

Título: Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. la situación en el derecho comparado

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: DFyP 2012 (septiembre), 01/09/2012, 3

Cita: TR LALEY AR/DOC/4369/2012

Sumario: 1. Introducción y límites. 2. Concepto y denominaciones. 3. La situación en el derecho comparado. 4. Legislaciones que aceptan expresamente los convenios de Gestación por otro. 5. Legislaciones que lo prohíben expresamente. 6. Las resoluciones judiciales. 7. Las cuestiones que plantea al derecho Internacional Privado. 8. La situación en la Argentina. 9. Conclusiones.

"La cuestión de la globalización del mercado reproductivo provoca numerosos problemas al derecho internacional privado que no son fáciles de resolver, como lo son la nacionalidad del niño, el reconocimiento de la filiación en los países donde la práctica está prohibida, y otros de los que nos ocuparemos más adelante".

(1)

1. Introducción y límites

El tema de los acuerdos de maternidad por sustitución y de gestación por otro recibe distintas respuestas jurídicas que van desde aquellas que le imponen sanciones penales a quienes realizan el convenio, lo facilitan y lo publicitan a las que lo aceptan y lo regulan detalladamente.

Lo cierto es que basta consultar Internet para darse cuenta que es factible contratar a una mujer para lleve adelante la gestación de un niño y a su nacimiento lo entregue a quien se lo encomienda, en diferentes países. También se advierte que esta práctica da lugar a lo que se ha dado en llamar el turismo procreativo y que los países más favorables a este tipo de contratos son la India y Ucrania, donde la gente recurre por la facilidad de su realización y su bajo costo.

La cuestión de la globalización del mercado reproductivo provoca numerosos problemas al derecho internacional privado que no son fáciles de resolver, como lo son la nacionalidad del niño, el reconocimiento de la filiación en los países donde la práctica está prohibida, y otros de los que nos ocuparemos más adelante.

Hasta el momento en la Argentina se ha considerado como principio general que este tipo de contratos están prohibidos por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres y por tener como objeto la entrega de un niño que constituye un objeto ilícito. Sin embargo la teoría de la nulidad no da respuesta a los conflictos que se presentan cuando el contrato se realiza y se cumple espontáneamente y se debe determinar la nacionalidad o la filiación materna. Estas situaciones han obligado a los tribunales nacionales a expedirse en el supuesto de convenios realizados y cumplidos en La India por ciudadanos Argentinos que requerían la inscripción del niño como argentino en virtud de la nacionalidad de los comitentes.

En definitiva la no regulación no da ninguna respuesta al supuesto en que el contrato se realiza y se cumple, cuestión que al igual que en otras legislaciones queda en manos de las resoluciones judiciales que no son uniformes. Tampoco da una solución uniforme cuando el contrato no se cumple porque la gestante no entrega el niño, ya que si bien la maternidad en Argentina se determina por el hecho del parto puede ser impugnada por no ser la mujer la madre genética, como ha ocurrido recientemente en Gualeguaychú, donde la Cámara Civil, Comercial y Laboral consideró legitimada a la mujer que aportó el óvulo para impugnar la maternidad de la mujer que dio luz a la criatura. (2)

Ello así, es necesario la regulación de ésta, como de otras cuestiones relativas a las Técnicas de Fecundación Asistida que no pueden quedar librados al diferente arbitrio judicial. En este sentido el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 opta por regular el convenio de gestación por otro, aceptándolo cuando se trate de un pacto gratuito, realizado por una mujer mayor de 21 años que ya tenga un hijo, y sea homologado judicialmente. (3)

La regulación es escueta y remite a una ley especial que no se encuentra dictada y no hay acuerdo sobre cual sería su respuesta sobre la materia.

Como la cuestión carece de antecedentes en nuestro país, creemos necesario realizar un análisis desde la óptica del derecho comprado, para advertir cuales son los problemas que se han suscitados y cuales son las respuestas que se han brindado, tanto desde la perspectiva legislativa como de la órbita judicial.

Pero previo a todo creemos necesario conceptualizar al convenio de gestación por otro, determinar que denominaciones se le dan, y diferenciarlo de otras situaciones.

2. Concepto y denominaciones

Múltiples son las denominaciones que se dan al contrato por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo un embarazo para entregar el hijo a otra persona. En este sentido podemos hablar de "alquiler de vientres", "maternidad por otro", "maternidad por sustitución" y "gestación por otro".

Dentro de la terminología francesa se distingue en principio la procreación por otro, —hipótesis donde la madre portadora es a la vez gestante y genética— de la gestación por otro, donde la madre portadora no es madre genética.

El proyecto de código civil 2012, ha adoptado el término "gestación por otro" y no "maternidad por otro". Con esta denominación se identifica al convenio por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo un embarazo por otro sin aportar material genético. Es decir que la gestante no es madre genética.

En el derecho canadiense se denomina madre portadora a la mujer que es inseminada con el espermatozoides de un hombre, que está en pareja con otra persona (hombre o mujer). El espermatozoides puede también provenir de un donante de espermatozoides (que no reivindicará la paternidad). El óvulo puede provenir de la mujer inseminada (ella será entonces madre genética) o también puede recibir un embrión de la pareja contratante o de otras personas (ella será entonces madre gestante).

En definitiva, en doctrina se diferencia la situación de la mujer que lleva a cabo el embarazo con material genético de terceros, de la situación de la mujer que aporta su propio material genético y además lleva adelante el embarazo para otros. Ambos casos tienen en común que se pacta el llevar adelante un embarazo para entregar al niño a los contratantes y se diferencian porque en la gestación por otro la mujer que lleva adelante el embarazo no aporta sus óvulos.

3. La situación en el derecho comparado

En general las legislaciones repudian este tipo de prácticas por considerar que se cosifica al niño y a la mujer, tanto se prohíbe mediante normas civiles que declaran la nulidad del contrato como por normas penales que sancionan con prisión y multas su celebración.

La mirada desfavorable del legislador no puede evitar ni que los pactos se realicen, ni que generen innumerable cantidad de problemas jurídicos, ante la necesidad de determinar los efectos de un contrato inválido que tiene por objeto la entrega de un niño.

Los problemas de los acuerdos prohibidos legalmente pero realizados fácticamente se presentan tanto cuando los acuerdos se cumplen, como cuando no se cumplen.

Se advierte que aun cuando la ley establezca expresamente que este tipo de convenios es nulo, lo cierto es que en los hechos se celebra y la sanción de nulidad no alcanza a la hora de determinar la filiación cuando el pacto se cumple y el niño se entrega a la madre genética, quien no será su madre legal y deberá discutir si lo puede adoptar, poniendo a los jueces entre la disyuntiva de otorgar la adopción y favorecer la violación de la ley que impide la realización del acuerdo o no otorgar la adopción dejando al niño sin madre.

Si bien se advierte que la mayoría de las legislaciones proclaman la nulidad de estos convenios, hay algunos estados que han preferido aceptarlos y regularlos aunque siempre con limitaciones, evitando que se transforme en una opción común alternativa al embarazo y por la cual se pague un precio.

A la hora de su regulación el legislador debe optar por permitir que quienes encargan la gestación adopten el niño o directamente considerar a los contratantes como sus padres teniendo en cuenta su "voluntad procreacional". Es decir que el legislador debe optar por establecer la filiación del niño no por el hecho natural del parto sino o bien por adopción o mediante filiación por la voluntad procreativa de quienes convienen con la gestante.

Entre los argumentos dados para otorgar directamente la filiación se encuentran los de celeridad y economía, ya que los trámites de adopción son caros y son lerdos, mientras que si se acepta que la voluntad establece la filiación, ello basta para inscribirla en el registro civil.

Los sistemas jurídicos que regulan estos contratos en general lo hacen en el marco de sus leyes de Técnicas de Fecundación Asistida, admitiéndolo solo en los casos de contratos, en principio, gratuitos o altruistas.

Decimos en principio gratuitos porque siempre se reconoce la necesidad de pagar los gastos de la madre, gastos que en el caso de Grecia se establece en una suma máxima de 10.000 Euros.

Valga señalar como excepción a los casos de regulación de la cuestión en las leyes de fecundación asistida, el caso de Québec que regula los acuerdos de gestación por otro en el Código Civil, prohibiéndolos expresamente.

En el Proyecto de Código Civil 2012, la Argentina sigue el ejemplo de Québec en cuanto a su regulación

expresa en el Código Civil, pero en lugar de prohibirlos se propone permitirlos aunque limitadamente, estableciendo que los convenios derivados de la voluntad procreativa homologados judicialmente generan estado filiar.

A los fines de su estudio las legislaciones pueden dividirse en tres grupos, las que aceptan la gestación por otro, las que lo prohíben y las legislaciones que nada dicen; en estos últimos la situación ha sido regulada por la jurisprudencia.

4. Legislaciones que aceptan expresamente los convenios de Gestación por otro

Entre las escasas legislaciones en el mundo que regulan la gestación por otro, nos encontramos con las siguientes:

- * Algunas provincias de Canadá. [\(4\)](#)
- * Grecia
- * Holanda
- * Inglaterra
- * Algunos estados de los Estados Unidos
- * India
- * Ucrania.

A continuación analizaremos el marco de las leyes permisivas.

4.1 Canadá

La legislación de Canadá prohíbe los contratos onerosos de gestación por otro, en la ley federal de procreación asistida del año 2004, pero nada dice de los contratos gratuitos o altruistas. Se admite que estos contratos pueden ser regulados por las leyes provinciales.

Como ya dijimos la provincia de Québec prohíbe los contratos tanto a título oneroso como gratuito, mientras que la provincia de Alberta reconoce la validez de los contratos altruistas, de gestación por otro y considera que son padres quienes contrataron con la madre gestante.

La "Family law Act" del año 2003 prevé en su artículo 12 que un juez puede declarar que la madre genética es la madre legal si la madre portadora da su consentimiento.

La ley de nueva Escocia adoptó un reglamento en el año 2007 llamado "Virtual Statiscs Act" que permite a un juez establecer la filiación de un niño nacido a raíz de un convenio de maternidad por substitución, cuando uno e los dos padres haya aportado el material genético y la madre portadora de su consentimiento a renunciar a sus derechos al cuidado del niño.

Por su parte en Tierra Nueva y en el Labrador según la "Vital Statiscet Act" del 2009 el director del Estado Civil puede inscribir a los "padres intencionales" como padres de un niño nacido a raíz de una convención de gestación por otro si hay una orden emitida por un Tribunal.

Por su parte las provincias de Ontario y Colonia Británica han admitido demandas de filiación, de niños nacidos de contratos de gestación por otro, reconociendo la legalidad de los contratos de madre portadora a título gratuito.

4.2 Grecia

Grecia reguló lo relativo a las técnicas de procreación médicamente asistida en la ley 3089 del 2002, cuyas disposiciones fueron incorporadas al Código Civil.

La ley permite la utilización de todos los métodos de procreación asistida, cuando la procreación natural no es posible, o cuando ella provoque una transmisión de enfermedad grave, al niño al nacer. Las mujeres pueden recurrir a estas técnicas hasta los 50 años y su utilización sólo es posible por las parejas de distinto sexo, que se encuentren casadas o vivan en unión libre y también por mujeres solas.

En lo que concierne específicamente a la gestación por otro, hace falta una autorización judicial y un certificado médico que de cuenta de la imposibilidad de la mujer de llevar a cabo el embarazo.

El contrato debe ser celebrado entre los padres de intención y la madre portadora y los óvulos deben provenir o bien de la madre de intención, o bien de otra mujer, pero no de la madre portadora. El convenio no puede ser remunerado, pero la mujer puede ser indemnizada por sus gastos y por el daño emergente, o por lo que se ve privada de ganar a costas del embarazo, el máximo de esta indemnización está fijado en 10.000 euros. Para evitar el "turismo procreativo", la ley exige que las dos mujeres (madre de intención y madre portadora)

deben tener el domicilio en Grecia.

El hijo que nace es inscripto automáticamente como hijo de la madre de intención, pero si contrariando la ley, el niño nace de los óvulos de la mujer que los gesta, él puede impugnar la maternidad.

4.3 Inglaterra

En el derecho Inglés, la maternidad por otro está regida por dos textos: la "Surrogacy Arrangements. Act de 1985" (SAA) y le "Human Fertilisation and Embriology Act" de 2008 (HFEA).

Estos textos tratan tanto de la madre portadora genética, como el caso de la madre gestante.

En primer lugar cabe señalar que en el derecho ingles la mujer portadora es la madre del niño aunque ella no haya aportado su material genético. [\(5\)](#) Y el marido de la gestante es el padre salvo si él se ha opuesto a la gestación por otro. [\(6\)](#)

Según el artículo 1 de la ley de 1985, ningún contrato de maternidad por sustitución, puede dar lugar a una ejecución forzada en caso de conflicto entre las partes: La madre portadora nunca puede ser obligada a entregar el niño a la pareja que encargó el bebé.

El artículo 2 de la ley de 1985 sanciona la intermediación a título oneroso de los contratos de madre por sustitución, pero después de la reforma del año 2008, las organizaciones sin fines de lucro, pueden proponer los servicios de candidatos potenciales a este tipo de contrato. [\(7\)](#)

Después de que la madre portadora da su consentimiento, los padres de intención pueden presentarse ante el juez, dentro de los seis meses del nacimiento del niño para obtener una "parental order", que les permita ser considerados como padres del niño y que haga cesar la filiación materna.

Después del año 2008 en Inglaterra los contratos de maternidad por sustitución establecen la filiación (parental order) en los siguientes casos. 1) uno de los dos padres de intención debe haber aportado su material genético 2) La fecundación de la mujer gestante debe haber sido llevada a cabo en forma médicamente asistida en una entidad autorizada 3) el niño debe vivir en la casa de la pareja que lo ha encargado al momento de la demanda 4) todas las partes deben haber aceptado la entrega del niño 5) el contrato debe ser gratuito.

Sobre la gratuidad la jurisprudencia se ha mostrado muy laxa porque si bien no se admite el pago de un precio se admiten cifras muy altas en conceptos de gastos por el embarazo y parto. Así por ejemplo en el caso Re C [\(8\)](#) la suma de £ 12.000 fue considerado por el juez como el pago apto para cubrir los gastos de la madre portadora y no como una remuneración por sus servicios.

Si no se cumplen las condiciones para otorgar la "parental order", en particular si la madre portadora se opone es posible solicitar la adopción. Y en general para la jurisprudencia Inglesa el hecho que el niño sea el fruto de una gestación por otro remunerada no impide la adopción si el interés del menor está en juego.

La jurisprudencia inglesa ha llegado hasta quitarle un niño a una madre portadora después de 18 meses de su nacimiento aún cuando la criatura nunca había convivido con sus padres de intención, porque la madre portadora había mentido a la pareja diciéndole que había abortado el niño.

Para los jueces ingleses esta actitud revelaba un grave problema psicológico que indicaba que la mujer no estaba en condiciones de educar a su hijo y que justificaba la entrega del niño a quienes lo habían encargado. [\(9\)](#)

4.4. Algunos Estados de Estados Unidos

Estados Unidos carece de una ley estatal que regule la cuestión la que es regulada en forma diferente según los estados, así Estados como California, Florida, Illinois, Massachussets, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, Oregon, Tennessee, Texas, Virginia y Washington la permiten. Aunque normalmente limitada a las parejas casadas. El estado de Utah otorga fuerza vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada únicamente en escasos supuestos taxativamente previstos por ley. Por otro lado, Wyoming, South Dakota, Montana, Mississippi, Minnesota, Maine, Iowa, Georgia, Colorado y Alaska no prevén nada al respecto. Existe una prohibición clara de celebrar este tipo de acuerdos en los estados de Columbia, Indiana, Lousiana, Michigan, Nebraska, New York y North Dakota, mientras que el resto de los estados no posee legislación clara en la materia, siendo dudosa la posibilidad de poder ejecutar un acuerdo de esta naturaleza. Los estados de West Virginia, Vermont, Oklahoma, North Carolina, Kentucky y Arkansas, pese a la vaguedad de sus estatutos, parecieran permitirle en tanto que los Estados de Delaware y Kansas en apariencia la prohibirían. [\(10\)](#)

En los Estados en los que se prohíbe este tipo de acuerdos entre partes se recurre bien a la interdicción directa de la maternidad subrogada o bien a punición civil o criminal. No obstante, son pocas las jurisdicciones que optan por una prohibición absoluta, siendo más frecuente la interdicción de la subrogación por motivos

mercantiles o simplemente la no provisión de medios para ejecutar judicialmente el contrato. Aquellos Estados en los que este tipo de pactos está absolutamente vedado se fundamentan en razones de orden público (public policy) contrarias al pago de dinero a cambio de la entrega de un menor de edad junto con la transferencia de la guarda y patria potestad y en la prohibición que rige en algunas jurisdicciones de consentir la adopción de menores antes del nacimiento de la criatura. (11)

5. Legislaciones que lo prohíben expresamente

5.1 Legislación federal de Canadá

Dentro de las legislaciones que expresamente prohíben la gestación por otro nos encontramos la legislación Federal del Canadá (12) que en el artículo 6 de la ley federal de Procreación Asistida prohíbe los contratos onerosos de gestación como también la publicidad y la intermediación y sanciona con pena de prisión y de multa a quien incumpla la ley.

Cabe recordar que la ley Federal delega a cada Provincia legislar sobre los contratos de gestación gratuitos.

Las sanciones para la violación de las disposiciones sobre maternidad subrogada están establecidas en el artículo 60 de la "Ley de Procreación Asistida del 2004" que establece que toda persona que infringe las prohibiciones relativas al contrato de gestación por otro comete un delito y es responsable de una multa de 500.000 dólares y un plazo máximo de diez años de prisión. (13)

5.2 Código de Québec

El código de Québec establece en el artículo 541. "Toda convención por la cual una mujer se compromete a procrear o gestar un niño por cuenta de un tercero es nula de nulidad absoluta."

Este artículo se aplica tanto a los acuerdos que la madre sustituta actúa como mera gestante como a aquellos en los que aporta material genético, sean a título oneroso como gratuito. El principal efecto de esta disposición es destruir la posibilidad de solicitar la ejecución de un contrato de madre sustituta ante un Tribunal. Así, aunque este aspecto ya está prohibido por ley federal, sería imposible en el derecho de Québec a reclamar el pago en el contrato de madre sustituta o incluso la entrega del niño en el caso de un contrato de forma gratuita.

Cabe recordar que en el Código de Québec la nulidad absoluta, se aplica cuando un contrato que viola el interés general (art. 1417 C.C.Q.) y por tratarse de un caso de nulidad absoluta cualquier persona que tenga interés puede solicitar la nulidad (art. 1418 C.C.Q)

El pago de una suma de dinero a cambio de un contrato de gestación también está sancionado en Québec por la ley sobre la "protección de la juventud", que prohíbe a toda persona a dar o a recibir un pago o beneficio a cambio de un consentimiento para la adopción, colocación en adopción y la adopción de un niño Este tipo de prohibición se aplica a los convenios de gestación por otro en los cuales la madre sustituta se ha comprometido a un consentimiento para la adopción. (14)

El código civil no prevé las consecuencias de un acuerdo clandestino con respecto al establecimiento de la filiación del niño, lo que ha dado lugar a situaciones que han debido ser resueltas por los jueces de las que nos ocuparemos más adelante.

5.3 Alemania

En Alemania el contrato de maternidad por sustitución se encuentra prohibido y no cabe ninguna distinción posible entre el caso en que la madre haya aportado sus gametos para la concepción, y el supuesto en que no lo haya hecho, ya que siempre estos convenios son considerados nulos por ser contrarios a la moral y al orden público.

5.4 Dinamarca

En Dinamarca, la ley sobre procreación asistida del año 2006 no contiene ninguna especificación expresa sobre el contrato de gestación por sustitución, pero contienen muchas disposiciones que impiden tales contratos.

5.5 España

El artículo 10 de la ley 4/2006 sobre procreación medicamente asistida, establece la nulidad del contrato de gestación por otro y determina que la maternidad se establece por el parto.

5.6 Francia

El Código Civil francés establece en su artículo 16-7 la nulidad del contrato de gestación por otro, nulidad que ha sido mantenida tanto en la reforma del 2006 de la ley de bioética, como en la del año 2011.

5.7 Portugal

El artículo 8 de la ley portuguesa de procreación médicamente asistida del 26 de julio de 2006, prohíbe la

gestación por otro, tanto en el caso de contratos a título gratuito, como oneroso, estableciendo que la madre se determina por el hecho del parto.

5.8 Serbia

En Serbia el artículo 56 de la ley de Asistencia a la procreación del 2009, prohíbe los contratos de maternidad por sustitución.

6. Las resoluciones judiciales

La jurisprudencia ha otorgado diferente valor a los convenios de maternidad por sustitución, en general la jurisprudencia americana ha sido más flexible a su admisión mientras que la francesa se ha mantenido en una firme postura invalidatoria.

6.1. Jurisprudencia que admite los convenios

Esta tesis fue aceptada entre otros precedentes en el caso *Jhonson vs. Calvert* resuelto por la suprema Corte de California en el año 1993.

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984 sin embargo sus ovarios siguieron en condiciones de producir huevos, y finalmente la pareja consideró la posibilidad de una madre sustituta. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció para actuar de madre sustituta para los Calvert.

El 15/1/89 Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado por el esperma de Mark y el huevo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como el hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a "todos sus derechos como madre" respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de u\$s 10.000 en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se comprometieron a pagar por un seguro sobre la vida de Anna, por valor de u\$s 200.000.

El cigoto fue entonces implantado el 19/1/90. Menos de un mes más tarde, un test de ultrasonido confirmó que Anna se encontraba embarazada.

Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron. Mark se enteró de que Anna no había revelado que había sufrido varios partos en los cuales el niño había nacido muerto y embarazos fracasados. Anna consideró que Mark y Crispina no habían hecho lo suficiente para otorgar la póliza de seguro requerida.

También se sintió abandonada durante el comienzo de los dolores prematuros de parto en junio.

En julio de 1990, Anna envió a Mark y a Crispina una carta exigiendo que se le pagara el saldo de la suma que se le debía o, de lo contrario, se rehusaría a entregar el niño. Al mes siguiente, Mark y Crispina le contestaron con una acción legal, en la que solicitaban una declaración en el sentido de que ellos eran los padres legales del niño que aún no había nacido. Por su parte, Anna inició una acción en la que requería que se declarara que era la madre del niño. Finalmente, ambos casos fueron unificados. Las partes estuvieron de acuerdo en la designación de un guardián independiente "ad litem" a los fines del pleito.

El niño nació el 19/9/90, y se obtuvieron muestras de sangre de Anna y del niño para ser analizadas. La prueba de sangre excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del tribunal que disponía que el niño permanecería temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.

Durante el juicio, en octubre de 1990, las partes convinieron en que Mark y Crispina eran los padres genéticos del niño. Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de 1a. instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre "genéticos, biológicos y naturales" y que el contrato de maternidad sustituta era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna. El juez también dio por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. Anna interpuso recurso de apelación contra la decisión del juez de 1a. instancia. La Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó y la Corte Suprema del Estado de California.

La Corte entendió que no es contrario al orden "público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto:

-- Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.

-- Considera que el contrato no es contrario al orden público porque no establece elemento de coacción

alguno ya que permite a las partes el aborto.

-- No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general al inducir las a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.

-- No considera a los niños mercancías.

-- Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.

-- Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.

-- La maternidad la establece no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención, expresa que la intención de las partes fue traer al mundo el niño de Mark y Crispina, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que Anna lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño si ella antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la Conclusión de que Crispina es la madre natural del niño". [\(15\)](#)

6.2 Nulidad de los convenios

La nulidad de los convenios y la nulidad de la adopción posterior fue establecida en el fallo plenario de la Corte de Casación Francesa en mayo de 1991, al anular una sentencia de la Corte de París que había hecho lugar a una adopción, y es repetido por la jurisprudencia posterior, el caso resuelto por la Corte de Casación fue el siguiente: La cónyuge del matrimonio "Y" sufría una esterilidad absoluta que había motivado a su marido a donar su esperma a otra mujer, quien trajo al mundo un niño que fue reconocido como hijo natural del Sr. "Y" y solicitado en adopción por la esposa del señor "Y", quien inició un proceso de adopción, que fue aceptado por la Corte de París teniendo en cuenta el interés del menor quien se había criado siempre en el hogar de los "Y" y valorando que el niño no tenía una filiación materna reconocida.

Los fundamentos dados en el fallo plenario fueron los siguientes:

-- La convención por la cual una mujer se compromete aún a título gratuito a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano como el de la indisponibilidad del estado de las personas.

-- La adopción es la última fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptada. [\(16\)](#)

En igual sentido se ha resuelto en Québec donde en la primavera de 2009, la práctica de la subrogación gestacional dio lugar a un criticado caso jurisprudencial en Québec. Los hechos eran los siguientes, una pareja realizó un contrato de gestación por otro con una mujer a quien pagó 20.000 dólares, cuando el niño nació el padre lo reconoció y su cónyuge lo quiso adoptar con el consentimiento de la madre gestacional. Teniendo en cuenta que estos contratos están prohibidos en Québec el juez se negó a conceder la adopción a pesar que el pedido se había fundado en el mejor interés del niño [\(17\)](#) quien había sido entregado a la madre genética a los pocos días de nacer. Debido a la decisión judicial el niño quedó y quien de no aceptarse la adopción quedaba sin madre, porque quien lo dio a luz lo entregó en adopción y a su madre biológica se le negó la adopción porque el magistrado consideró que se estaba utilizando el instituto de la adopción para burlar la prohibición legal.

Esta sentencia, conmocionó a la opinión pública por el hecho de que el niño quedó sin madre jurídicamente reconocida con las consecuencias jurídicas que ello tiene por la decisión de un juez insensible a los mejores intereses del niño y la voluntad de todas las partes. [\(18\)](#) La doctrina especializada, al igual que la prensa popular pidió la revisión de la prohibición contenida en el Código de Québec, la que hasta el momento no se ha logrado, en parte porque en su informe de octubre de 2009, la Comisión de ética de la ciencia y la tecnología de Québec es recomendó al Gobierno de Québec mantener el principio de la nulidad de los contratos de gestación para otros, tal como se estipula en el código civil desde 1994. [\(19\)](#)

Por el contrario una situación casi idéntica en Ontario fue resuelta de otro modo, en este caso el juez resolvió que los solicitantes padres genéticos por fertilización in vitro del el hijo dado a luz en virtud de un contrato de gestación eran los progenitores del niño en virtud del mejor interés del niño, no obstante que el contrato no había sido gratuito. [\(20\)](#)

7. Las cuestiones que plantea al derecho Internacional Privado

La cuestión de la gestación por otro presenta delicados problemas al derecho internacional privado ya que,

como algunos países han sancionado penalmente los contratos de maternidad por sustitución, las parejas que cuentan con los medios económicos necesarios, se dirigen a países permisivos para lograr el nacimiento de un hijo mediante este tipo de acuerdos, pero luego requieren que sus estados de origen reconozcan jurídicamente los lazos de filiación entre ellos y el niño gestado por una mujer, ya sea mediante la adopción ya mediante el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero.

Las cuestiones que puede plantear al Derecho Internacional Privado son tan importantes que este tema fue abordado en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en Washington en el año 2010 y se esta trabajando en una convención internacional sobre la materia.

En tal sentido el 07 de abril de 2011, el Consejo de Asuntos generales de la Conferencia de La Haya invitó a la oficina permanente de intensificar su labor sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de maternidad por subrogación poniendo de relieve que los casos de subrogación internacional a menudo implican dificultades relativas tanto a la creación de los lazos filiatorios como al reconocimiento de los padres legales del niño y las consecuencias jurídicas que surgen de la filiación (por ejemplo, la nacionalidad del niño, estatus migratorio, que tiene potestad sobre el niño, que tiene el deber de mantenimiento para el niño, etc. [\(21\)](#))

Los países que Jueves, 07 de abril de 2011, el Consejo de Asuntos generales de la Conferencia de La Haya invitó a la oficina permanente de intensificar su labor sobre las cuestiones derivadas de los acuerdos de maternidad por subrogación poniendo de relieve que los casos de subrogación internacional a menudo implican dificultades relativas tanto a la creación de los lazos filiatorios como al reconocimiento de los padres legales del niño y las consecuencias jurídicas que surgen de la filiación (por ejemplo, la nacionalidad del niño, estatus migratorio, que tiene potestad sobre el niño, que tiene el deber de mantenimiento para el niño, etc. han legislado teniendo en cuenta este fenómeno, como el caso del derecho griego, exigen que la madre de intención y la madre portadora estén domiciliadas en Grecia. Con ello intentan evitar muchos de los problemas del derecho internacional privado.

Por otra parte se observa que los estados que aceptan la maternidad por sustitución, son más proclives a reconocer las situaciones creadas en el extranjero, que aquellos que los prohíben y que invocan el orden público para negarse a reconocer la filiación por voluntad procreacional.

Algunos ejemplos de jurisprudencia pueden ilustrarnos sobre algunas de las difícilísimas situaciones que se pueden presentar.

En el año 2008 una pareja inglesa realizó en Ucrania, un contrato oneroso de gestación por otro (cabe señalar que ello está permitido en Ucrania). Según la ley inglesa, la mujer gestante era la madre, mientras que para la ley ucraniana no lo era.

La cuestión se presentó frente a los tribunales ingleses, donde los padres de intención reclamaron la filiación, la que en un primer momento le fue negada porque los contratos onerosos son contrarios al orden público inglés, no obstante lo cual el Juez Hedley de la High School, teniendo en cuenta el interés superior del menor, le otorgó a la pareja inglesa la responsabilidad del niño, después de haber comprobado que se cumplían las condiciones de la ley, en particular, que la madre de alquiler y su marido no se oponían. El juez debió sin embargo admitir que tal decisión lo ponía en una situación "muy incómoda" debido, en particular, a la dificultad de reconciliar la exigencia de orden público que se opone a toda comercialización de la gestación para otros y el interés del niño que llamaba en la especie una solución rápida en favor de los gemelos amenazados seguir siendo jurídicamente huérfano. La decisión del juez Hedley hace hincapié en el hecho de que la ley inglesa vigente en materia de gestación para otros presenta aún lagunas y se jalona de escollos. En particular, señala la ausencia de medios de información suficientes puestos a disposición de las personas que recurren a los servicios de madres de alquiler extranjeras, una práctica cada vez más corriente hoy día. Observa a este respecto las complicaciones jurídicas que colocan las leyes sobre la inmigración cuando un niño concebido tras tal acuerdo debe ser transportado en el territorio del Reino Unido y finalmente soluciona el diferendo a favor de los comitentes ingleses, aún cuando ellos.

Contrariamente a lo resuelto en Inglaterra, la jurisprudencia francesa se ha mostrado muy estricta a en este tema y desde 1991 vienen denegando toda posibilidad de adopción de la madre de intención, sea ella madre genética o no, es decir que los jueces franceses no permiten que las parejas que obtienen un niño mediante contrato de gestación por otro los adopten, porque consideran que esto es una forma indirecta de violar la ley, que impiden los pactos de maternidad por sustitución, siguiendo el criterio comentado por la Corte de Casación Francesa.

Los problemas de derecho internacional privado no se refieren solamente a la posibilidad o imposibilidad de adoptar en el derecho interno a niños nacidos en el extranjero mediante contratos de alquiler de vientres, sino que también se refieren al reconocimiento del estado civil originado en el extranjero por un contrato de

maternidad por sustitución.

En Francia la Corte de Apelación ha anulado la transcripción en el registro civil de un acta de nacimiento de California, que designaba a la madre de intención como madre de una pareja de gemelos, nacida a raíz de un contrato de gestación por otro.

La Corte de Apelación ha precisado que la ausencia de transcripción no tiene por efecto privar a los niños de su estado civil americano, si no de negar la filiación que le reconoce el derecho americano a quienes alquilan vientre y que se encuentra negado en el derecho francés. [\(22\)](#)

En España se dio un caso similar al resuelto en Francia. Se trataba de una pareja del mismo sexo que había recurrido a los servicios de una madre portadora en California y luego de nacido el niño habían obtenido la inscripción del acta californiana en el registro del estado civil español, invocando el artículo 3-1 de la Convención de Nueva York sobre derecho al niño.

En Québec en el año 2009, la Cámara de Apelaciones denegó una adopción a una pareja gay que había contratado mediante una agencia californiana, a una madre portadora que aceptó ser inseminada con el espermatozoides de uno de los hombres de la pareja y dio luz en Québec, el nombre de la madre portadora aparecía en la partida de nacimiento.

Los jueces en este caso aceptaron la adopción del niño porque entendieron que la circunstancia del nacimiento del niño, no puede ser fuente de discriminación para el menor.

Otro de los problemas que presenta al derecho internacional privado es la determinación de la Nacionalidad. Así por ejemplo India que es uno de los países que permite este tipo de técnicas, pero no otorga la nacionalidad a los hijos de los extranjeros que nazcan en el extranjero, estos deben inscribirse en las delegaciones diplomáticas, para lo cual entregan una partida o certificado de nacimiento donde no consta el nombre de la madre, simplemente dice "madre subrogante" o madre sin estado este documento debe ser inscripto en los consulados, que muchas veces no lo admiten, como es el caso de Argentina que requiere la determinación de la maternidad.

8. La situación en la Argentina

8.1. Falta de regulación específica

En la Argentina no hay hasta el momento, ninguna regulación específica sobre el tema como tampoco la hay sobre las técnicas de Fecundación asistida en general, no obstante los 34 años que han pasado desde que nació el primer bebé de probeta Luisa Brown.

8.2. La opinión de la doctrina y los proyectos de ley. Mayoría desfavorable.

En general los autores clásicos han considerado siempre que se trata de contratos nulos, de nulidad absoluta, en cuanto recaen sobre un objeto ilícito, sea gratuito u oneroso. Así lo considera la doctrina argentina predominante (Cafferata, [\(23\)](#) Borda, [\(24\)](#) Zannoni, [\(25\)](#) Méndez Costa, Wagmaister, [\(26\)](#) [\(27\)](#) Levy, [\(28\)](#) Loyarte—Rotonda, [\(29\)](#) Lorenzo de Ferrando, [\(30\)](#) Hooft, Messina de Estrella Gutiérrez, [\(31\)](#) Mazzinghi, Rivera, Parellada, [\(32\)](#) García de Ghiglino, [\(33\)](#) Mosso, Matozzo de Romualdi, Álvarez, Sambrizzi, [\(34\)](#) Ferrer [\(35\)](#)) y lo han dispuesto numerosos proyectos de ley, [\(36\)](#) incluido el que fue sancionado por el Senado de la Nación en 1997. Se considera que en tales acuerdos se realiza una cesión de hijo, o tienen por objeto el compromiso de concebir y gestar un hijo por cuenta de otro, por lo tanto no pueden nunca tener valor jurídico, pues se contrata sobre materia indisponible. Se dispone de la persona humana, convierten a la mujer y al hijo en un objeto, se dispone de la maternidad, del estado civil del hijo y de la patria potestad, a la cual se renuncia anticipadamente antes de nacer el hijo. Comprometen, por lo tanto, el interés social y el orden público (arts. 953 y 1047). No pueden, por consiguiente, ser objeto de ejecución forzada, aunque sean concluidos a título gratuito y si son remunerados, violan el principio de la no comercialización del cuerpo humano. [\(37\)](#)

Adhiriendo a esta doctrina el proyecto de 1998 estableció en el artículo 543 in fine que "la maternidad del nacido corresponde a la mujer que lo ha gestado, aun cuando se demuestre que le fue implantado un óvulo fecundado de otra mujer, sea tal práctica lícita o ilícita". En la exposición de motivos del proyecto, se dispone expresamente que "esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema...".

Otra corriente de pensamiento, por el contrario sostiene en base al interés superior del niño que corresponde la aceptación de la maternidad subrogada y su regulación, señalando que esta es la actual tendencia en el derecho comparado y que muchos países están regulando esta figura para dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente; en legislaciones que surgieron con carácter restrictivo, la realidad las obliga a flexibilizarse. Tal es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, Grecia, España, etc. [\(38\)](#)

Alfredo Boullard González afirma que "el aceptar que se contemple dentro del sistema contractual la posibilidad de ceder la capacidad reproductora de una persona, mediante convenios de subrogación de maternidad o de alquiler de vientre, puede tener un beneficio claro: la satisfacción de la necesidad de tener hijos que muchas parejas no pueden el día de hoy cubrirse por sí solas"⁽³⁹⁾ además pone de relieve que "lo importante es considerar que la decisión de las personas adultas ha sido libre, rodeada de adecuada información y sin ningún vicio de la voluntad. Los costos derivados de tal acuerdo recaerán sobre las partes que tomaron dicho acuerdo. Eso debería ser garantía suficiente para que luego no se arrepientan de su decisión o, de hacerlo, asuman las consecuencias".

8.3. Posibilidad técnica de realización

A la par que no hay regulación específica sobre las técnicas de fecundación asistida ni en general, ni en particular existe una amplia posibilidad de realización, bajos costos y gran experticia en los Centros Médicos dedicados a ellos.

8.4. Solución jurídica sin regulación

Como decíamos en el párrafo precedente las técnicas se pueden llevar a cabo en la Argentina, donde la manera de unir con lazos filiatorios al recién nacido con los comitentes, es a través del reconocimiento del padre y la posterior adopción de integración por su mujer.

El problema se presenta cuando la gestante no entrega el niño a quienes les solicitaron que llevara adelante el embarazo, ya que en nuestro país la maternidad se determina por el hecho del parto y se discute si la madre biológica podría impugnar la maternidad, siendo mucho más cuestionable que lo pueda hacer quien realizó el contrato sin aportar el material genético.

8.5. La jurisprudencia.

En nuestro país existen pocos precedentes sobre casos de gestación por otro, pero los pocos que existen demuestran que los Tribunales han reconocido efecto a los contratos de gestación subrogada y han intentado solucionar los conflictos teniendo en cuenta el interés superior del menor.

8.5.1. Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, con fecha 14/04/2010. [\(40\)](#)

Una mujer que invoca ser la madre biológica del menor en virtud de haber aportado el óvulo para su fecundación "in Vitro", interpuso acción de impugnación de la filiación contra quien aparecía como madre legal del niño. El juez de primera instancia consideró que la accionante carecía de legitimación activa, fundando la decisión en el art. 262 del Código Civil, que dispone que la acción intentada por la madre sólo será procedente cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo y la jurisprudencia requiere que deben darse razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular.

La Cámara Civil y Comercial y Laboral de Gualeguaychú revocó la resolución de primera instancia que había negado la legitimación a quien aportó el óvulo fundado en que el art. 262 faculta a "todo tercero que invoque un interés legítimo", para impugnar la maternidad, y... precisamente la amplitud de los legitimados activos dada por esa norma, responde..., a "la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico".... En definitiva la cámara de Entre Ríos otorgó legitimación para impugnar la maternidad de quien había dado a luz a quien había entregado el óvulo y encomendado la gestación del niño. [\(41\)](#)

8.5.2. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad de Buenos Aires, 22/3/2012 "D.C.G. y G.A.M. v. GCBA s/amparo

"Un matrimonio conformado por dos hombres, a los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India. A los efectos que el Ministerio de Relaciones exteriores por intermedio de la Embajada de La India les confiera la documentación que reconozca la paternidad legal (sobre la base de la voluntad procreacional) y que el niño requiere para poder salir de La India se presentó un recurso de amparo el 15/12/2011 que fue concedido el 22/3/2012. Sobre la base del derecho a la no discriminación en razón de la identidad sexual y del interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares se autorizó a las autoridades del Registro del Estado Civil y capacidad de las personas a proceder a la inscripción del nacimiento del niño/niña de los actores ante la solicitud de la inscripción del nacimiento que formule la embajada de La India, estableciendo en dicho momento la compaternidad de ambos padres según lo establece la resolución 38/2012". [\(42\)](#)

8.5.3. El fallo de San Lorenzo

La pareja conformada hace nueve años por Elsa Saint Girons, una abogada oriunda de la ciudad santafesina de San Lorenzo, y su marido Juan González, psicólogo y consultor de empresas en Madrid, viajó a India hace

tres meses para concretar el contrato de maternidad subrogada celebrado en 2011.

El 16 de mayo nació Cayetana, la hija del matrimonio, en la clínica Fortis La Femme, tras lo cual empezaron las tramitaciones para darle una nacionalidad a la beba.

Las autoridades de Nueva Delhi le negaron la nacionalidad India por considerarla descendiente de padres extranjeros, porque la niña genéticamente es hija del matrimonio y no de la madre subrogada.

La pareja intentó la inscripción de la niña como española pero las autoridades del consulado de España, país donde reside el matrimonio, denegaron el pedido de inscripción.

Las autoridades consideraron que Saint Girons no puede figurar como la madre de la niña porque existe una madre subrogada.

La embajada argentina, por su parte, había rechazado la solicitud también la solicitud al alegar que la mujer no tiene residencia actualmente en el país.

Ante esa compleja situación, los familiares de la mujer recurrieron al Tribunal de Familia de San Lorenzo, Provincia de Santa Fe. El caso recayó en manos del juez Scola quien dictó una medida autosatisfactiva, ordenando a la Cancillería que a su vez le ordene a la Embajada en la India y al Consulado argentino en Nueva Delhi que inscribieran a la niña como argentina, ya que la madre genética —por ser argentina nativa— ejerció el derecho de opción de nacionalidad a favor de su hija. (43)

9. Conclusiones

El relato de la doctrina y de la jurisprudencia expuesta nos convence que:

* El silencio legislativo no sirva para solucionar los conflictos que la gestación por otro presenta, que no se pueden definir por los principios generales del derecho. Por lo que el tema requiere una regulación específica.

* La legislación venidera debe regular la cuestión teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño. Esta afirmación resulta difícil de entender porque cuando se realiza un convenio el niño no existe y cuando hablamos del interés superior del niño pensamos siempre en un niño concreto. Pero lo cierto es que al regular la cuestión se debe partir de la premisa de buscar cual es la mejor solución para el interés superior del niño que nacerá de la gestación por otro. La cuestión reside en determinar si es mejor para ese niño es determinar su filiación mediante la adopción de quienes voluntariamente lo quisieron traer al mundo como lo hacen algunas de las legislaciones que hemos descripto o directamente aceptar la filiación de los comitentes, como lo hacen otras. También cabe preguntarse si lo mejor es colocarse en una postura principista y señalar que como el contrato que sirvió de base tiene por objeto el cuerpo humano es nulo y por ende no puede servir de antecedente a una adopción, ni a una filiación voluntaria por el vicio que ab initio tiene la voluntad.

* La legislación proyectada se ha inclinado por aceptar la gestación por otro y regularla mínimamente, a nuestro juicio lo hace teniendo en cuenta el interés del menor, al otorgar la filiación a quienes voluntariamente quisieron crear y responsabilizarse por una nueva vida. Las otras dos opciones que describiéramos antes no constituyen lo mejor para el niño, porque ni reflejan la realidad, ni evitan el tráfico de niños.

* La regulación propuesta al admitir el contralor judicial busca garantizar la no comercialización de seres humanos, al tiempo que trata de solucionar las incapacidades reproductoras o gestacionales de algunos con las capacidades de otros, que aspiran a ser padres en el marco de una paternidad libremente asumida, dentro de un marco de legalidad.

* Las disposiciones proyectadas no impiden que se realicen otro tipo de acuerdos de maternidad subrogada sin control judicial, donde la maternidad se va a determinar por el hecho del parto. En este caso la única solución para unir a los comitentes con los niños por vínculos filiatorios será el reconocimiento del hijo por uno de ellos y la adopción de integración por el otro progenitor.

* De aprobarse el Código Civil y Comercial, lo más importante será contar prontamente con una ley de regulación prudente que se encargue de tratar el tema de la ejecución de los contratos, del pago de los gastos a la gestante, de las cláusulas posibles, y que también que aborde la cuestión de la cobertura de las técnicas por el Sistema de Salud o el Plan Médico Obligatorio, para que la gestación por otro no sea solo una posibilidad al alcance de quien tienen mayores poderes económicos, para costear el precio de las técnicas y los costos de la gestante.

* Por último habrá que determinar si queremos o no queremos ser un país proclive al turismo procreacional como lo es la India y en su caso establecer reglas claras con respecto a la posibilidad de los extranjeros de recurrir a mujeres Argentinas para que gesten sus hijos.

(1) ANDRUET (h.), Armando S. Reproducción humana asistida. Un desafortunado proyecto de ley. LA LEY.

1991- C, 484, 1991; ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y Silva RUIZ, Pedro F., La libertad de procreación. LA LEY, 1991-B, 1198; AZPIRI, Jorge O. La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial. DFyP 01/07/2012, 115; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos. El Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial — Nuevos paradigmas. DFyP 01/07/2012, 141; LAJE, Alejandro. Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial. DFyP 01/07/2012, 136; BERGER, Sabrina M. Maternidad subrogada: un contrato de objeto ilícito. Sup. Act. 10/08/2010, 1; DREYZIN DE KLOR, Adriana. Doble filiación paterna de menores: Las soluciones desde el Derecho Internacional de Familia. DFyP 01/11/2009, 3; FAMÁ, María Victoria. Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación. LA LEY, 2011-C, 1204; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. El derecho igualitario a la seguridad social y las nuevas proyecciones del recurso extraordinario federal. LA LEY, 2011-D, 172; Comaternidad y copaternidad igualitaria. LA LEY, 2012-B, 1251; HOOFT, Pedro Federico Procreación artificial y manipulación genética. Comentario crítico a la ley española sobre procreación asistida. LA LEY, 1991-A, 775; IÑIGO, Delia B., LEVY, Lea M. y WAGMAISTER, Adriana. Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (Esquema comparativo de tres legislaciones vigentes). LA LEY, 1991-B, 1135; JÁUREGUI, Rodolfo G. La concepción y la responsabilidad parental. LA LEY 26/10/2011, 1; MEDINA, Graciela. Maternidad por sustitución - Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana. LA LEY, 1997-C, 1433; MILLÁN, Fernando. El derecho a procrear en los matrimonios de personas del mismo sexo. Una división comparada. DFyP 16/09/2011, 47; MIZRAHI, Mauricio Luis. Observaciones al Proyecto en materia de filiación. DFyP 01/07/2012, 124; OYARZÁBAL, Mario J. A.El reconocimiento en la Argentina de la paternidad de hijos concebidos en el extranjero por inseminación artificial de pareja de homosexuales hombres. Sup. Act 21/02/2006, 1; LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás. La Ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño. DFyP 01/03/2012, 36; SAMBRIZZI, Eduardo A. Apuntes sobre la filiación en el Proyecto. DFyP 01/07/2012, 129; La voluntad procreacional. La Reforma del Código Civil en materia de filiación. LA LEY 03/11/2011, 1; Maternidad subrogada. Reforma proyectada. LA LEY, 2011-F, 1172 - DFyP 01/01/2012, 24; TINANT, Eduardo Luis. Implantación de embriones crioconservados de la pareja pese a la oposición del marido. LA LEY, 26/10/2011, 1; UGARTE, Luis A. La ley 26.618 y su incidencia en el derecho sucesorio. DFyP 24/01/2011, 135; VERGARA, Leandro. La finalidad en los contratos de fertilización asistida. LA LEY, 26/10/2011, 1; WEBB, María Soledad. ¿En la fertilización asistida colisiona el derecho a procrear con la integridad de la vida en estado embrionario? DFyP 01/11/2010, 294; ZANNONI, Eduardo A. La genética actual y el derecho de familia. LA LEY, 1990-D, 1332.

(2) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualaguaychú, Bernardini, Mariel Aurora c. Flores Cardenas, Cindy Rocio 14/04/2010, publicado en: LA LEY Litoral 2011 (marzo) , 161 con nota de Néstor E. Solari Cita online: AR/JUR/75333/2010.

(3) ART. 561.- Voluntad procreacional. Los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.ART. 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 estación 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.

(4) Las provincias de Common Law, de Alberta, Nueva Escocia y las zonas de Tierra Nueva y El Labrador.

(5) 33 Meaning of "mother" 1) The woman who is carrying or has carried a child as a result of the placing in her of an embryo or of sperm and eggs, and no other woman, is to be treated as the mother of the child. 2) Subsection 1) does not apply to any child to the extent that the child is treated by virtue of adoption as not being the woman's child. 3) Subsection 1) applies whether the woman was in the United Kingdom or elsewhere at the time of the placing in her of the embryo or the sperm and eggs

(6) 35 Woman married at time of treatment 1) If—(a) at the time of the placing in her of the embryo or of the sperm and eggs or of her artificial insemination, W was a party to a marriage, and (b) the creation of the embryo carried by her was not brought about with the sperm of the other party to the marriage, then, subject to section

38(2 to (4, the other party to the marriage is to be treated as the father of the child unless it is shown that he did not consent to the placing in her of the embryo or the sperm and eggs or to her artificial insemination (as the case may be). (2) This section applies whether W was in the United Kingdom or elsewhere at the time mentioned in subsection (1)(a). Cependant, ces règles doivent être appréciées au regard du Children

(7) Art. 54 HFEA 2008 —Parental orders (1 On an application made by two people ("the applicants"), the court may make an order providing for a child to be treated in law as the child of the applicants if— (a) the child has been carried by a woman who is not one of the applicants, as a result of the placing in her of an embryo or sperm and eggs or her artificial insemination, (b) the gametes of at least one of the applicants were used to bring about the creation of the embryo, and (c) the conditions in subsections (2) to (8) are satisfied. (2 The applicants must be— (a) husband and wife, (b) civil partners of each other, or (c) two persons who are living as partners in an enduring family relationship and are not within prohibited degrees of relationship in relation to each other. (3 Except in a case falling within subsection (11), the applicants must apply for the order during the period of 6 months beginning with the day on which the child is born. (4 At the time of the application and the making of the order— (a) the child's home must be with the applicants, and (b) either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man. (5 At the time of the making of the order both the applicants must have attained the age of 18. The court must be satisfied that both— (a) the woman who carried the child, and (b) any other person who is a parent of the child but is not one of the applicants.

(8) (Application by Mr and Mrs X) [2002] Fam. Law 351

(9) (Affaire Re P (Surrogacy residence [2008] Fam.Law 18, RE P (SURROGACY: RESIDENCE) (2008) 1 FLR 177

<http://www.tanfieldchambers.co.uk/Asp/uploadedFiles/File/CHILDREN%20ACT%20UPDATE.%20JOB.%20OCT.2008%20Cra>

(10) Para una guía de la regulación en cada estado véanse las siguientes fuentes: <http://www.americanprogress.org>; <http://www.surrogacy.com>, entre otros

(11) ALES URÍA, Mercedes, "La maternidad determinada por acuerdo de partes" ED, [245] - (29/12/2011, nro. 12.906) [Publicado en 2011.

(12) La ley canadiense de fecundación asistida establece en su art. 6 Rétribution de la mère porteuse 6. (1) Il est interdit de rétribuer une personne de sexe féminin pour qu'elle agisse á titre de mère porteuse, d'offrir de verser la rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution.(2) Il est interdit d'accepter d'être rétribué pour obtenir les services d'une mère porteuse, d'offrir d'obtenir ces services moyennant rétribution ou de faire de la publicité pour offrir d'obtenir de tels services.(3) Il est interdit de rétribuer une personne pour qu'elle obtienne les services d'une mère porteuse, d'offrir de verser cette rétribution ou de faire de la publicité pour le versement d'une telle rétribution.(4) Nul ne peut induire une personne de sexe féminin á devenir mère porteuse ni lui conseiller de le devenir, ni pratiquer un acte médical pour aider une personne de sexe féminin á devenir mère porteuse, s'il sait ou a des motifs de croire qu'elle a moins de vingt et un ans.

(13) Art. 60 Quiconque contrevient á l'un ou l'autre des articles 5 á 9 commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité: a) par mise en accusation, une amende maximale de 500 000 \$ et un emprisonnement maximal de dix ans, ou l'une de ces peines; b) par procédure sommaire, une amende maximale de 250 000 \$ et un emprisonnement maximal de quatre ans, ou l'une de ces peines.

(14) Voir Monique Ouellette, "Le Code civil du Québec et les nouvelles techniques de reproduction", Les aspects juridiques liés aux nouvelles techniques de reproduction, Collection d'études de la Commission sur les nouvelles techniques de reproduction, Ottawa, Ministre des services gouvernementaux, Groupe communication Canada, 1993, 693 á la p. 698., y TREMBLAY, Guy "La compétence fédérale et le projet de loi sur la procréation assiste" <http://www.erudit.org/apropos/utilisation.html> Document consultado el 27 March 2012 09:22

(15) Sup. Corte de California (EE.UU.), 20/05/93 Johnson vs. Calvert- 1993, WL 167739, Comentado por WAGMAISTER, Adriana M. y LEVY, Lea M. en JA, 1995-I-440, y por MEDINA, Graciela "Maternidad por sustitución - Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana" LA LEY, 1997-C, 1433.

(16) Cour de Cassation Ass. Plen 31 mai 1991, JCP 1991-II-21752. Revue trimestrielle de Droit Civil 1, 1992-55, comentado por DREIFUS-NETTER, Frederique, "La filiation de l'enfante issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers", Revue Trimestrielle de Droit civil 1, janviermars 1996.

(17) X sub. nom. Adoption-091, 2009 QCCQ 628, EYB 2009-154793 (C.Q.) (chambre de la jeunesse, 6 janvier 2009).

(18) Ver entre otros, Forum.aufeminin.com; surrogatefinder.com ; [surrogate Mother.com](http://surrogateMother.com) y el sitio de un abogado de Toronto especializado en el tema Sherry Levi <http://www.fertilitylaw.ca/surrogacy.shtml> n/www.fertilitylaw.ca/surrogacy.shtml.

(19) Québec, Commission de l'éthique de la science et de la technologie, Éthique et procréation assistée: des orientations pour le don de gamètes et d'embryons, la gestation pour autrui et le diagnostic préimplantatoire, 30

octubre 2009

(20) A.A. v. B.B. (2007), 83 O.R. (3d) 561 (C.A.On.).

(21) http://www.hcch.net/index_fr.php?act=events.details&year=2011&varevent=216&zoek=maternité de substitution Les difficultés liées à la maternité de substitution à caractère international au programme de travail de la Conférence de La Haye

(22) Cour d'appel de Paris, 26 février 2009, 1re chambre C. Cour d'appel de Paris, 18 mars 2010, 1ère chambre pole 1.

(23) CAFFERATA, José I., Las nuevas técnicas de reproducción humana y el Derecho positivo argentino, en E.D. 130-729.

(24) BORDA, Guillermo J., La genética actual y el Derecho de Familia (necesidad de una regulación legal), en LA LEY, 1988-A, 661.

(25) ZANNONI, Eduardo A., Inseminación artificial y fecundación extrauterina, Astrea, Bs. As., 1978; La genética actual y el Derecho de Familia, en rev. Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, 1988, N° 49;

(26) WAGMAISTER, Adriana, Maternidad subrogada, en RDF, N° 3, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1990.

(27) IÑIGO, D.; LEVY, L. y WAGMAISTER, A., Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida, en LA LEY 1991-B, 1135; voz Reproducción humana asistida, en Enciclopedia del Derecho de Familia, Universidad, Buenos Aires, 1994, t. III.

(28) LEVY, L. e IÑIGO, D., Identidad, filiación y reproducción humana asistida, en BERGEL—MINYERSKY, Bioética y Derecho, Rubinzal-Culzoni.

(29) LOYARTE, D. y ROTONDA, A. E., Procreación humana artificial. Un desafío bioético, Depalma, Bs. As., 1995.

(30) LORENZO DE FERRANDO, María R., Determinación de la maternidad y de la paternidad en los casos de fecundación asistida, en la obra Derecho de Familia, homenaje a la Dra. M. J. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

(31) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, Graciela, Bioderecho, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998;

(32) PARELLADA, Carlos A., Una aproximación del Derecho de Daños frente al manipuleo genético, en la obra colectiva Derecho de Familia, homenaje a la Dra. M. J. Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

(33) GARCÍA DE GHIGLINO, S., Acción de impugnación de la maternidad en los casos de reproducción asistida, en J.A. 1989-IV-803.

(34) SAMBRIZZI, Eduardo A., La procreación asistida y la manipulación del embrión humano, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

(35) FERRER, Francisco A. M., Procreación humana asistida. Panorama jurídico, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995; Identidad y fecundación asistida, en el Libro de Ponencias del Congreso Internacional La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996, pp. 187 y ss.; Regulación legal de la reproducción humana asistida (proyecto sancionado por el Senado de la Nación), en J.S., N° 36-37, 1999; ponencia sobre La función del Derecho, las técnicas procreativas "post mortem" y el Derecho Sucesorio, presentada al Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, febrero de 2004;

(36) Así, por ejemplo, entre los más recientes, un proyecto de ley elevado por la senadora Bortolozzi de Bogado (Expte. 2439-S-2007) dispone expresamente incorporar al Código Civil el art. 63 bis que quedaría redactado de la siguiente manera: "Los acuerdos de maternidad subrogada son insanablemente nulos aun cuando fueren concertados a título gratuito. Quienes lo acuerden, consientan o ejecuten, sin perjuicio de las responsabilidades que determina este código, podrán ser juzgados por los tribunales competentes como partícipes de las figuras previstas por las normas que protejan penalmente, la identidad de las personas y la fe pública". A su vez, el proyecto para regular la reproducción humana asistida elevado por el diputado Villaverde (Expte. 3465-D-2008) prevé en el art. 21 que "está prohibida la implantación de embriones de la pareja beneficiaria en otra mujer, método conocido como maternidad subrogada o alquiler de vientres". En el mismo sentido, el proyecto presentado por la diputada Majdalani establece en el art. 14 que "Se prohíbe la práctica de madres subrogantes, práctica conocida como "alquiler de vientre o útero"". (Expte. 5056-D-2010) En el proyecto de la diputada Bianchi también se prohíbe esta técnica, resaltándose que "es nulo todo contrato que se celebre a este efecto" (art. 16). (Expte. 2663-D-2010) Solo un proyecto, elaborado por la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y presentado por el diputado Samer, en fecha 27/10/2005, la admite excepcionalmente, al disponer en su art. 6° que "el contrato de maternidad subrogado es nulo, salvo específica autorización de la autoridad de aplicación de la ley" (Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Informe sobre procreación asistida...", cit.).

(37) FERRER, Francisco A. M., en Código Civil Comentado Derecho de Familia. t. 1, Directores Ferrer Medina Méndez Costa, p. 607.

(38) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora "La reproducción

médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación" La Ley Uruguay 2011-10, 1304, LAMM, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal". Revista de Derecho de Familia. Núm. 50, julio 2011, pp. 107-132; y en FAMÁ, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", LA LEY, 2011-C, 1204.

(39) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, "El derecho de nacer. Sobre alquiler de vientre y maternidad subrogada", RDF n° 42, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, pp. 21 y ss.

(40) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, B., M. A. c. F. C., C. R.. 14/04/2010, LA LEY Litoral 2011 (marzo), 161 con nota de Néstor E. Solari. AR/JUR/75333/2010.

(41) SOLARI, Néstor E. Impugnación de la maternidad por la madre que aportó el óvulo, LA LEY Litoral 2011 (marzo), 161.

(42) LAMM, Eleonora, "La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil" Jurisprudencia Argentina Número Especial 2012-II- "I derecho de Familia en el anteproyecto de Código Civil", p. 68 y ss.

(43)

<http://www.lacapital.com.ar/la-region/Considerere-el-interes-de-la-menor-y-el-derecho-a-la-nacionalidad-20120704-0029.html>