

Derechos humanos y Derecho Internacional de Familia

Adriana Dreyzin de Klor*

Resumen

Este trabajo demuestra, mediante algunas instituciones familiares, como el Derecho internacional privado de familia está actualmente inspirado, orientado e imbuido en su interpretación y aplicación por los derechos humanos.

Abstract

This essay demonstrates, through some family institutions, how Private International Family Law is currently inspired, oriented, and imbued in its interpretation and application for human rights.

Sumario

I. A modo referencial. II. Los principios de DDHH y su connotación en el DIPr de Familia. III. Los principios y los institutos de DIPr de Familia. A. Derecho a tener una familia. B. Filiación. C. Maternidad subrogada. IV. Reflexiones finales.

Es frecuente que al hablar de la familia se cometa el error de concebirla como algo estático y ajena a los descubrimientos científicos y progresos de la cultura y el arte

Abel Pérez Rojas (1970)

I. A modo referencial

La incorporación de los Tratados de Derechos Humanos (TDDHH) a las legislaciones nacionales conlleva una influencia indiscutida en el Derecho internacional privado de familia. Este fenómeno responde a que los axiomas contenidos en los instrumentos fundamentales operan de manera directa o indirecta en todas las situaciones que quedan captadas por esta rama del Derecho internacional. La defensa de los Derechos Humanos (DDHH) comporta de modo inexorable un cambio paradigmático que sitúa a la persona como sujeto de derechos, requiriendo la necesaria reformulación de todos los sistemas jurídicos.

* Miembro de número de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales. Argentina. Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Investigadora I/SECYT. Coautora de las normas de DIPr del Código Civil y Comercial de Argentina. Miembro titular de IHLADI.

En este contexto, cabe señalar que el siglo XXI refleja un incremento notorio de relaciones de tráfico externo. El mundo globalizado es un escenario altamente propicio para el desarrollo de una permanente movilidad de las personas humanas, hecho que se patentiza desde las últimas décadas del pasado siglo en que numerosos son los casos jusprivatistas generados por las constantes migraciones. Factores laborales, sociales, culturales y económicos con incidencias políticas influyeron para que los traslados adquirieran una importante dinámica con la consecuente localización de las relaciones jurídicas bajo ordenamientos diversos¹.

Si bien en todos los ámbitos del derecho internacional privado (DIPr) se advierte la nutrida cantidad de supuestos que quedan captados por las normas jusprivatistas internacionales, es el sector de DIPr de familia, el más sensible de la materia y el que refleja con mayor rigor el efecto que provoca tan exponencial desarrollo.

De esta suerte, no llama la atención el rol altamente significativo que adquiere la normativa jusprivatista internacional, dado que son numerosas las relaciones jurídicas de tráfico externo vinculadas a dos o más ordenamientos legales. En el Derecho de familia las legislaciones muestran un alto grado de desigualdad normativa siendo posible identificar palmariamente elementos que se suman 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 manifiesta el ser de cada Estado²; si acaso pudiera

¹ Bien se afirma que las migraciones por las causas enunciadas no son novedosas para el Derecho internacional privado, aunque es innegable que revisten hoy un perfil particular que hace que difieran en sus efectos con relación a los que desde siempre se reconocían. Conf. Sánchez Lorenzo, Sixto, Perfiles de la integración del extranjero, en: S. Sánchez Lorenzo (ed.), *La integración de los extranjeros (Un análisis transversal desde Andalucía)*, Barcelona, Atelier, 2009, p. 31.

² La referencia es principalmente efectuada bajo el prisma geográfico de la realidad latinoamericana. Efectuamos la aclaración pues en Europa desde 2001 viene trabajando la Comisión Europea de Derecho de Familia (conocida bajo la sigla CEFL). Su creación es resultado de una iniciativa científica independiente de todo organismo o institución. Se integra por especialistas en el campo de familia y de derecho comparado de los Estados miembros de la UE, aunque participan también expertos de otros países tales como Rusia, Noruega y Suiza. El objetivo de CEFL es elaborar los principios europeos de derecho de familia a través del método de la armonización. Ver: Boele-Woelki, Katharina, *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Leiden / Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, pp. 69-70. Para mayor información sobre el estado actual de avance de en este campo ver https://e-justice.europa.eu/content_family_matters-44-es.do, En tanto que en

avanzarse por esa dirección en algunos de sus institutos, subsistirían diferencias porque no concurren los principios sobre los que cada ordenamiento normativo sustenta la interpretación de axiomas propios³.

Desde otro ángulo, cabe señalar que conforme al giro que ha tenido el concepto de familia, actualmente, el instituto deja de ser el núcleo protegido por la legislación, deslizándose el resguardo hacia la persona en sus diversas relaciones familiares. Esta concepción se potencia al DIPr de Familia en los tres sectores que integran el DIPr, a saber: la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento de sentencias y actos.

Al haberse modificado en numerosos Estados la concepción clásica de familia⁴ en gran medida, por la articulación con los DDHH, el DIPr de Familia también ha cambiado imperando actualmente un orden público familiar que responde a las nuevas concepciones. Estos cambios palpitan en institutos tales como: matrimonios heterosexuales / matrimonios igualitarios; filiación biológica / adoptiva / por voluntad procreacional; concepciones diferentes en orden a la aceptación de técnicas de reproducción humana asistida, siendo estos, solo algunos de los tópicos en los que campean los axiomas contenidos en los TDDHH.

Interesa analizar la situación que se produce cuando relaciones jurídicas internacionales referidas al DIPr de Familia dan lugar a planteos jurisdiccionales en los que se hallan involucrados ordenamientos jurídicos distintos y el juez del foro debe aplicar derecho extranjero. Dada la característica de las normas que regulan el tópico, la designación de un derecho extranjero hace a la esencia del instituto y el respeto a los protagonistas de la relación jurídica se traduce en la aplicación de dicho ordenamiento. Sin embargo, no siempre resulta posible; hay supuestos en que el derecho extranjero es dejado de lado. Una de las razones que impiden su aplicación a la relación jurídica

relación con DIPr de Familia en la UE, puede verse: Moura Ramos, Rui / Andrés Rodríguez Benot, *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico, 2016.

³ Schwenger, Ingeborn, Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law, en: *European Journal of Law Reform*, 2006, Vol. VI, No. 1/2, 2006, pp. 145-157.

⁴ Dreyzin De Klor, Adriana, Derecho internacional privado de Familia en: A. Kemelmajer De Carlucci / M. Herrera / N. Lloveras (eds.), *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2014, Tomo IV., p. 497.

internacional en el caso concreto se presenta cuando el derecho extranjero infringe el orden público del ordenamiento del foro, aunque no es la única barrera a la aplicación de derecho extranjero. Codificaciones modernas prevén reglas diferenciadas concernientes al orden público y a la aplicación de disposiciones imperativas, así como también una cláusula de excepción a la aplicación del derecho extranjero debido a la conexidad del caso con otro ordenamiento⁵.

Ahora bien, la correcta articulación de las fuentes normativas aplicadas al caso concreto reafirma la importancia del método posmoderno para el cual el diálogo de fuentes es una herramienta esencial⁶. Se introduce así el control de convencionalidad que “no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo una especie de bloque de convencionalidad”⁷.

Los desarrollos precedentes demuestran la centralidad de la figura del juez: el Derecho contemporáneo –y el DIPr de Familia en particular– ya no puede describirse como un conjunto de directivas racionales, ordenadas y sistemáticamente inter-vinculadas, presentando una dosis significativa de flexibilidad,

⁵ Hecho que se explica en atención a los fundamentos distintos que sustentan cada hipótesis de no aplicación del derecho extranjero. En esta línea puede verse: Código de Derecho Internacional Privado, Bélgica; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado, Suiza; Código Civil de Quebec, Libro X.

⁶ Se sigue a Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration : Le droit internationale privé post-moderne - Cours général de droit international privé 1995*, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, Tomo 251, p. 33 ss. Señala el gran jurista alemán: “En estos nuevos tiempos, la superación de paradigmas se sustituye por la coexistencia de paradigmas, la derogación expresa por la incertidumbre de la revocación tácita y, finalmente, la coexistencia de leyes con diferentes campos de aplicación, pero que convergen en el mismo sistema legal, plural, mutable y complejo”.

⁷ Ver Sagüés Néstor P. en “Nuevas Fronteras del Control de Convencionalidad: el reciclaje del Derecho Nacional y el Control Legisferante de Convencionalidad”, citando a Eduardo Ferrer Mac Gregor. Conf. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano, en A. Saiz Arnaz / E. Ferrer Mac Gregor (coord.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Porrúa / UNAM, 2012, p. 109; citados en Britos, Cristina, El rol de la constitucionalización en el derecho internacional privado actual, desde la mirada del nuevo Código Civil y Comercial, y el resplandor del control de convencionalidad, en: *Revista Código Civil y Comercial*, 2015, Año 1, No. 6, p. 249.

inestabilidad, porosidad y dinamismo. El juez que resuelve un caso iusprivatista mixto no es un mero analista de enunciados lógicos que le permiten escoger el derecho aplicable como quien resuelve una ecuación matemática⁸. Compete a los tribunales nacionales desempeñar un papel central tanto en el debate jurídico como en la articulación de los principios de DDHH a la hora de juzgar en materia de Derecho internacional de familia. En este orden de ideas, resulta muy útil el método planteado por el Maestro Erik Jayme, al proponer la superación de la noción del conflicto entre leyes, sustituida por la de coordinación. Esto es, la posibilidad de coordinación y aplicación de diferentes leyes sobre un mismo caso de forma orientada justamente, por la protección de los derechos fundamentales y de la persona humana.

II. Los principios de DDHH y su connotación en el DIPr de Familia

Es una tarea ciclópea identificar cuáles son los principios que contemplan los TDDHH direccionados particularmente al DIPr de Familia. Tal dificultad proviene de la naturaleza misma de los axiomas pues obran como preámbulo de todo el derecho. Los principios no son compartimentos estancos que gozan de autonomía por sí mismos o que revierten intrínsecamente a su esencia; por el contrario, se trata de valores que impregnan el acervo jurídico en su conjunto, al que estructuran y en el que se manifiestan de manera integral.

Sin embargo, y a manera de ejercicio articulador entre los DDHH y el DIPr de Familia efectuamos una selección de algunos de estos principios en función de la aplicación judicial que observan pues es este, el ámbito real –el cable a tierra me animo a expresar– en el que se visualizan los efectos que despliegan a nivel legal.

A modo de premisa aclaratoria señalemos que la selección realizada no significa en modo alguno agotar los efectos que irradian los principios fundamentales en los institutos con los cuales los vinculamos, así como tampoco implica desconocer efectos que despliegan en otros institutos. Es necesario fijar un límite a la selección y optamos por presentar los tópicos que a nuestro juicio resultan ilustrativos para plantear la articulación entre DDHH y DIPr de Familia y demostrar el alcance que vienen desarrollando, a efectos de

⁸ Véase: Rolla, Giancarlo, El papel de la Justicia Constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo, en: *Derecho PUCP*, 2001, Vol. 54, pp. 63 ss.

sentar anticipadamente como conclusión, que el método propiciado se torna imprescindible en la dinámica que preside la actual coyuntura.

III. Los principios y los institutos de DIPr de Familia

¿Cómo se modulan los nuevos paradigmas de familia con los principios y normas que integran el acervo de DDHH, atendiendo al rol del DIPr de Familia 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?

Abordamos la problemática partiendo del ámbito material de esta ciencia, esto es precisando la noción “familia” y su relación con el derecho⁹, ubicados en la sociedad contemporánea que demanda del DIPr un método que se haga eco de los caracteres y valores de la era posmoderna. El núcleo de la problemática radica en avizorar una solución justa a los ojos del pensamiento contemporáneo, ya que a través de desgranar los factores que se involucran en el DIPr de Familia, la respuesta devendrá de la articulación con los DDHH. Asumir posiciones no puede ser una cuestión azarosa; en todo caso debe estructurarse a modo de silogismo, exhortando a un debate intenso y profundo. Todo ello bajo el rigorismo de pensar el derecho intentando sortear los prejuicios y preconcepciones 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.

El plan que proponemos se circunscribe al tratamiento de los siguientes principios en articulación con los institutos que enunciamos.

⁹ Sobre esta relación desde la óptica internacional, ver Sánchez Lorenzo, Sixto, “Globalización, pluralidad cultural y derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 2005, Vol. 17.

1. Derecho a tener una familia

Filiación / Maternidad subrogada / Adopción internacional

2. Interés superior del niño

Restitución internacional de menores / Obligación alimentaria/ Maternidad subrogada

3. Acceso a justicia

Divorcio / Obligación alimentaria / Efectos patrimoniales del matrimonio

Por la limitación impuesta reglamentariamente, solo nos referimos a algunos de estos principios vinculados a los institutos mencionados, aunque campean en todo el DIPr de Familia.

A. Derecho a tener una familia

Dado que nuestra perspectiva es desde el DIPr de Familia este principio merece ser leído atendiendo a la multiculturalidad que deviene del instituto¹⁰. Hemos aseverado que el concepto “familia” varía en las distintas latitudes¹¹.

En consecuencia, el “Derecho a tener una familia” tiene que interpretarse en el contexto de “Familias” para que incluya a los diversos modelos que hoy integran este instituto. La familia asume modelos que abarcan el tipo monoparental, homoparental, recompuesta, reconstruida, clonada, y generada artificialmente¹². A partir de esta exégesis consideramos el principio, en la jurisprudencia relativa a los casos de DIPr de Familia.

En América Latina existen familias homoparentales y lesbomaternales que decidieron salir de los estereotipos o de los roles preestablecidos de ser padre y madre, a partir de las leyes aprobadas así como de la certeza jurídica que han obtenido las parejas en los últimos años. Según se expresa, para estas familias la realidad es más compleja, más diversa y va más allá de la estructura tradicional. Al DIPr de Familia interesa particularmente el caso de parejas del mismo sexo que contraen matrimonio en un país que lo permite y

¹⁰ Dreyzin de Klor, Adriana, *Private International Law in Argentina*, The Netherlands, Wolters Kluwer, Law & Business, 2nd ed., 2016, pp. 99 ss.

¹¹ Véase de nuestra autoría, con la colaboración de Britos, Cristina y Laura Casola, *El Derecho internacional de familia en la posmodernidad*, San José de Costa Rica, EJC, 2012, pp. 45 ss.

¹² Ver Roudinesco, Elizabeth, *La familia en desorden*, México / Buenos Aires et al., FCE, 2007, p. 10.

solicitan el reconocimiento del mismo en otro Estado. Un ejemplo concreto es el matrimonio civil celebrado por dos mujeres mexicanas en España en 2008, cuando en la ciudad de México aún no podían celebrarlo parejas del mismo sexo. Transcurridos dos años regresan a México y solicitan la inscripción de su matrimonio al haberse modificado el código civil del DF. En consecuencia, obtienen el reconocimiento legal de su matrimonio civil después de un proceso de juicio de amparo. Más tarde, deciden ser madres optando por un método de inseminación asistida para lo cual eligen un donante de un banco de espermias; una de ellas se embaraza y nacen mellizos¹³.

Va de suyo que queda totalmente expuesto que el Derecho a formar una familia como principio fundamental contenido en los TDDHH se articula con otros principios de igual jerarquía, a saber el principio de igualdad y no discriminación; con las normas de DIPr relativas al reconocimiento de actos llevados a cabo en el extranjero y responden meridianamente al cambio operado en el orden público en tanto se modifica la legislación interna, aceptando como principio fundante el que hasta hace poco tiempo atrás era orientador de un orden público contrario al que prima actualmente en el país de reconocimiento. Este giro se produce merced a la fuerza inspiradora reconocida a los axiomas de DDHH.

B. Filiación

Si bien se acaba de exponer sobre el principio que reconoce el derecho a tener una familia en el plano general y particularmente se ilustra en su articulación con el DIPr de Familia, operación que deja asentada la posición y el direccionamiento en que se avanza sobre el punto, nos referiremos seguidamente a la dinámica que observa el principio en materia de filiación internacional conjugado con los derechos fundamentales a tener una familia y la defensa en juicio.

La Convención Americana de Derechos Humanos, que reviste jerarquía constitucional, provee claridad al tema sosteniendo tanto el derecho a

¹³ La pareja de Olivia Rubio, criminóloga, abogada con especialidad en derecho penal que trabaja en el Senado de la República de México como asesora de la Comisión de DDHH contrajo matrimonio con Yania Córdoba, médico con maestría en criminalística y fundadora de la asociación civil Familias Diversas. Véase en: <http://vanguardia.mx>, 18 de junio de 2016.

reconocer “iguales derechos a los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio”, como el relativo a la “defensa en juicio”.

A modo ejemplificativo puede señalarse el caso “*S., B. I. c. C., V. y otro*”¹⁴, por el cual, la demandada apela la sentencia que deniega la jurisdicción argentina para entender en un caso en el que se demanda a dos personas domiciliadas en México, por impugnación de maternidad con relación a la primera y reclamación de filiación materna extramatrimonial respecto de la segunda. Conforme surge del relato de los hechos, la demandante sostiene que la codemandada V. C. no es la madre del restante codemandado C. C., al que atribuye ser hijo suyo. La Cámara interviniente subraya que no existen normas convencionales o de fuente internacional (ni DIPr autónomo) que deban ser aplicadas y que determinen qué juez es internacionalmente competente en materia de filiación. Acudiendo a la doctrina, señala que las conclusiones aprobadas en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche, 1989), recomendaron, de “*lege ferenda*”, considerar aplicable al reconocimiento de la filiación extramatrimonial, el régimen más favorable al vínculo, eligiendo entre los derechos de a) el lugar de concepción en cuanto sea claramente determinable; b) el lugar de nacimiento, y c) el domicilio del posible progenitor en los momentos referidos. En cuanto a los derechos y obligaciones correspondientes a esa clase de filiación, la aplicación de la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos, lo que conduciría, en principio, a la aceptación de la jurisdicción argentina si lo que se intentase con la demanda fuese el establecimiento de filiación de quien, hasta el momento, no tuviese ninguna determinada.

Como puede advertirse, el caso trata sobre el establecimiento de una filiación que sólo puede progresar en la medida en que previamente se determine la procedencia de la acción de impugnación de una maternidad ya establecida. Por tanto, el acento para determinar la jurisdicción debe ponerse en la protección del derecho de defensa en juicio de los demandados. Así, la Cámara confirma la sentencia apelada y declara la carencia de jurisdicción internacional argentina para entender en la demanda.

¹⁴ CNCiv., sala I, 21 de noviembre de 2002, *S., B. I. c. C., V. y otro* en impugnación de maternidad. Argentina.

Se trata de jurisprudencia que ha sido muy útil para inspirar la norma incorporada al nuevo Cód. Civ. y Com de Argentina que expresa que:

...el establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el Derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el Derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el Derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo¹⁵.

La articulación entre los principios recogidos en los TDDHH y el DIPr de Familia que venimos sosteniendo desde la teoría se incorpora en la nueva legislación próxima a celebrar su tercer año de vigencia.

C. Maternidad subrogada

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre el instituto sosteniendo que la decisión de Francia de no registrar a los hijos nacidos por subrogación de dos parejas francesas violó los derechos de los niños, pero no de los padres¹⁶. Los jueces del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo sostuvieron que los padres no habían sido capaces de demostrar que la negativa a inscribir a los niños interferiría de alguna manera con el funcionamiento normal de su familia, al haberse permitido que se instalen en Francia. En consecuencia, los Tribunales locales habían equilibrado correctamente los intereses de las familias y del Estado.

Ahora bien, en orden a la identidad de los menores y el derecho a la vida privada de los niños el Tribunal alcanza una conclusión diferente al pronunciarse sobre las demandas de los menores. Los jueces destacaron el hecho de que los niños permanecían en un estado de inseguridad jurídica al no estar registrados. Aunque habían sido registrados como hijos de donantes de células en Estados Unidos, la negativa de las autoridades francesas para registrarlos amenazaba su estatus y su protección jurídica en su nueva patria.

El Tribunal tomó en cuenta la importancia de la ascendencia en la formación de la identidad. Teniendo presente las posibles repercusiones negativas en

¹⁵ Art. 2632 del CCiv. y Com. República Argentina.

¹⁶ Sobre estos casos ver: Dreyzin De Klor, Adriana / Carolina Harrington, La subrogación materna y su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas? En: *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, 2011-V, pp. 301 ss.

los niños, tanto legal como personalmente, dictaminó que las autoridades francesas se inmiscuyeron de forma injustificada en el derecho de los niños a la vida privada, lo que vulnera el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos Humanos. El Tribunal concedió a ambos niños una indemnización por daños y perjuicios¹⁷.

¿Qué sucede paralelamente en nuestros Estados con relación al tema?

Podríamos presuponer que se trata de un tema concerniente al orden público 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, empero, fundamentalmente a las declaraciones y pactos que bregan por la protección de derechos fundamentales, al objetivo del DIPr de Familia y a la metodología que se corresponde con la búsqueda de la solución justa al caso concreto.

En tanto que, en la actualidad, dos niños nacidos en Estados Unidos por “gestación por sustitución”, pudieron ser inscriptos en Argentina por una pareja igualitaria de varones sin que su caso tenga que pasar por la Justicia. Los niños fueron anotados con los apellidos de los dos papás. Los integrantes del colectivo de Abogados por los Derechos Sexuales (Abosex) señalaron que la decisión sienta precedente en el país, dado que el Registro Civil hizo un reconocimiento administrativo de la filiación de los mellizos al reconocer, para ello, la voluntad procreacional conjunta de los padres.

Con esta decisión, Abosex logró el primer reconocimiento administrativo en la Argentina de una familia compuesta por dos padres y dos niños mellizos, quienes nacieron en el exterior a través de gestación subrogada.

Tras el nacimiento de los niños en Texas, en un principio la pareja que había accedido a la paternidad vía gestación por sustitución recibió las dos partidas con una inscripción que no respetaba el principio de la voluntad procreacional¹⁸. Según un vocero de Abosex, esto sucedió porque “cada niño había sido

¹⁷ Agosto 12, 2014, escrito por Polish Helsinki Foundation for Human Rights.

¹⁸ *Diario Clarín*, Argentina, 20 de mayo de 2016.

anotado como hijo de la mujer que lo gestó y de uno de los dos integrantes de la pareja”, por lo que la posterior inscripción en la Argentina podría generar “algunas complicaciones”.

El procedimiento más correcto tendría que haber sido “que en Texas inscribieran a los mellizos a favor del matrimonio conformado por los dos hombres, al ser ellos los que expresaron la voluntad procreacional, con independencia de quien aportó el material genético”. Y si bien Texas fue uno de los estados conservadores que más se le resistió al matrimonio entre parejas del mismo sexo, la ley obtuvo protección constitucional en todo el territorio de Estados Unidos desde el 26 de junio de 2015.

Puesto que el Estado argentino reconoció la voluntad procreacional, la inscripción de las partidas registró a cada niño como hijo de los integrantes de la pareja igualitaria, por lo que también portarán los apellidos de sus dos padres. Al respecto, Abosex detalló que el caso abre el debate político para “ponerle un freno a la judicialización de las vidas de la comunidad LGBT, a fin de evitar la discriminación, la discrecionalidad, el lucro y las demoras”, puesto que “los trámites administrativos garantizan el acceso, la gratuidad y la igualdad”. En esa línea, el colectivo de la diversidad sexual aseguró que esta decisión judicial “define un antes y un después para todas las familias que vendrán”. Mas recientemente, otros casos se han resuelto en igual sentido¹⁹.

Estos casos son resueltos a través de reconocer el derecho fundamental a tener una familia operando con otros principios fundamentales como son la superación de toda discriminación, la igualdad en consonancia con el DIPr de Familia ya que se trata de una relación jurídica captada por diversos ordenamientos.

¹⁹ La justicia de Rosario, Argentina, autorizó a un matrimonio homosexual a anotar como propio a un hijo que fue concebido por uno de los integrantes de la pareja con un óvulo donado y gestado en el vientre de una amiga de ambos, que consintió llevar adelante el embarazo por razones solidarias. La decisión fue adoptada por un tribunal que admitió la demanda del matrimonio y resolvió la nulidad de la maternidad de la mujer gestante. El juez declaró que el niño es hijo de los dos hombres y ordenó al RC modificar la partida de nacimiento para quitar la gestante que figuraba como madre. Además, dispuso que el matrimonio tendrá la obligación de hacerle saber a su hijo mediante ayuda psicológica la manera en que fue concebido y gestado

Cabe consignar que la decisión de tener hijos biológicos a través de técnicas de fertilización humana asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad y libertad personal, a la vida privada y familiar; que la decisión de ser o no ser madre o padre es parte de ese derecho de la vida privada y se relaciona con la autonomía reproductiva, tal como lo resaltó la Corte Interamericana en el caso A. M. Esos derechos son vulnerados si se obstaculizan los medios para que la mujer pueda ejercer el derecho a controlar su fecundidad²⁰.

IV. Reflexiones finales

Consignemos algunas reflexiones sobre una temática que día a día cobra mayor vuelo y requiere una profunda dedicación del universo investigativo y judicial.

.- 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 el 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.

.- Las desigualdades normativas que observan los Estados en un tema tan “nacional” como es el Derecho de familia, -a partir de las diferencias enunciadas a lo largo de este trabajo- generan 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 e irradia sus consecuencias en el DIPr de Familia.

.- Es utópico posicionarse en la unificación del concepto de familia cuando la concepción clásica se ha visto modificada en términos impensables solo pocas décadas atrás. En el cambio incide la vigencia de los TDDHH en una

²⁰ “N.O.C.P.s/Autorización”, Juzgado Nacional Civil N. 87. 05/05/2016.

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 y las prácticas de adecuación sexual.

.- La aplicación de las normas convencionales y autónomas a los casos concretos de DIPr de familia refuerza la idea de prioridad de los DDHH frente el Derecho positivo, en la necesidad de afianzar el control de convencionalidad. Bien se afirma que los DDHH son la medida para el contenido del Derecho positivo.

.- El DIPr de familia está actualmente inspirado, orientado e imbuido en su interpretación y aplicación, por los TDDHH. La observancia de los DDHH es una condición necesaria de legitimidad del Derecho positivo²¹. Entendida esta premisa se comprende la constitucionalización del DIPr que se patentiza de forma eficaz al conmovir las estructuras del DIPr de Familia.

²¹ Conf. Alexy, Robert, La institucionalización de los derechos humanos en el Estado constitucional democrático, en: *Derechos y Libertades Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, 2000, Año V, p. 29.