

Publicación: Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración
Número 2 - Julio 2015
Fecha: 21-07-2015 Cita: IJ-LXXX-720

La fuerza de la realidad: gestación por sustitución, ¿regular, silenciar o prohibir?

Los problemas de la extraterritorialidad en materia de filiación derivada de la técnica de reproducción humana asistida de gestación por sustitución*

Agustina Bladilo**

*"A partir de cierto punto no hay retorno.
Ese es el punto que hay que alcanzar"*
Franz Kafka.

I. Introito [arriba] -

El mundo entero está siendo constantemente transformado, los cambios se dan de forma más rápida incluso imperceptible en comparación con lo que sucedía hace siglos atrás. La internacionalidad de la familia se presenta en la actualidad como una realidad cada vez más frecuente; el reconocimiento de la diversidad en la conformación de ella es cada vez más destacada.

Desde una nueva mirada del derecho de familia constitucionalizado, universalizado, o humanizado -como decía el célebre maestro Bidart Campos-, que aplica los principios receptados por los Tratados Internacionales que Argentina ha ratificado e incorporado a su bloque constitucional a partir de la reforma de 1994, es que no podemos mostrarnos indiferentes frente al cambio de paradigma operado.

A la luz de los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno y en el contexto internacional, debemos entender que una familia resulta digna de promoción y protección por parte del Estado cuando es posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos[1].

Por lo pronto el concepto de familia ha dejado de ser un concepto intemporal, hoy por hoy ningún Estado que apueste a ser moderno y actual osa imponer un modelo familiar específico ante la ebullición de comportamientos sociales sumamente heterogéneos; simplemente tratará de apoyar las diferentes maneras de constituir una familia eligiendo aquellos soportes legales que eliminen las conductas discriminatorias entre sus integrantes y que protejan a los más débiles del conjunto[2].

En la comunidad internacional, -signada por la globalización, la interculturalidad, la pluralidad, la diversidad, el respeto por los derechos humanos a través, fundamentalmente, del principio de igualdad y no discriminación-, el reconocimiento de un derecho de las familias se impone. Es así como conviven diversos modelos de familia que son tan merecedoras de protección como el modelo tutelado por antonomasia: la familia matrimonial.

En estos términos, se expidió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH en adelante), en el caso “Marcky c/ Bélgica”, del 13 de Junio de 1979, explicando con claridad que la expresión “vida familiar” contenida en el artículo 8 del Convenio de Roma, “no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio sino que puede englobar a otros lazos familiares de facto respecto de personas que cohabitan fuera del matrimonio” y que la noción de familia debe ser interpretada “conforme las concepciones prevalecientes en las sociedades democráticas, caracterizadas por el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura”[3].

Dentro de este concepto amplio de “vida familiar”, incluimos la posibilidad que tienen sus miembros de elegir casarse o no casarse (con independencia del sexo de sus integrantes), de formar pareja (uniones convivenciales, familias ensambladas) o no hacerlo (familia monoparental), de tener hijos o no tenerlos.

La filiación es un elemento central en la conformación de la familia -aunque no imprescindible para ser tal-, donde la posibilidad de acceder a ella debe estar ampliamente asegurada para sus miembros. En un primer aspecto, la filiación implica el vínculo biológico entre una persona y sus progenitores. En un segundo sentido, desde una noción jurídica, entraña la relación entre el hijo con sus padres, lo que supone el emplazamiento de una persona en un estado civil y el establecimiento de un conjunto de derechos y deberes que nacen como consecuencia[4].

Desde este segundo sentido descrito es que se advierte la aparición de una tercera fuente filial distinta a las clásicas conocidas (por naturaleza y adopción), que cada vez son más recurrentes: las técnicas de reproducción humana asistida. Gracias a los avances médico-científicos, la maternidad y la paternidad han dejado de considerarse una relación de filiación basada en puro reduccionismo geneticista y/o biológico; por el contrario se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socio-afectiva, determinada por el elemento volitivo.

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[5].

No podemos dejar de advertir, que estas técnicas son la puerta de acceso para la concreción de otros derechos que se complementan con las diversas alternativas familiares reconocidas, como el derecho a formar una familia, a la vida privada familiar, el derecho a beneficiarse del progreso científico. Es más, en el caso Argentino, siendo un país con ley de matrimonio

igualitario, las técnicas de reproducción humana asistida permiten acceder a la parentalidad a las parejas del mismo sexo[6].

La biomedicina ha puesto variadas posibilidades al alcance de los individuos en relación con las técnicas para procrear a las que recurren frecuentemente quienes tienen imposibilidades o graves dificultades médicas para ello, como asimismo sociales[7]. Entre aquéllas, la gestación por sustitución, es decir cuando se implanta un embrión en una mujer que lleva adelante el embarazo, es cada vez más frecuente en nuestro país y en el resto del mundo[8].

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[9] e interpelan al Derecho, quien se ve obligado a dar nuevas respuestas jurídicas atendiendo a las particularidades de esta nueva figura.

La filiación internacional se define como el vínculo paterno filial que presenta elementos extranjeros. Las normas sobre este tema están condicionadas por la cultura de una determinada sociedad, su religión dominante, sus hábitos sociales, sus valores, sus nociones básicas de respeto a las instituciones y a los seres humanos[10].

Dentro de este contexto presentado[11], el caso concreto de la gestación por sustitución trae aparejado una serie de dilemas éticos, sociales y jurídicos que se acentúan aún más cuando se da en un supuesto de internacionalidad. Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya, la maternidad subrogada es un “negocio global”. En efecto, la dispar regulación en los derechos nacionales, motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar incluso a lo que se denomina “turismo procreativo”[12].

La comunidad jurídica internacional ha advertido las consecuencias y riesgos que trae aparejado este escenario disímil cuando los niños son gestados y nacen en un país que probablemente admita determinadas prácticas que se encuentran prohibidas o no están reguladas –por lo tanto serán imprevisibles sus efectos– en Estados en los que los niños residirán.

El derecho comparado está muy lejos de asistir a una regulación armónica sobre la filiación a través de contratos de gestación por sustitución. Tal así, que para abordar las previsiones de los ordenamientos jurídicos estatales se ha distinguido entre aquellos países que expresamente rechazan o prohíben esta práctica, aquellos que no regulan la temática específicamente y aquellos que expresamente la admiten; incluso dentro éstos encontramos determinados matices conforme la regulación de cada Estado. Sumándole a ello, la posibilidad de enfrentamiento con los límites clásicos del derecho internacional privado; como son el orden público internacional y el fraude a la ley.

No obstante, lo cierto es que la gestación por sustitución es un hecho fáctico innegable, cada vez son más las familias que tienen hijos por medio de esta técnica. Si bien no desconocemos

que se trata de una cuestión altamente sensible, que compromete aristas de tinte bioético que generan tensiones desde diferentes perspectivas: médico, psico-sociales, jurídicas y éticas; la mejor manera de controlar y dar garantías y seguridad jurídica a quienes acceden a la gestación por sustitución es regular. Regular significa dar seguridad jurídica y protección a todos los individuos en un marco de igualdad, libertad y responsabilidad.

La incertidumbre que generan estas situaciones tanto a nivel global como a nivel interno -ya que la Argentina ha tenido casos de gestación por sustitución y cada vez van apareciendo más[13]- nos invita a plantearnos diversos interrogantes: “¿Podría obligarse a un Estado que prohíbe la gestación por sustitución reconocerle efectos a una genera en el extranjero?; ¿Cuál es el juez competente para entender en la determinación de la filiación? ¿El juez del lugar donde se celebró el contrato o el juez del lugar donde se intenta hacer valer esa filiación, por lo general el de residencia habitual de los padres?; ¿En qué situación de vulnerabilidad queda el niño/a nacido/a por medio de esta técnica, cuando la ley del lugar de celebración del contrato no le otorga la nacionalidad y la ley del país donde residen los padres tampoco, por tener por ejemplo una legislación prohibitiva respecto de la gestación por sustitución?; ¿Cuál es la ley aplicable para la determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución?; ¿Cómo se resuelven los problemas de orden público internacional y fraude a la ley que estos contratos pueden generar?; ¿Cómo pueden solucionarse otros problemas como: el de la nacionalidad, el derecho a la identidad, el carácter altruista u oneroso del contrato?; ¿Qué lugar ocupa la voluntad procreacional?; ¿Cómo interpretar la figura a nivel interno frente a la ausencia de legislación? ¿Cómo se calificaría desde el Derecho Internacional Privado?

El presente trabajo intenta, una vez planteado el estado del arte de la temática, por medio del análisis jurisprudencial y normativo tanto a nivel comparado como interno, así como la recopilación de opiniones y teorías tanto a favor como en contra de la figura, estudiando los conflictos -que en particular- se dan en el derecho internacional privado (como ser el orden público internacional, el fraude a la ley, el juez competente, el derecho aplicable, el reconocimiento de sentencias extranjeras, la circulación de documentos públicos extranjeros, las normas de conflicto, la cooperación internacional, entre otros); plantear y estudiar la necesidad de una regulación de la gestación por sustitución: a) a nivel convencional a través de la suscripción de un Convenio, brindando pautas o criterios directrices para el mismo y b) a nivel interno analizar qué aportes para ello nos brinda el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, a pesar de haberse eliminado la figura del Anteproyecto.

Esta “intención” tiene su origen, en un proyecto de investigación elaborado en el marco de la asignatura “Protección internacional de la Familia”, calificada como un curso orientado a la investigación[14], en el transcurso del segundo cuatrimestre correspondiente al ciclo lectivo 2014; cuya hipótesis principal sostiene que: “Los conflictos que se generan como consecuencia del reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución realizada en el extranjero hace imprescindible un marco regulatorio convencional”.

A su vez, ésta última, invita a plantearse otras hipótesis del alcance secundario, como son:

- “La necesidad de un marco regulatorio a nivel interno, ya que la Argentina ya tiene antecedentes de gestación por sustitución realizados en el país.

- La cooperación internacional debe ser el eje sobre el cual se estructure el marco regulatorio convencional; tomando como modelo el “Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional” (1993).

- Los principios fundamentales reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño, entendidos como los sujetos más vulnerables en este conflicto, deben marcar la pauta direccional de la regulación: interés superior del niño, derecho a la identidad, derecho a la igualdad y no discriminación, derecho a la nacionalidad, derecho a vivir en una familia y ser criados por sus padres, el principio de favor filiationis y la relevancia del aspecto volitivo y socio-afectivo en la determinación de la filiación”.

Sobre la base precedentemente expuesta, es que se abordará la temática a los fines de comprobar las hipótesis, y de ser así brindar los aportes para este marco convencional como también esbozar criterios para las soluciones a nivel interno.

II. La realidad ha superado al Derecho [arriba] -

Independientemente de las posiciones a favor o en contra de la gestación por sustitución, su existencia y aumento progresivo es una realidad insoslayable e innegable. No obstante, cabe aclarar que no todos los avances operados en la práctica han tenido una respuesta inmediata en el plano normativo; de hecho suele decirse que “el derecho viene detrás de la realidad”, ya que en la mayoría de los casos regula cuando el fenómeno ya lleva tiempo produciéndose. A su vez la regulación no viene exenta de diversos conflictos y debates; y más aún cuando se trata de temas tan sensibles y que involucran cuestionamientos éticos-morales de la sociedad, como es el caso de la gestación por sustitución.

En el campo de la bioética -y particularmente en el orden nacional-, los silencios o vacíos legislativos priman, lo cual nos obliga a redoblar los esfuerzos en esa dirección: analizar profundamente los valores en pugna a la luz de la regla constitucional de derecho que rige en un estado social y constitucional como el nuestro y, sobre la base de ello, proponer un plexo normativo acorde[15].

No obstante, esta falta de regulación específica de las consecuencias filiatorias o incluso la prohibición de la práctica -como lo hace España- no impedirá que la técnica de la gestación por sustitución se siga utilizando y practicando.

Entonces se trata de un hecho presente e inevitable. Tan inevitable y presente que por más vallas y obstáculos que se pongan contra estas formas de fecundación humana el fenómeno igual se producirá y nos veremos enfrentados a un hecho consumado, imborrable, no suprimible, y por tanto exigente de una solución jurídica por su sola presencia[16].

Prueba de ello, es que la Conferencia de la Haya ya ha advertido la problemática que genera la falta de regulación en la materia, afectando de forma directa al sujeto que tiene prioridad en la protección en razón de su vulnerabilidad; como son los niños y niñas. Por esta razón, ya ha comenzado a realizar algunas labores en relación con esta temática y se encuentra desarrollando ciertas proyecciones convencionales para hacer frente a aquélla[17].

En los últimos años se va tomando conciencia de una realidad que está llamada a ser un nuevo tópico central en el Derecho internacional privado moderno: los problemas derivados de la gestación por sustitución. Como lo expresa Santos Belandro: “Lo esencial es invisible a los ojos, se dice. Y lo esencial es responder a las preguntas: ¿qué hacer con estos sujetos nacidos mediante estas técnicas de reproducción asistida? ¿Cuál es el estatus jurídico de que gozan? Y en definitiva, ¿cuál es la eficacia internacional de dicho estatus obtenido en un país, como modo de tener una filiación y una identidad en paz?”.

Entonces, ante esta realidad y práctica frecuente, muchas veces irregular, la pregunta obligada es: ¿qué debe hacer el legislador? ¿Prohibirla, silenciarla y tolerarla o regularla? La respuesta que se evidencia inmediatamente es que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la gestación por sustitución y resuelva los problemas que ocasiona.

El problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas: la gestante, la o las personas contratantes (comitentes) y el niño o niña nacido de esta técnica[18].

Como bien lo expone la Dra. Lamm[19], aunque la gestación por sustitución sea ilegal, no deja de ocurrir; ¿cuáles serían las consecuencias de convertir la gestación por sustitución en una práctica ilegal? Si se la compara con otras prohibiciones (por ej. la de vender alcohol a personas menores de edad) puede presumirse que se generará un mercado negro, rentable y atractivo para organizaciones que se aprovecharán de las situaciones de vulnerabilidad.

En definitiva, de lo expuesto surge que la respuesta no puede ser otra que la de regular la figura, regular implica controlar y así realmente garantizar o al menos colaborar para evitar los abusos y las violaciones a los derechos de las personas involucradas. Es más, regulando y controlando se evitarán todas aquellas situaciones que son la base de los argumentos de quienes no están a favor de la gestación por sustitución.

III. Primer acercamiento a la figura [arriba] -

III.1. La denominación: “todo un tema”

La terminología que se utiliza para denominar un objeto, una institución o un fenómeno es sumamente relevante; porque el lenguaje no es neutro y cuando algo se llama de una determinada forma hay razones e intenciones detrás del término elegido.

Si bien frente a nuevos fenómenos se van ensayando posibles denominaciones simultáneamente a su desarrollo y evolución, lo cierto es que de la figura que aquí se analiza, ya algo podemos decir. La gestación por sustitución es generalmente conocida como maternidad subrogada, alquiler de vientres, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, maternidad de encargo, entre otros similares.

Sin embargo, el término elegido para denominar la figura -creyendo que hasta el momento es el más adecuado y que mejor representa al instituto- es el de Gestación por Sustitución, ya que la expresión subrogación no es jurídicamente correcta porque no engloba las distintas situaciones.

Según el diccionario de la Real Academia Española subrogar es sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, por lo que hoy se identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporte ambas cosas: proceso de gestación y material genético. Sin embargo, no acontece en la mayoría de los casos; de hecho cada vez se da con menor frecuencia este supuesto. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término sustitución para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo[20].

Por otro lado, lo que más me interesa destacar es que la gestante no es la madre, por lo que la utilización de la palabra “maternidad” es inadecuada. La maternidad es un concepto demasiado amplio para sólo circunscribirlo al hecho de la gestación y el parto; sería un mero reduccionismo del fenómeno social de la maternidad.

En la gestación por sustitución, no hay una relación obligada entre embarazo y maternidad. El embarazo no necesariamente conlleva psicológicamente la capacidad de materner. ¿Puede haber embarazo sin maternidad? Desde el punto de vista psicológico, una madre invierte al niño mucho antes de su nacimiento y mucho antes de su concepción: anticipa el amor que le tendrá, lo sueña, lo mece dentro de sus sentimientos y le da un lugar en su vida, imagina un nombre. Esto, siempre que su deseo de hijo para sí exista desde el principio. En cambio, en el caso de la gestante, el deseo se dirige a ayudar a otros a ser padres. Invierte al niño como el hijo para otros[21]. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación. La maternidad sólo se puede vivir en primera persona[22].

III. 2.- Concepto y modalidades

La gestación por sustitución es un “fenómeno social –en pleno proceso de expansión– por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres, biológicos (y/o genéticos) o no”[23].

En los ordenamientos donde el recurso a la gestación por sustitución está más generalizado (típicamente, en algunos estados norteamericanos), en la práctica se formaliza a partir de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la subrogante una cantidad en principio dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación; más una cantidad adicional para el caso de que intervenga una agencia que actúa de intermediaria, encargada de buscar la candidata idónea a gestante y de formalizar el acuerdo entre las partes[24].

Este recurso es utilizado tanto por parejas heterosexuales -por ejemplo porque la mujer no tiene útero o porque debido a alguna enfermedad no puede llevar a término un embarazo-, como por parejas homosexuales -sobre todo en una pareja de dos hombres, cuya infertilidad estructural es evidente; la gestación por sustitución se presenta como la única alternativa para alcanzar la parentalidad-; y por personas solas tanto mujeres como hombres.

Tanto en la doctrina nacional como comparada, se distinguen, en general, dos modalidades de la técnica de gestación por sustitución: la tradicional, plena o total (traditional surrogacy), y la gestacional o parcial (gestational surrogacy). En la primera modalidad, la subrogante es también quien aporta los gametos femeninos, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides 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 para provocar el embarazo de la gestante.

En cambio, en la gestacional, la concepción tiene lugar con la implantación de un embrión generado a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la gestante, que puede o no ser la comitente (por lo general son las gametas de la madre comitente salvo que por alguna razón médica no los pueda aportar o se trata de parejas del mismo sexo y se recurre a donante) y gametas masculinas que pueden, también, ser o no del padre comitente. Otra diferencia entre las modalidades, es que en este supuesto debe recurrirse necesariamente a la fertilización in vitro (técnica de reproducción medicamente asistida de alta complejidad).

Entre estas dos clases de gestación, la tendencia actual hace optar por la gestacional. Ello tiene su razón de ser en que la mayoría de los casos de derecho comparado que se dieron de arrepentimiento de la gestante fueron porque ésta había aportado sus gametas. La hipervaloración que en materia de filiación se le da al elemento biológico/genético es un muy difícil de apaciguar.

El caso paradigmático “Baby M” del año 1988, es ejemplo de ello. Se trataba de un matrimonio S., que ante la imposibilidad de la mujer de procrear, convinieron con la señora W. un contrato de gestación por sustitución. De conformidad con éste, la señora W. fue inseminada artificialmente con el espermatozoide del Señor S.; acordando que una vez nacido el niño/a, éste sería entregado al matrimonio S. Además renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre ella (porque finalmente fue una niña). Los esposos le permitieron a la gestante permanecer unos días adicionales con la niña, decidiendo luego no entregarla a los comitentes.

En estas condiciones, el matrimonio S. acudió a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante en la disputa. Éste estaba dado por el bienestar de la niña y su interés superior en ese caso concreto. Luego de producida la prueba (peritos, testigos, consideración de la vida familiar de cada una de las partes), el Tribunal le concedió la custodia permanente al matrimonio S., permitiendo a la señora W. un derecho de visita.

A partir del precedente Baby M, resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey en 1988, la gestación por sustitución tradicional o plena no ha recibido la misma respuesta favorable. Incluso los tribunales más liberales se han mostrado reacios a ejecutar estos acuerdos cuando la gestante, que es también madre genética, cambia de opinión y se opone a entregar al recién nacido a la pareja comitente después del parto. Otro caso resuelto por el tribunal de apelaciones de California[25] ha mantenido esta misma posición cuando el conflicto se ha planteado entre los miembros de la pareja comitente, con ocasión de la ruptura[26].

En esta línea y a los fines de evitar conflictos como el suscitado en “Baby M”, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación regulaba la figura a través del artículo 562[27]. El mismo preveía un proceso judicial a fin de que el juez constatare entre sus requisitos que la gestante no haya aportado sus gametos.

III.3.- Principal efecto: las disociaciones

Las técnicas de reproducción humana asistida, en especial la gestación por sustitución han significado una verdadera revolución reproductiva desde el momento mismo en que separan la sexualidad de la reproducción humana. A su vez, la forma tradicional de concebir, donde la misma mujer era la que aportaba el material genético y gestaba; hoy también puede disociarse.

Y vamos aún más lejos, hoy la gestación por sustitución ya nos permite hablar de paternidad sin maternidad, pues es la forma en que tanto un hombre solo como una pareja de dos hombres viabilicen su derecho a ser padres y a formar su familia conforme esa constitución.

Esta “revolución” pone en tensión y crisis, por ejemplo, la forma de determinación de la maternidad prevista en el Código Civil de Vélez; donde el artículo 242 reproduce los adagios romanos *partus sequitur ventrem* (el parto sigue al vientre) y *mater semper certa est* (la madre siempre cierta es). Es decir, se trata de un sistema legal de determinación por el cual el niño genera vínculo filial con la persona que lo da a luz, que lo pare.

Lo que sucedió es que los progresos de la biomedicina acabaron con la certidumbre de la maternidad. El principio según el cual la maternidad siempre se conoce con certeza y se determina por el parto, se ve destruido con la fecundación intrauterina.

Se puede advertir, a partir del surgimiento y utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, que en el proceso pueden llegar intervenir tres personas y/o mujeres distintas en el nacimiento de un nuevo ser: el/la comitente -quien desea ser madre/padre y toma la iniciativa del procedimiento-, la mujer que aporta el óvulo y la que lleva adelante la gestación.

Ahora bien, de la definición dada en el acápite pertinente, se infiere que si la gestante es aquella que lleva adelante el embarazo para otro/s, no se evidencia en ella la voluntad ni el deseo de ese niño, como tampoco la intención de criarlo, educarlo y cuidarlo; extremos que sí se reconocen en la pareja/persona comitente. De lo dicho se infiere que aquí debe necesariamente determinarse la filiación con base en otro elemento distinto al puramente biológico y al hecho del parto: la renombrada “voluntad procreacional”.

En razón de ella, es que de las teorías sobre las cuales podemos sustentar la determinación de la maternidad, entre las que podemos nombrar la teoría de la contribución genética, de preferencia de la gestante y la intencional, sin duda es ésta última la que se adecua de forma acabada con las particularidades que presentan las técnicas de reproducción humana asistida en general, y la gestación por sustitución en particular. “El elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada voluntad procreacional (...) que importa la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio o donado, empero, acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior”[28].

Otro supuesto que merece ser destacado, es la posibilidad de que haya paternidad sin maternidad; ello no es más que una consecuencia lógica luego de haber reconocido y regulado el matrimonio igualitario en la Argentina. El movimiento a favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia en auge a nivel mundial. Esta línea no hace más que hacer efectivo el derecho a la igualdad real de oportunidades y de trato receptado tanto en la Constitución Nacional (artículo 16) como en todos los tratados de derechos humanos jerarquizados.

Un caso jurisprudencial -argentino- que así lo demuestra, fue el caso “Tobías”[29]. Cabe aclarar, sin embargo, que no se trata del primer niño argentino nacido en el seno de una pareja homosexual e inscripto a nombre de ambos integrantes de la misma: ya en 2010 en nuestro país nació Vicente, un niño inscripto a nombre de dos mujeres casadas legalmente en virtud de la ley 26.618. Sin embargo, la diferencia entre ambos casos reside en el hecho de que la pareja de varones, por imperativo biológico, ha debido recurrir a la técnica de gestación por sustitución, práctica que por ahora en nuestro país no se halla regulada, mientras que la pareja de mujeres sólo ha recurrido a la donación de gametos masculinos[30].

Como lo sostiene Berger, la filiación biológica puede perfectamente no coincidir con la filiación jurídica, y es necesario reconocer que hoy existen nuevas realidades jurídicas y familiares para las cuales es necesario crear categorías nuevas. El tema de la fertilización in vitro, la gestación por sustitución y la copaternidad, entre otros, presentan desafíos no

fáciles de asumir para ciertos sectores del pensamiento, y será necesario un lento y exhaustivo análisis de todas las variables para llegar a una solución satisfactoria, que a mi entender ya está próxima.

IV. Análisis normativo y jurisprudencial del Derecho Comparado: La normativa sobre gestación por sustitución de los distintos países y sus fallos más emblemáticos [arriba] - [31]

Los escenarios que genera la técnica de gestación por sustitución se tornan aún más complejos cuando estas posibilidades se potencian a partir del acortamiento de las distancias a nivel mundial y la facilidad de acceder a la variada oferta de los mecanismos de procreación que ofrecen distintos países mediante lo que se ha dado en llamar "turismo procreativo"[32] o "turismo reproductivo"[33].

En efecto, la facilidad, sin perjuicio de la onerosidad, para celebrar un acuerdo de gestación por sustitución en los estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales derivados de ésta práctica. Piénsese que, en tales países, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud online en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios y comenzar así el "trámite"[34].

En virtud de ello, cuando los individuos se desplazan a través de las fronteras para concretar estas prácticas y, en definitiva, los supuestos se tornan internacionales, entran en coalición las disposiciones de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, principalmente, puesto que abordan esta problemática desde distintos enfoques. Ello, a la postre, tendrá como principales damnificados los niños nacidos en virtud de esas "contrataciones"[35].

A los efectos de mostrar y estudiar estos distintos enfoques que se evidencian en el derecho comparado, es que se destina este apartado. Entiendo que es de gran relevancia práctica a los fines de tomar contacto con las diversas tendencias en la materia, con el objetivo de pensar una futura regulación optando por las soluciones más adecuadas y que mejor respeten el derecho de los sujetos más vulnerables involucrados: los niños.

Como el derecho comparado está lejos de ofrecer una respuesta única en lo que se refiere a la gestación por sustitución, a modo esquemático y como lo hace la mayoría de la doctrina, se suele distinguir entre aquellos países que expresamente rechazan o prohíben la gestación por sustitución, aquellos que no regulan la temática específicamente y aquellos que expresamente la admiten[36]. A su vez dentro de estos últimos hay diferencias entre ellos; ya que algunos sólo la receptan si es altruista (como el Reino Unido), sólo si es entre familiares hasta el cuarto grado (como el caso de Brasil); e incluso con sus propias particularidades que seguidamente se expondrán.

IV.1.- Países que expresamente prohíben la gestación por sustitución

Entre los países que se enrojan en esta postura encontramos a: Francia, Italia[37], Suiza[38], España, Uruguay[39], Alemania[40], Austria[41], Portugal[42], algunos Estados de Estados Unidos; básicamente se fundan en que la gestación por sustitución implica una práctica inmoral pues constituyen una violación a la dignidad humana del niño y de la gestante, puesto que se los reduce a meros objetos.

Resaltan “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”[43]; por lo que el contrato al tener objeto prohibido sería nulo. Como consecuencia, estos acuerdos carecerán de efectos legales en esos países y, para determinar la filiación de los nacidos por dichas técnicas se recurrirá a las reglas generales para ello, entre ellas, a la premisa *mater semper certa est*, que conllevará a la determinación de la maternidad por el hecho del parto. En definitiva, tal vez la única posibilidad para establecer la filiación que responda a quienes tuvieron la intención de procrear será recurrir a la vía de la adopción.

Sin perjuicio de ello, a modo de ejemplo desarrollaré más detalladamente, la legislación de España y Francia, y sus casos jurisprudenciales destacables en la materia. Ello no quita que en los demás países no se hayan dado casos, sin duda es un corte de tipo arbitrario, necesario a fin de no exceder el propósito de este trabajo.

IV. 1.A) España

La ley española en el artículo 10 de la Ley N° 14/2006 de 26 de mayo del 2006 establece: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación, a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un tercero.- 2. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinará por el parto.- 3. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común”[44].

No obstante la prohibición expresa, en España se dio un caso[45] que obligó a dar un vuelco en la materia y a repensar al menos la mentada prohibición. Lo cierto es que si bien ésta se mantiene, la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN en adelante) emitió, el día 18 de Febrero de 2009, una Resolución por la cual estima el recurso interpuesto por dos hombres españoles casados en Valencia en 2005, contra la negativa del Encargado del Registro Civil consular español en Los Ángeles a inscribir los certificados de nacimiento que declaraban hijos suyos los mellizos nacidos en octubre de 2008 en San Diego, por la técnica de gestación por sustitución. El Encargado del Registro Civil consular había basado la negativa de la inscripción en el artículo 10 antes transcrito.

El interés superior de los menores es el argumento principal al que recurre la DGRN para otorgar efectos a una institución, la gestación por sustitución, prohibida en España por el art. 10.1 LTRHA. “Dado que según la propia DGRN el reconocimiento de la doble filiación paterna de los mellizos gestados por una madre subrogada pretende preservar el interés de unos menores que ya se encontraban en territorio español, puede afirmarse que la DGRN se limita a hacer justicia del caso concreto (el resaltado nos pertenece). En ausencia de una reforma legislativa del art. 10 LTRHA, la Resolución sólo puede ser leída en este sentido.

Ahora bien, una vez dictada la Resolución y mientras esta reforma no se produzca, sí que podrá plantearse si es discriminatorio denegar a otros ciudadanos españoles la inscripción en España de la filiación de un niño o niños gestados por una madre subrogada en el extranjero”[46].

Sin embargo, la Dirección no se limitó a actuar sólo en este caso concreto, y el 5 de octubre de 2010 dictó una Instrucción sobre Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos Mediante Gestación por Sustitución en el Extranjero, intentando proporcionar seguridad jurídica al régimen jurídico de la filiación en España en dichas circunstancias. En ella previó determinados requisitos para poder Registrar: A) las filiaciones deben provenir de una autoridad judicial y en ningún caso deberá aceptarse una certificación registral. B) Esta decisión judicial extranjera debe haber pasado en autoridad de cosa juzgada, quedando de ahí en más sometida al trámite del exequátur, salvo que la resolución judicial provenga de un procedimiento de jurisdicción voluntaria ante lo cual bastará la realización de un procedimiento incidental dentro del mismo Registro, C) Los requisitos formales de autenticidad mediante la legalización y la traducción y D) el control de no haberse vulnerado el interés superior del niño y los derechos de la madre gestante; que no exista simulación que encubra un tráfico internacional de niños, y que los consentimientos prestados sean considerados irrevocables por el ordenamiento de origen.-

Sin duda, como lo plantea Farnós, esta Resolución al admitir la eficacia de la gestación por sustitución realizada en el extranjero, exige que España re-evalúe la conveniencia o no de mantener la prohibición del artículo 10 de la Ley Nº 14/2006.

IV. 1.B) Francia

La ley Nº 94-653 del 29 de Julio de 1994 introdujo un nuevo apartado en el Código Civil: el artículo 16-7 según el cual “todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. A su vez, también la penaliza desde el Código Penal.

Al igual que en España, como consecuencia de este marco legal, muchos franceses recurren a la gestación por sustitución en el extranjero. Es ahora, donde interesa mencionar dos casos jurisprudenciales franceses[47] resueltos por el TEDH con fecha 26 de Junio 2014.

Los dos casos sentenciados el mismo día por el TEDH presentan plataformas fácticas y jurídicas similares: la negativa del Estado francés (tanto el poder administrador como el judicial) de reconocer la filiación de niños nacidos por gestación por sustitución, entre éstos y quienes tuvieron la “voluntad procreacional” de ser padres a través de esta especial técnica de reproducción humana asistida. Se trata de niños nacidos de un acuerdo de gestación por sustitución realizado y concluido en Estados Unidos; con más precisión, en California y en Minnesota.

El TEDH observa que las autoridades francesas, a pesar de ser conscientes de que los niños habían sido identificados en los Estados Unidos como hijos del Sr. y Sra. Mennesson, en un caso y del Sr. y la Sra. Labassé en el otro, negaron el estado filial bajo el derecho francés

con el argumento que los acuerdos de subrogación violan un principio fundamental del ordenamiento francés: “el estado civil es inalienable”. Dicha contradicción afectaba directamente el derecho a la identidad de las niñas dentro de la sociedad francesa.

En este sentido, se sostuvo que aunque los países gozan de un amplio margen de apreciación, en virtud de las difíciles cuestiones éticas involucradas y la falta de consenso sobre esta materia en Europa, ese margen de apreciación debía volverse estrecho cuando se trataba de la filiación, que involucra un aspecto clave de la identidad de los individuos[48].

Finalmente el TEDH entiende que “el respeto por la vida privada se vincula con la esencia de la identidad, incluyendo su filiación, la cual se ha visto afectada de manera significativa. En definitiva, se asevera que las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los niños, el que debe guiar cualquier decisión sobre ellos”[49].

IV.2.- Países que no regulan la gestación por sustitución

Este grupo ha sido identificado como el de aquellos países que no regulan específicamente la cuestión -como ser Irlanda, parte de Canadá, parte de México, Venezuela-, entre los cuales se encuentra la Argentina. Ello, puede dar lugar a que se lleven adelante estas prácticas pero, sin lugar a dudas, dejarán sembrada una inseguridad jurídica en torno al emplazamiento filial del nacido, así como también en relación con la gestante –quien probablemente no quiera hacerse cargo del niño– y con los padres intencionales que muchas veces son víctimas de estafas en el intento de concretar su paternidad.

En estos ámbitos, para poder acceder al vínculo entre el nacido y los padres intencionales, suele recurrirse a la figura de la adopción o incluso se ha hecho primar el elemento genético de quien aportó el material para determinar el vínculo filial[50] optándose por la vía de la impugnación de la maternidad.

En este sentido, la Dra. Herrera nos comenta[51] que “según se puede saber de los pocos precedentes que se han publicado, las vías procedimentales han sido dos: 1) la impugnación de la maternidad y 2) controvertir la inscripción de nacimiento alegándose que el certificado o ficha rosa no se condice con la realidad ya que quien dio a luz no sería la madre biológica del niño. Ahora bien, la primera puede esconder o comprender diferentes situaciones fácticas. No sólo el caso típico de pareja casada matrimonial que aporta además su propio material genético que se transfiere en la gestante, sino también casos cuya voluntad procreacional es de un hombre solo y la gestación lo hace una amiga que no quiere ser madre, que cuando el niño nace lo reconoce pero con el tiempo también plantea la impugnación de la maternidad”.

IV.3.- Países que expresamente admiten la gestación por sustitución

Dentro de este último grupo, se encuentran aquellos países que admiten la gestación por sustitución, no obstante lo cual se advierte una disparidad relevante en la regulación. Así están quienes sólo la admiten en su forma “altruista”, y a su vez con procedimiento judicial posterior[52] (Reino Unido) o anterior[53] (Grecia, Israel); y otros que responden a posiciones más liberales y regulan la gestación por sustitución de tipo comercial u onerosa (Federación Rusa, California, India, el Ucrania).

El Reino Unido, Grecia, Brasil, Tabasco (México)[54], Israel, entre otros, se enrojan en la tesis que admite la gestación por sustitución cuando es altruista. En el primero de estos países, desde la entrada en vigor de la Surrogacy Arrangements Act (1985), los acuerdos de gestación por sustitución son homologables judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias. A su vez, se trata de un sistema de “transferencia de la filiación”, en el cual ésta se determina a favor de la mujer que da a luz, aun cuando ésta no aporte su material genético; y sólo se transfiere esta filiación a los comitentes (pasado un período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante) si éstos lo solicitan ante los tribunales. El juez inglés podrá establecer la filiación del niño respecto de los comitentes mediante una “parental order”(orden parental).

Por su parte Grecia establece una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial previa para acceder a la gestación por sustitución, previa acreditación de los requisitos legales[55].

A su turno, el ordenamiento brasileiro, si bien no existe una ley sobre gestación por sustitución, el Consejo Federal de Medicina ha emitido una Resolución que fue recientemente reformada, la N°2013/13 del 16 de abril de 2013. Por medio de esta prevé la posibilidad de que las clínicas y centros de reproducción humana asistida “creen situación de gestación por sustitución”; donde la gestante deberá pertenecer a la familia de uno de los comitentes en relación de parentesco hasta el cuarto grado.

Por otro lado, Israel cuenta con un sistema un tanto más complejo y restrictivo. Sólo admite la gestación por sustitución en parejas heterosexuales -casadas o no- quienes deben acreditar su infertilidad o la imposibilidad de llevar a cabo el embarazo; se realiza a través de la pre-aprobación del acuerdo de gestación por sustitución por parte de un comité[56]. La filiación se establece por medio de autorización judicial y el procedimiento debe realizarse en un hospital público autorizado para realizar gestación por sustitución. Por último, debemos mencionar que la ley israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial; e incluso prevé un procedimiento para su reconocimiento[57].

En otro extremo se ubican aquellos ordenamientos jurídicos que admiten y regulan la gestación por sustitución como práctica comercial. Entre ellos encontramos a California (Estados Unidos), Ucrania, Federación Rusa[58], la India.

Tanto California como Ucrania son países que tienen uno de los enfoques más liberales sobre la materia. Respecto del primero, cabe aclarar que si bien no tiene ley, la gestación por sustitución ha sido admitida jurisprudencialmente y se trata de uno de los lugares “preferidos” para llevar adelante la práctica. El reconocimiento de la filiación que puede

resultar de un acuerdo de esta índole no es automático, sino que requiere que, una vez celebrado, la parte interesada -generalmente durante el segundo trimestre de gestación- inicie el procedimiento judicial. Este procedimiento confirma los derechos parentales de los comitentes respecto del niño, siendo su finalidad primordial extinguir la filiación que pueda establecerse respecto de la gestante y su marido, si ésta es casada. Un dato “de color” es que el juez resuelve en unidad de acto, sin considerar la idoneidad de los comitentes; lo que hace que no se la considere una adopción.

Finalmente, la sentencia, ordena al hospital que después del parto incluya los nombres de la pareja comitentes en el certificado original de nacimiento. En esta coherencia, cuando se trata de una pareja homosexual, la sentencia puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres o las dos mujeres en el certificado.

Por su parte Ucrania en el artículo 123.2 del Código de Familia establece que “si un embrión concebido por los cónyuges por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño será el matrimonio”. Esto se refuerza con el artículo 139 del mismo cuerpo legal que impide que la gestante reclame la filiación materna respecto del niño concebido con material genético de los comitentes.

La normativa de la India, tal como lo expresa la Dra. Scotti, “tiene una particularidad: no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre -quien aportó el gameto masculino- y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad adquiere el estatus de “apátrida”. Sin embargo, muchas parejas acuden a este país porque los costos son mucho más accesibles”.

La necesidad de regulación ha sido advertida por los propios tribunales de la India; ya que la falta de marco legal provoca abusos e injusticias de los que son víctimas las gestantes y han sido denunciados en el informe “Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial”, elaborado por el Centro de Investigación Social.

La Argentina ha tenido la oportunidad de intervenir en un caso de gestación por sustitución realizado en la India, en el cual la pareja residía en España, pero la mujer tenía nacionalidad argentina. Se trata del caso “Cayetana”[59]; resuelto por la justicia local santafesina. El caso es multinacional pues se presentan elementos de extranjería relevantes a la luz del derecho positivo argentino: nacimiento de un niño en el extranjero y pretensión de atribución de nacionalidad a éste basada en una cuestión previa que es su filiación o estado de hijo que, a la sazón es imprescindible también determinar.

En este caso, la jurisdicción de los tribunales argentinos (de existir) es concurrente con la de otros tribunales internacionales, v.g. domicilio de los padres al tiempo de nacer el niño o foro de necesidad, si -como acusaba la parte actora- ningún otro foro atendía su pedido[60].

Ante la negativa tanto del organismo consular español -pues la gestación por sustitución está expresamente prohibida en España-, como del consular argentino de otorgarle nacionalidad - porque no había residencia en el país por parte de los pretensos padres-, la madre genética incoa demanda autosatisfactiva contra el Estado Nacional con el objeto de que se le otorgue a su hija la nacionalidad argentina y derechos anejos a ese Estado. El proceso se radicó en la justicia local santafesina. El juez pone de manifiesto la laguna normativa existente en el Código Civil de Vélez, tiene por madre a la postulante e, invocando la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), hace lugar a la pretensión, condenando al Estado Nacional al otorgamiento de la nacionalidad y documentos anejos a aquélla.

El fallo comentado sintéticamente, es de suma relevancia ya que detrás de un pedido de nacionalidad (derecho consagrado en el art.7 CDN) de una niña se resuelve nada más ni nada menos que su filiación; cuestiones íntimamente conectadas. Y es más, determina una filiación derivada de un instituto tan controvertido hoy, como es la gestación por sustitución. El juez, atento un principio de realidad, y atendiendo al interés superior del niño, ya que el dato real es que la madre gestante carece del deseo de establecimiento de dicho vínculo que, por otro lado, es ostensible en quienes requieren sus servicios, le otorga la nacionalidad. Sin duda el interés superior de la niña está en permanecer y ser cuidada y criada por quienes la quisieron e hicieron todo el procedimiento para efectivamente tenerla.

De toda la descripción legislativa realizada precedentemente, podemos concluir que los ordenamientos jurídicos que regulan la gestación por sustitución únicamente de tipo altruista, buscan -a través de la implementación de una serie de requisitos, como proceso judicial anterior o posterior a la técnica, determinadas cualidades tanto para la gestante como para los comitentes- evitar que la práctica se transforme en un negocio y se concreten los argumentos de aquellos que están en contra de la práctica (cosificación de la gestante y el niño, afectación a la dignidad humana al ser considerados objetos, etc.)

V. Gestación por sustitución y los problemas de Derecho Internacional Privado [arriba] -

De lo hasta aquí desarrollado y de la lectura y análisis tanto normativo como jurisprudencial de la temática -que sería imposible volcarla en este único trabajo- se desprende con claridad que los casos de gestación por sustitución no son sencillos. En los supuestos de extraterritorialidad de la práctica, son tres las principales cuestiones de Derecho Internacional Privado que involucra; a saber: la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias.

Un dato que corresponde conocer antes de continuar, es que si bien ya hemos visto la dispar regulación a nivel comparado de la figura, no encontramos casi ningún ordenamiento^[61] que posea reglas claras y específicas de gestación por sustitución, en materia de Derecho Internacional Privado.

Ahora bien, retomando, respecto de la jurisdicción competente, el problema que se presenta con este fenómeno en la actualidad es la extensión de la excepción del fraude a la ley a la competencia del juez: el conocido como “fórum shopping”. Esta situaciones puede presentarse de dos maneras: 1) transformando una situación puramente interna en

internacional, o 2) manipulando uno de los puntos de conexión seleccionados para atribuirle competencia al juez de un determinado Estado más favorable a los intereses del defraudador.

En el fraude a la competencia, el juez extranjero no hubiera sido competente de no mediar la manipulación del punto de conexión. El rechazo a esta última situación puede obtenerse a través de un control concienzudo de la competencia internacional del tribunal extranjero en la etapa del reconocimiento o ejecución de su decisión por el foro. La posibilidad de un forum shopping o realizar un shopping de la autoridad judicial competente en materia de procreación médicamente asistida es otro elemento que incide en el rechazo internacional de los derechos consagrados, cuando esta posibilidad acontece[62].

Por su parte, la cuestión de la determinación del derecho aplicable tampoco es una cuestión zanjada; lo que sí se advierte en la práctica es una tendencia a flexibilizar las reglas de conflicto en la materia. Los puntos de conexión únicos, al estilo savigniano, dejaron paso a las conexiones múltiples, alternativas o subsidiarias, orientadas en todo caso a la protección del interés superior del niño, optando siempre por la ley más favorable[63].

Ello porque las soluciones basadas en el método indirecto, en materia de familia, no persiguen solamente la "justicia de la elección" de un derecho determinado, mediante una elección neutral y rígida, desatendiendo la solución concreta que brinde ese ordenamiento[64].

Actualmente, la atención está puesta en la solución material animada por distintos principios orientadores o directivas flexibles para el caso concreto como es el "favor filii"[65]. Para ello, se adopta un método de elección "flexible", brindándose puntos de conexión alternativos, junto con una directiva ordenada a la solución de fondo. En otras palabras, en la elección de las normas de conflicto en materia de familia, existe una voluntad o una intención que orientan materialmente a la norma, a fin de que la solución concreta del caso satisfaga principios fundamentales de la materia[66]; como son el interés superior del niño, el derecho a la identidad, a la nacionalidad, a vivir en una familia, entre otros.

A su turno, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, tampoco es un tema resuelto; porque si bien el primer choque para ello puede estar dado por la controversia con los institutos de orden público internacional y fraude a la ley que seguidamente se analizarán; lo cierto es que como expresa Santos Belandro: "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. 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". Ello pone en evidencia, una vez más, la complejidad de la temática.

A los efectos del reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera, se pone de relieve el recurso de la cooperación internacional y el reconocimiento de efectos extraterritoriales (una filiación declarada en un Estado será reconocida en todos los demás) por oposición a los meramente territoriales (solo tendrá efectos en el Estado que la declaró o reconoció). Porque el riesgo de 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, no sería la solución que se adecua con los principios de interés superior del niño, favor filii, el derecho a la identidad y los derechos humanos. Es más no se adecuaría con las particularidades propias de esta técnica, principalmente con el elemento volitivo base sobre el cual se construye la filiación: la “voluntad procreacional”.

En esta inteligencia, cabe recordar algunos precedentes del TEDH[67] donde adoptó un criterio favorecedor al reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), pues afirma que “las obligaciones positivas al respeto efectivo de la vida familiar con base en el artículo 8 se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones suponen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 8”[68].

Por otro lado, respecto a la circulación internacional de los documentos extranjeros -que en el caso suponen, en su mayoría, las actas de inscripción del nacimiento por gestación por sustitución a favor de los comitentes en el país donde se realizó la práctica- compartimos la postura sostenida por Santos Belandro donde entiende que “toda autoridad pública habilitada para realizar ciertos actos, no puede nunca hacerlos sino según sus propias leyes, esto es, las del país que le ha dado su poder y que la ha instituido (auctor regit actum). (...)La ley que debe seguir la autoridad es su propia ley. Ello quiere decir que los actos redactados por las autoridades extranjeras en principio son eficaces si han actuado dentro de los límites de su propia competencia”.

V.1.- Orden público internacional

Un elemento clave a considerar a la hora de llevar adelante un reconocimiento de sentencia y aplicación de un derecho extranjero será el orden público internacional. Corresponderá juzgar la compatibilidad de la solución aportada por ley extranjera, con los principios sociales, culturales, morales y jurídicos del foro. La Dra. Najurieta[69] ha sostenido que el contenido del orden público internacional es de contornos variables, en atención a que a los efectos del juicio de compatibilidad antes mencionado debe tomarse en cuenta ese conjunto de principios imperantes al momento en que el juez debe resolver la cuestión. Y como el espíritu que informa la legislación de un Estado es dinámico y avanza con la vida de la comunidad, hoy se hace referencia a la “actualidad” del orden público internacional.

Sin embargo, el orden público se alza, muchas veces, como límite al reconocimiento de la filiación derivada de una gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero[70]; argumentando que esta práctica inmoral importa la cosificación de la mujer y del niño afectando así su dignidad; al tratarse el cuerpo de la gestante y del niño de objetos

indisponibles y no comerciales el contrato sería nulo de nulidad absoluta por ser un contrato de objeto prohibido conforme el artículo 953 del Código vigente de Vélez. Francia por ejemplo considera el principio de que “el estado civil es inalienable” como integrante del orden público internacional; sirviéndole de argumento en numerosos casos para rechazar el reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución.

Ahora bien, no se advierte por qué la dignidad del nacido, que tanto preocupa a algunos, puede verse afectada por el hecho de que será querido y educado por alguien distinto a quien lo gestó y parió. Disociar los elementos genéticos y biológicos de la función parental no es un tema nuevo; también en torno a un niño adoptado giran cuestiones complejas, pero estas dificultades no son, por sí solas, razones suficientes para negar la posibilidad de un vínculo filial[71].

Coincidimos con Álvarez González cuando expresa: “no se ve afectada la dignidad de quien libre y voluntariamente pide a una mujer que lleve en su vientre a quien en el futuro habrá de ser su hijo, ni de la mujer que libre y voluntariamente acepta esa petición. No veo cómo se puede ver afectada la dignidad del nacido: ¿alguien puede seriamente defender que la dignidad de los nacidos mediante gestación por sustitución está afectada de modo distinto que la de los nacidos mediante fecundación in vitro, mediante inseminación artificial, tras una relación esporádica con la única finalidad de quedar encinta, tras una relación esporádica con la única finalidad de disfrutar del sexo, dentro o fuera del matrimonio?”.

Se trata de una visión absolutista, que pierde de vista la justicia del caso concreto sustentada en principios universales e internacionalmente reconocidos, como los ya reiteradamente mencionados en este trabajo. Como lo expresa la Dra. Scotti: “el sólo hecho de que un niño haya nacido gracias a 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, la responsabilidad de los padres respecto del hijo, etc.”.

En esta línea es que la mayoría de la doctrina propicia la aplicación de lo que se conoce como “orden público internacional atenuado”, lo que implica que deberá tenerse en cuenta el efecto que se intenta reconocer en cada caso concreto teniendo presente el conjunto de principios imperantes al momento en que el juez deba resolver la cuestión. Este conjunto de principios hoy se encuentran -en la Argentina- plasmados en los tratados con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, CN); y éstos integran el orden público internacional argentino, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta circunstancia implica que el control de la solución que brinde el derecho extranjero importe en gran medida la protección y garantía de los derechos fundamentales del niño.

V.2.- Fraude a la ley

En relación al fraude a la ley, también pueden plantearse objeciones ya que se puede argumentar que la persona o pareja comitente se dirige a otro país -en el cual la gestación por sustitución se realiza- para ampararse bajo tal legislación y así llevar adelante en la práctica; cuando en su país de residencia habitual está prohibido o carece de legislación.

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[72].

VI. Estado actual de la figura en Argentina [arriba] -

VI.1.- Jurisprudencia nacional

Si bien la Argentina carece de ley sobre gestación por sustitución, nuestros jueces ya han tenido oportunidad de pronunciarse respecto de la figura. El primer fallo de nuestro país que expone abiertamente y resuelve en base a las particularidades de esta técnica fue un caso de junio de 2013 en el que expresamente se autorizó la inscripción de una niña nacida por gestación por sustitución a nombre de los comitentes[73].

Se trata de una pareja heterosexual casada que recurre a la gestación por sustitución con la ayuda de una amiga que se ofrece de manera altruista a gestar el embrión compuesto por el material genético de la pareja; ya que la comitente por problemas médico no podía gestar. Cuando nace la niña, se expide un certificado de nacimiento donde consta como “madre”, la gestante; pero no se la inscribe en el registro, careciendo de partida de nacimiento y documento nacional de identidad. Ello a fin de iniciar el trámite judicial para lograr la inscripción a favor de los comitentes.

La jueza de grado hizo lugar a la demanda y ordenó la inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas local del nacimiento de la niña como hija del matrimonio comitente. Si bien se advierte la ausencia de legislación en la materia, esta ausencia es tanto de norma que la habilite como que la prohíba; por lo cual podría decirse que todo lo que no está prohibido está permitido con el único límite del daño a terceros impuesto por el artículo 19 de nuestra Constitución Nacional.

Advierte que el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial preveía la figura, no obstante en la sanción del Nuevo Código fue eliminado, tema que se abordará en el acápite siguiente.

Como parte de su argumentación le otorga preminencia a la voluntad procreacional, entendiéndola como determinante de la filiación; como así también la correspondencia genética entre la niña y el matrimonio que en definitiva, es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino. Entiende que determinar la filiación a favor de los comitentes es lo que mejor responde al interés superior del niño en este caso concreto.

Sin perjuicio de alguna crítica que puede soslayarse, -como ser ¿qué sucedería si la comitente no hubiese podido aportar su material genético y hubiera tenido que recurrir a la donación de óvulos?, y es más ¿qué sentencia se hubiese dictado si ningún miembro de la pareja comitente hubiese aportado el material genético y hubiese recurrido a donación tanto de óvulos como de esperma?-, lo cierto es que lo valioso del fallo es que se haya determinado la filiación sobre la base real que la sustenta: la voluntad procreacional instrumentada por medio de la técnica de gestación por sustitución.

Unos meses después, en noviembre del 2013 se conoce otro fallo[74] sobre el tema; el cual acoge la demanda de impugnación de maternidad extramatrimonial y el consecuente reconocimiento en persona de la actora de la maternidad matrimonial, en razón de haber sido conjuntamente con su marido quienes, mediante el aporte de óvulos y espermatozoides respectivamente, dieron origen a la formación del embrión de cuyo producto y con el aporte del útero perteneciente a la demandada, nació el niño cuya filiación se cuestiona.

Este precedente vuelve a hacer hincapié en la voluntad procreacional, que en el caso era a todas luces evidente y comprobada por parte de los actores, es decir, de quienes participaron en el proceso de que aquél naciera y no así de la gestante. Incluso va más allá al expresar que: “cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del Código Civil, ello en tanto ésta es la solución que responde a la protección del interés superior del niño habido de tal gestación”.

Uno de los argumentos que me parece más importante destacar es el que refiere a que: “existe una creciente concientización de que en una sociedad liberal la gente debería elegir, dentro de sus posibilidades, la forma en que desean tener hijos y el tipo de familia que quieren constituir, y no deberían ser penalizados por ello; así, mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada) y se garantice el derecho del niño a la información sobre las circunstancias de su procreación, la ley no debería prohibirla”. Argumento en total consonancia con el marco desde el cual parte este trabajo, exployado en la introducción del mismo.

Por otro lado, en Argentina también hay personas o parejas que recurren a la gestación por sustitución en el extranjero. Uno de los casos conocidos fue explicado en el acápite del derecho comparado al comentar la legislación de la India (el caso Cayetana). No obstante se han dado otros, entre los cuales podemos mencionar rápidamente tres.

El primero es el caso “Tobías”[75](si bien fue mencionado en el punto III.3, aquí se desarrolla); se trataba de una pareja conformada por dos hombres que había contraído matrimonio después de la sanción de la ley 26.628 y que recurrieron a la India (con las particularidad que ya mencionamos, entre ellas, que no otorga nacionalidad al nacido) a los fines de alcanzar la paternidad. Ante la problemática que supone la falta de nacionalidad, interpusieron un recurso de amparo a los fines de lograr la inscripción de copaternidad. El mismo fue declarado procedente en favor de ambos integrantes de la pareja matrimonial fundado en el derecho de no discriminación por orientación sexual, en el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el interés superior del niño.

El segundo fallo de gestación por sustitución internacional se trató de un matrimonio homosexual que recurrió a Rusia para llevar adelante la práctica, de la cual nacieron gemelas. Las niñas fueron inscritas a nombre de la gestante como madre y de uno de los comitentes como padre. Con esa partida se ejerció la opción de nacionalidad del padre y las niñas adquirieron la nacionalidad argentina del padre. Al estar la filiación determinada solo respecto de uno de los comitentes, la pareja interpone amparo en nuestro país sobre la base del derecho a la no discriminación y el interés superior del niño. El fallo señala que “el trámite para el caso de inscripción registral de los hijos de una pareja conformada por dos hombres debe ser idéntico al de una pareja heterosexual o conformada por dos mujeres”[76].

El último caso[77] tiene la particularidad de que se trata de una pareja de dos hombres no casados que recurre a la gestación por sustitución en la India y luego interpone recurso de amparo a los fines de lograr la inscripción a favor de ambos comitentes copadres. Al igual que los precedentes anteriores, se hizo lugar a la acción.

El “barrido” jurisprudencial a nivel local realizado, evidencia que en todos los casos se reconoce la filiación derivada del acuerdo de gestación por sustitución tanto celebrado en el país como en el extranjero, sobre la base de la voluntad procreacional.

VI.2.- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación:

VI.2.A) Intentos de regulación

El Código Civil aún vigente, el de Vélez Sarsfield, claramente no contiene norma alguna que refiera a la gestación por sustitución y ello es más que lógico en razón de la época en la que fue redactado. No obstante como hemos analizado, el fenómeno está más que presente en la realidad social mundial y la Argentina indudablemente forma parte de ella.

En esta coherencia es que el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación contempló la figura de la gestación por sustitución en el artículo 562[78] donde se preveía que era la única técnica de reproducción asistida que debía pasar por un procedimiento judicial previo (homologación del consentimiento informado firmado por las partes intervinientes), a fin de que el juez compruebe una serie de requisitos (que la gestante haya tenido por lo menos un hijo propio, el consentimiento previo libre e informado de los comitentes y la gestante, que ésta última no se haya sometido a este procedimiento por más de dos veces, que no aporte sus gametos, etc.) a los fines últimos de evitar que se convierta en una práctica comercial donde afecte a los grupos más vulnerables. A los fines de reforzar esto último regulaba que la gestante no haya recibido retribución, lo cual puede llegar a ser discutible también.

Sin embargo, durante el tratamiento legislativo, la figura fue eliminada del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación[79], las “presiones y negociaciones políticas” tienen un costo,

y en esta oportunidad fue la supresión de la figura. No obstante, como bien nos comenta la Dra. Herrera en la entrevista realizada, ante la pregunta si ha cambiado algo con el Nuevo Código a pesar de haberse eliminado la figura, nos dice: “Totalmente, siempre visualizar, enfrentar y no silenciar realidades que se dan en la sociedad ayudan a analizarlas con mayor profundidad, a debatirlas, a hacerlas conscientes con todo lo que ello tiene de positivo. Máxime cuando se trata de una figura que no sólo interpela a los operadores jurídicos sino también no jurídicos, por lo cual, colocarla sobre el tapete también va a movilizar el debate en otros ámbitos muy necesarios”.

Otro intento destacable de regular, y por ende controlar la práctica de la gestación por sustitución fue el Proyecto de Ley de inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución (CABA), cuyo objeto es “regular la inscripción, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, de niños nacidos como consecuencia de un procedimiento de gestación por sustitución realizado en el extranjero, en salvaguarda del interés superior del niño y su derecho a la identidad.”

De conformidad con sus fundamentos, dicho proyecto de ley “surge de la necesidad de dar respuesta a aquellas personas que, han optado por apelar al régimen de gestación por sustitución en el extranjero, y requieren inscribir el nacimiento de sus hijos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”. Si bien nuestro país no cuenta con una normativa de fondo que trate el asunto de la gestación por sustitución, es una realidad que muchas parejas se someten a este tipo de tratamientos en el exterior y luego regresan a nuestro país a los efectos de formar una familia, buscando registrar al recién nacido como argentino. Ante la falta de una normativa que permita la anotación a nombre de ambos padres en la situación descrita, se genera un vacío legal y una situación de hecho que perjudican al niño y lo dejan en un estado de indefensión.[80].

VI.2.B) ¿Qué quedó regulado en el Nuevo Código Civil y Comercial que influya en la figura?

Frente a la ausencia descrita en el título precedente, la pregunta es ¿quedó algo regulado en el Nuevo Código Civil y Comercial que influya en la figura? Y por suerte, la respuesta positiva se impone.

En el Libro Sexto referido a disposiciones comunes a los derechos personales y reales, el Título IV refiere a las disposiciones de Derecho Internacional Privado. Más específicamente en la Sección V sobre la filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistidas hallamos el art. 2634 que reza: “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 aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

De los fundamentos del Anteproyecto se extrae la intención de los redactores, pues advierten la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho, y en razón de ello han optado por soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación a cada caso particular, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos, caso en el que “cuadra” más que perfecto la gestación por sustitución.

Asimismo, sobre el supuesto especial del artículo en comentario los fundamentos expresan: “No se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grades 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 al derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país[81]”. Recordamos aquí que el orden público internacional, actualmente, incluye todos los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, entre los cuales se encuentra la CDN.

Del análisis sistémico del Nuevo Código, como así también de la línea jurisprudencial a nivel local y el camino marcado por la jurisprudencia comparada, sobre todo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nos lleva a coincidir plenamente con la Dra. Lamm[82] cuando dice: “sería hoy imposible negar reconocimiento a una filiación por gestación por sustitución establecida en el extranjero”.

VII. Colofón [arriba] -

Una vez que hemos dado cuenta, a lo largo del presente trabajo, de los conflictos y el notorio e innegable aumento de casos de gestación por sustitución internacional, la necesidad de un marco regulatorio a nivel convencional se impone. La exigencia de obtener una regulación jurídica reside, en el carácter irreversible de la situación surgida de una procreación médicamente asistida transfronteriza, y en la casi imposibilidad en la que se encuentra el jurista de negarle todo efecto jurídico en razón de la existencia de principios universalmente reconocidos como son: el interés superior del niño, favor filis, el derecho a la identidad, los derechos humanos, la vida privada familiar, entre otros.

La Conferencia de la Haya ya ha advertido la problemática y está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución cuya premisa es que, como estos casos aumentan día a día, se requiere de manera urgente de una regulación internacional que contemple este apremiante problema global[83].

La disparidad de regulación que asiste al derecho comparado, hace necesario que esta futura convención establezca pautas mínimas a los fines de evitar los abusos a los que tanto temor se tiene. Como lo expresa la Dra. Lamm, “en el contexto de la gestación por sustitución, este sistema de garantías mínimas, junto con el establecimiento de un sistema de cooperación y en última instancia un “principio de reconocimiento”, podría ser una manera de asegurar la prevención de abusos, a la vez que evitaría dejar sin paternidad a un niño

nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución y otorgaría previsibilidad a las partes”.

Para la Oficina permanente de la Conferencia de la Haya, un instrumento que se centra en la cooperación en la gestación por sustitución internacional puede asegurar garantías, por lo que se convierte en un fenómeno respetuoso de los derechos e intereses de los niños nacidos”[84].

En este sentido, un marco referencial importante debería ser la Convención sobre Adopción Internacional de la Haya de 1993, si bien las diferencias entre ambos tipos de filiación son obvias, existe una aproximación entre filiación por sustitución y adopción internacionales, donde a pesar de que en un caso un niño está por nacer en cambio en el otro hay un niño ya nacido, en ambos se intenta crear o re-crear una familia acogedora de un bebé; desde esta base sería conveniente considerar los avances y las técnicas utilizadas en este Convenio, como así también el trabajo de las Autoridades Centrales a fin de favorecer la cooperación en esta materia..

Es así que una gestación por sustitución eficazmente regulada requerirá de la intervención de Autoridades Centrales, a través de las cuales se transmitirán los exhortos o cartas rogatorias y los datos personales de la pareja comitente y de la madre gestante que acrediten estar dentro de los términos exigidos por la Convención (salud psicofísica, edad, prueba del matrimonio o del concubinato de la pareja comitente, informes de las Comisiones pluridisciplinarias existentes en cada país, entrevistas, etc.)[85]. Reconociendo el papel de estas autoridades en el funcionamiento de los Convenios de la Haya relativos a los niños, debería considerarse la posibilidad de establecer un marco administrativo similar.

En complemento, entendemos que la elaboración de esta futura convención deberá ser abordada desde el pluralismo metodológico; privilegiándose un sistema normativo destinado a realizar las soluciones más justas a los casos iusprivatistas multinacionales en el ámbito de una jurisdicción estatal. En esta postura se enrola Santos Belandro al expresar que un tema tan complejo como lo es la gestación por sustitución sólo puede ser eficazmente regulado por el derecho recurriendo a un pluralismo metodológico, donde convivan reglas de conflicto de leyes clásicas y reglas de conflicto materialmente orientadas, normas sustanciales internacionales, principios y valores a proteger y defender, reglas sobre competencia internacional -especialmente en el rol de los magistrados- reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras sobre el tema y las excepciones a permitir a la vigencia del esquema general. La autonomía de la voluntad debe quedar excluida y en su lugar crear un sistema imperativo que evite desvíos en la aplicación de la Convención.

Así por ejemplo, pensamos que la cláusula referida al orden público internacional como excepción al reconocimiento y aplicación del derecho extranjero, puede redactarse de forma similar a la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, donde en su art. 25 consagra la siguiente redacción: la restitución del menor dispuesta conforme a la presente Convención podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido y consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño (el destacado nos pertenece).

Por otra parte, en relación a las pautas mínimas mencionadas, creemos imprescindible la presencia de la autoridad judicial con una intervención ex-ante; a los fines de evaluar determinados requisitos mínimos que impondrá la propia Convención tanto para los comitentes como la gestante, como así también para el centro o clínica que lleva adelante la práctica. Esto último es muy importante, a los fines de controlar estas agencias intermediarias para evitar el “negocio global” de la maternidad subrogada que ha advertido la Conferencia de la Haya. Este control implica fijar ciertos límites a la práctica a los fines de evitar los abusos -y tráfico de menores-, en pos del respeto de los derechos fundamentales de las personas involucradas en esta práctica.

Por ejemplo, dentro de estos requisitos mínimos podemos pensar en que el juez -con acompañamiento y participación de la autoridad central- verifique: el consentimiento previo, libre e informado de las partes. Constate la protección a la gestante, que podría - aunque no necesariamente- ser una de las partes más vulnerables de la relación a través de la constatación por ejemplo de que no aporte su material genético (a los fines de evitar arrepentimientos como el caso Baby M, aquí explicado); que no gesticione para otro más de dos veces (a los fines de evitar que se transforme en una forma de subsistencia de mujeres de bajos recursos); que tenga al menos un hijo propio (para constatar de que ya ha pasado por la experiencia, también a los fines de evitar un arrepentimiento), constatar acompañamiento psicológico constante para todas las partes intervinientes en el proceso, etcétera.

Respecto de normas de conflicto, propias del Derecho Internacional Privado y en relación al objeto clásico de la materia, proponemos:

a) en relación al juez competente, que sea el del lugar del domicilio o residencia habitual de la gestante (a los fines de asegurarle el derecho de defensa y como contracara el acceso a la justicia); y si el niño ya ha nacido y se trata de algún conflicto posterior, tener en cuenta al juez del lugar del domicilio o residencia habitual del niño/a. No obstante, en el caso de conflicto entre estas jurisdicciones, apelar nuevamente a la cooperación internacional, tanto entre los jueces como entre las autoridades centrales a crearse en cada uno de los Estados intervinientes, como herramienta más adecuada para la resolución del conflicto de forma más inmediata.

b) en lo que refiere a la ley aplicable, la respuesta se desprende del análisis global hecho en el presente trabajo, pues debería optarse por criterios flexibles y recurrir aquella ley que sea más favorable al establecimiento de la filiación del niño/a respetando siempre su interés superior en el caso concreto.

c) por último, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución de sentencia, como hemos dicho en este acápite, prever un principio de reconocimiento, que estaría asegurado por la regulación mínima establecida en la futura regulación convencional.

Ahora bien, una vez esbozado algunos criterios para la regulación convencional, que como vimos, se impone como necesaria; esta preocupación global en torno a la gestación por sustitución no escapa al nivel local de la República Argentina como parte de este mundo globalizado. En el país los casos se dieron, se dan y sin duda continuarán sucediendo; por lo que la Argentina debe atender esta realidad insoslayable y regularla.

Silenciar o prohibir los acuerdos de gestación por sustitución contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la "inevitabilidad del destino biológico" de la mujer, tipos de familia "privilegiadas", ya que una pareja de dos hombres, atento a que, por razones biológicas tienen incapacidad de concebir y gestar; la gestación por sustitución representa la única opción de tener un hijo genéticamente propio.

Los principios de libertad, igualdad y no discriminación, especialmente después de la sanción de la ley 26.618, conducen, pues, a la autorización de la práctica. Si el derecho se retirara o estableciera prohibiciones cada vez que existen dificultades de aceptación por parte de la moral social dominante en determinado momento histórico, los avances a favor de la igualdad y de la libertad serían tremendamente lentos y todo seguiría igual a través de los siglos[86].

Por otra parte, la falta de regulación, no sólo afecta a la igualdad en cuanto a discriminación por orientación sexual, sino que también adquiere otro tinte. Me explico, sólo las personas que cuentan con los recursos suficientes para acceder a una gestación por sustitución en el extranjero pueden alcanzar el derecho a la parentalidad y a formar una familia; ¿y quienes carecen de estos medios?; a éstos les es imposible llegar a efectivizar sus derechos.

A modo de conclusión, exponemos que se requiere de manera imprescindible y urgente que el Derecho tanto de fuente convencional como interna acoja y regule la figura, teniendo como directriz el respeto de los Derechos Humanos Fundamentales de las personas, con especial atención al de los niños/as.

Notas [arriba] -

** Trabajo presentado en el marco del curso regular del Ciclo Profesional Orientado, "Protección Internacional de la Familia" a cargo de la Dra. Luciana Scotti, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2014.*

*** Estudiante de Derecho de la Universidad de Buenos Aires e integrante del Proyecto UBACyT "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias" 2013-2016, dirigido por la Dra. Marisa Herrera.*

- [1] GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María V. y HERRERA, Marisa; “Derecho Constitucional de Familia”; Ediar, Buenos Aires, 2006. Tomo I, pág.76.
- [2] SANTOS BELANDRO, Rubén B, “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, del 25 de noviembre de 2011, Cita: elDial.com - DC1762; pág.1
- [3] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Alberdi, precursor de la constitucionalización del Derecho de Familia”, en Homenaje a Juan Bautista Alberdi, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2002, Tomo II, pág.233.
- [4] SCOTTI Luciana B., “Filiación internacional: una asignatura pendiente en el Dipr Argentino”, basado en la ponencia presentada en el XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional (San Miguel de Tucumán - Facultad de Derecho - Universidad de Tucumán - 4, 5 y 6 de Septiembre de 2014) en la Sección de Derecho Internacional Privado, abocada en esta oportunidad al análisis de la codificación del DIPr argentino.
- [5] HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte”, 13-abr-2012, Microjuris.com. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752.
- [6] Esta ley -Matrimonio Igualitario- también implica asumir la no discriminación por motivo de la orientación sexual de las personas como principio básico del ordenamiento jurídico argentino de forma tal, de garantizar derechos por igual a las personas heterosexuales, homosexuales, lesbianas y trans a partir del respeto por la sexualidad elegida y ejercida en todos los ámbitos e instituciones. Por ende, todas las personas tienen derecho concebir un hijo/a conforme a la situación que su orientación sexual determine, de lo contrario, el principio de avance progresivo -y no regresivo- como el principio pro homine en relación a la ley de matrimonio igualitario, se vería burlado por la imposición de posturas que habrían superadas con fuertes argumentos constitucionales- convencionales explicitados en el debate de la ley; en GIL DOMINGUEZ, Andrés; “Comaternidad y Copaternidad Igualitaria”, LA LEY 12/03/2012, 1 LA LEY 2012-B, 1251, 2012
- [7] Esta idea de “social”, hace referencia a lo que se conoce como infertilidad estructural, social, cultural; es la que incluye a parejas homosexuales, que si bien pueden no tener problemas de infertilidad desde el punto de vista médico, sí la tienen desde el social. El ejemplo más claro es el de una pareja conformada por dos hombres, pues su estructura biológica no les permite llevar adelante la procreación por sí solos, ya que requieren inevitablemente del auxilio de la donación de óvulos y la gestación por sustitución.
- [8] RUBAJA, Nieves; “Estabilidad de los vínculos filiatorios consecuentes del recurso de la gestación por sustitución en el extranjero”; Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia; Abeledo Perrot; Buenos Aires, Octubre 2012; 2012-V; pág.129.
- [9] SCOTTI Luciana B., “Filiación internacional: una asignatura pendiente...” op.cit. pág.14.
- [10] FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, y LIMA MARQUES, Cláudia, “Protección de menores en general”, en Fernández Arroyo Diego (Coord.), El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur, Zavalía, Buenos Aires, 2003. Capítulo 15, pág. 647-650.
- [11] La evolución de las diferentes formas familiares, su reconocimiento bajo el prisma del principio de igualdad y no discriminación, la filiación como un elemento constitutivo -aunque no imprescindible- de la vida privada familiar; y dentro de ésta la revolución que han generado las técnicas de reproducción humana asistida desde el momento que permiten disociar la parentalidad de la reproducción sexual, generando una tercera fuente filial con principios autónomos y disímilmente regulados entre los Estado de la comunidad jurídica internacional. Como postula la Dra. Eleonora Lamm: “se habla de revolución reproductiva porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las técnicas, es posible la reproducción sin sexo, y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una

problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios.”

[12] SCOTTI, Luciana Beatriz; “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”; Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires Año 1 Nro1, Eudeba; Buenos Aires, 2012.

[13] Notas periodísticas: “Ya hay alquileres de vientres en el país” Diario La Nación del día 7 de Julio de 2012. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1488504-ya-hay-alquileres-de-vientres-en-el-pais>. Compulsado el 17/11/2014. “Alquiler de vientre: la lucha por ser padres, en primera persona” Diario Clarín del día 18 de Septiembre de 2013. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/Alquiler-ventre-padres-primera-persona_0_995300723.html. Compulsado el 25/09/2013. “Amor de hermanas: una no podía ser mamá y la otra le prestó el útero” Diario Clarín del día 19 de Octubre de 2014. Disponible en: http://www.clarin.com/sociedad/alquiler_de_ventre_0_1232876854.html. Compulsado el 17/11/2014.

[14] Aprobado por Resolución (D) N° 4861/2011 del 15 de diciembre de 2011; Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

[15] GIL DOMINGUEZ, Andrés, FAMA, María V. y HERRERA, Marisa; “Derecho Constitucional de Familia”...op.cit., pág.1005.

[16] SANTOS BELANDRO, Rubén B, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero.Eficacia extraterritorial...”; op.cit., pág.2.

[17] La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, a pedido del Consejo de Asuntos Generales y Política en abril de 2010, presentó en 2011 un documento en torno a los acuerdos de subrogación de maternidad en el que se planteó el escenario actual de la problemática y las posibilidades que podría ofrecer la Conferencia para unificar los problemas relacionados con la jurisdicción internacional, el derecho aplicable y el reconocimiento en materia de filiación, priorizando los derechos fundamentales del niño, incluido el derecho a no sufrir discriminación adversa sobre la base del nacimiento o estado de los padres, a la consideración primordial de su propio interés en todas las acciones que le conciernen, a tener un nombre y una nacionalidad, entre otros. Incluso ya hay documentos emitidos por este organismo que incluye investigaciones del fenómeno mundial y datos al respecto.

[18] CAMACHO, Javier M., “Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores”, 2009. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>. Compulsado el 25/09/2014.

[19] LAMM, Eleonora; “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Universidad Barcelona; 2012, pág.221/222.

[20] LAMM, Eleonora; “Gestación por sustitución...”, op.cit., pág.25.

[21] BARON, Luisa; “Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido”; Revista de Derecho de Familia; Abeledo Perrot; 2014, pág.2 Cita online N°: AP/DOC/48/2014.

[22] LAMM, Eleonora, “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución”, Cuestión de Derechos. Revista electrónica, N°3, 2012. Disponible en: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%203.pdf>. Compulsada el 17/11/2014.

[23] VELA SÁNCHEZ, Antonio J., “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler”, Diario LA LEY, Editorial LA LEY, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII.

[24] FARNÓS AMORÓS, Esther, “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 1/2010, Revista para el análisis del derecho. Barcelona, enero de 2010. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf. Compulsado el 27/10/2014

[25] El caso tiene su origen en la demanda de divorcio interpuesta por el marido justo antes del nacimiento de un niño gestado por una madre subrogada. La esposa reconvino solicitando una pensión a favor del “hijo del matrimonio”. El tribunal de apelaciones de California revocó la decisión del tribunal inferior, que había considerado indeterminada la filiación del menor, y estableció la filiación a favor de los esposos en base a su papel (initiating role) en su concepción y posterior nacimiento, ya que ambos habían aceptado voluntariamente las oportunas responsabilidades. El tribunal otorgó la custodia del nacido a la madre comitente y obligó al padre comitente al pago de una pensión alimenticia al menor.

[26] FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España...”, op.cit., pág.8

[27] Artículo 562 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. “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”.

[28] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora HERRERA, Marisa; “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”; Revista Jurídica La Ley, 2013. Cita online N°: AR/DOC/2573/2013.

[29] Un niño, hijo de dos hombres argentinos y nacido en la India mediante la práctica de la gestación por sustitución a principios de julio de 2012, ha sido inscripto en el Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires, constituyendo de este modo un novedoso precedente en el derecho nacional.

[30] BERGER, Sabrina M.; “La copaternidad en los casos de maternidad subrogada”; Revista Jurídica La Ley, 2012. Cita online N°: AR/DOC/4418/2012.

[31] Para esta sección se ha consultado: SANTOS BELANDOR, Rubén B, “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, del 25 de noviembre de 2011, Cita: elDial.com - DC1762. SCOTTI, Luciana Beatriz; “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”; Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; Ed. Eudeba; Buenos Aires, 2012. LAMM, Eleonora; “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”; Universidad Barcelona; 2012. FARNÓS AMORÓS, Esther, “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 1/2010, Revista para el análisis del derecho. Barcelona, enero de 2010. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf. Compulsado el 27/10/2014.

[32] Con ingresar una búsqueda sencilla en internet puede apreciarse la cantidad y la variedad de ofertas que aparecen para acceder a mecanismos de procreación desde varios países del mundo (incluso aquellos en los que no se permiten determinadas prácticas como la gestación por sustitución) en los que estas prácticas resultan habituales, ya sea que se encuentren permitidas expresamente por ley o que la falta de regulación al respecto conduzca a esos extremos. Por ejemplo ver <http://gestacionsustituta.es/>

[33] El “turismo reproductivo” es preocupante por varias razones: es sólo una opción para las personas que pueden permitírselo económicamente; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos —que pueden presentar riesgos para las madres y los niños—; e implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos; en LAMM, Eleonora, “La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución”, Cuestión de Derechos. Revista electrónica, N°3, 2012. Disponible en: <http://www.cuestiondederechos.org.ar/pdf/numero3/Numero%203%20-%20Articulo%203.pdf>. Compulsada el 17/11/2014.

[34] SCOTTI, Luciana Beatriz; “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”...”, op.cit., pág.247.

[35] RUBAJA, Nieves; “Estabilidad de los vínculos filiatorios...”, op.cit. pág. 4.

[36] Esta clasificación es tomada del informe preliminar desarrollado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya en marzo de 2012, “A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements”, documento preliminar 10.

[37] El art. 43 de la Ley N°40 del 19/02/2004, sobre normas en materia de procreación asistida, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación de tipo heterólogas. No hay duda que también está prohibida la gestación por sustitución. Además, el art.12.6 de la ley sanciona el uso de gametos ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de las “madres de alquiler” con multas desde 600.000 hasta un millón de euros y penas de tres meses a tres años de cárcel.

[38] El art. 119.2 letra d) de la Constitución Federal prevé que la donación de embriones y todas las formas de gestación pos sustitución están prohibidas. Asimismo también a través de la Ley Federal sobre procreación medicamente asistida del año 1998 (reformada en el año 2006), que expresamente prohíbe la gestación pos sustitución en todas sus modalidades.

[39] El art. 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay, advierte que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”.

[40] La ley alemana de protección del embrión del 13/12/1990, en su artículo 1, 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 una multa a quien: 1)Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2)Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos a los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; 6)Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección; 7)Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento”. A su vez también la ley de adopción de Alemania prohíbe la gestación por sustitución y la castiga con un año de prisión o multa.

[41] La ley de medicina reproductiva de Austria del 4/07/1992 no autoriza la donación de ovocitos ni embriones, y sólo permiten el uso de gametos de la propia pareja sometida a las técnicas, salvo que el hombre sea estéril. En esta caso, autoriza la donación de semen pero sólo para ser utilizado en inseminación artificial y no fecundación in vitro. De esta manera la donación de ovocitos, así como la gestación por sustitución, no son opciones posibles en Austria. Cabe aclarar que esta ley, que sólo permite las técnicas heterólogas en determinadas situaciones fue cuestionada ante el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) en el caso S.H y otros Vs. Austria, sentencia 3 de Noviembre de 2011.

[42] El art. 8 de la Ley N° 32/2006 del 26/07/2006 considera nula la gestación por sustitución tanto gratuita como comercial, y mantiene la regla tradicional del derecho civil portugués de que madre es la mujer que da a luz; en el caso, la gestante.

[43] SANTOS BELANDOR, Rubén B, “La maternidad subrogada consumada...”, op.cit., pág.16.

[44] El destacado nos pertenece.

[45] Se trata de un caso de una pareja homosexual que después de varios intentos fallidos de adopción internacional y bajo la creencia que por su condición homosexual no se les

otorgaría el certificado de idoneidad para adoptar en España, decidieron trasladarse temporalmente a California para hallar una mujer dispuesta a actuar como gestante. Después del nacimiento de los mellizos y ante los obstáculos burocráticos, la pareja permaneció con los niños en EE.UU., pendiente de adquirir un permiso de residencia y a la espera de la decisión de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Durante este período, los niños gozaban de la nacionalidad norteamericana.

[46] FARNÓS AMORÓS, Esther, “Inscripción en España de la filiación...”, op.cit., pág.5.

[47] Caso “Mennesson” y “Labassee”.

[48] HERRERA Marisa, LAMM, Eleonora; “Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución”; Diario La Ley; 2014; AÑO LXXVIII N° 122.

[49] El destacado nos pertenece.

[50] RUBAJA, Nieves; “Estabilidad de los vínculos filiatorios...”, op.cit., pág.4.

[51] Fragmento de la entrevista realizada a la Dra. Marisa Herrera en ocasión del Proyecto de Investigación que diera origen al presente trabajo.

[52] Supone la posibilidad que se da en algunos de los ordenamientos jurídicos que permiten estas técnicas de determinar la filiación por procesos que se llevan a cabo posteriormente al nacimiento del niño nacido por subrogación —ex post facto—; como ser la “parental order” en el Reino Unido.

[53] Se trata de los procesos denominados pre-approval, en los que un juez o comité especializado debe aprobar el acuerdo de subrogación, luego de asegurarse de que se cumplan condiciones establecidas por ley para el acuerdo y que se conozcan sus consecuencias. Como resultado, en principio, los padres intencionales son automáticamente registrados como tales desde el momento del nacimiento y la gestante se ve obligada a cumplir con el acuerdo.

[54] El art. 92 del Código Civil en el tercer y cuarto párrafo expresan: “En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena”.

[55] La ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Humana estableció las pautas para la maternidad por sustitución, que se incorporaron al Código Civil: “Art. 1458. La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.” “Art. 1459. Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico, antes del comienzo de la asistencia médica, que los gametos congelados o los embriones congelados que no les sirvan a la procreación.”

[56] Entre los requisitos de la gestante se encuentran los siguientes: debe ser mayor de edad, no debe estar relacionada con la comitente, debe tener un hijo previo propio pero no más de tres y no debe haber actuado más de dos veces como gestante.

[57] Este tipo de recurso es, generalmente, utilizado por las parejas del mismo sexo. Así cuando el niño nace en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, es necesario probar, a través de ADN, que es hijo genético de alguno de los comitentes. Una vez probado ello, el niño es considerado hijo natural del comitente y así se lo registra sin hacer mención alguna al acuerdo realizado en el extranjero. El otro comitente, que no aportó material genético, debe recurrir a la adopción.

[58] El art. 51.4 del Código de Familia de la Federación Rusa resuelve el tema de la siguiente manera: Los cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la aplicación de la

fecundación in vitro o la implantación del embrión, se inscribirán en el libro de nacimiento como los padres del niño nacido por medio de dichas técnicas. Los cónyuges que hayan dado sus consentimientos escritos para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, con el fin de que lo gesté, sólo serán inscritos como los padres del niño, con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada). El Código de Familia ha sido complementado con la Orden del Ministerio de Salud Pública No. 67 de 26 de febrero de 2003. Anexo 1 sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina, inscrita en el Ministerio de Justicia el 24 de abril de 2003 con el Nro. 4452. Podrán ser madres subrogadas las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes: a) tener una edad entre 20 y 35 años, b) tener un hijo propio sano, c) tener una buena salud psíquica y somática. Y la Ley No. 143-FZ de 15 de noviembre de 1997 sobre las Actas de Estado Civil complementó el trámite en el art. 16: “Declaración de nacimiento. 5. Para la inscripción del nacimiento en el Registro Civil por declaración de los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en otra mujer con el fin de que lo gesté, simultáneamente con el documento que certifique el nacimiento deberá presentarse un documento expedido por un centro médico donde conste el consentimiento expreso de la mujer que haya dado a luz al niño (madre subrogada) para que dichos cónyuges sean inscritos como los padres del menor”.

[59] “Saint Girons Elsa F. y/o Gonzalez Cayetana Elsa s/ medida autosatisfactiva” Sentencia de Julio de 2012. Los esposos E.S.G. y J.G.G., ella de nacionalidad argentina y él de nacionalidad española, celebraron matrimonio en la República Argentina y posteriormente se radicaron en España, donde constituyeron su domicilio. Celebraron en la India un contrato de gestación por sustitución, en función del cual aquéllos aportaron embrión fecundado in vitro y la señora Jyoti Kashyap (casada con el señor Nitin Kashyap) se obligó como gestante durante el embarazo, para posteriormente entregar el niño a sus padres genéticos. La autoridad de la India expidió la pertinente acta de nacimiento. La madre genética solicitó al Consulado Argentino en Nueva Delhi la inscripción de la niña en el libro de nacimientos y el otorgamiento de la nacionalidad y pasaporte argentinos. El Consulado -según relata la sentencia- habría invocado como obstáculo a la pretensión de la demandante la ausencia de residencia de aquella en la República Argentina.

[60] MENICOCCI, Alejandro A.; “Jurisdicción y derecho aplicable en materia de filiación por subrogación. La filiación por contrato”; Revista Jurídica La Ley; 2013. Cita online N°: AR/DOC/5705/2012, pág.2.

[61] Decimos casi ninguno, pues como vimos Israel contempla de alguna manera la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, así como España en el 2010 emitió una Resolución únicamente a los fines de la inscripción de filiaciones derivadas de esta técnica realizadas en el extranjero.

[62] SANTOS BELANDOR, Rubén B, “La maternidad subrogada consumada...”, op.cit., pág.19

[63] SCOTTI Luciana B., “Filiación internacional: una asignatura pendiente...”, op.cit., pág.5 y sig.

[64] GOLDSCHMIDT Werner, “Derecho Internacional Privado”, 4ª edic., Depalma, Buenos Aires, 1982, pág.6

[65] Se entiende por tal, la regla del derecho internacional tendiente a aplicar el derecho que en mayor medida procure favorecer el emplazamiento filial de la persona de que se trate.

[66] RUBAJA, Nieves; “Filiación internacional. Los problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano”; Revista Jurídica Microjus; 01/07/2005, Cita: MJ-DOC-2739-AR | MJD2739, pág.12.

[67] Los precedentes “Negrepointis-Giannisis c. Grecia”, sentencia del 3 de mayo de 2013; Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo”, sentencia del 28 de junio de 2007.

[68] El Tribunal afirma que los jueces no pueden dejar de reconocer un estatuto jurídico

creado en el extranjero, en la medida en que se corresponde con la vida familiar que protege el artículo 8 CEDH, porque el interés superior del niño debe prevalecer. En consecuencia concluye que: la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación del orden público, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, supone que se haya hecho un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público en circunstancias que determinan que se viole también el artículo 6.1 CEDH.

[69] NAJURIETA, María Susana, “Orden Público Internacional y Derechos Fundamentales del Niño”, Revista Jurídica La Ley, 1997-B-1436.

[70] ÁLVAREZ GONZALEZ Santiago, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”. Disponible en: http://www.academia.edu/4494552/Reconocimiento_de_la_filiaci%C3%B3n_derivada_de_gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n. Compulsado el 31/10/2014, pág. 9 y sig.

[71] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora HERRERA, Marisa; “Regulación de la gestación por sustitución”; Revista Jurídica La Ley; 2012. Cita online N°: AR/DOC/4747/2012, pág.1

[72] DREYZIN DE KLOR, Adriana y HARRINGTON, Carolina, "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", Revista de Derecho de Familia. Octubre de 2011, pp. 301-329.

[73] N.N s/ inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°86, 18/06/2013. Para ampliar véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora HERRERA, Marisa; “Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional”; Revista Jurídica La Ley, 2013. Cita online N°: AR/DOC/2573/2013. QUAINI, Fabiana M., “Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina”, Revista Jurídica Microjus, 26/06/2013. Cita: MJ-DOC-6332-AR | MJD6332.

[74] “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ ordinario”, Juzgado de Familia de Gualeguaychú, 19/09/2013. MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567

[75] D.C.G y G.A.M c/ GCBA s/ Amparo, Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario CABA, 22/03/2012.

[76] Si la discriminación por la orientación sexual es indiferente para la ley a la hora de reconocer la posibilidad de contraer matrimonio, también debe serlo a la hora de inscribir a los hijos de ese matrimonio legalmente reconocido. Mientras una pareja heterosexual y a una conformada por dos mujeres pueden inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo nacido bajo las técnicas de reproducción humana asistida, no se reconoce el mismo derecho a una pareja de hombres, quienes biológicamente no tienen otra alternativa que recurrir a la gestación por sustitución para concretar sus deseos de ser padres.

[77] L.R.R y M.H.J c/ GCBA s/ Amparo, Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario CABA, 11/01/2013. Inédito.

[78] Ver nota al pie de página n°28.

[79] Recientemente promulgado mediante Decreto N° 1795/2014, de fecha 7 de octubre de 2014.

[80] SCOTTI, Luciana Beatriz, “La “maternidad subrogada” en la legislación y jurisprudencia argentinas”, Revista Digital en Letra N° 1 (ISSN: 2362-2148), 2013, pág. 21.

[81] Artículo 2600 Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: “Orden Público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público (agregaría internacional) que inspiran el ordenamiento jurídico argentino”

[82] Fragmento de la entrevista realizada a la Dr. Eleonora Lamm en ocasión del presente trabajo.

[83] Cabe citar las jornadas organizadas por ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional

Privado sobre “Acuerdo de gestación por sustitución en el ámbito internacional” celebradas en San José de Costa Rica en noviembre de 2011. En el documento de trabajo que contiene los objetivos de ese encuentro se expresa: “En 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdo de gestación por sustitución que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de estos casos”.

[84] LAMM, Eleonora; “Gestación por sustitución...”, op.cit., pág.212.

[85] SANTOS BELANDOR, Rubén B, “La maternidad subrogada consumada...”, op.cit., pág.22.

[86] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída LAMM, Eleonora HERRERA, Marisa; “Regulación de la gestación...”, op.cit., pág.8.