?

Podríamos presuponer que se trata de un tema concerniente al orden público internacional y por tanto de fácil lectura ya que con utilizar la excepción que obra de barrera a la aplicación del derecho extranjero o al reconocimiento del acto o decisión, se cierra el caso.

Sin embargo, no es tan terminante la solución. La dificultad del supuesto, causa no poca resistencia, ateniéndonos a las peculiaridades normativas vigentes en los estados, a las manifestaciones en torno a la identidad cultural, a las declaraciones y pactos que bregan por la protección de derechos fundamentales, al objetivo del DIPr y a la metodología que se corresponde con la búsqueda de la solución justa al caso concreto⁸.

⁸ Con esa sutileza que le era tan propia, palpable como su sapiencia, F. JUENGER ha escrito magistralmente sobre el método del DIPr aplicado al caso concreto y en ese orden de ideas, sugiere la utilización de un proceso de selección basado en la evaluación cualitativa de las normas jurídicas concurrentes. Así, enseña acerca del desvanecimiento de la doctrina clásica a la vez que destaca la habilidad de los jueces que resuelven casos internacionales, para “diseñar normas sensatas a partir de fuentes” que pueden ser extranjeras o locales. *Derecho internacional privado y justicia material*, trad. D. Fernández Arroyo / C. Fresnedo de Aguirre, México, Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2006, pp. 265-267.

Por otra parte, es indudable el impacto que ejerce sobre las sociedades contemporáneas la internacionalización de los DDHH con la eventual transformación del derecho internacional de la familia en el marco valorativo de la posmodernidad⁹. Subyace aquí, un acendrado postulado progresista en función de una mayor implementación de las obligaciones vinculadas con la toma de conciencia de los principios enunciados en las declaraciones de los DDHH.

Abordamos la problemática partiendo del ámbito material del tema, esto es precisando la noción “familia” y su relación con el derecho¹⁰, ubicados en la sociedad contemporánea que demanda del DIPr un método que se haga eco de los caracteres y valores de la era posmoderna. A renglón seguido, nos pronunciamos sobre la que puede ser una solución justa a los ojos del pensamiento contemporáneo, ya que a través de ir desgranando los factores involucrados, la respuesta se aproxima. Finalmente, devienen algunas inferencias que justamente, obran como tales; la idea es no empantanarnos ni quedar a la vera del problema, sino manifestarnos asumiendo una posición a modo de silogismo, que exhorte a un debate intenso y profundo. Todo ello bajo el rigorismo de pensar el derecho intentando sortear los prejuicios y preconceptos que limitan en no pocos términos el discurso, y priorizar la solución jurídica razonable para las relaciones jurídicas internacionales enraizadas en los actuales paradigmas de familia.

⁹ Entre los valores de la posmodernidad, reconocer el pluralismo de ideas, de estilos de vida, de religiones, es fundamental para caracterizar la época, y hace a su esencia rescatar la posibilidad de alternancia. Se ha expresado que el saber posmoderno no es sólo un instrumento de poder, sino que se desarrolla, refina la sensibilidad humana a las diferencias y refuerza la capacidad de la persona para soportar lo irreconciliable y lo inconmensurable. Conf. J.F. LYOTARD, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Francia, Les Éditions de Minuit, 1979, p. 9.

¹⁰ Sobre esta relación desde la óptica internacional, ver S. SANCHEZ LORENZO, “Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia”, en: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, IHLADI, Madrid, 2005-17.

2. La relación familia – derecho

El jurista, el legislador y el derecho no pueden soslayar los cambios sufridos en la institución familiar como realidad sociológica pre jurídica o meta jurídica, más allá de las voluntades encontradas que puedan obstaculizar una reforma¹¹; ignorar las transformaciones, no cambia la situación ni influye en su número, aunque opera una sintomatología refractaria a la negación de su abordaje.

Podría ubicarse el fin de la segunda guerra mundial como marco del incremento de estas mutaciones, ya que es una instancia que trae consigo un espíritu de libertad y sinceramiento que prevalece sobre los esquemas rígidos desarrollados hasta entonces. No atribuimos a este fenómeno el crédito con carácter de exclusividad pues un significativo acervo de acontecimientos a los que haremos referencia oportunamente, se sumó para convocar de modo intangible, la metamorfosis que tiene lugar en este ámbito.

Ahora bien, considerada desde la perspectiva tradicional, la familia conecta a los individuos y la sociedad desde el comienzo de la vida humana y evidencia manifestaciones que la tornan campo fértil de observación y estudio desde las más diversas disciplinas. La sociología, la demografía, la antropología y el derecho entre otras, dan cuenta de profundos análisis y desarrollos¹². Pese a constituir una situación sociológica vinculada estrechamente a la historia de la persona - aunque bien puede ser ésta la razón - la familia ha reflejado siempre visos de cambio. No es un dato

¹¹ En el mismo sentido aunque acotado a la realidad de España, se expresa E. LLAMAS POMBO, *Nuevos conflictos del derecho de familia*, Madrid, La Ley, 2009, pp. 14-15.

¹² Conf. G. CABREJAS DE LAS HERAS, “Transformación de la sociedad española desde 1970: cambios y permanencias en la institución familiar”, Universidad Complutense de Madrid: <http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/ceclm/websCECLM/transici%C3%B3n/PDF/03-10.%20Texto.pdf>

menor la permanente adaptación que observa a lo largo de los siglos, y la versatilidad de las instituciones jurídico familiares conforme a las culturas y las sociedades. El papel de las religiones ejerce una fuerte influencia en el instituto que representa también, una herencia de valores que se transmiten de generación en generación, y que recién se democratiza cuando la sociedad va tomando el rumbo de manifestarse abiertamente, sin eufemismos ni reticencias. Casi masivamente, proliferan las uniones de hecho heterosexuales y homosexuales, las rupturas matrimoniales y los divorcios, situaciones que pergeñan sus efectos en el plano de la internacionalización de las relaciones jurídicas de carácter privado.¹³

El panorama presentado por si mismo, revela que jurídicamente, en su calidad de fenómeno social, amerita protección a fin de asegurar su estabilidad frente a la cantidad y variedad de ordenamientos existentes¹⁴. Sobre todo, porque son cuantiosas las hipótesis en que las regulaciones adolecen de insuficiencia o son vetustas o incompletas para atender las nuevas figuras.

El legislador en tanto, afronta ante el ordenamiento interno un grave dilema, cual es conciliar las posiciones antitéticas de una sociedad que desde un ángulo pugna por la adecuación de las normas jurídicas a una realidad que considera directamente engarzada con el ejercicio de los derechos que la asisten a nivel universal, mientras que desde el otro vértice, el posicionamiento social muestra - en una considerable fracción - su intransigencia para aceptar modificaciones legislativas que se aparten de parámetros tradicionales. Aunque ya destacamos los efectos de la falta de

¹³ Ver A. QUIÑONEZ ESCAMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el derecho internacional privado*, Barcelona, Atelier, 2007.

¹⁴ Conf. L. PEREZNIETO / J. SILVA SILVA, *Derecho internacional privado, Parte especial*, Oxford, 2000, p. 63.

reconocimiento a los cambios acaecidos, nos permitimos agregar que se suma una consecuencia que merece reparo y es que esa indiferencia disfrazada, trae de la mano la ilegalidad o cuanto menos la ilegitimidad ya que la concepción clásica de familia regida por el derecho que la contenía, se puede mantener a costo de trazar una línea divisoria entre dicha concepción y la configuración de los hechos que dadas las circunstancias, subvierten la ley¹⁵.

Se desprende de estas apreciaciones que es menester diferenciar entre los conceptos: “familia” y “derecho de familia”; bien se entiende que “familia” consigna un dato objetivo de la realidad, mientras “el derecho de familia” se vincula a la normatividad que se crea para regular ese núcleo social¹⁶.

El diccionario jurídico define el término “familia” brindando diversas acepciones, según sean los contenidos jurídicos e históricos. Muy acertadamente, opta por distinguir entre ordenamientos legales – casi tantos como países en la diáspora - y épocas - en función del significado del instituto a través del tiempo¹⁷.

Estimamos que el catálogo de nociones es prácticamente inabarcable y no hace a nuestro objetivo, aunque tangencialmente, el derecho comparado es un instrumento esencial de cara a la problemática¹⁸, frente a

¹⁵ Un ejemplo interesante sobre estas corrientes contrapuestas es la reciente legislación en el estado de California por la cual se prohíben los matrimonios entre personas del mismo sexo. Se vuelve atrás sobre una legislación al amparo de la cual contrajeron matrimonio legal dieciocho mil personas a las que, obviamente, se les respeta su condición matrimonial pese a abolir la regulación en comentario.

¹⁶ Ver L. PEREZNIETO./J. SILVA SILVA, (nota 14), p. 63.

¹⁷ M. OSORIO, *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires, Heliasta, 1994, pp. 421-422. Luego de las varias definiciones que pueden verse en el *dicc. cit*, agrega que “El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y de obligaciones, especialmente referidos al matrimonio, a la relación paterno – filial (la patria potestad de modo muy destacado), a los alimentos y a las sucesiones”.

¹⁸ Ilustra con muy elevada consideración, la relevancia del derecho comparado M.A. Ciuro Caldani, *El Derecho Universal, (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)*, Rosario, FIJ, 2001, p. 11 y ss.

la variedad de modelos de familia que coexisten atendiendo a la realidad social y a la tradición jurídica. La necesidad de acotar el trabajo lleva a que este análisis se atenga a puntualizar las estructuras del mundo occidental, al ser un fragmento de la sociedad posmoderna dentro de cuyas fronteras se asientan un sin número de casos cuyos efectos inciden en el DIPr más cercano a nuestro entorno¹⁹.

Los persistentes movimientos migratorios fomentados o derivados de motivaciones laborales, económicas, sociales, religiosas y políticas, informan la cantidad de matrimonios o uniones de hecho que tienen lugar entre personas de diferentes nacionalidades, con distinta residencia o domiciliadas en diversos países. Independientemente de las conexiones atribuidas a la institución matrimonial en el estado en el que celebran la unión, el fenómeno muestra un incremento sostenido que deviene en la recreación de las más variadas situaciones internacionales. La institución puede ser monoparental, homoparental, recompuesta, deconstruida, clonada, generada artificialmente...²⁰.

Tales movilizaciones se han convertido en una constante y el modo de reaccionar de los países receptores, es muy variable, aunque se consignan no pocas señales refractarias a integrar al extranjero, pero también, desde el otro vértice, del foráneo a integrarse.

¹⁹ Encaramos este análisis con un límite - si se quiere - territorial. La actitud deviene de la referencia a las declaraciones que, aunque intituladas “universales”, emanan exclusivamente de la cultural occidental. Bien se conoce vgcia., que en el caso del “Islam”, estas declaraciones y acuerdos no son aceptados al no ser una sociedad laica, consecuencia de lo cual, dicta sus propias disposiciones y declaraciones referidas a los DDHH. Existe así: la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos (UNESCO, París, 1981). Las divergencias con la Declaración elaborada en el mundo occidental son infranqueables, pues sólo por mencionar algunos ejemplos, la Declaración Islámica hace fe de la libertad de credo, pero como contrapartida, retiene de forma implícita, la pena de muerte por apostasía; afirma la igualdad, si bien la mujer queda sometida en el ejercicio de sus derechos a “la ley”. O sea que el documento proviene de la ley religiosa que lo fundamenta y le otorga legitimidad; los derechos que se proclaman son entonces los derechos del hombre musulmán y no de la persona humana a nivel universal. Conf. S. SÁNCHEZ LORENZO, (nota 10), pp. 98-99.

²⁰ E. ROUDINESCO, *La familia en desorden*, FCE, México/Argentina y otros, 2007, p. 10.

Esta conducta violenta el espíritu de las declaraciones y convenciones internacionales de DDHH, orientado hacia la internacionalización de los derechos personalísimos²¹. Ciertamente, no pretendemos extendernos en la faz sociológica del tema, sólo que es innescindible de la legal, pues directa o indirectamente se funden en el interrogante de base.

Los textos internacionales de DDHH consideran que:

“La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

En tanto que se contempla el *jus connubii* al expresar:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”²².

Los fundamentos de mayor peso para defender el perfil de la familia postmoderna se encuentran en el Derecho internacional de los DDHH, al establecer la protección que la sociedad y el estado brindan a la familia como su núcleo natural. Además estos instrumentos reconocen el derecho a la intimidad o privacidad, a la igualdad ante las leyes y el principio de no discriminación, pudiendo avizorarse en todas las declaraciones y pactos, una suerte de principio de alcance general que se concreta en el respeto a la

²¹ En especial: la Declaración Universal de los DDHH (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (1966); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto de San José de Costa Rica (1969).

²² Declaración de 1948 (art. 16); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 23).

dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como sustento de la organización social.²³

En la línea de universalizar los conceptos, el Pacto de San José de Costa Rica en su preámbulo, reafirma el compromiso de consolidar dentro del contexto de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social cimentado en el respeto de los derechos esenciales del ser humano. Particularmente, interesa en cuanto expresa que los derechos reconocidos no nacen del hecho de ser nacional de determinado estado, sino que se sustentan en los atributos de la persona, y en esta línea consiste en una protección internacional de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los estados²⁴.

En definitiva, la familia internacional es fruto del trasiego transfronterizo que se produce a nivel personal e implica la necesidad de una redimensión, una neodimensión o una reconceptualización en la aplicación del derecho, principalmente, cuando se trata de una familia multicultural, multinacional o multidiversa²⁵.

Otros factores que ejercen su impronta en la alteración del concepto tradicional de la institución, concurren reivindicando el derecho para su atención. Por un lado, el fenómeno de la globalización y por el otro, la significación de respetar la identidad cultural de las personas.

²³ Conf. L.GRESELIN / J. ACOSTA, “El derecho internacional privado como instrumento de armonización para la problemática de las uniones de hecho en el MERCOSUR”, en: Suplemento de DIPr y Derecho de la integración, *Diario jurídico EIDial.com*, noviembre, 2008.

²⁴ Conf. J. C. RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General* tº II, 3ª ed. actualizada, Buenos Aires, LexisNexis/Abeledo Perrot, 2004, pp.14-15.

²⁵ N. GONZALEZ MARTÍN, *Familia internacional en México: adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, México D.F. 2009 (en prensa).

1. El fenómeno de la globalización

La globalización es un arquetipo que lleva a una nueva manera de encarar los temas y permite discurrir las problemáticas a través de una ideología que subyace en el concepto. Las premisas sobre las cuales se construye, han sido objeto de innumerables estudios. Sistematizamos en las siguientes proposiciones, los aspectos del fenómeno que a nuestro entender, son sus ejes, coincidiendo en parte, con autorizada doctrina²⁶:

- la globalización remite a un proceso social, económico, cultural y demográfico que se instala en el seno de las naciones y, a la vez, las trasciende:
- los Estados - nación, con mayor asiduidad parecieran quedar excluidos como tales, de los intercambios mundiales, que de internacionales tienden a convertirse en transnacionales. Sin embargo, pese al carácter aparente cada vez más problemático, el estado –nación sigue siendo punto de referencia obligado.
- El actual movimiento de globalización de los intercambios genera como contrapartida, una atención a los procesos, las identidades y las unidades de análisis locales, sin cuyo estudio el proceso global

²⁶ En líneas generales, se atribuyen al fenómeno de la globalización dos significados principales: el primero, consiste en considerar la globalización un proceso que en la medida que transcurre el tiempo, genera una interdependencia cada vez más profunda entre las regiones y países del mundo, con particular acento en las áreas vinculadas a las relaciones comerciales, financieras y de comunicación. En tanto que el otro significado pasa por entender que la globalización es una consecuencia de la teoría del desarrollo, estableciendo que uno de sus postulados esenciales, consiste en que a mayor nivel de integración entre las regiones del mundo, hay mayor afectación del fenómeno en las condiciones sociales y económicas de los países. En la obra que referimos seguidamente, pueden encontrarse muy diversos enfoques y desarrollos sobre este concepto. Entre otros, con un cariz político-jurídico se pronuncian: R. LAGOS, "Hacia un nuevo consenso social internacional"; F. GONZÁLEZ, "Economía Global y progreso global" en: *Globalización XXI. América Latina y los desafíos del nuevo milenio*, H. MUÑOZ (Compilador), Chile, Aguilar, 2000, pp.19/25; pp.27/51. También fundamental, A.J. ARNAUD, *Entre modernidad y globalización, siete lecciones de historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, trad. N. González Lajoie, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000. pp. 34-38.

no se puede comprender de manera adecuada; en consecuencia, opera en una dialéctica permanente con el ámbito local.

- El movimiento contemporáneo de globalización de los intercambios conlleva un regreso de la sociedad civil, la que desempeña un papel que va acrecentándose en relación con la regulación social.

El término globalización desborda las materias económicas y financieras, por este motivo ha impuesto fuertemente una acepción paradigmática. El marco local como antónimo de global, está llamado a jugar un papel dialéctico en la dinámica de la globalización, percibida en un inicio, a través de la lógica económica que imprime, pero estimulando inmediatas consecuencias políticas y sociales. A través de su instalación, se agudiza la tendencia generalizada a la democratización, a la protección de los DDHH, y al renovado interés por el estado de derecho. Una definición acorde con estas premisas sugiere que “la globalización es la intensificación de las relaciones sociales planetarias, que aproxima hasta tal punto lugares alejados, que los acontecimientos locales se verán influenciados por hechos que sucedan a miles de kilómetros de distancia y viceversa”.²⁷

¿En que influye la globalización como contexto en el cual se constituye la familia?

Además del ascendiente axiológico que analizaremos más detalladamente cuando abordemos el derecho internacional de la familia mediante el método del DIPr, la noción ligada a la globalización, permite explicar la creación de normas jurídicas que no sólo son ajenas a los

²⁷ Ver A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité*, trad. O. Meyer, París, L'Harmattan, 1994, p.70.

espacios nacionales sino que son susceptibles de generar relaciones que entran en colisión o contravienen a estos derechos. Cuando las reglas nacionales se muestran incapaces de hacer respetar las declaraciones internacionales a fin de lograr un efecto acertado, no resulta inútil acudir a reglas que nacen a nivel internacional con carácter universal, y se esgrimen desde la globalización que entre sus signos - según adelantamos - contabiliza esa fortaleza de afianzar la protección de los derechos fundamentales.

2. El respeto a la identidad cultural

La protección de la identidad cultural es uno de los pilares del DIPr que confluye con la disciplina en su naturaleza íntima, tallada por la aspiración del respeto de las minorías²⁸. Jayme destaca como elementos de identidad cultural a la lengua, a la religión, a la expresión artística y al ‘estilo de vida’, denominación tomada de la Comisión para la Protección de los Derechos del Hombre²⁹.

El interrogante acerca del alcance del respeto en cuanto a la preservación de elementos culturales de los sistemas nacionales, es un tema que adquiere connotación en los últimos años. Al haber una nueva

²⁸ I. MANZANO BARRAGÁN efectúa un análisis exhaustivo que da por resultado una investigación muy lúcida sobre el grado de protección de que gozan las minorías sexuales en el ejercicio de sus derechos en el marco de la Unión Europea. El artículo apunta principalmente a contabilizar las disposiciones que el Derecho tanto originario como derivado, dedica a un tema de sustancial relevancia, siendo muy útil e ilustrativa, la inclusión de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en causas referidas a la materia. Es destacable que, conforme surge de la lectura del trabajo, la UE ha dotado a la ciudadanía de una nueva base legal para luchar contra la discriminación por orientación sexual, hecho que para nada es un aporte menor a los fines de su consideración como parámetro. Ver “La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo* año 13, n° 32, Granada, 2009, pp. 151-178.

²⁹ Aut. cit., “O Direito Internacional Privado e a Família no Umbral do Século XXI”, em: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, vol. I n° I, março, 2003, pp. 150-151.

coyuntura, original también para el DIPr, las técnicas, los métodos aplicables y la concepción de la disciplina deben enfilarse por los cauces habilitados para enfocar la idea de justicia que le es propia - aunque pensamos que se trata de una concepción autónoma, entendemos que sin una meridiana aclaración, puede sonar un tanto hedonista-. Sucede que no existe en otra rama del derecho un planteo equivalente, que brinde igual tratamiento a leyes distintas, siempre que el caso encuentre una conexión estrecha con el respectivo país. De este modo, aviene entablar un diálogo intercultural entre sistemas diversos³⁰.

La persona humana manifiesta el profundo y ponderado interés de contar con un derecho de familia que aliente el reconocimiento universal de su ubicuidad en el seno parental y de sus relaciones jurídicas. La familia no conoce límites políticos ni fronteras sociales que la deslocalicen y menos aún que violenten el estado personalísimo de sus miembros.

El respeto a la identidad de las personas que se adscriben a culturas distintas de la que impera en el ámbito local demanda, necesariamente, encarar la interpretación de cara a las declaraciones y pactos de DDHH y a la luz de los valores que de éstos se desprenden.

La protección de la identidad cultural de las minorías es sólo un factor de la posmodernidad y una cualidad de afrontarla donde cada individuo puede pretender regirse por un derecho que lo ampare en ese ser diferente (*droit à la différence*)³¹.

³⁰ En este sentido se expresa E. JAYME, quien brillantemente expone su teoría sobre el diálogo de las fuentes en relación con el instituto en análisis. Ver: art. cit. (nota 29), p. 147-148.

³¹ R. J. Dupuy, *La clôture du système international. Le cite terrestre*, Francia, PUF, 1989.

3. El método de DIPr y el Derecho internacional de la familia

Son numerosas y diversas las metodologías utilizadas en el DIPr según la finalidad asignada a través de las épocas y conforme las perspectivas doctrinarias en presencia³². La técnica para hallar solución a los casos jusprivatistas internacionales no se diferencia por la materia en análisis. De esta suerte, no podemos concluir en que hay una metodología particular para resolver los problemas que atañen al DIPr de familia. Sin embargo, conocemos la especificidad de este ámbito material, distinto radicalmente de otras situaciones jurídico privadas internacionales, en especial de las referidas al comercio internacional. Siendo tan claros los perfiles propios de cada sector, con intereses bien definidos en cada campo, no veo necesidad de abordar tales divergencias.

Conocemos que el método es el procedimiento que se sigue para hallar una respuesta, o la técnica de la que nos valemos para conocer un objeto³³. En consecuencia es coherente someter la materia al pluralismo metodológico aunque direccionado hacia las técnicas consagradas en la globalización y actual etapa de la postmodernidad.

La idea es facilitar la comprensión de los fenómenos que devienen y encuentran respaldo en las fuentes que nutren esta rama del derecho, a saber: el orden normativo convencional, transnacional y el conjunto de normas y principios de DDHH de carácter internacional, entre otras

³² Sobre la temática ver: B. AUDIT, "Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général" (2001), *Recueil des Cours*, t. 305, 2003.

³³ Una visión esclarecedora acerca de la metodología desde las diversas perspectivas que interesan, puede verse en L. PEREZNIETO CASTRO, *Introducción al estudio del derecho*, 6ª ed., México, Oxford, pp. 73-100.

vertientes³⁴ transformadoras y ampliatorias del acervo legal de esta ciencia jusprivatista internacional, en el día a día³⁵.

Situándonos en el tratamiento que recibe el DIPr en numerosos ordenamientos nacionales de la región³⁶, señalar que la visión tradicional es la que campea, implica volver sobre lo dicho. La reiteración sin embargo, es para determinar que la elección de las conexiones, sigue a pies juntillas la vertiente clásica pues establece el derecho aplicable a través de planteos relativamente abstractos que remiten principalmente, al derecho del domicilio, al lugar de celebración, al lugar de ejecución, etc. Esta postura imperante en la primera mitad del siglo XX, es acorde a la concepción de la disciplina de entonces, que giraba en torno a considerar el sistema como distribuidor de competencias legislativas, en donde era indisociable el ámbito de la ley y la esfera de la soberanía de la autoridad que la dictaba. Bajo ese prisma, pertenecía al derecho internacional público la tarea de delimitar las competencias legislativas respectivas de los Estados - incluso en el ámbito del derecho privado - transformando en juspublicistas, los conflictos emergentes de la vida internacional de las personas privadas. Su objeto es el conjunto de normas tendientes a resolver problemas de la aplicación de la ley en el espacio y su base, la norma indirecta que como única técnica, conduce a la remisión.³⁷

³⁴ Sobre las fuentes jurídicas de DIPr: A. DREYZIN DE KLOR / T. SARACHO CORNET, *Trámites judiciales internacionales*, Buenos Aires, Zavallía, 2006, pp.15-46.

³⁵ En este línea se pronunció L. PEREZNIETO CASTRO: "Autoregulación y unificación del derecho de los contratos internacionales", en: *III Seminario Internacional de Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense de Madrid, 5- 6/02/2009.

³⁶ En América Latina en su mayoría, los estados no han receptado en materia de derecho internacional de familia las nuevas figuras que, en cambio, han sido incorporadas en los últimos tiempos en otros países, entre los que encontramos: Alemania, España, Bélgica, Canadá, EEUU. Nos referimos particularmente a la regulación sobre matrimonios homosexuales, adopciones por parejas de mismo sexo. (En América Latina, aunque no se hace hincapié particularmente en el tema, de hecho no se acepta por la jurisprudencia, vgcia. en Argentina).

³⁷ Conf. M. S. NAJURIETA, "El pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado actual", Buenos Aires, *El Derecho*, t.161, p. 1064.

Otras doctrinas conviven con la enunciada. Se alegó por ejemplo, que el propósito que palpita en el DIPr es regular las relaciones jurídico-privadas con elementos extranjeros, caracterizándose por una actitud de comprensión y respeto hacia la existencia de grupos humanos o comunidades que viven bajo órdenes jurídicos distintos, cuyos comportamientos en la vida de relación pueden no coincidir con los que son propios de la comunidad local. Esta actitud, se concreta en la aplicación del derecho extranjero, frente a la virtualidad que poseen las relaciones jurídicas de estar conectadas con más de un ordenamiento o de una jurisdicción.³⁸

Estas situaciones aparecen así ante la mirada del analista de derecho, como un supuesto atípico en el que desde el primer intento de aproximación, pueden avizorarse posibles áreas conflictivas. Frente a la contingencia, los aplicadores del derecho adoptan una postura ideológica acorde al tratamiento a dispensar a la situación jurídica según dispongan los diferentes sistemas estatales³⁹. De este modo, el jurista deberá decidir su actuación en relación con el derecho extranjero a la vez que resolver la disyuntiva de elegir uno de los sistemas jurídicos involucrados.

En la segunda mitad del siglo XX, según escribimos en un inicio, la metodología aplicable a esta ciencia da un vuelco singular. Tal metamorfosis opera a tenor de las normas preexistentes pues son pocos los ordenamientos que aprueban en esta región del mundo nuevas regulaciones de DIPr⁴⁰. La razón sustancial es que la aplicación del derecho extranjero

³⁸ Conf. L. FERMÉ, *Tratado de Derecho del Trabajo*, A. VÁZQUEZ VIALARD, (Dir.) tº II, cap. VII, p. 851.

³⁹ Conf. M. E. UZAL, "El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica", Buenos Aires, *El Derecho* tº161, p. 1057.

⁴⁰ Venezuela lleva la delantera en este sentido. Ver *Ley de Derecho internacional privado comentada*, MAEKELT / ESIS VILLARROEL / RESENDE, (coordinación), Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, tº. I y tº II.

así como el reconocimiento de una sentencia o un documento proveniente de otro estado, reclama un funcionamiento metodológico que comulgue con la vinculación de las normas y la cultura que las identifica.

El reconocimiento del pluralismo es un valor destacado en la postmodernidad, sea relativo a los estilos de vida, a las ideologías, y al respeto de la propia identidad, que se refleja en los atributos personalísimos del ser humano. Las normas constitucionales de los estados son las que de alguna manera imponen las reglas y principios del sistema legal en análisis.

Es en esta instancia que el diálogo de las fuentes ejerce su impronta pues el derecho de familia de raigambre constitucional, en su dinámica institucional puede verse reglamentado desde una perspectiva legal, por normas jurídicas que desbordan o exceden la letra de la ley. Los tratados de DDHH revisten jerarquía constitucional o sea, son supra legales, y la interpretación iluminada por esos pactos y declaraciones se realiza valorando los axiomas que se desprenden de estos cuerpos.

Una tendencia se insinúa para matizar dicho carácter universal que adjetiva a los DDHH y que con frecuencia, demanda el reconocimiento de valores diferenciados de comunidades, justificando el esfuerzo por adaptar los estándares generales de los derechos fundamentales. Va de suyo, que no se pretende unificar los DDHH sino establecer mínimos patrones internacionales aceptados en los diversos ordenamientos jurídicos. Ese carácter propio de las normas atribuye una significativa capacidad de desarrollo al operador de las mismas.⁴¹

La proyección de los derechos de dignificación sobre el DIPr se hace sentir concretamente en el empleo de la reserva de orden público

⁴¹ Conf. P. DE MIGUEL ASENSIO, "Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado", Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1998, p. 7.

internacional (OPI), en los sectores de derecho aplicable y eficacia de sentencias. En el derecho de familia es relevante el recurso al OPI. La condición del derecho como producto cultural, se manifiesta con toda su intensidad en lo relativo a la ordenación de las relaciones familiares y las cuestiones de estado civil - las áreas más sobresalientes en materia de DIPr - que son marco de contradicciones constantes entre principios básicos del ordenamiento autónomo y otros derechos.

En este plano de dificultades, el sistema de DIPr local debe ser capaz de dar respuesta adecuada a las particularidades presentes en las situaciones vinculadas con culturas diferenciadas. Es relevante, muy especialmente a estos fines, que cuando un supuesto de tráfico jurídico externo pone en contacto ordenamientos fundados en concepciones de matrimonio y familia que no coinciden con las culturas locales, se restrinja la operatividad del orden público para lograr una articulación entre las soluciones en presencia.⁴²

El OPI al identificarse con un concepto integral, subsume ese conjunto de principios y normas sobre los que se asienta la legislación sin atender a caracteres de especificidad según un área determinada. Si bien se pretende resguardar el contenido del derecho de familia internacional, no podemos admitir un orden público internacional familiar pues éste no existe como un compartimento estanco. El orden público familiar no es pasible de considerar aisladamente sino dentro del OPI general ya que el derecho es un sistema. Aplicar la cláusula de reserva de forma singularizada a las relaciones familiares e institutos reguladores a la hora de efectuar el juicio de valor o desvalor del derecho extranjero con relación a

⁴² Conf. J. GONZÁLEZ CAMPOS, "Derecho de familia. El matrimonio", en: J. GONZALEZ CAMPOS / J. FERNÁNDEZ ROZAS y otros, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 6ª ed. Madrid, 1995, p. 295.

nuestro ordenamiento y sus principios, no implica llevar el OPI a una jerarquía diferente ni darle autonomía respecto a un instituto, ya que la excepción es operativa en la medida que protege un sistema⁴³.

La metodología savigniana por la que el jurista prusiano salvaguardaba las relaciones jurídicas en el tiempo y en el espacio cuando se creaban bajo el prisma de un ordenamiento extranjero⁴⁴, se renueva en nuestro tiempo por un método de reconocimiento, pero en este caso, no es reconocimiento de la sentencia o del acto amparado por otro ordenamiento, sino el reconocimiento de la situación creada en el extranjero⁴⁵.

En este sentido y a efectos de no modificar el pensamiento doctrinal que seguimos en este punto, transcribiré un párrafo que describe con meridiana calidad el sentido metodológico que comulga con la ciencia en esta etapa temporal.

“A tenor del método de reconocimiento (sea cual sea la calificación retenida: documento, acto público, sentencia o situación) no se indaga la ley competente, y el control basado en el límite del orden público internacional es excepcional y relativo en el espacio y en el tiempo. Este exige una valoración, en el momento actual e *in casu* del impacto o de los

⁴³ Se aduce que si la excepción de orden público pasa a ser la regla, la norma de conflicto está mal formulada pues de ser así pierde sentido la legislación y es más, ésta tiene corta vida. Conf. E. LLAMAS POMBO (coord.) ob. cit. (nota 11), p. 44.

⁴⁴ Nos hemos extendido en el análisis del método que Savigny desarrolla respecto a las relaciones jurídicas privadas con elementos extranjeros en: “Los principales desarrollos dentro del derecho internacional privado en el próximo siglo en Argentina”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado. Número especial 2000*, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2000. Asimismo, ver F.K.VON SAVIGNY, *Traite de Droit Roman, Tome Huitieme*, traduit de l'allemand par M. Ch.Guenoux. Paris, Firmin Didot Frères, Imprimeurs de l'Institut de France, 1851.

⁴⁵ Conf. A. CALVO CARAVACA /J. CARRASCOSA GONZALEZ, “Aspectos internacionales de los matrimonios de personas del mismo sexo: notas a la resolución-circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio” *BIMJ*, 2007, p. 675 y ss., M. CHECA MARTINEZ, “Matrimonios del mismo sexo y derecho internacional privado”, en *La reforma del matrimonio*, J. Gavidia Sanchez (coord.), Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 389-416.

efectos nocivos que produciría la recepción de tal decisión en el foro (país de reconocimiento)»⁴⁶

A partir de estas premisas, es útil conciliar el diálogo de las fuentes respetando la primacía de los tratados universales y al hilo de la interpretación teleológica⁴⁷. A su vez, se propicia la concepción de justicia en el caso concreto, la que es posible siempre que accedamos a emplear normas materialmente orientadas. La realización de los valores, considerados parámetros para lograr la solución amerita echar mano de esta metodología de reconocimiento de la situación siendo cuidadosos de observar ese derecho adquirido, pero principalmente, de registrar los efectos pergeñados por la situación localizada en el país extranjero, y el nivel del interés que se defiende.

Es de recordar que la funcionalidad del DIPr se manifiesta en la aptitud que demuestra a la hora de brindar soluciones a las situaciones vinculadas con varios ordenamientos, del modo más adecuado y razonable posible.

Los rasgos de complejidad de las relaciones de familia, despliegan su iridiscencia en la sociedad occidental posmoderna, principalmente en los procesos de integración regional, en asociaciones económicas de distintos grados, en modelos estructurados de cooperación jurídica internacional o entre estados identificados por intereses comunes en los que el terreno se

⁴⁶ Conf. A. QUIÑONEZ ESCAMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, en: *Indret Revista para el análisis del derecho*, p. 24. www.indret.com

⁴⁷ Ihering, fue inspirador de este método que pone el acento en el elemento finalista y su utilización es predicada más allá de los casos en que la redacción es ambigua. Se lo conoció como “método de la última palabra” (P. Pescatore) y en un análisis de la legislación española que refiere en el art. 3.1.C.C. a “realidad social”, de “espíritu” y de “finalidad” es propiciada la comprensión del método teleológico de diversas maneras, que abarcan desde la identificación con la voluntad del autor del texto, hasta considerarlo una herramienta de interpretación evolutiva. Conf. F.J. EZQUIAGA GANUZAS, *La argumentación en la Justicia Constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 394.

muestra más fértil para cultivar en su ámbito casos “difíciles”⁴⁸, al contribuir al fomento de los movimientos migratorios. En efecto, entre las libertades propias de un mercado común, la libre circulación de las personas que ven facilitado su traslado de un país a otro, lejos de simplificar los problemas los acentúa. Ello se debe a que pareciera que el reconocimiento del estado familiar, en los procesos de integración, debiera ser casi automático. En la Unión Europea, esta circunstancia ha recibido serias críticas por parte de quienes entienden que se estigmatiza a la persona al tratarla como si fuera una mercadería⁴⁹.

Sin embargo, la idea de favorecer la libre circulación se vincula con el derecho de familia aún cuando la protección de la identidad cultural manobra desde un polo opuesto al que enmarca la integración regional⁵⁰. Una primera lectura podría tentarnos a suponer que el argumento no se compatibiliza con la multiculturalidad en su calidad de axioma de la globalización. Empero, el cambio de paradigmas en la esfera de las relaciones de familia, convoca una modificación axiológica de cara al derecho que rige la institución pues procede una escala diferente, que estará en consonancia con los nuevos modelos. La particularidad - el “siempre” - debiera matizarse⁵¹ y estaríamos entonces, en condiciones de analizar los supuestos captados por la referida categoría. La cuestión - en definitiva - radica en desentrañar si a través de una labor de interpretación que

⁴⁸ Para H. HART los juristas están divididos en dos grupos: los que se embanderan tras un "noble sueño" y los que defienden una "pesadilla". Mientras unos creen que el derecho es determinado, aún en casos difíciles, para los otros, tal carácter es ficticio siempre. "American Jurisprudence Through English Eyes. The nightmare and the noble dream", in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 132 y ss.

⁴⁹ Así lo expresa E. JAYME, en art. cit. (nota 29) pp. 147-148.

⁵⁰ Hemos apuntado ya que los elementos que identifican la identidad cultural – siguiendo a E. JAYME – son la lengua, la religión, las expresiones artísticas y el “estilo de vida” – que conforme destaca el notable jurista alemán, es la fórmula empleada por la Comisión para la Protección de los Derechos del Hombre. Ver aut. cit. (nota 29), pp. 148-149.

⁵¹ G. LARIGUET, “Robert Alexy y el desafío de los conflictos trágicos”, <http://www.eldial.com>, 30/3/2006.

armonice los valores, puede reducirse la indeterminación - equivalente a los llamados conflictos trágicos o irresolubles - caracterizada por la imposibilidad de comparar los principios contrapuestos que se encuentran de cada lado de la báscula.

El tema es reafirmar y consolidar la posición por la cual sostenemos de forma categórica la competencia de los tribunales de decidir sobre las cuestiones de fondo – en el caso descrito: la filiación o la relativa al reconocimiento de la eficacia de cosa juzgada de la decisión canadiense, que es la que expide el certificado o documento de nacimiento.

4. Nuestra posición en el caso concreto

En el caso que hemos narrado, ¿corresponde o no que en un estado que no legisla la adopción por personas del mismo sexo, se obtenga el reconocimiento de los documentos que acreditan a los niños como hijos de la pareja?

A nuestro entender, el control de legalidad del documento sólo atiende a la eficacia probatoria del certificado de nacimiento presentado. Esto quiere decir que el registro de los datos filiatorios tiene como finalidad evidenciar un hecho legal y no un hecho biológico⁵². En consecuencia, si dos hombres son registrados como padres de un mismo niño, esto no entra

⁵² En sentido equivalente se pronunció la Corte Suprema de Justicia de Israel, al resolver sobre una pareja constituida por dos mujeres; una de ellas tuvo un hijo concebido por inseminación artificial fruto de una decisión conjunta. Para así decidir, determinó el alto tribunal que ambas mujeres, - tanto la biológica como la adoptiva - mantenían idéntico contacto con el menor. Asimismo, sostuvo que un determinado comportamiento y/u orientación sexual, no es requisito para registrar datos filiatorios. Hubo un voto minoritario que se pronunció en el sentido de que el Ministerio del Interior no debe realizar la inscripción porque en primer lugar, la adopción realizada en EEUU, en su opinión, aún no tenía efectos en Israel. Para este juez la supuesta madre adoptiva primero, tenía que recurrir ante el Tribunal de Familia a efectos de obtener el reconocimiento de la adopción realizada en EEUU. Además el juez sostuvo que la inscripción de la segunda madre crearía una unidad familiar anormal. Para mayor ilustración ver A. CHEN, “Registration and Recognition of Foreign Divorce Decrees”, *Essays in Memory of Professor Menashe Shava*, Aharon Barak & Daniel Friedman (eds.) 2006.

en contradicción con la realidad biológica, sino que se limita a certificar la relación jurídica existente entre tres (en el supuesto cuatro) personas que en el caso concreto, conlleva a que los menores tengan dos padres - utilizando el término en su sentido neutro - con los derechos y deberes que implica⁵³.

La doble filiación paterna de los menores, ateniéndonos al método de reconocimiento de la situación, no conduce a la revisión del fondo del asunto salvo que fuera inevitable asegurar el respeto de los principios esenciales del ordenamiento local resguardados por el OPI. Ahora bien, no puede discutirse que existe aquí un “interés superior”, que es el de los menores, preservado en la Convención de los Derechos del niño. Es en esta instancia donde las fuentes deben entablar un diálogo que coadyuve a salvaguardar el interés que debe prevalecer. En la búsqueda de la solución al caso, cabe acudir al método de reconocimiento de la situación válidamente celebrada en Canadá y en EEUU, con efectos en el país. La teoría presentada se asienta en que el control conflictual se realice en el estado de origen y no en el estado de reconocimiento.

Un argumento se suma al vertido aunque aborda la cuestión desde otro ángulo. El juez, en su calidad de operador jurídico, se ve obligado a crear reglas para superar el vacío de la legislación o la falta de actualidad que es una falencia que se presenta bajo el tópico concatenado a la necesidad de formular reglas de DIPr superadoras de las normas positivas. No desconocemos que se trata de una tarea muy delicada porque el operador no está facultado a actuar con total libertad. Los límites para

⁵³ Este criterio no es seguido en forma unánime por jurisprudencia de estados afiliados a un proceso de integración; solo se trata de la posición que esgrimimos con relación al supuesto. Cfr. entre otros, el fallo de la *Court of District de Beltrami* (Minnesota), de 4/6/2001. El tribunal se pronuncia sobre la adopción de menores nacidos de maternidad subrogada, luego del abandono de la madre biológica. La *Cour d'appel de Paris*, decide la anulación de la transcripción realizada de los certificados de nacimiento extranjeros –a pedido del Ministerio Público- por considerar que ello atenta contra la concepción francesa del orden público internacional (N° 07/18559, N° JurisData: 2009-000867), 26/2/2009.

crear el derecho están dados por la arbitrariedad y por diferenciar la calidad de laguna o blanco en el caso concreto. Si puede cubrirse mediante otras fuentes que tienen prelación, debe atenerse a dichas reglas y de no ser así, proceder. ¿Cómo? De manera equivalente a la que el legislador hubiera actuado de tener que elaborar una ley que cubra el supuesto que ahora le toca considerar al operador jurídico. O sea, debe partir de los principios - valores de DIPr que orientan al legislador y que provienen de la Constitución y de las fuentes internacionales que gozan de igual jerarquía; y una segunda condicionalidad de su desempeño consiste en tornar la norma ajustada a la solución justa del caso⁵⁴.

III. Algunas inferencias a manera de reflexiones

A partir de los hechos que se suceden cada vez con mayor asiduidad, relativos a situaciones familiares que quedan jurídicamente desamparadas, principalmente en nuestra región latinoamericana, nace la preocupación de plantear estos tópicos en un recinto de máxima científicidad como es la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Debatir las complejidades sincrónicas de un tema de reconocida relevancia como la que reviste el DIPr de familia es un logro superador en relación con la alternativa que consiste en ignorar los problemas.

El conflicto entre la protección internacional de los DDHH y el relativismo ético y cultural no es novedoso. Tampoco lo es la realidad social desbordante no captada por las formulas vigentes.

⁵⁴ Esta técnica o instrumento que se aviene a la función del magistrado, la desarrolla bajo el título: “La nueva función del operador jurídico”, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Desarrollo judicial y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2004, pp. 66-68.

Aparece notoria sin embargo, la inflación normativa que se manifiesta en una profusa red que cobija fuentes provenientes de marcos internos, convencionales, institucionales, constitucionales y de equivalente jerarquía a éstas pero de origen internacional. Un adecuado eslabonamiento de las reglas para facilitar su aplicación, es posible a través del diálogo articulado de las fuentes que encauza la interpretación.

Nuestra disciplina enraíza en la primacía de axiomas propios ante la aplicación del derecho extranjero a las relaciones jurídicas y a la eficacia de sentencias y documentos procedentes de países foráneos. Este fenómeno es importante y necesario siempre que ese juicio de valor o desvalor pondere los intereses que se afectan en función de los efectos que se denieguen o reconozcan de esas situaciones.

El actual método de DIPr es una herramienta sumamente útil que el operador jurídico debe utilizar en toda su dimensión pues la concepción de justicia en el DIPr le exige ponderaciones frente al caso concreto que lleven al dictado de una sentencia “sensata”⁵⁵.

El territorio geográfico que nos sirve de marco, hace de contexto de un acervo de principios e intereses comunes que nos ubica en una franja dentro de la cual podemos articular una respuesta favorable a lograr una

⁵⁵ Conf. F. JUENGER, Cabe traer a colación el siempre vigente pensamiento del destacado profesor americano /alemán quién señalara con enorme acierto - en un párrafo que a efectos de no desvirtuar su significado prefiero transcribir completo-, lo siguiente: “Los esfuerzos conscientes de los jueces por decidir casos multiestatales aplicando normas que, en su opinión, son de una calidad superior, deberían asegurar más decisiones sensatas que las que cualquier otra doctrina pudiera producir. Al mismo tiempo, este enfoque evita los demonios gemelos de la hipocresía y la ofuscación. Los subterfugios utilizados para obtener determinado resultado atentan contra la integridad de la administración de justicia y confunden a los tribunales inferiores y a los asesores legales”. Y citando a Leflar, continúa: “la honestidad es la mejor política, incluso en las sentencias judiciales” argumentando que lo esperable es que “los jueces revelen las verdaderas razones de sus decisiones tanto en los casos multiestatales como en los puramente internos. La justicia y la certeza jurídica obtendrían mayores beneficios de la teleología abierta que del recurso a mecanismos encubiertos”. Aut cit., ob. cit. (nota8), p. 217 y ss.

solución justa que implique a su vez el respeto a la identidad cultural de nuestros pueblos.

No desconocemos que las políticas legislativas sobre la materia son particulares en numerosos tópicos pero ello no es obstáculo para un desarrollo metodológico con orientación material. Además, siendo los caracteres de esta identidad, la religión, el estilo de vida y un cúmulo de valores comunes, la distancia se acorta dadas las significativas concurrencias que detentamos.

De aceptar esta premisa, ampliemos al panorama a países en los cuales se sustentan nuestras raíces y de inmediato miramos a España. Los constantes movimientos migratorios entre la tierra europea que abre prácticamente las puertas del antiguo continente y América Latina son de una muy marcada fluidez.

Hoy nos separan concepciones profundas en esta materia pero ello no obsta a pensar que la distancia entre los estados desarrollados del antiguo continente y los estados en vías de desarrollo de América Latina son sólo datos temporales. O sea que, de ser cierta esta hipótesis, adoptaremos en un tiempo que no nos animamos a predecir -aunque más mediato que inmediato - las soluciones que ya imperan en otros países de cultura occidental.

La velocidad con que se producen los cambios nos impone adecuar las reglas jurídicas a la concepción de familia del siglo XXI. No se trata de copiar legislaciones ya vigentes sino de reconocer que en la etapa contemporánea no pueden cerrarse los ojos a la realidad y a ella debemos

adecuar las leyes. Parafraseando a Kay, “el nuestro es un campo no de leyes sino de hombres”⁵⁶.

⁵⁶ Citado por F. JUENGER ob. cit. (nota 8), p. 261.

Parte II

**LA INFLUENCIA DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DDHH EN EL
DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA CON ESPECIAL REFERENCIA A LA
SISTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS**

LA INFLUENCIA DE LA UNIVERSALIZACIÓN DE LOS DDHH EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS[•]

“Argumentar no es una pérdida de tiempo,
en la medida que se nos escuche.
Pero no podemos mediante argumentos,
hacer que las personas escuchen argumentos;
no podemos por medio de argumentos,
convertir a quienes sospechan de todo argumento
y que prefieren las decisiones violentas
a las decisiones racionales”.⁵⁷

I. Palabras previas

El siglo XXI nos encuentra inmersos en cambios sustanciales relativos al desenvolvimiento social cobrando particular atención las modificaciones producidas en el ámbito de las relaciones de familia⁵⁸.

Esta colaboración esta basada en la publicación de la autora en *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, (Dreyzin de Klor / Echegaray de Maussion, -dirs.- Godoy, -coord.-), Advocatus, Córdoba, 2010.

⁵⁷ Ver: K. POPPER, *El desarrollo del conocimiento científico*, Paidós, Buenos Aires, 1967, p. 413.

⁵⁸ Desde hace décadas afirmamos que el DIPr debe adecuarse a los cambios que vienen sucediéndose en las relaciones jurídico privadas que le competen al ser fiel reflejo de los mismos. Sin embargo, la instancia actual, a diferencia de otras épocas no admite dilación. Coincidimos sin embargo con quienes sostienen que “el cambio es inestable por definición” y aunque la expresión ha sido formulada en relación con la realidad de México, estimamos que puede ampliar su radio de acción en cuanto se señala que “muchas instituciones que fueron creadas en otros tiempos para regular relaciones jurídicas determinadas deben ser abrogadas, sustituidas o sensiblemente modificadas para hacerlas eficaces conforme a las nuevas circunstancias”. Conf. L. PEREZNIETO CASTRO, “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: “la Cláusula Calvo” y “la zona prohibida” o “zona restringida”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México DF, Banamex, 1997, pp. 111-112. Desde otra arista, referida en particular a los cambios que afectan la concepción tradicional del DIPr de la familia, son innumerables los estudios y obras a consultar; entre tantos, nos permitimos citar: E. JAYME, “O Direito Internacional Privado e a Família no Umbral do Século XXI”, en: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS*, Brasil, vol. I N° 1, 2003, pp. 99-107; P. MESTRE CASAS, “La sustracción y restitución internacional de menores en el derecho internacional privado español”, en: *Nuevos conflictos del Derecho de Familia*, E. Llamas (coord.), La Ley, Madrid, La Ley, 2009, pp. 499-542; S. SANCHEZ LORENZO, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, en: *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, t. 17, Madrid, 2005, pp. 87-130; P. DOMÍNGUEZ LOZANO, “Nuevas tendencias en derecho de familia: el caso de las uniones del mismo sexo”, en: *Obra*

No resulta original la premisa que obra de punto de partida, empero el hecho de erigirse como una verdad dicha a todas voces, no le resta entidad para actuar de base sobre la cual construir las consideraciones que nos merece el tema.

Nuestro abordaje, luego de efectuar algunas formulaciones sobre el instituto (II), continúa con un planteo muy caro a la actual coyuntura cuál es la universalización de los DDHH y su relación con el derecho de familia internacional, desde el ámbito particular de la sustracción internacional de niños (III), finalizando estas páginas con una visión futurista si bien tenemos en claro que trabajamos desde la ciencia y no como videntes o futurólogos.

II. Breves formulaciones sobre el derecho de familia y su alcance en el derecho internacional privado

La institución de la familia, considerada eje en torno al cual gira la sociedad y base sobre la que se construye y desarrolla, es actualmente centro de embates profundos en tanto se debate incluso, acerca de su propia existencia. A nuestro juicio, su calidad de institución no está en peligro; es más, las importantes modificaciones que protagoniza, recrean el concepto para dar lugar a un sin número de modelos que coexisten en el universo social⁵⁹.

Las discrepancias instaladas a partir de los cambios producidos en la concepción tradicional y los cuestionamientos que el hecho genera son

homenaje al Profesor Julio D. González Campos t. II, Derecho internacional privado constitucional y varia, Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1395-1422; N. GONZÁLEZ MARTÍN, *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, Porrúa /UNAM, México DF, 2009.

⁵⁹ Ver K. BOELE-WOELKI, "What comparative Family Law Should Entail?", en: *Utrecht Law Review*, Vol 4, N. 2, 2008, pp. 1-24.

altamente fortalecedores del núcleo familiar en la medida que se comprenda que no todas las familias son iguales, pero en cambio, todas merecen gozar de reconocimiento, de derechos, y obviamente, de tutela judicial efectiva⁶⁰.

Un breve recorrido por las legislaciones de fuente autónoma de los estados occidentales, habilita a expresar que la incorporación y el reconocimiento de efectos jurídicos a la unión civil - heterosexual y homosexual -, al matrimonio homosexual, a la filiación asistida, al alquiler de vientres, a la adopción de un niño por el compañero homosexual o heterosexual de uno de los padres biológicos o adoptantes, a la familia monoparental y a las familias ensambladas, integran el laxo abanico que permeabiliza este sector de la ciencia jurídica contemporánea.

Los rasgos de heterogeneidad que observa el instituto conducen directamente a encuadrar la concepción de familia desde la perspectiva jusprivatista internacional en la postmodernidad, cuyo margen de acción enraíza en valores tales como el pluralismo y el respeto a la identidad cultural⁶¹. Ello no excluye, sino por el contrario, intensifica, la necesidad del análisis de las relaciones jurídicas y los vínculos que se pergeñan a fin de dar debida consideración a un cúmulo de situaciones no legisladas o que requieren de adecuación normativa.

En todo caso, el hecho que nos preocupa es la construcción de respuestas legales acordes a las situaciones y el amparo jurídico a los efectos que producen. De esta forma el Derecho internacional privado

⁶⁰ De nada valen los derechos declarados si no se cumplen y la mayor garantía de efectividad de los derechos es el control judicial aunque también, el de los ciudadanos, como el control democrático del soberano - primer guardián del orden constitucional supremo - que ya no se agota en las constituciones nacionales sino que se extiende a lo establecido en los tratados internacionales incorporados con igual jerarquía.

⁶¹ Conf. E. JAYME quien expone las razones por las que a la época actual, la denomina “postmodernista”. Aut cit. (nota; **Error! Marcador no definido.**).

(DIPr) enmarcado en la concepción axiológica, indaga en los valores de esta sociedad multicultural y pluralista respetuosa de las diversidades⁶², a la vez que echa mano del diálogo de las fuentes a nivel vertical y horizontal⁶³.

Efectuamos esta breve introducción para dar paso a una cuestión que interesa traer al debate y que se desprende del posicionamiento que vienen adoptando los estados en orden a los tratados de derechos humanos (TDDHH)⁶⁴ diseñados y aprobados a partir, principalmente, del fin de la segunda conflagración mundial⁶⁵.

Los tratados fundamentales no sólo son ratificados por los países sino que en numerosos estados, se incorporan a las constituciones nacionales reconociéndoles el mismo rango que a estas cartas, con derivaciones latentes desde su vigencia y constitucionalización⁶⁶, aunque para mejor expresarlo, el fenómeno que tiene lugar es el de la universalización de estos derechos que asumen el carácter de vertiente primaria de los ordenamientos jurídicos.

Desde esta mirada, y a partir de una suerte de equivalencia que se plantea entre los estados en tanto confluyen en el rango de esta regulación

⁶² El respeto a la diversidad sólo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro. Ver S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo e integración en el Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVI, 2- 1994, pp. 158.

⁶³ Nos pronunciamos sobre el punto en A. DREYZIN DE KLOR, "Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del MERCOSUR ¿útiles a la asistencia?", *Revista de Derecho Privado y Comunitario n. 3* Rubinzal Culzoni, 2010, pp. 583-624.

⁶⁴ Siguiendo doctrina autorizada, entendemos que se trata del conjunto de derechos cuyo objetivo principal radica en establecer y ampliar una barrera que sirva de claro límite a los regímenes nacionales que, amparados en la impunidad que ellos mismos generan, vulneran sin escrúpulos derechos individuales y colectivos. Ver: N. LLOVERAS / M. SALOMÓN, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, p. 26.

⁶⁵ En relación con el tema, ver: L. ORTIZ AHLF, "Integración de las normas internacionales de los derechos humanos en los ordenamientos estatales de los países de Iberoamérica", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional N° 3*, 2003, pp. 286-299.

⁶⁶ Acerca de la incorporación de los tratados al orden jurídico interno en México, resulta muy útil ver: L. PEREZNIETO CASTRO, "Tratados internacionales. Incorporados al Derecho Nacional. Su análisis de inconstitucionalidad comprende el de la norma interna". *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, AMEDIP, México DF, 2008, n 22, pp. 93-98.

al sustentarse en principios esenciales comunes, no sorprende apuntalar un DIPr iluminado por identidad de axiomas. Bien se afirma que esta rama jurídica al igual que todo el derecho, es fruto de las transformaciones de la sociedad y, siendo así, no es inmune a los cambios constitucionales, como no lo es a la apertura de los mercados ni tampoco a los flujos migratorios⁶⁷.

1. Los TDDHH y el Derecho internacional privado

A partir la incorporación de los convenios de derechos humanos a los ordenamientos nacionales, las soluciones de DIPr, sea que provengan de la legislación, sea de fallos judiciales, responden a lo dispuesto en el “proceso de humanización”⁶⁸ encarado por los estados. La protección de los derechos humanos lejos de ser un asunto limitado a la esfera de la competencia doméstica de los estados se convierte en una cuestión “internacional”⁶⁹, desde la proclamación con carácter universal de derechos, por esencia universales, dado su carácter de “valor esencial en la comunidad internacional”⁷⁰.

Vinculamos estas ideas al derecho de familia que se encuentra ubicado en el tablero interno e internacional captando profunda atención por tratarse de uno de los sectores más candentes en orden a la necesidad

⁶⁷ Conf. P. MAESTRE CASAS, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de derecho internacional privado”, en: A.L. Calvo Caravaca / J.L. Iriarte Ángel (eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 195-212.

⁶⁸Conf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed. Madrid, p. 122.

⁶⁹ Así, ver J.D.GONZÁLEZ CAMPOS, “La protección de los Derechos Humanos en las Naciones Unidas”, en *ONU. Año XX*, Madrid, 1966, p. 250, quien refiere que en la Carta de Naciones Unidas “es la comunidad internacional, con carácter constituyente la que reconoce los derechos humanos, facultando así al hombre para hacer valer tales derechos, reconocidos en normas internacionales, no sólo dentro de su Estado, sino también en el plano superior de la comunidad de Estados”.

⁷⁰ Aut. Cit. (nota 69). p. 252.

de cubrir lagunas jurídicas a partir del giro que se ha producido en su ámbito material, espacial y subjetivo.

La urgencia de acelerar el pulso de la actividad legislativa en aras de respetar el factor “oportunidad” y principalmente en orden a legitimar las situaciones pergeñadas se ha tornado vital. De igual manera, los foros de codificación de derecho - la dimensión convencional - también muestran su impronta siendo las agendas el más fiel termómetro para apreciar el grado de interés que los temas alcanzan⁷¹.

Como parámetro de las temáticas que son objeto de estudio en función de los desenvolvimientos observados en el campo social, cabe traer a colación la tarea que se lleva a cabo sobre los acuerdos de subrogación internacional. El trabajo gira en torno a los aspectos de DIPr en tales acuerdos⁷², hecho que deviene del avance en las investigaciones en el campo de la medicina reproductiva que presentan distintas opciones de tratamiento para parejas infértiles. Bien conocemos que acudir a una madre de alquiler en los supuestos en que una pareja no puede tener un niño, dejó de constituir una rareza.

El planteo integra el nuevo derecho internacional de familia desde que estos acuerdos se producen hoy con frecuencia dando lugar incluso a lo que se ha dado en denominar “turismo procreativo”, porque si bien el

⁷¹ Esta cuestión es objeto de permanente análisis, sosteniendo la doctrina la posibilidad de armonizar e inclusive, unificar el derecho de familia a la luz de los constantes traslados y movimientos migratorios. Sin embargo los mayores interrogantes parten de la metodología a adoptar y de los criterios con los cuales se trabaje al efecto. Conf. I. SCHEWENZER, “Methodological Aspects of the Harmonisation of Family Law”, en: *European Journal of Law Reform*, vol. VI, n 1/2, 2006, pp. 145-157.

⁷² Merced a la subvención proveniente de la Fundación Nuffield, los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings llevan a cabo un trabajo destinado a sentar las bases de un proyecto sobre estos acuerdos. Ese pretende explorar los posibles tipos de regulación internacional de los acuerdos de subrogación, y preparar un documento que sirva de base para una futura convención internacional. Se trata de una iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya. Ver: M. GEORGE, “A Study on the International Private Law Aspects of Surrogacy Agreements”, en: *Conflict of Laws.net*, September 21st, 2010. <http://conflictflaws.net/2010/a-study-on-the-private-international-law-aspects-of-international-surrogacy-agreements/>

núcleo de la cuestión radica en las amplias diferencias existentes entre las leyes nacionales que rigen la subrogación⁷³ - y en consecuencia una vez más la tarea comparativa resulta esencial en la elaboración de respuestas globales - es a partir de la cooperación interjurisdiccional que hallará remedio a los problemas que se producen.

En esta sector en particular, aunque la misma situación se extiende a muchos otros, es usual que las leyes no se elaboren en paralelo a los avances sociales; generalmente, los retrasos en la legislación son notorios y a nivel convencional la situación no difiere mayormente.

Los vacíos legales ya no causan asombro ante la complejidad de las situaciones que se manifiestan día a día si bien el argumento no puede utilizarse a modo de excusa. En orden a los acuerdos de subrogación y la identificación de las cuestiones atinentes al DIPr, las investigaciones que se llevan a cabo hacen hincapié en la importancia de la metodología para establecer la ley aplicable a la filiación o a la nacionalidad del niño⁷⁴.

Cierto es que estos tópicos son relevantes pues bien conocemos que la búsqueda del derecho aplicable hace a la esencia de las relaciones jurídicas internacionales⁷⁵, empero a nuestro entender, se ha visto eclipsada por la arista que incardina en la perspectiva que reviste hoy dicha aplicación como resultado del intercambio de valores y de culturas

⁷³ A tal punto varían las respuestas nacionales que se ha llegado a que quienes desean tener un hijo, realicen viajes buscando la legislación que evite las restricciones impuestas a la subrogación en su país. En general, la mayoría de los casos son parejas occidentales atraídas por el "bajo costo" de servicios de alquiler de vientres y una disponibilidad inmediata de madres de alquiler en lugares como la India, Europa del Este y América del Sur. La potencial existencia de un "mercado negro" conformado por personas cuyas necesidades económicas y sociales conducen a ofrecer el alquiler de vientres a precios muy bajos es prácticamente una realidad y los foros de codificación deben legislar la materia. Ver M. GEORGE (nota 72).

⁷⁴ Conf. M. GEORGE, (nota 71).

⁷⁵ En cuanto al objeto del DIPr, ver: J.C. FERNÁNDEZ ROZAS /S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 4ª ed., Madrid, Thomson/Civitas, 2007, pp. 21 y ss.

jurídicas que caracteriza a la materia⁷⁶. Asimismo, han pasado a tener un rol relevante los sectores de la competencia judicial y principalmente la cooperación jurisdiccional internacional en tanto influye en la eficacia de las sentencias extranjeras, y es la vía por la que canaliza el diálogo e intercambio mencionado.

No negamos entidad a la determinación del derecho aplicable que resulta fundamental en los conflictos jusprivatistas internacionales y de hecho constituye uno de los objetivos que hacen a la materia⁷⁷. Numerosas teorías fueron sucediéndose y coexistiendo en el tiempo sobre este sector empero lo que nos interesa es destacar que el DIPr funciona en la medida que se avanza en la circulación de los pronunciamientos entre los estados. La eficacia de los fallos se vincula principalmente a la interpretación judicial, y en mucho a la concepción de soberanía⁷⁸, al alcance de la excepción de orden público internacional, y muy especialmente, al rol de la cooperación jurisdiccional, elemento que ya hemos destacado.

El objetivo es que el principio de efectividad no sea solo una enunciación o una simple disquisición teórica en la permanente defensa de

⁷⁶ Conf. señala S. SÁNCHEZ LORENZO, op. cit. (nota 62).

⁷⁷ Prácticamente así lo reconoce toda la literatura jusprivatista internacional. Conf. T. B. DE MAEKELT, *Teoría general del derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2005, p. 258 y ss.

⁷⁸ Entendemos que la concepción actual de soberanía muestra un alcance diferente a partir del nuevo paradigma instalado en el mundo de la postmodernidad. Los estados no se amarran a las competencias y facultades que lo caracterizaron hasta no hace mucho tiempo, en que se aferraban a la convicción de la prevalencia de su voluntad por encima de todo orden o mandato universal maximizando sus facultades, con las fronteras territoriales como único límite. El reconocimiento del legislador internacional y su competencia, que en numerosos campos excede el mandamiento interno, unido a la trascendencia que revisten los tribunales internacionales y las cortes de justicia de los procesos integrados, cuya derivación principal frente al juez nacional es que el magistrado nacional no es quien detenta la última palabra, fueron esenciales para ajustar el andamiaje de la soberanía utilizando una interpretación acorde con la coexistencia de diferentes ordenes jurídicos de producción normativa. Conf. A. DREYZIN DE KLOR, art. cit. (nota 63).

valores de modo unilateral, especialmente, la dupla cooperación – soberanía⁷⁹.

2. Con la mirada puesta en el DIPr actual

Bajo el actual desarrollo que denota el DIPr, el fenómeno de la multiculturalidad⁸⁰, el respeto a la pluralidad y a la jurisprudencia de valores, reconducen los objetivos y los emprendimientos legislativos cualquiera sea la dimensión de origen. En efecto, se plantea la prioridad de efectuar un ajuste consistente en una reformulación centrada en la técnica direccionada a dotar de eficacia universal a las decisiones.

En esta línea, no es casual que hoy se trabaje sistemáticamente en la conformación de redes jurisdiccionales internacionales entre cuyos objetivos se destaca apuntalar el camino para afianzar la libre circulación de sentencias o al menos, bajar los decibeles de las exigencias⁸¹. Los redes están también dirigidas a favorecer el intercambio en todos los sectores jurídicos. De esta suerte, es posible proyectar soluciones adecuadas, coherentes, y sensatas siendo imperioso propiciar en el mundo globalizado las soluciones globales que amerita posicionarnos en la justicia material aceptada como la respuesta legítima del universo interconectado.

⁷⁹ El DIPr actual registra un profundo viraje en su objetivo, método y contenidos, concediendo a la actividad jurisdiccional - sea por vía directa, sea por vía indirecta - el relevante sitial que ocupa actualmente en las relaciones jusprivatistas internacionales. Ese giro de la materia se sustenta entre otros hechos, en que el reconocimiento de la resolución foránea constituye el centro neurálgico de la disciplina. De hecho, la concreción del reconocimiento impide situaciones claudicantes y compendia la función del DIPr, que no es otra que dar continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio. Conf. A. DREYZIN DE KLOR, “Reconocimiento y ejecución de sentencia extranjeras”, *Libro Homenaje a Tatiana Maekelt*, La Ley/ CEDEP, Asunción, 2010, en prensa.

⁸⁰ Cabe observar que la convivencia en un mismo territorio de comunidades culturalmente diferenciadas, este hecho conduce inevitablemente a provocar lo que conoce como conflicto de civilizaciones. Ver: P. MAESTRE CASAS, (nota 67).

⁸¹ Entre los emprendimientos que a nivel global se está desarrollando en el marco del “Global Governance Programme of the European University Institute”, se destaca la conformación de una red interjurisdiccional a nivel global, dirigida por M. Poiars Maduro, Fiesole, Italia, 2010.

III. Sustracción internacional de niños: el tema

Entrando en particular en el tema que especialmente nos preocupa - la sustracción internacional de niños – en el marco de la configuración actual del derecho de familia, la Convención sobre los Derechos del Niño de rango universal se articula con la fuente convencional y con la vertiente autónoma de los estados.

La satisfacción de los derechos del niño en situaciones vinculadas con más de un ordenamiento plantea diversos problemas. Nos centramos en el relativo al ejercicio de derechos de guarda y visita cuando las legislaciones estatales limitan el ejercicio de este derecho al territorio nacional, teniendo los padres residencia en diferentes Estados⁸².

Si bien la regulación jurídica se ve complementada a partir de la universalización de los TDDHH, el instituto de la protección internacional del niño no deja de sufrir de resquicios cuyos efectos solapan los objetivos de los convenios vigentes. Principalmente, ateniéndonos a los esfuerzos que se realizan en aras de su protección, se manifiesta de forma meridiana la preocupación existente para atender la problemática desde la perspectiva del niño.⁸³ Esto es, en los casos particulares de una coyuntura signada por

⁸² El art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño, signada en Nueva York el de 20 de noviembre de 1989 establece que “Los Estados parte respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés del menor”.

⁸³ La observación alcanza a la labor que se realiza en la Conferencia de La Haya como en el foro de codificación interamericano y en los espacios integrados. Así en los últimos treinta años, en La Haya se aprobaron los siguientes instrumentos jurídicos: Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (25/10/1980); Convenio relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (29/5/1993); Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (de 19/10/1996); Convenio sobre el cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia (23 /11/2007). En tanto que en CIDIP se aprobaron: Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (CIDIP III, La Paz, 1984) Convención interamericana sobre restitución internacional de menores;

los constantes movimientos de las personas, y escenario de numerosos procesos de integración que fomentan la libre circulación, las regulaciones deben plasmarse en concordancia con los cambios; no se puede continuar brindando respuestas fragmentadas cuando se requiere que éstas condensen un carácter global para brindar seguridad jurídica a los protagonistas y destinatarios involucrados.

En este tema, no es la carencia de normas la que obra de impedimento para que el niño sea protegido en sus intereses sino en numerosos casos, es la interpretación que se efectúa de las disposiciones vigentes, la que opera con efectos refractarios. El estigma se encuentra en la comprensión del ámbito material de la convención, el alcance que se da a la cláusula de reserva y en la interpretación que se realiza del “interés superior del menor”.

De esta suerte, en una figura tan perversa como es la sustracción internacional de niños⁸⁴, bajar línea a la realidad, se vuelve un imperativo insoslayable con miras a cubrir los intersticios por los que se admiten hermenéuticas que nada tienen que ver con el espíritu del legislador internacional⁸⁵. De por sí, la sustracción de niños, que integra el derecho de la protección, se configura como una de las pandemias que nos afecta con mayor rigor a fines de la primera década del siglo. Obviamente, que no es un tema nuevo, pero su incremento es alarmante. Los índices de

Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (ambas en CIDIP IV, Montevideo, 1989) y Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores (CIDIP V, México 1994).

⁸⁴ Nos hemos extendido en el tema en A. DREYZIN DE KLOR, “Restitución internacional de menores” en: *La protección internacional de menores*, A. Dreyzin de Klor (Coord.), Córdoba, Advocatus, 1996, pp. 11-63.

⁸⁵ México carece de legislación en materia de derecho de familia desde la óptica del DIPr en algunas áreas, hecho que influye en dificultar la aplicación de tratados internacionales. A modo de ejemplo se cita el desplazamiento ilegal de menores por uno de los progenitores. La consecuencia de esta laguna lleva a que los jueces muestren cierta renuencia para aplicar los convenios internacionales ante la falta de normas que expresamente remitan a los mismos. Ver L. PEREZNIETO CASTRO, “El futuro del DIPr en México”, *Revista Mexicana de DIPr y Comparado*, AMEDIP n° 17, 2005, pp. 60-61.

crecimiento de conflictos generados en este ámbito no pueden causar sorpresa dado que se ha abierto un abanico de vínculos y relaciones que naturalmente conlleva a que tal aumento se convierta en una constante, que funciona en paralelo a la internacionalización del instituto familiar. La coyuntura no obra en desmedro de la institución sino que solamente la traemos a colación como razón de ser del incremento apuntado.

Desde hace algo más de tres décadas, los foros de codificación internacional se hacen eco de la problemática, y el resultado son las convenciones a las que ya se ha hecho referencia. Si bien en muchos casos su aplicación ha logrado resultados positivos, no son pocos los conflictos a los que no se brinda la respuesta adecuada.

Del análisis de la jurisprudencia podemos atesorar los ámbitos que necesitan reforzarse ante la insuficiencia de los tratados para paliar el problema con mayor alcance.

Comencemos por señalar que en función de la naturaleza de los hechos, el pedido de restitución no puede asimilarse a una medida cautelar pues se trata de una figura autónoma que pertenece en esencia al área de la cooperación jurídica internacional, detentando aristas de carácter procesal. En consecuencia, se torna imprescindible articular las fuentes universales, con las convencionales y las que emanan del legislador nacional.

La jerarquía de los TDDHH lleva consigo el respeto al principio del debido proceso y con equivalente grado se ubica escuchar al niño. Cabría en todo caso, preguntarse acerca de la edad desde la cual hay que atender a sus dichos. Este tema no es menor y ya ha dado lugar a investigaciones que hacen hincapié en muy válidos argumentos para modificar la edad . Otro aspecto importante recalca en

Situados en el centro neurálgico del problema surgen varios interrogantes: ¿qué sucede en el plano de la realidad? ¿cómo se aplica la convención? ¿cómo se interpretan las normas? No podemos generalizar las respuestas, aunque resulta valioso acudir a jurisprudencia reciente que permita reflejar como actúan algunos sectores judiciales⁸⁶.

1. La sustracción internacional de niños de cara a la realidad social

En esa dirección, efectuaremos una breve reseña de un conflicto decidido recientemente en Argentina⁸⁷. La elección se debe a dos motivos; el primero es su actualidad, ya que la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina (CSJN) data de mayo de 2010. En segundo término, porque se trata de una causa que transitó por varias instancias, hecho que permite meritar varios de los imprevisibles argumentos a que se sujeta una causa sobre sustracción internacional de menores⁸⁸.

La demanda solicitando la restitución la inicia el padre de tres menores a raíz del accionar de la progenitora que traslada la residencia de sus hijos a otro país, sin la anuencia paterna. Realiza el desplazamiento pese a que se encuentra vigente un convenio firmado en España, país en que residían, por el cual acordaron que si bien los hijos – menores de edad - permanecerían bajo la guarda y custodia de la madre, ambos continuarían ejerciendo la patria potestad, comprometiéndose ambos padres, a tomar de

⁸⁶ Sugerimos la lectura de un interesante caso cuyo análisis puede verse en A. ARONOVITZ, “May Private Claims be Advanced Through The European Court of Human Rights? – A Study of Cross-Border Procedural Law Based on a Case of International Child Abduction”, en: *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 37, 2007 pp. 165 – 203.

⁸⁷ Es muy numerosa la jurisprudencia comentada que puede consultarse sobre el tema. Entre los trabajos que sugerimos, ver: C. ECHEGARAY DE MAUSSION, / M. LUCERO DE GODOY, “La determinación de algunos conceptos utilizados por el Convenio de la Haya de 1980 sobre restitución internacional de menores”. *Actualidad jurídica*, Córdoba, junio 2007, Año III - Vol. 38, pp. 4084 y ss.

⁸⁸ “B., S. M. c/ P., V. A. s/ restitución de hijo” – CSJN – 19/05/2010.

común acuerdo las decisiones importantes que pudiesen afectarles.

Cabe consignar que el derecho español permite el ejercicio conjunto de los derechos de responsabilidad parental y, frente a la ruptura de la convivencia, es común celebrar un convenio regulador que contemple - entre otras cosas-, la vigilancia de los hijos y el modo de ejercitar la patria potestad por ambos progenitores⁸⁹.

La pregunta que obra de punto de partida radica en el carácter de la decisión asumida por la madre, esto es, si el traslado efectuado es o no una “decisión importante”. En principio, la respuesta no deja espacio para mayores cavilaciones; la influencia que adquiere en el futuro de los niños una decisión de estas características es radical. Consecuentemente, hace parte de “la decisiones importantes” y como establece el dictamen de la procuradora fiscal, es “derivación natural de la modalidad conjunta en el desenvolvimiento de la función parental.”

En consecuencia, analizada la situación, el título que invoca la demandada carece de validez pues no se encuentra habilitada para fijar unilateralmente la residencia de los hijos fuera del territorio español.

La sentencia de Cámara hizo lugar al pedido de restitución a España de los hijos de las partes. Para así sentenciar acude al Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores conjuntamente con los postulados que dimanar de la Convención de los Derechos del Niño, y atendiendo a que esta última consagra como prius el interés superior de los niños, se pronuncia favorablemente al pedido.

Contra esta decisión la madre plantea un recurso ante la Suprema

⁸⁹ Conf. Cod. Civ. español, arts. 90 y 156.

Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁹⁰ que desestima lo peticionado, y dispone la permanencia de los menores con ella en Buenos Aires. Argumentó al efecto, que la progenitora al tiempo de viajar a la Argentina, era titular legítima de la custodia de los niños, y en esas condiciones, no se advertía que el cambio de residencia - reservado a quien conserva la custodia - haya sido ilícito en los términos del Convenio sobre Sustracción Internacional de Menores.

El pronunciamiento da lugar a que el padre de los niños interponga recurso extraordinario. La CSJN revocó la decisión recurrida en relación a dos de los niños, en tanto que respecto al mayor, al haber cumplido la edad de dieciséis años prevista convencionalmente como límite para asumir las decisiones por parte de los progenitores, determina que no procede.

Los argumentos por los cuales se dicta la sentencia con carácter unánime son los siguientes:

La custodia debe comprender necesariamente, la facultad de decidir sobre el lugar de residencia. Sin embargo, verificada la ilegalidad del traslado o retención - que, en principio, habilita el regreso inmediato en procedimientos activados dentro del año -, los países signatarios no estarán obligados a implementar el retorno, si se configurase efectivamente que existe grave riesgo de exposición a un serio peligro físico y psíquico, o de que se coloque al menor, de cualquier otra manera, en una situación intolerable; que se compruebe que el propio menor - con una edad y grado de madurez, de los que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones - se opone al regreso; y la invocación de principios fundamentales del Estado

⁹⁰ Sentencia dictada el 4/2/2009. Publicada en *La Ley*, Argentina, 30/03/2009.

requerido, en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

En relación al derecho de custodia, en el marco de una razonable hermenéutica integradora, excluye la ilicitud del traslado o retención cuando la custodia comprende no sólo la prerrogativa atinente al cuidado de la persona del menor sino, y en particular, la de decidir sobre su lugar de residencia. Sin embargo no es la circunstancia que marca este conflicto, ya que las partes mantuvieron un desempeño en común, mediante pacto que mereció la aprobación de la justicia española. Como expresa el progenitor, dejar España para asentarse en otro país, se erige sin vacilación en una de las "decisiones importantes" cuya articulación se estipuló claramente en una cláusula del acuerdo, como derivación natural de la modalidad conjunta en el desenvolvimiento de la función parental.

La Corte deja en claro lo que confundió el tribunal que entendió en este conflicto y se pronunció por la denegación del pedido de restitución, esto es haber juzgado sobre los méritos de la guarda o perseguir su alteración.

Con presteza, el mas alto tribunal establece con meridiana claridad el objetivo de la Convención señalando que fue confundido en el ámbito del Tribunal de Buenos Aires al apuntar que el fin que se persigue a través de la normativa convencional es precisamente, reintegrar a los menores - en el contexto especialísimo de un desplazamiento internacional - al entorno que operó como eje de su existencia, hasta la interrupción llevada a cabo por la madre.

Otro caso reciente en el cual se aprecia claramente la importancia de conjugar de forma conjunta los convenios específicos de restitución internacional con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del

niño, también resuelto en Argentina lleva a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires a declarar la nulidad de oficio de todo lo actuado⁹¹.

El caso se planteó con EEUU. El magistrado interviniente en primera instancia rechazó la solicitud de restitución. Surge de la sentencia, que ordenó denegar la prueba ofrecida por el progenitor por exceder el marco de la ley 23857 y con relación al pedido de explicación del dictamen pericial dijo “no siendo una impugnación en sentido técnico no ha lugar”.

Esta resolución fue objeto de recurso de apelación y avocada la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires a su tratamiento ha declarado la nulidad de oficio de todo lo actuado con fundamento en que “Sea cual fuere la vía adecuada, por más sumariedad y urgencia que corresponda otorgarle al proceso salta a la vista la necesidad de que exista un proceso”.

Así consideró el Alto Cuerpo que “la denegación lisa y llana de la prueba ofrecida conforma estrepitosa y flagrante violación a las garantías de la defensa y el debido proceso legal, a más de haber privado al oponente del acceso a la tutela judicial efectiva denegando arbitrariamente la posibilidad de producir pruebas”⁹².

O sea que, cumplir con los plazos establecidos en los Convenios restitutorios no puede significar – sin embargo - resignar principios procesales tales como el principio de la bilateralidad, contradicción, defensa en juicio o el de respeto por la garantía de la igualdad de las personas frente a la ley y al proceso.

⁹¹ Se trata del pedido de restitución de una niña,

⁹² V.M. J exhortos y oficios; Julio de 2009

2. La sustracción internacional de cara a la realidad jurídica

Nos interesa señalar algunos aspectos que particularmente requieren ser clarificados frente a estos hechos, en los que se observa que las conductas de los protagonistas no reciben la respuesta que la Convención articulada con los principios rectores del ámbito universal, debe estimular en orden a su aplicación.

No puede seguir confundiéndose aquello que la justicia no puede hacer cuando es la autoridad requerida en el ámbito de la Convención de La Haya; esto es, indagar acerca de la ilicitud del traslado más allá de los casos previstos en dicho instrumento, con aquello que debe hacer cuando es el juez natural de la causa para resolver las controversias de familia que se llevan a sus estrados.

Asimismo, merece destacarse que todo reproche de la conducta de los padres distinta de la retención o traslado ilícitos definidos por la Convención, es ajeno al trámite previsto en dicho cuerpo normativo transnacional y deben ser planteados ante el juez competente para dirimir dicho tipo de conflictos.

Desde otra arista, aunque complementaria, se debe comprender que el texto internacional no resulta la vía adecuada para ventilar cuestiones de fondo en el ámbito del proceso de restitución, las que deberán ser analizadas por las vías pertinentes y ante la jurisdicción correspondiente. En consecuencia, el argumento referido a que configuraría grave peligro restituir los niños al otro progenitor, es propio de un juicio de tenencia que evalúe la aptitud de cada uno de los padres para el cuidado de los menores.

En tanto que va de suyo que el traslado de residencia sin las debidas

observancias legales, constituye una vulneración a los derechos ya que no se trata del libre ejercicio ni prerrogativa propia de quien gozaba de la guarda jurídica por decisión legal.

La decisión del máximo tribunal responde a la importancia de respetar los principios fundamentales que tienen rango constitucional como son la bilateralidad, la contradicción, la defensa en juicio y el respeto por la garantía de igualdad de las personas frente a la ley y al proceso, principios que conforme el procedimiento deben ser observados pues la Convención de La Haya se articula con los TDDHH, y no solamente con la Convención de los derechos del niño sino con el conjunto de Tratados que conforman el plexo normativo esencial vigente en los estados como sustento de toda legislación y de toda jurisprudencia.

El Convenio de La Haya es meridiano en orden a establecer que los estados contratantes deben disponer que se respeten los procedimientos de urgencia dispuestos por las leyes. Ahora bien, si en un Estado no existen reglas de procedimiento específico para estas solicitudes, los magistrados deben actuar conforme al criterio de discrecionalidad judicial debiendo imprimir al trámite los procedimientos necesarios para dotar al mismo de un equilibrio entre la celeridad que hace a la esencia del supuesto y la seguridad jurídica que implica el respeto a los principios incorporados constitucionalmente y que rescatan la tutela judicial efectiva.

El hilo conductor de las decisiones que se dicten pasa por diferenciar y determinar la competencia que asume el juez cuando se trata de un pedido de restitución internacional de niños. La aclaración es oportuna ya que numerosas resoluciones judiciales reflejan que los jueces asumen como propia la decisión de determinar cual de los progenitores es el más idóneo para ejercer la tenencia, con lo que no limitan su competencia a ordenar o

denegar la restitución, sino que deciden en función de la valoración que realizan sobre un tópico que compete al juez natural - el de la residencia habitual del menor-⁹³.

IV. De cara al futuro

La existencia de numerosa legislación convencional sobre la protección internacional de menores⁹⁴ halla amplia justificación en el ámbito material en análisis y en la dinámica que la movilidad de las personas manifiesta en la realidad internacional. De allí que el hecho que reviste máximo interés transita, más que el grado de acatamiento de las normas, por la eficacia que éstas reflejan.

La dimensión autónoma – la legislación elaborada por el legislador nacional para tener vigencia en un país – revela insuficiencia en materia de sustracción internacional de niños cuando la legislación internacional contiene importante normativa procesal internacional que debe articularse con normas procesales del foro que estén al servicio de la operatividad del instituto.

Sin ánimo de hacer futurología, estimamos que la iniciativa propiciada por un equipo de expertos consistente en la elaboración de una Ley Modelo⁹⁵ para la interpretación de los convenios relativos a la

⁹³ Sobre este aspecto puede verse el análisis que efectuad por quien es juez de enlace de la Convención en Argentina. G. TAGLE, “Resolución ajustada a derecho”, en: *Actualidad jurídica. Familia y minoridad N 73*, Córdoba, Nuevo enfoque, 2010, pp. 7908-7914.

⁹⁴ Sugerimos muy especialmente , en orden a ilustrar la problemática de la protección internacional de niños: I. GOICOECHEA, “Building an International Child Protection System”, *IAWJ Conference, 25-28 March 2008 Panama City*, <http://www.iawj.org/what/panama08/3.pdf>

⁹⁵ Ha sido elaborada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel Gonzalez (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá), y

sustracción internacional de niños, opera como un avance importante que puede redituarse muy positivamente, a la hora de resolver estos casos que tanto exacerban a la sociedad y que dañan profundamente a los niños en su desarrollo vital.

El diseño abarca tanto la aplicación de la Convención de La Haya como la CIDIP sobre restitución internacional y puede asistirle la tarea de ser una herramienta que adecuadamente complementa estos acuerdos. La técnica elegida – Ley Modelo – brinda la posibilidad de unificar criterios de interpretación de la normativa convencional a través de su adopción por los ordenamientos internos⁹⁶. En efecto, si los Estados Parte de las convenciones se concientizan acerca de su importancia, los criterios básicos de la construcción del sistema de restitución pueden provocar un giro copernicano en cuanto a sus resultados.

La posibilidad de contar con cierto grado de armonización legislativa autónoma, cuya complementariedad surge a todas luces de la sola lectura del esquema adoptado, aparece como un escalón significativo en orden a la protección internacional, particularmente al ámbito de la sustracción internacional de menores.

Esta ley modelo se asienta sobre normas procesales para la aplicación de los convenios consagrando entre otros criterios orientadores de interpretación y de integración, el del “interés superior del niño”

la Dra. Luz María Capuñay Chavez (Perú).

⁹⁶ La idea de trabajar en la elaboración de la Ley Modelo fue en buena medida, impulsada por Ignacio Goicoechea, quien prestó fundamental apoyo al grupo de trabajo. En cuanto a los resultados obtenidos hasta la fecha, cabe señalar que ha sido tomada en consideración por la República Dominicana – que aprobó un texto similar por la Corte de Justicia - . Sus bases son asimismo incorporadas en el proyecto de ley de DIPr de Uruguay, que se encuentra actualmente en el Parlamento de dicho país. Entre otros países que la analizan mencionamos a Argentina, Brasil y México - se proponen legislar en la materia y la LM integra un conjunto de fuentes que están siendo actualmente analizadas. El objetivo es ese, incentivar el estudio. Por si te sirve, te paso un artículo que escribí, remarcando la importancia de la regulación procesal en los Convenios de cooperación jurídica y en especial tomando el caso del Convenio de 1980.

alegando que el significado que debe darse a la fórmula consiste en “el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia; a mantener contacto fluido con ambos progenitores y sus familias y a obtener una rápida resolución de la solicitud de restitución o de visita internacional”⁹⁷.

En nosotros está contribuir a la difusión y remarcar la relevancia que La Ley Modelo puede representar en aras de contribuir a que los niños y las niñas, no se vean vulnerados en sus derechos y dejen de ser prenda de intercambio de sus progenitores.

⁹⁷ Ver Ley Modelo, art. 2.

Parte III

La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?

Adriana Dreyzin de Klor

Carolina Harrington

**Las normas jurídicas, al igual que toda otra
manifestación objetiva de la cultura,
no pueden ser entendidas si se las aísla
del medio cultural que las ha originado**

Alf Ross⁹⁸

⁹⁸ *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1974, p. 96.

I. Palabras previas

Los casos jurisprudenciales que reseñamos en este trabajo son captados por el Derecho internacional privado (DIPr.) en tanto se plantea en ellos un problema vinculado a uno de los ejes en torno a los cuales se desenvuelve la materia: el reconocimiento de actos, documentos, o decisiones provenientes de un país que pretenden desplegar efectos en otro estado.

El DIPr. está destinado a regular situaciones que caen bajo la órbita de diferentes ordenamientos jurídicos y aspira a alcanzar la justicia mediante el respeto a los elementos que conforman la relación en el caso concreto. Con tal propósito, se vale de un pluralismo de métodos, a la vez que utiliza herramientas imprescindibles a la hora de brindar una solución que no sea contraria a los principios esenciales del estado cuyos tribunales intervienen o ante los cuales se aspira obtener el reconocimiento. En ese trayecto de búsqueda de justicia en el caso concreto no pocas veces se produce un conflicto de intereses / valores, dadas las diferencias sobre las que se fundan las legislaciones nacionales.

El siglo XXI refleja un incremento notorio de casos jusprivatistas internacionales en materia de Derecho internacional de familia a partir del desarrollo de la familia internacional. Esta afirmación no es un juego de palabras; por el contrario, la idea es destacar dos ámbitos interrelacionados que generan honda preocupación en orden a la necesidad de adecuar la normativa a los hechos.

Diferentes son las circunstancias nacidas como fruto de esta derivación; por una parte, mucho se ha escrito acerca de las constantes migraciones que tienen lugar por razones económicas, laborales, sociales, con incidencias políticas y que no son una novedad para el DIPr. Sin

embargo, este fenómeno se está desplegando con características singulares que permiten distinguir los movimientos actuales de los que tradicionalmente se venían produciendo⁹⁹.

Asimismo, debemos recalcar en las desigualdades normativas que observan los estados en un tema tan “nacional” como es el derecho de familia, -a partir de las diferencias enunciadas- generando situaciones que suman elementos a la natural fragmentación de las relaciones en el espacio. La armonización del derecho de familia no resulta posible de manera general pues se trata de un campo que refleja el ser de cada estado; si acaso pudiera avanzarse por esa dirección en algunos de sus sectores, subsistirían diferencias porque no concurren los principios sobre los que cada ordenamiento normativo basa la interpretación de sus propios axiomas¹⁰⁰.

De todos modos, es utópico posicionarse en la unificación del concepto de familia cuando la concepción clásica se ha visto modificada en términos impensables solo pocas décadas atrás¹⁰¹. En el cambio incide la vigencia de los tratados de derechos humanos (TDDHH) en una gran extensión del planeta así como los avances científicos y tecnológicos, que contribuyen a desencadenar situaciones novedosas a través de la prolongación de la esperanza de vida de las personas, el perfeccionamiento de las técnicas de reproducción asistida (TRA) y las prácticas de adecuación sexual. Las consecuencias más notorias en este sentido se plasman en la visión de la persona como eje de protección y no de la

⁹⁹ Ver Sanchez Lorenzo, Sixto, “Perfiles de la integración del extranjero” en: *La integración de los extranjeros (Un análisis transversal desde Andalucía)*, Sánchez Lorenzo, S., (ed.), Atelier, Barcelona, 2009, p. 31.

¹⁰⁰ Schwenzer, Ingeborg, “Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law”, *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Indianapolis, vol VI, Nº 1/2, 2006, p. 145-157.

¹⁰¹ Según Roudinesco, hoy la familia asume modelos que abarcan el tipo monoparental, homoparental, recompuesta, reconstruida, clonada, y generada artificialmente. Ver Roudinesco, Elisabeth, *La familia en desorden*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007, p. 10.

institución familia en sí¹⁰². Según esta tendencia, el centro de atención padece un giro, según el cual la familia deja de ser el núcleo protegido por la legislación, deslazándose éste hacia la persona en sus diversas relaciones familiares.

En esta oportunidad, nuestra mira está centrada en exponer cuál ha sido el criterio sustentado por los tribunales de Francia (Corte de Casación) y Alemania (Tribunal Administrativo de Berlín) a la hora de decidir sobre casos de maternidad subrogada¹⁰³ (MS) que tuvieron lugar en países que legislan y permiten esta técnica de fertilización asistida¹⁰⁴, cuando quienes accionan son nacionales franceses y alemanes que pretenden validar la filiación de los niños nacidos en el extranjero, en sus respectivos estados.

No es nuestra intención introducirnos en la regulación normativa -o la carencia que sufre en numerosos ordenamientos- del fenómeno general de

¹⁰² Lloveras, Nora / Salomón, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 41.

¹⁰³ Aunque el término se encuentre bastante extendido en Latinoamérica, existen diversas denominaciones de la figura: mientras en España es común la utilización de “gestación por sustitución”, también se refieren al mismo instituto quienes aluden al “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler”.

¹⁰⁴ Entre las concepciones que se reconocen a la hora de conceptualizar la MS nos enrolamos entre quienes adoptan la concepción amplia que conforme pareciera avanzar la ciencia entiende que la utilización de “técnicas médicas permite a una mujer gestar un hijo para terceros con distintas variantes: a) que los gametos sean aportados por el matrimonio o pareja contratante; b) que ambos gametos provengan de donantes; c) que la gestación lo sea con el óvulo de la mujer de la pareja contratante y semen de donante; y d) que la gestante aporte un óvulo y el varón de la pareja contratante, el semen” a este supuesto mencionado en último término, se agrega el caso de que “se escoja el semen de uno de los varones de la pareja contratante, tratándose de una unión entre varones del mismo sexo. Pero, además, dentro de esta amplia tipificación incluye también, otra posibilidad que consiste en el acceso a estas técnicas “por parte de personas solas que no puedan procrear (mujeres o varones)”, dos parejas del mismo sexo que desean asumir conjuntamente la filiación, de modo que una de las mujeres de una pareja de lesbianas geste un hijo con el semen de uno de los varones de una pareja homosexual masculina; y, más complejo aun, que la gestación la lleve a cabo una de las mujeres de la pareja con el óvulo donado por la otra y el semen de uno de los varones de la unión masculina”. Ver Famá, María Victoria, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *La Ley* 21/06/2011, 1. En Argentina se puede ejemplificar el supuesto mencionado acudiendo al caso de la pareja de mujeres “C., M. del P. y otra c. GCBA” que recientemente fue objeto de un pronunciamiento a partir de la inscripción de la criatura como hija de ambas, desde que, con la carga genética de una de las mujeres fertilizada con semen de ¿donante? se implantó en el vientre de la otra. Juzgado en lo Contenciosoadministrativo y Tributario Nro. 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7 de abril de 2011, 2011-04-07, *La Ley* 2011-C, 370, con nota de Mercedes Ales Uría; *La Ley* 2011-C, 474, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; *LLCABA* 2011 (junio), 281, con nota de Karina A. Bigliardi; María A. Donato.

facilitación de reproducción humana con matices claramente multidisciplinarios, que integra la bien llamada “revolución reproductiva”¹⁰⁵. Tampoco nos proponemos aventurar anticipadamente la orientación para la más propicia solución legal del espinoso asunto de la MS¹⁰⁶. Nos guía, en cambio, el afán de aportar una visión del complejo escenario actual valiéndonos de las herramientas que el DIPr. ha ido desarrollando en su devenir para lograr la justicia en la solución de casos de derecho internacional privado.

A tal efecto, adoptamos la siguiente estructura: en primer término nos referiremos a los hechos que han dado lugar a las respectivas peticiones y a cómo se fueron desarrollando en el tiempo y en el espacio, deteniéndonos en los argumentos que sustentan los decisorios. Luego nos ocuparemos de la relación entre MS y DIPr. Iniciaremos el análisis desde las fuentes jurídicas aplicables, mencionando específicamente la situación de la Conferencia de La Haya. Posteriormente abordaremos el método de reconocimiento de actos y decisiones, deteniéndonos especialmente en dos excepciones relevantes en las decisiones examinadas: fraude a la ley (FL) y orden público internacional (OPI). Finalmente, compartiremos algunas reflexiones pergeñadas a partir del análisis de las resoluciones en comentario.

¹⁰⁵ Lamm señala muy gráficamente que el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida (TRA) da lugar a que pueda caracterizarse la época actual como valuarte de una verdadera revolución, pues existe una nueva realidad social, que parte de un dato inicial completamente diferente: ya es posible la procreación sin necesidad de relación sexual alguna, planteando una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes. Esta situación permite la paternidad no sólo de quienes sufren algún problema de esterilidad, sino también de parejas homosexuales, así como la planificación positiva de la reproducción. Lamm, Eleonora, *El elemento volitivo como determinante de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, DEA, Barcelona, 2008, p.10-11.

¹⁰⁶ Sin pretender efectuar un listado exhaustivo, adelantemos que la permiten con características diferenciadas: algunos estados de Estados Unidos (California, Minnesota), Rumania, Israel, India, Irán, Nueva Zelanda, Ucrania, Rusia, Sudáfrica; la receptan en tanto y en cuanto se trate de una contratación altruista: Canadá, México DF, Brasil, Bélgica, Reino Unido, Grecia, Australia y Holanda; la prohíben: España, Francia, Portugal, China, Japón, Italia.

Es de rigor adelantar que no son pocos los planteos que despierta el estudio de las sentencias. Más aún, podríamos arriesgar que se trata de un tema que a partir de las diferentes aristas provoca a la hora actual, y dada la instancia en que se encuentra, mas que conclusiones conteniendo certezas, un listado inconmensurable de interrogantes¹⁰⁷.

II. Las sentencias

1. Los casos de Francia

Los decisorios galos son el resultado de la solicitud de inscripción en los registros de estado civil francés de las partidas acreditantes de nacimiento o paternidad foráneas. La primera cámara civil de la Corte de Casación se expidió en tres sentencias de fecha 6 de abril de 2011 sobre el reconocimiento en ese país del derecho de filiación, surgido de las convenciones celebradas en el extranjero y que tuvieron por objeto la gestación de un hijo por cuenta de un tercero.

Los tres casos sometidos a decisión presentan una situación de hecho similar, aunque cada uno reviste particulares connotaciones. Se trata de parejas francesas que han formulado respectivos convenios, conforme a un

¹⁰⁷ Cabe consignar que los cuestionamientos omnipresentes provienen de los diversos países y están instalados en todos los ámbitos jurídicos. De ello dan cuenta las preguntas desatadas ante la tarea de pensar una ley de maternidad subrogada en India, país que hoy permite esta práctica. Por solo mencionar algunos de los planteos, se puso sobre la superficie la necesidad de llevar a cabo un profundo debate contemplando la arista ética, esto es el cobro del alquiler del vientre por parte de quien asume la subrogación por contrato; los derechos de la mujer y del niño en cuanto son objeto de negociación; la posibilidad de configuración del delito de adulterio ante problemas contractuales. Surgió también un planteo relativo al objetivo de la ley en tanto podría entenderse que se trata de un compromiso para superar los complicados procedimientos de adopción en la India y no faltó señalar que de este modo se podría estar legitimando como profesión a las madres de alquiler y al país como sede de turismo procreativo. Asimismo, luego de cuestionar si efectivamente a través de la ley se protege a la madre subrogante, la sugerencia de una línea de doctrina se basó en la necesidad de analizar los valores que se encuentran en contraposición para buscar una solución equilibrada atendiendo a que es menester legislar sobre el tema. Conf. Malhotra, Anil and Ranjit, “Commercial Surrogacy in India - Bane or Boon?”, *India Link International*, April – May, 2009, <http://www.indialink-online.com/index.php?id=850>. Consulta 17/07/2011.

derecho extranjero, (California y Minnesota, respectivamente de EEUU), para la gestación de un hijo por cuenta de un tercero, homologados por el juez estadounidense, previendo que después del nacimiento serían declarados en cada caso, padres del niño por las actas de estado civil extranjeras.

Una vez transcritas dichas actas en los registros de estado civil francés, el Ministerio Público (MP) solicitó la anulación de esa inscripción por considerar que eran violatorias del orden público internacional francés.

La Corte de Casación tomó decisiones concordantes en las tres causas análogas en cuanto a la utilización de una madre subrogante para gestar y dar a luz a los niños, aunque los antecedentes difieren en cada caso en torno a sus detalles, en función de la evidente particularidad que cada uno posee.

La causa mediáticamente más resonante¹⁰⁸ es la de la familia *Menesson*¹⁰⁹ en cuya plataforma fáctica nos detendremos especialmente, por contar con mayores precisiones a fin de comprender la respuesta finalmente brindada desde la justicia francesa.

El matrimonio francés formado por Sylvie y Dominique Menesson se desplaza en el año 2000 a California y celebra con una norteamericana, el contrato de “gestación por sustitución” por el que dará a luz al hijo de la pareja, concebido *in vitro* con los gametos del padre y un óvulo donado. La

¹⁰⁸ La pareja creó incluso la asociación C.L.A.R.A., cuya página web puede ser consultada en <http://claradoc.gpa.free.fr>. Consulta 19/07/2011. Para dar cuenta del debate desatado en la sociedad, ver, entre otros: <http://www.connexionfrance.com/Twins-surrogate-Menesson-cour-de-cassation-12655-view-article.html>; <http://www.liberation.fr/societe/01012319068-projecteur-sur-les-bebes-fantomes>; <http://www.liberation.fr/societe/01012330115-enfants-nes-de-meres-porteuses-la-cour-de-cassation-tranche-aujourd-hui>; <http://www.liberation.fr/vous/01012319069-arreter-de-se-sentir-bancal>. Todas las consultas: 19/07/2011.

¹⁰⁹ Sentencia 370, S 10-19.053.

madre subrogante gesta, entonces, el embrión de los padres intencionales, pues la esposa padece de una disfunción uterina, no ovárica.

La Corte Suprema de California confiere el 14 de julio del año 2000 la calidad de padres a los esposos franceses en relación a los niños por nacer portados por la Sra. B en virtud de lo dispuesto por las leyes de ese estado¹¹⁰. En tal contexto nacen en ese año las gemelas Z y A en La Mesa (California), asentándose como hijas del Sr. X y la Sra. Y (según la denominación otorgada a los esposos franceses en la sentencia de la Corte) en las respectivas partidas, desde que el sistema jurídico californiano autoriza el procedimiento de gestación por terceros, bajo control judicial.

Resulta conveniente detallar acabadamente el derrotero procesal del litigio a fin de estar en condiciones de identificar las cuestiones de DIPr. involucradas. El Sr. X solicita al consulado de Francia en Los Ángeles, la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada. El matrimonio nada dice sobre su proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa. Sin embargo, las actas son transcriptas sobre los registros de estado civil de Nantes el 25 de noviembre de 2002, a instancias del MP para, de este modo, poder proceder a su anulación basándose en razones de orden público. En ese contexto, el Procurador cita a los Sres. X e Y ante el Tribunal de Gran Instancia de Creteil¹¹¹ el 4 de abril de 2003, a efectos de solicitar dicha anulación. El Tribunal desestima la demanda, no por considerarla infundada, sino por entender que no reunía determinadas condiciones legales (“irrecevable”). Con posterioridad, el 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París, rechaza la acción de nulidad

¹¹⁰ California Family Code (Sections 7630 y 7650).

¹¹¹ En Francia el Tribunal de Gran Instancia es el competente en materia de estado civil. En este caso el de Créteil es el competente en virtud de la residencia de los esposos.

interpuesta por el Ministerio Fiscal argumentando que no contestó el reconocimiento de la decisión californiana y tampoco alegó con respecto a la fuerza probatoria de los documentos públicos otorgados en California sobre el estado civil, todo ello en función de lo que dispone el Código Civil de Francia (artículo 47), que se refiere a la transcripción en el registro, sin necesidad del *exequátur*, de las actas relativas al estado civil (de nacimiento) extranjeras. Se invoca asimismo un orden público internacional (OPI) atento al interés superior del menor, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN).

La decisión fue recurrida por el Abogado General del Tribunal de Apelación en un recurso de casación en interés de ley, ante la Corte de Casación, que se limita a resolver la cuestión atinente a la facultad del MP, considerando su demanda “recevable” en tales condiciones: el MP tenía facultad para instar la anulación por motivos de orden público. Así, se omite la referencia al interés superior del menor no tomando partido por las cuestiones de fondo y se reenvía la cuestión a un nuevo tribunal de apelación. El 18 de marzo de 2010, este nuevo tribunal estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación.

En definitiva, los esposos X se quejan ante la anulación de la transcripción de las actas de nacimiento litigioso. Aducen que la decisión de otro país que reconoce la filiación de un niño como hijo de una pareja comprometida por contrato con una madre portadora no es contraria al OPI francés. Afirman que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño en los términos de la CDN, desde que lo decidido ocasionaría el efecto de privar a los niños de la posibilidad de establecer su filiación en Francia, donde tienen su residencia y se violaría el Art. 8 de la Convención Europea

de los Derechos del Hombre (CEDH) al no permitir el desarrollo del vínculo familiar y el Art. 14, al tratarlos de manera diferente a la de otros infantes sólo por haber nacido en ejecución de una convención de alquiler de vientre, privándoles de la nacionalidad de sus padres, en razón de hechos que no se les pueden imputar.

No obstante estas alegaciones, la Corte de Casación justifica el rechazo de la transcripción del acta de nacimiento en la vulneración del OPI francés al chocar contra el principio esencial de la indisponibilidad sobre el estado de las personas. Se considera que la anulación no priva a los niños de su filiación materna y paterna reconocida por el derecho californiano ni les impide vivir con los esposos X en Francia, por lo que no atenta contra el respeto de la vida privada y familiar de los menores ni es violatorio del principio por el cual está jerárquicamente ubicado el interés superior del niño, garantizado convencionalmente.

Los esposos Mennesson, ante este revés judicial, anunciaron que concurrirían con su caso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹¹².

En otro de los expedientes resueltos por la Corte de Casación¹¹³ en idéntica data, se reconoce al niño como nacido del embrión fruto de los gametos de los dos esposos y la anulación solicitada se limita a la mención relativa a la filiación materna del niño.

¹¹² **Cuninberti, Gilles, “Surrogacy Agreements Violate French Public Policy”, www.ConflictofLaws.net, 7 de abril de 2011. <http://conflictoflaws.net/2011/surrogacy-agreements-violate-french-public-policy/>. Consulta 19/07/2011**

¹¹³ Sentencia 369, D 09-66.486.

La criatura nace en Minnesota (EEUU), luego que una mujer aceptara ser portadora del embrión fruto de los gametos de la pareja francesa. El tribunal de EEUU falló otorgando la adopción a la mujer francesa a partir de la decisión de la madre de abandonar el bebé el día de su nacimiento. En el acta de nacimiento figuran los accionantes como madre y padre del niño habiendo sido transcripta a los registros de estado civil del consulado general de Francia en Chicago y luego registrada por el servicio central del estado civil de Nantes. La inscripción se efectúa bajo prescripción del Procurador de la República ante el tribunal de última instancia en París que limita su demanda a la anulación de la transcripción en lo que concierne solo a la filiación materna del niño. La sentencia confirmatoria recurrida declara que la mujer no es la madre del niño y anula en la transcripción del acta de nacimiento, la mención relativa a ella. Las actuaciones transcurren entre el año 2001 en que nace el niño y el 6 de febrero de 2009 en que se anula la transcripción señalada.

El problema no es menor en cuanto la sentencia destaca contradicciones del MP ya que en una primera oportunidad autoriza la transcripción y posteriormente solicita que se anule dicha transcripción del acta del estado civil extranjero. Se reconoce sin embargo, que al MP le asiste ese derecho pues la Corte de Apelación es la que no ha respetado las normas del Código de Procedimiento Civil vigente.

La última causa¹¹⁴ se diferencia de las enunciadas en que, luego de ser rechazada por el consulado la transcripción del acta de estado civil norteamericano a los registros franceses, una vez que los esposos regresan a Francia el juez tutelar les otorga un acta por el que constata ser de conocimiento público la posesión legítima de estado del hijo por parte de

¹¹⁴ Sentencia 371, F 09-17.130.

ellos, cuya transcripción al registro del estado civil, han pedido en justicia. En esta causa, la niña Y es dada a luz en 2001 en Minnesota, por la Sra. B, quien había formulado un contrato de alquiler de vientre con los Sres. X, de nacionalidad francesa. El embrión proviene de los gametos del Sr. X y de una donante anónima. Una decisión estadounidense del 31 de octubre de 2001 confirma que Sr. X es padre biológico de Y. También verifica que la Sra. B y su esposo renuncian a todo derecho sobre la niña, por lo que no ostentan derechos parentales sobre la criatura. Si bien el acta de nacimiento de 2001 proveniente de Minnesota designa a los Sres. X como padres, la pareja francesa obtiene en su país un acta otorgada por un juez tutelar el 3 de diciembre de 2003 por la que se reconoce la posesión de estado. El MP rechaza asentar esa mención en el estado civil, hecho que origina que el matrimonio inicie una acción a fin de lograr la transcripción y, subsidiariamente, lograr la filiación paterna de Y por medio de posesión de estado. Se coteja aquí la particularidad de haber sido designada la Sra. A en calidad de administradora *ad hoc* para representar los intereses de la menor durante el proceso.

La demanda principal resulta rechazada en Douai el 14 de septiembre de 2009. De esta suerte, los agravios centrales del matrimonio francés pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Discuten el entendimiento sobre la posesión de estado invocada en tanto se considera viciada como precedente de una convención ilícita sobre la gestación por parte de terceros al ser violatoria del Código Civil aplicable. Añaden que la posesión de estado proviene de un comportamiento continuado y no equívoco por lo que se viola además el Art. 3 CDN, el Art. 1 de la Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 y el Art. 8 de la CEDH. Destacan que la mujer portadora, Sra. B, ha

renunciado a todos los derechos de parentesco hacia Y, por lo que la decisión desconoce su interés superior de ver reconocido en el derecho francés, el vínculo establecido con las personas que la habían educado, siendo que una de ellas es su padre biológico.

Sin embargo, el tribunal tampoco hace lugar a la queja por considerar que es contrario al *principio de la indisponibilidad sobre el estado de las personas* -esencial del derecho francés- reconocer efectos a una convención que versa sobre el alquiler de vientre, nula con nulidad de orden público en los términos del artículo 16. 7 y 16. 9 del Código Civil. Señala, además, que este principio obstaculiza que pueda desplegar efectos en Francia una posesión de estado por la filiación establecida como consecuencia de tal acuerdo, aunque ésta haya sido lícitamente concluida en otro país, en razón de la contradicción ya reseñada.

En definitiva, se dispone que la posesión de estado de Y, hacia los Sres. X, no produzca efecto alguno en cuanto al establecimiento de su filiación. De esta manera, no se priva a la niña Y de la filiación materna y paterna que el derecho del Estado de Minnesota le reconoce, ni le impide vivir con los esposos X, en Francia, o sea que no se atenta contra el respeto a la vida privada y familiar en el sentido del artículo 8 de la CEDH, como tampoco a su interés garantizado por el artículo 3§1 de la CDN.

En consecuencia, en todos los procesos se entendió que las transcripciones en cuestión violaban el orden público francés.¹¹⁵

Los recursos elevados plantean dos preguntas cuyas respuestas resultan esenciales a las causas: la concepción francesa del orden público internacional, ¿se opone a que se reconozcan en Francia las actas de estado

¹¹⁵ Las sentencias han sido pronunciadas con opinión favorable del procurador general para dos de ellas (N° D 09-66.486 y F 09-17.130) y con opinión en contrario para la tercera (N° S 10-19.053).

civil de niños nacidos como fruto de la gestación por parte de un tercero, llevada a cabo regularmente en el extranjero? En caso afirmativo, los imperativos de las convenciones internacionales que consagran el interés superior del niño (artículo 3 § 1 de la CDN) o el derecho a tener una vida de familia (artículo 8 de la CEDH) ¿permiten o no que se impidan los efectos de esta contradicción con el orden público?

2. El caso alemán

En este precedente, el conflicto se desata ante el pedido de los accionantes de expedición de pasaporte al menor y frente a la necesidad de acreditación de la nacionalidad alemana, adquirida en virtud de su filiación.

El 15 de abril de 2011, el Tribunal Administrativo de Berlín¹¹⁶ se enfrenta al tema de la MS (o la posibilidad de su verificación) ante la queja planteada por la denegación de las autoridades consulares de tramitar el pasaporte a un supuesto ciudadano alemán nacido en India. La medida precautoria solicitada es rechazada¹¹⁷ en función de entenderse que los requisitos de necesidad de la urgencia y la verosimilitud del derecho invocado no se encontraban acreditados.

Según se desprende de las consideraciones vertidas por el tribunal, una pareja alemana (W) pretende se otorgue el pasaporte alemán a su hijo nacido en India el 18 de diciembre de 2010, con base en la partida de nacimiento obtenida en el país de nacimiento del niño, entendiéndose que el documento acredita su paternidad. Las autoridades alemanas alegan dudas acerca del poder de representación de los demandantes (por falta de prueba

¹¹⁶**Verwaltungsgerichts Berlin.**

¹¹⁷ Decisión 23 L 79.11.

de la tenencia), principalmente, centradas en la nacionalidad alemana del menor¹¹⁸. Según la ley alemana, dicha nacionalidad se adquiere por el derecho de la sangre¹¹⁹, cuando uno de los padres la posee, y es éste el hecho que el tribunal considera incierto, luego de verificar una serie de elementos fácticos.

En referencia a la madre alemana, se tiene en cuenta que la Sra. H. (supuesta progenitora) tenía 55 años al momento de nacimiento de la criatura; y que, si bien esta edad no la imposibilita para gestar¹²⁰, transforma el alumbramiento en menos probable. Asimismo, se estima relevante el hecho de no acreditar controles o revisiones médicas, sea con anterioridad o posterioridad al nacimiento del hijo¹²¹. El traslado de la pareja en la semana treinta y seis (de embarazo) a la India -con el consiguiente peligro inminente para madre y niño- activa, a su vez, una presunción negativa, sumado al vuelo de regreso planeado para el 25 de enero de 2011 (semana cuarenta y uno). Finalmente, para el tribunal, la circunstancia de que la criatura no hubiese nacido en una maternidad, sino en un centro de fertilidad reconocido por su especialidad como un sitio en el que residen personas que acuerdan el alquiler de vientres, eleva las probabilidades de que el peticionante del pasaporte haya nacido de un vientre alquilado en ese país.

¹¹⁸ “Según § 6, Párrafo 1, Norma 1 de la Ley de Pasaportes no hay derecho al otorgamiento de dicho documento de identidad, ya que no están dados los requisitos necesarios para la concesión de un pasaporte. Según § 1 Párrafo 4 norma 1, sólo es posible otorgar un pasaporte -entre los que se incluye, según § 1, Párrafo 42, Número 1 de la Ley de Pasaportes, un pasaporte de menor, a un ciudadano alemán, a los efectos legales del Artículo 116, Párrafo 1 de la Ley Fundamental Alemana. Conforme al § 6, Párrafo 2 de la Ley de Pasaportes deben indicarse en la solicitud para el otorgamiento de un pasaporte de menor todos los hechos y pruebas, que lleven a la determinación de la persona que recibe el pasaporte y su condición de alemán.”

¹¹⁹ § 3 Párrafo 1 N°. 1 de la Ley de Nacionalidad (StAG)

¹²⁰ Para convertirse en su madre en los términos del § 1591 del Código Civil Alemán (BGB).

¹²¹ Existe una certificación en el sentido de encontrarse el 27 de mayo de 2010 en tratamiento ambulatorio ginecológico, día en que se habría determinado un embarazo de siete semanas, lo cual para el Tribunal no configura una prueba, de que el embarazo subsistía en el mes de diciembre de 2010.

En cuanto a la paternidad del cónyuge alemán, se parte de la base que la prueba de paternidad biológica presentada mediante análisis de ADN, no resulta suficiente ya que el peticionante debe descender jurídicamente del Sr. W. El Art. 19 Párrafo 1 Norma 1 del la Ley Introductoria al Código Civil Alemán (EGBGB), especifica que respecto de la descendencia, la ley aplicable se fija por el lugar de residencia habitual de la criatura, o sea, donde se encuentra habitualmente y tiene el foco central de su vida. Ante la escasa edad del niño, se admiten dudas en orden a considerar la India (donde se encontraba presente en forma fáctica) como su lugar de residencia habitual. Si ese fuese el supuesto, se determinaría la descendencia por la ley de India.

Desde ese contexto, se establece que la nacionalidad india o alemana no puede ser aclarada en trámite preventivo mientras no se sepa quién ha dado a luz al niño y sea posible determinar el medio en que vivió hasta el momento de pronunciarse la autoridad alemana. Para el Derecho hindú¹²², la descendencia debe diferenciarse según la criatura haya nacido durante el matrimonio o fuera de él. De esta suerte, si el peticionante hubiese nacido de una mujer en India, su esposo sería considerado como padre de la criatura. Al no obrar acreditación del estado civil de la madre del niño y ante la posibilidad que el nacimiento resulte de un alquiler de vientre, el tribunal desecha todas las especulaciones sobre las consecuencias jurídicas que podría conllevar la figura conforme a la ley de India.

III. El Derecho internacional privado y la maternidad subrogada

¹²² Art 112 del Evidence Act 1872 (impreso bajo Chapter 7/S112).

De la lectura de los fallos se desprende en forma meridiana la necesidad de acudir al DIPr. como ciencia llamada a intervenir en relaciones jurídicas de tráfico externo, esto es, aquellas que ponen en vinculación a distintos sistemas jurídicos estatales¹²³.

Principalmente, son tres los ejes en torno a los cuales gira esta materia: el problema de la jurisdicción competente, la búsqueda del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias. Este último sector es el que nos interesa tratar, pues en el reconocimiento de los efectos de un acto o de una decisión extranjera, el DIPr. se muestra en toda su potencialidad. De esta suerte, el reconocimiento de actos y decisiones además de ser considerado un sector autónomo de la asignatura, constituye una de las manifestaciones sustantivas de la ciencia jusprivatista internacional al dotar de continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio internacional¹²⁴.

Bajando línea al derecho internacional de familia comprendido en el DIPr., al estar alineado en sus filas, coincide en los objetivos. Es cierto que las metodologías de que se vale el DIPr. son profundas y varían atendiendo a la finalidad asignada a través de las épocas y claro está, conforme a las miradas de la doctrina en presencia¹²⁵. Sin embargo, la técnica para

¹²³ Es sabido que la pluralidad de sistemas jurídicos explica el objeto y la función de la materia. Conf. Fernández Rozas, J. C. / Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 4ed., Thomson Civitas, 2007. Ver también, Mayer, Pierre, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé: cours général de droit international privé" *Recueil des cours*, Volume 327 (2007), p. 9-377.

¹²⁴ Bien se señala que hay una distinción esencial entre la respuesta de fondo que suscita el reconocimiento, por un lado, y la aplicación de derecho extranjero, por otro. En el primer caso, frente al conflicto de intereses hay una solución, éste ha sido resuelto al amparo de otro poder jurisdiccional extranjero, y desplegará efectos en un país distinto, por lo que se garantiza la continuidad de los derechos así como las expectativas establecidas sin necesidad de actuaciones posteriores. En cambio, la aplicación de derecho extranjero es la operación inevitable frente al conflicto de intereses que se produce en la relación jurídica privada internacional. Conf. Fernández Rozas, José Carlos/ Sánchez Lorenzo, *Sixto*, ob. cit, p. 26-27.

¹²⁵ Sobre la temática ver: Audit, Bernard, "Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général" (2001), *Recueil des Cours*, t. 305, 2003.

encontrar una respuesta a los casos jusprivatistas internacionales no se diferencia por la materia en análisis. En consecuencia, no cabe afirmar que la solución para los problemas que atañen al DIPr. de familia se valga de una metodología propia. Ello no significa desconocer la especificidad de este ámbito material, que sin duda alguna, es distinto al que observan otras situaciones jurídicas privadas internacionales, en especial de las referidas al comercio internacional, sino tan solo reafirmar la argumentación que sustenta el sendero por el que optamos.

Posicionadas en el sector de reconocimiento del DIPr., señalemos que los actos y decisiones dictados al amparo del poder jurisdiccional de un estado cualquiera sea la materia de que se trate, y consecuentemente, las que integran el derecho de familia, cuando pretenden desplegar efectos en otro país, queden sometidos a las reglas que establece el DIPr. del país requerido.

Intuitivamente puede advertirse, y científicamente es comprobable, que los temas concernientes al Derecho internacional de familia son muy caros a la disciplina dado que la existencia de fronteras puede actuar como obstáculo a la secuencia de las relaciones jurídicas en la arena internacional, tanto desde una perspectiva sustancial como procesal con los consiguientes trastornos que en estas hipótesis asume esa discontinuidad. Fenómenos que eran esporádicos o aislados fueron tornándose cotidianos en el mundo globalizado que presenta nuevas estructuras y convoca a la reconceptualización de las categorías que integran el sector. El habitual trasiego fronterizo trajo consigo la internacionalización de la adopción, el reclamo de alimentos por la vía internacional, la demanda por secuestro o

restitución de niños y no puede negarse el incremento producido en la trata de niños, niñas y adolescentes¹²⁶.

1. Sobre las fuentes jurídicas

A. Generalidades

En orden a la problemática de la MS desde la mirada doctrinal - particularmente, nos referimos a nuestro país- el abordaje es minucioso y analítico contemplando vastamente las aristas que plantea en su proyección¹²⁷, en tanto que desde la perspectiva del DIPr, es muy reciente el abordaje y nos animamos a afirmar que apenas se está comenzando a andar este sinuoso camino.

Desde la dimensión normativa interna no existen en Argentina disposiciones específicas que regulen la temática. En este sector en particular, aunque la misma situación se extiende a muchos otros, es usual que las leyes no se elaboren en paralelo a los avances sociales; generalmente, los retrasos en la legislación son notorios. Los vacíos legales ya no causan asombro ante la complejidad de las situaciones que se

¹²⁶ Acerca de estos temas puede verse: Dreyzin de Klor, Adriana/Echegaray de Maussion, Carlos (dirs), *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional* Advocatus, Córdoba, 2011; Gonzalez Martín, Nuria, *Familia internacional en México. Adopción, alimentos, restitución, tráfico y trata*, Porrúa/UNAM, México, 2009; Santos Belandro, Ruben. *Derecho civil internacional y de familia*, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2009.

¹²⁷ Además de los trabajos citados a lo largo de este comentario y solo a modo de ejemplo podemos citar: Kemelmajer de Carlucci, Aída / Herrera, Marisa / Lamm, Eleonora, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", *La Ley* 20/09/2010, p.1 y ss.; Krasnow, Adriana, "Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida", *La Ley*, Buenos Aires, 2005-135; Sambrizzi, Eduardo A., *La procreación asistida y la manipulación de el embrión humano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001 y *La filiación en la procreación asistida*, El Derecho, Buenos Aires, 2004; Zurita Martín, Isabel, "Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres", *La Ley*, 2006, p. 1475 y ss.; Mizrahi, Mauricio L., "El niño y la reproducción humana asistida", *La Ley*, 30/08/2010, p. 1 y ss. [TENES REGISTRADOS OTROS DE DOCTRINA NACIONAL?](#)

manifiestan día a día si bien el argumento no puede utilizarse a modo de excusa.

En los países involucrados en los precedentes en análisis, recordemos que Francia y Alemania se encuentran dentro del grupo que prohíben la MS, el primero, en función de lo dispuesto por su Código Civil (Art. 16-7, introducido en 1994), en tanto que la ley alemana se pronuncia sobre protección de embriones desde el 13/12/1990. Por su parte, los ordenamientos jurídicos de California y Minnesota la autorizan, aún con fines económicos, al igual que India a partir de resolución de la Corte Suprema con fecha 29/09/2008 en el caso "Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr"¹²⁸.

Es ilustrativo traer a colación que entre Derecho comparado y DIPr. siempre ha existido una cercana relación, desde que ambas ciencias deben su nacimiento a la existencia de una pluralidad y diversidad de sistemas jurídicos en el orbe¹²⁹.

B. La dimensión convencional: Conferencia de La Haya

La labor que despliega este foro de codificación y su metodología para elaborar instrumentos jurídicos que coadyuven a la cooperación entre los estados, aspirando avanzar en la unificación progresiva de las normas de DIPr.¹³⁰, es mundialmente reconocida.

¹²⁸ Famá, María Victoria, ob.cit. p.7.

¹²⁹ Ver Fauvarque-Cosson, Bénédicte, "Comparative Law and Conflict of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on al Old Couple", *The American Journal of Comparative Law*, vol.49, p. 407.

¹³⁰ A fin de un análisis más profundo del rol desplegado por la organización en el campo de la codificación de DIPr., ver T.M.C. Asser Instituut, *The Influence of The Hague Conference on Private International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/ London, Netherlands, 1993; Van Loon, Hans, "Conférence de La Haye de droit international privé", *Répertoire international Dalloz*, enero 2011.

En esta línea, no sorprende el interés que ha despertado la regulación jurídica a nivel convencional de la MS, tal como se evidencia en lo dispuesto el 7 de abril de 2011, durante la reunión celebrada a los efectos de consolidar la agenda. Haciéndose eco de las necesidades de regulación jurídica del tema a nivel internacional, se decidió intensificar el trabajo que ya venía desarrollando un equipo de investigadores a efectos de sentar las bases de un futuro convenio¹³¹.

El proyecto que incorpora la Conferencia presenta un amplio catálogo de asuntos derivados de los convenios internacionales de maternidad subrogada¹³². Su inclusión comprende la necesidad de abordar, entre otros aspectos, los relativos al establecimiento o reconocimiento de la filiación legal de niños y niñas nacidos como fruto de esta técnica de fertilización asistida, las consecuencias jurídicas que derivan de tal situación: nacionalidad, estatus migratorio, patria potestad, alimentos. Asimismo, se hace hincapié en los conflictos que pueden generarse a partir que las partes involucradas estén expuestas a la vulnerabilidad o sometidas a situaciones de riesgo, ante un fenómeno del cual es más lo que se desconoce que lo que se sabe.

De la misma manera, se reconoció que la MS es un negocio global y en expansión del que derivan variados problemas, particularmente cuando los convenios se acuerdan entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo.

A partir de estas premisas, el Consejo de la Conferencia de La Haya emitió un mandato a la Oficina Permanente, en el sentido de que proceda a

¹³¹ La Fundación Nuffield, prestó su apoyo y subvencionó la investigación realizada por los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings.

¹³²Nota de prensa de la organización en http://www.hcch.net/index_en.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=surrogac Consulta 18/7/2011

la recolección de datos acerca de las necesidades prácticas del área, los desarrollos comparados, tanto en derecho interno como en DIPr., con la finalidad de lograr consensos desde una visión mundial para abordar los asuntos relativos a la MS transfronteriza.

El trabajo a efectuar gira en torno a los aspectos de DIPr. que deben regularse en tales acuerdos, hecho que deviene del avance en las investigaciones en el campo de la medicina reproductiva que presentan distintas opciones de tratamiento para parejas infértiles. El planteo integra el nuevo Derecho internacional de familia desde que estos acuerdos de alquiler de vientre se producen hoy con frecuencia dando lugar incluso a lo que se ha dado en denominar “turismo procreativo”¹³³, constatando que el núcleo de la cuestión radica en las amplias diferencias existentes entre las leyes nacionales que rigen la subrogación o en la carencia de leyes que la regulen.

2. Reconocimiento de actos y decisiones en DIPr

Con sustento en la conveniencia pero también en valores como la cooperación y la solidaridad, en el ámbito procesal se establece una suerte de consenso de casi todas las legislaciones nacionales, de reconocer eficacia a las sentencias pronunciadas en el extranjero bajo la observancia de ciertas condiciones.

¹³³ A tal punto varían las respuestas nacionales que se ha llegado a que quienes desean tener un hijo, realicen viajes buscando la legislación que evite las restricciones impuestas a la subrogación en su país. En general, la mayoría de los casos son parejas occidentales atraídas por el "bajo costo" de servicios de alquiler de vientres y una disponibilidad inmediata de madres de alquiler en lugares como la India, Europa del Este y América del Sur. La potencial existencia de un “mercado negro” conformado por personas cuyas necesidades económicas y sociales conducen a ofrecer el alquiler de vientres a precios muy bajos es prácticamente una realidad y los foros de codificación deben legislar la materia. Ver George, Martin, “A Study on the International Private Law Aspects of Surrogacy Agreements”, en: *Conflict of Laws.net*, September 21st, 2010. <http://conflictoflaws.net/2010/a-study-on-the-private-international-law-aspects-of-international-surrogacy-agreements/>. Consulta 18/7/2011.

En esta materia coexisten fuentes jurídicas de distinto origen, según sean internas, convencionales e institucionales¹³⁴. En casos como los que se encuentran bajo análisis, en los que no hay una vinculación convencional específica se atiende a lo dispuesto en las normas internas.

Digamos que el reconocimiento de decisiones foráneas se considera la más profunda expresión de cooperación jurisdiccional en tanto el tribunal que presta el reconocimiento hace suyo el pronunciamiento dictado por un magistrado extranjero, renunciando de este modo a su propia potestad soberana¹³⁵.

El reconocimiento no versa sobre la relación sustancial controvertida en el proceso que motivó la sentencia referida, sino que persigue el objetivo de verificar, por un lado, si la sentencia reúne los recaudos de legalización, autenticación y traducción de todo instrumento extranjero, -son los llamados requisitos extrínsecos- y por el otro lado, si el contenido del pronunciamiento se ajusta a las reglas fundamentales de orden público y si el procedimiento seguido en el extranjero ha respetado las garantías del debido proceso¹³⁶. Incluso hoy se habla de un método de reconocimiento (ya sea de documento, acto público, sentencia o situación), en el sentido de que no se indaga la ley competente, y el control basado en el límite del OPI es excepcional y relativo en el espacio y en el tiempo. La valoración concreta sería en el momento actual e *in casu* del impacto o de los efectos

¹³⁴ Existe un importante acervo jurídico de carácter procesal internacional apuntalado desde un inicio por diversos foros de producción jurídica convencional, por haberse identificado como el sector que plasma la cooperación en todas sus manifestaciones. Ver Dreyzin de Klor, Adriana / Saracho Cornet, Teresita, *Trámites judiciales internacionales*, Zavalia, Buenos Aires, 2006.

¹³⁵ En aras de la profundización de este concepto, ver Dreyzin de Klor, Adriana, “Los instrumentos de cooperación jurisdiccional del Mercosur, ¿útiles a la asistencia?”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2009-3, Rubinzal Culzoni, p. 583.

¹³⁶ Ver, Dreyzin de Klor, Adriana / Saracho Cornet, Teresita, *Trámites judiciales internacionales*, p. 187 y ss. Jurisprudencialmente, ello ha sido puesto de manifiesto en el precedente sentado por el Juzgado de Familia n° 2, de Mendoza, el 09/11/10, en autos C. A. V. y otro, publicado en [www.diprargentina.com](http://fallos.diprargentina.com/2011/02/c-v-y-otro.html), <http://fallos.diprargentina.com/2011/02/c-v-y-otro.html>. Consulta 19/07/2011.

nocivos que produciría la recepción de tal decisión en el foro (país de reconocimiento)¹³⁷.

De este modo se satisfacen los principios de DIPr. pues el reconocimiento de los actos y de la sentencia extranjera así como la eventual ejecución o el despliegue de los efectos en un estado distinto al del pronunciamiento, contribuye a concretar los axiomas que sustentan la materia; cierto control de la decisión extranjera es necesario pues los estados no pueden reconocer cualquier decisión foránea aun aquella dispuesta por sentencia judicial y así es universalmente admitido. Si de la evaluación realizada surge el incumplimiento de algunos de los recaudos señalados, no se reconoce la decisión.

3. Las excepciones al reconocimiento de los actos

El rol de la judicatura a la hora de decidir casos jusprivatistas internacionales de derecho de familia debe partir de la consideración de los TDDHH ya que allí muestran su mayor incidencia, aunque todo el derecho debe ser encarado a través del prisma de derechos y garantías que este acervo jurídico comprende. Justamente, es en el Derecho internacional de los DDHH en que pueden hallarse los fundamentos de mayor peso específico para defender el perfil de la familia postmoderna, al establecer la protección que la sociedad y el estado le brindan como su núcleo natural y a cada una de las personas que la integran. Este verdadero sistema normativo reconoce el derecho a la identidad a la privacidad, a la igualdad ante las leyes y el principio de no discriminación, pudiendo avizorarse en todas las declaraciones y pactos, una suerte de principio de alcance general

¹³⁷ Quiñones Escamez, Ana, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, p.24, www.inDret.com, <http://ssrn.com/abstract=1440237>. Consulta 18/7/2011

que se concreta en el respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad como sustento de la organización social.¹³⁸

Especialmente en los supuestos resueltos en Francia se encuentran por un lado, los principios indeclinables de DDHH que contiene la CDN en la que subyace expresa y tácitamente la importancia de considerar el interés superior del niño (Art. 3.1) y que plasma en una suerte de calificación autárquica, algunos de los derechos que abarca el enunciado. Afirma el Art. 7 CDN: “El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

En la otra vereda, acciona el interés irrenunciable que esgrime el estado francés en cuanto a sostener la indisponibilidad del estado de la persona como un axioma indelegable de su sistema. Este principio ¿parece no reconocer carácter universal? ¿se contrapone con el ejercicio de la autonomía de la voluntad?

Partir de esta premisa lleva a cuestionar las legislaciones que receptan TRA; sin embargo convengamos en que hay diferencias notorias en su regulación, existiendo condicionamientos, límites y en definitiva, normas que responden a las distintas políticas de estado¹³⁹.

El problema en función de la búsqueda de justicia en los casos concretos consiste en articular los intereses en conflicto respetando los principios de los convenios universales con los propios principios, o sea los del foro. Y es éste el escenario sobre el cual hace su ingreso el método de reconocimiento.

¹³⁸ Conf. Greselin, Lorena / Acosta, Juan F., “El derecho internacional privado como instrumento de armonización para la problemática de las uniones de hecho en el MERCOSUR”, *Suplemento de DIPr y Derecho de la integración, Diario jurídico ElDial.com*, noviembre, 2008.

¹³⁹ Tal como se pone de manifiesto al advertir las diversas modalidades que se verifican (Ver nota 9).

Ahora bien, estas actas de nacimiento, ¿están sujetas a un procedimiento para su transcripción? Va de suyo que las autoridades de California y de Minnesota son competentes para inscribir los nacimientos que acontecen en su territorio. El control de competencia efectuado en función de las normas extranjeras es solo de tipo formal y se vincula sobre todo, a la validez de documentos y certificados conforme al ordenamiento jurídico del cual provienen. Sin embargo, en el DIPr. hay conceptos muy asentados que se relacionan con la existencia de proximidad entre los protagonistas y el territorio en el cual tienen su domicilio, su residencia habitual, la nacionalidad, aquel lugar en que establecen la relación jurídica de que se trata, o el que eligen para la celebración de actos o el país donde los cumplen. En los casos en comentario ¿puede concluirse en la existencia de un vínculo estrecho entre las parejas y los EEUU? ¿Hay contactos suficientes que no sean los que obedecen a la contratación de una madre subrogante? En alguna de las sentencias se hace hincapié en que la pareja viajaba por cuestiones profesionales a ese país y entonces la elección no fue totalmente fortuita. Desde esta perspectiva, si bien no cuadra un control de fraude a la ley, puede suponerse la existencia de un control de fraude de un foro más conveniente, a la hora de analizar el reconocimiento de las actas respectivas.

La Corte de casación encuentra un equilibrio -que no sabemos aún si es tan equilibrado¹⁴⁰- al denegar la transcripción del acta al registro de estado civil francés con el consiguiente efecto de desconocer la nacionalidad francesa al niño, aunque reconoce el estado filiatorio adquirido en EEUU.

¹⁴⁰ Recuérdese que la cuestión resuelta por uno de los decisorios será llevada ante el TEDH, según anuncios de los implicados.

En tanto, el planteo ante el tribunal administrativo alemán es diferente. Se deniega la entrega de un pasaporte que ha sido solicitado en el extranjero para el menor por entender que no se cumplen los requisitos exigidos por ley, en tanto es necesario que se trate de un ciudadano alemán para que dicha emisión se concrete y en el caso no se cumple con las condiciones establecidas. Incluso se afirma en la resolución que el hecho de figurar los cónyuges alemanes inscriptos en la partida de nacimiento de la criatura como padre y madre es irrelevante para la determinación de la descendencia, pues no se consideran dichas inscripciones como constitutivas.

Empero, en todos los casos se identifican como potencialmente conflictivas dos cuestiones que en el DIPr. obran a manera de excepciones a la aplicación del derecho extranjero con particular connotación en relación al reconocimiento: el fraude a la ley y el orden público internacional. Nos detendremos en ambos, por su vinculación con los supuestos en tratamiento.

A. El fraude a la ley

Aunque medularmente las sentencias analizadas no acudan a la figura del fraude a la ley (FL) para nutrir su motivación, estimamos pertinente emprender una aproximación al instituto. Su recurrente presencia en las argumentaciones de las partes involucradas en los casos y en los análisis doctrinarios efectuados a raíz de conflictos similares nos convencen acerca de la necesidad de una breve presentación de su manifestación en el campo del DIPr. y su tentativa relevancia en casos de MS transfronteriza.

Es de destacar que el fraude en DIPr. se bifurca entre el que se puede cometer con relación a la ley y a la jurisdicción. Sin embargo, como en el caso se menciona el fraude a la ley, acotamos nuestro tratamiento a este aspecto de la excepción¹⁴¹.

a) Ubicación conceptual

Es bien sabido que el FL opera como un elemento cuya ausencia debe verificarse a fin de efectivizar la aplicación del derecho extranjero conectado por la norma de colisión. Es decir, se configura ante la comisión de actos que trasuntan la voluntad de los involucrados de sustraerse maliciosamente al sistema jurídico que la norma de DIPr. determina, a través de la alteración insincera del punto de conexión, para beneficiarse, de alguna manera, al someterse a una legislación que no es aquella a la que la norma indirecta remite. Consiste, pues, en el empleo del mecanismo conflictual para alcanzar un resultado que, de otro modo, no sería posible¹⁴².

Sus orígenes pueden rastrearse hasta los inicios de la vida social, pues al sancionarse las primeras reglas imperativas comenzó a trabajar la imaginación humana para encontrar la manera de eludir las prohibiciones¹⁴³. Es por esa razón que pocas definiciones académicas resultan tan gráficas como la aproximación del Maestro Goldschmidt que

¹⁴¹ El fraude a la jurisdicción en DIPr. puede verse en Dreyzin de Klor, Adriana, “La CSJN acomoda cada ficha en su casillero”, *RDCO* N° 237, Buenos Aires, 2009, p. 159-167.

¹⁴² Pereznieta Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*. Novena Edición. Oxford, México 2011, p. 246.

¹⁴³ Parra Aranguren, Gonzalo, *Curso General de Derecho Internacional Privado*, Fundación Fernando Parra Aranguren, Caracas, 1992, p.137.

caracterizó este medio como el intento de una persona de vivir en un país con la legislación de otro, la cual le permite lo que aquél le prohíbe¹⁴⁴.

El perfil particular del FL en el campo del DIPr. se ha visto alimentado desde la doctrina con gran intensidad a partir de la sentencia dictada por la Corte de Casación francesa el 18 de marzo de 1878 en el caso Bauffremont¹⁴⁵.

No es poco frecuente que las personas intenten modificar los factores de conexión consagrados normativamente para lograr la aplicación de un ordenamiento jurídico más favorable a sus deseos¹⁴⁶. Ante la dificultad probatoria que conlleva el elemento voluntario del concepto, es que suele acudir a las útiles pautas que derivan de la concreción de una multiplicidad de actos en un contexto “contracción temporal” y “expansión espacial”¹⁴⁷.

Relacionado con lo anterior, se añaden ciertas condiciones para la activación del FL. En primer lugar, la circunstancia por la cual el derecho competente antes de la alteración del punto de conexión debe ser coactivo (y no meramente supletorio), pues la noción procura asegurar el carácter imperativo de las leyes y evitar que en las relaciones internacionales se

¹⁴⁴ Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. Abeledo Perrot, Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Buenos Aires, 2009, p. 196.

¹⁴⁵ El conflicto que da lugar a la decisión se desata a partir de que la Princesa de Bauffremont se separa personalmente del Príncipe y oficial francés, naturalizándose en Sajonia Altemburgo, donde obtiene el divorcio vincular y contrae nuevas nupcias con el Príncipe Bibesco. Por su parte, el Príncipe de Bauffremont ataca en Francia la sentencia de divorcio alemana y el ulterior matrimonio. En ese proceso se entendió que la nacionalidad alemana adquirida por una mujer había respondido al propósito de escapar a la prohibición de la ley francesa para contraer un segundo matrimonio y, en consecuencia, los actos así realizados no eran oponible al primer esposo. Muy ilustrativamente reseña Gonzalo Parra Aranguren que el Bauffremont affaire fue objeto de examen por juristas de diversos países y que incluso se menciona en el Libro: *L'Empire, L'amour et L'argent. Histoire des amours, scandales et libertinages des Bonaparte*, de Alain Decaux, Paris, 1982. Curso General...p.139.

¹⁴⁶ En consecuencia, en el fraude a la ley pueden deslindarse dos aspectos: el material, constituido por una serie de conductas, y el volitivo, concretado en la intencionalidad de alcanzar un resultado no querido por el ordenamiento. Fernández Rozas, Jose Carlos / Sanchez Lorenzo, *Sixto, Derecho Internacional Privado*, Cuarta edición, Civitas, Madrid, 2007, p. 131.

¹⁴⁷ Goldschmidt, Werner, ob. cit, p. 195.

transformen en facultativas. Por lo tanto, no puede predicarse en aquellos supuestos en que el legislador autoriza a las partes a elegir el derecho al cual se someten. Asimismo, es necesario que no exista otro medio idóneo para neutralizar los resultados queridos por las partes; por ejemplo, el OPI, aunque la jurisprudencia refleja cuan habitual es encontrar la invocación de ambas figuras en casos en que se alega el FL¹⁴⁸.

Ahora bien, ¿qué efectos despliega la existencia del FL? Estos pueden ser examinados a la luz de la posición del país cuyo derecho ha sido evadido, con respecto al sistema cuya ley se invoca y en orden a la situación de terceros estados. En el primer supuesto, la sanción consiste en considerar que el cambio del punto de conexión no se realizó, negando las consecuencias derivadas de la elección fraudulenta. Se impide así la obtención de la ganancia especial del fraude, procurando preservar las demás partes del acto. Sin embargo, la solución no parece tan evidente en la segunda y tercer hipótesis, desde que depende del fundamento y fin que se asigne a la figura. No podemos olvidar que la doctrina del FL ha sido objeto de críticas basadas en la necesidad de asegurar el derecho de las personas a modificar determinados puntos de conexión (como el domicilio y la nacionalidad)¹⁴⁹, por la inseguridad jurídica que produciría o por la identificación de la figura como aplicación particular del OPI¹⁵⁰.

b) Fraude a la ley y MS transfronteriza

¹⁴⁸ Kaller de Orchansky, Berta, *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Plus Ultra. Córdoba, 1991, p.102-103. Dreyzin de Klor, Adriana / Saracho Cornet, Teresita, “El fraude a la ley en el Derecho internacional privado”, *Semanario Jurídico* 13, Córdoba, 1995.

¹⁴⁹ Niederer, Werner, “Ceterum quaero de legum imperii romani conflictu”, *Revue*, Vol. 9, 1960, pp.141.

¹⁵⁰ Jayme, Erik, “Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne, Cours général de droit international privé”, *Recueil des cours* (1995), volume 251, p. 244.

¿Cuál es el rol que desempeña el FL a la hora de proceder al reconocimiento de un acto o decisión extranjera? Contextualizado en términos de MS, la utilización en países que autorizan la práctica por parejas (o sujetos) domiciliados/ residentes en otro que las prohíbe, con la intención de seguir teniendo su centro de vida en los estados no permisivos, ¿configura FL? En caso de responder afirmativamente, ¿cuál es el efecto/sanción dispuesto? Esta consecuencia, ¿debe afectar únicamente a quienes realizaron el deliberado acto del traslado a efectos de someterse a una ley más benigna, o puede aquejar también a la persona nacida mediante esta modalidad?

Analicemos si alguna de estas preguntas ha recibido respuesta en las resoluciones bajo comentario.

Claramente, la Corte de Casación de Francia se ha inclinado por utilizar el recurso del OPI basado en el principio de indisponibilidad del estado de familia para negar la posibilidad de inscribir en los registros franceses las filiaciones establecidas a partir de un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero.

Sin embargo, según los datos a que se tiene acceso, el FL no ha estado absolutamente ausente en el razonamiento desde que fue tenido en cuenta en las sentencias 370 (caso Mennesson) y 369.

En su caso, el matrimonio Mennesson intentó ahuyentar el fantasma del FL, o la convicción por parte del Tribunal de la realización de “turismo reproductivo”, alegando que a pesar de tener residencia en Francia, eran frecuentes los viajes de la esposa a EEUU por razones laborales. A su vez, y en referencia a la primer decisión de la Corte de Apelación de París, se interpretó que la resolución buscaba evitar que sean las niñas quienes paguen las consecuencias de un FL cometido por la pareja francesa, al ser

consideradas huérfanas y extranjeras hasta que no se determinase la filiación paterna¹⁵¹.

Por otra parte, el comunicado de prensa del tribunal sólo da cuenta de alegaciones de las partes con relación al FL en la sentencia 369. Así, los argumentos esgrimidos por la pareja francesa a fin de obtener el reconocimiento de la filiación del niño nacido a través de MS se sustentaban en que *“para que se declare admisible la actuación del ministerio público, fundada en la hipótesis de un fraude a la ley, los jueces del fondo están obligados a establecer la existencia de una intención fraudulenta;”* y además *“Que para declarar inoponible (que no se puede ejecutar) en Francia una sentencia de otro país, los jueces del fondo deben constatar la incompetencia del juez extranjero, la contradicción con el orden público internacional o el fraude a la ley francesa”*. Sin embargo, estas alusiones a la figura del fraude no resultaron la base sobre la que se construye la decisión, optando el tribunal por impedir la transcripción de las partidas tal como se habían otorgado en Estados Unidos, con sustento en la violación del OPI.

El Tribunal berlinés, por su parte, ratificó el estado de duda acerca de la nacionalidad alemana del menor con nacimiento en la India que había dado lugar a la denegatoria de otorgamiento de pasaporte por la autoridad consular. De acuerdo a los hechos que tiene por acreditados, a los que se suma que el nacimiento del niño se produce en un centro de fertilidad especializado en el “alquiler de vientres”, presume que la mujer que aparece como madre en el certificado no habría sido la que ha dado a luz. Aquí tampoco se invoca en forma expresa la existencia de un FL, pero el órgano jurisdiccional efectúa una serie de indagaciones en orden a

¹⁵¹ Quiñones Escamez, Ana, ob. cit. p. 8.

desentrañar el acaecimiento de los hechos que dieron lugar al nacimiento para verificar la veracidad de las anotaciones en el marco de la petición cautelar de los padres de la criatura. Esta investigación guarda una innegable semejanza con el análisis formulado a fin de elucidar la existencia del elemento volitivo del FL¹⁵².

En definitiva, los fallos comentados no acuden al FL como instituto, pero los resultados a los cuales se arriba, de alguna manera, se elucubran en torno al modo posible de sancionar conductas propias del fraude. Es decir, ¿niegan la filiación para el sistema jurídico francés/alemán? y por lo tanto, la nacionalidad, pero ¿no reniegan de la filiación reconocida por el derecho foráneo (americano/hindú)?

Desde la doctrina, y comentando casos análogos a los que dieron lugar a las sentencias analizadas, se ha abordado el tema del FL. En España, por ejemplo, se alegó que estos supuestos no son consecuencia de las conductas que devienen del fraude, ya que los particulares no fingieron ni crearon una apariencia formal sin contenido sustancial como hubiera ocurrido al presentar al nacido como sujeto de nacionalidad o domicilio extranjero, sino que viajaron a otro país para plantear su demanda ante el tribunal extranjero respectivo y obtener una resolución foránea que luego intentaron introducir en la Península. Como corolario, al no haberse manipulado ninguna conexión, el término FL sería inapropiado¹⁵³.

¹⁵² No resulta ocioso recordar que en esta causa, el fundamento central del rechazo del recurso presentado por la pareja alemana giró en torno a la falta de cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la medida precautoria, por considerar el órgano jurisdiccional que las circunstancias de hecho ameritaban un debate procedimental más amplio

¹⁵³ Calvo Caravaca, Alfonso Luis / Carrascosa González, Javier, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de Febrero De 2009”, *Cuadernos De Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, Nº 2, P. 316.

Otro interesante enfoque ibérico argumenta que subyace al contrato de MS un fraude al conflicto de calificaciones¹⁵⁴. Desde esta perspectiva, el establecimiento filiatorio se deslocaliza por la voluntad contractual y por la práctica médica. Esta vertiente reconoce que el método del reconocimiento de las situaciones creadas presupone un alejamiento inicial de la situación con el país al que se le solicita el reconocimiento; o sea, la ausencia de fraude, pues de lo contrario, no se respetarían las “legítimas” expectativas de las partes.

En referencia a un caso que adquirió ribetes mediáticos en Argentina, en que una pareja de personas del mismo sexo, residente en Nueva York, reivindicó el derecho a que se reconozca su paternidad adquirida a través de un alquiler de vientre en EEUU, se consideró que la situación no era equiparable al de una pareja que, viviendo en Argentina, hubiese viajado a ese país para realizar allí una práctica prohibida por el sistema jurídico local. Según esta postura¹⁵⁵, la filiación extranjera podría entonces desconocerse con fundamento en el fraude al derecho argentino; a menos que se considerase que el derecho de los niños a una filiación sostenida (*favor filii*) debe prevalecer en estas situaciones¹⁵⁶.

El propio caso *Menesson* (sentencia 370 de Corte de Casación), ante la publicidad al que lo sometieron los mismos protagonistas, fue objeto de análisis jurídico en una instancia previa de su devenir procesal¹⁵⁷ en el

¹⁵⁴ Quiñones Escamez, Ana, ob. cit. p. 29.

¹⁵⁵ Oyarzábal, Mario. “El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de pareja de homosexuales hombres”, *LA LEY* Sup.Act 21/02/2006, 1.

¹⁵⁶ El caso también resultó analizado en Dreyzin de Klor, Adriana, “Familia. Postmodernidad. Derecho internacional privado”, en: *Nuevos Paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, (Dreyzin de Klor /Echegaray de Maussion, Directores), Advocatus, Córdoba, 2011, pp. 55-80.

¹⁵⁷ Cuninberti, Gilles, “Flying to California...”

entendimiento de que los argumentos relacionados con FL deberían haber sido explorados con mayor profundidad.

No es lícito perder de vista que nos encontramos ante casos en los que se persigue el reconocimiento de un acto o decisión extranjera, y no la aplicación de su derecho de fondo. En orden al reconocimiento de la eficacia en el territorio de las situaciones jurídicas ya creadas en el extranjero se requiere que en el momento de la instauración de la relación jurídica ésta se encontrara alejada del foro¹⁵⁸ o, dicho en otros términos, conectada al foro bajo cuya legislación se celebra el convenio de MS. Pero en los casos reseñados, los vínculos con el territorio francés y alemán son intensos y demasiado tenues los lazos con el sistema de los estados de California, Minnesota o de la India. Este panorama disminuye las posibilidades de que se considere que estamos ante un supuesto de eficacia extra-territorial de las situaciones *válidamente* creadas (sin FL) en el extranjero.

Ciertamente, no será dable predicar que las parejas (o personas) que se trasladan a países donde la práctica de MS está permitida, lo hagan siempre para evadir el derecho aplicable, pero la evidencia demuestra que el sometimiento a los procedimientos médicos se torna factible solo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la MS se viabiliza. Es por ello que, a nuestro modo de ver, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la

¹⁵⁸ Quiñones Escamez, Ana, ob. cit, p.16.

única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características. Es así como las pautas pergeñadas alrededor de la figura del FL como indicios de la intención fraudulenta podrán convertirse en una útil herramienta.

B. El orden público

No sin razón se afirma que el orden público internacional es uno de los instrumentos del DIPr. que más problemas ha causado a la hora de querer definirlo¹⁵⁹.

El instituto funciona en las hipótesis en que una norma extranjera que resulta aplicable a una relación jurídica es excluida, porque de no hacerlo, se producirá un resultado contradictorio o inconsistente¹⁶⁰ con algún principio fundamental de la ley del foro. Así también, cuando se presenta ante un tribunal una sentencia extranjera a fin de obtener su reconocimiento, la autoridad judicial procederá a constatar los recaudos exigidos, entre los cuales deberá ponderar que no se vulneren los axiomas que integran el OPI¹⁶¹.

En este orden de ideas se comprende que la fragmentación jurídica espacial existe porque cada derecho nacional contiene principios propios que son precisamente los que le dan solidez y autonomía. Estos principios actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de normas e integran el derecho; informan e inspiran al legislador, orientan al juez y al intérprete y fundamentan el orden jurídico. En suma, son la esencia de los respectivos derechos. Ahora bien, el orden público actúa como correctivo

¹⁵⁹ Conf. Jayme, Erik, ob. cit. p. 223 y ss.

¹⁶⁰ Ver Wolff, Martín, *Derecho Internacional Privado*, traducción de Antonio Marín López, Ed. Bosch, Barcelona, 1958, p. 162.

¹⁶¹ Ver Maekelt, Tatiana, B., *Teoría general del Derecho internacional privado*, Academia de ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, p. 315.

funcional de todos los elementos e intereses que están involucrados en el tráfico jurídico internacional y, con especial intensidad, como una defensa de la esencia de un país, de su orden social y jurídico¹⁶².

El carácter excepcional y funcional que caracteriza a este instituto es ampliamente aceptado; su calidad restrictiva conduce a considerar el OPI como conjunto de principios¹⁶³. En consecuencia, el derecho extranjero se aplica cuando corresponde de manera directa -aplicación por el juez ante el cual se entabla la acción- y por vía indirecta -al reconocerse y/o ejecutarse una sentencia extranjera- con fundamento en el derecho foráneo. Esta premisa se concatena con la teoría del desarrollo judicial del DIPr.¹⁶⁴

En el caso de las tres sentencias francesas, se advierte que la Corte de Casación emplea los mismos argumentos en términos de contrariedad del reconocimiento con el orden público francés si bien se trata de causas que - conforme se expuso- encuentran diferencias desde la perspectiva jurídico formal¹⁶⁵.

Los tres supuestos refieren a ciudadanos franceses que contratan mediante acuerdos validados por la jurisdicción extranjera y que mantienen un vínculo estrecho con la legislación francesa; en consecuencia como ya fuera apuntado *supra*, tienen un lazo innegable con el foro ante el cual solicitan la validación de dichas actas.

¹⁶² Conf. Aguilar Navarro, Mariano, *Derecho Internacional Privado*, vol.I, tº II, Parte 2º, Ed. Univ., Madrid, 1982, p.196.

¹⁶³ Es preciso recordar que la excepción en comentario, puede funcionar de dos modos distintos: a priori, esto es cuando antes de consultar el derecho extranjero que la norma del foro declara aplicable, éste es descartado por el derecho propio, o a posteriori. En este caso, se procede a consultar el derecho extranjero, quedando descartado sólo en la medida que su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación.

¹⁶⁴ Un muy ilustrativo e interesante trabajo sobre el tema es la obra de Carrascosa Gonzalez, Javier, *Desarrollo judicial y derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2004.

¹⁶⁵ Puede verse en Cuniberti, Gilles, "Surrogacy agreements..."

La MS no está permitida en Francia. De esta prohibición da cuenta la legislación interna y es de orden público la indisponibilidad sobre el estado de las personas. Es cierto que en los supuestos no se trata de la aplicación de un derecho extranjero y consecuentemente, no funciona como excepción el FL. Esto sucede pese a que la localización de los vínculos entre los ciudadanos franceses y el estado francés es altamente reveladora de signos que, si bien no tienen fuerza certera de prueba, dan lugar a pensar en una maniobra de evasión del foro para someterse a otro más conveniente.

En estos casos han nacido los niños y es un norte que debe evaluarse en su total dimensión. El pluralismo metodológico tradicional del DIPr. que se vale de las normas de conflicto, las normas de policía, las reglas imperativas del foro y sus distintas modalidades de análisis debe dejar lugar para la recreación metodológica posicionándose otros medios hermenéuticos en aras de alcanzar la justicia en el caso concreto, sin que ello implique una renuncia a la ponderación de los valores confrontados. Este conflicto de valores / intereses que se presenta es sumamente profundo, con un adicional para nada menor e iluminador del sendero que debe recorrerse; hay una situación que no permite dar marcha atrás, que no deja espacio para retroceso: el nacimiento del niño.

¿Cómo se hace justicia si el derecho positivo francés – en estos casos, alemán en el otro - expresamente no permite los acuerdos de subrogación materna?

La CDN señala que el niño tiene derecho a tener una nacionalidad; la Corte de Casación les reconoce la del país en que han nacido, y permite que vivan con quienes el derecho americano, el ordenamiento del estado donde celebraron el acuerdo y se cumplió, les reconoce. Pero obedeciendo a su propio orden público, esto es, a ese conjunto de principios fundantes, no

autoriza la inscripción del acta en su registro civil, lo que permitiría la concesión de la nacionalidad francesa.

Atendiendo a las normas vigentes de derecho positivo, considera que el reconocimiento de las actas validaría el contrato que “es contrario a la indisponibilidad sobre el estado de las personas, principio esencial del derecho francés”. En consecuencia, Francia se reserva el derecho de ponderar la filiación que deriva de un convenio de gestación por cuenta de otro, aún cuando sea legítimo en el país en que se celebra, la convención causal es nula de nulidad absoluta, por vulnerar en orden al objeto, su orden público¹⁶⁶.

Vigentes los TDDHH y particularmente la CDN en el país, el problema se centra en la sincronización y articulación de las normas y principios ante el hecho consumado de un niño nacido por esta modalidad de fecundación asistida, con material genético de la pareja o de uno de sus miembros.

No es nuestro objetivo desentrañar el principio de orden público francés. A partir de las sentencias caben las preguntas acerca de la concreción de la vulneración de la indisponibilidad sobre el estado, ¿Qué significa? ¿Es un freno a la autonomía? ¿Es una respuesta a un ataque a la dignidad de la persona? ¿En qué radica la vulneración cuando una persona libremente y con absoluta conciencia decide prestar su cuerpo para gestar? La respuesta son nuevos interrogantes vinculados a los derechos humanos en su interpretación. La clave parece estar en que haya un debido resguardo jurídico, en que la defensa de los principios superiores que se consideran

¹⁶⁶ El Código Civil francés señala en su Art. 3: “Las leyes de policía y seguridad obligan a todos los que habitan el territorio. En tanto que el Art. 6 del cuerpo legal expresa: “No se puede derogar por las convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres.”

implicados, sean salvaguardados a través de una ordenación normativa que impida su conculcación, mediante la sanción a todo tráfico ilegítimo que atente contra la dignidad de los niños y de sus madres, que se penalice incluso la MS que de lugar a un comercio ilegítimo que vulnere la dignidad en cualquiera de sus despliegues y se regule muy cuidadosamente la figura para que se rechace por motivos de orden público el reconocimiento de todos los supuestos en que exista afectación de valores superiores irrenunciables¹⁶⁷.

La CDN es orden público universal -por llamar de alguna manera la categoría a la que el tratado pertenece-, y los planteos que siguen posicionados en los derechos fundamentales serían: ¿están confrontados el orden público universal con el orden público internacional francés? ¿Acaso no se invierte el proceso lógico?¹⁶⁸. El tema es verificar si la transcripción a los registros franceses vulnera el interés superior del niño, o si por el contrario, la no transcripción es lo que violenta el principio. Siendo necesario exigir la continuidad espacial de la filiación y el respeto a la identidad única del niño que debe prevalecer sobre todo tipo de consideración como meridianamente surge de la lectura de la CDN, se producen consecuencias no queridas pues admitir la vulneración del orden público universal significa aceptar una ausencia de identidad única. O sea, este aspecto, a través del análisis del reconocimiento y sus consecuencias propician una ponderación mas sustancial del principio en los casos concretos acaecidos.

La dificultad de los casos causa no poca resistencia a abordarlos, ateniéndonos a las peculiaridades normativas vigentes en los estados, a las

¹⁶⁷ Conf. Álvarez González, Santiago, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X de 2010 (en prensa).

¹⁶⁸ Álvarez González, Santiago, ob. cit.

manifestaciones en torno a la bioética, al derecho a la identidad, a los objetivos altruistas que puedan sustentar los hechos, al alquiler de vientres como un comercio, al peligro del tráfico de niños, a la problemática de la voluntad como determinante de las acciones. El listado de aristas y factores que inciden en la temática que pueden ubicarse en cada platillo supera la velocidad con que se elabora y desenvuelven las soluciones jurídicas intentando contener y comprender la realidad social. Los TDDHH como factor esencial que se ha incorporado a las legislaciones, deben iluminar el camino enfocando la cuestión en su integridad y articuladamente.

De esta suerte, las declaraciones y pactos que bregan por la protección de derechos fundamentales, el objetivo del DIPr. y la metodología que se corresponde con la búsqueda de la solución justa al caso concreto son nuestro brazo auxiliar frente a circunstancias que parecieran exceder al intérprete y por qué no, al aplicador del derecho¹⁶⁹. El impacto que ejerce sobre las sociedades contemporáneas la internacionalización de los DDHH con la eventual transformación del derecho internacional de la familia en el marco valorativo de la posmodernidad no debe confundirnos en el análisis¹⁷⁰. Subyace aquí, un acendrado postulado progresista en función de una mayor implementación de las obligaciones vinculadas con la toma de conciencia de los principios enunciados en las declaraciones de los DDHH.

A fin de resguardar esta norma por un lado y el OPI por otro, la

¹⁶⁹ Con relación al método de DIPr. resulta muy ilustrativa la obra de Juenger, Friederich, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Netherlands, 1992, p. 47 y ss.

¹⁷⁰ Entre los valores de la posmodernidad, reconocer el pluralismo de ideas, de estilos de vida, de religiones, es fundamental para caracterizar la época, y hace a su esencia rescatar la posibilidad de alternancia. Se ha expresado que el saber posmoderno no es sólo un instrumento de poder, sino que se desarrolla, refina la sensibilidad humana a las diferencias y refuerza la capacidad de la persona para soportar lo irreconciliable y lo inconmensurable. Conf. Lyotard, Jean Francois, *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*, Les Éditions de Minuit, Francia, 1979, p. 9.

Corte de Casación decide que no puede privar a los niños de la filiación materna y paterna que el derecho extranjero les reconoce, como tampoco corresponde despojarlos del derecho a tener la vida familiar y la vida privada que protege la CEDH. Sin embargo, por sentencia no se permite la transcripción de las actas que consentirían a los niños tener la nacionalidad francesa; esto es, se dicta una decisión que no violenta las convenciones internacionales de DDHH vigentes en el territorio francés, empero se deniega indirectamente el reconocimiento de la nacionalidad francesa al niño nacido en EEUU.

Para fallar en este sentido el tribunal efectúa un arduo recorrido. El fraude a la ley no es abordado; la normativa procesal y de fondo no se considera vulnerada cuando se trata de resguardar el OPI del país y en consecuencia no puede reconocerse la inoponibilidad en Francia de juicios extranjeros que validen la gestación por alquiler de vientre.

No deseamos empantanarnos en el tratamiento del tema ni quedarnos estancadas en el camino; pretendemos llegar con nuestras ideas al lector y efectuar un aporte para un debate intenso y profundo. Todo ello bajo el rigorismo de pensar el derecho intentando sortear los prejuicios y preconceptos que limitan el discurso, y priorizar la solución jurídica razonable para las relaciones privadas internacionales enraizadas en los actuales paradigmas de familia. Siempre, bajo el respeto a los derechos humanos fundamentales en su integralidad y atendiendo a la interpretación que merecen y no al acomodamiento de su letra para argumentar parcialmente la posición en defensa.

IV. A manera de reflexiones

Hasta hace unos pocos años, el DIPr era considerado una suerte de conjunto normativo poco útil, complicado y asistemático, que muchas veces se tenía como una asignatura poco necesaria y que convocaba, incluso, a adjetivaciones tales como ciencia impenetrable o misteriosa. Ciertamente, los casos planteados ante los tribunales nacionales no eran muy frecuentes en nuestro país y tampoco abundaban en los estados en vías de desarrollo. Es más, a la hora de investigar la jurisprudencia, se volvía constantemente sobre los mismos conflictos o se rastreaba entre precedentes extranjeros, supuestos para desentrañar los temas que integraban los programas de estudio de la materia.

A la hora actual el giro producido es copernicano. Si bien en este trabajo nada tiene que ver la jurisprudencia de nuestro país, no podemos obviar una referencia a la situación mencionada pues los cambios legislativos que han tenido lugar en Argentina en materia de derecho de familia, traen consigo importantes datos que debemos tener presente. En primer lugar, las consultas en materia de MS por parejas homosexuales y heterosexuales aumentan en progresión geométrica y se mediatizan casos que demuestran la importancia de prever situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en el país sobre hipótesis como las analizadas en este trabajo¹⁷¹.

El legislador no puede tener el silencio por respuesta. No es nuestro objetivo brindar la solución legal a la MS; pero sí, en cambio, señalar que no solo debe considerarse el tema a nivel de fuente autónoma. Es por ello

¹⁷¹ "Por Flor de la V y Fort, suben las consultas sobre alquiler de úteros", Diario Perfil, 15/05/2011, http://www.perfil.com/ediciones/2011/5/edicion_572/contenidos/noticia_0071.html; "Hijos sin ley", Revista Veintitrés, www.elargentino.com, 29/06/2011, <http://www.elargentino.com/nota-146425-Hijos-sin-ley.html>. Consultas: 22/07/2011.

que aplaudimos el compromiso asumido por la Conferencia de La Haya y aguardamos con ansia la resolución del TEDH.

A su vez, dentro de la legislación interna debe considerarse tanto desde el prisma directo, material, que capta los casos estrictamente nacionales, como desde el ángulo relativo al reconocimiento de los casos sucedidos en el extranjero que se presentan en el país para el reconocimiento de situaciones ocurridas bajo sistemas que legitiman las prácticas de MS. Estimamos fundamental contemplar, incluso, las atribuciones de los representantes argentinos en el extranjero conforme el criterio que adopte el estado en orden a las técnicas de reproducción asistida a fin de evitar situaciones claudicantes.

En esta línea, el pluralismo metodológico es una herramienta esencial y el método de reconocimiento un instrumento insustituible que debe ponderarse a la hora de legislar, al momento de interpretar y aplicar el derecho, decidiendo las causas.

Los casos analizados nos obligaron a diferenciar por una parte, los conflictos sucedidos en Francia y por otra, el hecho planteado en Alemania.

Con relación a los primeros, la Corte de Casación decide articular las fuentes de DDHH fundamentales con los axiomas que sustentan su orden público internacional para no violentar, a su criterio, ni unos ni otro.

La decisión de aceptar que el interés superior del niño ilumina todo el derecho por su jerarquía y validez universal, conlleva a que a fin de respetar la vida privada y familiar del niño se mantenga el vínculo de filiación establecido en el extranjero al amparo de una ley que lo legitima, y por tanto, sostener el desarrollo y la integración familiar del niño en Francia. De este modo no se consideran violentados los derechos fundamentales del menor que, en los casos de Francia, tiene una

nacionalidad, la estadounidense. Desde la óptica del Derecho público cada país decide quien ostenta o no el atributo de su nacionalidad. No reconocer la nacionalidad francesa de la criatura implica respetar el principio esencial del derecho francés referido a la indisponibilidad sobre el estado de las personas, que integra su orden público internacional.

La transcripción de las actas en torno a las cuales se desenvuelve todo el conflicto, esto es la inscripción del niño como francés, lleva a tomar esta decisión. ¿Puede afirmarse que ha existido un fraude a la ley y es sobre su configuración que se producen los hechos que desencadenan la situación en que se encuentra la criatura nacida fruto de un contrato oneroso, cuyo objeto es el alquiler de vientre, celebrado en un país en que la ley lo permite pero cuyos efectos se despliegan en un país que lo prohíbe? ¿Hasta qué punto es importante determinar las conexiones -estrechas, próximas, vinculantes- de los protagonistas con un determinado ordenamiento jurídico como límite de los hechos para que la justicia obre en consecuencia?

La decisión alemana plantea otra cuestión. Se trata de un niño cuya nacionalidad se encuentra en tela de duda, situación que surge cuando se solicita que se le extienda un pasaporte. Por los hechos y documentación existente, las autoridades germanas en India aducen motivos para vacilar acerca de la nacionalidad alemana del niño (aunque está en el país en una calidad poco clara). El caso recién comienza pues se plantea ante una jurisdicción administrativa y habrá que estar a los desenvolvimientos procesales que devendrán.

Ahora bien, aunque los conflictos sean diferentes hay interrogantes que confluyen. ¿Qué carácter reviste en cuanto a derechos esenciales concierne, la nacionalidad como atributo para el niño, solicitada por

quienes realizan las conductas sancionadas en el caso concreto? ¿Es un derecho fundamental que se le niega al niño o a quienes solicitan que se inscriba al niño como francés? Hay una sanción -y esto no se debate-, pero en todo caso, las preguntas que pueden formularse llevan a plantear, ¿a quién se pretende sancionar? ¿A quien realmente se sanciona? No preguntamos si corresponde o no la sanción pues esa valoración hace al derecho interno de los países, pero los efectos producidos por hechos acaecidos bajo un ordenamiento jurídico con despliegues bajo otra jurisdicción, es un problema del DIPr.

El Derecho es la representación de los valores de una comunidad, un instrumento que posibilita la convivencia, una manifestación de nuestra cultura, el resultado de los consensos sociales alcanzados, pero también es canal de comunicación entre sociedades diversas. A su vez, la cultura no permanece estática y evoluciona a la luz de las tensiones siempre presentes entre visiones divergentes que convergen hacia la búsqueda de los consensos. Hoy por hoy, no podemos desconocer que las fricciones propias de la coexistencia social pueden intensificarse cuando se combinan con notas de internacionalidad.

El DIPr tiene la posibilidad de aportar herramientas conceptuales y prácticas hacia la construcción de puentes imprescindibles a la hora de enfrentar la complejidad derivada de casos de MS transfronterizos.

El pluralismo metodológico del DIPr. y su operatividad frente a estos hechos novedosos -pero ya no escasos en el mundo del siglo XXI- es una gran ayuda en el caso concreto. Es por este motivo que nuestro punto de partida es señalar que debe otorgarse un espacio importante al método del reconocimiento que prácticamente no existía con entidad propia en este cúmulo de caminos de la ciencia jusprivatista internacional en la búsqueda

de soluciones en el caso concreto y hoy lo reclama por altavoces. Finalizamos estas reflexiones apuntando que actualmente no solo no pueden ignorarse sus bondades sino que resulta esencial ante las nuevas realidades, que son las verdades de un mundo imbuido de avances tecnológicos y científicos, con modificaciones culturales y sociológicas inspiradas en una clara intención: los derechos humanos fundamentales deben llegar con sus radiaciones a todas las instancias, y esta verdad es irrefutable por lo que tampoco la podemos ignorar.

Una cuestión no nos merece debate en todo este problema, la necesidad de su regulación jurídica y en ello si nos enrolamos con total certeza.