

---

## LA “MATERNIDAD SUBROGADA” EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA ARGENTINAS

*Luciana B. SCOTTI\**

---

### Resumen:

Dentro del actual contexto posmoderno, en donde la noción de familia ha cambiado radicalmente, mención especial merece el dispar reconocimiento de las técnicas de fertilización asistida y sus efectos jurídicos.

Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la maternidad subrogada es un “negocio global”. En efecto, la diversa 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”.

Las consultas en materia de maternidad subrogada tanto por parejas homosexuales como heterosexuales aumentan día a día y se mediatizan casos que demuestran la importancia de prever estas situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en nuestro país.

De allí, la importancia de analizar esta delicada cuestión a la luz de la legislación y de la jurisprudencia argentinas.

### Palabras Clave:

Gestación por sustitución – Maternidad subrogada – Derecho Internacional Privado – Orden público internacional – Técnicas de reproducción humana asistida – Interés superior del niño.

---

Fecha de recepción: 25 de noviembre de 2013.

Fecha de aprobación: 17 de diciembre de 2013.

\* Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de Oro (UBA). Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” y Premio “Alberto Tedín Uriburu” a la alumna de la carrera de Abogacía con el mejor promedio de su promoción. Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Posdoctoranda, admitida en 2012 (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado (Facultad de Derecho, UBA). Directora e integrante de Proyectos de Investigación DECyT y UBACyT. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. Correo electrónico: [lucianascotti@derecho.uba.ar](mailto:lucianascotti@derecho.uba.ar)

## Abstract:

In the current postmodern context, where the notion of family has changed radically, special mention deserves the recognition of assisted reproduction techniques and their legal effects. As recognized by the Hague Conference on Private International Law, surrogacy is a “global business”. Indeed, the diverse regulation into national law motivates that these agreements are concluded between persons in different countries, in practice, the most distant places of the world - generating what is called “procreative tourism”.

The questions about surrogacy, both by homosexual and heterosexual couples, are increasing day by day and cases are made public which demonstrate the importance of attending to these situations that are already happening, and that project effects on our country.

Hence, the importance of studying this delicate matter in the legislation and jurisprudence of Argentina.

## Key words:

Gestation by substitution – Surrogate motherhood – Private International Law – International public order – Assisted reproduction – Interests of the child.

## I. Introducción

Dentro del actual contexto posmoderno, en donde la noción de familia ha cambiado radicalmente, mención especial merece el dispar reconocimiento de las técnicas de fertilización asistida y sus efectos jurídicos y, en particular, algunas de las prácticas más polémicas como la gestación por sustitución, más frecuentemente llamada “maternidad subrogada”.

Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 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”.

Lo cierto es que las consultas en materia de maternidad subrogada tanto por parejas homosexuales como heterosexuales aumentan día a día y se mediatizan casos que demuestran la importancia de prever estas situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en nuestro país.

En este trabajo, procuraremos abordar esta delicada cuestión bajo el prisma del derecho argentino, incluyendo algunos proyectos legislativos, así como la escasa y muy reciente jurisprudencia con la que contamos hasta el momento.

## II. Filiación y Derecho Internacional Privado

La filiación internacional es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que contiene elementos extranjeros.

La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Internacional Privado (en adelante, también “DIPr”) cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo –esto es, en materia de “acción de filiación”, acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad–; o bien como cuestión previa –como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, etcétera–.

Asimismo, debemos distinguir el establecimiento o impugnación de la filiación, de sus efectos: atribución del nombre, derecho de alimentos, el régimen de la patria potestad o responsabilidad parental, los derechos sucesorios.

En este sentido, cabe recordar que los actos jurídicos familiares pueden ser clasificados en actos de emplazamiento y desplazamiento en el estado de familia.

Quien no se encuentra emplazado en el estado de familia que le corresponde tiene a su alcance la acción de estado destinada a declarar que existen los presupuestos de ese estado: el hijo no reconocido puede sostener en juicio que existe el vínculo biológico con el propósito de que, mediante la sentencia, se lo emplace en ese estado. También la acción puede estar destinada a extinguir el emplazamiento en un estado filiatorio, en este caso por medio de una acción de impugnación de la filiación.

La acción de reclamación o de emplazamiento de estado de familia es otorgada, en general, con amplitud para todos los casos en que el hijo carezca del título de estado como hijo matrimonial, y los padres no tengan título de tales, no hallándose el vínculo establecido jurídicamente.

Por otra parte, el reconocimiento de un hijo por parte de su progenitor también constituye un acto jurídico familiar que emplaza en el estado paterno o materno filial, que tiene eficacia en todo tipo de filiación, sin perjuicio de las presunciones legales.

Dicho acto de reconocimiento es irrevocable, puro y simple –es decir, incondicional–, y unilateral.<sup>1</sup>

Por otro lado, el vínculo filiatorio, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto

---

<sup>1</sup> Nuestra jurisprudencia ha sostenido que: “[e]l reconocimiento de la filiación es un acto jurídico familiar voluntario y unilateral, en consecuencia el acto en sí que está destinado a emplazar al hijo, depende de la iniciativa del progenitor que reconoce y no del consentimiento o la aceptación del hijo, pero no implica que el ordenamiento niegue el derecho del hijo de ser reconocido por su progenitor, tan es así que, ante la falta del acto jurídico de reconocimiento el hijo cuenta con la acción para obtener el emplazamiento en el estado de familia que le corresponde...” (CNCiv, sala F, 19 de octubre de 1989, ED 135-446).

matrimonial como extramatrimonial. No obstante, en la actualidad es pacífica la tendencia hacia la unidad de régimen de tratamiento, pues lo contrario importaría un trato discriminatorio.

Sin embargo, no podemos soslayar que, en materia de filiación, las divergencias entre el mundo occidental y oriental son muy notorias: “el modelo de organización de la familia es uno de los puntos cruciales que diferencian a estos dos mundos, el occidental y el oriental” (DURAN AYAGO, 2004: 298).

En efecto, podemos afirmar que (DIAGO DIAGO, 2001: 10),

las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del y de la menor... Sin embargo, tales valores no son admitidos en otros ámbitos culturales. Esto es lo que ocurre precisamente respecto del mundo islámico. La configuración de la sociedad musulmana se apoya en algunos principios inaceptables desde una perspectiva occidental actual: la institución patriarcal del mundo árabe y la clara desigualdad de sexos no son más que dos ejemplos de ello.

En el Derecho occidental, sobre todo en las últimas décadas y a través del reconocimiento y jerarquización de los derechos humanos, se han equiparado en sus efectos, tal como anticipamos, tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial. Ese fue el rol de la ley 23.264 de 1985 en nuestro país, modificatoria del Código Civil (en adelante, también “Cód. Civ.”) de VÉLEZ SARFIELD, que establecía categorías de hijos legítimos e ilegítimos, así como dentro de los últimos distinguía los hijos sacrílegos, incestuosos, adulterinos y naturales. Según los artículos 342 y 343 se disponía que estos últimos no tenían por las leyes padre ni madre ni derecho a investigar la paternidad o maternidad, y les era permitido reclamar alimentos hasta los dieciocho años de edad si habían sido reconocidos voluntariamente y estaban imposibilitados para proveer a sus necesidades. Los hijos naturales, nacidos de quienes habrían podido contraer matrimonio al tiempo de la concepción del hijo, tenían cierto estado de familia, que les permitía accionar por reclamación de filiación (art. 325), solicitar alimentos (art. 330) y tenían una porción hereditaria a la muerte de sus padres, aunque concurriendo con hijos o descendientes legítimos, esa alícuota equivalía a un cuarto de la parte de éstos (art. 3579). La ley 14.367 eliminó las calificaciones entre los hijos extramatrimoniales y extendió la porción de un cuarto a una mitad de lo que correspondería a un hijo matrimonial.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos consagran la igualdad entre los hijos, así como el derecho del menor de instar el reconocimiento paterno, a los fines de conocer su identidad, tal como surge de la Convención sobre Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849, que goza de jerarquía constitucional a tenor de lo establecido por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

Tal como afirma RUBAJA (2012: 299),

la elaboración y ratificación de tratados e instrumentos en materia de derechos humanos, que fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países, ha repercutido e introducido cambios fundamentales en todas las ramas del derecho, incluidas entre ellas el derecho de familia, el derecho internacional privado y de los niños en general... En esta inteligencia comenzó a considerarse que en el establecimiento de un vínculo filiatorio se encontraban en juego derechos fundamentales de los individuos, por lo que se avanzó en el sentido de salvaguardar los derechos de igualdad y a la identidad de aquéllos... Ello marcó una importante tendencia hacia la unidad en la manera de encarar la problemática, sin distinciones de clase, o al menos de modo tal que aquéllas no resulten discriminatorias, sino cuya finalidad fuera la descripción de cuadros de situación diferentes para así poder proporcionarles un tratamiento más justo y equitativo.

No obstante, en el derecho musulmán, la filiación se funda en la prueba del vínculo consanguíneo del padre respecto del hijo, quien, en consecuencia, sólo será considerado legítimo si nace dentro del matrimonio o dentro de un período posterior a la disolución del vínculo matrimonial. Por ende, los hijos de todas las esposas y también los de las concubinas serán considerados legítimos siempre que medie reconocimiento paterno.

En los regímenes musulmanes jamás un juez podrá determinar la filiación aunque fuera a pedido del propio menor o de su madre o de cualquier representante legal. En efecto, “aparte de la presunción de filiación matrimonial, el cauce del reconocimiento de la filiación descansa exclusivamente en la voluntad del padre y ninguna otra persona o autoridad, ni siquiera el juez puede sustituirla” (MOTILLA, 2004: 585).

Las características de estos sistemas nos llevan a expresarnos con propiedad en términos de filiación o no filiación, más que utilizando la clásica dicotomía occidental: filiación legítima e ilegítima o matrimonial y extramatrimonial.

El nacimiento de un hijo de madre musulmana fuera del matrimonio, o no reconocido por el padre, o de padre no musulmán crea un “estigma para la madre, para el hijo y para su familia, de forma que el honor de ésta exige bien la expulsión de la progenitora del clan familiar, bien el abandono del recién nacido a fin de poder conservar la pureza de la familia, institución de origen divino y célula de la sociedad” (DURAN AYAGO, 2004: 299).

Mención y tratamiento especial merece el dispar reconocimiento de las técnicas de fertilización asistida y sus efectos jurídicos. Los países musulmanes desconocen totalmente estas prácticas, mientras que en Occidente, se han popularizado en los últimos años en los hechos; si bien jurídicamente, cuentan con legislaciones que, en general, no consagran normas adecuadas a la nueva realidad.

En suma, el establecimiento de la filiación con elementos extranjeros, ya sea por naturaleza o por adopción es “uno de los temas más polémicos del DIPr, toda vez que está intrínsecamente unido a la noción de familia (legítima o no), la noción de orden público (nacional e internacional), de medidas de protección de menores y niños, así como también está ligado a las garantías constitucionales y los derechos humanos de los hijos y de los padres”. Las normas sobre filiación internacional 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 (FERNÁNDEZ ARROYO y LIMA MARQUES, 2003: 647).

Ahora bien, esta diversidad, esta disparidad, tiene suficiente virtualidad como para provocar el enfrentamiento entre la ley extranjera llamada por la regla de conflicto del juez involucrando los llamados principios esenciales del orden público internacional.

Quizás por las particularidades del tema que nos ocupa, las respuestas del Derecho Internacional Privado se han hecho esperar. La Argentina no cuenta aún con normas sobre filiación internacional en su fuente interna. Las normas convencionales en la materia son escasas e inadecuadas en los tiempos que corren.

En el derecho comparado que se ha ocupado de este delicado tema y en un amplio sector de la doctrina nacional y extranjera, se advierte una tendencia a considerar que debe ser, normalmente, adoptado un elemento de conexión concentrado en el hijo, o su domicilio o su residencia habitual, con algunos matices de interpretación diferenciados y posibilidad de acumulación de leyes (FERNÁNDEZ ARROYO y LIMA MARQUES, 2003: 652).

### **III. Técnicas de reproducción humana asistida y Derecho Internacional Privado**

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

El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria “filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva” se encuentra en crisis. Además de estos dos tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional (HERRERA y LAMM, 2012).

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

Las nuevas técnicas de reproducción humana asistida potencian las posibilidades de encontrar un elemento extranjero en una controversia sobre filiación. Tal como sostiene RUBAJA (2012: 302),

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

Así como afirma SANTOS BELANDRO (2009: 191),

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

Tales técnicas de reproducción humana asistida –comúnmente llamadas técnicas de fertilización asistida– pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, la inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante), fecundación extrauterina o *in vitro*, que permite que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el óvulo fecundado.

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

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

Cabe recordar que ya en 1989, en las 12ª Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la

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

Ahora bien, de los distintos métodos de reproducción humana asistida, la que ha generado mayor controversia por la propia naturaleza de la práctica, es la llamada “maternidad subrogada”, la que trataremos en forma particularizada en los acápites siguientes.

#### IV. El caso de la llamada “maternidad subrogada”

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

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

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

La facilidad para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los Estados que le otorgan efectos jurídicos<sup>2</sup> ha incrementado los casos internacionales de gestación por

---

<sup>2</sup> Diversos países admiten esta práctica. Entre ellos destacan: varios estados de Estados Unidos (Louisiana, Maryland, Michigan, Nebraska, North Dakota, Alabama, Arkansas, California, Connecticut, Idaho, Massachusetts, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, South Carolina, Vermont, West Virginia, Illinois y Florida); en algunos territorios en Australia; en India, Grecia, Israel, Sudáfrica, Nueva Zelanda, Alberta y British Columbia en Canadá, Hong Kong, en el estado de Tabasco en México, Rusia, Ucrania, Georgia, Tailandia.



sustitución en los últimos años.<sup>3</sup> Piénsese que, en tales países, tanto la pareja comitante como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud *on-line* en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios y comenzar así el “trámite”.

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

Sin embargo en relación al último aspecto mencionado, son pocos los ordenamientos jurídicos que exigen una intervención judicial para la consagración del vínculo; por lo general, los magistrados realizan una supervisión con la finalidad de conducir el embarazo hacia el parto de acuerdo a las pautas establecidas por la legislación local, algunos de ellos homologándolas. Por ende, en general, no estamos ante una decisión o resolución judicial sino ante documentos públicos, generalmente partidas de nacimiento. Por ello, tal como afirma SANTOS BELANDRO (2011), 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.

En definitiva, son múltiples los interrogantes frente a los casos de gestación por sustitución: ¿Qué problemas presentan en el ámbito del Derecho Internacional Privado los acuerdos internacionales de maternidad subrogada? ¿Qué dificultades se advierten en torno al establecimiento/reconocimiento de la filiación en estos casos? ¿Cómo se calificaría esta institución en el Derecho Internacional Privado argentino? ¿Qué otros problemas se encuentran involucrados: migratorios, establecimiento de la nacionalidad, preocupación relativa a las partes vulnerables, aspectos contractuales incluyendo compensación financiera, procedimientos criminales, regulación de las agencias intermediarias? ¿Cómo pueden ser solucionados? ¿Qué ley resulta aplicable? ¿Es posible aplicar un derecho extranjero que reconoce efectos jurídicos a la llamada maternidad subrogada si el derecho del foro los prohíbe? ¿Y si no los contempla expresamente? o bien, ¿configuran la institución con requisitos divergentes (ej. onerosidad vs. gratuidad del acuerdo)? ¿Un juez nacional reconocería los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada? ¿Podría reconocer un acto, documento (por ejemplo, un certificado de nacimiento) o sentencia proveniente de un país que recepta dicha institución? ¿En qué medida las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional demandan un tratamiento específico?

---

<sup>3</sup> Es imposible determinar el número de acuerdos internacionales de maternidad subrogada celebrados en el mundo. Sin embargo, surge de los datos de cinco agencias internacionales especializadas en la gestación por sustitución que el “mercado” registró un enorme crecimiento: entre 2006 y 2010, las cifras muestran un aumento en un porcentaje cercano al 1000% en todas las agencias. Cfr. Informe preliminar sobre los problemas derivados de convenios de maternidad subrogada de carácter internacional, realizado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Documento preliminar No 10, de marzo de 2012, realizado por el Consejo de abril de 2012 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia. Consultado en: <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10fr.pdf>

¿Qué cuestiones deberían ser incorporadas en un instrumento de alcance universal en la materia? ¿Cuál es el rol que desempeña el fraude a la ley a la hora de proceder al reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos casos? ¿Qué rol desempeña el orden público internacional en el pedido de reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos supuestos? (SCOTTI, 2012).

La inexistencia de la institución en el país hasta nuestros días, aún cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional.

En efecto, para interponer la excepción de orden público internacional en las hipótesis de maternidad por sustitución consagrada en el extranjero, se han hecho valer las siguientes consideraciones (SANTOS BELANDRO, 2011):

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

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

Cabe recordar que el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 incorporaba en su texto original la regulación de la gestación por sustitución, en los siguientes términos:

Artículo 562.- Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

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

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

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

Ante esta norma, se podrían presentar casos en los cuales se practicó la gestación por sustitución en el extranjero de acuerdo a pautas que difieren con las previstas por el artículo 562 y, por ende, es probable que un juez recurra al orden público o al fraude a la ley para desconocer efectos a tales convenios. Por ejemplo, ¿un tribunal argentino reconocería un acuerdo de maternidad subrogada celebrado en el extranjero bajo un derecho que no exige autorización judicial? ¿O cuando la gestante aporta su propio material genético? ¿O cuando la práctica se llevó a cabo pese a que los comitentes eran fértiles y podían llevar a término un embarazo? ¿O en aquellos casos en los cuales la gestante recibe una retribución que excede los gastos razonables?

Sin embargo, según se ha difundido, la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación ha eliminado el mencionado artículo del texto que aprobaría el Congreso de la Nación, y por ende, nos quedaríamos respecto al tema que nos ocupa ante una situación similar a que tenemos en la actualidad. Veamos.

## V. La situación actual en el Derecho Argentino. Perspectivas

### A. El Código Civil de VÉLEZ SARSFIELD

VÉLEZ SARSFIELD adoptó las ideas provenientes de la tradición romana, que valoraban la necesidad de proteger a la familia legal y a la descendencia matrimonial. Por ende, distinguía de forma tajante entre hijos legítimos e ilegítimos. A su turno, entre los segundos, con un status jurídico y social claramente desventajoso frente a los primeros, se diferenciaban distintas clases. Los más favorecidos eran los hijos naturales, es decir, “los nacidos fuera del matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse, aunque fuera con dispensa”. Tenían acción para pedir su reconocimiento. Establecía reciprocidad alimentaria entre padres e hijos naturales, y admitía la posibilidad de su legitimación, pudiendo ésta ser impugnada. En materia sucesoria, podían concurrir junto con el cónyuge y los hijos legítimos, pero en condiciones mucho menos ventajosas. Los incestuosos podían, de acuerdo al grado de consanguinidad de los progenitores, equipararse con los naturales. A los adulterinos no se les admitía legitimación alguna. Los sacrílegos fueron los más cuestionados y, por ello, la ley 2393 de matrimonio civil, en su artículo 112, eliminó esta categoría, suprimiendo los impedimentos para contraer matrimonio en virtud del orden sagrado.

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

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

Actualmente, el artículo 558 del Proyecto establece que la filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos. Es por ello, que el artículo siguiente dispone que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo expedirá certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Sin perjuicio de la igualdad de efectos entre la filiación matrimonial y extramatrimonial, el tratamiento no puede ser idéntico en cuanto a su determinación. En virtud de ello, el artículo 569 indica que “La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba: a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas; b) por sentencia firme en juicio de filiación; c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y

Ahora bien, ni el Código Civil en su texto original ni las leyes modificatorias incluyeron normas de Derecho Internacional Privado sobre filiación.

Durante la vigencia del Código de VÉLEZ, el vacío normativo existente en la fuente interna argentina, motivó la aplicación jurisprudencial de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940,<sup>5</sup> por analogía, en cualquier caso de controversia sobre una filiación internacional, aunque el caso iusprivatista no nos vinculara con un Estado parte de tales convenios.

Sin embargo, podemos decir que la introducción del *favor filii* en 1985 orientó materialmente las decisiones jurisprudenciales así como las opiniones doctrinarias, y puso en tela de juicio la aplicación analógica de la fuente convencional en vigor en nuestro país, aún en nuestros días: los célebres Tratados de Montevideo.

Es importante destacar que tales tendencias doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias entendían que se debía aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación (principio del *favor filiationis*) en resguardo del interés superior de los niños.

### **B. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012**

Los diversos proyectos de reforma de las normas de Derecho Internacional Privado en Argentina han contemplado disposiciones sobre el régimen internacional de la filiación.

El reciente Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, actualmente en trámite legislativo, incorporó reglas que incluso han tenido en cuenta las nuevas técnicas de reproducción humana asistida.

Los fundamentos de tales normas indican que

[l]as soluciones propuestas en materia de “filiación” siguen la tendencia observada en las legislaciones extranjeras, decididamente favorable a abrir foros alternativos a elección de la parte actora

---

libre debidamente inscripto en el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas”. Mientras que el principio general en materia de determinación de la filiación extramatrimonial lo brinda el artículo 570 al establecer que queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

<sup>5</sup> El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (Título VI: De la filiación) establece: “Artículo 16.- La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.”

“Artículo 17.- Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.”

“Artículo 18.- Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.”

El Tratado de Montevideo de 1940 reproduce las mismas soluciones en los artículos 20, 21 y 22, que no se adaptan a las nuevas realidades ni a las normas protectorias de los derechos humanos de los niños.

y a regular las diversas acciones mediante normas de conflicto materialmente orientadas. Se han distinguido dos categorías, a saber, el “establecimiento y la impugnación de la filiación” y el “acto de reconocimiento de hijo”, por entender que presentan suficiente particularidad en la configuración fáctica del supuesto como para justificar conexiones diferentes, todas ellas fundadas en el principio de proximidad. El resultado son normas flexibles, que prevén la elección por parte del actor en lo relativo al juez competente, entre un abanico de posibilidades, y la elección por parte del juez en lo que concierne al derecho aplicable, con la orientación de preferir aquella ley... que tuviere soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

Nos interesa detenernos en particular en el artículo 2634 proyectado, según el cual:

Artículo 2634.- Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquéllos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

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

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

[n]o se nos escapa que el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto.

En consecuencia, el reconocimiento del emplazamiento filial constituido en el

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

La jurisprudencia ya ha destacado, en tal inteligencia, que “es definitorio que el Estado Argentino ha elevado a condición de norma con jerarquía constitucional Tratados que establecen y favorecen la determinación de la filiación de origen de los menores (Convención sobre Derechos del Niño) y es claro que no se satisfaría tal cometido constitucional si la protección se restringe a los nacionales de nuestro Estado no haciéndola extensiva al extranjero que acude en busca de un emplazamiento filiatorio” (“N., B. c. B., G.”, Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de Rosario, 24 de octubre de 2002).<sup>6</sup>

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

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

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

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado

---

<sup>6</sup> En este fallo, el tribunal concluyó que la aplicación del derecho argentino es la solución que, en el caso, más favorece el reconocimiento y dilucidación del vínculo, en consonancia con el principio *favor filii* vigente en el Derecho Internacional Privado.

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

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

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, establece en su artículo 17: *"Protección a la Familia. 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención. 3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos. 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"* (el destacado nos pertenece).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976, en el artículo 24 indica que: *"1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad"* (el destacado nos pertenece).

Finalmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de



1976, en su artículo 10 declara que los Estados Partes reconocen que: “3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, *sin discriminación alguna por razón de filiación* o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil” (el destacado nos pertenece).

En suma, el juez recurrirá al orden público internacional para desconocer las disposiciones de un derecho extranjero, bajo el cual fue constituida una filiación, siempre por vía de excepción, cuando dicho ordenamiento jurídico foráneo atente manifiestamente con nuestros principios fundamentales.<sup>7</sup>

Por otro lado, cabe señalar que, aunque la norma que analizamos no lo indique expresamente, tampoco un juez argentino estará obligado a reconocer un emplazamiento filiatorio constituido en el extranjero si detectare un caso de fraude a la ley en los términos del artículo 2598 proyectado: “[p]ara la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto”.

En efecto, no se pueden descartar (FERNÁNDEZ ARROYO y LIMA MARQUES, 2003: 654),

las posibilidades de fraude a la ley de DIPr y de las peculiares situaciones que se crean cuando las técnicas de reproducción asistida pasan a ser usadas a escala internacional. Tratándose de reproducción asistida internacional, que generalmente utiliza la figura de la adopción para determinar la filiación a favor de aquellos que pagaron los costos de la reproducción asistida, no es imposible que se intente usar a los países latinoamericanos como exportadores de gametos y proveedores de madres de alquiler para padres “adoptivos” de países industrializados.

### ***C. El Proyecto de inscripción en el Registro Civil de los niños nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución (CABA)***

Por otro lado, recientemente los legisladores porteños Daniel LIPOVETZKY y Cristian RITONDO han presentado un proyecto de ley en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 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

---

<sup>7</sup> Ejemplos de este tipo pueden darse cuando esas normas provienen de un país de religión musulmana, que, tal como vimos, tienen una concepción muy distinta a la occidental en materia filiatoria.

niño y su derecho a la identidad” (art. 1).

De acuerdo a 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 maternidad subrogada, es una realidad que en la actualidad 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 menor y lo dejan en un estado de indefensión.

Ante esta situación de hecho, y a fin de lograr una regulación legal para dichos casos que apunte a garantizar el interés superior del niño, a la vez que se le resguarda el derecho a la identidad, presentamos el presente proyecto.

Asimismo, entre los fundamentos principales que acompañan el proyecto, se esgrime que:

corresponde conferir una normativa uniforme a las nuevas realidades familiares, siendo imprescindible el reconocimiento por parte del Estado a la co-maternidad y co-paternidad registral basada en la voluntad procreacional proveniente de una gestación por sustitución en igualdad de condiciones que la de los matrimonios entre cónyuges de distinto sexo.

Siendo que ya existen casos de solicitudes de inscripción de filiación por parte de personas del mismo sexo, casadas en primeras nupcias en los términos de la ley de matrimonio igualitario, corresponde unificar criterios interpretativos que acoten la judicialización innecesaria de trámites, otorgando una interpretación normativa uniforme de aplicación particular, en torno a los criterios de eficacia, eficiencia y economía.

El proyecto define “Gestación por sustitución” como “el procedimiento mediante el cual una mujer, llamada “madre de gestación”, acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación, a favor de una persona o pareja comitente a quien o quienes se compromete a entregar al niño/a o niñas/os sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la madre de gestación, sino únicamente con los padres por voluntad

procreacional” (art. 2, inc. b). Asimismo califica “coparentalidad” como “la relación de filiación basada en la voluntad procreacional de ambos progenitores, quienes manifiestan su consentimiento válido al nacimiento de un niño mediante técnica de sustitución de vientres, ya sea con material genético propio o parcialmente ajeno” (art. 2, inc. b).

En lo principal, el proyecto dispone que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas procederá a inscribir a los niños nacidos fruto de un proceso de gestación por sustitución en países donde la legislación así lo permita, y previa orden judicial en tal sentido (art. 3).

Según las disposiciones proyectadas corresponde al fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la jurisdicción en toda materia relativa a la inscripción registral de personas comprendidas en los supuestos de la ley propuesta.

Se incorporaría un proceso especial denominado “Declaración de Coparentalidad”, en el Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 189. Para que proceda dicha declaración el solicitante deberá acreditar mediante información sumaria: (a) domicilio real en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; (b) acta de nacimiento del niño expedida por autoridad competente del país de origen; (c) convenio por medio del cual se haya pactado la realización del proceso de gestación por sustitución, debidamente legalizado; (d) declaración de la renuncia de la madre de gestación a sus derechos filiatorios y futuros reclamos en tal sentido, otorgada ante escribano u oficial público del lugar de otorgamiento; (e) documentación probatoria de la validez jurídica de dichos convenios en el lugar de otorgamiento; (f) datos de la madre de gestación, y los datos del donante o donantes, en caso de que los hubiere; y (g) datos de la institución o sitio donde se hubiera llevado a cabo el procedimiento. Si el juez considerase procedente la solicitud, procederá a dictar sentencia de declaración de coparentalidad y ordenará la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, bajo la modalidad de “inscripción supletoria”, debiendo consignarse todos los recaudos exigidos en el artículo 36 de la ley nacional 26.413, reservándose en el expediente el original el acta de nacimiento del inscripto como sustento del acto.

A su turno, el proyecto prevé que el niño tendrá derecho a conocer su identidad biológica y tendrá acceso a toda información referida al proceso de la declaración de coparentalidad a partir de los 16 años, o, anteriormente, a través de su representante legal.

## **VI. Análisis de recientes fallos jurisprudenciales en la materia**

Aún son pocos los casos resueltos judicialmente respecto de solicitudes de reconocimientos extraterritoriales de acuerdos de gestación por sustitución. Analizaremos brevemente algunos precedentes de la jurisprudencia extranjera y nacional.

### ***A. Jurisprudencia extranjera***

En la causa relativa a los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja,

Reino de Bélgica, un matrimonio de dos varones celebrado en Bélgica se traslada al Estado de California, Estados Unidos de América, donde celebran un contrato de gestación por sustitución, producto del cual nacen gemelos que son inscriptos como hijos del matrimonio. Luego de ello, solicitan ante los organismos públicos de Bélgica la inscripción de su paternidad. El tribunal de primera instancia deniega la inscripción en razón de que el contrato de maternidad subrogada celebrado en el extranjero vulnera el orden público belga y, además, atenta contra la dignidad humana. La Corte de Apelación, en el mes de septiembre de 2010, reconoció que la existencia de vínculo biológico entre los gemelos con uno de los peticionantes, habilitaba la determinación de su paternidad, no así con el otro peticionante; con quien los niños no compartían ninguna raíz genética.

A su turno, la jurisprudencia francesa se ha pronunciado en tres casos muy parecidos en 2011, en los que sostuvo que, atento que la maternidad subrogada es contraria al orden público internacional francés, la transcripción en los registros de estado civil de las actas de nacimiento inscriptas en el extranjero respecto de niños nacidos de una madre de alquiler debe ser negada.

En efecto, en el caso n° 10-19053 (Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 06 de abril 2011) ambos cónyuges habían celebrado un acuerdo de maternidad subrogada en California con una mujer que reside en ese Estado. La Corte Suprema de California confirió al marido la calidad de “padre genético” y a su esposa, la de madre legal del niño por nacer, de conformidad con la legislación del Estado de California, que autoriza, bajo supervisión judicial, el procedimiento de subrogación.

La madre de alquiler dio a luz a dos niñas cuyos nacimientos fueron inscriptos según la ley de California indicando que los esposos son sus padres. El padre pidió en el año 2000 la transcripción de las actas de nacimiento en los registros del consulado de la República Francesa en Los Ángeles, lo cual fue rechazado. En 2002, el Ministerio Público tomó la iniciativa de transcribir las actas en los registros del estado civil de Nantes para la cancelación de su transcripción. La acción del Ministerio Público fue declarado inadmisibles por el Tribunal de Apelación de París, pero esta sentencia fue revocada por una primera sentencia de la Corte de Casación (Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 17-12-2008, n° 07-20468, Boletín civil no. 289).

Los esposos, entonces, interpusieron un recurso de casación en el que alegaron que dicha sentencia extranjera que reconoce la filiación de un niño en relación con una pareja que regularmente celebró un acuerdo con una madre de alquiler puede ser contraria al orden público interno, pero no al orden público internacional. Además, la cancelación de la transcripción no tiene en cuenta el interés superior del niño, consagrado en el artículo 3.1 de la Convención de Nueva York del 26 de enero de 1990 y el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido por el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Pero para la Corte de Casación, en definitiva, la sentencia de Estados Unidos es contraria al orden público internacional. La transcripción en los registros civiles de estado

civil francés de las actas de nacimientos inscriptas de conformidad con dicha sentencia debe ser anulada. Dicha anulación no priva a los niños de la filiación materna y paterna que la ley de California les reconoce y no les impide vivir en Francia con la pareja. Por lo tanto, no vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar de estas niñas ni tampoco su interés superior.

Fundamentalmente, el Tribunal expuso que, de acuerdo a la legislación francesa actual (*"en l'état du droit positif"*), los acuerdos de subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (arts. 16-7 y 16-9 del Código Civil).

Esta sentencia fue pronunciada el mismo día que otros dos fallos sobre hechos similares (Corte de Casación, 1ª Cámara Civil, 04/06/2011, nº 09-66486 y 09-17130) y consagra por primera vez una solución en relación con los pedidos de reconocimiento de convenios de maternidad subrogada concluidos en el extranjero ante los tribunales franceses, alineando la posición del derecho interno y la del Derecho Internacional Privado franceses. Ello por cuanto Francia prohíbe la práctica dentro de sus fronteras y le desconoce efectos a aquellos acuerdos celebrados en el extranjero.

Otro caso que merece mencionarse se presentó ante el Tribunal Administrativo de Berlín en fecha 15 de abril de 2011. El reclamo, efectuado por una pareja alemana que, mediante un contrato de maternidad subrogada celebrado en la República de la India, tenía por finalidad el otorgamiento de pasaporte alemán, y la consecuente nacionalidad alemana, con relación al nacido y en razón de estar aquél inscripto como hijo de los peticionantes. Entre otras cuestiones, el Tribunal advierte que la inscripta como progenitora del niño contaba con la edad de 55 años, lo que convertía en improbable la maternidad natural, y que no habían acreditado controles médicos que corroboraran el estado de gravidez y que el nacimiento del niño se produjo en un centro médico de fertilidad donde residen personas que alquilan su vientre. En consecuencia, el Tribunal observa que la nacionalidad india o alemana no puede ser aclarada en trámite preventivo mientras no se sepa con certeza quién ha dado a luz al niño y el estado marital en que se encontrara, en orden a establecer también, en su caso, la paternidad del nacido. En razón de ello, resolvió rechazar la medida precautoria en razón de no haberse acreditado la urgencia propia al trámite y de requerirse mayor prueba respecto de la identidad del nacido.

Asimismo, resulta de interés el precedente resuelto por la Audiencia Provincial de Valencia, Reino de España, el 23 de noviembre de 2011, que ordenó la cancelación de la inscripción ordenada por la Dirección General de los Registros y del Notariado local respecto de gemelos nacidos en el Estado de California, por contrato de gestación por sustitución suscripto por una pareja casada de dos varones españoles. El matrimonio reclama la transcripción de las partidas ante las autoridades consulares españolas en el país extranjero, donde les es negado por entenderse que la gestación por sustitución se encontraba prohibida en España. La decisión se recurre ante la Dirección General de Registros y del Notariado, organismo que dicta un resolución general relativa al régimen

registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, aplicable al caso y que habilitó la transcripción solicitada. En términos generales, y luego de fundamentar que la decisión se adopta con el fin de establecer “criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”, la resolución señala que, en oportunidad de reclamar la inscripción del nacido mediante la técnica analizada, deberá acompañarse la resolución dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido. Se indica que el oficial que deba realizar aquella inscripción deberá efectuar un “control incidental” de la documentación acompañada, debiendo entonces constatar:

a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado. b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española. c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante. d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente. e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Recurrida aquella resolución, las dos instancias jurisdiccionales intervinientes, el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia y, luego, la Audiencia Provincial de Valencia, coincidieron en que debía cancelarse la inscripción ordenada por la Dirección de Registros en razón de entender que se encontraba transgredido el orden público internacional español.

Finalmente, es muy valioso el análisis de una sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Oviedo, de 9 de abril de 2012, que concede a una madre por subrogación (madre comitente) el permiso por maternidad y el derecho a percibir un subsidio por maternidad, en relación con su hijo nacido en California mediante gestación por sustitución. En tal oportunidad, el magistrado afirmó que “el hecho de que la maternidad por sustitución no esté reconocida en España, es más, esté prohibida, no es motivo para que no se le reconozca a la madre el subsidio, porque en otras situaciones ilegales o irregulares, existe la protección del sistema para los afectados”.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Por ejemplo, la pensión de viudez otorgada a las viudas de un causante poligámico o la protección que se otorga, en materia de Seguridad Social, a los trabajadores en situación irregular.

## ***B. Jurisprudencia nacional***

En lo que respecta a la jurisprudencia de nuestros tribunales nacionales, recientemente tomaron estado público algunos casos concretos sobre el tema que nos ocupa. Nos referimos en primer lugar, a un precedente dictado por un juzgado contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el 22 de marzo de 2012, en autos “D. C. G y G. A. M. c/ GCBA s/ Amparo”.

Se trataba de una pareja conformada por dos hombres que ya convivían desde el año 2000 y tras la sanción de la ley 26.618 decidieron contraer matrimonio. A los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India.

El 28 de junio de 2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en India le comunicó al matrimonio que no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al artículo 36, inc. c, de la ley 26.413, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial (hijo de madre soltera), situación en la que no se hace mención del padre (art. 38).

Ante este panorama, el matrimonio presentó un recurso de amparo en el día 15 de diciembre de 2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores –a través de la Embajada de Argentina en la República de India– otorgara la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio. El 22 de marzo de 2012 se hizo lugar al amparo incoado, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño/a de los actores ante la solicitud que formulara la Embajada Argentina en la India a favor de ambos integrantes (hombres) de la pareja matrimonial, fundado en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad: el interés superior del niño.

En efecto, el día 31 de julio de 2012, a tres semanas de su nacimiento, fue inscripto el primer hijo, Tobías, de dos papás en el Registro Civil porteño.

Por otro lado, tuvo gran repercusión mediática el caso de Cayetana, la niña de madre argentina y padre español, ambos residentes en Madrid, España, que nació en la India por medio del alquiler de un vientre, y a la que ninguno de los países involucrados quería darle la ciudadanía. Finalmente, a través de una medida “autosatisfactiva”, un juez de familia de San Lorenzo, localidad santafesina de la que es oriunda la madre, reconoció la nacionalidad argentina de la niña, quien pudo ser inscripta en el consulado de Nueva Delhi.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Nos referimos al caso “S. G., E. F. y/o G., C. E. s/ Medida C. Autosatisfactiva”, Expte. n° 3263/12, 1ª Instancia, San Lorenzo, julio 2 de 2012. Publicado en: LL Litoral 2012 (diciembre), 1250. El juez Marcelo E. Escola resolvió: “1) Ordenar al Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto y/u organismo que corresponda, a que en el plazo de tres días hábiles

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

El juez argentino sostuvo, en lo principal que:

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

---

de comunicada la presente resolución inscriba a la menor C. E. G. y S. G., hija de los cónyuges J. A. G. G., pasaporte español n° AAD... y E. F. S. G., DNI n°..., argentina nativa nacida el 27 de abril de 1961 en la ciudad de Rosario (Provincia de Santa Fe - República Argentina), anotada en el acta n° ... del Tomo: ... Folio: ... quienes en ejercicio de la patria potestad han hecho la opción por la nacionalidad argentina para su hija, en el Libro de las Personas del Consulado argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y comunique dentro del plazo de treinta (30) días de producida la inscripción al Registro Nacional de las Personas, al efecto se lo faculta a que torne todas las medidas pertinentes y urgentes a fin que en el Consulado citado se proceda dicha inscripción. 2) En el mismo plazo entregue a los citados progenitores de la menor, el Documento Nacional de Identidad para la misma y su Pasaporte argentinos, como asimismo copia certificada de la partida de inscripción y de toda otra documentación que sea necesaria con respecto a la niña y deba estar en poder de los padres. Todo bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (artículo 666 bis del Código Civil), que comenzarán a aplicarse vencido que fuere el plazo indicado en el punto 1) de este Resuelto y que consistirá en el monto diario de gastos que tenga el matrimonio G. - S. G. por su estadía en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India) y hasta tanto se cumpla con lo aquí ordenado, las sumas de dinero que sean producto de la aplicación de astreintes, deberán ser depositadas en una cuenta que al efecto se abrirá en el Nuevo Banco de Santa Fe SA Sucursal San Lorenzo (Sta. Fe), a la cuenta y orden de este Tribunal y para estas actuaciones y la misma tendrá carácter de alimentario a favor de la menor C. E. G. y S. G. 3) Librense los despachos que correspondan para el cumplimiento de la presente. Insértese y hágase saber”.



igualdad entre personas.

Y por último, reafirma que:

[l]a actitud tomada por el Consulado argentino en Nueva Delhi al no inscribir como argentina a una niña nacida mediante la técnica de gestación por subrogación de vientre, debido a que la madre, argentina nativa, no reside en nuestro país, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional a partir del año 1994, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño.

Hace pocos meses, el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 86, con fecha 18 de junio de 2013, en un caso doméstico, ordenó la inscripción del nacimiento de una niña como hija de los actores, quienes ante la imposibilidad biológica de concebir, recurrieron a la técnica denominada gestación por sustitución.

Según el relato de los hechos que surge de la sentencia, los actores son una pareja que contrajeron matrimonio en noviembre de 2006 y a partir de entonces comenzaron la larga búsqueda en pos de concebir un hijo. Así señalan que la esposa cursó dos embarazos que no llegaron a término siendo muy compleja la situación que atravesaron en el segundo de ellos, en el año 2010, por cuanto al perder al bebé en un estado avanzado, fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero, atravesando una internación de una semana. Tras ello, las posibilidades de la cónyuge de acceder a un embarazo se tornaron nulas siendo la única alternativa el acudir a la fertilización “in Vitro” con subrogación uterina. Ante esta situación, paralelamente a la inscripción en el Registro de adoptantes la pareja comenzó a averiguar y evaluar las posibilidades de acceder a la maternidad a través de la subrogación de vientre en el exterior; empero, desearon esta alternativa en función de los altos costos que ello implicaba. Así, conocieron a una amiga, madre de dos niños, que se ofreció a gestar el hijo tan deseado.

El Tribunal, ante el vacío normativo, advierte que dentro de las técnicas de reproducción humana asistida se encuentra la inseminación artificial, que puede realizarse con material genético de la pareja que se somete a los métodos (denominándose en este caso homóloga) que es el supuesto que se plantea en las presentes actuaciones. Empero, la circunstancia particular que aquí se ha dado es que el material genético fue implantado en un vientre que no era el de quien aquí reclama la maternidad utilizando la técnica denominada “gestación por sustitución”. En este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada “voluntad procreacional”, es decir, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio mas acudiendo a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior.

Ante esta situación, la jueza entiende que el problema que se presenta frente a la llamada “maternidad subrogada” o “gestación por sustitución” es, básicamente, la atribución de la maternidad respecto del nacido, teniendo en cuenta los principios que reglan la materia.

De acuerdo con una interpretación literal del texto del artículo 242 del Código Civil, es madre la mujer que ha dado a luz al niño, aunque hubiese empleado el óvulo de otra mujer para posibilitar la fecundación deseada. Sin embargo, el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera.

En tales condiciones, el tribunal sostiene que resulta procedente acceder a la demanda entablada en tanto se valora fundamentalmente la fuente que deriva de la voluntad del matrimonio de convertirse en padres de la niña, y la correspondencia biológica de la nacida respecto de los presentantes conforme surge del informe de ADN, en base sin duda al principio que también recoge nuestra legislación actual en cuanto a la correspondencia de la realidad biológica. Asimismo, la jueza entiende que corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hija su realidad gestacional.

## **VII. A modo de colofón**

De acuerdo a lo que hemos expuesto, entendemos que en primer lugar debe diferenciarse claramente la posible admisión del instituto en el derecho argentino del mero reconocimiento de emplazamiento filiatorio obtenido en el extranjero a través de esta técnica de reproducción humana asistida, y en particular de sus efectos.

Si bien lo primero puede resultar polémico y opinable; sobre lo segundo, la República Argentina debería asumir una posición firme a favor del reconocimiento en pos del interés superior del niño, ante los hechos ya consumados bajo el amparo de una legislación extranjera.

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

El sólo hecho de que un niño haya nacido 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 consecuencia, no es idéntica la reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera, que cuando se trata de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero.

Consideramos que, en estos casos, debemos recurrir al llamado orden público internacional atenuado. En efecto, aludimos al mismo concepto que suele ejemplificarse con el caso del matrimonio poligámico, que siendo prácticamente imposible de constituirse en el foro por imperio de su orden público, puede, sin embargo, reconocérsele en él sus efectos

(el derecho a alimentos de las esposas, una pensión a su favor, entre otros).<sup>10</sup>

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

Por otro lado, dentro del contenido del orden público internacional de todos los países que hemos ratificado los más célebres tratados de derechos humanos, y en nuestro caso, que los hemos jerarquizado equiparando su rango al de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), se encuentra el derecho a la no injerencia en la vida personal y familiar.<sup>11</sup>

Recordemos, en esta inteligencia, algunos precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los cuales el derecho a la vida privada y familiar fue utilizado como fundamento del reconocimiento de decisiones extranjeras. Así, en el caso “Negrepontis-Giannisis c. Grecia”, de 3 de mayo de 2011<sup>12</sup>, referido a una adopción constituida en Estados Unidos, el Tribunal de Estrasburgo confirmó su posición manifestada previamente en la sentencia de 28 de junio de 2007 en el caso “Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo”. El Tribunal Europeo adoptó un criterio favorecedor del reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “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”.<sup>13</sup> Agrega que para que la injerencia pueda resultar aceptable y no implique

---

<sup>10</sup> La *Cour de Cassation* francesa el 17 de abril de 1953 ya se había pronunciado en tal sentido: “[l]a reacción frente a una disposición contraria al orden público no es la misma según se trate de la adquisición de un derecho en Francia, que cuando se trata de producir en Francia los efectos de un derecho adquirido, sin fraude, en el extranjero y de acuerdo con la ley que tenga competencia en virtud del Derecho internacional privado francés”

<sup>11</sup> A título ilustrativo, podemos mencionar el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) que expresa: “[n]adie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.” En igual sentido, el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

<sup>12</sup> Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=884846&pportal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>

<sup>13</sup> Artículo 8, CEDH: “[d]erecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia

una violación del artículo 8, CEDH, es necesario que la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional al fin legítimo perseguido. 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 de 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.

Consideramos que esta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encamina por el buen sendero, y en tal sentido, los mismos argumentos bien pueden emplearse para los casos de reconocimiento extraterritorial de filiaciones obtenidas a través de una gestación por sustitución y de sus efectos.

Por último, a nuestro criterio, se requiere de manera urgente brindar soluciones que contemplen este acuciante problema socio jurídico, las que deberán orientarse en todos los casos a resguardar, de la mejor manera, los derechos fundamentales de los niños.

## Bibliografía

- BERGER, S. (2010) "Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito", en *Suplemento Actualidad*. Buenos Aires, La Ley, 10/08/2010.
- BIOCCA, S. M. (2004) *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, Ed. Lajouane, 2004.
- CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, L. M. del C. (1990) "La filiación en el Derecho Internacional Privado", en *La Ley* 1990-C, 1122.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004) *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid, COLEX, 2004.
- (2009) "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009). Vol. 1, Nº 2, pp. 294-319. Consultado en [<http://www.uc3m.es/cdt>] el 26/07/2012.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2003) "Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI", en *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 21. 2003, pp. 109-143.
- DE MIGUEL ASENSIO, P. A. (1998) "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho

---

esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás."

Internacional Privado”, en: *Revista de Derecho Privado*. Madrid, julio – agosto 1998, pp. 541-558.

DREYZIN DE KLOP, A. (2009) “Doble filiación paterna de menores: las soluciones desde el Derecho Internacional de Familia”, en *Revista Derecho de Familia y de las Personas*. Año 1, N° 3, Buenos Aires, Ed. La Ley, noviembre de 2009.

— (2012) *El Derecho Internacional Privado de familia en la Postmodernidad*. 1ª edición, San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2012, en especial pp. 83-117.

DREYZIN DE KLOP, A. y ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, C. (dirs.) (2011) *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*. Córdoba, Advocatus, 2011.

DREYZIN DE KLOP, A. y HARRINGTON, C. (2011) “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, en *Revista de Derecho de Familia*. Octubre de 2011, pp. 301-329.

DURAN AYAGO, A. (2004) “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid, COLEX, 2004, pp. 295-318.

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

FARNÓS AMORÓS, E. (2010) “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, en *InDret 1/2010, Revista para el análisis del derecho*. Barcelona, enero de 2010, pp. 1 - 25. Consultado en [<http://www.indret.com>] el 25/09/2011.

FELDSSTEIN DE CÁRDENAS, S. (2010) “El conflicto de multiculturalidad: *requiem* para el orden público internacional en materia de familia?”, en *Derecho Internacional Privado – Derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Biblioteca de Derecho de la globalización. CEDEP. ASADIP, octubre del 2010, pp. 373-407.

FELDSSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. y SCOTTI, L. (2011) “El derecho internacional privado de la familia frente a un mundo global y multicultural: nuevos desafíos y asignaturas pendientes”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. y OBANDO PERALTA, J. J. (coord.), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*. 1ª edición. San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 389-417.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. y LIMA MARQUES, C. (2003) “Protección de menores en general”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. (Coordinador), *El derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*. Buenos Aires, Ed. Zavallia, 2003. Capítulo 15, pp. 583-593.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (1998) “Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales”, en *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*. Madrid, Colección Escuela Diplomática, N° 3, 1998, pp. 31-50.

FRESNEDO DE AGUIRRE, C. (2006) “El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. 01-2006, Konrad Adenauer, pp. 155-187.

— (2011) “El régimen internacional de la filiación y los derechos humanos: el diálogo de las fuentes”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D. y OBANDO PERALTA, J. J. (coordinadores), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*. 1ª edición. San José de Costa

Rica, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 453-481.

FOYER, J. (1986) "Problèmes de conflits de lois en matière de filiation", en *Recueil des cours*. Volume 193, Académie de droit international, 1986.

GARRIGA GORINA, M. (2007) "El conocimiento de los orígenes genéticos en la filiación por reproducción asistida con gametos donados por un tercero", en *Derecho Privado y Constitución*. N° 21, 2007, pp. 167-228.

GAUDEMET-TALLON, H. (2005) "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel): cours général", en *Recueil des cours*. Volume 312 (2005), pp. 9-488.

GROSMAN, C. P. (1993) "Significado de la Convención de los derechos del Niño en las relaciones de familia", *La Ley*, 1993-B-1089.

HERRERA, M. (2008) "Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI", en FERREIRA BASTO, E. y DÍAS, M. B. (eds.), *A família além dos mitos*. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

HERRERA, M. y LAMM, E. (2012) "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Primera parte", 12-abr-2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751. Segunda parte", 13-abr-2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752. Consultado en [<http://ar.microjuris.com/>] el 26/07/2012.

JAYME, E. (1995) "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des cours*. Volume 251 (1995), pp. 9-267.

— (2000) "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation. Conférence prononcée le 24 juillet 2000", en *Recueil des cours*. Volume 282 (2000), pp. 9-40.

— (2010a) "Direito internacional privado e Cultura pós-moderna", en *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme. volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 59 a 68.

— (2010b) "O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da Pessoa Humana face à Globalização", en *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme. Volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 85 a 97.

— (2010c) "O Direito Internacional Privado e a Família no umbral do Século XXI", en *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme. Volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 99 a 109.

— (2010d) "Visões para uma Teoria pós-moderna do Direito Comparado", en *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Seleção de Textos da obra de Erik Jayme. Volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 69 a 84.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (1999) *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*. Buenos Aires, Ed. Rubinzal Culzoni, 1999.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. y LAMM, E. (2010) "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en *La Ley* 20/09/2010, p.1 y ss.

KRASNOW, A. (2005) "Filiación. Determinación de la maternidad y paternidad. Acciones de filiación. Procreación asistida", en *La Ley* 2005-A, 1458.

LAFFERRIERE, J. N. (2012) "Filiación y técnicas de fecundación artificial en el proyecto de Código Civil 2012", 06/07/2012. Cita: *elDial.com* - DC18C8. Consultado en [<http://www.eldial.com.ar/>] el 23/11/2012].

MONTÓYA SÁNCHEZ, M. A. (2011) "Visión contemporánea del derecho de familia. El concepto de familia como 'dogma' revelado. Retos y dilemas", en FERNÁNDEZ ARROYO, D. y OBANDO PERALTA, J. J. (coordinadores), *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional*. 1ª edición. San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2011, pp. 483 – 513.

MIZRAHI, M. L., (2002) "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica", en *La Ley* 2002 - B, 1198.

— (2010) "El niño y la reproducción humana asistida", en *La Ley* 30/08/2010, pp. 1 y ss.

NAJURIETA, M. S. (2000) "El derecho internacional privado de la filiación y los valores del fin de siglo", en *Revista de Derecho internacional y de la Integración*. Santa Fe, Centro de Publicaciones de la Universidad Nacional del Litoral, 2000, N° 1.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. (2012) "Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución", en *Iguales y Diferentes ante el Derecho privado*. Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 2012, pp. 465-516.

PÉREZ, F. V. (2011) "Maternidad subrogada", 21-mar-2011, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234. Consultado en [<http://ar.microjuris.com/>] el 26/07/2012.

QUAINI, F. M. (2013) "Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina", en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-6332-AR | MJD6332. Consultado en [<http://ar.microjuris.com/>] el 26/10/2013.

QUIÑONEZ ESCAMEZ, A. (2009) "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada", en *Indret* 3/2009, *Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, julio de 2009, pp. 1 - 42. Consultado en [<http://www.indret.com>] el 25/11/2012.

RODRÍGUEZ BENOT, A. (2010) "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho Internacional Privado", en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010). Volumen 2, N° 1, pp. 186-202. Consultado en [<http://www.uc3m.es/cdt>] el 11/12/2012.

RUBAJA, N. (2005) "Filiación internacional. Los problemas de Derecho Internacional Privado en materia de filiación. Cooperación internacional. Producción de prueba anticipada. Análisis de un caso argentino-mexicano", en *Microjuris*. 1 de julio de 2005. Cita: MJ-DOC-2739-AR | MJD2739. Consultado en [<http://ar.microjuris.com/>] el 28/09/2012.

— (2012) *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 2012.

SAMBRIZZI, E. A. (2001) *La procreación asistida y la manipulación de el embrión humano*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

— (2012) "Apuntes varios sobre el derecho de familia en el Anteproyecto de Reformas de los Códigos Civil y de Comercio", 24-abr-2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5764-AR |

MJD5764. Consultado en [<http://ar.microjuris.com/>] el 28/09/2012.

SÁNCHEZ LORENZO, S. (2010) “Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”, en *Revista de Estudios Jurídicos* N° 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España). Consultado en [<http://www.rej.ujaen.es>] el 30/12/2012.

SANTOS BELANDRO, R. (2009) *Derecho Civil Internacional y de Familia*. Montevideo, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2009.

— (2011) “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, Cita: *elDial.com* - DC1762. Consultado en [<http://www.eldial.com.ar/>] el 23/11/2012.

SOSA, G. L. (1989) “El régimen internacional de la filiación y las nuevas técnicas genéticas (Balance de las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)”, en *JA* N° 5634, 23/08/1989, pp. 1 – 20.

UZAL, M. E. (1994) “Los menores y el derecho internacional privado. La filiación de base biológica. Reflexiones en torno a la ley aplicable, la fecundación asistida y el orden público”, en *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional*, año VII, N° 10, 1994.

ZURITA MARTIN, I. (2006) “Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres”, *La Ley*, 2006, p. 1475 y ss.