

Recepción: 31/03/2015  
Aceptación: 25/04/2015

Luciana Beatriz Scotti✉

## La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina

*Surrogate motherhood and Private International Law: Perspectives in the light of the new Civil and Commercial Code of Argentina*

### Resumen

*La gestación por sustitución, comúnmente llamada maternidad subrogada o alquiler de vientre, es sin lugar a dudas una figura jurídica compleja que tiene tantos destructores como defensores.*

*Esta técnica de reproducción humana asistida, a diferencia de otras tradicionalmente más aceptadas, pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano mater semper certa est.*

*Si bien esta práctica no es nueva, ha cobrado popularidad en los últimos años, y en Argentina alcanzó una notoria repercusión con motivo de una serie de casos jurisprudenciales y en particular, cuando fuera incorporada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, y posteriormente eliminada del texto definitivo aprobado por el Congreso.*

*Ante el vacío normativo del nuevo Código argentino, aprobado por Ley 26.994, en vigor desde el 1° de agosto de 2015, será frecuente encontrar casos de personas que recurran a esta técnica en el extranjero. Ahora bien, los efectos de la filiación así obtenida con arreglo al ordenamiento jurídico foráneo que permite la gestación por sustitución, plantearán generalmente un problema de reconocimiento en nuestro país, que debe analizarse a la luz de las disposiciones de Derecho Internacional Privado.*

✉ Abogada, egresada con Medalla de Oro (Universidad de Buenos Aires - UBA). Doctora en Derecho y Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Posdoctora (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho, UBA. Profesora de Posgrado y Doctorado de la UBA. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Directora del Seminario Permanente de Integración Latinoamericana (SPIL – Inst. Gioja – UBA). Directora del Proyecto UBACyT GEF (2013 – 2016) “Bases jurídicas para el reconocimiento extraterritorial de la filiación derivada de técnicas de reproducción humana asistida, en particular del caso de la maternidad subrogada”. Miembro de ASADIP y de AADI.

✉ [lucianascotti@derecho.uba.ar](mailto:lucianascotti@derecho.uba.ar)

**Palabras clave:** *gestación por sustitución, Derecho Internacional Privado, técnicas de reproducción humana asistida, turismo reproductivo, reconocimiento extraterritorial*

**Abstract**

*The gestation by substitution, commonly called surrogacy, is undoubtedly a complex legal concept that has as many detractors as supporters.*

*This technique of assisted human reproduction, unlike other traditionally accepted, puts into question the famous maxim of Roman law mater semper certa est.*

*Though this practice is not new, it has gained popularity in recent years and in Argentina reached a noticeable impact due to a series of court decisions and particularly when it was incorporated into the Draft Civil and Commercial Code of Argentina and subsequently removed from the final text adopted by Congress.*

*Given the legislative gap of the new Argentinean Code, approved by Act 26994, in force since 1 August 2015, we will often see cases of people making use of this technique in a foreign country. However, the effects of filiation obtained under foreign law that allows for substitution gestation, usually pose a problem of recognition in our country, to be analyzed in the light of the rules of Private International Law.*

**Keywords:** *surrogated motherhood, Private International Law, assisted reproduction, reproductive tourism, extraterritorial recognition*

## Introducción

La gestación por sustitución, comúnmente llamada *maternidad subrogada* o *alquiler de vientre*, es sin lugar a dudas una figura jurídica compleja que tiene tantos detractores como defensores.

Esta técnica de reproducción humana asistida, a diferencia de otras tradicionalmente más aceptadas, pone en tela de juicio la célebre máxima del derecho romano *mater semper certa est*.

Si bien esta práctica no es nueva (el primer caso conocido es el de *Baby M*, a mediados de la década de los años ochenta), ha cobrado popularidad en los últimos años, y en Argentina alcanzó una notoria repercusión con motivo de una serie de casos jurisprudenciales y en particular, cuando fuera incorporada por el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, y posteriormente eliminada del texto definitivo aprobado por el Congreso.

Entre los argumentos en contra, la doctrina ha mencionado que son contratos inmorales, de objeto prohibido, y en consecuencia nulos; que supone la explotación y la cosificación de la mujer gestante, a quien se le dispensa el trato de una *incubadora humana*; que estos acuerdos implican la manipulación del cuerpo femenino; que puede atentar contra la salud física y psíquica de la gestante; que esta práctica puede convertirse en un gran negocio económico; que puede importar un fraude a las normas legales sobre la adopción. Principalmente, en relación con el niño, se ha indicado que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que “es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto” (Lamm, E., 2012, 6).

Pero, asimismo, encontramos otros tantos fundamentos que favorecen la admisión de la gestación por sustitución. Entre ellos, destacan: que es una manifestación del derecho a procrear y a formar una familia, apelando a la libertad

reproductiva y la autodeterminación; que esta práctica no supone ningún daño a terceros y por ende, debe estar permitida; que es una figura que se corresponde con una sociedad liberal, pluralista y democrática; que son acuerdos voluntarios y libres y por consiguiente, no hay razón para hablar de explotación en términos tan genéricos, máxime cuando la ley puede exigir la gratuidad y perseguir la solidaridad; su aceptación propende a la defensa de principios básicos de igualdad y no discriminación especialmente en relación a las parejas de dos varones pues la gestación por sustitución es la única técnica de las conocidas que les permite tener un hijo genéticamente propio; que el recurso a la adopción no siempre es una alternativa pues suele implicar un trámite engorroso y lento. La gestación por sustitución no atenta contra la salud física y psíquica de la gestante, no existen estudios que hayan hallado algún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado como gestantes; tampoco hay daño alguno para el niño así gestado que fue deseado por los comitentes y en consecuencia, lo que corresponde es la regulación de esta figura para proteger y garantizar los derechos de los niños.

Estas divergencias, que se plasman en los sistemas jurídicos de los distintos Estados que rechazan deliberada o indirectamente la gestación por sustitución, o la aceptan con amplitud o con cierta tibieza, responden a múltiples factores religiosos y culturales muy profundos, que se reflejan en concepciones antagónicas sobre el contenido del orden público, en especial en lo que respecta a principios como el indisponibilidad del cuerpo humano y del estado civil de las personas, sobre los derechos humanos, los principios elementales de libertad y de igualdad y principalmente, el tan mentado interés superior del niño. La invocación de estos principios puede justificar tanto la prohibición absoluta como la admisión o al menos el reconocimiento de algunos efectos de esta práctica, sobre todo cuando se realiza en el extranjero.

### **Las técnicas de reproducción humana asistida y el Derecho Internacional Privado: el caso de la gestación por sustitución**

A la complejidad que presenta el régimen internacional de la filiación, íntimamente vinculado a la noción de orden público internacional, desde hace unos años, se han sumado los aportes de la ciencia y de la biotecnología, que no pueden ser soslayados en ninguna legislación del Siglo XXI.

El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en crisis. Además de estos dos

tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional.

De esta revolución biotecnológica que impacta en el ordenamiento jurídico, no escapa el Derecho Internacional Privado.

Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida potencian las posibilidades de encontrar un elemento extranjero en una controversia sobre filiación. Tal como sostiene Rubaja:

“Por ejemplo para los supuestos de donantes con residencia habitual en un país distinto del de la madre, o que el país en que se lleve adelante la técnica de reproducción sea otro que aquel de la residencia habitual de los padres y luego ése constituya un punto de conexión relevante para regir el caso por tratarse del lugar de la concepción; o en los supuestos de maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero, pero cuyos progenitores y el niño residan en un país que no permita dicha técnica; entre muchas otras posibilidades...” (2012, 302).

Así como afirma Santos Belandro:

“El verdadero reto actual, no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día, le interesan las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada –que se siente actualmente en el derecho interno– también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado. Ello se debe, sobre todo, al desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos, provocados por los adelantos científicos, sobre los que se han elaborado tradicionalmente las reglas de derecho internacional privado, las que inevitablemente también tendrán que cambiar” (2009, 191).

Tales técnicas de reproducción humana asistida pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación

artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos estatales pueden reconocer efectos extraterritoriales (una filiación declarada en un Estado será reconocida en todos los demás) o bien meramente territoriales (solo tendrá efectos en el Estado que la declaró o reconoció).

Podemos caer en un sistema estrictamente territorial, precisamente –en contrasentido al principio de extraterritorialidad del derecho, fundamento básico para la operatividad de Derecho Internacional Privado– ante el temor de reconocer todas o ciertas técnicas que nos provee la biotecnología, ya implementadas legalmente y utilizadas en muchos Estados.

Cabe recordar que ya en 1989, en las 12<sup>a</sup> Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión de Derecho Internacional Privado recomendó que:

III. En virtud del espíritu que inspira la ley 23.264, tanto la inseminación artificial, como la fecundación in vitro y el desarrollo del embrión en el útero de una mujer distinta de la que aportó el óvulo, realizados en otros países, en principio, no conculcan el orden público argentino.

Sin embargo, de los distintos métodos de reproducción humana asistida, la que ha generado mayor controversia por la propia naturaleza de la práctica, es la llamada *maternidad subrogada*, o con más propiedad, *gestación por sustitución*, sobre la que trataremos en forma particularizada en los acápite siguientes.

### **¿Qué es la gestación por sustitución o maternidad subrogada?**

Se han utilizado diversos términos para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de al-

quiler y madres gestantes (Lamm, E., 2012, 4).

En esta práctica intervienen múltiples actores: padres comitentes, contratantes o intencionales; la gestante, madre sustituta o “madre de alquiler”; el donante de esperma o el donante de óvulos; clínicas especializadas, agencias intermediarias.

En efecto, el recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante, la madre subrogada, madre de alquiler o madre portadora, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados padres intencionales, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado<sup>1</sup> se instrumenta a través de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes.

Ahora bien, existen varias modalidades, que merecen ser diferenciadas. Veamos.

### **Diversas modalidades de la gestación por sustitución**

En líneas generales, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con esperma del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima.

Sin embargo, con mayor precisión, la doctrina ha diferenciado al menos cinco modalidades distintas:

Es posible, en primer lugar, que recurran a esta técnica parejas conformadas por personas de distinto sexo en las que la mujer está aquejada de infertilidad uterina. En tal caso, lo habitual es que a la gestante le sean implantados embriones ajenos: óvulos de la mujer comitente, fecundados por su propia pareja. De esta forma, en esta modalidad no se daría propiamente tanto una maternidad de sustitución como una gestación de sustitución, pues la gestante no será madre genéticamente: el o los niños que dé a luz llevarán los genes de los comitentes. En segundo lugar, también cabe la posibilidad de que la infertilidad de la mujer comitente sea además ovárica, de manera que sea preciso que la propia gestante u otra mujer (donante) aporten óvulos, para su fecundación por parte del hombre de la pareja comitente y su posterior implantación en la gestante... Además, a la maternidad de sustitución suelen acudir parejas del mismo sexo, fundamentalmente hombres... A través de la maternidad de sustitución lograrán tener hijos que también lo sean genéticamente de al menos de uno de ellos, pues se emplearán sus gametos para fecundar óvulos de la propia gestante (cuarta modalidad) o de una tercera mujer, una donante (quinta modalidad), a efectos de implantar los embriones en el útero de aquélla (Orejudo Prieto de los Mozos, P., 2012, 4).

### **Cuestiones controvertidas involucradas en el ámbito del Derecho Internacional Privado**

La facilidad para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los Estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución en los últimos años<sup>2</sup>. Piénsese que, en varios países, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud *on line* en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios, y comenzar así el *trámite*.

Principalmente, son tres las grandes cuestiones que se encuentran involucradas, propias del Derecho Internacional Privado: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias.

En relación al último aspecto mencionado, son pocos los ordenamientos jurídicos que exigen una intervención judicial para la consagración del vínculo; por lo general, los magistrados realizan una supervisión con la finalidad de conducir el embarazo hacia el parto de acuerdo a las pautas establecidas por la legislación local, algunos de ellos homologándolas. Por ende, en general, no estamos ante

una decisión o resolución judicial sino ante documentos públicos, generalmente partidas de nacimiento. Por ello, tal como afirma Santos Belandro, ello conduce a resolver esta cuestión sobre dos planos: respecto del reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en primer lugar; y en segundo término, la circulación internacional de los documentos extranjeros (2011, 9).

En consecuencia, los efectos de la filiación así obtenida con arreglo al ordenamiento jurídico extranjero que permite la gestación por sustitución, plantean generalmente un problema de reconocimiento, normalmente en el ámbito registral. Ahora bien, cuando esa filiación ha sido establecida en otro Estado por una autoridad judicial, la inscripción dependerá del previo reconocimiento extraterritorial de la sentencia extranjera sorteando los requisitos legales exigidos para proceder al *exequátur*, entre ellos el control de la competencia internacional de la autoridad de origen y el control del orden público internacional.

Efectivamente, la inexistencia de la institución en el país hasta nuestros días, aún cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional a fin de negarle efectos en nuestro territorio.

Para interponer esta excepción de orden público en las hipótesis de maternidad por sustitución consagrada en el extranjero, se han hecho valer las siguientes consideraciones:

La indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos – tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría *un derecho al niño*, como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente reciben una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como ‘bancos’ de materiales gené-

ticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes (Santos Belandro, R., 2011, 16).

Cabe señalar que, en estos casos, es posible recurrir al llamado orden público atenuado (o efecto atenuado del orden público), ya que no es la misma reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera, que cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. La acción del orden público en éste último supuesto es menos intensa que en el primero. Sobre este tema, es ilustrativa la jurisprudencia extranjera. Por ejemplo, una Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo (España), de 9 de abril de 2012, que concede a una madre por subrogación (madre comitente) el permiso por maternidad y el derecho a percibir un subsidio por maternidad, en relación con su hijo nacido en California mediante gestación por sustitución. El juez afirmó que: el hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados. El juzgado ejemplifica con la pensión de viudez que se otorga a las viudas de un causante poligámico o la protección que se otorga, en materia de Seguridad Social, a los trabajadores en situación irregular. Concluyó que siendo la maternidad por sustitución equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación del subsidio solicitado vulneraría el principio de igualdad (Álvarez González, S., 2013, 85).

Por otro lado, la excepción de fraude (ya sea a la jurisdicción o a la ley aplicable) también puede ser invocada. En efecto, el sometimiento a los procedimientos médicos necesarios se torna factible sólo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza. Es por ello que, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un Estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características (Dreyzin de Klor, A. y Harrington, C., 2011, 301).

En definitiva, son complejos los interrogantes frente a los casos de gestación

por sustitución: ¿qué dificultades se advierten en torno al establecimiento/reconocimiento de la filiación en estos casos?, ¿cómo se calificaría esta institución en el Derecho Internacional Privado argentino?, ¿qué otros problemas se encuentran involucrados: migratorios, establecimiento de la nacionalidad, preocupación relativa a las partes vulnerables, aspectos contractuales incluyendo compensación financiera, procedimientos criminales, regulación de las agencias intermediarias?, ¿cómo pueden ser solucionados? ¿Qué ley resulta aplicable? ¿Es posible aplicar un derecho extranjero que reconoce efectos jurídicos a la llamada maternidad subrogada si el derecho del foro los prohíbe?, ¿y si no los contempla expresamente? O bien ¿configuran la institución con requisitos divergentes (ej. onerosidad vs. gratuidad del acuerdo)? ¿Un juez nacional reconocería los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada? ¿Podría reconocer un acto, documento (por ejemplo, un certificado de nacimiento), o sentencia proveniente de un país que recepta dicha institución? ¿En qué medida las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional demandan un tratamiento específico?, ¿qué cuestiones deberían ser incorporadas en un instrumento de alcance universal en la materia? ¿Cuál es el rol que desempeña el fraude a la ley a la hora de proceder al reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos casos?, ¿qué rol desempeña el orden público internacional en el pedido de reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos supuestos? (Scotti, L., 2013, 267).

Analizaremos, a continuación, algunas respuestas que aporta el Derecho comparado.

### **Sistemas de regulación: un recorrido por el Derecho Comparado**

La gestación por sustitución se encuentra expresamente prohibida en muchos países, incluyendo en algunos de ellos, normas penales que incriminan la participación o la intermediación en esta práctica.

En el lado opuesto, encontramos legislaciones sumamente permisivas, que promueven el llamado turismo reproductivo.

Descubrimos, entonces, a nivel mundial, al menos tres grandes sistemas: los que prohíben la práctica; los que la admiten ampliamente, y entre estas dos alternativas extremas, los ordenamientos que la admiten pero condicionada a estrictos requisitos.

## Legislaciones prohibitivas

En países europeos como Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, Portugal, España, Serbia, Islandia, Finlandia, Noruega, Dinamarca la regla es la prohibición expresa y la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución.

En España, por ejemplo, el artículo 10 de la Ley 14/2006 declara “nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”; a continuación añade que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y deja a salvo “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. La contratación de una madre gestante o sustitutiva, por tanto, está sancionada desde un punto de vista jurídico-civil, aunque no tenga efectos penales. Y, sin embargo, esa prohibición abre la posibilidad de que la comitente y la gestante incurran en conductas delictivas. Si, a pesar de la prohibición civil, se llevase a cabo una maternidad de sustitución en territorio español, para que se atribuyese la maternidad a la comitente ambas mujeres tendrían que ocultar la verdadera identidad de la gestante: por ejemplo, alumbrando ésta bajo la identidad de aquélla. La gestante, con ello cometería el delito de entrega de hijo a terceros para alterar o modificar la filiación; y la comitente, el delito de suposición de parto (art. 220 CP) (Orejudo Prieto de los Mozos, P., 2012, 5).

En Francia, el *Comité Consultatif National d’Ethique* de Francia en su Opinión n° 3 del 23 de Octubre de 1984, no se manifiesta a favor de la gestación por sustitución en tanto ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma postura negativa se reitera en la opinión n° 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación, y en su opinión n° 110, de mayo de 2010, sobre *Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)*. En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos (Lamm, E., 2012, 11).

Por su parte, desde 1991, la Corte de Casación francesa sostuvo el principio según el cual “la convention par laquelle une femme s’engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l’abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d’ordre public de l’indisponibilité du corps humain qu’à celui de l’indisponibilité de l’état des personnes”.

La ley de bioética de 1994 de Francia consagró formalmente la prohibición de la práctica en el seno del código civil.

El artículo 16-1 de dicha ley mantiene el principio de no patrimonialidad del cuerpo humano, de sus elementos y de sus productos, y el artículo 16-5 declara nulas las convenciones que tienen por efecto conferirle un valor patrimonial, el artículo 16-7 contiene el principio según el cual “*toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle*”. Además el derecho francés prevé sanciones penales. La revisión de las leyes de bioética en 2004 mantiene esta posición, sustentada por la jurisprudencia intransigente de la Corte de casación, incluso cuando el contrato fue concluido en el extranjero<sup>3</sup>.

Por su parte, la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su artículo 1º, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que:

1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; (...); 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento.

A su turno, en Suiza la gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal: “La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas”. El artículo 4 de la ley federal sobre procreación medicamente asistida de 1998, reformada en 2006 expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (Lamm, E., 2012, 12).

Asimismo, en Italia, la ley del 19 de febrero 2004 sobre la procreación médicamente asistida prohíbe los contratos de maternidad subrogada y condena a toda persona que realice, organice o promueva esta práctica.

En Portugal, la gestación por sustitución también está prohibida por la ley nº32/2006 sobre las tecnologías de reproducción. El artículo 8.1 considera nulo y desprovisto de todo efecto los contratos de maternidad subrogada, con o sin remuneración. Las sanciones penales se reservan exclusivamente a los contratos concluidos a título oneroso.

Por otro lado, en los países de tradición islámica, esta práctica está, en principio, prohibida, como en Arabia Saudita, en Marruecos, o en Turquía. En Túnez, se encuentra expresamente condenada por el artículo 15 de la ley n° 96 del 7 de agosto de 2001 sobre la procreación médicamente asistida.

En Estados Unidos, algunos estados prohíben estos acuerdos, tales como Arizona, Indiana, Michigan, Columbia, Utah, Dakota del Norte. En Canadá, mientras que el derecho federal prohíbe solamente los contratos onerosos, la prohibición es general en Quebec. En Australia, Tasmania tiene una legislación de este tipo.

En Asia, algunos pocos países contemplan prohibiciones legislativas expresas, tales como Macao, Singapur, Vietnam, Japón y Filipinas.

### **Legislaciones restrictivas**

Otros Estados, en cambio, permiten la gestación por sustitución, siempre que se cumplan ciertas condiciones. Adoptan, por ende, una posición más moderada. Ello sucede en el Reino Unido, Canadá, Israel, Grecia, Australia, Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria, Western Australia, Sudáfrica y Nueva Zelanda.

Algunos de estos ordenamientos exigen una pre-aprobación del acuerdo, que deberá ser presentado ante una autoridad competente (judicial o extrajudicial) que controlará que se configuren los requisitos legales antes del inicio del tratamiento. Otros sistemas, en cambio, conservan la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de opinión. Tal es el caso, de la legislación del Reino Unido, de acuerdo a la cual, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, y sólo se transfiere, pasado un período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante, a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales. El juez inglés establecerá, entonces, la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una *parental order*.

En varias de estas legislaciones se intenta combatir el turismo reproductivo. En la legislación inglesa, la mencionada *parental order*, tiene, entre otros requisitos, la necesidad de que al menos uno de los solicitantes tenga su domicilio en el Reino Unido. Asimismo, en Grecia los arts. 1458 y 1464 del Código Civil sólo son aplicables cuando la mujer comitente y la mujer gestante poseen ambas su domicilio en Grecia.

La ley holandesa es aún más exigente. El reglamento del 1 de abril de 1998 relativo a los establecimientos dedicados a la fertilización in vitro establece que la subrogación se llevará a cabo conjuntamente con la fertilización in vitro, sólo si el médico responsable de la operación confirma que se trata la única manera para que una mujer se convierta en madre, y la operación debe llevarse a cabo de acuerdo con las directrices de la Asociación Holandesa de Obstetricia y Ginecología. Además, la adopción de un niño de una subrogación está sujeta a estrictas condiciones. Sólo los contratos onerosos están sometidos a sanciones penales.

Por su parte, la gestación por sustitución se regula en Sudáfrica por la Ley de la infancia (en vigor desde el 1 de abril de 2010). Sólo los contratos gratuitos y entre contratantes domiciliados en Sudáfrica están permitidos, con sujeción a la aprobación previa de la Corte Suprema. La filiación se establece directamente a favor de los padres intencionales.

En Israel, se regula estrictamente desde 1996 por la Ley de contratos de alquiler de vientres. En un primer momento, una autoridad estatal específicamente creada a tal efecto (*National Statutory Approvals Committee*) debe autorizar el acuerdo. En un segundo paso, una vez que el embarazo llegó a término y el niño ha nacido, la filiación legal será establecida judicialmente. Las partes en el contrato (pareja y madre de alquiler) deben residir en Israel y ser de la misma religión.

En Hong Kong, la Ordenanza sobre las Tecnologías de Reproducción Humana de 2000 prohíbe los contratos onerosos y reserva la práctica para las parejas casadas que proporcionen sus propios gametos y sólo si se ha demostrado que la mujer no podía tener hijos y que el recurso a una madre de alquiler es la única alternativa posible.

En líneas generales, podemos concluir que para contrarrestar los efectos negativos derivados de estos acuerdos, este tipo de leyes además de la aprobación judicial o administrativa previa o requisitos sobre la nacionalidad o domicilio de los comitentes y de la gestante, prevén exigencias respecto a la edad, consentimiento, estado civil, salud física y psíquica de los intervinientes, algunas legislaciones requieren que la gestante compruebe que ya ha dado a luz anteriormente en al menos una oportunidad; pueden exigir que la agencia gubernamental competente realice una visita al hogar de los contratantes. Muchas leyes condicionan la legalidad de la práctica a su gratuidad, solo admitiendo el pago de una compensación a favor de la gestante, limitada a cubrir los gastos médicos relacionados con el embarazo, la elaboración de

evaluaciones médicas y no médicas, la pérdida de los salarios de la madre cuando la ausencia del trabajo sea recomendada por escrito por un médico, la celebración de un contrato de seguro de salud, incapacidad y vida durante el término del embarazo y hasta seis semanas después, y los gastos legales razonables que se deriven del contrato. Ciertas legislaciones también requieren que el acuerdo contenga una cláusula que exprese el consentimiento de la madre subrogada de renunciar a la custodia del recién nacido o que acepta la obligación de custodia si ella decide mantener sus derechos sobre este. Adicionalmente, algunos Estados reconocen a la madre subrogada la posibilidad de cambiar su decisión de renunciar a los derechos de custodia sobre el menor, hasta un cierto momento después del nacimiento, siguiendo el mismo principio establecido para los casos de adopción tradicionales (Rodríguez-Yong, C. y Martínez-Muñoz, K, 2012, 59).

### **Legislaciones permisivas**

En las legislaciones más liberales, como las de Georgia, Ucrania, Georgia, Armenia, India, Rusia y de algunos Estados de los Estados Unidos, como California, Arkansas, Ohio, entre otros, la gestación por sustitución es absolutamente legal y las exigencias son mínimas, relacionadas generalmente con las condiciones de salud de la gestante.

En efecto, entre los destinos más habituales encontramos a California (EEUU), fundamentalmente porque su ordenamiento es de los pocos que no pone obstáculos cuando los comitentes tienen nacionalidad y/o residencia en otro Estado. En California, esta figura se ha convertido en un negocio sumamente lucrativo, con la intervención de una empresa local especializada en la intermediación entre los comitentes y la gestante. Las autoridades californianas, una vez que hayan verificado que concurren todos los requisitos, declaran, antes de que el parto tenga lugar, que los comitentes son los progenitores legales de los niños que nazcan. Otros de los países que funcionan como *paraísos* para la maternidad subrogada es la India, principalmente por los bajos costos para los padres contratantes y por la gran disponibilidad de madres subrogantes.

En estos sistemas más liberales, la paternidad se establece directamente entre el niño y los padres intencionales, eliminando así cualquier procedimiento adicional (como la adopción, transferencia de custodia o patria potestad).

Nada indican, en cambio, respecto de la nacionalidad o residencia de los co-

mitentes y la gestante. Siendo así, promueven el turismo reproductivo, es decir el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país, para acceder a técnicas de reproducción humana asistida que no se encuentran disponibles en su Estado.

Sin embargo, algunas de estas legislaciones más permisivas, como es el caso de la India, ocasionan serios problemas al niño ya nacido a través de esta práctica cuando la comitente no es nacional. Este país no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Según la normativa vigente en la India, a los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento donde figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre, la leyenda “madre subrogante o madre sin estado”.

Finalmente, en un gran número de países, la gestación por sustitución no se encuentra ni prohibida ni autorizada o regulada por los tribunales, pero la práctica se realiza generalmente en el extranjero, y surgen los conflictos.

### **Consecuencias y dificultades ante el *turismo reproductivo***

Tal como bien expresa Lamm, el turismo reproductivo da lugar a diferentes problemas que se presentan cuando los comitentes desean llevar al niño a su Estado de residencia; una vez que el niño está en el Estado de residencia de los padres y se procura la inscripción del certificado de nacimiento extranjero o se demanda una acción judicial/administrativa para reconocer el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño (Lamm, E., 2012, 21).

El primer problema se configura cuando la ley considera padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otros documentos de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, es denegado. El niño es apátrida y permanece con filiación incierta.

En Argentina, tuvo gran repercusión mediática el caso de Cayetana, la niña de madre argentina y padre español, ambos residentes en Madrid, España, que nació en la India por medio del alquiler de un vientre, y a la que ninguno de los países involucrados quería darle la ciudadanía. Finalmente, a través de una medida *au-*

*tosatisfactiva*, un juez de familia de San Lorenzo, localidad santafesina de la que es oriunda la madre, reconoció la nacionalidad argentina de la niña, quien pudo ser inscrita en el consulado de Nueva Delhi (Argentina, Tribunal de 1ª Instancia de San Lorenzo, Expte. n° 3263/12, 2 julio 2012, “S. G., E.F. y/o G., C. E. s/ Medida C. Autosatisfactiva”, Escola, M., firmante)<sup>4</sup>.

Las autoridades indias habían rechazado conceder la nacionalidad porque los padres eran extranjeros. En España, argumentaron que Elsa Saint Girons no podía figurar como madre porque existe otra con la categoría de subrogada: la mujer que aceptó alquilar su vientre, y en ese país, como vimos, está vedada esta práctica. La embajada argentina había rechazado, en un primer momento, la solicitud al alegar que la mujer no tiene residencia actualmente en el país.

El juez argentino sostuvo, en lo principal que:

Es procedente la medida autosatisfactiva a fin de obtener la inscripción como argentina de su hija de la actora, nacida en la República de la India mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, pues, se encuentran conculcados derechos de raigambre internacional incorporados a nuestra Carta Magna (art. 75 inc. 22) y que atentan contra el interés superior de la niña, que nacida hace más de cuarenta días aún no ha sido inscrita y por lo tanto no goza de identidad y nacionalidad, dentro del plexo de derechos que como sujeto de derecho le corresponden (...). La negativa de inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre por parte del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi, avasalla su derecho a la nacionalidad entendido como un derecho humano básico en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, donde se consagró el reconocimiento a la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho reafirmado en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad entre personas.

Y por último, reafirma que:

La actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi al no inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de ex-

presa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño.

En otros casos, los problemas van a comenzar cuando los comitentes ya han regresado con el niño recién nacido a su país de residencia habitual. Cuando los comitentes procuran la inscripción del certificado de nacimiento extranjero de donde surge la filiación, o mediante una acción judicial/administrativa intentan que se reconozca el certificado de nacimiento extranjero o la sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño, la petición puede ser denegada, principalmente, por razones de orden público. Dos casos que ilustran con meridiana claridad este tipo de problemas son “Mennesson” y “Labassee”, ambos resueltos por los tribunales franceses y luego objeto de recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos que ha dictado una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), por la que declara que Francia viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (CEDH), por no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores que han acudido a este método reproductivo.

En ambos casos, los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De tales gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña.

De acuerdo con sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas.

La Cour de Cassation denegó las respectivas solicitudes de inscripción de filiación o de reconocimiento de sentencias solicitadas por los recurrentes, bajo el criterio de que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público según el artículo 16-9 del Código Civil francés. Los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar), por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

El Corte EDH señala que el artículo 8 es aplicable tanto en lo que se refiere a la “vida familiar” como a la “vida privada”. Asimismo, recuerda que el derecho

a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. El Tribunal admite que la injerencia litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8: la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. Seguidamente, examina a continuación si esta injerencia es necesaria en una sociedad democrática. En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas. Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de éste.

Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constata, sin embargo, que los recurrentes no pretenden que los obstáculos con los cuales se han encontrado fuesen insuperables ni que se hayan visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado, en efecto, que padres e hijo se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, se aprecia que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

No obstante, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el ex-

tranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal europeo condenó a Francia a satisfacer a cada uno de los niños afectados en el caso 5.000 euros por daños morales<sup>5</sup>.

## **La situación legal en la República Argentina. Evolución**

### **1. El Código Civil de Vélez Sarsfield (CC)**

Vélez Sarsfield adoptó las ideas provenientes de la tradición romana, que valoraban la necesidad de proteger a la familia legal, y a la descendencia matrimonial. Por ende, distinguía de forma tajante entre hijos legítimos e ilegítimos. A su turno, entre los segundos, con un status jurídico y social claramente desventajoso frente a los primeros, se diferenciaban distintas clases. Los más favorecidos eran los hijos naturales, es decir, “los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa”. Tenían acción para pedir su reconocimiento. Establecía reciprocidad alimentaria entre padres e hijos naturales, y admitía la posibilidad de su legitimación, pudiendo ésta ser impugnada. En materia sucesoria, podían concurrir junto con el cónyuge y los hijos legítimos, pero en condiciones mucho menos ventajosas. Los incestuosos podían, de acuerdo al grado de consanguinidad de los progenitores, equipararse con los naturales. A los adulterinos no se les admitía legitima-

ción alguna. Los sacrílegos fueron los más cuestionados y, por ello, la ley 2393 de matrimonio civil, en su artículo 112, eliminó esta categoría, suprimiendo los impedimentos para contraer matrimonio en virtud del orden sagrado.

La ley 14.367, de 1954, equiparó a todos los hijos ilegítimos y estableció una única categoría: la de los hijos extramatrimoniales. La ley tenía un propósito equiparador, pero quedaban resabios excluyentes en cuanto a la porción hereditaria (alcanzaba a la mitad de la que corresponde a los matrimoniales).

Fue recién en 1985, que la ley 23.264 logró la equiparación definitiva de todas las categorías. Clasificó a los hijos en por naturaleza (matrimoniales y extramatrimoniales) y por adopción, dando por finalizado la tan cuestionable discriminación. El artículo 240, segundo párrafo del Código Civil dispuso desde que entonces que “la filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme las disposiciones de este código”.

Ahora bien, nuestra legislación civil no contenía norma alguna sobre técnicas de reproducción humana asistida. Por ende, la filiación del nacido a partir de la gestación por sustitución quedaba en un limbo jurídico. Veamos las normas que resultaban aplicables ante esta laguna legal.

El artículo 242 CC establecía que la filiación queda establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. El estado de filiación materna queda establecido por el parto. Por ende, ante esta disposición, en un supuesto de práctica de subrogación, la madre del nacido era la subrogada, la gestante.

Por otro lado, con respecto a la determinación de la paternidad, el artículo 243 CC establece que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio. Por lo tanto, en el caso que la gestante se encuentre casada, el nacido era considerado como hijo del marido de la misma, no así de los padres comitentes. Sin embargo, atento a la calidad de presunción *iuris tantum*, dicha paternidad bien podía ser impugnada por el marido de la madre subrogada.

Aún ante este panorama normativo, la práctica se realizaba y se realiza en la Argentina. La filiación del niño se establece a través de diversos subterfugios como la impugnación de la maternidad o el reconocimiento por parte del marido que brinda sus gametos. Esta persona es efectivamente el padre biológico, se ad-

mite el reconocimiento sin dificultades, y seguidamente su esposa puede solicitar la adopción de integración del hijo del cónyuge. Si la gestante es casada, también se recurre al mismo mecanismo, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad (art. 259 CC), alegando no ser el padre genético del niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa peticiona la adopción de integración.

Si los comitentes no aportan el material genético, en muchos casos se vulneran las normas de adopción que no admiten la entrega directa de la familia biológica a la nueva familia adoptante: el matrimonio comitente solicita la adopción conjunta después que el niño ya ha establecido un fuerte vínculo afectivo con ellos. El interés superior del niño bien puede justificar una decisión judicial en este sentido.

Sin perjuicio de incurrir en un delito penal (arts. 139 y ss. del Código Penal), en ocasiones, directamente se falsifican las partidas de nacimiento para que la comitente figure como madre, en lugar de la gestante que tuvo el parto.

## **2. El Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación**

El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo Nacional creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta Comisión, integrada por los doctores Ricardo Luís Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, elevó un Anteproyecto en marzo de 2012.

Dicho Anteproyecto incorporaba en su texto original la regulación de la gestación por sustitución, en los siguientes términos: Artículo 562. “Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que

pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”.

En los fundamentos se afirma:

El derecho comparado reconoce tres posiciones frente a la gestación por sustitución: 1) abstención, 2) prohibición o 3) regulación. El proyecto sigue la tercera postura por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como *turismo reproductivo*); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista, ni la prohibitiva, podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición...

El sistema proyectado pretendía asegurar el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo ante la instancia judicial.

En los casos de gestación por sustitución, la filiación se determinaría sobre la base de la voluntad procreacional. Por ello, el artículo previsto exigía el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso. Este consentimiento, como fue dicho, debería ser homologado por autoridad judicial.

Ante esta norma, se podrían haber presentado casos en los cuales se practicó la gestación por sustitución en el extranjero de acuerdo a pautas divergentes con las previstas por el artículo 562 proyectado. Por ejemplo, en caso de haber incorporado esta disposición: ¿un tribunal argentino reconocería un acuerdo de maternidad subrogada celebrado en el extranjero bajo un derecho que no exige autorización judicial?, o cuando la gestante aporta su propio material genético?, o cuando la práctica se llevó a cabo pese a que los comitentes eran fértiles y podían llevar a término un embarazo?; o en aquellos casos en los cuales la gestante recibe una retribución que excede los gastos razonables?

Ha dejado de tener sentido, en gran medida, intentar dar respuesta a estos interrogantes dado que la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ha eliminado el mencionado artículo del texto que aprobó el Congreso de la Nación, y por ende, nos quedamos respecto al tema que nos ocupa ante una situación similar a que teníamos con el antiguo Código Civil. Veamos.

### **3. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN)**

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (Boletín Oficial: 8 de octubre de 2014), que entrará en vigor el 1° de agosto de 2015<sup>6</sup>, admite en el artículo 558 una nueva fuente de filiación, que equipara a las ya reconocidas legislativamente: “La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”.

Asimismo, este cuerpo legal dedica algunas disposiciones a las llamadas “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”. En efecto, establece las siguientes pautas:

- El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones (artículo 560 CCCN).

- La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión (artículo 561 CCCN).

- Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos (artículo 562 CCCN).

- La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (artículos 563 y 564 CCCN).

Como anticipamos el nuevo Código ha eliminado de tu texto definitivo la disposición que regulaba la gestación por sustitución en el Anteproyecto.

En consecuencia, a tenor de las nuevas normas, la gestante es considerada la madre, en tanto los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, es decir de quien ha demostrado su vocación procreacional. Por ende, es altamente probable que los comitentes sigan recurriendo a los señalados subterfugios legales cuando hayan optado, de todos modos, por esta práctica ante la imposibilidad de tener un hijo naturalmente o a través de otras técnicas.

En suma, nuestro legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la comitente, sino de la gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura.

Ahora bien, una situación distinta se puede configurar cuando la práctica de ha realizado en extranjero y lo que se solicita es el reconocimiento de efectos en el territorio de la República Argentina.

A tales efectos, nos interesa detenernos, en particular, en el artículo 2634 CCCN, según el cual: “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

La incorporación de esta norma se basa, a tenor de los fundamentos expuestos por los especialistas que la propusieron, en las siguientes consideraciones:

No se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto.

En consecuencia, el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el extranjero debe estar guiado por el *favor filiationis*, es decir, siempre corresponde inclinarse a favor de dicho emplazamiento, sobre todo cuando no exista otro ya determinado. Esa es la respuesta que satisface el interés superior del menor y en particular, su derecho a la identidad.

La jurisprudencia ya ha destacado, en tal inteligencia, que “es definitorio que

el Estado Argentino ha elevado a condición de norma con jerarquía constitucional Tratados que establecen y favorecen la determinación de la filiación de origen de los menores (Convención sobre Derechos del Niño) y es claro que no se satisfaría tal cometido constitucional si la protección se restringe a los nacionales de nuestro Estado no haciéndola extensiva al extranjero que acude en busca de un emplazamiento filiatorio” (Argentina, Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, 24 octubre 2002, “N., B. c. B., G.”)<sup>7</sup>.

En este sentido,

Deberá priorizarse la faz dinámica de la identidad del niño en cada caso, sobre todo en aquellos supuestos en el que vínculo afectivo y social se encuentre ya afianzado y cualquier decisión que vulnere esos derechos adquiridos atentaría contra los derechos fundamentales del niño y desatendería su mejor interés (Rubaja, N., 2012, 331).

Tal como podemos observar el artículo 2634 contiene dos párrafos. El primero brinda la regla general a seguir cuando se solicita ante un juez argentino el reconocimiento de los efectos de un emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero. En tales supuestos, la disposición establece que deberá reconocerse en nuestro país, de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Por ende, se vincula al artículo 2600 CCCN de la parte general de las disposiciones de Derecho Internacional Privado, según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino. En consecuencia, si dicho reconocimiento del estado filiatorio conduce a un resultado contrario a nuestros principios esenciales, deberá ser desechado.

El segundo párrafo del artículo bajo estudio se ocupa de un tema muy delicado y recientemente explorado por el derecho argentino, como es la relación entre el Derecho Internacional Privado y las llamadas técnicas de fertilización asistida. Según la norma que estamos analizando las disposiciones sobre la filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Agrega el artículo que, en todo caso, se debe

adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75 inciso 22. En particular, cabe recordar el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 establece que: 1. *El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos* (el destacado nos pertenece).

A su turno, el artículo 8 dispone que: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar *el derecho del niño a preservar su identidad*, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares* de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, *los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad* (el destacado nos pertenece).

En suma, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero, bajo el cual fue constituida una filiación, siempre por vía de excepción, cuando dicho ordenamiento jurídico foráneo atente manifiestamente con nuestros principios fundamentales.

Respecto al tema que nos ocupa, entendemos que en la balanza del juez, en el caso concreto, debe pesar más el interés superior del niño nacido a través de una gestación por sustitución y los derechos y efectos que derivan de la determinación de la filiación a favor de los comitentes, que la mera invocación a la ilicitud del objeto y consiguiente nulidad del acuerdo de maternidad subrogada en los términos de los nuevos artículos 279 (Objeto del acto jurídico), 1003 y 1004 (Objeto de los contratos), de contenido similar al antiguo artículo 953 del código derogado.

### **Consideraciones finales**

La gestación por sustitución es una realidad que se impone a la prohibición de la ley y aún más al silencio de las normas.

Una regulación estricta, con pautas claras y eficaces sería un instrumento idóneo para proteger los derechos de todas las personas involucradas: comitentes, gestante y principalmente, los niños que nacen gracias a esta práctica. Son muchas las situaciones conflictivas que se pueden presentar y que requieren una solución que provenga de la mano de la ley: desde los casos en los que la gestante se niega a cumplir el acuerdo y a entregar al niño, hasta los lamentables supuestos en donde los padres intencionales rechazan hacerse cargo del niño nacido con algún tipo de discapacidad, o ante la separación de la pareja, o del deceso de uno o ambos comitentes una vez realizado el acuerdo pero antes del nacimiento, entre tantos otros supuestos controvertidos.

Si bien la regulación de esta compleja figura en la República Argentina merece un debate amplio y soluciones consensuadas, entre tanto nuestro país debería asumir una posición firme a favor del reconocimiento de la filiación en pos del interés superior del niño, ante los hechos ya consumados bajo el amparo de una legislación extranjera. En efecto, las parejas no dudarán en traspasar las fronteras para realizar la práctica en otro país que la admita con cierto grado de amplitud que no les exija la nacionalidad o la residencia allí establecida. Una vez de regreso a nuestro país, la relación jurídica entre los padres intencionales y el niño, así como todas las consecuencias de dicho vínculo no pueden caer en un vacío jurídico.

No es deseable ni prudente dejar completamente librado al juez establecer el contenido del orden público internacional frente a este tipo de casos, cada día más frecuentes, pues dicha situación generaría un alto grado de incertidumbre para los padres y en especial para el propio menor.

El sólo hecho de que un niño haya nacido a través de esta práctica en el extranjero no debería considerarse atentatorio con nuestros principios fundamentales, mucho menos aún las consecuencias jurídicas que se deriven del reconocimiento filiatorio, tales como la nacionalidad del niño, el estado de inmigración, el ejercicio de la responsabilidad de los padres respecto del hijo, los derechos hereditarios, etc.

En conclusión, no es idéntica la reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera, que cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. Consideramos que en estos casos, debemos recurrir al mencionado orden público atenuado.

Cierto es que hay distintos supuestos, algunos más sencillos que otros. No es lo mismo que el niño sea descendiente genético de los comitentes que no lo sea; no es lo mismo que se trate de una pareja heterosexual, que una pareja homosexual, en particular para los países que no han aceptado aún el matrimonio igualitario. También debemos tener presente que los aspectos negativos que se le suelen endilgar a la maternidad subrogada no se configuran en la mayoría de los casos: no siempre se *cosifica* o *contractualiza* al niño, no siempre la práctica es onerosa al punto de obtenerse beneficios indebidos, no siempre la madre gestante es denigrada o explotada.

Por otro lado, dentro del contenido del orden público internacional de todos los países que hemos ratificado los más célebres tratados de derechos humanos, y en nuestro caso, que los hemos jerarquizado equiparando su rango al de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), se encuentra el derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar.

A nuestro criterio, la citada jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos se encamina por el buen sendero, y en tal sentido, los mismos argumentos bien pueden emplearse para los casos de reconocimiento extraterritorial de filiaciones obtenidas a través de una gestación por sustitución y de sus efectos en la República Argentina.

En suma, el debido resguardo de los derechos del niño siempre debe estar en los cimientos y en las entrañas de toda decisión que se adopte en estos casos de extrema complejidad y delicadeza.

## Referencias

Álvarez González, S. (2013). Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución. En: Forner Delaygua, J., González Beilfuss, C. y Viñas i Farré, R. *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás* (77-90). Madrid: Marcial Pons.

Dreyzin de Klor, A. y Echegaray de Maussión, C. (2011). *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.

- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret - Revista para el análisis del derecho*, 3, 1-49. Recuperado de: <http://www.indret.com> (18-01-2015).
- Orejudo Prieto de los Mozos, P. (2012). Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución. En: Navas Navarro, Susana. *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado* (465-516). Valencia: Tirant Lo Blanch. Recuperado de: <http://eprints.ucm.es> (10-01-2015).
- Rodríguez-Yong, C. y Martínez-Muñoz, K. (2012). El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 25XXV (2), 59-81. Recuperado de: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003> (20-01-2015).
- Rubaja, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Santos Belandro, R. (2011). La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella. *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 65. Recuperado de: <http://www.eldial.com.ar/> (28/11/2014).
- Scotti, L. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Pensar en Derecho*, 1, 267-289. Recuperado de: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> (28/11/2014).

## Normas

---

Alemania. Ley N° 745/90, *Protección del embrión*. 13 diciembre 1990.

Argentina. Ley N° 340, *Código Civil*. 25 septiembre 1869.

Argentina. Ley N° 14.367, *Modificación al Código Civil, Filiación*. Boletín

Oficial 3 noviembre 1954.

Argentina. Ley N° 23.264. *Modificación al Código Civil, Filiación*. Boletín Oficial 23 octubre 1985.

Argentina. Ley N° 26.994, *Código Civil y Comercial de la Nación*. Boletín Oficial, 8 octubre 2014.

Argentina. Ley N° 27.077, *Modificación vigencia Ley 26.994*. Boletín Oficial, 19 diciembre 2014.

España. Ley N° 14/2006, *Técnicas de reproducción humana asistida*. BOE, núm. 126, de 27 de mayo de 2006, pp. 19947-19956.

Francia. Loi N° 94-654, *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prenatal*. Diario oficial, 19 julio 1994.

Grecia. Ley N° 3089/2002, *Reproducción humana médicamente asistida*. Gaceta Oficial de la República Helénica n° 327, 23 diciembre 2002.

Israel. Ley N° 5746, *Acuerdos de gestación por sustitución*. 17 marzo 1996.

Italia. Ley N° 40, *Procreación médicamente asistida*. 19 febrero 2004.

Organización de Estados Americanos. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), San José, Costa Rica 7 al 22 noviembre 1969.

Organización de Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Países Bajos. Reglamento relativo a los establecimientos dedicados a la fertilización in vitro, 1 abril 1998.

Portugal. Ley N°32/2006, *Procreación médicamente asistida*. 26 de julio de 2006.

Reino Unido. Human Fertilisation and Embryology Act (c. 37). 1 noviembre 1990

Reino Unido. Human Fertilisation and Embryology Act (c. 22). 13 noviembre 2008.

Sudáfrica. Ley N° 38, Children's Act, 2005. 19 junio 2006.

Sudáfrica. Children's Amendment Act, 2007. 18 marzo 2008.

Suiza. Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée (LPMA). 18 diciembre 1998 (revisada el 13 junio 2006).

Túnez. Ley N° 96, Procreación médicamente asistida. 7 agosto 2001.

## Jurisprudencia

---

Argentina, Tribunal de 1ª Instancia de San Lorenzo, Expte. n° 3263/12, 2 julio 2012, "S. G., E.F. y/o G., C. E. s/ Medida C. Autosatisfactiva", Escola, M., firmante. Publicado en: *LLLitoral* 2012 (diciembre), 1250.

Argentina, Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, 24 octubre 2002, "N., B. c. B., G.").

Corte Europea de Derechos Humanos, asunto 65192/11 ("Mennesson c/ Francia"), 26 junio 2014. Publicado en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

Corte Europea de Derechos Humanos, asunto 65941/11 ("Labassee c/Francia"), 26 junio 2014. Publicado en: <http://hudoc.echr.coe.int/>

España. Sentencia del Juzgado de lo Social n° 2 de Oviedo, sentencia núm. 212/2012, autos 1043/2011, 9 abril 2012.

## Bibliografía

---

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2004). *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid: Colex.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (2009). Gestación por sustitución

y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1(2), 294-319. Recuperado de: <http://www.uc3m.es/cdt> (26-12-2014).

Dreyzin de Klor, A. y Echegaray de Maussión, C. (2011). *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba: Advocatus.

Dreyzin de Klor, A. (2012). *El Derecho Internacional Privado de familia en la Postmodernidad*. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Famá, M. V. (2011). Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. *La Ley* 2011-C, 1204.

Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 1, 1-25. Recuperado de: <http://www.indret.com> (25-09-2014).

Fresnedo de Aguirre, C. (2011). El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes. En: Fernández Arroyo, D. y Obando Peralta, J. J. (coordinadores), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional* (453 - 481). San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

Herrera, M. y Lamm, E. (2012). Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). MJ-DOC-5751-AR | MJD575112. Recuperado de: <http://ar.microjuris.com/> (26-07-2014).

Jayme, E. (1995). Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne, en *Recueil des cours*, 25, 1995, 9-267.

Najurieta, M. S. (2000). El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo. *Revista de Derecho internacional y de la Integración*, 1, 85-97.

Quiñonez Escamez, A. (2009). Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el

extranjera mediante maternidad subrogada. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 3, 1 - 42. Recuperado de: <http://www.indret.com> (20-01-2015).

Santos Belandro, R. (2009). *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo: Asociación de Escribanos de Uruguay.

Scotti, L. (2014). La maternidad subrogada en la legislación y jurisprudencia argentinas. *Revista digital En Letra*, 1, 47-78. Recuperado de: <http://enletra.com/> (22-11-2014).

## Notas

---

<sup>1</sup> Diversos países admiten esta práctica. Entre ellos destacan: varios estados de Estados Unidos; Luisiana, Maryland, Michigan, Nebraska, Alabama, Arkansas, California, Connecticut, Idaho, Massachusetts, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Vermont, West Virginia, Illinois y Florida, en algunos territorios en Australia; en India, Grecia, Israel, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Alberta y British Columbia en Canadá, Hong Kong, en el estado de Tabasco en México, Rusia, Ucrania, Georgia, Tailandia.

<sup>2</sup> Es imposible determinar el número de acuerdos internacionales de maternidad subrogada celebrados en el mundo. Sin embargo, surge de los datos de cinco agencias internacionales especializadas en la gestación por sustitución que el “mercado” registró un enorme crecimiento: entre 2006 y 2010, las cifras muestran un aumento en un porcentaje cercano al 1000% en todas las agencias.

<sup>3</sup> Es de sumo interés la jurisprudencia de los tribunales franceses, orientada de modo casi unánime a negar efectos jurídicos a los acuerdos de gestación por sustitución, aún a aquéllos celebrados en el extranjero. El caso más renombrado y mediatizado es el de los esposos Mennesson, que llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos, sobre el que volveremos en este trabajo más adelante.

<sup>4</sup> El juez Marcelo E. Escola resolvió: “1) Ordenar al Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y/u organismo que corresponda, a que en el plazo de tres días hábiles de comunicada la presente resolución inscriba a la menor C. E. G. y S. G., hija de los cónyuges J. A. G. G., pasaporte español n° AAD... y E. F. S. G., DNI n°..., argentina nativa nacida el 27

de abril de 1961 en la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe - República Argentina), anotada en el acta n° ... del Tomo: ... Folio: ... quienes en ejercicio de la patria potestad han hecho la opción por la nacionalidad argentina para su hija, en el Libro de las Personas del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y comunique dentro del plazo de treinta (30) días de producida la inscripción al Registro Nacional de las Personas, al efecto se lo faculta a que torne todas las medidas pertinentes y urgentes a fin que en el Consulado citado se proceda dicha inscripción. 2) En el mismo plazo entregue a los citados progenitores de la menor, el Documento Nacional de Identidad para la misma y su Pasaporte argentinos, como asimismo copia certificada de la partida de inscripción y de toda otra documentación que sea necesaria con respecto a la niña y deba estar en poder de los padres. Todo bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (artículo 666 bis del Código Civil), que comenzarán a aplicarse vencido que fuere el plazo indicado en el punto 1) de este Resuelve y que consistirá en el monto diario de gastos que tenga el matrimonio G. - S. G. por su estadía en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado, las sumas de dinero que sean producto de la aplicación de astreintes, deberán ser depositadas en una cuenta que al efecto se abrirá en el Nuevo Banco de Santa Fe SA Sucursal San Lorenzo (Sta. Fe), a la cuenta y orden de este Tribunal y para estas actuaciones y la misma tendrá carácter de alimentario a favor de la menor C. E. G. y S. G. 3) Líbrense los despachos que correspondan para el cumplimiento de la presente. Insértese y hágase saber”.

<sup>5</sup> Como consecuencia de este importante fallo de la Corte EDH, algunos Estados europeos han replanteado su legislación y jurisprudencia en la materia. En efecto, el 9 de julio de 2014, el Ministerio de Justicia español se ha comprometido a adaptar la legislación a lo establecido por esta sentencia y facilitar la inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos de vientres de alquiler.

<sup>6</sup> La Ley 27.077, sancionada el 16 de diciembre de 2014, sustituye el artículo 7° de la ley 26.994 por el cual el nuevo Código entraría en vigor el 1° de enero de 2016, por el siguiente texto: “La presente ley entrará en vigencia el 1° de agosto de 2015”.

<sup>7</sup> En este fallo, el tribunal concluyó que la aplicación del Derecho Argentino, es la solución que, en el caso, más favorece el reconocimiento y dilucidación del vínculo, en consonancia con el principio *favor filius* vigente en el Derecho Internacional Privado.