

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA
Análisis de implicancias y problemáticas en cuanto a la filiación

Seminario: “Bioética y Derecho”
Primer cuatrimestre 2024

AUTOR: MARIA JOSE GONZALEZ TORRES
DNI: 43.077.385
MAIL: mjgonzaleztorres15@gmail.com

DIRECTOR: Martin Lambombarda
FECHA DE ENTREGA: 26 de Agosto 2024

SUMARIO

Este trabajo analiza la figura de la Gestación por Sustitución (GS), también conocida como vientre de alquiler y su impacto en el derecho y la sociedad. A través de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), la GS permite a las personas cumplir su deseo de ser padres, sustentada en la voluntad procreacional. Sin embargo, esta práctica genera una fuerte controversia, con defensores y detractores que la debaten en diversos sistemas jurídicos. El estudio se centra en el tratamiento de la GS tanto a nivel internacional como en el derecho argentino, donde un vacío normativo ha creado desafíos en la competencia jurídica y el reconocimiento filiatorio. Se presentan ejemplos de países que aceptan, prohíben o no regulan la GS, comparándolos con el caso de Argentina, donde la jurisprudencia tiene un papel crucial. Finalmente, se explora cómo la GS cuestiona el principio de "Mater Semper Certa Est" y plantea un reto legislativo en la búsqueda de soluciones adecuadas a esta compleja problemática.

PALABRAS CLAVES

Gestación por sustitución - Reconocimiento filiatorio - Gestación por sustitución transfronteriza - Derecho comparado

OBJETIVO

El objetivo general de este trabajo es analizar la figura de la Gestación por Sustitución (GS) desde una perspectiva jurídica, comparando su tratamiento en distintos sistemas legales internacionales y en el derecho argentino, con el fin de identificar los desafíos normativos, éticos y sociales que plantea esta práctica, y proponer soluciones legislativas que armonicen el reconocimiento filiatorio y protejan los derechos de todas las partes involucradas.

Para lograr este objetivo, se plantean varios objetivos particulares. Primero, se examinarán las diversas concepciones y posiciones jurídicas sobre la GS en distintos

países, identificando los argumentos a favor y en contra de su regulación. Segundo, se evaluará cómo se aborda la GS en el derecho argentino, considerando el impacto del vacío normativo actual en la competencia judicial y el reconocimiento filiatorio. Tercero, se realizará una comparación entre tres países con enfoques diferentes hacia la GS: uno que la acepta, otro que la prohíbe y uno que no la regula, para entender su influencia en la determinación de la maternidad y la protección de los derechos.

Además, se analizará cómo la GS desafía principios legales tradicionales, explorando posibles respuestas del derecho ante estos retos, con el objetivo de promover una armonización legislativa efectiva. Finalmente, se propondrán recomendaciones para la creación de un marco normativo en Argentina que regule la GS de manera justa y equitativa, protegiendo los derechos de los niños, los padres comitentes y las gestantes.

INTERROGANTES

Los interrogantes que planteo como disparadores para el desarrollo del trabajo son los siguientes:

- ¿Qué es la Gestación por Sustitución?
- ¿Cómo se regula la Gestación por Sustitución (GS) en diferentes sistemas jurídicos internacionales, y cuáles son los principales argumentos a favor y en contra de su legalización?
- ¿Cómo afecta el vacío normativo en Argentina a la competencia judicial y al reconocimiento filiatorio derivado de la GS?
- ¿Cuáles son las consecuencias de no regular la GS en términos de derechos humanos, acceso a la justicia, y protección de los más vulnerables en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida?
- ¿Qué soluciones legislativas podrían implementarse en Argentina para regular la GS de manera que se protejan los derechos de todas las partes involucradas?

ÍNDICE

I. RESUMEN EJECUTIVO	4
I. DESARROLLO	5
A. MARCO TEÓRICO	5
III. SITUACIÓN LEGAL DE LA GESTACION POR SUSTITUCION EN EL DERECHO COMPARADO	7
A. ESTADO QUE PROHÍBE LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS: FRANCIA	7
B. ESTADOS QUE REGULAN LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS	8
a. Postura altruista: Canadá	8
b. Postura de admisión amplia: Ucrania	9
C. DISPOSICIÓN JURÍDICA EN ARGENTINA	9
a. Marco normativo:	10
b. Las reglas en materia de competencia	12
IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA	14
A. Problemas recurrentes en el reconocimiento de filiación en estos casos	15
a. Análisis de la primera problemática que deben enfrentar los comitentes y el niño de viajar al país de residencia de los comitentes.	15
b. Análisis de la segunda problemática que deben enfrentar los comitentes para regularizar legalmente al niño en el Estado de residencia de comitentes.	16
V. CONCLUSIONES	18
VI. BIBLIOGRAFÍA	19

I. RESUMEN EJECUTIVO

En el presente trabajo se abordará la figura de Gestación por Sustitución (de ahora en adelante GS), también denominada vientre de alquiler, maternidad sustituida, maternidad por encargo, entre otras. Es una figura consecuente de los aportes de la ciencia y la biotecnología que mediante las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA) permiten que a través de las diferentes técnicas las personas puedan concretar su deseo de ser padres, y ello es así teniendo como causa fuente la voluntad procreacional, prevaleciendo una realidad socio-afectiva.

Pero la controversia principal de dichas técnicas surge en la GS teniendo la particularidad de que tiene tantos detractores como defensores. A continuación, a lo largo del trabajo, iremos analizando las divergencias, las concepciones antagónicas que esta técnica atraviesa en los distintos sistemas jurídicos.

Concretamente, abordaremos como es el tratamiento internacional y el de nuestro derecho interno, en relación al reconocimiento filiatorio derivado de la GS, presentándose en nuestro país como una problemática debido al vacío normativo en la legislación interna, y además entendiendo las problemáticas que genera en la competencia del ámbito jurídico.

Es por ello, que voy a plantear tres miradas distintas dando tres ejemplos concretos de países, en los cuales hay Estados que la aceptan, otros que la prohíben y quienes se abstienen, es decir, ni siquiera lo regulan, siendo el caso Argentina que deja librada esta cuestión sobre el reconocimiento filiatorio al arbitrio de la jurisprudencia.

En base a estas miradas llevaremos adelante el trabajo y veremos como la GS genera una anomalía frente al principio rector para la determinación de la maternidad, poniendo en jaque el principio de “Mater Semper Certa Est” y como el Derecho se encuentra posicionado ante el desafío de buscar una armonía legislativa para poder así brindar las soluciones más adecuadas ante una problemática de gran complejidad como lo es esta figura.

I. DESARROLLO

A. MARCO TEÓRICO

El derecho de familia se vio atravesado por grandes avances constantes en el campo de la genética que posibilitan nuevas formas de procreación y de determinación filial que no siempre se adaptan y encuadran en la normativa vigente, es por ello que forma parte de los temas que trata la bioética, ya que viene con el avance tecnológico y sus consecuencias morales y éticas de la vida moderna.

En la actualidad todos estos avances se ven reflejados en el cambio de paradigma que han generado las TRHA en cuanto a la concepción tradicional y el modelo único de familia, imponiéndose la voluntad procreacional como factor relevante en lo concerniente a la filiación.

Por lo tanto iremos plasmando la terminología adecuada para poder lograr una mayor comprensión sobre esta figura tan controversial que en la actualidad ha elevado la presencia de familias internacionales, derivando de ello el reconocimiento filiatorio como una de sus problemáticas y en donde el Derecho cumple un papel protagónico en encontrar la solución.

La comprensión de la GS está intrínsecamente ligada a la evolución de las técnicas de reproducción asistida a lo largo del tiempo, así como a las diversas formas que esta práctica puede adoptar.

Como entiende Lamm, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) han venido a realizar una forma de “revolución reproductiva”, ya que se separa la reproducción de la sexualidad, sin necesitar del sexo para lograr la reproducción.

Comenzamos con la definición de gestación por sustitución - en materia de conceptos hay múltiples descripciones que han pasado por diversos cambios y actualizaciones - traigo la de Eleonora Lamm, entendiéndola como más comprensiva a la hora de definirla: “la GS es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”. Esta técnica es definida en su naturaleza jurídica por algunos autores como un contrato, con o sin remuneración, en donde la mujer gestante renuncia a su vínculo materno filial del niño por nacer en favor del/los comitentes. (Lamm, 2013)

Entonces, con este concepto podemos entender que el foco no está puesto sobre la entrega del niño sino en la finalidad de que se establezcan vínculos jurídicos de filiación entre él y los padres intencionales.

Adentrándonos en brevemente en la práctica en sí, podemos encontrar distintas modalidades: en la tradicional, la gestante no solo aporta su gestación sino también sus gametos; y en la gestacional, la gestante solo aporta su gestación.

Con respecto a los sujetos que intervienen en la GS se necesitan hacer algunas precisiones terminológicas, las partes del acuerdo o contrato genérico de gestación por sustitución son la persona gestante y los padres intencionales (hay quienes emplean el término comitentes, pero se entiende que no se está ante un contrato de comisión mercantil). Ellos son quienes manifiestan su voluntad procreacional.

Como ya se señaló más arriba, los padres intencionales pueden ser una sola persona o una pareja. Con respecto al niño gestado y nacido a raíz de la gestación por sustitución celebrada por adultos y cuyo interés superior debe ser protegido en todo momento. (Albornoz, 2020, 3-30) (Lamm, 2012, 17-54)

Pasaremos a definir la relación jurídica de filiación y sus complejidades en este asunto, teniendo en cuenta el término padres intencionales descrito anteriormente. Como expresa Malaurie, en el ámbito de la filiación, no se puede afirmar que haya una única verdad. Se argumenta que la relación legal de filiación tiene su propia independencia, ya que en cierto grado se ha desvinculado de su fundamento puramente biológico.

En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser «parent», a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido, disipando o diseminándose el componente genético y biológico y realzando el volitivo, siendo un avance que han traído las TRHA. (Albornoz, 2020) (Lamm, 2013)

Además, El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que el interés superior del menor, es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo ello posible desde el nacimiento mismo del niño, quedando su filiación acreditada, sin que pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor.

El interés superior del niño y el derecho a la identidad son postulados supremos, a tal punto de haber sido consagrado en el art 3 de la Convención de los Derechos del niño, y artículos 7 y 8 sobre obligaciones que tienen los Estados frente a ellos. (Consolo A. p 4)

III. SITUACIÓN LEGAL DE LA GESTACION POR SUSTITUCION EN EL DERECHO COMPARADO

A. ESTADO QUE PROHÍBE LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS: FRANCIA

Francia, por su parte, prohibió esta práctica dado que busca ante todo prevenir o eliminarla de su territorio.

Así Eleonora Lamm (2013) hace un análisis histórico partiendo de 1964 en donde este país se manifestaba en contra de la GS en tanto afirmaba que esta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas.

Es esa misma postura la que se reitera en la opinión del Comité Consultatif National d'Éthique de Francia N° 90 del 24 de noviembre de 2005 y N° 110 de mayo de 2010, afirmando en esta última que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

Actualmente el Código Civil Francés establece de nulidad absoluta todo contrato relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro. Asimismo, en su Código Penal prevé un año de prisión y una multa de 15.000 euros a los que actúan como intermediarios entre la gestante y el o los comitentes, aclarando que si esta actuación se realiza con fines de lucro, las penas se doblan.

Dada esta prohibición en materia civil y penal es que muchos franceses están recurriendo a realizar esta práctica en el extranjero lo que dio lugar a la manifestación de la Corte Francesa en tres casos de GS internacional en donde se manifestó la posición del derecho francés respecto de los reconocimientos de los acuerdos realizados por franceses en el extranjero.

Los casos de Menneson c. France y Labassée c. France sometidos a la Corte de Casación Francesa presentan una situación similar. Se trata de dos esposos franceses que han realizado un acuerdo de GS conforme al derecho extranjero y que ha sido homologado por el juez extranjero, previendo que, después del nacimiento, serán declarados padres legales del niño por las actas de estado civil extranjeras. En dos de ellos, habiendo sido transcritas las actas de nacimiento extranjeras en los registros del estado civil francés, el Ministerio Público ha solicitado la anulación de esta transcripción, por ir contra el orden público internacional del país. En un tercer caso, se niega la transcripción. Deja precepto que cuando se está en presencia de un fraude a la ley no se

puede invocar la CDN o la Convención de Protección de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales.

B. ESTADOS QUE REGULAN LA APLICACIÓN DE TÉCNICAS

Habiendo analizado un país que se encuentra en contra de este tipo de prácticas de procreación alternativa, seguidamente, pasaremos a explayarnos respecto de ciertas tendencias legislativas de estados que tienen permitida estas técnicas; sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones; y la admisión amplia.

a. Postura altruista: Canadá

Para el caso de aquellos estados en los que se encuentra permitido las prácticas es dable mencionar que hay una cierta clasificación a referir, en la que, por un lado, tenemos a los estados que regulan un proceso de aprobación previa, que: “es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer a que el sistema requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio.”

Por otro lado, dentro de aquellos estados que tienen una postura altruista, que adoptan un sistema más protector de la gestante: “No pone en peligro su derecho a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad (*mater semper certa est*), y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer.” Esto resulta ambiguo, dado que la gestante también es madre, lo que socava la filosofía de la figura. (Lamm, 2012, 16)

En cuanto a la postura altruista en general, nos enfocaremos en Canadá, la cual refiere:

Que se realice de forma altruista, quiere decir que la madre gestante no adquiera una contraprestación económica por gestar al menor que posteriormente cederá a los padres comitentes. No obstante, estos sí que financiarán los gastos derivados del embarazo como gastos médicos, materiales necesarios, etc. En Quebec serán nulos los acuerdos de gestación por sustitución.

Respecto a los efectos jurídicos del contrato de gestación por sustitución, en cuanto a la filiación: “En Canadá la filiación se determina judicialmente a través de una sentencia que incluya la filiación en favor de los comitentes. (...) Los hijos de extranjeros (...)”

adquirirán la nacionalidad de sus padres, además del reconocimiento de la canadiense por ser el lugar de nacimiento”. (del Carmen Benitez Cruz, 2022)

Canadá ha sancionado en marzo de 2004 un ley para la realización de esta TRHA (Assisted Human Reproduction Act [2004, c. 2]) dándole un marco jurídico a la gestación por sustitución, teniendo jurisdicción en todo el país sin perjuicio de que algunas secciones no se apliquen en algunas provincias en particular. En dicha ley define a la gestante en su art. 3, también deja establecido expresamente que no hay cobertura en aquellos casos en las que ha habido relaciones sexuales entre la gestante y el donante. Y además, la ley prohíbe expresamente el pago a la gestante, a los intermediarios, o la colocación de anuncios para obtener servicios pagados de una gestante (art. 6).

Es decir, esta ley prohíbe pagar u ofrecer pagar a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que organice esos servicios, o asistir a cualquier persona menor de 21 años para que actúe como gestante. Consecuentemente, en Canadá la gestación por sustitución por razones altruistas no está prohibida por la ley, aunque el contrato que prevé la gestación por sustitución no es ejecutable como tal.

Lo cierto es que la Ley de reproducción humana asistida no se refiere a si los acuerdos de gestación por sustitución son válidos, y en la jurisprudencia, en general, los jueces han optado por decidir en pos del mejor interés del niño.

b. Postura de admisión amplia: Ucrania

En cuanto a la postura amplia, creo conveniente mencionar el caso de Ucrania, dado que presenta uno de los enfoques más liberales sobre la gestación por sustitución.

La gestación por sustitución es absolutamente legal en Ucrania. Así lo permite el Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud. En este sentido, el Código de Familia, en su artículo 123.2 establece que si un embrión concebido por una pareja como resultado de la aplicación de TRA, es transferido dentro del cuerpo de otra mujer, los padres del niño serán la pareja. Con el consentimiento de la gestante en el certificado de nacimiento constará directamente el nombre de los comitentes. (Lamm, 2012, 17)

“Además, el art. 139 del mismo código impide que la gestante reclame la filiación materna respecto del niño concebido con material genético de los comitentes.”

“Sin embargo, (...) la gestante debe dar su consentimiento ante notario para que los comitentes sean registrados como los padres del niño.” (Lamm, 2013, 175)

“Para poder celebrar un acuerdo, los padres intencionales deberán estar casados o en una relación similar; además, el embrión deberá generarse con gametos de, al menos,

uno de los padres de intención. La gestante no podrá aportar sus gametos para fertilizar el embrión.” (Albornoz, 2020, p. 132)

Los requisitos para poder celebrar un acuerdo de gestación subrogada son, entre otros, los siguientes: las TRHA se aplican de acuerdo con las indicaciones médicas; los padres de intención y la gestante deberán ser mayores de edad; la mujer gestante debió haber dado previamente a luz a un niño sano, y debe existir ausencia de contraindicaciones médicas.

C. DISPOSICIÓN JURÍDICA EN ARGENTINA

En relación a la regulación normativa en Argentina, se puede observar una carencia de legislación concerniente a la (GS). Nunca ha habido disposiciones (oficiales y legales) referentes a la filiación internacional, ni tampoco existe una normativa general que controle las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que en el país se practican de manera frecuente y en constante aumento.

a. Marco normativo:

Lo que se puede mencionar en el ámbito de la regulación nacional en relación a este tema es que recientemente se ha implementado una norma específica que rige uno de los múltiples aspectos de esta práctica médica, que es la cobertura médica.

El 5 de junio de 2013 se promulgó la Ley 26.862, “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, regulada a través del Decreto 956/2013, que se enfoca en la regulación de la cobertura médica, pero no aborda ni comprende la Gestación Subrogada. (Lamm E, 2013, p 102).

En otras palabras, el Código Civil y Comercial incorporó dentro del ámbito jurídico de la filiación una nueva fuente: las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Con ello, reconoce el creciente número de personas que vienen al mundo gracias a los avances de la ciencia médica. Esta regulación autónoma tiene características particulares, ya que no podía estar regida por las mismas normas que la filiación biológica, dado que el niño o la niña no nace de una relación sexual, sino de la voluntad de sus progenitores de tener un hijo o hija, con el apoyo de la ciencia médica. (Vittola & Notrica, 2020)

Es innegable que la gestación por sustitución es un tema complejo que involucra de manera clara y precisa una cuestión fundamental relacionada con el vínculo filial. Dado este vacío legal, es crucial destacar que la corriente predominante en la doctrina y

jurisprudencia sostiene que se debe aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación (principio del favor negotii, artículo 14, inciso 4° de nuestro Código Civil) en protección del interés superior del niño. (Scotti, 2015, 238)

En el marco de las TRHA, el elemento central para determinar la filiación es la denominada "voluntad procreacional" que se plasma en un consentimiento, con las formalidades y características que estipulan los arts. 560 y 561 del Cód. Civ. y Com. y que, además, al ser las TRHA prácticas médicas, deben cumplir los términos establecidos por el art. 59 del mentado Código y lo requerido por la ley 26.529 (1). Resulta importante esta cuestión, dado que este instrumento genera vínculo filial entre el/la niño/a que nacerá y quien/es lo suscribieron, poniendo en crisis —y de manera positiva— la biologización de las relaciones familiares. (Vittola & Notrica, 2020)

No puede pasarse por alto que en el Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación —que entró en vigencia en Argentina el 1 de agosto de 2015—, la Comisión Redactora había incluido a la GS en el originario artículo 562, incorporaba en su texto original la regulación de la gestación por sustitución (Notrica et al., 2017, 14-20), y entre los puntos principales se podía encontrar la regulación de la SG con: consentimiento de todas las partes, establecimiento de la filiación, condiciones para su homologación judicial y la autorización judicial necesaria, y la filiación en caso de falta de la autorización.

Todo esto teniendo en miras el interés superior del niño que pueda nacer y su necesidad de reglamentación por la prevalencia de la GS, el turismo reproductivo que se lleva a cabo por esta y los casos de disputa que se generan, buscando proporcionar la seguridad de los usuarios.

A pesar de ello, la norma proyectada fue suprimida por ser la figura jurídica que más voces encontradas había generado en el ámbito de las relaciones de familia, artículo del texto que aprobó el Congreso de la Nación, por ende, nos quedamos respecto al tema que nos ocupa ante una situación similar a que teníamos con el antiguo Código Civil.

En el ámbito de la doctrina, existen argumentos tanto a favor como en contra de la gestación por sustitución. Por un lado, quienes apoyan esta práctica lo hacen desde una perspectiva constitucional y convencional que reconoce diversas formas de familia, apoyándose en el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la salud, incluyendo la salud sexual y reproductiva, y el aprovechamiento de los avances científicos en beneficio de las personas. Además, se argumenta que se debe considerar el interés superior del niño, su derecho a ser criado por sus progenitores, el derecho a la identidad, y la voluntad procreacional, entre otros factores.

Por otro lado, quienes están en contra de la gestación por sustitución se basan en el "valor" de la etapa prenatal, sostienen que este tipo de contratos son de naturaleza inmoral, y denuncian la comercialización, cosificación y explotación del cuerpo de las mujeres gestantes. Asimismo, invocan el principio romano "*mater semper certa est*", que podría verse afectado por esta práctica. (Vittola & Notrica, 2020)

El Código Civil y Comercial admite en el artículo 558 una nueva fuente de filiación, que equipara a las ya reconocidas legislativamente: "La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos (...)".

Asimismo, este cuerpo legal dedica algunas disposiciones a las llamadas "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida" que van desde el art 560 a 564. Por lo tanto, la gestante es considerada la madre, prevaleciendo el principio de *mater semper certa est* en tanto los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, es decir de quien ha demostrado su vocación procreacional.

Como entiende Luciana B. Scotti (2015), nuestro legislador ha tomado una posición desfavorable respecto de la gestación por sustitución en el país, que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la comitente, sino de la gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura. .

Sin embargo, una situación distinta se puede configurar cuando la práctica se ha realizado en extranjero y lo que se solicita es el reconocimiento de efectos en el territorio de la República Argentina. Para ello hay que tener en cuenta el artículo 2634, que regula la filiación constituida en el extranjero y entiende que "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. (...)". (Scotti L, 2015, p 240)

Para la incorporación de esta norma se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones: 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. (Scotti L, 2015, p 240)

El orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75 inciso 22. En particular, los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Al regresar a Argentina, la relación legal entre los padres intencionales y el niño, así como todas las implicaciones de ese vínculo, no deben quedar en un limbo legal, siendo un juez el responsable de determinar el contenido del orden público internacional en casos de este tipo. (Scotti L, 2015, p 242)

b. Las reglas en materia de competencia

La competencia es un problema común que deben enfrentar todas las estrategias procesales (impugnaciones de maternidad, autorizaciones judiciales previas a la transferencia embrionaria, inscripciones de nacimiento o acciones declarativas de certeza) para alcanzar una inscripción registral que respete la voluntad procreacional de los requirentes y la identidad del nacido.

En lo que respecta a las acciones de filiación, la competencia está regulada en el art. 5º, inc. 3º, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia".

Sin embargo, se brinda una excepción a la pauta general, de manera tal que cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor (art. 581, Cód. Civ. y Com.).

En otras palabras, el principio general es que las acciones de filiación se interponen ante el juez del domicilio de la persona demandada. La excepción a esa regla general es que la parte actora sea una persona menor de edad o con capacidad restringida.

En el caso de la GS, se deben separar las acciones concretadas cuando la GS ya se llevó a cabo y por otro lado, cuando se quiere lograr una autorización judicial previa a la transferencia embrionaria a la gestante. (Vittola & Notrica, 2020)

En el caso de las primeras, la figura de la gestante pierde relevancia, ya que la relación jurídica que la vinculaba inicialmente con el o los solicitantes se extingue al momento del nacimiento. En este sentido, la aplicación de la norma general establecida en el artículo 720 del Código Civil y Comercial, así como también del artículo 5º, inciso 3º, del Código Procesal Civil y Comercial y su equivalente provincial, no presenta mayores complicaciones, dado que en estos casos se plantea un litigio que debe ser resuelto por la jurisdicción competente.

El problema surge en la situación específica de la solicitud de autorización judicial previa a la gestación por sustitución. Ante esta circunstancia, pueden surgir conflictos de competencia que requieren una interpretación más avanzada de las normas por parte de los operadores judiciales.

Esto se debe a que la relación jurídica involucrará a dos o incluso tres personas —los solicitantes— que no mantienen una relación de actor y demandado, sino que simplemente solicitan la autorización judicial para llevar a cabo la transferencia embrionaria (como autorización o homologación). Esta solicitud, en términos de competencia, no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 720 del Código Civil y Comercial, quedando entonces bajo las reglas generales establecidas en el artículo 5º del Código Procesal Civil y Comercial y su equivalente provincial. (Vittola & Notrica, 2020)

Hay un caso en cuestión que analiza la disputa de competencia entre los juzgados de La Plata, Campana y Bahía Blanca: un matrimonio de Campana y una gestante de Bahía Blanca solicitaron al Juzgado de Familia N° 2 de La Plata autorización para la implantación de embriones criopreservados.

A pesar de un contrato que establecía la jurisdicción en La Plata, el juez concluyó que la competencia recaía en el juzgado de Campana, donde reside el matrimonio solicitante. Sin embargo, el Juzgado de Familia de Zárate-Campana rechazó la competencia, argumentando que la gestante, por su vulnerabilidad, debía ser juzgada en Bahía Blanca. Este conflicto refleja la falta de claridad en las normas sobre la gestación por sustitución y la necesidad de una mejor comprensión del tema para resolver tales disputas. (Juzg. Familia N° 2, La Plata, septiembre de 2018, "F., F. M. y otro s/ homologación de convenio", Juzg. Familia N° 2, Zárate-Campana, 01/07/2019, "F. F. M. y otro s/ homologación")

Los autores Vittola y Notrica, señalan que, incluso en aspectos formales, debe prevalecer en todo momento una perspectiva claramente enfocada en los derechos humanos. En la cuestión específica de la competencia, esto implica asegurar la realización de los principios de tutela judicial efectiva reflejado en la garantía de acceso a justicia o el principio de inmediación, sobre todo el contacto que debe tener el juez con los particulares que reúnan condiciones de vulnerabilidad.

Para responder al interrogante planteado y armonizar la aplicación de las normas, es esencial considerar el espíritu del Anteproyecto que establece un proceso judicial con normas específicas para la autorización de la gestación por sustitución. Este proceso se centra en proteger los derechos fundamentales de la gestante, asegurando que actúe libremente y que la gestación sea la última opción. La autorización judicial pone el foco en la gestante, y no en los comitentes, para garantizar su protección y la adecuada intervención judicial.

Entre los requisitos fundamentales se encuentran la capacidad de la mujer, el consentimiento informado de todas las partes involucradas, la relación genética entre la gestante y los comitentes, la imposibilidad del matrimonio de concebir, la ausencia de compensación indebida, y la experiencia previa de la gestante en la maternidad.

Estas condiciones están diseñadas para garantizar que la gestante actúe de manera libre y que la gestación por sustitución sea utilizada sólo como última opción, protegiendo así sus derechos fundamentales. (Vittola & Notrica, 2020)

IV. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA

Como consecuencia de la posibilidad de movilidad internacional —y también, en parte, gracias a internet—, varias personas o parejas que viven en países en los que se prohíbe la gestación por sustitución y que están deseosas de tener un hijo, viajan a los países en los que sí se permite esta práctica, incrementándose así los casos de gestación por sustitución internacional (Lamm 2012,194-195).

Es importante mencionar que las distintas posturas de los Estados en cuanto a la regulación de esta figura como se explicó anteriormente, han motivado con mayor frecuencia la celebración de acuerdos transfronterizos de GS. (Albornoz, 2020,p.74)

La principal razón de que una persona o una pareja tenga que desplazarse al exterior con esta finalidad es la prohibición general de la gestación por sustitución, o la prohibición

de acceso para ellas, en el derecho de su propio país de residencia. No obstante, tal decisión también podría deberse a que los gastos en los que sería indispensable incurrir fueran sustancialmente menores en el extranjero o, sencillamente, a que la regulación extranjera les pareciera más favorable que la nacional.

La existencia de acuerdos internacionales de gestación por sustitución, estimulada por la operación de agencias intermediarias encargadas de asesorar y poner en contacto a las partes, ha dado lugar al fenómeno conocido como “turismo reproductivo” o “exilio reproductivo”. Los ya de por sí intrincados conflictos jurídicos susceptibles de presentarse en casos de gestación por sustitución pueden tornarse todavía más enredados y adquirir una nueva dimensión —la internacional— cuando hay elementos de extranjería (...) (Albornoz, 2020, p.75).

El elemento más relevante de extranjería, para determinar el caso internacional son la residencia de los padres internacionales y la mujer gestante en países diferentes, a su efecto el lugar de nacimiento del niño/a en un Estado diferente a aquel donde residen y donde muy probablemente continuarán viviendo los padres que han decidido procrearlo (Albornoz, M.M, 2020, p.76).

A. Problemas recurrentes en el reconocimiento de filiación en estos casos

En referencia a los problemas que se van a suscitar por este turismo reproductivo.

“De manera precisa, se puede afirmar que los casos de GS internacional suelen dar lugar a diferentes problemas que se agrupan en dos categorías:

a) Cuando los comitentes desean sacar al niño del país donde nació para llevarlo a «casa», es decir, a su estado de residencia.

b) Una vez que el niño está en el estado de residencia de los comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar su situación legal” (Eleonora Lamm 2013, p.195,196).

a. Análisis de la primera problemática que deben enfrentar los comitentes y el niño de viajar al país de residencia de los comitentes.

Según Eleonora Lamm (2013) los principales problemas se producen en aquellos países que permiten la GS y conforme a sus leyes consideran padres legales a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, como por ejemplo: La India y Ucrania.

Entonces para regresar al país de origen de los comitentes se genera un problema de filiación, ya que para la ley del Estado donde nace el niño/ niña o niños por GS, los padres legales son los comitentes pero, para la ley del país de origen de los comitentes los padres legales son la gestante y su marido, en su caso. Al no poder determinarse la filiación a favor de los comitentes, no consiguen pasar su nacionalidad por descendencia, y no se puede determinar la filiación ni obtener pasaporte. Esta situación genera que el niño/niña o niños sea apátrida y con filiación incierta, encontrándose en un limbo jurídico (p. 196, 197).

En Argentina se han presentado casos con estas características. El primero que tuvo lugar fue el de un matrimonio homosexual de varones que decidió recurrir a la gestación por sustitución en la India. Tobías, que nació en ese país, fue apátrida y con filiación incierta.

Antes de que naciera el niño, el matrimonio presentó un recurso de amparo para que se les otorgase la documentación pertinente para que el niño pudiera salir de India, reconociéndoseles a ellos la copaternidad con fundamento en la voluntad procreacional de ambos y en que respecto a uno de ellos también existía vínculo genético. (Cajigal, I. 2017)

Finalmente, mediante diferentes resoluciones judiciales, 13 negociaciones y acuerdos entre los distintos poderes, se resolvió ordenar a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a que inscribiera su partida de nacimiento ante la solicitud de la embajada de Argentina en la India garantizando la copaternidad registral igualitaria, el derecho a la no discriminación por orientación sexual, el interés superior del niño, la protección integral de la familia y la voluntad procreacional (Lamm E.,2013, p.197).

Observando estos dictámenes, que representan varios supuestos del tema en cuestión, se puede decir que se llegó a soluciones favorables apelando al interés superior del niño. Asimismo, en muchas ocasiones, ha tomado bastante tiempo resolverlos.

b. Análisis de la segunda problemática que deben enfrentar los comitentes para regularizar legalmente al niño en el Estado de residencia de comitentes.

“Una vez que los comitentes han logrado viajar con el niño a su país de origen o durante el proceso de migración, procurarán regularizar su situación legal (...). Las dificultades, no obstante, comienzan cuando esta regularización es denegada, principalmente por razones de orden público.” (Lamm 2013, p.202).

El orden público internacional toma un papel primordial en este análisis, por lo tanto, vamos a analizar esta problemática teniendo en cuenta su concepto, entendiéndolo como: los principios jurídicos que actúan como cláusula de reserva frente a las soluciones del Derecho extranjero, es decir, que funciona como una cláusula de faz negativa, al hacer excepción a la aplicación del Derecho foráneo cuando este resulta contradictorio con los principios que rigen en el Derecho patrio (Caride, 2021 p 206).

Por lo tanto, el niño nacido por GS, no adquiere la ciudadanía, al ser impedido por cuestiones de orden público, un Estado el cual no reconoce a los comitentes (padres), como padres legales. Consecuentemente, “la frustración de su reconocimiento en ese orden jurídico puede afectar los derechos fundamentales del niño” (Caride, 2021 p. 207): derecho a la filiación, a la identidad, a adquirir una nacionalidad, a la obligación del estado asegurar que los niños no sean apátridas, afectación a vinculación con su padre biológico, derechos emergentes de la responsabilidad parental y derechos sucesorios, entre otros.

A su vez, el orden público internacional no sólo tiene una función de cláusula de reserva frente a la aplicación del Derecho extranjero, sino que constituye una herramienta de adaptación y coordinación de sistemas a fin de no frustrar los derechos fundamentales de los niños que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad por el fenómeno de las relaciones internacionales, por lo que se va a tener como estándar primordial el interés superior del niño, que indica, en las circunstancias del caso, que el niño no puede perder elementos que hacen a la identidad de su persona, y, por lo tanto, de su dignidad inherente. (Caride, 2021 p 209).

Este interés superior se vuelve así un concepto muy amplio a punto de marcar un límite a la incertidumbre, a la inseguridad jurídica al carecer los Registros de normativa, que asegure la inmediata inscripción del nacimiento conforme a la voluntad procreacional y de ese modo evitar la indeterminación e incerteza respecto a la identidad del niño (Consolo, p. 9).

En lo siguiente presentaremos un caso del año 2021 que contempla esta segunda problemática, es un caso por el que también emite opinión el Tribunal Europeo de DD HH.

Dos ciudadanas islandesas, Sra. Fjölnisdóttir y Sra. Agnarsdóttir, casadas entre sí, contrataron una agencia de gestación subrogada en los Estados Unidos y firmaron un acuerdo para ser las madres legales de un niño nacido a través de este método. Viajaron a California, donde nació el niño en febrero de 2013 a través de una madre subrogada. El

niño fue concebido con gametos donantes y no tenía relación biológica con ninguna de las dos mujeres islandesas.

Después del nacimiento, registraron al niño como su hijo en California y obtuvieron un certificado de nacimiento y un pasaporte estadounidense para él. La madre subrogada renunció a la maternidad legal.

Al regresar a Islandia, intentaron inscribir al niño en el Registro Nacional Islandés como su propio hijo, pero se les negó la inscripción. (Carrascosa González J., 2022)

Tanto el Ministerio del Interior como la Corte Distrital de Reykjavik sostuvieron que las solicitantes no podían ser consideradas progenitoras del niño. Además, la Corte consideró que, dada la ilegalidad de la gestación subrogada en Islandia, reconocer su parentalidad crearía un vacío legal en el país, por lo que Islandia tenía un motivo legítimo para negar el reconocimiento de la parentalidad establecida en el extranjero en estas circunstancias.

“Fue necesaria para proteger la moralidad y los derechos de otros, y fue acompañada por esfuerzos de aliviar los efectos negativos de dicha negativa. El interés superior del niño, si bien es de vital importancia, no puede soslayar los principios fundamentales legales de parentalidad.” (Serdán, 2021)

A pesar de esta resolución de la Corte, el Estado de Islandia no interfirió ni interrumpió en la vida privada familiar, en función al acogimiento familiar dispuesto desde el inicio de las actuaciones. Por lo que el TEDH consideró que significó un balance justo entre el derecho a la vida familiar de las solicitantes y la protección de los intereses generales perseguidos por el Estado. (Serdán, 2021)

“Ahora bien, existen otros casos resueltos por la jurisprudencia en los que las soluciones no fueron favorables para los niños. Así sucedió, por ejemplo, en Francia, con el conocido caso *Mennesson*” (Eleonora Lamm, 2013, p.208). ya lo hemos analizado con anterioridad.

Teniendo en cuenta que la GS es una realidad y estas problemáticas siguen sucediendo en la actualidad, con una mirada positiva vemos que se está trabajando en elaborar un instrumento multilateral para dar soluciones a las decisiones judiciales extranjeras.

En el ámbito de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y del grupo de expertos que se abocó al trabajo del proyecto de filiación y maternidad por sustitución, en las reuniones celebradas del 31/1 al 3/2/2017, se concluyó por mayoría que era factible elaborar un instrumento multilateral consagrando el reconocimiento de

pleno derecho de las decisiones judiciales extranjeras que determinen sobre la filiación jurídica (Consolo Analía N., p.5).

V. CONCLUSIONES

A modo de cierre realizaremos algunas consideraciones concernientes a esta figura que desde sus comienzos ha generado múltiples debates a favor y en contra, y que al día de hoy sigue sin encontrar una armonía legislativa, tanto a nivel interno como internacional.

La GS tiene como fin primordial darles la oportunidad a aquellas personas que naturalmente no pueden tener hijos, y que desean ser padres o constituir su familia individualmente.

Particularmente entendemos que en nuestro país el debate debería volver a plantearse pero ya despojado de cuestiones morales, éticas y religiosas advirtiéndose que el vacío legal, esa postura abstencionista que predomina en nuestro ordenamiento jurídico no ha sido obstáculo para aquellas personas que desean ser padres y pretenden llevar a cabo esta técnica.

Lo planteado por el anteproyecto del CCyC daba suficiente andamiaje y un propicio marco regulador en nuestro territorio; teniendo en cuenta los diversos argumentos y fundamentos basados en principios y derechos humanos que tienen los Tratados Internacionales receptados en nuestra Constitución Nacional.

Hablar hoy de que la GS es contraria al orden público internacional, es debatible, ya que si nos enfocamos en sus características encontramos que es variable, mutable y actual, es decir, que a medida que la sociedad va cambiando el orden público internacional también debería hacerlo, adaptándose así a las nuevas realidades como sucede con la GS.

Ante esta complejidad entendemos que el derecho debe sincerarse ante este contexto para poder así evitar conflictos jurídicos tan complejos como es el reconocimiento filiatorio ya que no se debe perder de vista que está en juego el interés superior del niño encontrándose cercenados sus derechos de identidad y demás derechos que de éste derivan.

El Derecho Internacional se encuentra en un momento propicio para poder poner en marcha sus herramientas y así poder brindar una verdadera seguridad y certeza jurídica y así por ejemplo, buscar cooperación entre los estados, como ser tratados bilaterales o

multilaterales, en lo atinente al reconocimiento de las sentencias en el extranjero y la documentación pública expedida por los estados.

Lo ideal sería buscar alternativas que permitan prevenir estos conflictos filiatorios y que realmente todas las partes que intervienen encuentren garantizados sus derechos, teniendo como eje principal los derechos de los niños, ellos no han pedido venir a este mundo y ante el avasallamiento de sus derechos cuando se suscitan estas cuestiones el derecho debe estar presente para que se garanticen.

Es una buena oportunidad para que se siga trabajando en un instrumento como lo pretende la Conferencia de la Haya para que se logre la previsibilidad, seguridad y continuidad de la filiación. La voluntad procreacional debe ser suficiente para determinar estos emplazamientos filiatorios, es un elemento central para dicha determinación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- . Albornoz, M. M. (2020). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. (1st ed.). INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS - MEXICO. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/22a.pdf>
- . Benitez Cruz, P. d. C. (2022). *Gestación por sustitución (Tesis fin de grado)*. <https://crea.ujaen.es/bitstream/10953.1/19596/1/TFG%20-%20Paola%20Del%20Carmen%20Ben%c3%adtez%20Cruz.pdf>
- . Biblioteca Digital. (n.d.). *Constitución de la Nación Argentina*. Biblioteca Digital. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1716>
- . Cajigal, I. (2017). *“La gestación por sustitución internacional. A cinco años del caso Tobias”* (N. 1 ed., Vol. 7). Revista Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8308315>

- . Caride, E. (2021). *“La prohibición de la maternidad subrogada, ¿resulta incoherente con nuestro orden público internacional?”* (92nd ed.). Prudentia Iuris. <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.185-220>
- . Carrascosa Gonzalez, J. (2022). *Gestación por sustitución en California: el caso islandés*. Accursio DIP- BLOG. <http://accursio.com/blog/?p=1440>
- . Comisión Redactora. (2012). *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*. Ediciones Infojus. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>.
- . Consolo, A. N. (Fecha de consulta 27/07/2024). *Gestación subrogada*. -. *Constitución de la Nación Argentina*. (n.d.). Biblioteca Digital. <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1716>
- . *Convencion sobre los Derechos del Niño*. (1990, Septiembre 2).
- . del Carmen Benitez Cruz, P. (2022, Mayo -). *La gestación por sustitución*. Universidad de Jaen. <https://crea.ujaen.es/bitstream/10953.1/19596/1/TFG%20-%20Paola%20Del%20Carmen%20Ben%c3%adtez%20Cruz.pdf>
- . Lamm, E. (2012). *Gestación por sustitución*. (3rd ed.). InDret - Revista para el análisis del derecho. <http://www.indret.com>
- . Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona. <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260860/348063>.
- . *LEY 26.994* [promulgado según decreto 1795/2014. Código Civil y Comercial de la Nación. Boletín Oficial de la República Argentina.]. (2015).
- . Notrica, P.F., Cotado, F., & Jesus Curti, P.J. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *IUS : revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 11(39), 153 - 172.

https://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=La+figura+de+la+gestaci%C3%B3n+por+sustituci%C3%B3n .

. Scotti, L. B. (2015). *La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina*. (38th ed.). Revista de la Facultad de Derecho. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=568160374009>

. Serdan, F. (2021). *Nueva decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre maternidad subrogada*. Al día Argentina- Microjuris.com. <https://aldiaargentina.microjuris.com/2021/07/01/doctrina-columna-de-actualidad-nueva-decision-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-maternidad-subrogada/>

. Vittola, L. R., & Notrica, F. (2020, 04 3). *La competencia en los casos de gestación por sustitución*. (2nd ed.). Thomson Reuters.