

RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Y SU CONTRADICCIÓN CON EL SILENCIO LEGISLATIVO. UNA PERSPECTIVA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS*

MARTINA OLIVERA **

Resumen: El presente trabajo abordará la contradicción existente en países como la Argentina, donde no existe regulación legal de la gestación por sustitución,¹ y aun así reconoce la filiación internacional derivada de la mencionada Técnica de Reproducción Humana Asistida. En este sentido abordaré los problemas que derivan de dicha contradicción y las cuestiones que se encuentran involucradas en el reconocimiento de la filiación, particularmente cuando se trata de su aspecto internacional. Sin embargo, opté por utilizar un enfoque que tenga como centro al niño o niña que nace de la maternidad subrogada, utilizando como eje rector al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, adelantando las conclusiones, sostendré la necesidad imperiosa de contar con una legislación cierta y definida que otorgue seguridad jurídica a la situación de los niños que nacen mediante la gestación por sustitución. Así como una definición más aca-

* Esta obra ha sido seleccionada como una de las ganadoras del Concurso de Ponencias para Estudiantes "Temas de Derecho Civil desde la perspectiva de Derechos Humanos" organizado por el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

** Estudiante de Abogacía (UBA). Investigadora estudiante en el Proyecto UBACyT "Subjetividad y participación en instancias internacionales: un análisis jurídico en torno de las intervenciones e interacciones de actores y entidades en el ámbito internacional" dirigido por Carolina Anello y codirigido por Natalia Luterstein. *Las ideas contenidas en el presente trabajo son el resultado de un trabajo de investigación realizado en el marco del Seminario de Investigación "Filiación internacional y técnicas de reproducción asistida. El caso de la gestación por sustitución", a cargo de la Dra. Luciana Scotti.*

1. En el presente trabajo se utilizarán de manera indistinta los términos maternidad subrogada y gestación por sustitución, sin perjuicio de las diferencias que existen entre ambas figuras. Asimismo, cabe destacar que no abordaré las cuestiones involucradas en el contrato de maternidad subrogada ni las referentes a los padres con voluntad procreacional.

bada y con contenido cierto del "interés superior del niño" en lo que hace a la gestación por sustitución.

Palabras clave: gestación por sustitución – filiación – derecho a la nacionalidad – apátrida – protección a la familia – interés superior del niño

Abstract: This paper will address the contradiction in countries like Argentina, where there is no legal regulation of pregnancy by substitution, but it recognizes the international affiliation derived from the techniques of assisted human reproduction. In this regard, I will address the problems arising from this contradiction and issues that are involved in the recognition of the filiation, particularly when it comes to its international aspect. However, I chose to use an approach that has as its center the child, using as guiding principles the International Law of Human Rights. Finally, advancing conclusions, I will argue the urgent need for a certain and defined legislation that gives legal certainty to the situation of children born through gestation substitution. As well as a more complete content of the "best interest of the child" in regard to pregnancy by substitution.

Key words: pregnancy by substitution – filiation – right to a nationality – stateless person – right to family protection – best interest of the child

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una práctica que presenta diversos matices éticos, políticos, económicos, religiosos, entre otros² que hacen que las legislaciones del mundo se hayan expedido en diversos sentidos. Ellas pueden ser divididas en tres grupos:

1) Legislaciones que prohíben la gestación por sustitución, como

2. Para ampliar sobre las cuestiones involucradas en la gestación por sustitución puede consultarse: CIRUZZI, M. S. "Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Código Civil: un enfoque bioético", 15 de agosto de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC.5923-AR | MJD5923 [Consulta: 8 de noviembre de 2014]; LAMM, E., "Gestación por sustitución: realidad y derecho", julio de 2012, en *Revista para el Análisis del Derecho*, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf; PEREZ, F. V., "Maternidad subrogada", 21 de marzo de 2011, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234 [Consulta: 10 de noviembre de 2014].

por ejemplo: Alemania, Austria, Chile, España, Japón, Francia, Finlandia, Suecia, Suiza, Turquía, entre otros.³

- 2) Legislaciones que aceptan la práctica (aunque algunas con diferentes condiciones o matices): India, Rusia, Ucrania, Australia, Queensland, New South Wales, Western Australia, Victoria, Canadá, Columbia Británica, Grecia, Rusia, Sudáfrica, Brasil, Sinaloa, México, Uruguay.⁴
- 3) Legislaciones que no regulan la maternidad subrogada: Argentina, Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumania y San Marino.⁵

Es, justamente, por esta diferencia en el derecho comparado que surgen las contradicciones que se analizarán a continuación.⁶

II. CONTRADICCIONES

En países como la Argentina, donde no está regulada la práctica de la gestación por sustitución, el hecho de reconocer la filiación de niños nacidos de esta técnica implica una clara contradicción.

No debe perderse de vista que el legislador ha dejado deliberadamente de lado el artículo que se refería a la maternidad subrogada en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, recientemente sancionado. Es cierto que su exclusión se debió "...a la falta de consenso en torno a la regulación de este tipo de prácticas, atendiendo a los múltiples y comple-

3. HERRERA, M. y LAMM, E., "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", en *La Ley* 2014-D, 1165; LAMM, E.; "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", *Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 24, enero de 2012, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

4. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y LAMM, E., "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos", en *La Ley* 2014-C, p. 1.

5. HERRERA, M. y LAMM, E., ob. cit., p. 1165.

6. Para ampliar sobre las diferencias en el derecho comparado, véase: VILAR GONZÁLEZ, S., "Situación actual de la gestación por sustitución", en *Revista de Derecho UNED*, 2014, Nro. 14, pp. 897-934.

jos debates éticos y morales que derivan de su aplicación".⁷ Sin embargo, lo cierto es que el posterior reconocimiento de la filiación, cuando existe un vacío legal, termina implicando, en última instancia, la aceptación de la práctica.

Por otro lado, esta situación causa una falta de seguridad jurídica⁸ que perjudica, sobretudo, al niño por nacer. Los padres que deciden someterse a esta práctica, a su vez, no tienen la seguridad de que al niño o niña que nace sea reconocido por el Estado de su nacionalidad, pudiendo quedar en un inaceptable limbo jurídico.

A su vez, ante la falta de legislación, el reconocimiento de la filiación quedaría supeditado a la discrecionalidad del juez el cual podrá, según en qué argumentos se base, otorgarle la filiación o no.

Por último, ya se ha dicho que "la diferencia de respuestas por parte de los distintos ordenamientos jurídicos ha provocado un inevitable 'turismo reproductivo'. Muchas personas o parejas deseosas de tener un hijo viajan a los países en los que se permite esta práctica, de la cual nacen niños que el derecho debe indefectiblemente proteger".⁹

Como puede evidenciarse, mantener una actitud legislativa pasiva respecto a la gestación por sustitución trae más problemas que soluciones.

III. CUESTIONES INVOLUCRADAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN

En el presente apartado se analizarán las cuestiones que tienen (o podrían tener) en cuenta los jueces al momento de reconocer o no la filiación derivada de la gestación por sustitución, sobre todo cuando se trata de filiación internacional.

7. GONZÁLEZ MAGAÑA, I., "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Nro.181, 03 de noviembre de 2014.

8. SCOTTI, L. B., "El reconocimiento extraterritorial de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas", en *Pensar en Derecho* Nro. 1, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Eudeba, diciembre de 2012 – febrero de 2013, pp. 267 - 289.

9. HERRERA, M. y LAMM, E., "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", 19 de septiembre de 2012, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971 [Consulta: 09 de noviembre de 2014].

Debe aclararse, a su vez, que me referiré especialmente a los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego proponer una solución legislativa al problema.

III.A. Derecho a una nacionalidad

El derecho a una nacionalidad se encuentra receptado en diversos Tratados Internacionales entre los cuales cabe destacar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual en su artículo 20 establece que toda persona tiene derecho a una nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra y que, además, a nadie se lo privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 7 estipula: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".

Respecto a este derecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la nacionalidad es un derecho fundamental cuya importancia reside en que ella, como vínculo jurídico que liga a un niño con un Estado, permite que adquiera y ejerza los derechos propios de pertenecer a una comunidad política. En este sentido, debe ser entendido como un prerequisite para el ejercicio de otros Derechos Humanos.¹⁰

El derecho a la nacionalidad cobra especial relevancia en los casos de gestación por sustitución realizados en países como India o Ucrania, ya que esos Estados si bien admiten la práctica, no otorgan la nacionalidad a hijos de extranjeros nacidos en su territorio. Al no adquirir la nacionalidad en el país de nacimiento, los padres deben recurrir, necesariamente, al país de su nacionalidad. Sin embargo, en los países que prohíben o no reconocen la práctica, podría no reconocerse la filiación que deriva de la gesta-

10. Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 136 y sgtes.

ción por sustitución, con todas las consecuencias que ello conlleva. Entre ellas debe resaltarse el hecho de que el niño queda en un limbo jurídico, imposibilitado de adquirir nacionalidad alguna y, por ende, de obtener los documentos de viaje para salir del país donde nació.¹¹

En ese caso, estaríamos frente a niños apátridas,¹² imposibilitados de gozar de sus derechos civiles, agravando su situación de vulnerabilidad.¹³ Debe resaltarse que "...una persona apátrida, ex definitione, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado".¹⁴ Ocasionando de esta manera una vulneración a la dignidad humana, "...ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado".¹⁵

Lo dicho no es una mera situación hipotética sino que, por el contrario, existen casos argentinos que han ocurrido como consecuencia de la falta de regulación legal. Entre ellos haré referencia a tres casos de ellos en los cuales, luego del análisis efectuado por el juez interviniente, decidió otorgarles a los niños nacidos por gestación por sustitución la nacionalidad argentina.

El primero es el caso de la niña Cayetana, hija de un español y una argentina, quienes residen en España. Tras varios tratamientos para poder quedar embarazada, haber perdido un embarazo y el intento fallido de adoptar, la Sra. Elsa Florentina Saint Girons y su esposo el Sr. Juan Antonio González González, decidieron realizar la gestación por sustitución en la República de la India. La niña que nació de esta práctica, Cayetana, fue inscripta en el registro correspondiente de Nueva Delhi.

La Sra. Saint Girons se dirigió a la Sección Consular de la Embajada Argentina en Nueva Delhi, a fin de inscribir a su hija con la nacionalidad argentina. Sin embargo, los funcionarios no hicieron lugar al pedido toda

11. LAMM, E., Gestación por sustitución. *Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Ed. Universitat Barcelona, 2013.

12. No debe perderse de vista la existencia de una Convención Internacional que propende a la eliminación de los casos de apatridia. Véase la "Convención para reducir los casos de apatridia" de la Organización de las Naciones Unidas de 1961, Serie Documentos de Naciones Unidas A/CONF.9/15.

13. Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130, párr. 142.

14. *Ibíd.*, párr. 178.

15. *Ibíd.*, párr. 179.

vez que entendían que la madre debía residir en el país para poder darle su nacionalidad a su hija.

Ante la negativa, interpuso una demanda en el Juzgado de Primera Instancia de Familia de San Lorenzo. El juez, luego de realizar un análisis pormenorizado de las cuestiones en juego, decidió otorgarle la nacionalidad a la niña.¹⁶

El segundo es el caso de un matrimonio homosexual de varones que decidieron recurrir a la gestación por sustitución también en la República de India. El niño que nació, Tobías, fue apátrida y con filiación incierta hasta que se resolvió ordenar a la Dirección General de Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que inscribiera la partida de nacimiento de Tobías.¹⁷

Por último, el caso de una pareja homosexual de dos varones, no casados, que celebraron un acuerdo de gestación por sustitución en la República de la India. Sabiendo los problemas que conlleva esta práctica para el reconocimiento de la filiación por parte de la Argentina, promovieron una acción de amparo a fin de que se inscribiera al niño y solicitaron que se libre oficio a la Embajada Argentina en Mumbai para que expidiera un pasaporte provisional y así poder volver a la Argentina. El juez, al igual que en los dos casos anteriores, accedió a lo solicitado por los peticionantes.¹⁸

Como puede advertirse, la persona más vulnerable y a quien se le debe otorgar mayor protección es la que resulta, en estos casos, totalmente desprotegida.

III.B. Derecho a la identidad

Este derecho ha sido reconocido de manera expresa por la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 8.1 señala: "[...] los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas". En este sentido, la identidad es un

16. Juzgado de Primera Instancia de distrito de Familia, San Lorenzo, "S. G. E. F. y G. C. E. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 02 de julio del 2012.

17. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "D. C. G. y G.A. M. c/ GCBA s/ Amparo", sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012.

18. Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "L. R. R. y M. H. J. C. c/ GCBA s/ Amparo", sentencia del 11 de enero del 2013.

derecho que comprende varios elementos, como la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares siendo un derecho de carácter autónomo.¹⁹

En este sentido, entiendo que el derecho a la identidad se encuentra íntimamente ligado con la nacionalidad del niño y, en consecuencia cuando no se le reconoce nacionalidad alguna se estaría vulnerando, asimismo, su derecho a la identidad.

III.C. Derecho de igualdad y no discriminación

Como eje fundamental del análisis de las cuestiones implicadas en el reconocimiento o no de la filiación derivada de la gestación por sustitución debo mencionar a la prohibición de discriminación. Teniendo en cuenta que estamos ante casos en donde se encuentran involucrados niños, el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece claramente que los Estados Parte deben respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción, independientemente del nacimiento.

En ese sentido, "el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico".²⁰

Como puede evidenciarse, otorgarle un trato diferente –discriminatorio– al niño por el hecho de haber nacido mediante maternidad subrogada implica ir en contra de un principio fundamental del derecho internacional.

III.D. Protección a la familia

Dada la importancia del derecho a la protección del núcleo familiar, el Estado está obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar.²⁰ Pensemos en casos como los mencionados de Cayetana o Tobías

19. Corte IDH, "Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232, párr. 112.

20. Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257, párr. 145; "Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248, párr. 225.

quienes debieron permanecer en la República de la India durante varios días hasta tanto un juez le otorgó la nacionalidad argentina. En esos casos, las familias deben separarse pues no pueden permanecer por un tiempo indeterminado en otro país descuidando su trabajo.

Sin embargo, es cierto que, tal como lo ha establecido la Corte de Casación Francesa en el conocido caso *Menesson*,²¹ no se vería perjudicada la protección de la familia si el niño puede entrar y permanecer en el país donde viven sus padres y, donde eventualmente podría naturalizarse. Este supuesto se daría en casos como la gestación por sustitución realizada en algunos Estados de Estados Unidos pues allí les reconocen la nacionalidad norteamericana y, consecuentemente, pueden obtener los documentos de viaje para salir del país.

III.E. Derecho a la vida privada

No puede perderse de vista el pronunciamiento efectuado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Menesson* que condenó al Estado Francés por injerencias arbitrarias en la vida privada de los menores involucrados.²²

Para así decidir, el tribunal manifestó que dicha injerencia arbitraria "se observa en el desconocimiento de una relación de filiación entre padre-hijo que era legal".²³ Creo que el pronunciamiento mantiene una lógica con los derechos humanos en juego, toda vez que si no se les reconoce la filiación que ya había sido reconocida en otro país se los pondría en una situación de total inseguridad jurídica.

III. F. Interés superior del niño

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el interés superior del niño debe ser entendido "...como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia [...]

21. Cour de cassation, Première chambre civile, "M. X..., Mme Y... agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs Z... et A... X... vs. Procureur général près la Cour d'appel de Paris", Arrêt N° 370 du 6 avril 2011.

22. European Court of Human Rights, "Case *Menesson c. France*", Judgment, 26 June 2014, Application no. 65192/11.

23. HERRERA, M. y LAMM, E., ob. cit., p. 1165.

se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño [...] y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".²⁴

Asimismo, "...esta directriz cumple una función correctora e integradora de las normas legales, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño".²⁵ En este sentido, toda decisión que sea tomada por el Estado que involucre una limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tener en cuenta el interés superior del niño.²⁶ Y, a su vez, "lo que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención".²⁷

Sin embargo, el interés superior del niño no debe ser entendido solo como un principio jurídico interpretativo fundamental ante situaciones en las que están involucrados niños, sino también un derecho sustantivo y una norma de procedimiento. En este sentido se ha expedido el Comité de los Derechos del Niño estableciendo que el interés superior del niño es:

Principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

Derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea

24. Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33; Corte IDH, Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 138.

25. GROSSMAN, C. P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Ley* 1993-B, p. 1095.

26. Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260, párr. 142.

27. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General Nro. N° 14, El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.

una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.

Norma de procedimiento: el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.²⁸

En este sentido, y tal como lo ha expuesto parte de la doctrina, es que es imperioso analizarlo a priori y a posteriori. "A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución (que implica que este niño no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron e incluso, uno de ellos, al menos, aportó su material genético) puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes que él existiera".²⁹

Por otro lado, y en virtud del carácter vago y ambiguo de este concepto, es que ha sido utilizado abusivamente por gobiernos y otras autoridades estatales para justificar ciertas políticas.³⁰ Así, la Sala en lo Civil del Tribunal Supremo de España ha dicho:

"...el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en la ley para su determinación supone también un perjuicio para el menor. Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Es necesario por tanto realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique a los menores".³¹

28. Ibid.

29. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E. y HERRERA, M., "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley 2012-E*, Buenos Aires, p. 960.

30. COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO, Observación General Nro. N° 14, *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*.

31. Tribunal Supremo de España, Sala en lo Civil en pleno, "D. Ramón y D. César c/ Administración General del Estado" sentencia del 6 de febrero del 2014.

Como puede evidenciarse, este principio-derecho puede ser utilizado para cualquiera de las dos argumentaciones, ya sea a favor del reconocimiento de la filiación derivada de la gestación por sustitución como en contra.

III.G. Orden Público

El orden público ha sido utilizado como excepción al reconocimiento de la filiación derivada de la maternidad subrogada realizada en el exterior, cuando los comitentes aspiran a que se reconozca al niño en el país de origen de los padres.³²

Así, se ha sustentado en el orden público haciendo referencia a “la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría “un derecho al niño”, como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes”.³³

32. DREYZIN DE KLOR, A., “El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia”, 30 de septiembre de 2014, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-6894-AR | MJD6894 [Consulta: 18 de noviembre de 2014].

33. SANTOS BELANDRO, R.ñ B. “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación inter-

Sin embargo, en el caso de la República Argentina, donde los Tratados Internacionales de Derechos Humanos han sido incorporados a la propia Constitución Nacional, que consagran derechos como la nacionalidad, no discriminación, entre otros constituyen, tal como lo ha entendido reconocida doctrina, el orden público argentino.³⁴

En este sentido el orden público puede ser utilizado, dependiendo de los argumentos esgrimidos en ambos sentidos.

III.H. Soberanía Estatal

Sin perjuicio de la potestad que tiene cada Estado, en virtud de ser soberanos, de adoptar la forma que estime conveniente para adquirir su nacionalidad (*ius soli o ius sanguinis*),³⁵ lo cierto es que con la evolución de los tiempos se han impuesto ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados.

Así, actualmente "...en la reglamentación de la nacionalidad no solo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos. [...] En efecto, de la perspectiva doctrinaria clásica en que la nacionalidad se podía concebir como un atributo que el Estado otorgaba a sus súbditos, se va evolucionando hacia un concepto de nacionalidad en que, junto al de ser competencia del Estado, reviste el carácter de derecho de la persona humana".³⁶

III.I. Fraude a la ley

La excepción de fraude a la ley también puede ser invocada como excepción. "En efecto, el sometimiento a los procedimientos médicos ne-

nacional de los documentos relacionados con ella", en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 25 de noviembre de 2011, *elDial.com* – DC1792 [Consulta: 3 de noviembre de 2014].

34. DREYZIN DE KLOR, A., ob. cit.

35. Para ampliar sobre el tema de la nacionalidad véase: BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavallía, 2008, pp. 609-623.

36. Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización". Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párrs. 32 y 33; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 138.

cesarios se torna factible solo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza".³⁷

En este sentido, debe distinguirse entre los casos en que la gestación por sustitución tiene lugar en países en donde los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados y los que los particulares se trasladan al solo efecto de realizar la práctica.³⁸ Es en este último caso en donde el fraude a la ley podría ser utilizado.

IV. EL CASO DE LA ARGENTINA: UN VACÍO LEGAL QUE DEBE SER LLENADO

En nuestro país, tal como se ha expuesto, no está legislada la gestación por sustitución, aun cuando existen casos jurisprudenciales en los cuales se optó por reconocer la filiación derivada de este tipo de técnica. Es en este orden de cosas que creo indispensable la existencia de una regulación que defina la postura argentina en torno a estas técnicas.³⁹

No debe perderse de vista que el artículo 2634 del recientemente sancionado Código Civil y Comercial de la Nación establece:

"Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

Sin embargo, creo que, aunque es una regulación necesaria, no es suficiente para atender a la realidad que nos rodea. El derecho debe, necesari-

37. SCOTTI, L. B., ob. cit., pp. 267 - 289.

38. DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C., "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

39. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., ob. cit., pp. 267 - 289.

riamente, acompañar los avances científicos, máxime cuando lo que está en juego es nada menos que los derechos de un niño. Tal como han dicho las Dras. Marisa Herrera y Eleonora Lamm, la gestación por sustitución es una realidad imposible de evitar, que "si se pretende ser soslayada, los principales perjudicados serán los más vulnerables y a quienes diversos instrumentos internacionales, regionales y nacionales obligan a priorizar: los niños".⁴⁰

Una parte de la doctrina⁴¹ ha interpretado que, en el estado actual de la legislación argentina, la solución a este vacío jurídico podría ser la utilización de la figura de la adopción.⁴² Esta solución mediata causa el mismo problema que se quiere evitar, toda vez que utilizar una figura distinta a la de adquisición de la filiación derivada de la gestación por sustitución es igual de fraudulento que realizar la práctica en el exterior cuando en el país no está regulada.

Sin embargo, es cierto que "...la armonización del derecho de familia no resulta posible de manera general pues se trata de un campo que refleja el ser de cada estado; si acaso pudiera avanzarse por esa dirección en algunos de sus sectores, subsistirían diferencias porque no concurren los principios sobre los que cada ordenamiento normativo basa la interpretación de sus propios axiomas".⁴³ Máxime cuando nos encontramos ante Estados Islámicos que contienen principios totalmente diferentes a los principios occidentales.⁴⁴

En otro orden de ideas, es cierto que problemas como los que se plantean aquí podrían ser solucionados por el Derecho Internacional Privado

40. HERRERA, M. y LAMM, E., ob. cit., p. 1165.

41. BASSET, Ú. C. y SALAVERRI, M., "Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Nro. 97, 14 de julio de 2014.

42. Esta es la solución que encontró Israel al problema del reconocimiento de la filiación derivada de la maternidad subrogada. Véase Ley 5746/1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución.

43. SCHWENZER, I., "Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law", en *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Vol. VI, N° 1/2, 2006, p. 145-157, citado por DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C., "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

44. SCOTTI, L. B., ob. cit., pp. 267-289.

y, eventualmente, por la tarea codificadora de la Conferencia de la Haya,⁴⁵ lo cual no es objeto del presente trabajo. Sin embargo, cualquiera sea la solución a la que se arribe no deben perderse de vista los derechos humanos internacionalmente reconocidos.⁴⁶ Las distintas ramas del derecho no son compartimentos estancos de un sistema, sino que, por el contrario, se insertan y deben conjugarse con el objeto de proteger de manera acabada a los niños.

En este sentido, al intentar encontrarle una solución a esta inseguridad jurídica en la que se encuentra la parte más desprotegida y, más allá de la necesidad de una legislación interna, es que creo imperioso que se puedan consensuar unos "principios rectores" que llenen de contenido el interés superior del niño, aplicable a esta materia. Esto teniendo en cuenta que el "interés superior del niño" es un concepto tan versátil que permitiría tanto el reconocimiento como la prohibición de la práctica. Con esto propongo que existan unas pautas rectoras que propendan, efectivamente, al interés superior del niño y no, por el contrario, que sea un concepto utilizado discrecionalmente.

Entre los principios que deberían estar contenidos, entiendo que es vital hacer mención a la adquisición de la nacionalidad del niño, sobre todo cuando se den casos como el de Cayetana, con el objeto de no tener que llegar a solicitar judicialmente la nacionalidad, con todas las dificultades que ello trae aparejado.

A su vez, creo que debe estar comprendido el principio de *favor filii*, toda vez que el derecho de los niños a una filiación sostenida debe prevalecer en estas situaciones.⁴⁷

No puede perderse de vista que existen este tipo de principios y, de hecho, son aplicados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido puede resaltarse el caso de las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad" las cuales fueron utilizadas en el Caso Mendoza y otros contra la Argentina.⁴⁸

45. Para más información se puede acceder a la página web: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=178

46. DREYZIN DE KLOR, A. y HARRINGTON, C., ob. cit., pp. 301-329.

47. DREYZIN DE KLOR, A., "Familia. Postmodernidad. Derecho internacional privado", en DREYZIN DE KLOR, A. y ECHEGARAY DE MAUSSIÓN, C. (dirs.), *Nuevos Paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2011, pp. 55-80.

48. Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C No. 260, párr. 187 y sgtes.

V. A MODO DE COLOFÓN

Es total y completamente necesaria una legislación que se expida en algún sentido respecto a la práctica que es objeto de estudio. Sin embargo, también es imperiosa la existencia de una "armonización del derecho internacional" que llene de contenido un concepto tan vago y ambiguo como el interés superior del niño.

Creo que si se pone en el centro del escenario al niño y sus derechos, llegar a un consenso sobre principios básicos es más factible que si el centro de la cuestión versa sobre los derechos de los padres con voluntad procreacional.⁴⁹ Al fin y al cabo, lo que se está regulando involucra y perjudica directamente al niño, quien debe estar especialmente protegido por cualquier legislación tanto nacional como internacional.

En este sentido coincido con las Dras. Kemelmajer de Carlucci, Lamm y Herrera que la regulación es la solución que mejor satisface el interés superior del niño dado que la experiencia muestra que, salvo supuestos de verdaderos ilícitos (por ej., apropiación), casi siempre es mejor para el niño tener vínculo legal con quien lo quiere, lo educa y lo protege.⁵⁰

Por último, no debe perderse de vista que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación recepta de manera clara en sus artículos 1 y 2 los derechos humanos internacionalmente reconocidos tanto como fuente de derecho como principios interpretativos que deben regir en todo momento.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

BARBOZA, Julio, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 2008, pp. 609-623.

49. Con esto no quiero decir que se dejen de lado sus derechos ni mucho menos, pero lo cierto es que la persona más vulnerable y que sufre todas las consecuencias de la falta de legislación es el niño.

50. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; LAMM, E. y HERRERA, M., "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley* 2012-E, 960.

- BASSET, Úrsula C. y SALAVERRI, Milagros, "Maternidad subrogada en el extranjero: el derecho y la filiación de un niño", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 14 de julio de 2014, Nro. 97.
- CIRUZZI, María S. "Las técnicas de reproducción humana asistida en el anteproyecto de reforma al Código Civil: un enfoque bioético", 15 de agosto de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC.5923-AR | MJD5923.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana y HARRINGTON, Carolina, "La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?", en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, "El concepto de orden público internacional en las relaciones de familia", 30 de septiembre de 2014, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-6894-AR | MJD6894.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, "Familia. Postmodernidad. Derecho internacional privado", en: DREYZIN DE KLOR, Adriana y ECHEGARAY DE MAUSIÓN, Carlos (dirs.), *Nuevos Paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2011.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "La tácita inclusión de la gestación por sustitución en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Preámbulo necesario de una norma expresa que la regule", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 03 de noviembre de 2014, Nro.181.
- GROSSMAN, Cecilia P., "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", en *La Ley* 1993-B.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", 19 de septiembre de 2012, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Primera parte", 12 de abril de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5751-AR | MJD5751.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte", 13 de abril de 2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJD5752.
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre

- gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar”, en *La Ley* 2014-D.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos”, en *La Ley* 2014-C.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, “Regulación de la gestación por sustitución”, en *La Ley* 2012-E.
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Ed. Universitat Barcelona, 2013.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución: realidad y derecho”, julio de 2012, en *Revista para el Análisis del Derecho*, Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.
- LAMM, Eleonora, “La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”, *Revista de bioética y derecho de la Universidad de Barcelona*, N° 24, enero de 2012, Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/7610/9516>.
- PÉREZ, Fernanda V., “Maternidad subrogada”, 21 de marzo de 2011, en *Microjuris.com*, Cita: MJ-DOC-5234-AR | MJD5234.
- SANTOS BELANDRO, Rubén B. “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, 25 de noviembre de 2011, *elDial.com* – DC1792.
- SCHWENZER, Ingeborg, “Methodological Aspects of Harmonisation of Family Law”, en *European Journal of Law Reform*, Center for International and Comparative Law, Vol. VI, N° 1/2, 2006, p. 145-157.
- SCOTTI, Luciana B. “La ‘maternidad subrogada’ en la legislación y jurisprudencia argentinas”, en *Revista digital En Letra*, Año 1, Nro. 1, Buenos Aires, febrero de 2014, pp. 47-78.
- SCOTTI, Luciana B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, en *Pensar en Derecho* Nro. 1, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Eudeba, diciembre de 2012 – febrero de 2013, pp. 267-289.
- VILAR GONZALEZ, Silvia, “Situación actual de la gestación por sustitución”, en *Revista de Derecho UNED*, 2014, Nro. 14, pp. 897-934.

Jurisprudencia Nacional

Cour de cassation, Première chambre civile, "M. X..., Mme Y... agissant en qualité de représentants légaux de leurs enfants mineurs Z... et A... X... vs. Procureur général près la Cour d'appel de Paris", Arrêt n° 370 du 6 avril 2011.

Juzgado de Primera Instancia de distrito de Familia, San Lorenzo, "S. G. E. F. y G. C. E. s/ medida autosatisfactiva", sentencia del 02 de julio del 2012.

Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "L. R. R. y M. H. J. C. c/ GCBA s/ Amparo" sentencia del 11 de enero del 2013.

Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "D. C. G. y G. A. M. c/ GCBA s/ Amparo" sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012.

Tribunal Supremo de España, Sala en lo Civil en pleno, "D. Ramón y D. César c/ Administración General del Estado" sentencia del 6 de febrero del 2014.

Jurisprudencia Internacional

Corte IDH, "Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", Sentencia de 14 de mayo de 2013 Serie C No. 260.

Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 28 noviembre de 2012, Serie C No. 257.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251.

Corte IDH, "Caso Vélez Restrepo y Familiares Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Serie C No. 248.

Corte IDH, "Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas", Sentencia de 31 de agosto de 2011, Serie C No. 232.

Corte IDH, "Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana", sentencia de 8 de septiembre de 2005, Serie C No. 130.

Corte IDH, "Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa

Rica relacionada con la Naturalización”. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

European Court of Human Rights, “Case *Mennesson c. France*”, Judgment, 26 June 2014, Application no. 65192/11.

Documentos y leyes

Código Civil y Comercial de la Nación.

Comité de Derechos del Niño, Observación General Nro. N° 14, “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”, 29 de mayo de 2013.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención para reducir los casos de apatridia.

Convención sobre los Derechos del Niño.