

## ACTUALIDAD Y PROYECCIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO\*

JONATHAN MATÍAS BRODSKY\*\*

**Resumen:** La maternidad subrogada, y en general las técnicas de reproducción humana asistida, son hoy una realidad de la que el derecho interno e internacional no pueden desentenderse. El silencio en la materia de la normativa argentina es insostenible, mas el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación acierta en hacerse cargo de regular la gestación por sustitución, tanto a nivel interno como en la sección dedicada especialmente al derecho internacional privado.

Tras una sucinta evaluación de la (in)conveniencia de admitir legislativamente la sustitución, el presente trabajo se centrará en los requisitos de procedencia exigidos para dicha práctica en el Código proyectado (porque son de orden público internacional), así como en los criterios de atribución de jurisdicción y ley aplicable en la especie, y el reconocimiento de la filiación habiendo nacido el hijo, a través de la maternidad por otro, en un país extranjero (y cuya ley lo permite).

Finalmente, se abordará el juego del orden público internacional con el principio del interés superior del niño, y se examinará la aplicación analógica de las soluciones propuestas ante supuestos que se pudieran plantear en la actualidad, frente al actual vacío normativo.

**Palabras clave:** maternidad subrogada – gestación por sustitución – derecho internacional privado – Atribución de jurisdicción – ley aplicable – orden público internacional – filiación – reconocimiento de la filiación – interés superior del niño – código civil de la nación – proyecto de código civil y comercial de la nación.

**Summary:** Surrogate motherhood, as well as assisted reproductive technology, are today a fact which neither civil nor international law can longer ignore. The silence on the matter of the current Argentinean law is unacceptable. However, the Civil Code Reform Bill timely addresses surrogate motherhood, both in civil and international spheres.

\* El trabajo ha sido realizado en el marco de la asignatura “Protección internacional de la familia”, a cargo de la profesora Luciana B. Scotti en la Facultad de Derecho (UBA).

\*\* Estudiante de Abogacía (UBA), con orientación en Derecho Privado. Ayudante alumno de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales y Derecho Internacional Privado (UBA). Investigador estudiante y becario de investigación (UBA). Ex becario de intercambio (Wheelock College, EE.UU. y UAM, España). E-mail de contacto: jmbrotsky@derecho.uba.ar

After briefly considering the (in)convenience of the law allowing this kind of practice, this essay will deal with the legal requirements established in the Reform Bill for surrogate motherhood to be admitted – international public order requirements. Furthermore, competent jurisdiction and applicable law criteria on the matter will also be examined, as well as filiation recognition having been born through surrogate motherhood in a foreign country (where its law allows this practice).

Finally, the essay will address the interaction between international public order and the best interest of the child, and whether and how the Reform Bill could be applicable today – given the silence of the law currently in force.

**Keywords:** surrogate motherhood – international private law – competent jurisdiction – applicable law – public international order – filiation – filiation recognition – best interest of the child – argentinean civil code – argentinean civil code reform bill.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho se ha ocupado desde antaño de la familia, por ser ésta la base de la sociedad, y por sus distintas e importantes funciones dentro de aquélla (biológica, formativa y protectora, asistencial, política, económica, entre otras).<sup>1</sup>

A su vez, en el ámbito de las relaciones familiares, el vínculo entre padres e hijos es uno de los más importantes –si no el más–, pues en él se da la función de perpetuación de la especie a través de la crianza y la formación de los hijos. Es por ello que la relación entre éstos y sus progenitores, la filiación, siempre ha sido un tema que el derecho de familia se encargó de regular.

Tradicionalmente, tanto en la Argentina como en el derecho comparado y aun en tiempos muy remotos, se han reconocido dos clases de vínculos filiatorios: el biológico y el adoptivo.<sup>2</sup> El primero constituye la filiación por antonomasia: sin perjuicio de sus aspectos sociológicos, resulta en esencia un hecho natural que deriva del instinto de reproducción de la especie humana, que conlleva a su continuación o perpetuación. La adopción, en cambio, es una institución netamente social (alguna doctrina ha dicho que implica un “vínculo fabricado”)<sup>3</sup> y, como tal, no existe en todos los ordenamientos jurídicos del mundo (o al menos no se la recepta de manera uniforme). Con todo, la mayoría de los Estados reconoce o bien la adopción –tal

1. Cfr: CORDOBA, M. M. (dir.), VANELLA, V. R. (coord.), *Derecho de familia. Parte general*, pp. 10-14.

2. Cfr: BORDA, G. A. *Tratado de derecho civil. Familia*, t. 2, p. 4; MAZZINGHI, J. A., *Tratado de derecho de familia*, t. 4, p. 2.

3. Cfr: D'ANTONIO, D. H., *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, p. 20.

como la entendemos entre nosotros—o bien una institución similar,<sup>4</sup> y en todo caso, en el mundo occidental su recepción es prácticamente unánime y homogénea, y ya existía incluso en el derecho romano.

Dados estos tipos “clásicos” o “tradicionales” de filiación, las problemáticas que se daban en la materia remitían también a aquéllos. Así, por ejemplo, en el caso del vínculo biológico, se plantearon dilemas en relación a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales: (des)igualdad de derechos —incluyendo la vocación sucesoria—, emplazamiento del vínculo filiatorio y presunciones de paternidad, etcétera. La adopción suscita las cuestiones de su reconocimiento y en qué grado o medida, la subsistencia o no de vínculos con la familia de origen del adoptado (nuestro ordenamiento prevé la adopción simple y la adopción plena, respectivamente), entre otras.

Ahora bien, es sabido que en los últimos años el desarrollo de la tecnología, y lo que ésta permite realizar en los distintos ámbitos de la vida, ha sido extraordinario. Y entre lo que este exponencial crecimiento ha posibilitado conseguir, se encuentran las llamadas “técnicas de reproducción humana asistida”. Se denominan así, precisamente, porque intervienen terceras personas (un médico, una madre sustituta, una empresa) colaborando en el deseo de la pareja (o de la persona) de proyectarse en un hijo: la procreación sale del ámbito de lo íntimo, y el vínculo es “asistido” por otro.<sup>5</sup>

El objeto de este trabajo se enmarca dentro de las mentadas técnicas, pero se circunscribe exclusivamente al caso de la así denominada “maternidad subrogada”.<sup>6</sup> Esta figura se da cuando se conviene con una mujer en gestar un óvulo de ella misma, de quien encargó al niño o de una tercera persona, fecundado con gametos ya sea del cónyuge o conviviente del comitente o de un tercero, para luego entregar al hijo a quien se lo encargó.<sup>7</sup> Es decir que el acto reproductor genera el nacimiento

4. En el mundo islámico, por ejemplo, se recepta una figura similar a “nuestra” adopción llamada *kafala*. En términos generales (pues su regulación no es idéntica en todos los Estados coránicos), cabe destacar que no produce la ruptura del vínculo filiatorio entre el niño acogido y su familia biológica, de quien conserva el apellido y la vocación sucesoria, y que respecto de la familia “adoptiva” no se constituyen impedimentos matrimoniales.

5. KRASNOW, A. N., “La filiación y sus fuentes”, p. 1462.

6. Otros nombres con los que se frecuentemente se denomina la figura son “maternidad de sustitución” o “por otro”, “gestación por sustitución” o “por otro”, o “vientre subrogado”; mientras que a quien lleva a término el embarazo (con el compromiso de entregar el niño una vez nacido) se la conoce como “madre portadora”, “madre gestante”, “madre sustituta”, etc. (MEDINA, G. y ERADES, G., “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”, p. 714). Rechazamos la denominación de “alquiler de vientre”, coloquialismo que daría cuenta de un convenio oneroso —que no siempre es tal—.

7. SAMBRIZZI, E. A. “El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada”, p. 2. El autor incluye en su definición el carácter “habitualmente oneroso” del convenio con la madre gestacional, quien recibiría un pago en dinero por “alquilar su vientre”. Nosotros excluimos esta característica por entender que no necesariamente se da en la mayoría de los casos, y aun si así fuera, tampoco sería una

de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de el o los comitentes.<sup>8</sup>

La filiación por esta vía plantea numerosos interrogantes a nivel psicológico, social y, en lo que nos interesa, jurídico: ¿debe el derecho admitir este tipo de prácticas? En tal caso, ¿cómo corresponde regularlas? Y cuando –como ocurre con frecuencia– se presentan elementos (relevantes) de extranjería en la relación jurídica, ¿qué soluciones de derecho internacional privado han de aplicarse?

## II. EL (SILENCIO DEL) DERECHO VIGENTE FRENTE A LA IMPORTANCIA DEL TEMA

El Código Civil argentino no prevé –ni lo hace ley especial alguna– la maternidad por sustitución: sólo se encuentran reconocidas la filiación biológica y la adoptiva (art. 240 Cód. Civ. en su actual redacción, reformado por Ley 23.264). Ello resulta obviamente entendible en la época del codificador (segunda mitad del Siglo XIX) y aun en la de reforma (año 1968),<sup>9</sup> mas no en la actualidad, donde el silencio en la materia resulta inadmisibile.<sup>10</sup>

Como expresa Famá, los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas han potenciado el acceso a estas técnicas, generando en el campo jurídico la necesidad de reformular los principios tradicionales; en consecuencia, es imperiosa la necesidad de que el discurso jurídico se ocupe de regularlas, pues el silencio legal conlleva a interpretaciones discordantes que provocarán resoluciones disímiles por parte de nuestros magistrados, sumergiendo a los justiciables en la inseguridad jurídica.<sup>11</sup>

Va de suyo que, al no receptarse la gestación por sustitución en el derecho de fondo interno, mal puede regularse en el ámbito del derecho internacional privado. Es así que el tema tampoco pudo haberse abordado en el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del año 2003.

---

nota determinante, que haga a la esencia del acuerdo. También adaptamos el concepto en cuanto el jurista habla del “marido [de la comitente] o un tercero”, cuando en verdad el encargo podría realizarlo tanto un hombre como una mujer, como una pareja de igual o diferente sexo, casada o no.

8. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, p. 136.

9. Nos referimos, desde luego, a la Ley 17.711 que significó la más importante reforma del Código Civil de la Nación.

10. Se ha sostenido incluso que la omisión legislativa es inconstitucional y ameritaría la interposición de acciones de amparo, conforme el art. 43 de la Carta Magna (MIZRAHI, M. L., “El niño y la reproducción humana asistida”, p. 1).

11. FAMÁ, M. V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, p. 1208.

Y nos referimos precisamente a esta disciplina porque es la que debe brindar respuestas en los cada vez más frecuentes casos de filiación por técnicas de reproducción asistida que presentan elementos extranjeros, dada la creciente internacionalidad y multiculturalidad de las familias.

Tan es así que la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya ha reconocido la existencia de cuestiones emergentes de los acuerdos de gestación por sustitución, y en su agenda está previsto su tratamiento.<sup>12</sup> Particularmente, la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional ha observado que “el número de acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional está aumentando rápidamente” y ha expresado su “preocupación sobre la incertidumbre que supone respecto a la situación jurídica de muchos niños que han nacido como resultado de estos acuerdos”, recomendando a su vez que “la Conferencia de La Haya desarrolle estudios sobre los temas legales, especialmente en materia de Derecho Internacional Privado, relacionados con la maternidad subrogada”.<sup>13</sup>

### III. LA (IN)CONVENIENCIA DE LA ADMISIÓN NORMATIVA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El ataque al hecho de que el plexo normativo omita el tratamiento de la maternidad subrogada no implica en modo alguno que se propicie su admisión. En este sentido, el Proyecto de Código Civil de 1998 expresamente disponía 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” (art. 543, *in fine*) y, en efecto, rezaba la exposición de motivos que “esta norma obedece al propósito de desalentar los contratos de alquiler de vientres, prohibidos en todas las legislaciones que han abordado el problema”.<sup>14</sup>

12. Al respecto, resultan especialmente destacables el *Preliminary Document N° 10: “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”*, y el *Preliminary Document N° 11: “Private International Law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements”*.

13. Puntos 25 y 26 de las “Conclusiones y Recomendaciones” aprobadas por la Comisión Especial (17-25 de junio de 2010).

14. Escapa a los límites de este ensayo ahondar en un análisis exhaustivo del derecho comparado, pero esta afirmación sería hoy falsa: existe un número para nada despreciable de ordenamientos jurídicos que admiten expresamente la maternidad por otro, ya a título oneroso ya con fines altruistas o solidarios (Israel, India, Rusia, Nueva Zelanda, Ucrania, ciertos Estados de los Estados Unidos de América, Canadá, Brasil, Grecia, Holanda, Australia, Bélgica, entre otros).

En igual sentido, la mayoría de la doctrina argentina rechaza la institución bajo análisis. Los argumentos son plurales; vale seguir a Zannoni,<sup>15</sup> quien los expone con gran elocuencia: (a) desde la perspectiva de las madres sustitutas, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas; (b) desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino; (c) los contratos de maternidad subrogada provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante; (d) la dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses; y (e) en este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la madre portadora y los padres con intenciones de procrear. Al igual que la madre portadora, recibe el tratamiento de cosa. En efecto, el contrato vincula a la portadora con obligaciones de hacer (no interrumpir voluntariamente el embarazo y facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida.

También se ha dicho que “en la maternidad subrogada el riesgo de deslizarse hacia la pendiente eugenésica se descubre sin dificultad, por cuanto se escogerían mujeres de las características deseadas para su inseminación y posterior gestación, con la finalidad de obtener representantes cabales de la raza humana: la tentación del hijo a la carta, con desprecio de la dignidad humana y del valor intrínseco de la vida humana”.<sup>16</sup>

La posición opuesta, es decir, aquella que no advierte inconvenientes y aun propugna la figura de la gestación por sustitución, cuenta con dos argumentos centrales.

El primero viene dado por una noción robusta de autonomía de la voluntad en tanto manifestación concreta de la libertad de las personas, que inspira la Constitución Nacional y el Código Civil de la Nación (y que está cristalizada en los arts. 19 y 1197 de los respectivos cuerpos normativos). En tanto las personas sean mayores de edad, capaces, y, en definitiva, tengan pleno conocimiento de sus actos (para el derecho civil: obren con discernimiento, intención y libertad), pueden hacer cuanto deseen en la medida en que no afecten a terceros.

El segundo argumento resulta lo que se ha dado en llamar “derecho al hijo”, entendido éste como una prerrogativa de todo ser humano a concretar la profunda

15. ZANNONI, E. A., *Derecho civil. Derecho de familia*, t. 2, p. 533 y ss.

16. SAMBRIZZI, Eduardo A., *op. y loc. cit.*

aspiración de ser padre o madre proyectándose en un hijo.<sup>17</sup> En esta línea, se ha argüido que “el interés de una pareja infértil en la continuidad genética, en gestar y dar a luz, y en la crianza de una criatura, es idéntico al interés de una pareja fértil [...] aun cuando uno de los miembros de la pareja infértil no está capacitado para realizar todas las funciones de la procreación”.<sup>18</sup> Debido a que las personas casadas fértiles tienen derecho a agregar niños a la familia, de igual manera deben tenerlo las personas casadas infértiles: no sería razonable establecer un perjuicio basado en la lotería natural de las dotes físicas. “Una interpretación que extienda el derecho a procrear, a la reproducción asistida (no coital) dará a las personas casadas infértiles el derecho legal (sujeto, naturalmente, a reglamentaciones) de hacer de la reproducción una empresa de colaboración. Este derecho incluirá la posibilidad de obtener arreglos con terceros para el suministro de esperma, huevos, servicios de gestación o cualquier combinación necesaria para procrear una criatura, para que la pareja la críe”.<sup>19</sup>

Más allá de estas consideraciones, entendemos que el estudio absolutamente detallado de la conveniencia o inconveniencia de la gestación por sustitución presenta muchísimas aristas (psicológica, bioética, social, filosófica) y enorme complejidad, y excede en consecuencia los límites de este trabajo. En todo caso, la breve exposición realizada nos parece necesaria para dar cuenta del estado actual de la cuestión en la doctrina nacional, y con la misma concisión fundaremos nuestra adscripción a la postura mayoritaria que resiste la maternidad por sustitución.

En verdad, la mayoría de los argumentos expuestos nos parecen contingentes: (a) la situación de incertidumbre inicial acerca de la maternidad puede ser efectivamente resuelta (también *ab initio*) por una legislación interna e internacional clara y completa; (b) la referida dicotomía de intereses no obsta a los convenios bajo análisis, pues la gran mayoría de los contratos son bilaterales y onerosos y no por ello están prohibidos o son inconvenientes para las partes ni para la sociedad; (c) la eugenesia, obviamente deleznable, puede ser eficazmente prevenida; (d) no resulta convincente la idea de un “derecho al hijo”, pues las personas no pueden ser objetos sino únicamente sujetos de derecho.<sup>20</sup>

17. *Idem*.

18. ARSON DE GLINBERG, G. H. y SILVA RUIZ, P. F., “La libertad de procreación”, p. 1199.

19. *Ibidem*, p. 2000.

20. Bustamante Alsina, con su estilo y agudez característicos, acuña el término de “ensañamiento procreativo” en referencia a la “búsqueda neurótica del nacimiento cueste lo que cueste”, y señala que “el derecho subjetivo implica una obligación de otro de satisfacer la pretensión del titular del derecho [...] El derecho o la facultad de hacer o de actuar en un sentido u otro por parte del titular de la pretensión para la realización o la obtención de uno u otro bien, no puede confundirse con la atribución directa del mismo. El derecho o la libertad de casarse no equivale a la atribución de un marido o una esposa. La libertad o el derecho de procrear no equivale al derecho a un hijo. Ello sería un derecho directo sobre las personas que los sistemas jurídicos contemporáneos no toleran” (BUSTAMANTE ALSINA, J. A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, pp. 1112-1113).

Donde sí acierta –a nuestro juicio– la corriente mayoritaria es precisamente en las dos primeras de las críticas relatadas: la afección a la madre sustituta y al niño “encargado” (particularmente a nivel psíquico-psicológico). Y justamente esta vulneración a derechos de terceros es el límite del argumento liberal: sin perjuicio del “orden y la moral pública” (nociones harto discutibles),<sup>21</sup> la autonomía cesa allí donde implica conculcar intereses ajenos.

Como explican Medina y Erades, en este tipo de acuerdos se tiene en cuenta el interés de los padres biológicos pero no se considera el interés del niño, y nadie puede asegurar que el ser separado de la madre gestante con quien lo ha unido un nexo biopsíquico durante nueve meses contribuya a aquél. Además, se lo privaría de una lactancia natural, y si bien los códigos genéticos son determinantes, también hacen a la futura personalidad del niño la salud física y psicológica de la madre sustituta durante el embarazo, cuyos posibles trastornos emocionales influirían en el niño en gestación.<sup>22</sup>

#### IV. LA CUESTIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 daría por tierra, de aprobarse en su actual redacción, con los postulados propuestos en los dos acápite anteriores.

Por un lado, porque pondría fin al silencio de la ley en la materia, no sólo a nivel interno sino también en el ámbito del derecho internacional privado. Por lo dicho, consideramos un gran acierto que la comisión reformadora se haya hecho cargo de regular en ambas esferas esta relevante realidad que es hoy la maternidad subrogada.

Por otra parte, pues definitivamente acogería la gestación por otro, acabando con la necesidad de acudir a procedimientos analógicos para dar solución a las

21. Resulta interesante la postura de corte liberal elocuentemente expuesta por Gil Domínguez, Famá y Herrera: “el art. 19 de la Constitución Nacional marca un único límite a considerar frente a la libre voluntad de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales: tal es la consumación de un daño directo a los derechos fundamentales de otra persona; descartando, en consecuencia, los límites que pudieran emerger de conceptos tan variables como el orden o la moral públicas, o las buenas costumbres [...] ‘Dañar a un tercero’ y ‘ofender la moral pública’ son sinónimos. En otras palabras, una acción daña a terceros si, y sólo si, ofende la moral pública. El hecho de que la gran mayoría de los individuos entienda que una determinada acción es inmoral no es suficiente ni necesario para que el Estado prohíba esa acción”. (GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia*. Ley 26.618, pp. 110-111).

22. MEDINA, G. y ERADES, G., *op. cit.*, p. 716.

cuestiones que suscita. También por los argumentos referidos, no compartimos la recepción de la figura por parte del derecho positivo.

Ahora bien, dada la resistida admisión de la institución, es indudable que aquélla puede estar normada con mayor o menor coherencia, con más o menos depurada técnica legislativa, con requisitos y características razonables o irrazonables, etc. En este sentido, veremos que a pesar de disentir de su conveniencia en general, el Proyecto regula la gestación por sustitución –en líneas generales– de manera plausible, tanto en el derecho interno como en los supuestos en que se presentan elementos que internacionalizan la relación jurídica.

#### **IV.A. La maternidad subrogada proyectada en el derecho interno**

El Proyecto se ocupa del tema bajo análisis en el Libro Segundo (“De las relaciones de familia”), Título V (“Filiación”), Capítulo 2 (“Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), art. 562 (“Gestación por sustitución”).

Dispone dicho precepto que:

- El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.
- La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.
- El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.
- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.
- Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Procedamos entonces a analizar por separado los distintos aspectos de la norma proyectada.

#### *IV.A.1. El Consentimiento informado*

En nuestro derecho, debe entenderse al consentimiento informado a la luz de la reciente Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, de fines de 2009, que en su art. 5 define al concepto como “la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) Su estado de salud; b) El procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) Los beneficios esperados del procedimiento; d) Los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) La especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) Las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados”<sup>23</sup>

El estándar del consentimiento informado nos parece suficiente e idóneo para la práctica en cuestión. En cuanto a la exigencia de que sea renovado en cada oportunidad y su carácter esencialmente revocable, entendemos que ambos extremos se justifican por la trascendencia que reviste el acto involucrado.

#### *IV.A.2. La constitución del vínculo filiatorio y la homologación judicial*

Es de toda lógica que se requiera, para establecer la filiación entre el niño “encargado” y los comitentes, la prueba del nacimiento y la identidad de aquéllos; sería impensable que el vínculo pueda constituirse sin estos requisitos. Tanto el

23. Es prácticamente idéntica la concepción del art. 59 del Proyecto: “El consentimiento informado para actos médicos es la declaración de voluntad expresada por el paciente emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento, excepto disposición legal en contrario. Si el paciente no está en condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica ni la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

nacimiento del niño como la identidad de los comitentes deben probarse a través de las partidas correspondientes (art. 80, Cód. Civil y art. 96 del Proyecto).

Se justifica la exigencia de homologación judicial por el interés del legislador en que en una materia tan trascendente se verifiquen los requisitos exigidos para la gestación por sustitución. La misma razón funda la prohibición de los centros de salud de proceder a la transferencia embrionaria a la gestante sin la autorización judicial del caso, en cuyo defecto se desconoce la aplicación de la normativa específica (las reglas de la filiación por naturaleza determinarán la maternidad de la gestante, la paternidad presunta de su marido, etcétera).

#### *IV.A.3. Los requisitos de procedencia de la gestación por sustitución*

El Proyecto admite la maternidad subrogada, pero exige determinados requisitos para su procedencia que deben ser verificados por el juez con carácter previo a la transferencia embrionaria.

Va de suyo que el sentenciante no puede asirse de convicciones personales, ni pretender más exigencias que las estatuidas por la ley, para proceder (o no) a la homologación. La valoración debe ser estricta, pero en ningún caso puede forzarse la interpretación en un sentido favorable o contrario a la gestación por sustitución.

- a) *El interés superior del niño que pueda nacer.* La mención de este principio y en estos términos presenta una gran ventaja y un importante inconveniente.

Decimos lo primero porque, sin lugar a dudas, el interés superior del niño es la máxima directriz reguladora de las relaciones jurídicas que involucran a niños y adolescentes, y que implica la plena satisfacción de sus derechos, su protección integral y su desarrollo, de acuerdo a sus características propias. Su consideración como requisito es, entonces, ineludible.

Empero, la mención del concepto sin mayores precisiones deja un margen amplísimo a la interpretación (no arbitraria, pero sí discrecional) de los jueces a los que en cada caso toque intervenir. Y la idea de lo que, en concreto, coadyuve al interés superior del niño en el campo de la maternidad subrogada, puede variar diametralmente en la concepción de un juez a la de otro, lo que provocaría una considerable inseguridad jurídica.

- b) *la plena capacidad y la buena salud física y psíquica de la gestante.* Poco puede comentarse de esta exigencia: resulta claro que para tomar una decisión de la envergadura de convertirse en madre gestadora, la mujer debe ser plenamente consciente de sus actos, no bastando –en caso de que fuera incapaz– el consentimiento de su representante legal.

Se trata de un acto personalísimo para el cual la voluntad de la propia persona no puede ser suplida por otro.

El requisito de gozar de buena salud física y psíquica es también ilevantable. El procedimiento no debería poner en riesgo (o, al menos, uno mayor al que en principio conlleva la gestación) la salud de la madre sustituta. Por lo demás, si la práctica ya implica en sí misma un potencial peligro psicológico para quien se compromete a gestar un hijo que luego deberá entregar a otra(s) persona(s), es imprescindible que la integridad psíquica de la madre gestante sea óptima al momento de la transferencia embrionaria.

- c) *al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos*. Este requisito se compadece con la finalidad tenida en cuenta por el legislador para receptar la gestación por sustitución: debe ser la *ultima ratio* para procrear un hijo propio,<sup>24</sup> pero de ninguna manera puede “encargarse” un hijo concebido con gametos de otros donantes.
- d) *el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término*. Insistimos en que la gestación por sustitución se implementaría como último recurso frente a la imposibilidad de tener un hijo propio. Esta exigencia es consistente con dicha concepción del instituto.
- e) *la gestante no ha aportado sus gametos*. Esta exigencia es esencial, pues si cabe temer (como entendemos) que la gestación de un hijo para entregarlo –una vez nacido– a otra persona puede causar serios problemas en la psique de la mujer, ello será tanto más probable y/o intenso cuando, además, se trata de un hijo concebido con su propio material genético.
- f) *la gestante no ha recibido retribución*. Se trata de otro extremo relacionado con el carácter no comercial (por el que no cabe hablar de “alquiler de vientre”) sino solidarista con que está prevista la maternidad subrogada en el Proyecto. Cuando el convenio es oneroso,<sup>25</sup> el interés lucrativo (en vez del afectivo) suscita mayores reparos morales (se ha hablado del

24. Así surge expresamente de los fundamentos vertidos por la Comisión al presentar el proyecto al Poder Ejecutivo Nacional, y se infiere del inciso siguiente.

25. Y el “precio” promedio a nivel mundial es –nada menos– de diez a quince mil dólares estadounidenses (MATOZZO DE ROMUALDI, L. A. “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, p. 1452).

niño como “cosificado”<sup>26</sup> o como una “mercancía que se entrega a quien la solicita”).<sup>27</sup>

- g) *la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces*. Se trata de una disposición razonable, sea para prevenir la comercialización encubierta de la gestación por sustitución, sea para preservar a la madre sustituta de someterse a este proceso en un número excesivo de oportunidades.
- h) *la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio*. Compartimos también esta exigencia, pues nos parece que la mujer que ya ha tenido un hijo es menos propensa a sufrir psicológicamente el “desapego” al deber entregar el hijo para cuya gestación prestó su vientre.

Es notable que no se exija la unión en matrimonio de los comitentes, institución que consideramos valiosa pero no *sagrada*, y que en todo caso, no define *per se* la posibilidad de tener y criar un hijo propio.<sup>28</sup> Otro tanto debe aplaudirse la omisión de la heterosexualidad como requisito: el debate al respecto merecería una investigación aparte, pero adelantamos que nos parecería prejuicioso y discriminatorio.<sup>29</sup>

En suma, dentro de la discrepancia básica que –reiteramos– sostenemos respecto de la recepción normativa de la institución bajo estudio, la regulación que de ella hace el Proyecto es coherente y razonable.

#### **IV.B. La maternidad subrogada proyectada en el derecho internacional privado**

¿Qué ocurriría si se pretendiera el reconocimiento en nuestro país de un hijo procreado a través de la gestación por sustitución en un Estado cuya legislación lo permitiera? ¿Sería competente el juez argentino cuando los comitentes o el niño tengan su domicilio o residencia habitual en la Argentina? ¿O (también) el juez de ese otro Estado, si el niño hubiera nacido allí, o si no hubiera sido entregado por la gestante y permaneciera allí al momento de instarse la acción? El foro ante el que ésta se entable no es indiferente, pues será ese juez quien atienda a su norma de conflicto para decidir qué ley aplicar, quien deba resguardar los principios

26. PERRINO, J. O., “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, p. 2.

27. ANDORNO, R. L. *et al.*, *El derecho frente a la procreación artificial*, p. 63.

28. En contra: CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, L. M., “La filiación en el derecho internacional privado argentino”, pp. 1137-1138.

29. En contra: MIZRAHI, M. L., *op. y loc. cit.*

fundamentales de su jurisdicción, etcétera. Y si el juez argentino debiera aplicar la ley de ese otro Estado, que por caso admitiera la filiación por esta vía: ¿sería procedente la limitación de esta aplicación extraterritorial de la norma extranjera en virtud del orden público internacional argentino? ¿Y cómo debería conjugarse ello con la protección del interés superior del niño, criterio rector y fundamental que tampoco puede soslayarse?

Estas preguntas son respondidas, claro está, por el derecho internacional privado, entendido como “aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente”.<sup>30</sup> Ya hemos establecido que la maternidad subrogada supone, en un gran número de supuestos, relaciones jurídicas internacionales.

Aunque el derecho vigente guarda silencio al respecto, el Proyecto se encarga de regular expresamente la cuestión en el Libro Sexto (“De las disposiciones comunes a los derechos personales y reales”), Título IV (“Disposiciones de derecho internacional privado”), Capítulo 3 (“Parte especial”), Sección 5ª (“Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”), compuesta por los arts. 2631 a 2634.

#### *IV.B.1. Jurisdicción competente*

Resulta difícil controvertir, actualmente, que la jurisdicción competente es uno de los grandes aspectos que hacen al objeto del derecho internacional privado.<sup>31</sup> No sólo porque –lógicamente– los jueces deben entender en los casos que les corresponden en razón de su competencia, sino también y como adelantamos anteriormente, en razón de que es el juez ante quien se insta la acción (y que si es competente deberá juzgar en el caso) el que busca en su ordenamiento jurídico la norma de conflicto aplicable a la relación jurídica en cuestión. También será la *lex fori* la que imponga las normas de procedimiento bajo las que tramitará dicha acción, y los principios del foro los que habrán de respetarse de acuerdo a la

30. BIOCCA, S. M., CÁRDENAS, S. L. y BASZ, V., *Lecciones de derecho internacional privado*, p. 20.

31. Las clásicas teorías europeas no establecían como los “tres objetos” del derecho internacional privado la ley aplicable, la jurisdicción competente y la cooperación jurisdiccional internacional (como lo hacen las modernas corrientes doctrinarias), sino la nacionalidad, el trato al extranjero, y el conflicto de leyes, agregando algunos autores un cuarto objeto que es el respeto a los derechos debidamente adquiridos. El objeto se agotaba pues en el derecho aplicable, quedando excluido el conflicto de jurisdicciones; esta visión resulta actualmente incompleta (cfr: BIOCCA, S. M., CÁRDENAS, S. L. y BASZ, V., *op. y loc. cit.*; BIOCCA, S. M. *Derecho internacional privado*, p. 29).

excepción de la aplicación extraterritorial del derecho extranjero que es el orden público internacional.

Así entonces, el art. 2.631 (“Jurisdicción”) dispone que:

Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse, a elección del actor, ante los jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial o ante los jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor.

En caso de reconocimiento son competentes los jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento, los del domicilio del hijo o los del lugar de su nacimiento.

En primer lugar, tratándose de típicas relaciones jurídicas que deben discernirse por puntos de conexión personales, se advierte que —con coherencia— se seguiría el criterio domiciliario que ha informado el Código Civil, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y también el Proyecto mismo.

El párrafo inicial del artículo no resulta del todo claro, toda vez que se unifican los criterios para la determinación y la impugnación de la filiación. En este sentido, “el domicilio de quien reclama el emplazamiento filial” puede ser un punto de conexión válido para la acción de determinación de la filiación, mas no así para la de impugnación (donde ya habría un vínculo emplazado y no hay un “reclamante” sino un “impugnante” del mismo). Otro tanto puede predicarse de la equiparación del “progenitor o pretendido progenitor”: no pueden darse ambas categorías alternativamente en dos supuestos bien diferentes cuales son la determinación y la impugnación del vínculo.

En suma, entendemos que sería más claro establecer como puntos de conexión (alternativos),<sup>32</sup> tanto para la reclamación de la filiación como para su impugnación: el domicilio<sup>33</sup> del demandado, el del actor, y también la residencia habitual del menor (que siendo el centro de la relación jurídica no se ha contemplado en este punto).<sup>34</sup>

De todas formas, el supuesto que más nos interesa de acuerdo al objeto del presente trabajo es el del reconocimiento, y en este punto sí creemos que acierta el

32. A diferencia de lo que ocurre con la ley aplicable (que debería ser una sola en virtud de la seguridad jurídica, para impedir el *forum shopping* por parte del actor, etcétera), ningún problema hay en la apertura de foros plurales. Por el contrario, se trata de una vía generalmente idónea para asegurar el acceso a la jurisdicción, derecho humano ampliamente reconocido en diversos pactos internacionales.

33. Sería mejor considerar (en términos generales, pero máxime tratándose de menores) la *residencia habitual* antes que el domicilio, para prescindir del elemento subjetivo de voluntad de permanencia y atender únicamente al aspecto objetivo de aquélla.

34. En este sentido, en materia de filiación internacional, asistimos a una tendencia general encaminada a sustituir la ley personal del padre por la ley personal del hijo (FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, p. 165).

Proyecto. Nuevamente ofrece puntos de conexión alternativos, pero ahora enunciándolos con claridad y centrándose en el hijo: además del domicilio de quien pretende el reconocimiento, se prevé el domicilio del hijo y el lugar de su nacimiento. Se trata de una plausible apertura de foros razonablemente vinculados a la relación jurídica en juego.

#### *IV.B.2. Ley aplicable*

Como expresamos anteriormente en nota al pie, y en virtud del fundamento allí manifestado, la ley aplicable debe ser en principio única. Y, agregamos ahora, cuando el legislador prevé la aplicación de dos (o –con menor frecuencia– más) normas posibles, no suele dejar la elección librada a las partes sino al juez, indicándole además una pauta, guía o criterio de selección.

En esta línea se enrola el art. 2.632 del Proyecto (“Derecho aplicable”):

El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

Como se advierte, se ha incurrido nuevamente en lo que consideramos una imperfección, cual es la de regular conjuntamente el establecimiento y la impugnación de la filiación. Por lo demás, a los puntos de conexión personales se incorpora como ley aplicable la del lugar de celebración del matrimonio (que es relativo a los actos); no nos parece problemático, pues de no existir unión matrimonial subsisten dos puntos de conexión plenamente aplicables (no subsidiarios) y en todo caso la incorporación de aquél no es discriminatoria sino una herramienta más para favorecer el interés del niño. Y es que en todos los casos (y este es el mayor acierto del artículo) el criterio que debe seguir el juez para decidir la ley a aplicar –dentro de las opciones ofrecidas por la norma de conflicto– es justamente el interés superior de los menores involucrados.

El art. 2.631 trata en un párrafo aparte la jurisdicción competente en materia de reconocimiento. En materia de ley aplicable, el Proyecto le dedica un precepto propio: según el art. 2.633 (“Acto de reconocimiento de hijo”):

Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.

La solución nos parece buena en tanto distribuye las conexiones tomando, en cada caso, criterios adecuados. Y nada puede objetarse en la regulación de la capacidad de quien pretende el reconocimiento: hace regir el típico punto de conexión personal que es el domicilio de la persona física.

Sin embargo, ya se advierte algún defecto de técnica legislativa al preverse sin más precisiones, para la forma del reconocimiento, el lugar del acto y el derecho que rige el fondo de la relación jurídica en cuanto al fondo. El clásico criterio en materia de forma es el conocido como "*locus regit actum*" y no así la coincidencia con el derecho que decide la sustancia de la cuestión, que pudo no haber sido tenido en mira por los sujetos involucrados. Y si precisamente se prevé este punto de conexión como alternativo al tradicional, *ello debe ser en virtud del interés superior del niño* (que generalmente vendrá dado por la validez del reconocimiento). Ésta es la pauta que debe decidir la elección entre las opciones ofrecidas por la ley, pero que se omite mencionar. Creemos que esta interpretación, de todas maneras, *debe* inferirse de los principios que rigen la temática, sin perjuicio de que la norma proyectada debería decirlo expresamente.

Lo mismo corre para las condiciones del reconocimiento: todos los puntos de conexión (alternativos) son razonables y se vinculan estrechamente con la relación jurídica filiatoria que se pretende entablar. Pero la opción no puede realizarse sino desde la perspectiva del interés superior del niño, directriz necesaria que debería enunciarse.

#### *IV.B.3. El orden público internacional y el interés superior del niño en el reconocimiento de filiaciones constituidas en el extranjero*

El art. 2.634 ("Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero") que culmina la sección del Proyecto que venimos analizando, y especialmente su segundo párrafo, resulta de gran interés para nuestro objeto de estudio:

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

Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

El primer punto a tener en cuenta es la mención por el reformador del concepto de “orden público”. Incluido así, a secas, ¿se refiere al orden público *interno* o al orden público *internacional*?

Recordemos que el orden público interno está integrado por normas imperativas del derecho local que resultan indisponibles para las partes, es decir, obstan a su autonomía de la voluntad. En cambio, el orden público internacional está conformado por normas o principios fundamentales del derecho del foro,<sup>35</sup> que como no pueden soslayarse por la aplicación de la ley extranjera cuando a ella conduzca la norma indirecta *fori*, impiden en el caso su aplicación. Como explica Weinberg, “si dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de orden público internacional. Si una materia no puede ser reglada por las partes dentro de nuestro ordenamiento, porque se trata de derecho coactivo, nos referimos al orden público interno”.<sup>36</sup>

¿A qué orden público alude el art. 2.634 del Proyecto? Evidentemente, si el precepto se ubica en las disposiciones de derecho internacional privado y se ocupa del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero, debemos entender que se contempla el orden público internacional.<sup>37</sup>

En consecuencia, en caso de filiaciones constituidas en el extranjero, y en particular cuando el niño hubiera nacido a través de procedimientos que involucren técnicas de reproducción asistida (art. 2.634, párr. 2°), las disposiciones del Proyecto sobre el punto son —por expresa consagración legal— normas fundamentales del derecho argentino. *De allí la importancia de haberlos desarrollado en el*

35. En derecho internacional privado, la regla es la aplicación del derecho extranjero declarado aplicable por nuestra norma de conflicto, pero el orden público internacional —excepcionalmente— impone dejarlo de lado cuando se vulneran principios inalienables que hacen a la esencia de la comunidad ya sea que se encuentren plasmados en disposiciones legales o consuetudinarias (WEINBERG, I. M., *Derecho internacional privado*, p. 132).

36. WEINBERG, I. M., *op. cit.*, p. 131.

37. Nada obsta a que una misma norma sea a la vez de orden público interno e internacional, si impide simultáneamente que las partes la dejen de lado por su propia voluntad, y la aplicación de una ley extranjera que la contrarie. Más aun, “el contenido del orden público internacional no puede variar demasiado con aquellas cuestiones que afectan el orden público interno. No es tanto por su contenido como por sus efectos que podemos efectuar esta distinción [...]” (RODRÍGUEZ, M. S., “Según pasan los años...”, p. 116).

*acápites V.I.A. de este trabajo*: en el supuesto que analizamos, su carácter de orden público internacional obstarán al reconocimiento cuando la gestación por sustitución se hubiera efectuado contrariándolos (v. gr. a cambio de una suma de dinero).

Ahora bien, el precepto también trae a colación –con toda lógica– el interés superior del niño como principio fundamental a resguardar. ¿Cómo debe articularse entonces este principio con el orden público internacional conformado por los requisitos de la maternidad subrogada establecidos por el mismo Proyecto? Y es que bien puede darse que ambos principios se opongan: por ejemplo, la madre gestante no ha tenido hijos previamente (como lo exige el art. 562, inc. h. proyectado), pero ya entregó el niño a quien lo “encargó” y la validez del reconocimiento es lo que sirve mejor a los intereses del niño. ¿Cómo debe resolver el juez en este caso?

Sin lugar a dudas, creemos que el interés superior del niño debe primar; se trata de un principio insoslayable, incluso frente a los otros principios fundamentales del foro que integran el orden público internacional en general.<sup>38</sup> Ello no sólo se colige de la redacción del art. 2.634 (que reza “en todo caso”) sino que resulta, además, la interpretación más justa y razonable.

Para concluir este acápite, resaltaremos que el interés superior del niño también comprende su derecho a la identidad.<sup>39</sup> Es decir –y cabe hacerlo cuando está en boga el derecho “a la verdad biológica”–<sup>40</sup> que en todo caso el niño tendrá la prerrogativa de conocer a sus padres biológicos (y es que uno de los gametos podría corresponder a un donante –persona diferente a los comitentes–).<sup>41</sup>

## V. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO VIGENTE

Finalmente, nos referiremos a la maternidad subrogada en el derecho vigente. Como dijimos, la institución es desconocida por la ley actual, pero ello no obsta a que en la práctica puedan “encargarse” *de facto* gestaciones por sustitución, o pretendan reconocerse hijos nacidos a través de la maternidad por otro (en nuestro país

38. Y es que el interés superior del niño *es también* parte del orden público internacional argentino, aunque a veces pueda colisionar con *otros* principios que lo conforman.

39. BELOFF, M. A. *et al.*, *Convención sobre los Derechos del Niño comentada, anotada y concordada*, p. 38.

40. *Cfr.* MIZRAHI, M. L., “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, pp. 1204-1206.

41. En el mismo sentido, GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *op. cit.*, pp. 307-308; y especialmente en materia de conflicto de normas, establece BOGGIANO que “Si la ley personal de la madre le permite mantener el anonimato sobre su maternidad y la ley personal del niño le permite establecer su filiación materna, prevalecería ésta” (BOGGIANO, A., *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo*, p. 343).

o en el extranjero). Y siempre que se susciten controversias al respecto y se planteen judicialmente, “los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes” (art. 15, Cód. Civil), por lo que necesariamente deberán resolver acudiendo a leyes análogas (entendemos que el Proyecto podría servir de fuente en este caso) o a los principios generales del derecho.

En primer lugar, en cuanto al derecho y el orden público interno, es claro que está prohibido convenir con una mujer la gestación de un hijo para que lo entregue una vez nacido, sean cuales fueren las condiciones. El contrato sería nulo en razón de su objeto (éste no puede constituirlo una persona), y como tal no tendría efectos: la maternidad sigue al parto (conf. art. 242, Cód. Civil), la voluntad procreacional no es fuente de la filiación (conf. art. 240 del mismo cuerpo legal), no se puede ordenar la entrega del niño a los comitentes; y de haberse realizado un acuerdo oneroso, ni la gestante puede exigir el pago –por la ilicitud de la prestación–, ni inversamente, los comitentes repetir lo abonado.<sup>42</sup>

En igual sentido, el desconocimiento de la institución de la gestación por otro es parte también del orden público internacional vigente, y como tal debería excluir –en principio– cualquier eventual aplicación de normativa extranjera que la admita.

No obstante, nos parece importante centrar nuestra atención en dos importantes cuestiones que plantean el Proyecto y el principio del interés superior del niño.

Primero, más allá del acierto en regular la maternidad subrogada, el desacierto en admitirla, y las pautas en general razonables sobre los requisitos necesarios y las soluciones de derecho internacional privado, nos parecen sumamente plausibles *para ser considerados en la actualidad* los criterios de atribución de jurisdicción y determinación de ley aplicable que brinda el Proyecto *para la filiación internacional en general*. Las fuentes internas y convencionales argentinas guardan silencio no sólo ante la gestación por sustitución sino también sobre la filiación internacional en sí, y bien podría aplicarse lo propuesto en el Proyecto sin perjuicio del supuesto particular que representa la maternidad subrogada.

Segundo: el interés superior del niño, reiteramos, es un principio que además de integrar el orden público interno e internacional, debe respetarse *siempre*. En tal sentido, deberá admitirse el reconocimiento del niño nacido por técnicas de reproducción asistida, sea a nivel interno (aunque desplace al orden público interno) o cuando la relación jurídica sea internacional y corresponda aplicar derecho extranjero (aun frente al orden público internacional –que en este caso se debería atenuar–) *si ello redundaría en el interés superior del menor*.

Podrá decirse que por la indole de los derechos en juego, y las profundas convicciones morales que se pueden tener sobre el tema, es posible que diferentes

42. Cfr: WAIGMAISTER, A. M. y LEVY, L. M., “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”, p. 452.

jueces den soluciones diametralmente opuestas aduciendo salvaguardar a través de ellas el interés superior del niño. Y es cierto. Pero en todo caso, no es poco exigirles que deban justificar sus decisiones e interpretaciones, en todos los casos, con aquella directriz rectora como norte.

## VI. CONCLUSIONES

Ante todo, el silencio del derecho frente a un tema de tanta importancia (por los derechos que involucra) y que ya es una realidad como la maternidad subrogada, es inadmisibles en virtud de la gran inseguridad jurídica que genera. En este sentido, que el Proyecto de Código Civil y Comercial se haga cargo de regularlo de manera completa y precisa, y no sólo a nivel interno sino también en el campo del derecho internacional privado, representa un verdadero acierto.

Sin perjuicio de ello, en razón de la afectación de derechos de terceros (el niño “encargado”) y el de la gestante misma, la institución de la gestación por sustitución debería ser rechazada expresamente por la ley, tal como lo hacía el Proyecto de Código Civil de 1998.

A pesar de la discrepancia que nos suscita su recepción, reconocemos que la regulación que hace de la maternidad por otro el Proyecto es en líneas generales coherente y razonable; tanto en los requisitos que exige para su procedencia, como para los criterios de jurisdicción competente, ley aplicable y reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero en el ámbito del derecho internacional privado.

Tan es así, que consideramos que tales normas de conflicto podrían aplicarse por analogía en la actualidad, no ya en una institución particular como la abordada (pero que igualmente el juez tendría el deber de resolver) sino para la filiación internacional en general.

Finalmente, obsta al orden público internacional –e interno– vigente la tutela legal de acuerdos de gestación por sustitución, o el reconocimiento de un hijo nacido a través de aquélla; de la misma forma, contrariaría el orden público internacional –e interno– emergente del Proyecto cualquiera de aquellas prácticas efectuadas al margen de las condiciones establecidas por el mismo cuerpo proyectado.

Sin embargo, el interés superior del niño (principio también integrante de aquel orden público internacional –e interno–) debe prevalecer y atenuarlo en sus efectos, cuando corresponda según el caso, asegurando siempre de tal forma la solución más favorable para el menor involucrado.

**BIBLIOGRAFÍA**

- ANDORNO, Roberto L. *et al.*, *El derecho frente a la procreación artificial*, Buenos Aires, Abaco, 1997.
- ARSON DE GLINBERG, Gloria H. y SILVA RUIZ, Pedro F., “La libertad de procreación”, en *La Ley*, 1991-B, pp. 1198-1206.
- BELOFF, Mary A. *et al.*, *Convención sobre los Derechos del Niño comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- BIOCCA, Stella M., *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Lajouane, 2004.
- BIOCCA, Stella M., CÁRDENAS, Sara L. y BASZ, Victoria, *Lecciones de derecho internacional privado*, Universidad, Buenos Aires, 1997.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado en la estructura jurídica del mundo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Familia*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge A., “Aspectos ético jurídicos de la procreación humana artificial”, en *La Ley*, 1997-D, pp. 1212-1218.
- CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, Lilia M., “La filiación en el derecho internacional privado argentino”, en *La Ley*, 1990-C, pp. 1122-1138.
- CÓRDOBA, Marcos M. (dir.) - VANELLA, Vilma R. (coord.), *Derecho de Familia. Parte general*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- D’ANTONIO, Daniel H., *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1997.
- FAMÁ, María V., “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, en *La Ley*, 2011-C, pp. 1204-1218.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Buenos Aires, Universidad, 2000.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario y derecho constitucional de familia. Ley 26.618*, Buenos Aires, Ediar, 2010.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.
- KRASNOW, Adriana N., “La filiación y sus fuentes”, en *La Ley*, 2005-A, pp. 1458-1464.
- MATOZZO DE ROMUALDI, Liliana A., “¿Madre subrogada o esposa subrogada?”, en *El Derecho*, 181, pp. 1451-1459.
- MAZZINGHI, Jorge A., *Tratado de derecho de familia*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- MEDINA, Graciela y ERADES, Graciela, “Maternidad por otro. Alquiler de úteros”, *Jurisprudencia Argentina*, 1990, II, 714-717.
- MIZRAHI, Mauricio L., “Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica”, en *La Ley*, 2002-B, pp. 1198-1209.
- “El niño y la reproducción humana asistida”, en *Diario La Ley* publicado el 30 de agosto de 2010, pp. 1-2.

- PERRINO, Jorge O., “Filiación. Anteproyecto del Código Civil”, en *Diario La Ley* publicado el 29 de diciembre de 2011, pp. 1-2.
- RODRÍGUEZ, Mónica S., “Según pasan los años...”, en FELDSTEIN, Sara L., *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho internacional privado y de la integración*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp. 111-128.
- SAMBRIZZI, Eduardo A., “El pretendido derecho a tener un hijo a la maternidad subrogada”, en *Diario La Ley*, edición del 3 de agosto de 2010, pp. 1-2.
- WAIGMAISTER, Adriana M. y LEVY, Lea M., “La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, pp. 451-453.
- WEINBERG, Inés M. *Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.
- ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1998.