

Palabras Preliminares



Fulvio G. Santarelli

Director Editorial Thomson Reuters - La Ley.

Es un método conocido en el desarrollo de las instituciones jurídicas, recurrir a la comparación; el aprendizaje a partir de la experiencia ajena es un prudente mecanismo que, en ocasiones, evita caer en los mismos errores que ya otros sufrieron y extender, a la vez, sus aciertos. No obstante, este método no está exento de complicaciones desde que las instituciones se anclan en particularidades sociales, económicas e idiosincrasias que empañan la lectura de aquel antecedente que pretende tomarse de base, y su armonización adolece de problemas comparables con aquellos que presentan la traducción lingüística.

Por otra parte, es dable reconocer en el Derecho una universalidad de conceptos. Desde Roma se mostró que más allá de las geografías las reglas, las costumbres imperantes mostraban un mecanismo común, que trascendió a los tiempos sucesivos hasta llegar, incluso, a las orillas de la etapa codificadora del siglo XVIII. Existe un acervo común de la juridicidad, en la diversidad que no impide reconocer un núcleo o matriz identitaria del fenómeno de lo jurídico. Puede acudirse a ejemplos de distinta taya, tales como la conformación de bloques continentales, como el europeo, que brega por la armonización de los derechos nacionales, como también al desarrollo de los Derechos Humanos.

Esta realidad aconseja encarar la empresa de exponer el pensamiento doctrinario imbuído de la diversidad de cada cultura jurídica, empero, con la mirada puesta por sobre las fronteras, de modo que deje ver aquellos comunes denominadores que hacen a la juridicidad universal. Para cumplir con estos fines es necesario convocar a aquellos juristas cuya madurez de pensamiento permita exponer aquellas síntesis del derecho; ya no es el erudito, sino que será el sabio que presente la puerta de entrada a estos conceptos.

Para asegurar tan ambiciosos fines, es menester recurrir a un equipo de juristas que permitan asegurarnos la adecuación y el orden hacia aquellos. Por ello, se ha conformado un *Comité Científico de Árbitros* que se presenta en esta edición bajo la Dirección del Dr. Marcos Córdoba, que tendrá la misión concreta de arbitrar —con las garantías del anonimato— las contribuciones publicadas.

Así pues, esta publicación se propone como un vehículo de conexión del pensamiento nacional hacia el mundo y su enriquecimiento, a partir de la publicación de las mentes más lúcidas del derecho extranjero. En este sentido, es motivo de orgullo para esta Editorial que represento, contar con el aporte del Dr. Marcos Córdoba cuyos antecedentes dan cuenta de ser un verdadero embajador de la cultura jurídica; representando a la Argentina en el extranjero, pero también permeando el pensamiento internacional en el medio nacional.

En definitiva, está todo dado para conformar una plataforma de intercambio y enriquecimiento de la visión jurídica que permita entender las bases jurídicas para afrontar las cada vez más acuciantes coyunturas que nos presenta la realidad universal.

En esta publicación presentamos y describimos la publicación en ciernes, a la vez que invitamos a todos a ser parte de este Proyecto.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/2076/2022

Editorial



Marcos M. Córdoba

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Académico de universidades nacionales en Argentina y profesor de doctorado en países de Europa y América. La República de Italia y el Senado de la Nación de Argentina le han otorgado las máximas honorificencias por su obra jurídica.

Bienvenidos a la primera edición de la *Revista Internacionalización del Derecho*, que acompañará periódicamente al Diario La Ley. Este emprendimiento tiene como finalidad organizar la transmisión del pensamiento de las mentes más lúcidas del derecho extranjero y las del nacional, en un proceso universal en que las normas de un Estado resultan incorporadas como derecho interno en otros. No se trata del conjunto de principios y normas destinado a regular las cuestiones que surgen de la vida internacional a causa de la coexistencia paralela de varios órdenes jurídicos y de órganos funcionando en el interior de cada uno de estos. No son relaciones en las que intervienen elementos regulados por diversos ordenamientos jurídicos. La internacionalización implica la incorporación de lo externo. Persegue la finalidad de lograr los beneficios de la idea claramente expuesta por Ihering al sostener que con el auxilio mutuo y la expansión recíproca se compensa en los pueblos la imperfección de cada uno en particular. El cambio de producciones materiales e intelectuales es la forma por la cual se allanan las desigualdades geográficas naturales e intelectuales del haber de los pueblos. Este intercambio no es solo cuestión de interés, sino un derecho y un deber. El aislamiento es el crimen capital de las naciones, porque la ley suprema de la historia es la comunidad. La lengua, las artes, las costumbres, en suma, la civilización de un pueblo, su individualidad o nacionalidad son productos de innumerables acciones ejercidas por el mundo exterior o de prestaciones de este. La denominada globalización ha dado fervor a ese proceso que se incrementó a consecuencia de la crisis mundial de la salud.

La *Revista Internacionalización del Derecho* impulsa el progreso hacia un conjunto de principios moldeados por la comunidad internacional, al cabo de procesos necesarios, que revelen amplios debates y confluencias de preocupaciones que tengan como

Presentación de la "Revista Internacionalización del Derecho"

objetivo la equidad. La producción jurídica argentina se causa en las confluencias de diversidades culturales consecuentes de múltiples inmigraciones que han provocado el enriquecimiento denominado "vigor híbrido" que es consecuencia de construir con las diferencias. Así, la producción del derecho se enriquece mediante los elementos "de otro" o "desiguales", se produce aplicación hetero mejoradora, o en términos de los genetistas "el vigor híbrido" o ventaja del heterocigoto, es decir la mayor fortaleza proveniente de los aportes de diferentes características: la superación por la combinación de virtudes mediante la exogamia. Ello no implica que el conjunto de diferencias necesariamente cause superación, pues la vinculación de las diferencias para provocar tal consecuencia requiere de aplicación científica. La publicación que hoy damos a la luz está estructurada con un comité académico de los pensadores jurídicos que poseen el más elevado reconocimiento de su jerarquía, pertenecientes a países con los cuales Argentina tiene una vigorosa relación de intercambio intelectual y económico. La *Revista Internacionalización del Derecho* constituye una publicación de textos que responden a criterios de relevancia social, claridad conceptual, innovación técnica, rigor metodológico y utilización de fuentes confiables sometidos a evaluación por pares de la más elevada jerarquía internacional bajo la modalidad doble ciego (anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación).

La Editorial Thomson Reuters - La Ley me ha honrado al designarme director de esta nueva Publicación, pues ello implica un reconocimiento efectuado desde la más alta jerarquía de la publicidad del pensamiento científico del derecho. Esta misión ha comenzado.

Cita on line: AR/DOC/1934/2022

Sobre el poder contractual de las plataformas digitales

2



Guido Alpa

Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma "La Sapienza". Presidente Emérito del Consiglio Nazionale Forense de Italia. Doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima y de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Británica y Caballero de la Gran Cruz de la Orden del Mérito de la República Italiana.

Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo

5



Juan Carlos Cassagne

Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de varias academias iberoamericanas.

Maternidad subrogada internacional: ¿un "Cuento de la criada" global?

12



Carlos Martínez de Aguirre Aldaz

Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

Sobre el poder contractual de las plataformas digitales



Guido Alpa



Catedrático de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma "La Sapienza". Presidente Emérito del Consiglio Nazionale Forense de Italia. Doctor Honoris Causa en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid; de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima y de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Academia Británica y Caballero de la Gran Cruz de la Orden del Mérito de la República Italiana.

SUMARIO: I. Mercado digital y plataformas en línea: La búsqueda de una definición.— II. El poder regulador de las plataformas y las condiciones generales impuestas a los "clientes".— III. La formación del contrato entre las plataformas y sus clientes.— IV. Cláusulas de limitación de la responsabilidad.— V. Cláusulas abusivas en los contratos P2B.

Traducido por Alejandro Laje

I. Mercado digital y plataformas en línea: La búsqueda de una definición

El Parlamento Europeo y el Consejo Europeo han alcanzado en pocas semanas, en principio, dos acuerdos políticos sobre la regulación del mercado digital (23 de marzo de 2022, COM 2020.842 final, Ley de Mercado Digital) y los servicios digitales (23 de abril de 2022, COM 2020.842 final, Ley de Servicios Digitales). Ambos acuerdos se refieren al papel de las plataformas digitales y perfilan las características del "capitalismo digital" tal y como se entiende en la Unión Europea (UE) (1).

En la exposición de motivos de la propuesta de Reglamento sobre el Mercado Digital se afirma que:

"Las grandes plataformas han surgido beneficiándose de características del sector, como los fuertes efectos de red, a menudo integradas a sus propios ecosistemas de plataforma, y estas plataformas representan elementos estructurantes clave de la economía digital actual intermediando en la mayoría de las transacciones entre los usuarios finales y usuarios de empresa. Muchos de estos emprendimientos también están rastreando y realizando perfiles de los usuarios finales de manera exhaustiva".

En particular, "algunas grandes plataformas actúan cada vez más como portales o como controladores entre usuarios empresariales y usuarios finales y disfrutan de una posición arraigada y duradera, a menudo como resultado de la creación de ecosistemas de conglomerado en torno a los servicios centrales de sus plataformas, lo que refuerza las barreras de ingreso existentes".

De ahí la oportunidad de regular este mercado de manera uniforme para todos los Estados miembros de la UE ya que "como tales, estos *gatekeepers* tienen un impacto mayor y un control sustancial sobre el acceso y están arraigados en los mercados digitales, lo que lleva a una dependencia significativa entre muchos usuarios empresariales y ellos, creando a un comportamiento desleal *vis-à-vis* estos usuarios empresariales".

El marco propuesto sirve, por tanto, para hacer que los servicios de plataforma sean cuestionados.

Por su parte, la propuesta de Reglamento de Servicios persigue el objetivo de fomentar el pleno desarrollo del potencial de las plataformas, abordando en la UE las principales

repercusiones de las prácticas desleales y la falta de cuestionamientos para permitir a los usuarios finales (y también a los usuarios empresariales) explotar plenamente los beneficios de la economía de las plataformas y de la economía digital en general, en un entorno justo y responsable. Se trata de evitar y de terminar con la fragmentación del mercado interno; garantizar la seguridad jurídica para reducir la incertidumbre de los desarrolladores y promover la interoperabilidad. El uso de requisitos tecnológicamente neutros debería estimular la innovación en lugar de obstaculizarla.

Por lo tanto, sin perjuicio de la libertad de mercado garantizada a los operadores, la Unión Europea propone, para asegurar la seguridad jurídica, establecer también límites y obligaciones a los operadores en la aplicación eficiente de innovaciones tecnológicas y, al mismo tiempo, proteger los intereses de los usuarios. Los usuarios, que estaban acostumbrados a estar en contra de las empresas, de manera que cada legislador debía balancear dos grupos de intereses, ahora pertenecen a tres categorías: los profesionales (que utilizan las plataformas para distribuir productos y servicios), los consumidores (que compran o utilizan productos y servicios; y entretejen relaciones comunicativas entre estos) y los llamados prosumidores (2) (que son los mismos consumidores que a su vez se convierten en productores a través de los motores de búsqueda, donde la actividad del visitante es decisiva para fijar el precio de los anuncios). Los siguientes actores también son componentes del mercado: el comercio electrónico, donde la reputación del vendedor o del artículo en venta se construye a partir de los juicios de los usuarios anteriores; los *blogs* y los sitios, impregnados de un espíritu *wiki*, es decir, de colaboración activa de las comunidades de navegantes (3). Esta circulación de comunicaciones, de datos, de imágenes, forma en sí misma un mercado perfectamente integrado con la actividad de las plataformas y de los usuarios.

De allí la sensibilidad de los juristas (en particular de los europeos) ante los efectos que este mercado puede tener sobre la condición de los usuarios y de los ciudadanos en general. Ello porque los datos personales no pueden ser considerados como "bienes" del mismo modo que los productos y servicios; la identidad personal no puede verse comprometida por la identidad digital; los derechos fundamentales de la persona no pueden verse truncados por la economía de mercado. Los problemas respecto al estatus de los trabajadores que operan en el mercado tradicional también se han agudizado. Ellos se han visto obligados a adqui-

rir nuevas competencias, convirtiendo sus actividades en otras que no han sido sustituidas por el uso de la inteligencia artificial; los trabajadores del mercado digital están obligados a seguir las estrictas reglas de esta comunidad de productores, consumidores y prosumidores, que operan durante todo el día (4), todos los días del año.

Para comprender el ámbito de aplicación de las intervenciones del legislador europeo es necesario partir de la definición de los términos técnicos utilizados. Los problemas de definición se consideran preliminares, sobre todo en un ámbito en el que el legislador, si bien no puede decirse que esté dando sus primeros pasos en este campo, sí ha sentido por primera vez la necesidad de marcar los límites con normas generales (5).

La propuesta de Reglamento de Servicios [art. 2º (h)] proporciona una definición de plataforma digital. Se trata de "un proveedor de un servicio de alojamiento que, a petición de un destinatario del servicio, almacena y difunde al público información, a menos que esa actividad sea una característica menor y puramente auxiliar de otro servicio y, por razones objetivas y técnicas, no pueda utilizarse sin ese otro servicio, y la integración de la característica en el otro servicio no sea un medio para eludir la aplicabilidad de este Reglamento".

La propuesta de Reglamento sobre el mercado digital define a un *gatekeeper* (guardián) (art. 3º.1), para cuya calificación deben cumplirse tres condiciones: tener un impacto significativo en el mercado interno; explotar un servicio de plataforma básica que constituya una importante puerta de entrada para que los usuarios comerciales lleguen a los usuarios finales y tener una posición consolidada y duradera en su propio negocio o adquirir tal posición en el futuro.

Las plataformas son relevantes, pero, entre ellas, son decisivas las calificadas como guardianes.

En el proyecto de política de la UE, esbozado por la Comisión en su Comunicación N° 288 del año 2016, este papel se define, a modo de ejemplo, como el poder de crear y diseñar nuevos mercados, competir con los mercados tradicionales y organizar nuevas formas de participación o actividad económica basadas en la recolección, el tratamiento y la modificación de grandes cantidades de datos.

Las plataformas operan en mercados multilaterales, pero con distintos grados de control sobre las interacciones directas en-

tre grupos de usuarios (6). El sistema que utilizan se beneficia de los "efectos de red", según los cuales el valor del servicio suele aumentar en la medida en que se incrementa el número de usuarios; permite llegar a sus usuarios de forma instantánea y sencilla y desempeñar un papel clave en la creación de valor digital a través de la acumulación de datos, facilitando nuevas empresas y creando nuevas dependencias estratégicas.

Ejemplos sintomáticos de plataformas digitales son *AdSense* de *Google*, *DoubleClick*, *eBay* y *Amazon*; *Google*, *Bing Search*, *Facebook* y *YouTube*; *Google Play*, *App Store* y *Facebook*; *Messenger*, *PayPal*, *Zalando* y *Uber*. Dadas sus múltiples funciones es difícil dar definiciones generales de una plataforma, pero las que se encuentran en sitios especializados parecen más elaboradas y abarcadoras que las definiciones dadas por el legislador europeo. Así, una plataforma es una "infraestructura de *hardware* o *software* que proporciona servicios y herramientas tecnológicas y programas y aplicaciones para la distribución, gestión y creación de contenidos y servicios digitales gratuitos o de pago, mediante la integración de varios medios (plataforma digital integrada)" (7).

Por lo tanto, podemos distinguir en el lenguaje de la informática entre la plataforma en sentido general, como la estructura de procesamiento representada por el *hardware* y el sistema operativo de una computadora, regulada por los estándares adecuados, y la plataforma específica como el conjunto de tecnologías que rigen un sistema de televisión digital y gestionan las modalidades de acceso.

Las plataformas incluyen, de acuerdo con las variadas actividades que habilitan: los *matchmakers digitales* (plataformas transacciones y *marketplaces*), que facilitan el emparejamiento de la demanda y la oferta de bienes y servicios, creando nuevas oportunidades de negocio. Los ejemplos más relevantes son: *Amazon* y *eBay*, que obtienen sus beneficios de las comisiones por venta; las *plataformas de servicios*, que desempeñan el mismo papel, pero en el mercado de servicios (los ejemplos más conocidos son *Uber* y *Airbnb*); las *plataformas de pago*, que permiten la transferencia de precios y dinero (*Peer-to Peer*, como *PayPal*); los *markets de inversión*, que financian a las *starts-up* mediante la captación de fondos.

Las sucesivas intervenciones de la legislación europea se han referido a los servicios prestados por las plataformas, tanto al regular el uso de los pagos electrónicos uti-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre el capitalismo digital, véase en particular SCHILLER, "Digital Capitalism. Networking the Global Market System", Cambridge (Mass.), 2000, que destaca los peligros del nuevo mercado, consistentes en la exasperación de las diferencias sociales, la promoción de un consumo imparable y la mercantilización de las herramientas educativas; y SRNICEK, "Digital Capitalism. Goggle Facebook Amazon and the New Economy

of the Web", Roma 2017, que habla de la "producción de datos por medio de datos". Sobre la economía de plataforma, véase LOBEL, "The Law of the Platform", 101 Minn. L. Rev., 2016, p. 87 y ss.; Cohen, *Law for the Platform Economy*, en 51 U. Cal. Davis, 2017, p. 133; BUSH, *Regulation of Digital Platforms and Infrastructures for Services of General Interest*, en *Wiso Diskurs*, 09/2021, p. 3 y ss.

(2) TOFFLER, *The Third Wave*, New York, 1980. *La terza*

ondata. Il tramonto dell'era industriale e la nascita di una nuova civiltà, Milano, 1980.

(3) Según la definición de MENDUNI, *ad vocem*, *Enc. Scienza e della Tecnica*, Treccani, Roma, 2008; Maugeri, *Smart Contracts e disciplina dei contratti. Smart Contracts and Contract Law*, Bologna, 2021.

(4) AA.VV., *The Future of Work: Labour, Law and Labour Market Regulation in the Digital Era*, Edited by A. Perulli and T. Treu, Milano, 2020.

(5) Sobre este punto ver BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021, p. 1 FF. AA.VV.; "poteri privati" *delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, Editado por P. Stanzone, Torino, 2022 y RESTA (G), *Digital Platforms and the Law: Contested Issues*, Media Laws, 2018, n. 1, ps. 232 y ss.

(6) COM (2015) 193 final.

(7) Las definiciones están tomadas del diccionario online Treccani.

lizados en el comercio electrónico como al reglamentar la recolección, el tratamiento y la circulación de datos con el GDPR. Pero no han proporcionado un conjunto completo de principios, un marco para insertar normas que rijan los mercados digitales.

A esta necesidad responden las dos propuestas de Reglamento que deberían entrar en vigor en los próximos meses. En pocas palabras, el expediente elaborado sobre este tema por la Cámara de Diputados italiana (8) señala que las dos medidas previstas incluyen la obligación de permitir a los usuarios comerciales acceder a los datos que generan utilizando la plataforma; la obligación de proporcionar a las empresas que se anuncian en la plataforma las herramientas y la información necesarias para que los anunciantes y editores puedan verificar de forma independiente los mensajes publicitarios alojados en la plataforma; la obligación de permitir a los usuarios comerciales promover su oferta y celebrar contratos con clientes por fuera de la plataforma y la prestación de servicios propios interoperables para terceros en situaciones específicas. Los proyectos también incluyen varias prohibiciones para los *gatekeepers*: la de favorecer a sus propios servicios y productos en términos de clasificación respecto de servicios o productos similares ofrecidos por terceros en su plataforma; impedir que los consumidores se pongan en contacto con empresas ajenas a la plataforma; impedir que los usuarios desinstalen programas o aplicaciones preinstalados si así lo desean; impedir la portabilidad (9).

En particular, se espera que el comportamiento de las plataformas sea correcto (indicando también las operaciones técnicas individuales que se consideren desleales), que las condiciones contractuales sean claras y comprensibles y que los componentes y propósitos de los algoritmos sean explícitos y, por tanto, transparentes (10).

A la espera de una legislación supranacional completa, los legisladores nacionales han proporcionado definiciones y reglamentos (11).

El legislador francés diseñó la “République numérique” regulando el uso de las plataformas (12) con la ley 2016-1321 del 7 de octubre de 2016.

En Italia, la Cámara de Diputados y el Senado de la República tienen en proyecto varios, textos relativos tanto a la regulación de las plataformas como a la protección del trabajo gestionado a través de ellas (13). El proyecto de ley del Senado contiene una definición casi similar a la que figura en los diccionarios, es decir, que una plataforma tecnológica es un conjunto de programas informáticos, especificaciones técnicas, normas y equipos organizados por un proveedor de servicios de la sociedad de la información para que el usuario pueda utilizar determinados programas o servicios disponibles por vía electrónica o hacer uso de determinados contenidos digitales a través de Internet, con la excepción de los programas informáticos limitados a usos específicos y, por tanto, de uso restringido.

Es importante subrayar que cualquier definición —descriptiva o técnica— de las plataformas destaca la relación que mantienen los intermediarios y los destinatarios de bienes y servicios. También es importante

señalar que todo el fenómeno no se refiere únicamente a la gestión del mercado, sino también a los efectos que este produce en la circulación de datos y comunicaciones, información y opiniones y, por lo tanto, en los fenómenos de socialización y expresión de la participación democrática en una comunidad. De allí la necesidad de proteger los derechos fundamentales, la identidad de los individuos y grupos, la lucha contra la discriminación y la incitación al odio, así como la transparencia de los mecanismos de organización de las plataformas y sus relaciones con los clientes, consumidores y usuarios. En este complejo normativo se entrecruzan diferentes ámbitos: el derecho mercantil propio de los mercados digitales, el derecho público relativo a los derechos fundamentales y los pilares de la democracia y el derecho civil relativo a la propiedad de los datos, el intercambio de los datos con los servicios y, por tanto, la implicación de las relaciones contractuales. Esto no solo ocurre en la relación bilateral entre la plataforma y sus clientes sino también en la relación trilateral que se crea cuando la plataforma pone en contacto a los clientes con los proveedores de bienes y servicios a través de su mediación.

De lo dicho hasta ahora se desprende que las plataformas pueden concebirse como “entidades”. Legalmente, una plataforma es una empresa y si tenemos en cuenta los guardianes más conocidos, estamos ante corporaciones multinacionales con un enorme poder (14). Las plataformas utilizan su poder regulador como cualquier otra empresa frente a los profesionales y los consumidores, pero son aún más temibles por su posición en el mercado, que hace que estos gigantes financieros de la *web* se asimilen a oligopolios comparables a “micronaciones”.

II. El poder regulador de las plataformas y las condiciones generales impuestas a los “clientes”

Su poder regulador se concreta en la imposición de cláusulas contractuales relacionadas con el servicio prestado. Por lo tanto, este poder no puede escapar a las normas de la Unión Europea y a las normas del derecho interno relacionadas con la protección de los consumidores, la competencia, los derechos de autor, las marcas, los datos personales. Como cualquier empresa, las plataformas deben respetar los derechos fundamentales y deben elaborar un balance no financiero y participar en el Programa de Objetivos ESG (*Environmental Social Governance*) elaborado por la ONU con fecha límite en el año 2030.

El hecho de que se clasifiquen como “ordenamientos jurídicos privados transnacionales” no los exime, por tanto, de observar las normas del derecho privado (europeo y nacional). Evidentemente, su peso específico debe considerarse también desde el punto de vista del derecho público y, por tanto, en la construcción de la opinión pública, en la dialéctica del juego democrático, ya que la circulación de datos de todo tipo que generan está entrelazada con la vida democrática de un país, al igual que el uso de las computadoras, de Internet y de las otras herramientas de comunicación.

Para entender cómo funcionan estas plataformas de cara al público, conviene examinar las condiciones generales que utilizan para llevar a cabo las actividades que le ofrecen.

Como ejemplo, podríamos considerar tres plataformas de distinta naturaleza: una plataforma que ofrece servicios digitales (*Google*), una plataforma que ofrece productos y servicios (*Amazon*), una plataforma que ofrece un sitio de comunicación entre miembros (*Facebook*, ahora *Meta*).

Estas tres plataformas son portadoras de idéntica nacionalidad, son estadounidenses, pero han creado filiales en Europa: *Google* tiene su sede en Dublín (*Google Ireland Limited* constituida y operada bajo las leyes de Irlanda) y también opera en Suiza; *Amazon* en Luxemburgo (*Amazon Europe Core Sarl*, *Amazon EU Sarl*, *Amazon Service Europe Sarl*, *Amazon Media EU Sarl*, mientras que *Amazon Studios Europe* ha mantenido su sede en Londres incluso después del *Brexit*); *Facebook* en Dublín. Todas ellas tienen oficinas en Londres y en las principales ciudades del continente.

Las condiciones generales de contratación, que en la práctica italiana se formulan como cláusulas contractuales con expresiones propias de los textos normativos, en el caso de estos *gatekeepers* se expresan en un tono coloquial, persuasivo y positivo, como si “hablaran” directamente al usuario y lo hicieran partícipe del discurso.

Además, los efectos jurídicos de estas cláusulas en el discurso con el cliente se dan por sentados y las condiciones se presentan como reglas del servicio como si estuvieran “naturalmente” incorporadas a este. Es decir, un servicio prestado sobre la base del poder contractual privado que impone a los usuarios mediante las cláusulas contractuales redactadas por ellos. Esto refuerza la convicción del cliente (no abogado) de que las normas son, por así decirlo, “inherentes” al servicio. El cliente no siente que las condiciones le sean impuestas y no percibe el poder de negociación que ejerce la plataforma, que se presenta no como una contraparte sino como un cooperador solidario.

Es razonable y obvio que —con respecto a millones de usuarios— estas normas son iguales para todos y no son negociables.

III. La formación del contrato entre las plataformas y sus clientes

El procedimiento de celebración de un contrato no es el mismo en todos los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la Unión y de los países no pertenecientes a ella. La cuestión de la celebración de un contrato no ha sido regulada por el legislador europeo y con el abandono del proyecto de elaboración de un Código Civil Europeo (DCFR), que en sus artículos II.4:201 preveía la regulación del procedimiento, esta cuestión cambia de sistema a sistema. Así, en cada uno de ellos hay que determinar cómo el intercambio de oferta y aceptación puede conducir a la celebración del contrato y dónde se ha formado el contrato.

Las diferencias son notables. En Francia, por ejemplo, la disciplina del contrato ordinario implica siempre el intercambio de oferta y aceptación (según el art. 1113 y ss., ordenanza de 10 de febrero de 2016 que reforma el Código Civil), pero el silencio, considerado ineficaz en la mayoría de los países, puede contar como aceptación si resulta así por la ley, por la costumbre, por las relaciones comerciales, o por las circunstancias particulares (art. 1120 Código Civil de Italia);

los contratos celebrados por vía electrónica merecen disposiciones muy detalladas en las arts. 1125 y ss., modificados por la ley denominada “Pour une République numérique” del 7 de octubre de 2016. Aunque innovador en comparación con el pasado, una serie de cuestiones relativas a los aspectos cruciales de la regulación del contrato ha quedado sin resolver. Se trata de saber si estas disposiciones se extienden a la invitación a ofertar, que el Código Civil francés no regula explícitamente, y en qué momento se considera celebrado el contrato. En cuanto al primer punto, la opinión predominante es que las normas que rigen la oferta se extienden también a la invitación de ofrecer. En cuanto al segundo punto, hay que distinguir entre el contrato ordinario y el contrato en línea. En el primer caso, la conclusión tiene lugar en el momento en que el oferente tiene conocimiento de la aceptación. En el caso de un contrato digital, se plantea la cuestión de si basta con un “doble clic” o si es necesario determinar el momento en que el cliente ha recibido los documentos o el mensaje que acredita la celebración del contrato (15).

Las normas establecidas por el Código Civil italiano, en los arts. 1326 y ss., identifican diferentes procedimientos para la formación del contrato, además del intercambio de oferta y aceptación, como la ejecución directa, la aceptación por hechos concluyentes, etcétera. En el caso de los contratos celebrados por vía electrónica, a falta de normas específicas, han surgido varias soluciones: la opinión predominante es que la celebración tiene lugar cuando el oferente (en nuestro caso, la plataforma) recibe la aceptación del destinatario por correo electrónico y este hecho resulta decisivo tanto para establecer el momento de la celebración del contrato como el lugar de su conclusión. Ello se debe a que la correspondencia electrónica se equipara a la correspondencia en papel y a que la dirección electrónica se equipara a la dirección ordinaria (según lo dispuesto en el Decreto Presidencial N° 445 de 2000, artículo 14 c. 1).

Mientras que *Google* y *Facebook* no establecen ninguna guía particular sobre la forma de celebrar un contrato, *Amazon* establece normas muy detalladas.

En primer lugar, las condiciones de *Amazon* especifican, en el apartado titulado “Nuestro contrato”, que la presentación de productos y servicios en el sitio o a través de las aplicaciones de *Amazon* para dispositivos móviles constituye una *invitación a la oferta*. Por tanto, matiza la exposición de sus productos, que, como sabemos, ahora van desde libros, que constituirían el mercado inicial, hasta todo lo necesario para el hogar, muebles, ropa, etcétera: la exposición —como ocurre en los supermercados— no implica el acto voluntario propio de una oferta sino una invitación que, solo si se acepta, implica la proposición de una oferta por parte del cliente. Además, *Amazon* se reserva el derecho de aceptar o rechazar, pero no especifica las razones por las que podría rechazar la oferta. Sin embargo, si especifica cómo presentar la oferta. En la parte superior de la página encontraremos el botón “Comprar ahora”, en el que hay que hacer clic para realizar el pedido. ¿Qué ocurre una vez recibido el pedido? El reglamento dice también:

“Su pedido se considerará entonces como una propuesta contractual a *Amazon* para

(8) Expediente N° 52 de la Cámara de Diputados, 18 de mayo de 2021 (18va. Legislatura).

(9) Expediente N° 52 de la Cámara de Diputados, 18 de mayo de 2021 (18va. Legislatura).

(10) Más ampliamente, Alpa, *Il mercato unico digitale, en Contratto e impresa/Europa*, N° 1, 2021, ps. 1 y siguientes.

(11) *Loi n. 2016-1321 du 7 octobre 2016 Pour une Répu-*

blique numérique: Titre I: la circulation des données et du savoir (articles 1 à 39); Titre II: la protection des droits dans la société numérique (articles 40 à 68); Titre III: l'accès au numérique (articles 69 à 109); Titre IV: outre-mer (articles 110 à 113); Décret n. 2017-126 du 2 février 2017 relatif à l'obligation d'information en matière fiscale et des prélèvements sociaux des utilisateurs de plateformes de mise en relation para voie électronique.

(12) Beuscart y Flichy, *Plateformes numériques*, Réseaux 2018/6 (n. 212) ps. 9 a 22.

(13) Proyecto de ley 1592 de la Cámara de Representantes, presentado por el Consejo Regional del Piemonte, sobre el trabajo gestionado a través de plataformas digitales; Proyecto de ley 2484 del Senado, sobre disposiciones relativas a la prestación de servicios de red de Internet para la protección de la competencia y la libertad

de acceso de los usuarios.

(14) Bassan habla de plataformas como “órdenes jurídicos transnacionales privados”, op. cit., ps. 84 y siguientes.

(15) Para las primeras referencias ver: Deshayes, Génicon, Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de preuve des obligations*, Paris, 2018, ps. 394 y siguientes.

los productos enumerados, cada uno de ellos individualmente. Tras la recepción de su pedido, le enviaremos automáticamente un mensaje de acuse de recibo del pedido ('Recibo de pedido'). Si utiliza determinados Servicios de *Amazon* (como sus aplicaciones móviles) el Recibo de Pedido podrá publicarse en el Centro de Comunicación accesible desde el sitio'.

La notificación al cliente de la recepción de su pedido no es, sin embargo, una expresión de aceptación. El reglamento especifica que:

"La recepción de un pedido no constituye la aceptación de su propuesta de compra. Al enviarnos el Recibo de pedido, solo confirmamos que hemos recibido su pedido y que lo hemos sometido a la verificación de datos y a la disponibilidad de los productos que ha solicitado. El contrato de venta con *Amazon EU Sarl* solo se perfeccionará cuando le enviemos un correo electrónico por separado o publiquemos un mensaje en el Centro de Comunicación de la página *web* aceptando su propuesta de compra, que también contendrá información sobre el envío del producto y la fecha prevista de entrega ('Confirmación de Envío')."

Dado que la confirmación del pedido solo se realiza después de que el usuario haya pagado el servicio por los medios establecidos (mediante tarjeta de crédito o débito o *PayPal*) es razonable suponer que el intercambio del papel de las partes (ofertante/objeto) no solo se debe a la necesidad de averiguar si el producto solicitado sigue estando disponible, sino que también está relacionado con la disponibilidad financiera del cliente. El pago anticipado —es decir, la regularidad de la transmisión del precio— se convierte en una condición tácita pero necesaria para la celebración del contrato. El contrato no se concluye con la recepción del pedido —como sucede normalmente en el caso de una invitación a ofertar— sino en un momento distinto, decidido por *Amazon*, que coincide con el inicio de los procedimientos de envío. *Amazon* justifica este complejo procedimiento por el hecho de que no se sabe, en el momento de tramitar el pedido, si el producto está disponible en el depósito. En ese caso, los productos no disponibles no deberían mostrarse o el pedido podría para ser una "reserva" como ocurre con los libros cuya publicación se ha anunciado pero que aún no se han editado.

Estas normas modifican, al menos en parte, las establecidas por el Código Civil italiano, a las que en cualquier caso se puede renunciar por no ser obligatorias. Sin embargo, es discutible que el intercambio del papel de las partes no implique el ejercicio de un poder abusivo por parte del proveedor de bienes y servicios.

Los problemas jurídicos que plantean las condiciones generales de los tres *gatekeepers* considerados no terminan ahí.

En el Código Civil italiano nos encontramos con el problema de la cognoscibilidad de las condiciones. Como he señalado al principio de este trabajo, se publican en el sitio *web* de todas las plataformas, pero no en el lugar donde se ofrecen los productos o servicios sino en un lugar diferente, relacionado con a las características de la plataforma y bajo la expresión "Términos" o condiciones de uso.

Por tanto, se ha planteado la cuestión de si esta ubicación separada puede considerarse conforme a lo dispuesto en el art. 1341 del Código Civil italiano, que condiciona su eficacia al conocimiento del adherente. El conocimiento supone el ejercicio de una diligencia ordinaria por parte del cliente: se suele sostener que el estándar de diligencia debe medirse teniendo en cuenta la conduc-

ta habitual de la multitud de adherentes y las circunstancias del caso. Dado que basta con que las condiciones generales estén expuestas en los locales de la empresa, parece fácil resolver el problema señalando que las cláusulas están en todo caso expuestas en la página *web* de las plataformas y, por tanto, son conocibles por el adherente-cliente.

Sin embargo, el hecho de que se conozcan no es requisito suficiente para decidir su eficacia, ya que las cláusulas —frente a quien sea su destinatario, un consumidor o un profesional— alistadas en el art. 1341 [2] del Código Civil italiano y, por tanto, desleales, no son eficaces si no se han firmado una por una.

Este aspecto es completamente ignorado por las "Condiciones" impuestas por las tres plataformas; de hecho, los textos adoptados por ellas sugieren que ni siquiera se cuestionan el asunto, ya que las condiciones generales están redactadas como si siguieran siendo efectivas, aunque no se suscriban individualmente.

Se trata de una obligación formal que concierne a todos los clientes, cualquiera que sea su categoría: en su defecto, las cláusulas abusivas —en particular las relacionadas con la responsabilidad— no son efectivas. La firma, según la mayoría de los intérpretes, tiene lugar con la colocación de una firma digital, por lo que es razonable suponer que nunca ocurre en la realidad. Por lo tanto, varias cláusulas importantes de las plataformas deben considerarse ineficaces.

IV. Cláusulas de limitación de la responsabilidad

En cuanto a *Google*, la cláusula de responsabilidad general es (en mi opinión) ineficaz por ser genérica, además de no estar firmada, ya que establece:

"Estos términos limitan nuestra responsabilidad solo en la medida permitida por la ley aplicable. Estos términos no limitan la responsabilidad por actividades fraudulentas, tergiversaciones fraudulentas o muerte o lesiones personales causadas por negligencia o mala conducta internacional.

"Además de la responsabilidad descrita anteriormente, *Google* solo es responsable si infringe estas condiciones o cualquier otra condición adicional específica de los servicios aplicables, con sujeción a la legislación vigente".

Las cláusulas de los contratos celebrados con profesionales (que *Google* define como empresas, profesionales y organizaciones) no contienen otras limitaciones:

"Pérdida de beneficios, ingresos, oportunidades de negocio, reputación o ahorros previstos, pérdidas indirectas o consecuentes, daños punitivos. La responsabilidad total de *Google* derivada de estas condiciones o relacionada con ellas se limita al mayor de los siguientes importes: [1] 500 euros o [2] el 125% de las tarifas pagadas por el usuario para utilizar los servicios pertinentes en los 12 meses anteriores al incumplimiento".

Vale la pena señalar que el daño contractual indemnizable es solo el directo e inmediato (conforme al art. 1223 del Código Civil y Comercial); se admite el deducible, pero dudo que puedan excluirse los daños punitivos, si se admiten, porque expresan una potestad sancionadora del juez. En todo caso, son los daños punitivos *per se* los que no siempre se consideran admisibles, según el *leading case* del Tribunal Supremo (sentencia n. 16.601 de 2017) que han reconocido la compatibilidad de los daños punitivos con nuestro sistema solo cuando lo prevé la ley.

En cuanto a *Amazon*, las limitaciones de responsabilidad son menos relevantes, ya

que en la mayoría de los casos se refieren a circunstancias en las que la plataforma no estaría obligada en ningún caso a pagar daños y perjuicios, que quedan excluidos si se deben a la intervención de terceros o a circunstancias imprevisibles y de fuerza mayor.

"Nuestra Responsabilidad"

Haremos todo lo posible para garantizar que el acceso a los Servicios de *Amazon* se proporcione sin interrupción y que las transmisiones estén libres de errores. No obstante, debido a la naturaleza de Internet, no puede garantizarse un acceso ininterrumpido ni una transmisión sin errores. Además, su acceso a los Servicios de *Amazon* puede suspenderse o restringirse ocasionalmente para permitir trabajos de reparación, mantenimiento o la introducción de nueva actividades o servicios. Intentaremos limitar la frecuencia y duración de estas suspensiones y limitaciones.

"*Amazon* no será responsable de (i) ninguna pérdida que sea consecuencia de nuestro incumplimiento de las presentes condiciones o (ii) ninguna pérdida de oportunidad comercial (incluida la pérdida de beneficios, ingresos, contratos, ahorros considerados, datos, fondo de comercio o gasto incurridos innecesariamente) o (iii) cualquier otra pérdida indirecta o consecuente que no fuera razonablemente previsible, ya sea por usted o por nosotros, en el momento en que comenzó a utilizar los Servicios de *Amazon*.

"No seremos responsables de ningún retraso o incumplimiento de nuestras obligaciones en virtud de estas condiciones si el retraso o el incumplimiento se deben a circunstancias imprevisibles o de fuerza mayor. Esta disposición no afecta sus derechos legales y, en particular, su derecho a recibir los bienes adquiridos en un plazo razonable o a que se le reembolse su importe en caso de que la falta de entrega se deba a circunstancias, a un caso fortuito o de fuerza mayor. La legislación de algunos países puede prohibir las anteriores limitaciones de responsabilidad. En el caso de que dichas disposiciones sean aplicables, las limitaciones de responsabilidad anteriores no se aplicarán y usted podrá tener derechos adicionales. Nada de lo aquí contenido limitará o excluirá nuestra responsabilidad en caso de muerte o daños personales causados por nuestra negligencia o causados por nuestra mala conducta intencionada o negligencia grave".

Los términos y las condiciones de *Amazon* son bastante detallados en cuanto a las garantías, las devoluciones de productos y el derecho de desistimiento, todo lo cual no se contempla en estas notas.

Las condiciones de *Facebook* son un poco diferentes, ya que, por un lado, insisten en los compromisos del usuario y, por otro, prevén la autorización del usuario para utilizar sus datos y contenidos. Además, estipulan que el contrato sigue surtiendo efecto si una o varias de las condiciones resultan ineficaces. Lo mismo se dice en la Directiva N° 13 de 1993 sobre cláusulas abusivas y en el art. 36 del Código de Consumidor de Italia, pero el caso debe adaptarse, en Italia, al Código Civil italiano, que encomienda al juez la tarea de valorar si el contrato particularmente nulo puede seguir produciendo algún efecto (art. 1419 c.2).

Las limitaciones de responsabilidad son en cualquier caso razonables, aunque no es admisible una exclusión general de responsabilidad por la conducta negligente de terceros.

"Limitaciones de responsabilidad"

"Nada de lo dispuesto en estas Condiciones tiene por objeto excluir o limitar nuestra responsabilidad en caso de fallecimiento,

daños personales o tergiversación fraudulenta causados por nuestra negligencia o en perjuicio de sus derechos.

"Actuaremos con diligencia profesional a la hora de proporcionarle nuestros Productos y Servicios y de garantizar un entorno seguro y sin errores. Siempre que Meta haya actuado de acuerdo con diligencia profesional, Meta no acepta ninguna responsabilidad con respecto a las pérdidas que no sean causadas por el incumplimiento de estos Términos o que sean atribuibles a sus acciones, las pérdidas que no eran razonablemente previsibles por usted y Meta en el momento de su aceptación de estos Términos y con respecto a los eventos más allá del control razonable de Meta".

Si la otra parte es un consumidor, las tres plataformas consideran que las normas que deben aplicarse son las destinadas a protegerle. Y eso solo puede ser así.

Por lo tanto, en Italia, todas las cláusulas, y no solo las relativas a la responsabilidad, deben evaluarse a la luz del parámetro de la buena fe y del desequilibrio significativo de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor (art. 3° [1]). Por tanto, las limitaciones de responsabilidad deben evaluarse sobre la base de los arts. 1229, relativo a las cláusulas de exclusión en general, y 1341 [2] del Código Civil y los arts. 33 y ss. del Código del Consumidor (Decreto Legislativo N° 206 de 2005, que aplica la directiva europea).

Y lo mismo ocurre con las demás cláusulas relativas a la retirada y las garantías. Las cláusulas relativas a la ley aplicable no parecen plantear problemas en cuanto a su validez. En cambio, las cláusulas que imponen el foro conveniente para la parte más fuerte son consideradas abusivas por el Código Civil italiano, así como por el Código de Consumidor (art. 33 c.2 lett.t). Así, para los no consumidores bastará con la aprobación por escrito para superar el problema, mientras que para los consumidores será más difícil excluir la nulidad, a menos que se demuestre que la cláusula está equilibrada por otras más ventajosas para el consumidor.

No obstante, hay que tener en cuenta que, en caso de los consumidores, tendrán derecho a interponer acciones ante los tribunales de su lugar de residencia.

En cuanto a la ley aplicable, no se puede privar al consumidor de la protección adicional que le ofrece su propia ley con respecto elegida por la plataforma: este sería el caso cuando existe una necesaria suscripción de cláusulas abusivas, como lo prevé la ley italiana, con respecto a las leyes a las que remiten las plataformas. *Google* elige la ley del país en el que reside el usuario; *Amazon* elige la ley de Luxemburgo, sin perjuicio de las protecciones adicionales de ley del consumidor, y excluye la aplicación de la Convención de Viena; *Facebook* remite a la ley del lugar de residencia del usuario para la resolución de los conflictos derivados de los reclamos y para todo lo demás, incluida la regulación de las condiciones generales de contratación, a la ley irlandesa.

Así pues, los consumidores italianos están mejor protegidos por su legislación, que es más generosa con ellos que la directiva europea.

Entre las condiciones generales establecidas por las tres plataformas, la cláusula que les permite modificar el contrato unilateralmente también debe considerarse abusiva. La directiva, y por tanto el Código del Consumidor italiano (art. 33.2.m), solo permite las modificaciones unilaterales si están recogidas en el contrato y se deben a una razón justificada. Si la cláusula no está equilibrada por otras favorables al cliente, es muy proba-

ble que, si no hay otros obstáculos, la cláusula pueda caer en el triple control de falta de mención en el contrato, falta de motivo justificado, falta de equilibrio. También se controlan las modificaciones del precio, si este se incrementa excesivamente (art. 33 del Código del Consumidor italiano, c 2 lett.o.).

Las tres plataformas promueven la resolución extrajudicial de conflictos. En este punto también es necesario hacer algunas aclaraciones. Como es sabido, la Unión Europea promueve la resolución de conflictos a través de la conciliación y la mediación, y ha previsto una directiva que regula específicamente estas técnicas. Incluso ha puesto a disposición de los consumidores un sistema de resolución de litigios en línea (plataforma ODR de la UE Reglamento (UE) 524/2013) (16).

Si no se trata de un servicios prestados por la Unión, las cláusulas relativas a esta cuestión deben ajustarse a la ley: el art. 1341 c.2

(16) Proporciona el marco para la resolución de litigios en línea, la creación de la plataforma ODR de la UE y la fecha (09/01/2016) a partir de la cual cada tienda electrónica de la Unión Europea debe proporcionar un enlace

del Código Civil italiano considera ineficaz cualquier cláusula no firmada que implique la adhesión a un arbitraje (de cualquier naturaleza) o la derogación de la competencia de la autoridad judicial; el art. 33 c. 3 lett.v bis y v ter del Código de Consumidor considera presuntamente abusivas (y anulables) las cláusulas que dificulten el acceso a los órganos de conciliación y mediación o impongan un único tipo de órgano o un único organismo.

Podrían hacerse otras consideraciones sobre las cláusulas de limitación de la garantía y sobre las cláusulas relativas a las relaciones con terceros. Pero podemos posponer este análisis a una fase posterior de la investigación.

V. Cláusulas abusivas en los contratos P2B

Es significativo que la potestad normativa en materia contractual otorgada a las plataformas esté, junto con otras obligaciones,

en la plataforma a su sitio web que dé a los consumidores europeos acceso para que puedan presentar electrónicamente sus quejas a una entidad de resolución alternativa.

reglada específicamente en el Reglamento n. 1150 de 2019. Este Reglamento —que entró en vigor directamente en el ordenamiento jurídico italiano— ha sido reforzado por determinadas disposiciones contenidas en la Ley de Presupuesto de Italia de 2020 n. 178. Tiene la misión de promover condiciones más justas y transparentes en el mercado de las plataformas digitales y, por otra parte, atribuir a los organismos público (en Italia la Autoridad de Garantías de las Comunicaciones - *Agcom*) la tarea de garantizar una aplicación adecuada y eficaz del Reglamento P2B (art. 1. C. 515 ss. de la Ley de Presupuesto italiana).

En lo que respecta a las condiciones generales del contrato, el Reglamento establece que las condiciones establecidas deben ser fácilmente accesibles (lo que alivia la carga de la prueba del art. 1341 del Código Civil italiano) y deben redactarse en un lenguaje claro y comprensible (art. 3º). Una disposición similar se había impuesto a las cláusulas de los contratos de consumo (art. 35 del Código del Consumidor italiano). Es significativo señalar que el Reglamento trata a los profesionales que se adhieren a las condiciones de la misma manera que los consumidores: ambas ca-

tegorías tienen un débil poder de negociación frente a las plataformas.

Además, las plataformas están obligadas a revelar todo tipo de canales de distribución adicionales o programas de afiliación que puedan utilizarse para vender bienes y servicios y cuáles son los efectos de las condiciones sobre derechos de propiedad intelectual de los usuarios.

El Reglamento también regula el comportamiento de los proveedores de bienes y servicios relacionados con las plataformas, pero, por supuesto, esto se confía a los clientes individuales —consumidores, profesionales, prosumidores— y a las asociaciones de consumidores, o, en los sistemas legales en los que esto está previsto, también a los reguladores del mercado.

En Italia, la Autoridad Antimonopolio ha sancionado severamente a las plataformas que infringen la ley de competencia y emplean prácticas comerciales desleales y ha empezado a controlar las condiciones generales de los contratos que pueden ser anulados por desleales.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1930/2022

Sobre el principialismo y el neoconstitucionalismo



Juan Carlos Cassagne 

Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. Miembro correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de varias academias iberoamericanas.

SUMARIO: I. El principialismo.— II. La estructura del ordenamiento.— III. El papel de los principios generales.— IV. El Estado de Derecho Constitucional y los distintos neoconstitucionalismos.— V. La llamada constitucionalización del ordenamiento.— VI. Hacia el Estado Subsidiario.— VII. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante.— VIII. Epílogo.

I. El principialismo

El campo de la dogmática del derecho público, así como el de la filosofía del derecho, exhibe cuestiones en las que los juristas y los filósofos del derecho no terminan de ponerse de acuerdo.

En esta ocasión, haremos el abordaje de dos tendencias. La primera, se refiere al llamado principialismo, una orientación moderna que congrega un arco bastante amplio de concepciones que abarcan, desde el positivismo incluyente o iusmoralista, hasta las diversas facetas que representa el iusnaturalismo. La segunda, es el llamado neoconstitucionalismo.

Los aspectos fundamentales de las concepciones principialistas pasan por tres ejes fundamentales, a saber: a) El reconocimiento de que el derecho constituye una práctica que se dirige a lo que “es bueno hacer, tener, obtener y ser” (1); b) Consecuentemente, la consideración de la moral como la razón práctica del de-

recho (2); y, por último, e) La prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas o reglas en sentido estricto.

Existe la creencia que considera que el movimiento principialista se originó en las cartas constitucionales que se sancionaron en Europa tras la finalización de la segunda guerra mundial.

Sin embargo, aunque el hecho no se encuentra suficientemente reconocido por la doctrina constitucionalista, lo cierto es que el origen de este proceso es patrimonio del derecho administrativo. En efecto, este derecho se construyó sobre la base de la prevalencia de los principios generales del derecho sobre las normas desde sus primeras construcciones dogmáticas (Laferrière) y es sabido que, finalmente, el Consejo de Estado Francés reconoció su primacía (3), provocando uno de los cambios más profundos habidos en la comprensión y operatividad de los principios generales del derecho público,

considerados finalmente como mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho (4).

Su significación fue advertida en Francia por Jean Rivero, en uno de los trabajos pioneros sobre la materia (5), quien puso de relieve una jurisprudencia que terminó proyectándose a todo el derecho administrativo público europeo. Se produjo de ese modo un cambio radical en las fuentes del derecho con base en las teorías fundamentales formuladas en el derecho francés (6) y la jurisprudencia de su Consejo de Estado.

Cabe apuntar, también, que buena parte de los publicistas y filósofos del Derecho de esa época se hallaban enrolados en el iusnaturalismo, al igual que algunos autores alemanes del siglo anterior (Otto Mayer), en los que era advertible su adhesión a las verdades del derecho natural (7).

Una resuelta postura acerca de la trascendencia que revisten los principios generales del Derecho, en la configuración

del Derecho Administrativo moderno, se encuentra en la obra del maestro García de Enterría. Este jurista insigne, al culminar sus primeras investigaciones sobre el tema, no pudo reprimir su asombro de que, en Francia, patria del legalismo, se hubiera construido un derecho administrativo en el que los principios prevalecían sobre las leyes escritas (8).

A la inversa de lo que supone el positivismo excluyente de la moral, el principialismo no ha venido a suplantarse la legalidad positiva, sino a reforzar su validez a través de una dimensión racional-moral de justicia, que convive con la dimensión formal, proveniente de la autoridad de las fuentes sociales del derecho (9).

En esta dimensión de validez racional-normativa es donde, precisamente, se alojan los principios generales del derecho que resultan “descubiertos y funcionalizados por los juristas” y “recogidos y desenvueltos por la jurisprudencia o por la legislación” (10).

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) FINNIS, John, “Aquinas: Moral, Political and Legal Theory”, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 41, cit. por MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio en “Jurisprudencia analítica y derecho natural. Análisis del pensamiento filosófico jurídico de John Finnis”, Marcial Pons, Buenos Aires, 2018, p. 31; vid, asimismo, LEGARRE, Santiago, “Ensayos de Derecho Natural”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2014, p. 509 y ss.

(2) VIGO, Rodolfo Luis, “Derecho y moral (razón práctica): conexiones en tiempos del Estado de Derecho Cons-

titucional”, El Derecho, diario del 21/07/2021, p. 1 y ss.; sobre la razón práctica, véase el reciente ensayo de dicho autor *La reconciliación del Derecho con la razón y las emociones*, Ed. Palestra, Lima, 2022, ps. 70 y ss.

(3) Véase: COVIELLO, Pedro J. J., “Raíces históricas del derecho administrativo y su actualidad. Apuntes para su estudio”, El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, N° 8, Buenos Aires, 2020, Cita Digital ED-CMXXV-521, p. 7 y ss.

(4) Ampliar en nuestro libro *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*, Rubin-

zal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2021, 2ª edición actualizada, ps. 71 y ss.

(5) RIVERO, Jean, “Los principios generales del derecho administrativo en el derecho francés contemporáneo”, Madrid, 1951, RAP N° 6, p. 289 y ss. y, JEANNEAU BENOIT, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative”, Sirey, Paris, 1954.

(6) HAURIU, Maurice, “Derecho Público Constitucional”, trad. del francés de Carlos Ruiz del Castillo, supervisada por el propio autor que lo prologa, Ed, Reuss, Madrid, 1927, ps. 290 y ss.

(7) Vid, en tal sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho”, Civitas, Madrid, 1984, ps. 43-44.

(8) *Ibidem*, ps. 44-45, apunta que en el derecho francés “la idea de los principios no ha hecho más que ganar terreno”.

(9) Aspecto muy bien explicado en MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Jurisprudencia analítica...”, ob. cit. p. 40.

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “Reflexiones...”, ob. cit., p. 43.

En tal contexto veamos, a grandes rasgos, lo que ha ocurrido en el campo de algunos sectores del positivismo (el llamado incluyente) y en el de la jurisprudencia analítica.

Así, es fácil comprobar que, mientras la cantidad de concepciones filosóficas aumentó de un modo exponencial, dificultando la comprensión de la ciencia jurídica y de sus métodos interpretativos, se produjo el abandono de algunas de las premisas centrales del positivismo legalista por parte de destacados filósofos del derecho que fueron calificados como positivistas incluyentes (iusmoralistas) o iusnaturalistas (Dworkin, Alexy - Nino).

El hecho de ser bendecidos con la calificación de iusnaturalistas [una paradoja retórica desarrollada por una brillante pluma filosófica (11)], supone que todos aquellos que sustentan una visión moral del derecho y no admitan una tajante separación conceptual entre ambos conceptos son iusnaturalistas. Más aún, para desdicha de los positivistas puros, irrumpió en la escena filosófica un profesor de la Universidad de Oxford (Finnis, John), formado en la escuela analítica de Hart, quien se adhirió al iusnaturalismo de raíz aristotélica-tomista, dentro del modelo analítico (12), logrando que esta concepción fuera más comprensible por los pensadores anglosajones (13). Es la llamada Nueva Escuela del Derecho Natural (NEDN).

El enfoque iusnaturalista de Finnis si bien rompe la separación conceptual entre moral y derecho no deja de atribuirle al derecho positivo, emanado de las fuentes fácticas y sociales, una jerarquía relevante en la medida en que no se produzcan situaciones susceptibles de afectar en forma grave y extrema la justicia (14), conformada por los principios generales del derecho y bienes básicos, concebidos conforme a una visión que atribuye un papel central al derecho producido por la autoridad de las fuentes formales.

Debe advertirse que estas fuentes no se limitan a la ley, sino que comprenden también la jurisprudencia, los principios generales y la costumbre, lo que hace posible que los jueces cumplan una función creativa de cara a completar las lagunas jurídicas (normativas o *axiológicas*) o bien tener que interpretar los conceptos ambiguos que caracterizan el lenguaje natural (que carece de la precisión característica del que es propio de las ciencias exactas).

En resumidas cuentas, el principialismo constituye la tendencia especulativa que asigna predominio a los principios sobre las normas, en la inteligencia que ambas categorías constituyen reglas jurídicas vinculantes y fuentes del derecho.

Se discute si el carácter autoritativo constituye, uno de los rasgos caracterís-

ticos del Estado de Derecho Constitucional (15), pero, en cualquier caso, debe ser siempre un Estado de poderes tasados y limitados, en el que sus órganos (llamados también poderes) actúan con independencia recíproca y armonía, sometidos al principio de legitimidad —(o legalidad en sentido amplio cuya máxima expresión es el bloque de constitucionalidad)— a los principios de la justicia (la fórmula constitucional alemana y española se refiere a la ley y al derecho) y, por último, al control judicial de constitucionalidad.

En cambio, la tesis básica del positivismo legalista considera que la norma positiva constituye el centro del derecho y del sistema jurídico, postulando que toda norma emanada del Estado conforme al procedimiento formal predeterminado es válida con independencia de que sea justa e injusta, moral o inmoral. La matriz de esta concepción sostiene que los valores de la justicia son subjetivos e irracionales y hasta metafísicos, que una teoría del derecho debe ser pura y limitarse al material positivizado y, consecuentemente, que la moral debe separarse del derecho. Como lo ha expresado el propio Bobbio, el positivismo jurídico es una doctrina “que reduce la justicia a la validez” (16), a lo que cabe adicionar, una separación estricta entre moral y derecho.

Mientras las concepciones del iusnaturalismo giran en torno de lo que es justo y moralmente bueno para las personas y el bien común, concibiendo al derecho como el objeto de la justicia, el positivismo legalista o puro sostiene exactamente lo inverso: que la justicia consiste en la validez del derecho o, en otros términos, que el objeto de la justicia no es el derecho real (lo justo) sino su validez formal, acusando al iusnaturalismo de introducir elementos extraños en la teoría del derecho, cuya pureza pretendía fuera un dogma irrefutable. En ese contexto, apoyados en la falacia naturalista de Hume, los positivistas llegaron a decir que, si la naturaleza era el orden del ser, resultaba falso sostener que de la naturaleza humana pudieran derivarse prescripciones normativas (el orden moral o el deber ser).

Lo cierto es que, como lo ha demostrado Finnis, la falacia naturalista no existió en el pensamiento aristotélico-tomista que nunca llegó a sostener que las prescripciones normativas derivaran directamente del ser (la naturaleza humana). En rigor, el conocimiento normativo de la ley natural, lejos de derivar del conocimiento previo de la naturaleza humana, “parte de unos principios primeros conocidos por evidencia y que se desenvuelven racionalmente —con razón práctica— ya sea a través de inferencias conclusivas, ya sea a través de la determinación circunstanciada de lo que en los principios se encuentra indeterminado” (17).

En ese escenario, en el que disputan su supremacía las más variadas corrientes del positivismo (tanto el incluyente como el excluyente) y del iusnaturalismo clásico, sin analizar otras concepciones inaplicables en los sistemas continentales europeos o de Iberoamérica, como el realismo norteamericano o algunas que han perdido actualidad doctrinaria (vgr. el estructuralismo) (18), se ha desarrollado la tendencia principialista, sin llegar a configurar una concepción integral de la filosofía jurídica.

En la nueva versión de la obra del Profesor Yacobucci sobre el sentido de los principios penales (19), se expone una construcción susceptible de ser proyectada a todo el derecho y de adaptarse, particularmente, a los derechos constitucional y administrativo. En pocas palabras, se trata de la jerarquía y dimensión de peso conforme a una bien decantada visión filosófica personalista, especulativa y práctica.

Allí, distingue cuatro categorías:

a) Principios configuradores o materiales que constituyen presupuestos ontológicos del ordenamiento: Los considera principios nucleares y son dos: 1. El bien común político y 2. La dignidad humana;

b) Principios fundamentales: A nuestro juicio son los que hacen a la esencia del Estado de Derecho (vgr. separación de poderes, legalidad, independencia e inamovilidad de los jueces, interdicción de arbitrariedad, inalterabilidad del contenido sustancial de los derechos por leyes o reglamentos, tutela judicial efectiva, razonabilidad (20), seguridad jurídica y subsidiariedad);

c) Principios derivados: Proporcionalidad, buena fe, confianza legítima y buena administración;

d) Estándares y directivas no vinculantes que cumplen la función de orientar la actividad de la Administración Pública y de los particulares.

En definitiva, como ha apuntado Aragón Reyes, aun en el sistema europeo, resulta difícil negar, en la actualidad, que “el Derecho de la Constitución es un derecho por principios” (según la terminología que emplea Zagrebelsky), así como no se puede desconocer, en el caso de España, la clara configuración de una Constitución Principialista (21).

1.1. Características y notas principales del nuevo constitucionalismo

Como consecuencia de un conjunto de causas concatenadas que, en forma somera, hemos descrito, no se puede desconocer que el nuevo constitucionalismo ha operado un cambio radical en: a) El sistema de las fuentes del derecho; b) La interpretación y la consecuente metodología que acompaña la hermenéutica; c) La realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar

la supremacía constitucional; y d) La consolidación, en algunos Estados, comunidades o asociaciones de Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el llamado control de convencionalidad (22).

En ese marco se potencian los sistemas de protección de las personas, que tienen como eje el principio de la dignidad de la persona humana, del cual se derivan una serie de principios o subprincipios (vgr. la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, la responsabilidad estatal, la participación pública, etc.).

Al propio tiempo, en el escenario constitucional positivo de muchos Estados (entre ellos, en el ordenamiento constitucional argentino tras la reforma de la constitución de 1994), aparecieron los nuevos derechos o derechos de incidencia colectiva, tales como los derechos que protegen el ambiente (arts. 41 y 43, CN) la información adecuada y veraz (art. 41, CN), el patrimonio cultural (art. 41, CN) y la competencia (art. 43, CN), los usuarios y consumidores en la relación de consumo (arts. 41 y 43, CN) la igualdad real de oportunidades (art. 75, inc. 23 CN) y los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75, CN) entre otros, a los que cabe adicionar los reconocidos en los tratados, particularmente los que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) como por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los arts. 8º y 25 de la CADH.

En la realización efectiva de los nuevos derechos constitucionales subyace una tensión entre la libertad y la igualdad que conduce a la generación de los denominados conflictos de derechos. Aun cuando la fuente de esos nuevos derechos tiene basamento en convenciones internacionales que en algunos Estados poseen jerarquía constitucional y superioridad sobre las leyes (ej. nuestro art. 75, inc. 22, CN) lo cierto es que también los clásicos derechos constitucionales de primera generación (e incluso los derechos sociales de segunda generación) tienen también su anclaje en el derecho supranacional de los tratados internacionales (vgr. el derecho de propiedad).

Sobre la base del esbozo precedente veamos ahora qué es lo que se mantiene y cuáles son los cambios que se han producido, cuya captación requiere tener en cuenta los fenómenos históricos (políticos, económicos y sociales) así como los principios que provienen de la filosofía del derecho y las técnicas interdisciplinarias de interpretación, como la lógica, ya que resulta prácticamente imposible hacer ciencia jurídica sin el acuerdo de una metodología sistemática (23) y abarcativa de todos los elementos que componen o complementan el conocimiento jurídico.

El nuevo constitucionalismo mantiene a rajatabla el Estado de Derecho cuyo conte-

(11) GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “El iusmoralismo de Carlos Santiago Nino. Una crítica, en el libro *Iusmoralismo* (s) Dworkin/Alexy/Nino, Cevallos”. Editora jurídica, Quito, 2015.

(12) También se ha calificado a la concepción de Finnis como un iusnaturalismo positivista (Cfr. LEGARRE, Santiago, “Ensayos...”, ob. cit., p. 529), con lo que no estamos de acuerdo dado que, si bien existe una revalorización del derecho positivo, hay aspectos de la teoría que se oponen a la concepción positivista, incluso la del llamado positivismo incluyente (vgr. el sentido y la fuerza de la razonabilidad práctica y especialmente la armonía con Dios como bien humano básico; véase: FINNIS, John, “Ley Natural y Derechos Naturales”, trad. del inglés de Cristóbal Orrego S., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 427 y ss.).

(13) Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Jurisprudencia analítica...”, ob. cit., p. 21 y ss.

(14) VIGO, Rodolfo Luis, “El iusnaturalismo actual”. De M. Villey a J. Finnis, Distribuciones Fontamara, México, 2003, p. 131, nota 177.

(15) FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos Constitucionales”, Ediar, Buenos Aires, 2019, p. 344, sostiene que el Estado Constitucional, a más de los elementos naturales que congrega (territorio y población) alberga dos elementos constituyentes no naturales (poder y Constitución), poniendo énfasis en que la Constitución configura el edificio fundamental, la suma regla del orden estatal y añadiendo que “en el Estado Constitucional todo derecho del Estado debe ser genuinamente autorizado por la norma positiva fundamental de su orden coactivo”.

(16) BOBBIO, Norberto, “Teoría General del Derecho”, 2ª ed., trad. del título original italiano *Teoria della norma giuridica y Teoria dell'ordenamento giuridico*, Ed. Temis, Torino, 1958 y 1960, respectivamente, p. 30 y ss.

(17) Cfr. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio, “Juris-

prudencia analítica...”, ob. cit., p. 74 y ss., especialmente p. 79.

(18) Vid: SUÑÉ LINAS, Emilio, “Teoría Estructuralista del Derecho”, Universidad Complutense de Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Madrid, 2006, p. 23 y ss., con prólogo de José Luis Villar Palasí.

(19) YACOBUCCI, Guillermo, “El sentido del Derecho”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2014, ps. 94 y ss.

(20) La razonabilidad es un meta principio que incluye al principio de proporcionalidad en sentido amplio (adecuación o idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), según la conocida teoría de Alexy. La aplicación de este principio reconocido en forma expresa en la Acordada 17/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Considerando VI), aparece también en fallos del Alto Tribunal; véase: “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de fecha 4 de mayo de

2021, considerando 27 *in fine*.

(21) Cfr. ARAGÓN REYES, Manuel, “El Juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM), Madrid, 1997, p. 189, con cita de Ronald Dworkin, *Life's Dominion*, New York, 1993, p. 119 y ss.

(22) HALLIVIS PELAYO, Manuel, “Interpretación de Tratados Internacionales Tributarios”, Porrúa, México, 2011, especialmente ps. 86-98 y el artículo “Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México”, *Revista Pro-Homine*, año I, número 1, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, ps. 133 y ss.

(23) Ampliar en CISNEROS FARIAS, Germán, “Derecho sistemático”, Porrúa, México, 2005, p. 239 y ss.

nido no es más la ideología liberal de antaño, sino que, conservando como principio la protección de la libertad frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, se orienta a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho o si se prefiere, Estado de Justicia, o bien, Estado Regulador y Garante.

La democracia pasa a convertirse en un principio general del derecho público fuerte y prácticamente absoluto, en sentido contrario al relativismo crítico que sostuvo Kelsen. En efecto, si cualquiera fuera el ordenamiento positivo este entrañara una verdad relativa las atrocidades hitlerianas, por ejemplo, se hallarían justificadas en el propio relativismo que cobijaría el principio democrático (24), aunque fueran repugnantes a la ley natural, lo cual implica un absurdo lógico y político de primer orden.

La afirmación del principio democrático como derivación de la ley natural, en cuanto resulta ser la forma de gobierno en la que el órgano Ejecutivo y los parlamentarios resultan elegidos por el pueblo, es la que mejor se concilia con la realización del bien común, sin que necesariamente excluya la llamada monarquía constitucional, en la que la figura del Rey simboliza a la Nación a través de la sabia fórmula que prescribe que el monarca reina sin gobernar.

Ahora bien, toda democracia no funcionaría con justicia y eficacia pudiendo devenir en un gobierno despótico sino tuviera como complemento el principio de separación de poderes y sus corolarios básicos, esto es, el principio de limitación del poder (25) (en la Constitución norteamericana, un sistema de poderes limitados) y la independencia del Poder Judicial con garantías de inamovilidad e imparcialidad (26).

Este último principio se ha extendido a otros órganos o entes a los que se le asignan funciones regulatorias, incluso de contenido jurisdiccional, interpretándose que los principios de independencia e imparcialidad se extienden a las llamadas autoridades regulatorias independientes (27). De ese modo, el campo clásico de la separación de poderes se ha ampliado considerablemente y el sistema exhibe una suerte de poderes múltiples (28) que vienen a complementar, con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el ejercicio de funciones estatales en base a competencias establecidas conforme al principio de especialización.

El nuevo constitucionalismo reafirma la caracterización de la Constitución como norma suprema y algunos piensan que estamos ante la llamada constitucionalización del ordenamiento, algo que en cierto modo parece redundante en América, en cuyos sistemas se consagró, a partir de la Consti-

tución de los Estados Unidos, el principio de supremacía constitucional.

Por lo demás, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen en la actualidad—siguiendo a la doctrina alemana— (29) que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado. Ello nos parece una generalización excesiva al punto que de seguirse esa línea de pensamiento hasta el Derecho Civil sería un derecho constitucional concretizado habida cuenta que se ocupa de reglamentar, entre otros derechos, el derecho constitucional de propiedad privada.

En ese proceso de revalorización constitucional el derrumbe de los dogmas positivistas ha conducido a la potenciación de la función del juez como creador del derecho y no como un mero aplicador mecánico de la ley a través de un proceso de subsunción en todos los casos. Sin embargo, frente a una laguna normativa o axiológica el juez precisa acudir a la técnica de la ponderación, pero una vez obtenida la norma o regla aplicable al caso debe, en un segundo paso, subsumir el caso en la regla (30).

A su turno, el reconocimiento de la prevalencia de los principios generales sobre la ley positiva abrió un ancho cauce para las técnicas propias de la argumentación jurídica y al método interpretativo de la ponderación (justificación interna y externa) cuyo adalid ha sido, sin duda, Robert Alexy (31). En este escenario, se desarrolla un proceso interpretativo, primero en Alemania y luego en varios Estados europeos y americanos, en el que se adopta y desarrolla el denominado principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución razonable y justa de cualquier controversia, a saber: a) El de necesidad; b) El de adecuación; y e) El de proporcionalidad en sentido estricto (32).

Para completar el cuadro de las grandes transformaciones que caracterizan el nuevo constitucionalismo, sobre todo en sus derivaciones positivas y jurisprudenciales, hay que tener en cuenta el abandono de una de las premisas del positivismo legalista que sostenía una separación absoluta entre la moral y el derecho, tema que merecerá seguidamente nuestra atención.

1.2. La distinción entre moral y derecho

Se trata del antiguo y clásico debate entre el positivismo y el iusnaturalismo que dividió durante mucho tiempo a la doctrina jurídica, en el cual, al partir de bases e ideas diferentes, nunca lograron ponerse de acuerdo (33). Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social (34), consideraron siempre que derecho era algo distinto a la moral, y no

obstante reconocer que los preceptos positivos se fundaban, en lo esencial, en principios morales, negaban la configuración de principios generales del derecho como base y fundamento del orden normativo, apoyándose solo sus fuentes formales. En ese contexto y frente a la insuficiencia del positivismo legalista para detener los abusos de las dictaduras europeas (que impusieron el nazismo y fascismo sobre la base de un legalismo formal) fueron muchos los juristas que se convencieron de la necesidad de acudir a la moral y los principios generales. Finalmente, buena parte de otros principios se incorporaron a las constituciones abriendo así cauces para la creación del derecho por parte de la doctrina y de los jueces, que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como sectoriales o institucionales.

De ese modo, el dogma de la plenitud del ordenamiento se agotó en ese esquema y fue reemplazado por el papel creativo del juez que aplica esos principios generales mediante la técnica de la ponderación que, como se ha señalado, no es opuesta a la subsunción.

En definitiva, si la moral está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete y si el orden jurídico (que no es más solo el orden normativo) acepta la superioridad de principios o valores generales como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho (35), negar que la moral sea el presupuesto justificatorio de las prescripciones que legitimen la autoridad e las normas jurídicas (36).

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generalizaron principios que pasaron a configurar nuevos paradigmas del derecho administrativo. Este proceso, que ha favorecido la creación por parte de los jueces del derecho, termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).

La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica y de la justicia, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban

anclados en concepciones autoritarias del derecho público, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferentes sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.

1.3. La fuente primaria de la ley natural y el error de base del positivismo y concepciones afines

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere—conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana— que la ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la NEDN y sus seguidores (37), no han prestado debida atención al examen más o menos exhaustivo de este punto.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material y por el legislador material (ej. los reglamentos), para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural (38).

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente por parte de Kelsen. Este filósofo, por no dominar el panorama del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron *a posteriori* en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas han sido refutados por la NEDN, particularmente en la obra de Finnis (39), con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “deben obedecerse las leyes de la naturaleza” (40), lo que traduce un juicio equivocado.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que antes y después de Kelsen incurrieron en ese error y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque en vez de refutar al gran filósofo austriaco vienen a convalidar su equívoco.

Al respecto, los estudios hechos en el marco de la NEDN han revalorizado el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el punto, además de actualizarlo y explicarlo en clave entendible por la modernidad.

(24) KELSEN, Hans, “Esencia y valor de la democracia”, trad. del alemán por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz y Lacambra, Labor, Barcelona-Buenos Aires, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss., llega a decir que la paradoja de la democracia es darse su sentencia de muerte (op. cit., ps. 144 y ss) y que todos los metafísicos postulan la autocracia, lo cual es contrario a la verdad histórica ya que basta con el ejemplo que dio la Escuela de Salamanca al rechazar la tesis absolutista sobre el origen divino del poder para demostrar la falsedad histórica en que incurre Kelsen.

(25) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., ps. 300 y ss., y comentario de Orrego en el Estudio Preliminar a la obra de Finnis (p. 27).

(26) Ampliar en: VIGO, Rodolfo Luis, “De la ley al derecho”, Porrúa, México, 2005, 2ª ed., ps. 219-220.

(27) Caso “Baena” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

(28) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Público General”, Iustel, Madrid, 2006, 2ª ed., T. I, p. 1197 y ss., describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

(29) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, en Barnes, Javier (Dir.), Innovación y Reforma del Derecho Administrativo, Inap-Global Law Press, Sevilla, 2012, 2ª ed., ps. 52 y ss.

(30) Por ello Atienza ha señalado el equívoco de “presentar la ponderación como un tipo de argumento opuesto a la subsunción”, en un libro sobre el constitucionalismo que figura como de autoría de Ferrajoli, no obstante contener trabajos de otros ius filósofos, la mayor parte de los cuales disienten con la tesis del maestro italiano; vid. FERRAJOLI LUIGI, “Un debate sobre el constitucionalismo”, Marcial Pons, Madrid, 2012 y en dicho libro el ensayo de Manuel Atienza, *Dos versiones del constitucionalismo*, p. 73.

(31) ALEXY, Robert, “Teoría de la Argumentación Jurídica”. La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 215 y ss.

(32) BARNES, Javier, “Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario”, RAP N° 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss. Mientras en el jui-

cio de adecuación hay que valorar la idoneidad del fin, en el de necesidad se exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos y, por último, el juicio de proporcionalidad supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables.

(33) Vid LECLERCQ, Jacques, “El derecho y la sociedad”, trad. del francés, *Leçons du droit naturel* (Tomo I), Herder, Barcelona, 1965, p. 40 y ss., GRANNERIS, Giuseppe, “Contribución tomista a la teoría del derecho”, trad. del italiano, Eudeba, Buenos Aires, 1977, ps. 43 y ss.

(34) La moral y el derecho operan como círculos concéntricos. Aun cuando se reconozca la división que hizo Hegel entre moral subjetiva y objetiva y que el derecho tiene por objeto, fundamentalmente esta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como la amistad y el amor a la patria, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia sobre los principios

generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

(35) FIGUEIREDO MOREIRA NETO DE, Diogo, “Curso de Direito Administrativo”, Rio de Janeiro, 2009, 15ª ed., p. 77 y ss., destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

(36) Véase: NINO, Carlos Santiago, “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2013, 4ª reimpression, p. 21 y ss., especialmente p. 28 y ss., con respecto a la constitución concebida como práctica social relevante.

(37) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., p. 68 y ss.

(38) Véase: GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica...”, ob. cit., con citas de Tomás Aquino y de Suárez.

(39) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., p. 66 y ss.

(40) KELSEN, Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. del alemán, Porrúa, México, 2011, p. 231.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee “la inclinación natural a actuar según razón” y que ella implica una forma virtuosa (41).

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino así lo demuestra al señalar que “el criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza es la razonabilidad” (42): “Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad... De modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana solo en cuanto *tantum... in quantum?* está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad” (43).

“En otras palabras dice Finnis, “para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo ‘bueno’ y lo ‘razonable’, lo ‘natural’ es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde ‘los primeros principios per se’ nota prácticos” (44).

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto es la realizada con anterioridad por Goldschmidt, aunque el desarrollo que hizo no puede compararse al rigor argumentativo de Finnis, señaló que “la *lex naturalis*” es aquella parte de la ley externa que resulta conocida a los hombres mediante la razón y que “su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo” (45).

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis (46) sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad (la primera edición data del año 1960) sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el

maestro austríaco (y profesor argentino tras su exilio), se desprende de la ley natural “de dos maneras: por conclusión y por determinación. Las conclusiones deducidas de la ‘*lex naturalis*’ son uniformes” ... “las determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones” (47).

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la NEDN la ley positiva deriva siempre del primer principio del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal (48), principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como “el hecho fundante de la producción del derecho”, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada “como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo” (49).

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano la norma básica no es impuesta por la autoridad sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva, aunque lo inconcebible resulta que, a consecuencia de esta “cualquier contenido puede ser derecho” (50) (vgr. normas de la dictadura nazi tendientes a exterminar a los judíos).

En el sistema iusnaturalista —en cambio— no tiene cabida una norma opuesta a la justicia la que se condensa en el primer principio antes señalado (51) y en los principios generales de derecho de primer y segundo grado (52), los cuales conforman un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos absolutos, como el derecho a la vida (ya que salvo por el ejercicio de legítima defensa no es lícito ocasionar la muerte de una persona).

De manera conclusiva puede decirse que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo de este la justicia y los consecuentes principios generales del derecho y la costumbre, el iusnaturalismo, particularmente el de la NEDN, configura un sistema amplio y abierto, que se nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgredan los principios básicos de la justicia.

vo del primer principio del derecho natural refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extractaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas - Santo Tomás compartía la tesis de HUME en el sentido en cuanto a que “de proposiciones meramente enunciativas nunca podía seguirse una proposición normativa” (op. cit., p. 38).

(52) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., ps. 131 y ss.
(53) Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo.

(54) El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aun cuando prescriben también

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho reafirmando los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional los que constituyen principios generales del derecho público que los otros órganos del Estado no pueden alterar con leyes ni con el dictado de actos administrativos de alcance individual o general.

II. La estructura del ordenamiento

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios. Suele decirse (alguna vez utilizamos la expresión) que las normas representan la faz positiva del ordenamiento. En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero que es una norma y que constituye un principio jurídico (53). La tarea, si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, advertimos que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

II.1. Las normas

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) La descripción del supuesto de hecho, el mandato (o *cópula* que expresa el deber ser) y la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de normas y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suelen hallarse implícito (54) y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público) que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces) con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica, no admitiendo más que una solución justa o respuestas de equidad. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general) la utilización de la potestad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria de la discrecionalidad a la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos y libertades

mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (vgr. el delito de abandono de personas prescrito en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

(55) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo uruguayo”. Aplicación por el legislador, el administrador y el juez, Junta de Castilla y León, Netbilo, La Coruña, 2007, ps. 595-596; VIGO, Rodolfo L. (h.), “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III, 864.

(56) Para De Diego la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del Del Vecchio afirma: “Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a este pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, co-

de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.

II.2. Los principios generales: su diferencia con las normas. Las directrices o directivas políticas. Los valores

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas “con similar propósito de precisión” (55), los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción (56) que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de este, en su aplicación al caso concreto (57). Los principios carecen de supuestos de hecho (58) los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras estos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción (59). Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar —que al igual que el principio debe ser observado— pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad.

La diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse —por ejemplo— que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles? (60). En suma, todo principio contiene un valor, pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad). En suma, el valor concebido como bien es captado por el derecho cuando constituye un mandato que vincula al Estado con los sujetos privados o a estos entre sí y puede estar representado tanto en un principio como en una norma positiva, legal o consuetudinaria.

Uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón (61) radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha

lor y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados” (DEL VECCHIO, Giorgio, “Los principios generales del derecho”, ob. cit., 9, ps. 6-7).

(57) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo...”, ob. cit. p. 88.

(58) PRIETO SANCHIS, Luis, “Constitucionalismo y Positivismo”, ob. cit., ps. 30-31.

(59) PEREZ LUÑO, Antonio E., “Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución”, Tecnos, Madrid, 1991, 4ª ed., ps. 286 y ss.

(60) BELADIEZ ROJO, Margarita, “Los principios jurídicos”, Tecnos, Madrid, 1997, 1ª ed., reimposición, ps. 75 y ss.

(61) Conf. DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, ob. cit., ps. 72-73.

(41) S.T. I-II, q. 94, a.3, en DE AQUINO, Tomás, “Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes”, Porrúa, México, 1975, p. 28.

(42) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit., p. 69.

(43) *Ibidem*, p. 69.

(44) *Ibidem*, p. 69.

(45) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica...”, ob. cit., p. 476.

(46) FINNIS, John, “Ley natural...”, ob. cit. ps. 311 y ss.

(47) GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica...”, ob. cit., p. 477.

(48) DE AQUINO, S. T. Tomás, “Tratado de la ley...”, ob. cit., I-II, ej. 94, a. 2 puntualiza que “...sobre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que (todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”.

(49) Vid. KELSEN, Hans, “Teoría pura...”, ob. cit. p. 206.

(50) Cfr. KELSEN, Hans, “Teoría pura...”, ob. cit. p. 207.

(51) MASSINI CORREAS, Carlos I., “El derecho natural y sus dimensiones”, con prólogo de John Finnis, Ábaco, Buenos Aires, 1999, p. 38, afirma el carácter normati-

incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asignan plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica (62) que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen o de ventaja (63), respecto de un particular.

II.3. Los principios son preceptivos. Características de los mandatos. La confusión o identidad entre derecho y principio

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones. Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos (64). Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública (65) que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización (66) cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta de que no son todos mandatos de optimización y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios

que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como el derecho a la vida (67) que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución (68).

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos, pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos de los términos utilizados. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (vgr. como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

III. El papel de los principios generales

Los principios generales guardan estrecha relación con la justicia o con la ley natural, en el que encuentran su fundamento (69), siendo valores que se asemejan a creencias indiscutibles, forjadas desde afuera de la persona, en las que todo el mundo cree. Los principios son universales (70), existen por sí mismos (71). Puede decirse que son tan obvios que nadie los puede negar o refutar (vgr. la defensa de la vida, la dignidad de la persona, el de justicia, la libertad interior y exterior, la buena fe, la razonabilidad, la tutela judicial efectiva, etc.).

(62) Dworkin sostiene que: "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

(63) La clasificación entre situaciones activas favorables y situaciones de gravamen resulta fundamental en la sistematización institucional de las categorías básicas del moderno derecho administrativo. Esta categorización implica el abandono del clásico concepto de policía, abandonado en Alemania actualmente y calificado de arcaizante, que resulta sustituido por las técnicas de limitación de los derechos, inspiradas en Santi Romano, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, "Curso de Derecho Administrativo", Thomson-Reuters, Madrid, 2017, T. II, 15ª ed., ps. 131 y ss.

(64) TAWIL, Guido Santiago, "El Preámbulo de la Constitución Nacional", en *Estudios de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, ps. 798 y ss.

(65) Ver, BARRA, Rodolfo Carlos, "El ordenamiento institucional de los derechos humanos", en el libro *Temas de Derecho Público*, RAP, Buenos Aires, 2008, p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

(66) ALEXY, Robert, "Teoría de la argumentación jurídica", trad. del alemán, Palestra, Lima, 2007, ps. 458 y ss.

(67) Véase: FINNIS, John, "Ley natural...", ob. cit. p. 251, atribuye carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos también cabe admitir que el derecho legítima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej. Las Convenciones de Ginebra).

(68) Ver VANOSI, Jorge Reinaldo, "Teoría constitucional", Depalma, Buenos Aires, 1976, T. II, p. 3 y ss., distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos o bien, establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (op. cit., p. 4).

(69) Vid. SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Los principios en el Derecho Administrativo", Diké, Mendoza, 2000, ps. 41 y ss.

(70) El realismo moderado, de raíz aristotélico tomista, aunque postula la independencia de las cosas de las ideas (unificando el mundo sensible con el inteligible) acepta, a diferencia del nominalismo, la categoría de los universales. En la actualidad, algunos juristas suelen ser nominalistas inconscientes, como los neopositivistas; ampliar en FERRATER MORA, José, "Diccionario de Filosofía", Ariel Filosofía, Barcelona, 1994, T. III, p. 2575 y ss., y T. IV, ps. 3603 y ss.

Sin embargo, no obstante, el auge que tuvieron las corrientes iusnaturalistas durante el siglo pasado (72), incluso las más complejas y abarcativas como el trialismo (una especie de iusnaturalismo actualizado), ellas se enfrentan con otras teorías que se desarrollan en un ámbito caracterizado por una notable diversidad en el que desfilan desde concepciones positivistas hasta metapositivistas y eclécticas (73) o bien, transpositivistas (74).

Con todo, las clasificaciones apuntadas no deben llevarnos a confundir las cosas porque muchos de los principios generales provenientes del iusnaturalismo clásico o aún del racionalista, han pasado al derecho positivo a través de su incorporación a la Constitución y a la ley (formal y material) o mediante su recepción generalizada por vía de la jurisprudencia. Esta recepción no implica diluir la jerarquía que poseen los principios generales del derecho como fuente del ordenamiento, se encuentren o no positivizados.

Llevados al plano de los poderes, los principios constituyen el fundamento de los derechos o garantías que facultan a los particulares a invocarlos en los procesos judiciales y obtener así la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas subjetivas. En suma, constituyen límites al ejercicio del poder arbitrario por parte del Estado (75).

El renacimiento de los principios en el Estado de Derecho contemporáneo, implica reconocer, como se ha visto, que ha habido, en forma consciente o inconsciente, una huida masiva del positivismo (76) y de las técnicas puramente deductivas de interpretación de las normas y, por más que algunos sigan postulando una concepción estrictamente positivista del derecho, lo cierto es que, los principios de la justicia, o si se quiere aquellos basados en la ley natural, han socavado los cimientos de la pirámide Kelseniana, ya que ellos existen, se desarrollan y se aplican con independencia de las normas positivas (77). Más aún, muchas veces los principios generales representan un freno que cumple la función de garantizar los derechos de los particulares frente a los abusos en que suelen incurrir las leyes o reglamentos administrativos.

En cierto modo, el derecho administrativo puede describirse partiendo de una cadena formada por principios generales que se encuentran en la base del sistema jurídico, inspiran sus normas e informan su contenido permitiendo concretar, en caso de lagunas,

(71) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, T. I, 4ª ed., afirma que "si el Consejo de Estado francés invoca y aplica 'los principios generales del derecho' es porque estos existen" (op. cit., p. 282).

(72) SARMIENTO GARCÍA, Jorge, "Los principios en el Derecho Administrativo", ob. cit., ps. 25-26.

(73) VIGO, Rodolfo L. (h.), "Los principios generales del derecho", JA 1986-III, 860, señala que en el escenario doctrinario hay cinco corrientes: la positivista, que sostiene que no hay principios fuera del derecho positivo; la historicista, que encuentra el fundamento de los principios generales en un derecho pretérito; la científicista, que sólo tiene en cuenta su elaboración por la ciencia jurídica; la metapositivista, que fundamenta el contenido de los principios fuera del derecho positivo y, por último, la ecléctica, que armoniza las distintas posturas.

(74) COVIELLO, Pedro J. J., "Los principios generales del derecho...", ob. cit., ps. 1088 y ss.

(75) Vid.: BALBÍN, Carlos F., "Curso de Derecho Administrativo", La Ley, Buenos Aires, 2007, T. I, p. 252, con cita de un trabajo nuestro anterior Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, ps. 47 y ss.

(76) Una fuerte reacción contra el positivismo legalista en Uruguay en el campo del derecho administrativo puede verse en MARTINS, Daniel Hugo, "Introducción al Derecho Administrativo", FCU, Montevideo, 1982, ps. 15 y ss.

(77) Véase SILVA TAMAYO, Gustavo, "Desviación de

la obra legislativa (78). Pero no existe, en realidad, un dualismo entre Derecho Natural y Derecho Positivo, sino más bien que el primero sufre un proceso de conversión jurídica por su incorporación a fórmulas técnicas que se configuran tópicamente en función de los problemas. Precisamente, esta conversión de los preceptos del derecho natural en criterios técnicos y tecnicificables es lo que se expresa en el concepto de "principios generales del Derecho" (79).

La característica de principalidad que poseen los principios en el mundo del derecho plantea una serie de problemas que van desde su articulación con el derecho positivo, la dimensión de peso o importancia que cabe asignarles a cada uno de ellos, en su aplicación recíproca, hasta el desarrollo de nuevos principios, como producto de las exigencias de una justicia que funciona en el marco de la cambiante realidad social.

Ese dinamismo potencial, que es propio de los principios generales del derecho, corre parejo con las peculiaridades del derecho administrativo como derecho en formación, que siempre se encuentra de cara a un proceso de adaptación a la realidad sobre la que elabora soluciones frecuentemente asistémicas (80).

Y, curiosamente, esa elasticidad que muchos llegaron a predicar del derecho positivo, cuya potencia normativa se consideraba prácticamente interminable, es la que cabe reconocer a los principios generales del derecho. Pero hay que advertir que esa aptitud para expandirse no lleva en sí la idea de cambio constante, sino la de su permanencia, como base de las instituciones fundamentales del derecho público, no obstante, su adaptación a una realidad en continuo movimiento.

Esto se ve claro en la evolución que se ha operado en el derecho administrativo francés y es lo que llevó a Rivero a sostener que el Consejo de Estado, consciente de que la seguridad jurídica no podía hallarse sino en la continuidad del derecho, "ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla pese a los cambios políticos y a sus repercusiones legislativas: afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes" (81).

Frente a esta problemática, la función del juez desempeña el papel de mantener el equilibrio social a través de las diferentes

poder y abuso de derecho", LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 29.

(78) ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, "Los principios generales del Derecho como fuente del derecho administrativo", Astrea, Buenos Aires, 1972, p. 29.

(79) GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho", Civitas, Madrid, 1984, p. 63, agrega que: "La sustantividad de éstos, paralela a la propia sustantividad de la técnica jurídica, se manifiesta por de pronto en un hecho elemental, y es que no todos ellos son concreción de ese Derecho natural o superior, sino que éste sólo informa una parte de ellos, siendo los otros expresión del orden político concreto, y otros, en fin, y no de los menos importantes, de carácter institucional o estrictamente técnico, aunque éstos vienen a encerrar frecuentemente, todos los anteriores..." (op. cit., ps. 63-34). Entre nosotros, se ha sostenido también que el derecho natural y el derecho positivo no constituyen ordenamientos separados y que los principios generales del derecho se desprenden de la ley natural, de la cual se extraen por medio de la acción práctica: cfr. ROQUEL, Rodolfo, "Introducción a la teoría general del derecho administrativo", Dunken, Buenos Aires, 2004, p. 88.

(80) Como lo ha puesto de relieve GORDILLO, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", FDA, Buenos Aires, 1995, T. I, p. V-10.

(81) RIVERO, Jean, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo", RAP no. 6, INAP, Madrid, 1951, p. 293.

formas de justicia (82), cuya realización se alcanza utilizando el mayor margen de libertad que le permite la recurrencia a los principios generales del derecho, incluso para construir nuevas soluciones jurídicas no previstas en el ordenamiento (83).

Ahora bien, los principios, en los ordenamientos modernos, tienden a positivarse y esto acontece con la mayoría de las instituciones del derecho administrativo que encuentran su directo fundamento, en la Constitución Nacional, la cual constituye la fuente primaria de gran parte de los principios generales que integran el derecho administrativo. En tal sentido, si bien como en su momento lo advirtió Kaufmann —tras la caída del nazismo— junto al renacimiento del derecho natural sucedió un movimiento regresivo que se refugió en un formalismo y un funcionalismo vacíos de contenido (84), lo cierto es que, en la actualidad, tanto la aplicación de los principios generales positivizados como de los no positivizados, han adquirido una importancia desconocida en épocas anteriores en virtud del papel creativo que ha asumido la jurisprudencia inspirada, generalmente, en la doctrina de los juristas.

IV. El Estado de Derecho Constitucional y los distintos neoconstitucionalismos

La segunda de las grandes tendencias actuales del Derecho Público está conformada por el fenómeno del neoconstitucionalismo o nuevo constitucionalismo donde las cosas se complican por una serie de razones que expondremos a continuación.

Se habla de la inercia que supone la admisión a los cambios, máxime cuando ellos se gestan tras el extraordinario desarrollo dogmático efectuado por los grandes constitucionalistas que construyeron el edificio del Estado de Derecho, sobre todo cuando los cambios están en proceso de realización (85). Los criterios focales que se utilizan varían en función de la orientación que les marca la filosofía del derecho (86), por un lado, y la dogmática constitucional, por el otro, y dentro de cada postura se han desarrollado distintas concepciones.

A su vez, resulta evidente que el paso de la concepción histórica del Estado de Dere-

cho Legal hacia el Estado de Derecho Constitucional ha sido un proceso evolutivo en el que se fueron superponiendo, como lo ha advertido la doctrina alemana, una serie de capas geológicas que no llegan a suplantar los principios clásicos del Estado de Derecho (87). En realidad, hay un contenido básico y común que se adapta a las nuevas realidades políticas, económicas y sociales, pero su configuración mantiene siempre como objetivos la defensa de las libertades (88), la seguridad (89) individual y colectiva, la paz interior y exterior (90), y la protección de la propiedad, junto al reconocimiento de los demás derechos fundamentales o humanos, como fines del ordenamiento constitucional.

En el marco de los caminos abiertos por la dogmática constitucional, aparecen dos modalidades principales, que se nutren de diferentes fundamentos.

El primero, configura el llamado Estado de Derecho Constitucional y no es otra cosa que la regulación de la democracia por la Constitución, cuyas “...líneas maestras se mantienen incommovibles: la Constitución como forma de limitación del poder en beneficio de la libertad de los ciudadanos, de la igualdad de todos en esa libertad”, la separación de poderes, la supremacía constitucional, el reconocimiento de los derechos fundamentales o humanos, la periodicidad en el ejercicio de los poderes Ejecutivo y Legislativo, la independencia del Poder Judicial y el control de constitucionalidad por parte de los jueces (91).

Aun cuando esta clase de nuevo constitucionalismo potencia el poder de los jueces en el control de constitucionalidad, esa circunstancia no los autoriza a salirse de la Constitución ni a convertirse en legisladores o administradores de la cosa pública, pues el principio de separación de poderes, rectamente interpretado, no admite tales excesos o desviaciones de poder (92), susceptibles de corregirse siempre a través del control judicial.

El segundo de los neoconstitucionalismos implica la deformación del Estado de Derecho y de la Constitución, en un sentido tanto formal como material, en cuanto “...hace prevalecer el poder sobre el control, la uni-

dad de acción estatal sobre la división de poderes, el entendimiento “político” de la democracia sobre su entendimiento “jurídico”, la democracia directa “plebiscitaria”, sobre la indirecta representativa (93), la voluntad política sobre las leyes, y en fin, el Estado decisionista sobre el Estado de Derecho” (94). Es, por tanto, un falso constitucionalismo (95) o “anticonstitucionalismo”, que poco tiene que ver con el verdadero y auténtico constitucionalismo (96), cuyos riesgos para la democracia han sido denunciados por autorizada doctrina (97).

Por cierto, que, con abstracción del origen europeo o americano, en el campo de los partidarios de la distinción, que adhieren a la verdadera concepción del Estado de Derecho Constitucional (98), se ubican tanto algunos positivistas incluyentes (que admiten la moral como ingrediente del derecho) como los iusnaturalistas (ya sean los clásicos o los modernos de la Nueva Escuela del Derecho Natural) (99).

Desde esta visión, el aspecto relevante que corresponde remarcar, como condición central del Estado de Derecho Constitucional, es el principio de supremacía proveniente del modelo de Estado de Derecho adoptado por la Constitución de los Estados Unidos de América (100). Este principio, adoptado en todo el continente americano (101) y trasladado más tarde al derecho continental europeo, contribuyó de un modo decisivo al abandono del legiscentrismo, es decir, de la concepción histórica de la ley fundada, entre otras cosas, en la omnipotencia y supremacía del legislador. Por ese motivo, cuando se habla del paso del Estado de Derecho Legal al Estado de Derecho Constitucional hay que tener presente que, en los comienzos del desarrollo del derecho público comparado, coexistían dos concepciones distintas y que en el continente americano nunca dejó de regir la supremacía constitucional, no obstante la tendencia que consideraba que ciertos preceptos constitucionales y los derechos y principios declarados en los Preámbulos constitucionales poseían naturaleza programática y no operativa.

Entre las concepciones actuales acerca del Estado de Derecho Constitucional se ha sostenido que, mientras su dimensión objetiva apunta a mantener un modelo estatal vincu-

lado principalmente a la observancia de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, su dimensión subjetiva impregna por entero al Derecho Administrativo en cuanto predica que todos los poderes públicos se hallan vinculados con los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (102).

Se ha dicho que “esta es la característica más destacada de la evolución del Estado de Derecho bajo la vigencia de la Constitución” en cuanto “...responde a las exigencias más elementales del ser humano, como son las necesidades de nacionalidad, respecto y certidumbre” y que “...lo hace de la mano de los principios derivados de los derechos fundamentales de proporcionalidad, igualdad y seguridad jurídica” (103). Se opera, de ese modo, una conjugación entre el principialismo y los derechos fundamentales en la realidad del Estado de Derecho Constitucional. Tal es el sentido auténtico que debe orientar al nuevo constitucionalismo basado en la legitimidad democrática y en el principialismo (104).

Como consecuencia de ese proceso histórico-político las Constituciones sancionadas en Europa a partir de la finalización de la segunda guerra mundial, así como su doctrina y jurisprudencia, reconocieron, en forma expresa o implícita, el carácter de norma suprema que revestía la Constitución y, consecuentemente, el carácter operativo (en ocasiones con operatividad derivada y limitada a las posibilidades financieras de los Estados) de sus prescripciones, lo que terminó unificando los sistemas comparados de los países de América y Europa, pasando la Constitución a ser la “suma regla” (105), en forma generalizada.

V. La llamada constitucionalización del ordenamiento

Con la expresión constitucionalización del ordenamiento no parece aludirse a nada realmente nuevo. En tal sentido, siempre se sostuvo, en el plano de la dogmática constitucional, la supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento público o privado. Pero, nada se opone tampoco a su moderna utilización. En realidad, al menos en el derecho administrativo argentino clásico (106), la mayoría de la doctrina comenzó remarcando la tesis de que encabezamiento

(82) En el derecho público, donde predominan la justicia legal y la distributiva, existen también intercambios voluntarios que crean relaciones regidas por la justicia conmutativa (Cfr. nuestro trabajo: “Cuestiones de Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1987, p. 83).

(83) El ordenamiento se halla constituido no sólo por las normas sino también por los principios generales del derecho. La admisión de los principios generales como fuente del derecho rompe la estatización del derecho que se pretendió asegurar con el dogma de la completividad del ordenamiento. Además de lo dicho en el texto la distinción entre norma y principio se apoya —según Dworkin— en que estos tienen una dimensión que no poseen aquellas: la de peso o importancia. Al respecto, señala este autor que: “Cuando los principios se interfieren (la política de protección de los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo) quien debe resolver el conflicto debe tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una medición exacta y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido, que importancia o que peso tiene” (DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio”, Ariel, Barcelona, 1989, p. 78).

(84) KAUFMANN, Arthur, “La filosofía del derecho...”, ob. cit., especialmente p. 13.

(85) Aspecto destacado por MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo y Público General”, Madrid, 2006, T. I, lustel, 2ª ed., p. 322 y ss., señalando como fuente de esa opinión a Zagrebelsky.

(86) Ampliar en VIGO, Rodolfo Luis, “Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias”,

Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2015, ps. 13 y ss.

(87) VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Estado de Derecho”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, 4ª edición actualizada y ampliada, quien formula desde su prólogo una crítica certera al llamado Estado de Benefactor, una deformación del Estado de Derecho que termina siendo “un catálogo de ilusiones” (op. cit., p. VII y ss.).

(88) ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero: ‘Neoconstitucionalismo’, ‘Garantismo’ y Aplicación Judicial de la Constitución, en *Cuestiones Constitucionales*, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, N° 29, julio-diciembre, 2013, ps. 5 y ss.

(89) ISENSEE, Josef, “Justicia, Libertad y Seguridad”, trad. de Juan Carlos Gemignani de la edición alemana, Marcial Pons, Buenos Aires, 2020, ps. 21 y ss.

(90) Últimamente se propugna una teoría universal sobre el constitucionalismo basado en la cultura de la paz, véase: HÄBERLE, Peter, “Sobre el principio de la paz. La ‘cultura de la paz’”. El tópic de la teoría constitucional universal, trad. del alemán, presentación de Raúl Gustavo Ferreyra, UNAM-EDIAR, Buenos Aires, 2021, ps. 5 y ss.

(91) En una orientación similar, véase: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo”, La Ley, Montevideo, 2012, especialmente ps. 30 y ss.

(92) Vid. y ampliar en el lúcido ensayo de BIANCHI, Alberto B., “La separación de poderes”. Un estudio desde el Derecho Comparado, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2019, ps. 23 y ss. Para este autor, más que de una teoría, se trata de una doctrina que, en sus distintos modelos, presenta la nota común de articular un sistema de gobierno de poderes limitados (op. cit., p. 399).

(93) Sobre las tensiones de la democracia represen-

tativa y las formas directas (deliberativa y participativa, véase el excelente trabajo de DALLA VÍA, Alberto Ricardo, “La democracia directa: entre la utopía y la anarquía”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Dir. Alfonso Santiago, publicación del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, La Ley, Buenos Aires, 2020, ps. 71 y ss.

(94) ARAGÓN REYES, Manuel, “Dos problemas falsos y uno verdadero...”, ob. cit., p. 6.

(95) *Ibidem*, p. 6.

(96) Con distinta fundamentación, puede verse la crítica al falso neoconstitucionalismo desde la óptica de un administrativista: RODRÍGUEZ, R., “Libardo, Reflexiones sobre el neoconstitucionalismo”, en particular frente al derecho administrativo, RDA, 2017-111.

(97) Ver VIGO, Rodolfo Luis, “Constitucionalizaciones y neoconstitucionalismo: algunos riesgos y algunas prevenciones”, *Infojus*, 2015, punto 5, ps. 503 y ss.

(98) Es la tendencia predominante en el ámbito de la dogmática comparada del Derecho Público, aunque sin apoyo en las raíces y concepciones de la filosofía del Derecho. Una excepción a esta falencia se advierte en el artículo publicado por nuestro colega SÁENZ, Jorge A., “Principios Generales del Procedimiento Administrativo”, en la obra colectiva *Procedimiento Administrativo*, La Ley, 2012, T. I, 1ª ed., p. 325, en línea similar a las posturas que sostenemos desde hace años sobre el principialismo.

(99) Así suele denominarse al movimiento iusfilosófico del iusnaturalismo moderno, encabezado por John Finnis.

(100) La trascendencia y consecuencias dogmáticas del principio de supremacía constitucional ha sido subrayada en la obra de LAPLACETTE, Carlos José, “Tutela judicial de la Supremacía Constitucionalidad. Anatomía

del control constitucional difuso”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2016, ps. 15 y ss.

(101) Art. 31 Constitución Argentina; Art. 4ª Constitución de Colombia; art. 133 Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; art. 51 Constitución Peruana; todas las cuales abrevan en la Constitución de los EE.UU. (art. VI).

(102) SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría del Derecho Administrativo” en la obra *Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo*, (Editor Javier Barnes, Global Press-INAP, Sevilla, 2012, 2ª ed., ps. 59-64).

(103) *Ibidem*, ps. 60-61.

(104) En sentido contrario: FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantístico” en el libro *Debate sobre el constitucionalismo*, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 11 y ss. La postura de Ferrajoli traduce una férrea adhesión al positivismo Kelseniano y ha sido rechazada en su propio país, incluso por algunos de sus discípulos y parece haber quedado aislada del movimiento constitucional moderno y ius filosófico. Lo ha rebatido, con razones de peso, ATIENZA, Manuel en su trabajo “Dos versiones...”, ob. cit., p. 69 y ss. y BARBERIS, Mauro, “Ferrajoli o el neoconstitucionalismo no tomado en serio en un debate sobre el constitucionalismo”, ob. cit., ps. 85 y ss.

(105) Expresión empleada en la doctrina argentina, cfr. FERREYRA, Raúl Gustavo, “Fundamentos...”, ob. cit., p. 396; vid. también, especialmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional”, Civitas, Madrid, 1982, 2ª ed., ps. 55 y ss.

(106) MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, T. I, 4ª ed. actualizada, p. 162.

de los capítulos del derecho administrativo se encontraba en la Constitución, de conformidad con el pensamiento expuesto por Alberdi, al difundir la conocida frase de Pellegrino Rossi.

De esa manera, la consagración del Estado de Derecho Constitucional ha generado una serie de efectos que se proyectan al control judicial de constitucionalidad, entre los que se destacan:

1. La efectividad que asume la supremacía de la Constitución como técnica jurídica ideada para asegurar que las autoridades cumplan la Ley Fundamental y no excedan sus límites (107), cuyas normas, principios y derechos dejan de considerarse programáticas para ser operativas o, en algunos casos, con operatividad derivada;

2. El surgimiento de los principios generales con prevalencia sobre las leyes o informando, como mínimo, al ordenamiento jurídico;

3. La potenciación del papel del juez en la realización de esos principios generales, a raíz de que deben interpretar y aplicar mandatos vinculantes carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas. En este plano, si bien, los jueces no se hallan habilitados a sustituir la ley ni tampoco a transformarse en legisladores, se encuentran obligados a fallar en los supuestos de carencias o lagunas regulatorias. A tal fin, se acude a la técnica de la analogía junto al juicio de proporcionalidad impuesto por la necesidad de justificar racionalmente la decisión.

Esto no implica una objeción hacia el legislador civil cuando, por ejemplo, acrecienta la inserción en el CCCN del principio general de la buena fe (108), en la medida que la tarea interpretativa de los jueces se lleve a cabo con arreglo al meta principio constitucional de razonabilidad —comprensivo de la proporcionalidad— que, excluye toda arbitrariedad o abuso interpretativo. En muchos casos, los jueces, al aplicar los principios generales para resolver las carencias regulatorias, acuden a la técnica de la ponderación, en lugar de la subsunción que, ante la ausencia o ambigüedad de la norma, se convierte en un callejón sin salida. Esto ocurre porque aun siendo los principios reglas del derecho —al igual que las normas— los principios “requieren de la técnica racional de la ponderación” (109).

Esa práctica es precisamente la que acontece en el escenario jurisdiccional, producto de la pandemia de la COVID-19, en el cual se torna imperioso armonizar las restricciones justificadas por el Estado de Necesidad con el principio de proporcionalidad, que exige ponderar la adecuación o idoneidad (110), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (111).

(107) Cfr. LAPLACETTE, Carlos José, “Tutela judicial de la Supremacía...”, ob. cit., ps. 15 y ss., considera que las formas de supremacía o jerarquía pueden reducirse a dos: a) la lógica o formal, en cuanto a toda norma que regula la creación de otras ha de considerarse superior y; b) material, en cuanto prevalece por su contenido sobre otra en caso de conflicto, ya sea por la propia materialidad del precepto o por el valor axiológico que le asigne el intérprete (op. cit., ps. 16-17).

(108) Véase la crítica de RIVERA, Julio César, “Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia”, La Ley, diario del 11/11/2020, p. 4, que, por las razones que damos en el texto, no compartimos.

(109) Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, “Derecho y moral (razón práctica): conexiones...”, ob. cit. p. 3.

(110) En la última parte del Considerando 6º de la disidencia del Juez Lorenzetti en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de fecha 4/05/2021, se reflejan

VI. Hacia el Estado Subsidiario

En el plano de la teoría política, con sus avances y retrocesos, el contenido del Estado de Derecho se ha ensanchado con los aportes provenientes de sucesivas tipologías: Estado Social y Democrático y Estado de Bienestar. En el modelo de Estado que propicia la doctrina europea actual, la concepción del Estado Regulador y Garante (112), representa la recepción del principio de subsidiariedad (113), con similar contenido dogmático al que hemos venido sustentando bajo el nombre de Estado Subsidiario, cuyas raíces se encuentran en la Doctrina Social de la Iglesia (114), interpretación que se apoya también en textos de nuestra Carta Magna, conforme a los arts. 14, 19 y 28 de la CN (115).

En esta concepción, el principio de subsidiariedad se erige como regla central de la actuación del Estado, en cuanto permite la plena concreción de los esfuerzos y capacidades de las personas y grupos intermedios de la sociedad, cuyas iniciativas resultan ser las más adecuadas y eficientes para la satisfacción de las necesidades humanas, tanto individuales como colectivas (116).

Este principio ha sido recogido recientemente en el Protocolo 15 del Convenio Europeo, si bien con una regulación que circunscribe la subsidiariedad a las relaciones con los Estados integrantes de la Unión Europea, es decir, a la llamada subsidiariedad territorial y no horizontal (117).

Como es sabido, la subsidiariedad tiene dos perfiles. Uno fundamental (la faz pasiva) que veda la injerencia del Estado en todas aquellas actividades que puedan llevar a cabo las personas privadas o las comunidades menores (privadas o públicas) y otro, que hace a la función de suplencia que debe cumplir el Estado de cara a la insuficiencia de la actividad privada o de las comunidades públicas menores al Estado, especialmente en el ámbito territorial, porque, como indica la razón de ser de la descentralización, se administra mejor cerca de los ciudadanos y empresas.

La vigencia y aplicación de la regla de la subsidiariedad reviste una condición fundamental y necesaria en el combate contra la pandemia (tal como ha ocurrido y está ocurriendo en los Estados Unidos de Norteamérica). De lo contrario, si todas las acciones de protección de la salud se dejan en manos exclusivas del Estado crecerá seguramente la ineficiencia, generándose un ambiente propicio a la politización y, en algunos casos, a corruptelas entre gobernantes y empresarios.

En prieta síntesis, el axioma que representa el principio de subsidiariedad puede expresarse de este modo: tanta libertad como sea posible y tanto Estado como sea necesari-

amente los subprincipios de necesidad y de idoneidad al señalar que “... quien pretenda restringir el derecho tiene la obligación de buscar primero los medios alternativos que puedan existir para evitar esa restricción pues, constituye una regla esencial del sistema, que cualquier limitación a los derechos fundamentales debe ponderar el criterio disponible para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad perseguida (vgr. art. 1713 Código Civil y Comercial de la Nación)”.

(111) Cfr. Nuestro trabajo “El principio de razonabilidad y la interdicción de arbitrariedad”, La Ley 25/09/2020, 1, TR LALEY AR/DOC/2959/2020.

(112) Ampliar en nuestro “Derecho Administrativo y Derecho Público General”, Ed. BdeF, Buenos Aires, 2020, ps. 121 y ss.

(113) COVIELLO, Pedro J. J., “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”, en Estudios de Derecho Administrativo en homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, ps. 22-24.

rio (118). Hay pues, una equivalencia de fines entre el Estado Regulador y Garante y Estado Subsidiario.

VII. Principales características y proyecciones jurídicas del Estado Regulador y Garante

Lo primero que se observa es la transferencia de la gestión de cometidos públicos a los particulares en una proyección nunca vista en los siglos anteriores ya que, en algunos casos, hasta se ha operado la transferencia de la titularidad y dominio del servicio. Al contrario de lo que algunos han supuesto, ello no debería provocar un debilitamiento de las funciones del Estado ni una completa absorción de esas actividades por el derecho privado porque si bien se tiende a que el Estado adelgace su planta de personal, está forzado a intervenir y regular esas actividades de interés público en su condición de principal responsable y orientador del bien común.

De esa manera, el mayor protagonismo de la sociedad conduce a la adopción de nuevas técnicas (aunque muchas de ellas estuvieron vigentes en otros períodos de la historia del derecho público) entre las que destacan la autorregulación (también sujeta al control regulatorio) junto al surgimiento del contrato como fuente de la regulación de determinados sectores de la industria o comercio.

Al propio tiempo, la regulación en competencia supera el antiguo modelo de la regulación de monopolios y procura reconstruir los mercados para favorecer la competitividad y la calidad de las prestaciones destacándose la función de controlar los precios en las relaciones y transferencias entre los sectores privados que actúan en regímenes de interconexión de servicios en red. La segmentación o fragmentación de los mercados y los mecanismos de rendición de cuentas que establecen las diferentes regulaciones están en línea con el objetivo de promover una competencia más libre, sin prácticas abusivas ni poderes dominantes.

A estas técnicas se adiciona la tendencia a sustituir el clásico régimen de las autorizaciones administrativas por meras comunicaciones sujetas al control de los entes reguladores, la mejora en los sistemas de acceso a la información pública, la protección y control de datos y el establecimiento de mecanismos que estimulan la participación pública previa a las decisiones que adoptan los reguladores.

En este aspecto, el procedimiento de audiencias públicas —proveniente del derecho norteamericano— como único y exclusivo sistema de participación de los usuarios en forma previa a la adopción de las decisiones de los entes reguladores suele prestarse —al menos en nuestro país—

(114) Principio especialmente desarrollado a partir de la *Encíclica Quadragesimo Anno*.

(115) Así lo sostenemos en el *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2018, T. I, 12ª ed. actualizada, p. 48, nota 147 y sus citas. Ver también, BARRA, Rodolfo Carlos, “Principios de Derechos Administrativo”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1980, ps. 35 y ss.

(116) En este sentido concordante se ha dicho en un fallo de la Corte que el “Estado no puede sustituir a las personas en las decisiones correspondientes a su esfera individual (disidencia del Juez Ricardo Luis Lorenzetti en el fallo “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” de 4/05/2021, Considerando 2º, párrafo segundo).

(117) Ver, al respecto: VIGNOLO CUEVA, Orlando, “La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal”, Ed. Palestra, Lima, ps. 43 y ss.

(118) Cfr. MESSNER, Johannes, “La cuestión social”, trad. del alemán, ed. RIALP, Madrid, 1976, 2ª ed., ps. 543 y ss.

para fines estrictamente políticos o de hegemonía de los sindicatos, trastocando la finalidad del propio sistema que necesita conocer la opinión de los usuarios de los respectivos servicios. Por esta causa, pese a que, en Argentina, sectores doctrinarios y jurisprudenciales han considerado que la audiencia pública constituye un requisito constitucional (haciéndole decir a la Constitución algo que no prescribe) es de esperar que la evolución futura del sistema permita reemplazar esa exigencia por otras de mayor eficacia y menores riesgos de politización, como son las consultas o encuestas diseñadas por los reguladores.

A su turno, el tema de la revisión judicial de las decisiones de los entes reguladores resulta una exigencia obligatoria en aquellos sistemas como el argentino o el español (119), denominados judicialistas puros, en los que no cabe admitir que las decisiones de los reguladores no sean susceptibles de ser revisadas por la justicia, superando incluso los límites a la revisión judicial que imponía la doctrina del *ultra vires* (120), que circunscribe la revisión al exceso o no de la competencia o poderes expresamente regulados por el ordenamiento.

Desde luego que ello demanda, en virtud de la necesidad de garantizar los derechos de los particulares, que esas funciones jurisdiccionales limitadas que ejercen los reguladores sean adjudicadas a órganos dotados de una especial idoneidad que, además, deben gozar de garantías de independencia e imparcialidad (121).

Al concluir este resumido panorama sobre el nuevo modelo del denominado Estado Subsidiario (Regulador y Garante) cabe reiterar que el mismo no implica abdicar de los principios que nutren al Estado de Derecho ni tampoco de los fines que perseguía el Estado prestacional. Se trata de un cambio instrumental acerca del papel del Estado y de la Sociedad en la regulación de los intereses generales que hacen al bien común.

Por otra parte, como la realidad siempre termina por suplantar a las conjeturas de los juristas e ideólogos, el nuevo modelo, antes que provocar una declinación del derecho público, ha producido y continúa produciendo una extensión objetiva (122) y subjetiva (123) de este derecho a los particulares de considerable magnitud, lo que conduce a reformular algunas de las concepciones tradicionales del derecho administrativo para adaptarlas a esa realidad.

En ese sentido, el nuevo modelo de Estado Regulador y Garante (124), encaja en lo que se ha llamado el nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo, que representa un sistema de superior jerarquía, al que debe también adaptarse.

(119) MUÑOZ MACHADO, Santiago, “Tratado...”, ob. cit., p. 261.

(120) ESTEVE PARDO, José, “La nueva relación...”, ob. cit., ps. 150 y ss.

(121) PERRINO, Pablo Esteban, “Entes reguladores, calidad institucional y desarrollo de infraestructura pública”, RAP Nº 406, Buenos Aires, ps. 75 y ss.

(122) ESTEVE PARDO, José, “La nueva relación...”, ob. cit., ps. 150 y ss.

(123) *Ibidem*, ps. 156 y ss.

(124) Véase: FERREYRA, Raúl Gustavo, “Epílogo. Escritos abiertos sobre Derecho y Constitución”, en el libro *Garantismo. A veinte años de Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, coordinado por Enrique Javier Morales, Buenos Aires, 2022, 1ª ed., p. 453 y ss.; ha dicho este autor que “Las garantías son los mecanismos distinguidos, quizás los que mayor amplitud poseen para procesar las pretensiones de vigencia de las normas de la Constitución...” siendo “procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa, la concreta posibilidad de su realización integral” (op. cit., p. 471).

En esa línea garantística, la supremacía que han adquirido los principios generales del derecho sobre las normas positivas no puede soslayarse habida cuenta que resultan mandatos vinculantes cuya observancia obligatoria abarca a todos los protagonistas de la regulación económica. Es una batalla contra el positivismo legalista (125) que, aunque parece darse solo en el campo de la filosofía del derecho, se reproduce con real intensidad en el ámbito de la actividad regulatoria de la Administración.

VIII. Epílogo

El derecho no constituye una realidad estática sino dinámica y adaptable a las circunstancias históricas, sociales y económicas, pero ello no justifica alterar la esencia ni los fines, normas y principios de la Constitución. En ese escenario, el Estado de Derecho Constitucional constituye un freno legítimo

y opuesto al denominado falso neoconstitucionalismo, que sustituye la voluntad del constituyente por las convicciones ideológicas de los jueces y el decisionismo de los legisladores.

El fenómeno jurídico no es como lo quisiéramos ver sino como realmente es y no se puede ignorar que la evolución ha terminado por reconocer que los principios generales del derecho y, sobre todo, los principios incorporados positivamente a la Constitución prevalecen en los ordenamientos público y privado (126).

La supremacía constitucional (127), la separación e independencia de los poderes y los principios que integran el bloque de legitimidad del Estado de Derecho y, especialmente, el principio de subsidiariedad, que anida en el Estado Regulador y Garante, constituyen principios que son la clave de

bóveda del edificio de la democracia representativa (arts. 1º y 22, CN) (128), que resulta imprescindible preservar para mantener la dignidad de las personas, cualquiera fuera su condición política, económica o social.

Ese Estado Subsidiario tiene por finalidad perseguir el bien común mediante los mecanismos que ponen en funcionamiento la asignación de las competencias establecidas en la Constitución. No esta demás, reiterar que este modelo de Estado debe orientarse a procurar la realización de sus objetivos, preservando incólumes la libertad, la igualdad y la propiedad de las personas, verdaderos fines centrales del derecho, principalmente de los derechos Constitucional y Administrativo, pero también aplicables al derecho privado, junto a la realización armónica de los nuevos derechos sociales y colectivos en el contexto de una justicia social sustentable, regida por el principio de subsidiariedad.

En definitiva, el principalismo no se identifica totalmente con el neoconstitucionalismo en sentido amplio.

La realización de los fines del Estado, en el marco de la ejecución práctica del derecho (cuya dimensión moral es indiscutible) (129), lejos de llevarse a cabo mediante los postulados teóricos del positivismo (ni del garantismo constitucionalista positivo que pretende sucederlo) (130) se concreta a través del principalismo.

Y si bien este último solapa al nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalismo no llega a identificarse con él y, sobre todo, no se confunde con el falso neoconstitucionalismo que promueve la aniquilación de la democracia representativa y la configuración del Estado Populista.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1929/2022

(125) Tema que abordamos en nuestro libro "Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)", Reus, Madrid, 2016, ps. 52 y ss.

(126) Véase: DALLA VÍA, Alberto R., "La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado". SJA 17/06/2015, TR LALEY AR/DOC/4878/2015, punto III, expresa sus reservas en punto al término y la necesidad de evitar mal entendidos, teniendo en cuenta que la expresión nace en el llamado neoconstitucionalismo. Aunque, sin hacer la disección entre el verdadero y el falso, su posición resulta afín a la de Aragón Reyes.

(127) El retraso del derecho europeo en reconocer la supremacía constitucional obedeció, entre otras causas, a la influencia doctrinaria de la obra de Lasalle, a través de la difusión de la conocida conferencia que pronunció en Berlín en 1862 "Sobre la esencia de la Constitución", en la que definía a la Constitución como una "mera hoja de papel", sosteniendo que en realidad impone reconocer el sustrato efectivo de poder que subyace en las declaraciones formales. Como se ha señalado, se trata de un reduccionismo "...que la izquierda va a mantener a través de las formulaciones marxistas..." (Cfr. GARCÍA DE ENTRERRÍA, Eduardo, "La Constitución como norma...",

ob. cit., p. 130).

(128) Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido su compatibilidad con la llamada democracia deliberativa, al menos en materia de participación de los usuarios en los organismos de control de los servicios públicos; al respecto puede verse SAGÜÉS, Néstor Pedro, "Alternativas de encuentro en el escenario de la democracia deliberativa", en Academias. Conocimiento y Sociedad, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, ps. 141 y ss.

(129) Se ha dicho que la filosofía jurídica actual, tanto la proveniente de autores que se apoyan en Kant (como

Alexy, Atienza, Nino, etc.) como los que se basan en Aristóteles y Tomás de Aquino (como Finnis, Viola, Ollero y Vigo postulan "que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental" (Cfr. VIGO, Rodolfo Luis, "La reconciliación...", ob. cit., p. 71 y ss.).

(130) Vid FERRAJOLI, Luigi, "Constitucionalismo principalista...", ob. cit., en el libro *Un debate sobre el constitucionalismo...*, ob. cit., ps. 11-50.

Maternidad subrogada internacional: ¿un "Cuento de la criada" global? (*)



Carlos Martínez de Aguirre Aldaz



Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

SUMARIO: I. Introducción y planteamiento general.— II. Maternidad subrogada internacional: datos y contratos.— III. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad subrogada.— IV. Algunas iniciativas internacionales relativas a la maternidad subrogada.— V. Consideraciones conclusivas.

I. Introducción y planteamiento general

1.1. Conceptos previos

Al hablar de maternidad subrogada (o gestación para otro), y, más en concreto, del contrato de maternidad subrogada (o de gestación para otro) estamos hablando, convencionalmente, del contrato por el que una persona, o una pareja (comitentes) encarga a una mujer que lleve a término la gestación de un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, para que se lo entregue a los comitentes después del parto, de manera que figure legalmente como hijo de la persona o pareja que lo encargó, renunciando la madre gestante a la filiación materna que pudiera corresponderle legalmente. La mujer gestante puede aportar únicamente la gestación (y entonces se llama maternidad subrogada gestacional), o también el óvulo (y entonces se llama maternidad subrogada tradicional) y los comitentes

(quienes encargan la gestación y recibirán finalmente al niño) pueden aportar o no sus propios gametos (ovulo y espermatozoide, o solo espermatozoide, por ejemplo, en el caso de tratarse de dos varones); por fin, los gametos pueden también proceder de donante (masculino y/o femenino): como puede verse, las combinaciones posibles son bastante numerosas, lo que complica mucho el panorama, también desde el punto de vista legal. A su vez, el contrato puede ser gratuito (la mujer gestante no obtiene retribución) u oneroso (la mujer gestante obtiene retribución) (1).

De todas estas variantes, me interesa ahora mencionar específicamente la que diferencia entre la llamada maternidad subrogada tradicional y la gestacional. En la gestación subrogada tradicional la mujer gestante aporta tanto el óvulo como el embarazo, de forma que el niño es, genética y gestacionalmente, hijo suyo; en la maternidad subro-

gada gestacional, el óvulo es aportado por la mujer comitente o, en muchos casos, por una mujer donante de óvulos, en cuyo caso la madre genética del niño es la donante del óvulo, la madre gestacional es la mujer gestante, la llamada "madre intencional" o "madre de intención" es la mujer comitente, y la madre legal puede ser una cualquiera de ellas. Desde el punto de vista numérico, y a nivel global, la mayor parte de los hijos nacidos a consecuencia de maternidad subrogada internacional lo son en la modalidad gestacional (recordemos: la madre gestante aporta la gestación, pero no el óvulo) y comercial (es decir, a cambio de dinero), llegando en algunas estimaciones a superar el 98 % del total de contratos de maternidad subrogada (2).

La terminología empleada es hasta cierto punto equívoca, aunque no es este el momento de entrar con detalle en ella. La más usada, habitualmente en español, es la que

da título a este trabajo, aunque se habla también, por ejemplo, de vientres de alquiler, o de gestación por sustitución. En mi opinión, la expresión que mejor refleja la realidad del fenómeno, en la línea de la que es más habitual en Francia (*gestation pour autrui*) es la de *gestación para otro*, ya que lo que hace la mujer gestante es precisamente eso: llevar a cabo una gestación por encargo de otra u otras personas, y para ellos, en el sentido de que el niño nacido a consecuencia de esa gestación será entregado a esa persona o esas personas después del parto (3).

1.2. El auge de la maternidad subrogada como problema global

La maternidad subrogada (y los contratos mediante los que se acuerda) no es un problema de derecho interno, que pueda ser afrontado eficazmente a través de los medios de que dispone cada ordenamiento nacional. El fenómeno de la globalización no solo

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) El título hace referencia a la conocida novela distópica de Margaret Atwood, "El cuento de la criada" (en el original, *The Handmaid's Tale*), que fue adaptada posteriormente para la televisión.

(1) Puede verse esta distinción, por ejemplo, en el Glosario que acompaña a *Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law* (en adelante, HCCH *Permanent Bureau*): *A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy*

arrangements (10 de marzo de 2012). (disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022).

(2) *Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe* (en adelante, PACE), *Report on children's rights related to surrogacy*, (relatora P. de Sutter), p. 3 (disponible en <https://bit.ly/2depDYI>, último acceso, 16 de mayo de 2022); citado en adelante como PACE

Report on children's rights related to surrogacy; HCCH *Permanent Bureau* (H. BAKER), *A study of legal parenthood and the issues arising from international surrogacy arrangements* (Marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022), N° 135.

(3) El problema no se da solo en español: véase, por ejemplo, SMOLIN, D. M.: "Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the

Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children", 43 *Pepperdine. Law Review* n° 43 2016; disponible en <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>, último acceso 17 de mayo de 2022), pp. 279 y ss. Entre nosotros, pueden verse las reflexiones de JOUVÉ DE LA BARREDA, N., "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética XXVIII*, 2017/2ª (disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>, último acceso 17 de mayo de 2022), pp. 154 y ss.

le ha afectado, sino que en cierta medida ha sido la causa de su florecimiento. Las medidas adoptadas por cada ordenamiento nacional para afrontar esta cuestión de acuerdo con sus propios planteamientos, sobre todo cuando son prohibitivos o restrictivos, resultan muchas veces ineficaces. En efecto, la maternidad subrogada internacional se ha convertido en una actividad comercial en auge (4), lo que puede ser atribuido a la confluencia de factores científicos, demográficos, legales y sociales (5):

a) Desde el punto de vista científico, los avances experimentados por las técnicas de reproducción humana asistida han posibilitado, inicialmente, y después facilitado el recurso a la maternidad subrogada, de forma que quienes quieren tener un hijo y no pueden tenerlo por razones patológicas o funcionales, pueden ahora conseguirlo, pero con las ventajas añadidas sobre la adopción de que, al menos en algunos casos, puede existir un vínculo genético entre ellos (o uno de ellos) y el niño, así como que el niño se integra en la vida familiar con los comitentes desde su mismo nacimiento. Con todo, hay que subrayar también que la mayoría de los supuestos de maternidad subrogada internacional responden a la llamada “subrogación gestacional”, en la que, como ya se ha indicado, no hay vínculo genético entre uno o ambos de los padres comitentes, y el niño (6);

b) Desde el punto de vista sociológico, la creciente aceptación legal y social de modelos de parentalidad ligados a las llamadas nuevas formas de familia, destacadamente en los países occidentales, se ha traducido en un aumento de modelos de familia estructuralmente (y no patológicamente) estériles (7): me refiero sobre todo a las parejas del mismo sexo (8), pero también podrían incluirse algunas llamadas familias monoparentales (típica, pero no exclusivamente, hombres solos que quieren ser padres y recurren a este método). Todo ello ha provocado un notable incremento de la demanda de maternidad subrogada, especialmente en los países desarrollados;

c) Desde el punto de vista social, tanto la universalización de Internet, que hace más fácil acceder a información sobre recursos relativos a la maternidad subrogada internacional, como los medios que permiten viajes internacionales más rápidos y baratos, han jugado un papel importante (9): en la actualidad es muy fácil saber con quién contactar, dónde ir, qué hacer para concluir un contrato de maternidad subrogada internacional, y una vez concluido el proceso, o durante el mismo, viajar al país de que se trate para recoger al niño;

d) Desde el punto de vista legal, los distintos países han afrontado la cuestión de la maternidad subrogada de formas muy diferentes, desde la prohibición o restricción severa (incluso convirtiéndola en delito), hasta su admisión sin restricciones, pasando por una mayoría de países que carecen de regulación específica. El *Informe de la Relator*

tora Especial [de Naciones Unidas] *sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños* (15 de enero de 2018: en adelante, *Informe de la Relatora especial 2018*), centrado especialmente en maternidad subrogada y tráfico de niños, se resume la situación legal de la siguiente forma:

“La legislación nacional por la que se rige la gestación por sustitución recorre el espectro que va de prohibir a permitir. Estas variaciones se dan de un país a otro, aunque a veces también dentro de un mismo país, pues es normal que la gestación por sustitución se rijan principalmente por el derecho local (en los casos de Australia, los Estados Unidos y México). Las jurisdicciones más prohibicionistas, como Alemania y Francia, vetan todas las formas de gestación por sustitución, ya sean comerciales o altruistas, tradicionales o de gestación plena. La mayor parte de las jurisdicciones en las que se legisla la gestación por sustitución, como Australia, Grecia, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Sudáfrica, prohíben la modalidad ‘comercial’, ‘con ánimo de lucro’ o ‘remunerada’ de la práctica, a la vez que permiten, de forma explícita o implícita, la variedad ‘altruista’. Solo unos pocos Estados permiten explícitamente la gestación por sustitución de carácter comercial por parte de aspirantes a progenitores nacionales y extranjeros, con lo cual optan por ser centros de gestación por sustitución de carácter comercial en los ámbitos nacional e internacional. Camboya, la India, Nepal y Tailandia y el Estado mexicano de Tabasco son ejemplos de Estados o jurisdicciones que, habiendo servido de centros de contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada, recientemente han adoptado medidas para prohibir o limitar los contratos de ese tipo, por lo general ante prácticas abusivas. Sin embargo, la Federación de Rusia, Georgia y Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos llevan ya bastante tiempo decantándose por seguir siendo centros de contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional” (Nº 15) (10).

Estas diferencias de regulación a nivel internacional han propiciado el llamado “turismo reproductivo” (11): los padres comitentes, habitualmente de buena posición económica, procedentes de Estados en los que la maternidad subrogada está prohibida o sujeta a fuertes restricciones, viajan a países en los que se admite, y cuyo derecho interno considera a los padres comitentes como padres legales del niño, para celebrar contratos de maternidad subrogada. Más tarde, ya nacido el niño, vuelven con él a su país de origen para intentar que su propio Derecho les reconozca como padres. Ello suscita numerosos problemas, como resalta el *Informe de la Relatora especial 2018*: “Esos viajes eluden deliberadamente las leyes prohibicionistas y plantean dilemas a las jurisdicciones en cuestión. Las autoridades y los tribunales competentes se enfrentan a

menudo a una situación en que, consumados los hechos, se les pide que validen contratos internacionales de maternidad subrogada que son ilegales en una jurisdicción o en ambas. El dilema se ve agudizado por el imperativo de proteger los derechos de estos niños nacidos de vientres alquilados. La comprensión que suscitan los aspirantes a progenitor, movidos por el deseo de formar una familia, complica aún más el problema. La preocupación por las madres de alquiler, especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a la explotación como consecuencia de la pobreza, la impotencia, la falta de educación y diversas formas de discriminación, agudiza los dilemas a los que hacen frente los Estados”.

Estos problemas afectan de modo especial a los niños nacidos como consecuencia de estos contratos, cuyas relaciones de filiación son muchas veces frágiles desde el punto de vista legal, de forma que en numerosas ocasiones están bajo el cuidado de personas que no son consideradas legalmente sus padres en el Estado en el que viven; en algunos casos, pueden llegar a ser apátridas, atrapados en el Estado en el que nacieron y sin posibilidad de abandonarlo pero, a la vez, sin permiso para quedarse (12).

1.3. Cuestiones y plan de la exposición

Parte importante de los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional son problemas nacionales, pero no es posible resolverlos eficazmente solo a nivel nacional: si se les quiere dar una respuesta eficaz, es preciso adoptar medidas de alcance internacional. Desde este punto de vista, cabe hacer dos consideraciones:

a) Por un lado, los Estados que prohíben la maternidad subrogada se encuentran con que, como consecuencia de las posibilidades que ofrece la maternidad subrogada internacional, no logran proteger el bien que pretendían, y pierden la oportunidad de llevar a cabo con las garantías jurídicas que estimen oportunas una actividad que satisficiera la demanda de algunos ciudadanos (13);

b) Por otro lado, cualquier regulación nacional de carácter prohibitivo o restrictivo puede tener una eficacia muy limitada, ya que en la práctica, el umbral de lo permitido quedará establecido por las legislaciones más permisivas: en efecto, como veremos, es algo que ya está pasando ya que los ciudadanos de los Estados que prohíben la maternidad subrogada acuden para llevarla a cabo a Estados que la permiten, volviendo después a su propio país y exigiendo el reconocimiento de la filiación en su propio ordenamiento legal (14). Como señala el *Informe de la Relatora especial 2018*, “la exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques

permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos” (Nº 23).

Es verdad que alcanzar la completa unanimidad, a nivel internacional, es casi imposible, pero un acuerdo global sobre la maternidad subrogada podría enviar un mensaje claro, también a los países que admitan esta práctica y no se adhieran a dicho acuerdo, en forma similar a lo que ha ocurrido con el *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (La Haya, 29 de mayo de 1993).

Al respecto, ha habido algunas iniciativas tanto a nivel europeo (Parlamento Europeo, Consejo de Europa) como global (Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, Naciones Unidas): entre ellas destaca el *Informe de la Relatora especial 2018*, del que se tratará en el apartado IV de este trabajo.

Por otro lado, algunas decisiones administrativas y sentencias procedentes de países que prohíben o restringen la maternidad subrogada, dictadas tratando de proteger sus normas nacionales sobre esta materia (normas consideradas habitualmente como integrantes de su propio orden público), han sido recurridas ante tribunales internacionales de derechos humanos: este es el caso, destacadamente, de Europa, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado un número pequeño, pero significativo, de sentencias relativas a esta materia: de ello se tratará con algún detalle en el apartado III.

Antes de entrar en tales cuestiones, parece oportuno dar algunos datos (numéricos y no numéricos) que pueden ser útiles a la hora de valorar los contratos de maternidad subrogada internacional: ello se hará inmediatamente, en el apartado siguiente.

II. Maternidad subrogada internacional: datos y contratos

Como ya se ha indicado, la maternidad subrogada ha experimentado un notable incremento en los últimos años (15), que parece estar ralentizándose debido a cambios legales producidos recientemente en países que habitualmente eran destino de este turismo reproductivo (por ejemplo, en India, Tailandia o Méjico); tales cambios, motivados por los abusos que se han producido en dichos países, se han dirigido a restringir la maternidad subrogada, bien limitándola a sus propios ciudadanos, bien rechazando la maternidad subrogada comercial (16). No es fácil saber exactamente el número de niños que nacen anualmente como consecuencia de estos contratos: se ha propuesto una cifra estimada de 20.000 al año, con tendencia al alza (17). En relación con la tipología de estos contratos, la mayor parte de los hijos nacidos a consecuencia de maternidad subrogada

(4) De “booming, global business” es calificado por el HCCH Permanent Bureau: *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements* (11 de marzo de 2011: disponible en <https://assets.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>, último acceso, 16 de mayo de 2022), Nº 11.

(5) HCCH Permanent Bureau, A Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, cit., nº. 4.

(6) HCCH Permanent Bureau, A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, cit., nota 20.

(7) En efecto, las parejas del mismo sexo responden a una estructura interna no procreativa, lo que las hace estructuralmente estériles: sobre esta idea, brevemente, MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “El Derecho de familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”, en ACUÑA SAN MARTÍN, M. - DEL PÍCO

RUBIO, J. “Estudios de Derecho familiar”, Talca (Chile) 2017, p. 28.

(8) De hecho, hay páginas web orientadas específicamente a tales parejas: por ejemplo, <https://www.gayparentstobe.com> (último acceso, 17 de mayo de 2022).

(9) HCCH Permanent Bureau, Preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, op. cit., 6.

(10) El informe está disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G20/O15/53/PDF/G2001553.pdf?OpenElement> (último acceso, 17 de mayo de 2022). Hay que advertir que es un panorama cambiante, ya que, como consecuencia de prácticas abusivas desarrolladas en relación con la maternidad subrogada, algunos países que eran destino tradicional de este turismo reproductivo han dejado de serlo, al haber aprobado normas legales más restrictivas (por ejemplo, autorizando solo la maternidad subrogada al-

truista, o limitando el acceso solo a sus propios ciudadanos). Dado que este tipo de prácticas siguen siendo denunciadas, no son descartables nuevos cambios legales en los países que a fecha de hoy permiten la maternidad subrogada.

(11) La denominación es utilizada, por ejemplo, en HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements*, cit. La usa también el Comité de Bioética de España, en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, (19 de mayo de 2017, disponible en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf, último acceso, 17 de mayo de 2022: en adelante, Informe del Comité de Bioética de España), p. 18.

(12) Cfr. HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...* ob. cit., nº 147.

(13) Lo advierte el Informe del Comité de Bioética de España, op. cit., p. 19.

(14) Lo advierte también el Informe del Comité de Bioética de España, op. cit., p. 20. Veremos que estas situaciones son las que están en la base de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la materia.

(15) HCCH Permanente Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...* ob. cit., nº 125 y ss.

(16) Cfr. SCHURR, C. - MILITZ, E., “The affective economy of transnational surrogacy”, (disponible en <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0308518X18769652>, último acceso, 17 de mayo de 2022), p. 2.

(17) Cfr. *International Social Services, Call for action 2016. Urgent need for regulation of International surrogacy and artificial reproductive technologies*, (disponible en http://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/Call_for_Action2016.pdf, último acceso, 17 de mayo de 2022).

internacional, lo son en la modalidad gestacional (recordemos: la madre gestante aporta la gestación, pero no el óvulo) y comercial, llegando en algunas estimaciones a superar el 98 % del total de contratos de maternidad subrogada, como ya se ha indicado (18).

Sí hay más datos sobre el coste de la gestación por sustitución para los comitentes. Así, por ejemplo, una página web española especializada en maternidad subrogada internacional ofrece los siguientes costes (estimados): Canadá, entre 100.000 y 110.000; USA, entre 110.000 y 160.000; Georgia, entre 50.000 y 60.000; Grecia, entre 75.000 y 85.000; Rusia, entre 60.000 y 80.000; Ucrania, entre 50.000 y 60.000 (19) y (20). Como puede verse, la maternidad subrogada se ha convertido en un lucrativo negocio, cuyo monto total alcanza cifras más que relevantes: así, en la India, antes de las últimas restricciones, se calculaba que el negocio de la maternidad subrogada suponía más de 2200 millones de dólares (21), y en los Estados Unidos se ha propuesto la cifra (estimada) de 6000 millones de dólares anuales (22). A la vista de estas cifras, una conclusión se impone: la maternidad subrogada es, básicamente, mercado y comercio; y no altruismo o solidaridad (23).

La relevancia económica de la maternidad subrogada internacional, junto con la dimensión legal de los contratos mediante los que se instrumenta, explican los planteamientos defendidos por la *American Bar Association*, tal y como han quedado reflejados en el *Informe de la Relatora especial 2018*, N° 27:

“La American Bar Association observa que ‘es innegable que la contratación de servicios de gestación de niños por sustitución a cambio de dinero representa un mercado’. Encomia este ‘mercado’ y observa que ‘los mecanismos basados en el mercado han permitido el funcionamiento eficiente de la gestación por sustitución de ámbito internacional’. La American Bar Association rechaza que se aplique a la gestación por sustitución la norma del interés superior del niño, rechaza la mayor parte de las modalidades de examen de la idoneidad y evaluación de la competencia de los aspirantes a progenitor, rechaza que se impongan límites a la retribución de las madres de alquiler y los donantes de gametos, rechaza que se impongan a las agencias de gestación por sustitución requisitos para la concesión de licencias, rechaza los derechos a las partidas de nacimiento o a información sobre los orígenes personales, rechaza el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 como ‘modelo de convenio en el ámbito de la gestación por sustitución’ y rechaza los tratados bilaterales en materia de gestación subrogada. La American Bar Association afirma que ‘anda descaminada toda labor

que vaya dirigida a regular el mercado internacional de la gestación por sustitución en sí’. De hecho, propugna que todo instrumento internacional en materia de gestación por sustitución prescinda de la dimensión de los derechos humanos; de ahí que rechace ‘la regulación de la industria de la gestación por sustitución a efectos de reducir las violaciones de los derechos humanos’.

Constituyendo la maternidad subrogada internacional una verdadera industria, tiene sentido que acabe siendo gobernada por la lógica de los contratos patrimoniales. Esta lógica explica la forma en la que los contratos de maternidad subrogada afrontan determinados conflictos entre los comitentes y la madre portadora: dada la situación de marcado desequilibrio entre ellos, en favor de los comitentes (que son quienes pagan, y mucho), los contratos de maternidad subrogada suelen dar a los comitentes un fuerte control sobre el cuerpo, la salud y las decisiones de la madre portadora durante el embarazo (24). Veamos algunos ejemplos (25):

1. *En relación con la intimidad*: “La sustituta renuncia expresamente al privilegio de la confidencialidad y por este medio dispone la liberación a favor de los Padres Futuros, a su solicitud, del reporte y otros datos obtenidos como resultado de cualquiera y todas las evaluaciones psicológicas, de psicoterapia o médicas o pruebas obtenidas o realizadas según lo previsto por este Acuerdo. La subrogante acepta que los Padres Futuros tengan información psicológica relacionada con su salud mental y cualquier otra información pertinente relacionada específicamente con este acuerdo de subrogación”.

2. *En relación con el aborto*: “La sustituta específicamente acepta terminar antes de dieciocho semanas en la elección y discreción de los futuros padres. Con la excepción de la terminación basada en la selección de género, que no será permitida, el derecho de los Padres Futuros de solicitar la terminación/aborto es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación para la madre sustituta, incluyendo, entre otros, cualquier anomalía genética o se ha determinado un defecto, como parálisis cerebral o síndrome de Down... en la medida en que la subrogante escogiera ejercer su derecho a abortar o no abortar, de una manera incompatible con las instrucciones de los padres subrogados, se entiende que dicha acción puede tomarse como un incumplimiento de este acuerdo” (el contrato emplea expresamente letras mayúsculas en este punto).

3. *En relación con la reducción del número de embriones o fetos*: “Los Padres Futuros se reservan el derecho último de reducir selectivamente antes de la finalización de

la semana veinte [20] de gestación. Los Padres Futuros tienen el derecho exclusivo de determinar el número de fetos para reducir selectivamente teniendo en cuenta la recomendación del médico de la subrogante. El derecho de los Padres Futuros de solicitar una reducción selectiva es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación a la subrogante”.

4. *En relación con las decisiones sobre la vida de la madre gestante*: “Si la madre sustituta está en su segundo o tercer trimestre de embarazo y en el caso de que se requiera equipo de soporte de vida médico para preservar y mantener la vida de la madre sustituta y si así lo solicitan los Padres Futuros, la Sustituta y su esposo acuerdan que la vida de la Sustituta se mantendrá con un equipo de soporte vital durante un período para lograr la viabilidad del feto teniendo en cuenta los mejores intereses y el bienestar del feto... Los futuros padres tomarán la decisión con respecto a cuánto tiempo debe continuar el soporte vital antes del nacimiento del niño, teniendo en cuenta la recomendación del obstetra o perinatólogo y los deseos de la familia de la subrogante. El esposo de la subrogante, o su pariente más cercano, es el único responsable de determinar la hora en que se suspenderá el tratamiento de soporte vital después del nacimiento del niño”.

Estas cláusulas contractuales revelan el dominio efectivo de los comitentes sobre la madre gestante (cuerpo, salud, intimidad, decisiones, incluso relativas al fin de la vida) durante el embarazo: no estamos ante un “alquiler de vientre”, sino de toda la persona, en sus facetas físicas y espirituales (privacidad, salud, decisiones). Este dominio, otorgado a cambio de dinero, puede fácilmente ser considerado como explotación de la madre gestante, especialmente cuando se trata de una mujer vulnerable.

III. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de maternidad subrogada

El “turismo reproductivo” es especialmente activo en Europa. Muchos países europeos que no admiten estos contratos han experimentado los problemas que derivan de la maternidad subrogada internacional, y sus tribunales han intentado proteger su normativa nacional rechazando considerar legalmente a los niños nacidos como consecuencia de tales acuerdos como hijos de los comitentes. En varios casos, y respecto a diferentes países, tales decisiones han sido recurridas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones en un número ya relevante de sentencias, tanto de Sala como de la Gran Sala: se trata de los casos “Mennesson v. France” y

“Labassee v. France” (26 de junio de 2014), “Foulon and Bouvet v. France”, (21 de julio de 2016), “Laborie v. France”, (19 de enero de 2017, Comité), “Paradiso and Campanelli v. Italy” (24 de enero de 2017, Gran Sala), “D. v. France” (16 de octubre de 2020), y “Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland” (18 de mayo de 2021) (26); a todas estas decisiones hay que sumar la *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*, emitida por el TEDH, a petición de la *Cour de Cassation francesa*, el 19 de abril de 2019, en relación con el caso “Mennesson”. Me centraré a continuación en los casos “Mennesson” [que es idéntico al caso “Labassee”: 3.1; incluiré aquí el contenido de la *Advisory Opinion*, así como algunas consideraciones al hilo del caso “D. v. France” (27)], “Paradiso” (III.2) y “Valdís Fjölnisdóttir” (III.3), para finalizar con algunas reflexiones respecto a la jurisprudencia del TEDH sobre maternidad subrogada (III.4).

III.1. *La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014* (“Mennesson c. Francia”), *y lo que vino después*.

A) En el caso resuelto por la sentencia, el matrimonio formado por Dominique y Sylvie Mennesson, ante sus problemas de infertilidad, decidió recurrir a la maternidad subrogada (prohibida por el Derecho francés) en California, donde esa técnica es legal. El marido aportó los espermatozoides, que fecundaron un óvulo de donante, y los embriones resultantes fueron implantados en el útero de la madre gestante, que dio a luz gemelos. El Tribunal Supremo de California había decretado previamente que los gemelos tendrían como padre genético al Sr. Mennesson, y como madre legal a la Sra. Mennesson. El consulado francés en Los Ángeles rehusó inscribir a los niños en el Registro Civil como hijos de los Mennesson. Después de un largo y complejo proceso judicial, el Tribunal Supremo francés acabó rechazando definitivamente dicha inscripción, sentencia que fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por el matrimonio Mennesson y por los gemelos nacidos a consecuencia del contrato de maternidad subrogada.

De este relato me interesa destacar ahora: 1) La existencia de un vínculo biológico entre el Sr. Mennesson, que aportó los gametos, y los gemelos nacidos como consecuencia de la maternidad subrogada: él es, biológicamente, su padre; 2) La duración de la convivencia entre los niños y el matrimonio Mennesson, que se prolongó durante más de 10 años, si se cuenta hasta la sentencia del TEDH; 3) Que fueron parte en el procedimiento no solo el matrimonio que encargó

(18) PACE Report on children's rights related to surrogacy, p. 3; HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...*, ob. cit., n° 135.

(19) Cfr. <https://www.babygest.es> (último acceso, 17 de mayo de 2022).

(20) Puede encontrarse más información sobre costes de la maternidad subrogada internacional en HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), *A study of legal parentage...*, ob. cit., n° 135.

(21) Cfr. PACE Report on children's rights related to surrogacy, op. cit., p. 3; <https://www.bbc.com/news/world-asia-india-34876458>; <https://www.reuters.com/article/us-india-women-surrogacy/indian-surrogate-mothers-grab-last-chance-to-make-babies-ahead-of-impending-ban-idUSKBN1530FL>: en ambos casos, último acceso, 17 de mayo de 2022.

(22) Cfr. FINKELSTEIN, A. - MAC DOUGALL, S. - KINTOMINAS, A. - OLSEN, A. *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking*, Report of the Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic Columbia (disponible en https://web.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/gender-sexuality/files/columbia_sexuality_and_gender_law_clinic_-_surrogacy_law_and_policy_report_-_

une_2016.pdf, último acceso, 17 de mayo de 2022), p. 6.

(23) Así, gráficamente, Pasquau Liaño, M. “Gestación subrogada: no es solidaridad, es mercado”, *Revista Contexto* 123 (2017), p. 2 (disponible en <http://ctxt.es/es/20170628/Firmas/13629/ctxt-gestacion-subrogada-vientres-alquiler-ciudadanos.htm>, último acceso, 17 de mayo de 2022).

(24) Cfr. BELLVER CAPELLA, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética* XXVIII 2017/2ª (disponible en <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>, último acceso, 17 de mayo de 2022), p. 235; Informe del Comité de Bioética de España, p. 27.

(25) Tomados de LALH, J. “Embarazos contratados expuestos: los contratos de maternidad subrogada no protegen a las madres sustitutas y sus hijos”, disponible en <https://centrodebioetica.org/embarazos-contratados-expuestos-los-contratos-de-maternidad-subrogada-no-protegen-a-las-madres-sustitutas-y-sus-hijos/> (último acceso, 17 de mayo de 2022). Pueden verse contratos similares en http://www.allaboutsurgacy.com/sample_contracts/contracts.htm, y http://www.surromomsonline.com/articles/ts_contract.htm: último acceso, 17 de mayo de 2022). El Tribunal Supremo español, en

su reciente sentencia 277/2022, de 31 de marzo, incluye en sus antecedentes de hecho cláusulas contractuales similares a las recogidas en el texto, y emplea después su contenido en apoyo de su decisión.

(26) Hay algunos otros casos no admitidos total o parcialmente por el TEDH, y que no van a ser considerados: 1) en el caso “D. and Others v. Belgium” (8 de julio de 2014) el TEDH consideró parcialmente inadmisibles el recurso, y decidió excluirlo de la lista de casos pendientes porque la parte admisible del recurso quedó resuelta antes de la sentencia del propio Tribunal; 2) por su parte, los casos “E. v. France” (n° 1462/18 y 17348/18), tampoco fueron admitidos, ya que el TEDH consideró que los recursos eran manifiestamente infundados, y entendió que la negativa de las autoridades francesas no era desproporcionada, ya que el Derecho interno ofrecía la posibilidad de establecer la relación paterno-filial entre los niños solicitantes y su futura madre mediante la adopción del hijo del otro cónyuge; 3) por último, los casos “S.-H. v. Poland” (n° 56846/15 y 56849/15) fueron inadmitidos, ya que no existía ninguna base fáctica para concluir que se había producido una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los niños: en el caso en cuestión, los ni-

ños tenían nacionalidad norteamericana, y vivían en los Estados Unidos, y en consecuencia tenían libertad para moverse en Europa aunque no se les reconociera nacionalidad polaca. Por último, no se va a tomar tampoco en consideración la sentencia “A. L. v. France” (7 de abril de 2022, pendiente todavía de adquirir firmeza), relativa a un caso de maternidad subrogada realizada en Francia, país en el que está prohibida. En esta sentencia, dadas las complicadas circunstancias concurrentes, el TEDH no ha entrado directamente en cuestiones relativas a la maternidad subrogada, y ha decidido que la negativa a establecer legalmente la paternidad biológica del demandante (comitente en el contrato de maternidad subrogada) respondía al interés superior del niño, pero también que los tribunales nacionales incumplieron su deber de diligencia excepcional en lo que respecta a la duración del procedimiento, consideración esta última que motivó la condena de Francia.

(27) En la sentencia “D. v. France”, el TEDH entendió, aplicando la doctrina derivada de los casos “Mennesson” y “Labassee”, y de su *Advisory Opinion*, que no había habido violación de los arts. 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Volveremos brevemente sobre esta sentencia más adelante.

la gestación, sino también los niños nacidos a consecuencia de ella.

En su sentencia, el TEDH analiza si ha habido violación del art. 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) (28), y llega a la conclusión final de que sí la hubo. En concreto, vale la pena resaltar las siguientes ideas:

1) Que el margen de libertad de los Estados en lo relativo a la admisión de la maternidad subrogada y al reconocimiento de los vínculos de filiación entre los comitentes y los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de esa técnica, es muy amplio, dada la falta de consenso europeo sobre tales cuestiones (§ 78).

2) Que la injerencia del Estado francés en la vida privada de los recurrentes mediante su negativa a inscribir la filiación solicitada se ajustó a lo establecido en el art. 8º de la CEDH, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos (en concreto, “la protección de la salud” y “la protección de los derechos y las libertades de los demás”, puesto que la finalidad de la prohibición de la maternidad subrogada es proteger a las madres gestantes y a los niños: § 62).

3) Que, sin embargo, el derecho de los niños a su vida privada se había visto afectado significativamente por la imposibilidad de establecer vínculos jurídicos de filiación, sobre todo con el Sr. Mennesson, teniendo en cuenta que era biológicamente el padre de los gemelos, y la importancia del factor biológico en la configuración de la identidad personal (§§ 99, 100 y 101). En este punto, el TEDH resalta el rechazo por parte del TS francés, y en general de sus órganos judiciales y administrativos, de la posibilidad de establecer legalmente la filiación biológica realmente existente entre el Sr. Mennesson y sus hijos por otras vías (reconocimiento, adopción), así como las consecuencias de la falta de reconocimiento de vínculos legales de filiación entre los comitentes y los niños, desde el punto de vista del Derecho francés: carencia de la nacionalidad francesa (se les considera americanos residentes en Francia), falta de derechos sucesorios, etc.

La conclusión del TEDH es que el derecho de los niños al respeto a su vida privada había sido infringido al impedir el establecimiento de una relación legal de filiación entre ellos y su padre biológico, de forma que se había producido violación del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Esta sentencia está lejos de ser un espaldarazo del TEDH a la maternidad subrogada, sobre la que no se pronuncia, ya que se basa principalmente en la existencia de un vínculo biológico de filiación entre el Sr. Mennesson y los gemelos, vínculo cuya plasmación legal fue impedida por las autoridades francesas. Una de las claves para resaltar en ella es la importancia de la relación biológica determinada por la procedencia de los gametos: si se hiciera un test biológico

de paternidad a los gemelos, resultaría que su padre es el Sr. Mennesson. Sin embargo, el Derecho francés impidió que esa relación biológica tuviera, por cualquier vía, su correspondiente reflejo jurídico (eso sí: lo hizo para impedir el fraude de ley consistente en recurrir fuera de Francia a una técnica de reproducción asistida, prohibida en Francia): esto último es lo que, en definitiva, justifica la condena de Francia.

La doctrina establecida en la sentencia *Menesson* ha tenido repercusiones en diferentes ordenamientos europeos, que Álvarez González resume como sigue: “la recepción de la doctrina del TEDH no fue homogénea, pero al menos sí parece que una cuestión resultaba indiscutida: no reconocer o no prever una fórmula alternativa para que los nacidos puedan establecer jurídicamente su filiación biológica constituía y constituye un atentado a sus derechos fundamentales. Y en la práctica la adopción aparecía como una alternativa posible, aunque no necesaria, para el progenitor de intención sin vinculación biológica” (29).

B) Como he indicado más arriba, en abril de 2019, el TEDH emitió un Dictamen no vinculante (*Advisory Opinion*), a petición de la *Cour de Cassation* francesa. Las dos cuestiones sometidas por el Alto Tribunal francés al TEDH, y a las que este respondió en su dictamen, traían causa del caso “Mennesson”, y fueron las siguientes (30):

“1. Al negarse a inscribir en el Registro Civil el certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como resultado de un acuerdo de gestación para otro, en lo que se refiere a la consideración de la ‘madre de intención’ como ‘madre legal’, mientras que acepta la inscripción del ‘padre intencional’, que es el padre biológico del niño, ¿se extralimita un Estado Parte en su margen de apreciación con arreglo al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe establecerse una distinción en función de si el niño ha sido concebido o no con los óvulos de la ‘madre de intención’?”

2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos cuestiones anteriores, la posibilidad de que la ‘madre de intención’ adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, siendo este un medio de establecer la relación legal madre-hijo, ¿garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?”

En respuesta (que no coincide exactamente con las preguntas formuladas por la *Cour de Cassation*), el TEDH afirma que (31):

“En la situación en la que, como en la hipótesis formulada en las preguntas del Tribunal de Casación, un niño nace en el extranjero por gestación para otro y es el producto de los gametos del padre de intención y de un tercer donante, y cuando la relación Paterno-Filial entre el niño y el padre de la

intención ha sido reconocida en el Derecho interno:

1. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del art. 8º del Convenio, exige que el Derecho interno prevea la posibilidad de reconocer una relación Paterno-Filial entre dicho niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como ‘madre legal’;

2. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del art. 8º del Convenio, no exige que este reconocimiento se efectúe mediante la transcripción en el registro civil del certificado de nacimiento legalmente emitido en el extranjero; puede realizarse por otro medio, como la adopción del niño por la madre de intención, a condición de que las modalidades previstas por el Derecho interno garanticen la eficacia y la rapidez de su aplicación, de acuerdo con el interés superior del niño”.

Este dictamen supone, en realidad, un paso más en favor de la aceptación de la eficacia definitiva de los contratos de gestación para otro, aunque la legislación propia del Estado que recibe al niño lo prohíba, ya que, aunque no exige el reconocimiento directo e inmediato del vínculo de filiación entre la mujer comitente (en el caso “Mennesson”) y el niño nacido como consecuencia de ese contrato, mediante la inscripción automática del certificado de nacimiento en el Registro Civil nacional, sí exige que ese vínculo se establezca a través de otros medios legales (reconocimiento, adopción), y que ello tenga lugar de forma rápida y eficaz. Esto quiere decir que el resultado perseguido a través de la gestación para otro, finalmente es obtenido, pasando por encima de la prohibición contenida en el Derecho nacional (32).

La opinión del TEDH ha sido objeto de críticas, por entender que los problemas que pueden eventualmente derivar de la falta de reconocimiento de esa filiación, sobre los que reposa la argumentación del Tribunal (véase el Nº 42 de la *Advisory Opinion*), no están al mismo nivel que la dignidad de la persona, o el derecho a conocer el propio origen (33), que son los que resultan comprometidos en los supuestos de maternidad subrogada. Llama la atención, igualmente, la ausencia de la madre gestante en el dictamen del TEDH, no solo por los problemas legales que puede ocasionar a la hora de establecer el vínculo de filiación (por ejemplo, en caso de adopción) (34), sino, y quizá principalmente, por la violación de su dignidad que entrañan estas prácticas, en los términos que ya hemos visto, violación que se ve indirectamente consolidada a través de la opinión del Tribunal. Por último, es igualmente llamativo que el dictamen obvie en su respuesta un dato que fue especialmente relevante en los casos “Mennesson” y “Paradiso”, aunque con eficacia diversa, que es el del tiempo de convivencia entre los comitentes y el niño, tiempo que, de prolongarse, es un factor de especial importancia a la hora de

valorar cuál es el interés superior del menor en el caso concreto.

C) El TEDH mantiene la misma línea argumental propuesta en la sentencia “Mennesson”, y desarrollada en su *Advisory Opinion*, en el caso “D. vs France”, pero con una peculiaridad que debe ser subrayada. Los hechos son semejantes a los de los casos “Mennesson” y “Labasee”, pero con dos diferencias significativas, que vale la pena resaltar ahora: la primera, que la mujer comitente era la madre genética del niño (cosa que no se alegó en los procesos desarrollados en Francia); y la segunda, que en sus decisiones los tribunales franceses aplicaron ya la doctrina “Mennesson”, y acordaron la inscripción del vínculo de filiación entre el varón comitente y el niño. Lo que denunciaban los recurrentes era, precisamente, que no se reconociera automáticamente ese mismo vínculo en relación con la mujer comitente, que era la madre genética (pero no gestacional) del niño, y por tanto la existencia de un trato discriminatorio entre el dado al varón comitente (cuya paternidad había sido establecida automáticamente) y el dado a la mujer comitente (que precisaba recurrir a otras vías, como la adopción). A partir de ahí, y como ya se ha indicado, el Tribunal entendió que no había habido violación de los arts. 8º y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que la diferencia de trato de la que se quejaban los recurrentes en cuanto a los medios de reconocimiento de la relación jurídica entre el padre de intención y el niño, y la madre de intención (que era también la madre genética, pero no fue considerada legalmente como madre en Francia, por no ser la mujer que dio a luz) tenía una justificación objetiva y razonable: más en concreto, al decir del Tribunal, la existencia de un vínculo genético no implica que el derecho del niño al respeto de su vida privada exija que la relación con el padre o madre de intención se establezca específicamente mediante el registro de los datos del certificado de nacimiento extranjero (§§ 50, 58).

Esta última afirmación es la que me parece que debe ser subrayada, porque afronta indirectamente la existencia de una posible doble maternidad biológica en los casos de maternidad subrogada: la genética (mujer que aporta el óvulo) y la gestacional (mujer que lleva a cabo la gestación, y da a luz). El problema consiste en decidir cuál de las dos ha de ser considerada legalmente como madre. El TEDH no se pronuncia directamente sobre esto, sino que se remite a la legislación interna francesa (que considera legalmente madre a la mujer que da a luz), y no la estima contraria en este punto, y con esa elección, al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

III.2. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014: el caso “Paradiso vs. Italia”

En este segundo caso, el matrimonio formado por Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidieron recurrir a la maternidad su-

(28) “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

(29) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, en PÉREZ VERA, E. et al. (eds.) El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación, Madrid, Iprolex, 2020, p. 107.

(30) La traducción, relativamente libre, es mía. Recojo a continuación la versión francesa, que es el idioma

en el que se formularon originalmente: “1. En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, en ce qu'il désigne comme étant sa 'mère légale' la 'mère d'intention', alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le 'père d'intention', père biologique de l'enfant, un État-parti excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la 'mère d'intention'? 2. Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention?”.

(31) Nuevamente, la traducción es mía, a partir del original francés, y relativamente libre. Recojo a continuación la versión original francesa de la opinión del Tribunal: “Dans la situation où, comme dans l'hypothèse formulée dans les questions de la Cour de cassation, un enfant est né à l'étranger par gestation pour autrui et est issu des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne: 1. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la 'mère légale'; 2. Le droit au respect de la vie privée de l'enfant, au sens de l'article 8 de la Convention, ne requiert pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les re-

gistres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger; elle peut se faire par une autre voie, telle que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant”.

(32) Cfr., en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, ob. cit., p. 118.

(33) Cfr., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, ob. cit., p. 113.

(34) Cfr., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución”, ob. cit., p. 119. El complicado supuesto sobre el que recayó la sentencia Valdís Fjölfnisdóttir puede ser buena prueba de ello.

brogada (prohibida en Italia), en Rusia, donde es legal. La esposa viajó a Rusia llevando el líquido seminal de su marido; tras un proceso de fecundación *in vitro*, con óvulo de donante, dos embriones fueron implantados en la madre gestante, que dio a luz un niño en febrero de 2011 (las fechas son importantes, como veremos enseguida). La madre gestante consintió formalmente en que el niño fuera registrado como hijo del matrimonio comitente, expidiéndose por las autoridades rusas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre del matrimonio Paradiso-Campanelli. La esposa comitente regresó a Italia con el niño el 30 de abril de 2011. El 5 de mayo de 2011 dieron comienzo en Italia varios procedimientos legales contra el matrimonio, por violación de las leyes italianas relativas a la adopción y las técnicas de reproducción asistida, en cuyo transcurso se denegó la inscripción en Italia del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron test de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. El 20 de octubre de 2011 se dictó una orden de retirada inmediata del niño, que fue puesto al cuidado de los servicios sociales, y cuyo procedimiento de adopción se abrió poco después. El niño recibió un nuevo nombre, y meses después fue adoptado por otra familia. Los tribunales italianos rechazaron todos los intentos del matrimonio Paradiso-Campanelli de recuperar al niño, por lo que estos recurrieron ante el TEDH, el cual, en una primera decisión de Sala (27 de enero de 2015) consideró que se había producido violación del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tal decisión fue recurrida por el Gobierno italiano ante la Gran Sala (35).

De los hechos del caso interesa destacar ahora: 1) La inexistencia de vínculo biológico entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño nacido como consecuencia de las técnicas empleadas en Rusia; 2) Que la convivencia entre el niño y los dos esposos duró menos de un año (y de los tres juntos, apenas llegó a los tres meses); 3) Que el niño no fue parte en el procedimiento, por considerar el TEDH, ya desde la sentencia de la Sala del año 2015, que el matrimonio recurrente carecía de legitimación para actuar en nombre del niño.

En su sentencia de 24 de enero de 2017, la Gran Sala decidió que no se había producido violación del art. 8º del CEDH. De su argumentación cabe resaltar los siguientes aspectos:

1) Aunque la ruptura de la relación entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño no era directamente imputable a aquellos, sin embargo, fue consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al Derecho italiano (§ 157).

2) Dada la ausencia de vínculos biológicos entre los recurrentes y el niño, y la corta duración de la convivencia, no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del art. 8º de la CEDH (§ 157).

3) Las medidas adoptadas por el Estado italiano supusieron una injerencia en la vida privada de los recurrentes, pero se trató de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art. 8º de la CEDH —de acuerdo con la ley, para obtener finalidades legítimas y necesaria en una sociedad democrática

para lograr dichas finalidades— (§§ 173-174, 178).

4) No es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada (§ 180).

5) La finalidad de proteger a los niños incluye no solo el caso en concreto de un niño en particular, sino el interés de los niños en general (§ 197).

6) La argumentación de la Gran Sala menciona recurrentemente la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio Paradiso-Campanelli, a la que eran imputables los problemas surgidos, y justifica las decisiones de los tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional (§§ 133, 147, 157, 209, entre otros).

La sentencia de la Gran Sala se vio acompañada por algunos votos particulares, tanto concurrentes (es decir, que comparten la decisión, pero no todos los puntos de la argumentación), como discrepantes. Me interesa subrayar aquí el contenido de uno de los votos particulares concurrentes: el de los Jueces De Gaetano, Pinto De Albuquerque, Wojtyczek y Dedov, quienes lamentan que el Tribunal no se haya pronunciado expresamente sobre la maternidad subrogada, por entender:

i) Que es incompatible con la dignidad humana, en la medida en que supone tráfico de niños, en el sentido del art. 2º del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000 (recordemos: “por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”).

ii) Que desconoce la fuerte relación que se crea durante el embarazo entre la madre gestante y el niño que ella lleva en su seno.

iii) Que hace desaparecer de la vida del niño a su madre gestante.

III.3. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de mayo de 2021: el caso “Valdís Fjölnisdóttir y otros vs. Islandia”.

Las circunstancias de hecho de este caso son relativamente más complicadas que las de los casos “Menesson” y “Paradiso”, como veremos inmediatamente. Dos mujeres islandesas, casadas entre sí, celebraron un contrato de maternidad subrogada en California, usando gametos (espermatozoides y óvulos) de donantes, de forma que el niño nacido a consecuencia del contrato carecía de relación biológica con ambas mujeres. Tras el nacimiento, ambas fueron inscritas en el Registro de California como madres del niño, emitiendo las autoridades californianas el correspondiente certificado de nacimiento a nombre de ambas mujeres, y pasaporte estadounidense en favor del niño, constanding documentalmente la renuncia de la madre gestante a efectuar cualquier reclamación relativa a su maternidad legal. Al volver a Islandia, solicitaron la inscripción del nacimiento y de la filiación en el Registro Civil islandés, en los términos del certificado de nacimiento emitido por las autoridades californianas; tal inscripción fue denegada, dado que en el Derecho islandés

se considera madre a la mujer que da a luz, circunstancia que no concurría en ninguna de las comitentes. Como consecuencia, el niño no obtuvo la nacionalidad islandesa, y fue considerado como un menor no acompañado, cuya guarda legal se atribuyó a las autoridades administrativas, y a la guardadora nombrada por ellas, acordándose también que el niño quedara en acogimiento con las mujeres comitentes. Estas últimas interpusieron diversos recursos, y mientras eran resueltos, el niño adquirió la nacionalidad islandesa, como consecuencia de un cambio en la legislación de Islandia. Las comitentes iniciaron también un procedimiento de adopción, pero antes de que tanto los recursos como este procedimiento de adopción fueran resueltos definitivamente, se divorciaron, llegado a un acuerdo, entre ellas y con las autoridades administrativas, para establecer un sistema de acogimiento temporal alternativo del niño con cada una de las comitentes, y sus respectivas nuevas parejas, lo que desembocó finalmente en un acogimiento permanente en favor de una de ellas, con un amplio derecho de relación en favor de la otra. Por otro lado, en el procedimiento de adopción habían ido surgiendo diversos obstáculos, de los que quizá el más relevante tenía que ver con la exigencia de consentimiento de quien era la madre legal para el Derecho islandés (la mujer que llevó a cabo la gestación y dio a luz), y en su caso de su esposo, acompañado de una declaración de los solicitantes de adopción (las dos mujeres comitentes, en este caso) de que no se había efectuado ningún pago para obtener esos consentimientos; pero antes de que estas cuestiones se resolvieran, y como consecuencia del divorcio, ambas comitentes desistieron del procedimiento de adopción. Por su parte, las autoridades islandesas, tanto administrativas como judiciales, rechazaron los recursos de los comitentes dirigidos a obtener la transcripción al registro civil islandés del contenido del certificado de nacimiento californiano, y por tanto de su condición de madres legales del niño. Frente a dichas resoluciones, se interpuso recurso ante el TEDH por las dos mujeres comitentes y el niño.

En su resolución, el TEDH entendió que no hubo violación del art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ya que la negativa de las autoridades islandesas a reconocer a las mujeres comitentes legalmente como madres estaba amparada por una interpretación razonable de la ley, y tenía como objetivo proteger los derechos y libertades de los demás. Del contenido de esta sentencia, me gustaría subrayar los siguientes aspectos:

a) En cuanto a los hechos: i) que en el caso resuelto no existía vínculo biológico alguno (ni genético, ni gestacional) entre las comitentes y el niño, lo que lo aproxima al caso “Paradiso” (de hecho, la sentencia “Paradiso” es mucho más citada como precedente que la sentencia “Menesson”); ii) que, a diferencia de lo que ocurrió en el caso “Paradiso”, la relación (convivencia) entre las comitentes y el niño no se vio interrumpida por un acto de las autoridades islandesas, ya que el niño quedó en situación de acogimiento con ellas, de forma que desde que nació, e ininterrumpidamente hasta que se divorciaron, vivió con las comitentes; la convivencia sí se vio afectada, en cambio, por el divorcio, pero no la relación estable y continuada con ambas mujeres (§§ 60 y 61).

b) En cuanto a las consideraciones jurídicas: i) el TEDH recuerda que el art. 8º del Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza ni el derecho a fundar una familia ni el derecho a adoptar, de forma que el respeto a la vida de familia no protege el mero deseo de fundar una familia, sino que presupone la existencia de una familia (§ 57); ii) recuerda también que su función no es sustituir a las autoridades nacionales

en la determinación de la política más adecuada para regular la compleja y delicada cuestión de la relación entre los comitentes y el niño nacido en el extranjero como resultado de contratos de maternidad subrogada, prohibidos en el Estado demandado (§ 61); iii) aunque el Tribunal reconoce que el no reconocimiento de la relación de filiación entre el niño y las comitentes ha afectado a la vida familiar de los demandantes, el disfrute de dicha vida familiar quedó suficientemente salvaguardado por el carácter permanente del acogimiento familiar, lo que debe considerarse que alivia sustancialmente la inseguridad y la angustia denunciadas por las demandantes (§ 71).

Como puede verse, los dos factores relevantes de que hemos venido hablando (existencia o no de una relación biológica, y duración de la convivencia entre las comitentes y el niño) también se encuentran presentes en la decisión del caso “Valdís Fjölnisdóttir”. Como en el caso “Paradiso”, la ausencia de esa relación biológica acaba desembocando en el no reconocimiento de una relación legal de filiación entre las comitentes y el niño. Y a diferencia del caso “Paradiso”, la larga convivencia entre el niño y las comitentes, y la consolidación de la situación de convivencia (con una de ellas) y de relación estable y permanente (con la otra) a través del acogimiento permanente, permite por un lado afirmar que sí ha habido vida de familia, pero que esa vida de familia no se ha visto sustancialmente afectada por la falta de reconocimiento legal de un vínculo de filiación.

III.4. Recapitulando, y concluyendo

A partir de la doctrina sentada en las sentencias que se han traído a colación en las páginas precedentes, así como en la *Advisory Opinion*, cabe hacer algunas consideraciones:

1. En primer lugar, el TEDH no se ha pronunciado explícitamente sobre los contratos de maternidad subrogada. Antes bien, tras reconocer que es una materia sobre la que no hay consenso, de forma que los Estados gozan de una amplia capacidad de decisión (“Menesson” § 78, “Paradiso” § 182, 194), afirma que no es función del Tribunal sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la política más apropiada para regular la maternidad subrogada (“Paradiso” § 180, “Valdís Fjölnisdóttir” § 67).

2. Las sentencias del TEDH tienen que ver más que con la maternidad subrogada en sí, con los problemas que plantea la maternidad subrogada llevada a cabo por un nacional de un país que la prohíbe en otro país que sí la admite, y que pretende después que la filiación derivada de esa maternidad sea reconocida legalmente en su país de origen: es decir, con el turismo reproductivo. En relación con este problema, el TEDH es consciente de que el libre reconocimiento de dicha filiación equivaldría dejar sin efecto la prohibición o el rechazo de la maternidad subrogada (“Paradiso” § 211, 215; “Menesson” § 84; la cuestión está meramente aludida en “Valdís Fjölnisdóttir” § 61). En el caso “Paradiso” este planteamiento, unido a las circunstancias a las que me referiré inmediatamente, es decisivo; en cambio, en la sentencia “Menesson” tiene menos fuerza, también por el concurso de circunstancias diferentes, mientras que carece de especial relevancia argumental en el caso “Valdís Fjölnisdóttir” (quizá porque, finalmente, el Tribunal no decide en favor del reconocimiento de los vínculos de filiación).

3. De la doctrina emanada del TEDH resulta la importancia tanto de la existencia de una relación biológica de filiación (lo resalta especialmente la *Advisory Opinion*, § 36) como del tiempo efectivo de convivencia

(35) A estos efectos conviene recordar que, para el examen de los asuntos que se le someten, el TEDH actúa bien en Salas de siete jueces, bien en la llamada Gran Sala, de diecisiete jueces: en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier

parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. Eso es lo que hizo Italia en este caso, y la decisión de la Gran Sala, contraria a la de la Sala, es la que va a ser comentada a continuación.

entre los padres comitentes y el niño o niños nacidos como consecuencia de la maternidad subrogada. En el asunto “Menesson”, tales circunstancias son decisivas, y son las que justifican la decisión final del TEDH: uno de los recurrentes era biológicamente padre de los gemelos, y la convivencia entre el matrimonio Mennesson y los niños duró casi catorce años. Sin embargo, en el asunto “Paradiso” las cosas eran muy diferentes: no había relación biológica entre el niño y el matrimonio Paradiso-Campanelli, y la convivencia no había llegado a durar ni un año, de forma que el Tribunal entiende que no hay, de hecho, vida de familia (§ 157). Desde esta perspectiva, fue clave la rápida intervención de las autoridades italianas en la retirada del niño y su adopción por otra familia, obteniendo así un equilibrio (que el Tribunal ha considerado adecuado) entre el legítimo interés del Estado en salvaguardar principios básicos del Derecho italiano y el interés del niño. Por último, en el caso “Valdís Fjölnisdóttir”, por un lado, no existía vínculo biológico entre el niño y las comitentes, y por otro el tiempo de convivencia efectivo (tras el divorcio, en los términos del acuerdo al que llegaron las comitentes) fue largo, y estuvo dotado de estabilidad fáctica y jurídica: todo esto permite al TEDH concluir que la decisión de las autoridades islandesas de no reconocer la filiación que constaba en los documentos extranjeros no era merecedora de reproche. En esta línea, la *Advisory Opinion* enfatiza la importancia de que los procedimientos por medio de los que se pueda establecer el vínculo de filiación entre (en el caso) la mujer comitente y el niño, sean rápidos y eficaces (§ 54).

En este punto, vale la pena resaltar la importancia que el Tribunal concede a la existencia de relación biológica de filiación (presente en “Menesson”, ausente en “Paradiso”), frente a planteamientos que parecen pretender rebajar dicha importancia, o incluso hacerla desaparecer, en relación con los vínculos legales de filiación (36).

4. Es posible identificar, en el conjunto de las sentencias del TEDH, dos líneas decisivas en cierta medida divergentes:

a) La representada por la sentencia *Menesson*, y la *Advisory Opinion* emitida en relación con este mismo caso, cuya consecuencia final es la consolidación en el Derecho nacional de los resultados que perseguían los comitentes a través del recurso a la maternidad subrogada en el extranjero, eludiendo así su prohibición en el Derecho nacional, al menos cuando hay relación biológica entre uno de los comitentes y el niño: en efecto, el TEDH afirma (con toda claridad en la *Advisory Opinion*) que, una vez establecido el vínculo legal entre el comitente-progenitor biológico, y el niño, debe ser establecido también un vínculo de filiación entre el niño y el comitente no relacionado biológicamente con él, aunque haya suavizado esta exigencia al afirmar que no es necesario que ello ocurra a través del reconocimiento automático del certificado de nacimiento extranjero, pudiendo realizarse por otras vías (principal, pero no únicamente, adopción).

b) La representada por los casos “Paradiso” y “Valdís Fjölnisdóttir”, cuyo resultado final es la falta de reconocimiento legal de vínculos de filiación entre los comitentes y el niño, pero con la importantísima diferencia, ya mencionada, de que en el primer caso el TEDH consideró que no había llegado a ha-

ber verdadera vida de familia, dada la rápida reacción de las autoridades italianas y la separación del niño de los comitentes, mientras que en el caso “Valdís Fjölnisdóttir” la convivencia se mantuvo, de acuerdo con las autoridades islandesas, y por tanto hubo vida de familia suficientemente estable desde el punto de vista legal.

5. Por último, y en relación con el caso “D. vs. Francia”, el TEDH parece no poner reparos a que los Derechos nacionales, a la hora de elegir entre la maternidad genética y la gestacional (ambas biológicas) para determinar la maternidad legal, opte por la gestacional, siguiendo el criterio (muy habitual en la legislación comparada) de que legalmente es madre la mujer que da a luz: esta opción tiene la clara ventaja de que es, en sí misma, la más evidente y de prueba más fácil e inmediata, lo ofrece mayor seguridad desde el punto de vista jurídico.

IV. Algunas iniciativas internacionales relativas a la maternidad subrogada

En el ámbito internacional cabe mencionar algunas iniciativas referentes a la maternidad subrogada, tanto a nivel europeo como global. De ellas, voy a detenerme en dos, una de ámbito europeo (IV.1.), y otra de alcance global (IV.2.).

IV.1. La Resolución del Parlamento Europeo sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto

El 7 de diciembre de 2015 el Parlamento Europeo adoptó una *Resolución sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto* (37), cuyo número 115 “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”. Ha llamado la atención que esta Resolución, que tan claramente condena la maternidad subrogada, proponga únicamente la prohibición de la llamada maternidad subrogada gestacional (en la que el óvulo procede de la mujer comitente, o de una donante, de forma que la madre gestante no está relacionada genéticamente con el niño fruto de este acuerdo) (38). En todo caso, hay que subrayar que la Resolución condena todas las formas de maternidad subrogada (y no solo la gestacional), así como que la maternidad subrogada más practicada a nivel internacional es la que es a la vez gestacional y comercial (39).

IV.2. El Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños

El Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas por la relatora especial sobre venta y explotación sexual de niños, en enero de 2018 (40), tras ofrecer una breve información acerca de las actividades desarrolladas por la relatora

(Nº 1 a 6), contiene un estudio monográfico sobre maternidad subrogada —que denomina habitualmente “gestación por sustitución”— y venta de niños, así como algunas recomendaciones relativas a la forma de impedir el tráfico de niños mediante la maternidad subrogada (Nº 7 a 78). No es posible dar cuenta detallada de dicho estudio en estas páginas: me limitaré a subrayar algunos de los contenidos del mismo que, en mi opinión, son más relevantes.

1) El informe se presenta como una consecuencia lógica del informe previo sobre adopciones ilegales (Nº 8), y examina principalmente en qué casos un contrato de maternidad subrogada constituye venta de niños desde el punto de vista de la legislación internacional de derechos humanos. Las repercusiones de la maternidad subrogada sobre los derechos de las mujeres quedan fuera del estudio, salvo cuando afecten tanto a los niños como a las mujeres, o salvo algunas violaciones de derechos que pueden servir para ilustrar cuestiones relativas a la regulación legal y su cumplimiento.

2) El estudio subraya la división existente a la hora de determinar cuál sea la mejor forma de afrontar la maternidad subrogada internacional: ya sea a través de la regulación tanto de la subrogación altruista como de la comercial, o de la prohibición de ambas, o de la admisión de una (la altruista) y la prohibición de la otra (la comercial) —Nº 20—.

3) Para evitar los problemas derivados de esa falta de acuerdo, el informe identifica “un refugio seguro basado en una premisa sencilla: todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención. Aunque el imperativo de prohibir y prevenir la venta de niños no ofrece respuestas a todos los debates de política que rodean a la gestación por sustitución, sí limita el alcance de los enfoques admisibles” (Nº 22).

4) El informe alerta contra el riesgo de que tanto los Estados como la comunidad internacional lleguen a legalizar o normalizar la venta de niños y otras violaciones de los derechos humanos al regular la maternidad subrogada. Y más específicamente, en relación con los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional, el informe afirma que “la exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos” (Nº 23).

5) El estudio resalta la conexión existente entre adopción internacional y maternidad subrogada internacional, pero no tanto para considerar la adopción internacional como un mecanismo apto para legalizar la situación de los niños nacidos a consecuencia de una gestación de sustitución, sino para indicar que muchas de las soluciones legales ofrecidas para afrontar legalmente la maternidad subrogada internacional podrían, de ser aceptadas, legitimar prácticas que en otros campos, como en de la adopción, son consideradas ilícitas (Nº 24). El informe indica que hay un riesgo real de que desapa-

rezcan algunos de los avances producidos en el desarrollo legal de los derechos de los niños, incluidos los que han tenido lugar en el campo de la adopción (Nº 25), sobre todo teniendo en cuenta la insistencia con que la industria de la maternidad subrogada y sus defensores intentan que prácticas y reglas rechazadas por la comunidad internacional respecto a la adopción internacional, sean aceptadas en relación con la maternidad subrogada (Nº 26). En esta línea, el estudio recalca que hay algunos principios relativos a los derechos humanos que son aplicables tanto a la adopción como a la maternidad subrogada, entre los que se incluyen la prohibición de la venta de niños, el interés superior del menor como consideración primordial, la inexistencia del derecho al hijo, la necesidad de una estricta regulación y limitación de las transacciones económicas en estos ámbitos, los derechos a la identidad y a conocer el propio origen, y la protección frente a la explotación (Nº 28).

6) Una parte significativa del informe está dedicada a demostrar que la maternidad subrogada comercial, tal y como se desarrolla habitualmente en la práctica, constituye venta de niños, tal y como es definida en la normativa internacional de derechos humanos, ya que concurren los tres elementos que definen la venta de niños, de acuerdo con el art. 2.a del *Protocolo Facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (41): hay remuneración u otro tipo de retribución (pago), hay transferencia de un niño, y hay intercambio de la retribución por la transferencia del niño (Nº 42 y ss.).

7) El informe se opone frontalmente al uso de expresiones como “derecho a procrear” (terminología ausente de los textos internacionales de derechos humanos) o “derecho al hijo”, que no existe en el Derecho internacional: “un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un ‘derecho a tener un hijo’ suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el ‘derecho a tener un hijo’, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos” (Nº 64).

8) El informe acepta que la llamada maternidad subrogada altruista no entraña venta de niños, pero alerta acerca de la existencia de sistemas organizados de maternidad subrogada etiquetados como “altruistas”, pero que habitualmente incluyen retribuciones sustanciales para las madres, y pagos importantes a los intermediarios. El uso de categorías abiertas y genéricas, como “sufrimientos morales” o “servicios profesionales” para justificar tales retribuciones y pagos, debe ser considerado, al decir del informe, como un indicador de que estamos en presencia de una maternidad subrogada comercial (Nº 69).

9) En cuanto a los problemas a que deben enfrentarse los ordenamientos que prohíben o restringen la maternidad subrogada, el informe señala que “en vista del riesgo de venta de niños en las modalidades regulada y no regulada, los Estados no deberían reconocer automáticamente las órdenes de patria potestad o las partidas de nacimiento cursadas por Estados extranjeros en relación con modalidades comerciales de gestación por sustitución, sino examinar

(36) Uno de los mejores ejemplos puede ser el informe redactado en Francia para el Ministerio de Asuntos Sociales y de la Salud y el Ministerio de la Familia por I. THERY - A. M. LEROYER: “Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle”, París 2014, disponible en http://www.justice.gouv.fr/include_htm/etat_des_savoirs/eds_

they-rapport-filiation-origines-parentalite-2014.pdf, último acceso, 18 de mayo de 2022.

(37) Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2015-0470&language=ES&ring=A8-2015-0344> (último acceso, 18 de mayo de 2022).

(38) Cfr. *PACE Report on children's rights related to sur-*

rogacy, op. cit. p. 28: la relatora considera que la llamada maternidad subrogada tradicional (en la que la madre gestante es también la madre genética, porque ha aportado el óvulo) es la peor forma de maternidad subrogada.

(39) Cfr. *HCCH Permanent Bureau (H. BAKER), A study of legal parentage...*, ob. cit., nº 35; *PACE Report on children's rights related to surrogacy*, op. cit., p. 3.

(40) El Informe está fechado el 15 de enero de 2018. Las sesiones del Consejo de Derechos Humanos tuvieron lugar en febrero y marzo de 2018.

(41) “Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.

detenidamente el procedimiento tramitado en el extranjero. El Estado de los aspirantes a progenitor se encarga de realizar determinaciones del interés superior después del parto, proteger los derechos del niño de identidad y de acceso a los orígenes personales y efectuar evaluaciones independientes de la patria potestad, así como de indagar sobre el tratamiento dispensado a la madre de alquiler y su consentimiento con posterioridad al parto. El Estado de los aspirantes a progenitor solo debe concederles la patria potestad y la responsabilidad paterna al término de esas evaluaciones sobre la base del interés superior del niño. No debe castigarse ni discriminarse al niño por las circunstancias en que nació, y han de protegerse los derechos de los niños nacidos de vientres de alquiler. Corresponde a los Estados interesados, que son el de los aspirantes a progenitor y el Estado en que nace el niño, velar por que no se produzca apatridia" (Nº 70).

V. Consideraciones conclusivas

No es fácil obtener conclusiones generales de cuanto ha quedado expuesto. Sin embargo, cabe identificar algunos rasgos y tendencias significativos:

1) El primero puede resumirse en una sola palabra, que es "división": la maternidad

subrogada genera debate y división a todos los niveles (geográfico, político e ideológico, legal y judicial...), dada la relevancia de las cuestiones que están en juego (la dignidad y derechos de mujeres y niños, pero también mucho dinero...).

2) Esta división hace que sea muy difícil llegar a un acuerdo global sobre la maternidad subrogada internacional, así como acerca de la forma en que los Estados (y principalmente los Estados que la prohíben o limitan) han de afrontar la situación de los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de los contratos internacionales de gestación por sustitución. En relación con ello, cabe hacer dos ulteriores consideraciones:

2.1) En tanto no se llegue a un acuerdo, las regulaciones nacionales prohibitivas o restrictivas corren el riesgo de tener una eficacia muy limitada, ya que el umbral de lo aceptable y la efectividad de las leyes nacionales que regulan estas prácticas vendrán determinados por la regulación nacional más permisiva que exista a nivel internacional, siempre que ofrezca unas garantías legales mínimas a los comitentes (42).

2.2) Parece haber un creciente consenso en que una respuesta nacional a estas situaciones que se base exclusivamente

en el interés individual del niño implicado individualmente en ella es insuficiente, ya que tal cosa podría desembocar en la aceptación del tráfico de niños. De ahí que el interés de los niños, en abstracto, deba ser tomado en consideración. Por eso el Informe de la Relatora especial de Naciones Unidas sugiere que los Estados no deben reconocer automáticamente las decisiones relativas a la paternidad o maternidad, o los certificados de nacimiento procedentes de otros Estados en caso de maternidad subrogada comercial, sino que deben verificar cuidadosamente los procedimientos desarrollados en el extranjero para evitar la venta de niños. Esta parece ser, también, la postura del TEDH, que, incluso en los casos en los que entiende que debe establecerse un vínculo legal de filiación entre uno de los comitentes y el niño, cuando no están relacionados biológicamente, no considera que deba hacerse necesariamente por medio del reconocimiento automático de la filiación, tal y como resulta del certificado de nacimiento emitido por el Estado de origen del niño.

3) Hay una creciente preocupación acerca de en qué forma los contratos internacionales de maternidad subrogada pueden afectar a los derechos de mujeres y niños, y sobre el riesgo de venta de niños y de cosi-

ficación y explotación de mujeres vulnerables (43).

4) Puede ser de gran utilidad tomar la adopción, y muy destacadamente la adopción internacional, como modelo para afrontar los problemas derivados de la maternidad subrogada internacional, y sus riesgos, ya que tales problemas son, en muchos casos, similares a los que se plantean en la adopción internacional: las normas adoptadas para evitar abusos y venta de niños, y proteger los derechos de las mujeres y los niños implicados en adopciones internacionales, pueden ser usados como una referencia a la hora de redactar las normas relativas a la maternidad subrogada internacional. Sin embargo, hay una diferencia básica entre ambos fenómenos, que debe ser subrayada: mientras la adopción, en sí misma, es indudablemente una forma legítima y justa de llegar a ser legalmente padre o madre, hay muy serias dudas de que pase lo mismo con la maternidad subrogada, que necesariamente requiere el "uso" de una mujer como madre gestante, "uso" que fácilmente puede devenir en "abuso". Por ello, mientras que la prohibición de la adopción internacional carece de sentido, la completa prohibición de la maternidad subrogada es una posibilidad que puede, y debe, ser considerada como una opción razonable.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/1931/2022

(42) Así lo apunta el Informe del Comité de Bioética de España, op. cit., p. 20.

(43) En este sentido, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo español, 277/2022, de 31 de marzo, a partir de los arts. 1 y 2 del Protocolo Facultativo sobre la venta

de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, del Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que mues-

tre abusos sexuales de niños, del Informe del Comité de Bioética de España, así como del contenido de los contratos de maternidad subrogada que se emplearon en el caso resuelto por la sentencia, concluye que la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los dere-

chos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos (Fundamento de Derecho Tercero).

Comité Científico de Árbitros

Prof. Dr. Guido Alpa, Università di Roma-Sapienza, Italia.
 Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.
 Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Giuseppe Conte, Università degli Studi Firenze.
 Prof. Dra. Irene Coppola, Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia.
 Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Gregor Christandl, Universität Graz, Austria.
 Prof. Dra. Carmen Domínguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.
 Prof. Dr. Anatol Dutta, Ludwig Maximilians Universität, Alemania.
 Prof. Alfredo Ferrante, Università di Pisa, Italia.
 Prof. Dr. Augusto Ferrero Costa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.

Prof. Dr. Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin Lyon 3, Francia.
 Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.
 Prof. Dr. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, Italia.
 Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
 Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.
 Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Nenad Lhaca, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
 Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Universidad de Zaragoza, España.
 Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.
 Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

Prof. Dra. Romana Pacia, Università degli Studi di Trieste, Italia.
 Prof. Ubaldo Perfetti, Università degli Studi di Macerata, Italia.
 Prof. Dr. Carlo Pilia, Università degli Studi di Cagliari, Italia.
 Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.
 Prof. Dr. Pablo Sanabria, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Fulvio Santarelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Universität Liechtenstein, Liechtenstein.
 Prof. Dr. José W. Tobías, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.
 Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.
 Prof. Angelo Vigliani Ferraro, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, Italia.
 Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.
 Prof. Dr. Alessio Zaccaria, Università degli Studi di Verona, Italia.

Árbitros sorteados para seleccionar las publicaciones de este número



Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.



Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.



Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.



Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.



Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

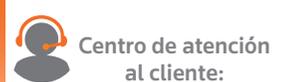
Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
 Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores: Nicolás R. Acerbi
 Valderrama
 Florencia Candia

Jonathan A. Linovich
 Elia Reátegui Hehn
 Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
 Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
 Bs. As. República Argentina
 Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
 Provincia de Buenos Aires.



0810-266-4444