



# Universidad Abierta Interamericana

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA

CARRERA: ABOGACIA

Sede Regional Rosario

2018

## **TITULO DE LA TESIS:**

***“Maternidad Subrogada. Su reconocimiento extraterritorial”***

**PRESENTANTE: López, Vanesa Belén**

**Teléfono: 0341-155920146 / 0341-4254490**

**Correo electrónico: vanesabelenlopez@hotmail.com**

**Fecha de Presentación: 12/11/2018**

**DOCENTE TUTOR: Profesora Verónica Castro**

**PARTE I:**

**INTRODUCCIÓN**

## **CAPITULO 1:**

### **“MOMENTO LÓGICO”**

**Resumen:** **1.** Agradecimientos y Dedicatorias. **2.** Definición del área temática. **3.** Planteamiento del problema. **4.** Justificación. Resumen. **5.** Objetivos.

## **1. AGRADECIMIENTOS Y DEDICATORIAS:**

Esta obra la dedico de todo corazón a todos los *docentes de la carrera de abogacía de la UAI sede regional Rosario* que han promovido a lo largo de toda mi carrera el aprendizaje y formación profesional impulsando, más allá de una simple enseñanza de conocimiento formales, la interrelación entre los contenidos, la investigación de los mismos y el pensamiento crítico.

Han sido muchos años los transcurridos, en los cuales me han acompañado momentos de mucha felicidad como momentos difíciles y duros, pero gracias al apoyo diario de *mi familia, amigos y compañeros de la facultad* nunca he bajado los brazos y siempre he mantenido la mirada fija en la tan apreciada meta de alcanzar el título de abogada. A mi mamá *Delia Alfonso* por su amor sin fin y su apoyo incondicional. A mi papá *Andrés López* por ser el principal impulsor de mi estudio y por brindarme, desde que tengo uso de razón, el ejemplo de la lucha, del esfuerzo y del trabajo. Y a mi esposo y compañero de la vida *Hernán Moroni* por siempre comprenderme, darme fuerzas, apoyarme y por sobre todo darme las palabras de aliento cuando más lo necesité.

Por último quiero agradecer a la *Profesora Verónica Castro* ya que con su enorme corazón me proporcionado un apoyo y ayuda inmensos, en éste tramo final, al aceptar tutorarme en la presente tesis, ya que sin su amparo no me hubiera sido posible lograr este último gran paso.

GRACIAS!

## **2. DEFINICIÓN DEL ÁREA TEMÁTICA:**

Derecho Internacional Privado, Derecho de Familia, y Derecho Constitucional (derechos personalísimos).

## **3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:**

¿Qué es la Maternidad Subrogada?

¿Por qué las personas recurren a éste método?

¿Se encuentra reconocida este tipo de filiación?

¿Ese niño se encuentra protegido?

¿Quién es la madre/padre de ese niño?

¿Qué relación filiatoria existe entre el recién nacido y la mujer portadora?

¿Qué relación filiatoria existe entre el recién nacido y la mujer/hombre que aportó el material genético?

¿Se encuentra admitida en el Derecho Comparado?

¿Qué nacionalidad tiene?

¿Existen casos Jurisprudenciales en Argentina y en otros países?

¿Se encuentra legislado en Argentina?

¿Por qué el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación lo tenía contemplado y el Nuevo Código en su redacción final no lo incorporó?

¿Por qué si se reconocieron a la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida y no a la Subrogación de Vientres?

¿Cuál es el concepto de familia? ¿Debería adaptarse a los cambios y avances sociales?

¿Existen Tratados Internacionales que regulen el tema de la maternidad subrogada?

¿Cuáles son los criterios o argumentos que jurisprudencialmente se utilizan para reconocerla o rechazarla?

¿Debe reconocerse al acuerdo de voluntades o voluntad procreacional como nuevo paradigma de parentesco, es decir como nueva forma de filiación?

¿Qué principio a nivel internacional se debería aplicar para resolver los conflictos que acarrea del modo que otorgue mayor protección a los derechos humanos?

En resumidas cuentas se podría resumir el planteamiento del problema en la siguiente frase: “*El reconocimiento extraterritorial de la filiación del niño concebido mediante la subrogación de vientres*”.

#### **4. JUSTIFICACIÓN. RESUMEN:**

El presente trabajo es el resultado de la *gran cantidad de interrogantes* que hoy en día plantea el tema al existir al respecto un gran *vacío legal*.

El Derecho de Familia Internacional y más particularmente la Subrogación Materna es un terreno propicio para el desarrollo de razonamientos innovadores puesto que se trata de un sector en el que con mayor frecuencia se ponen frente a frente *sistemas jurídicos que responden a concepciones sociales, culturales y religiosas totalmente diferentes*, y que por ello los tratan de diversas maneras dentro de sus ordenamientos jurídicos. Ello plantea a los operadores jurídicos *desafíos y dilemas* en cuanto al **reconocimiento extraterritorial de la filiación del niño** cuando convergen en el caso elementos extranjeros, así como respecto al otorgamiento de la nacionalidad, ya que no se les expiden actas de nacimiento, pasaportes u otros documentos de viaje para que los padres puedan volver al país de origen con su hijo, quedando los niños varados, indefensos, subsumidos en una *laguna legal*, en un limbo jurídico, sin padres y sin nacionalidad. Todo ello también como consecuencia de

desconocer en la mayoría de los países este instituto y carecer a nivel internacional de normas que permitan al menos una cooperación internacional para evitar estos problemas priorizando el principio del interés superior del niño, el derecho a la no discriminación, el principio de pluralidad y respeto a la interculturalidad, el derecho a la información y el consentimiento de todas las partes intervinientes.

## **5. OBJETIVOS:**

- Ante este aparente callejón sin salidas, el objetivo de este trabajo consiste en primer lugar **estudiar la problemática** que trae aparejada el no reconocimiento de la Subrogación de Vientres y de su no reconocimiento extraterritorial.
- En segundo lugar **investigar e indagar** los argumentos doctrinales, legislativos y jurisprudenciales que existen sobre el tema, focalizándonos en las normativas constitucionales, internacionales y en las novedades que incorpora el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.
- Todo ello para finalmente **llegar a una conclusión personal** sobre toda esta problemática y a una **propuesta superadora** acerca de las herramientas jurídicas con las que debiéramos contar para llegar a resolver de la manera más respetuosa de nuestra Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos este gran dilema, reconociéndole efectos extraterritoriales a la Maternidad Subrogada (es decir, que una filiación declarada en un Estado en este sentido sea reconocida en todos los demás), y en lugar de que posea un reconocimiento meramente territorial, y en consecuencia efectos únicamente en el Estado que la declaró o reconoció.

## **CAPITULO 2:**

### **“MARCO TEÓRICO. CONCEPTOS”**

**Resumen:** 1. Interés Superior del Niño. 2. Familia. 3. Maternidad Subrogada. Tipos. 4. Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 5. Parentesco. 6. Voluntad Procreacional.

## **1. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO:**

En primer lugar cabe destacar que el problema en estudio es un fenómeno jurídico que hay que abordarlo interdisciplinariamente entre el Derecho de Familia, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Constitucional y que su fin último no es más que *proteger el interés superior del niño*.

La **Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente**, en su artículo 3, define Interés Superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley y los que en el futuro pudiera reconocérseles. Éste principio rige en materia de ejercicio de la responsabilidad parental, filiación, restitución del niño, niño o adolescente, adopción, emancipación y en toda circunstancia vinculada a las anteriores independientemente del ámbito donde deba desempeñarse. Para que el mismo se efectivice plenamente debe respetarse la condición de sujeto de derecho del niño, niña o adolescente, su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta, el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, y su centro de vida al cual lo define como el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Asimismo deja asentado que este principio es el que rige el ejercicio de la patria potestad, así como también la restitución del niño, la adopción del mismo, su emancipación y filiación. Finalmente establece que los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes prevalecerán siempre ante cualquier conflicto con otros derechos e intereses legítimos.

Por su parte a **Convención de los Derechos del Niño** en su **artículo 3 inciso 1** consagra éste principio obligando a todas las instituciones públicas o privadas a tener especial consideración al interés superior del niño, en todas las medidas que adopten concernientes a niños.

El Interés Superior del Niño es un principio fundamental sobre el que se cimienta gran parte de las legislaciones modernas en materia de derecho de familia. En el caso de la Argentina lo vemos expresamente consagrado en el **artículo 64 del**

**Código Civil y Comercial de la Nación** al legislar que éste debe ser el criterio tomado en cuenta a la hora de la determinación del apellido del hijo extramatrimonial con doble vínculo filial y como consecuencia de la determinación de la segunda filiación ambos progenitores no logran ponerse de acuerdo.

El Código Civil y Comercial de la Nación también nos lo marca como principio rector que debe respetarse en todo lo que refiera a la niñez y adolescencia: desde el ejercicio de la tutela, de la responsabilidad parental, del reconocimiento del hijo por nacer, la adopción, como principio que debe tomarse en cuenta en todo proceso de familia, entre otros.

## **2. FAMILIA**

Vivimos en una sociedad internacional globalizada que presencia en la actualidad un *cambio radical de paradigma* en cuanto a las nuevas estructuras familiares y diferentes modelos de familia, y como consecuencia de ello, la *mutación constante del concepto de familia*, que sin dudas constituye el núcleo central de la sociedad. Esto se debe a que ésta al encontrarse íntimamente vinculada con el espacio y el tiempo en el que se encuentra enmarcada va transformándose al ritmo de la sociedad, muchas veces no acompañados por el legislador. Así hoy coexisten diferentes estructuras familiares que a modo ejemplificativo se puede nombrar a las familias integradas por matrimonios heterosexuales, uniones convivenciales, matrimonios homosexuales, familias monoparentales, matrimonios con hijos adoptivos, familias ensambladas, entre otras tantas. Es por ello que nos encontramos en la actualidad ante la gran dificultad de encontrar una definición de familia y tal como se lo sostuvo **XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional de San Miguel de Tucumán** (1) “por más amplitud que pretenda darse a la definición, ésta no será válida a la hora de reglamentar a nivel internacional, pues, como vimos, existen divergencias en tiempo y espacio y conforme el entorno cultural de cada comunidad... Paradojalmente, mientras observamos la crisis de la institución familiar “tradicional”,

ésta se presenta desde el derecho internacional de los derechos humanos, como base primordial para el desarrollo del ser humano.”

El **Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas** (2) observó que “el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto... cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23”. Refiere al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2200 A (XXI) del 16/12/1.966 y ratificado por Argentina mediante Ley N° 23.313 del año 1.986, el cual en su artículo 23 inciso 1 establece que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a protección de la sociedad y del Estado”. El establecimiento de políticas de protección por parte de los Estados se debe a que la familia es considerada como elemento de estabilidad social. Por su parte el mencionado instrumento internacional otorga protección de la familia en su artículo 17 al establecer que la familia no será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales, y en su artículo 24 al sentar que “todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna...a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

Sin perjuicio de ésta multiplicidad de conceptos de familia en la que nos encontramos en el ámbito internacional se afirmó en el **XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional de San Miguel de Tucumán** (3) “huelga destacar que la conceptualización de la familia no puede contradecir las normas y principios esenciales que surgen de los instrumentos que plasman los derechos fundamentales del hombre”

### **3. MATERNIDAD SUBROGADA. Tipos.**

Subrogar es sustituir o ponerse una persona o una cosa en lugar de otra.

La maternidad subrogada es definida como el “acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer, la cual puede ser madre sólo gestante y/o biológica, sujeta a un acuerdo, contrato, pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer u hombre que figurará como madre o padre de éste” (4).

La maternidad subrogada se da cuando una mujer lleva el embarazo y da a luz a un bebé que le pertenece a otros padres genéticamente y legalmente. También se utilizan los términos “madres de alquiler” y “vientres de alquiler” para referirse a esta técnica de reproducción asistida. Para alcanzar el embarazo de la madre gestacional o portadora, se utiliza la fecundación in vitro o inseminación artificial, dependiendo del caso.

Los lugares a los cuales se suele recurrir para hacerlo posible es la **India** debido a sus bajos costos, y a **Estados Unidos** ya que aquí se les otorga al recién nacido la nacionalidad de los padres genéticos en forma automática.

El DERECHO COMPARADO está muy lejos de asistir a una regulación armónica sobre la filiación a través de contratos de gestación o maternidad subrogada:

1- En algunos Estados los contratos de maternidad subrogada están expresamente prohibidos, argumentándose la violación de los derechos del niño y la dignidad de la madre subrogante, reducidos ambos a mero objeto del contrato. En varios de estos Estados celebrar un contrato de subrogación de maternidad puede dar lugar a sanciones penales.

2- Otros Estados, entre los que se encuentra Argentina, carecen de normas expresas, por lo cual *el status del hijo subrogado es determinado por las reglas de la filiación en general.*

3- Un tercer grupo de Estados lo admite y legisla sobre la maternidad subrogada estableciendo ciertas formas de subrogación, personas elegibles para su celebración y el status del niño nacido en tales condiciones.

Cuando asistimos a un *conflicto entre personas con domicilio o nacionalidad en alguno de los dos primeros grupos* que han celebrado el contrato de maternidad subrogada en un Estado perteneciente al tercer grupo, el conflicto entre uno y otro sistema jurídico se plantea al tener que determinar: a) quiénes son los padres del niño y b) cuál es su nacionalidad. Los remedios utilizados son generalmente el otorgamiento al niño de la nacionalidad del Estado donde ha nacido, situación que solo la permiten los sistemas cuya nacionalidad se sustenta en el Ius Soli. En otros casos los padres procuran su reconocimiento en el Estado en el cual pretenden hacer efectivo el derecho de su paternidad. *Ambos remedios son insuficientes*: el primero por ser de difícil aplicación cuando se enfrentan sistemas de nacionalidad basados unos en el Ius Sanguinis y otros en el Ius Soli. El segundo porque el reconocimiento de una decisión administrativa o judicial extranjera está sometido al control del orden público del Estado en el cual se pretende hacer efectivo el acto administrativo o judicial extranjero.

### **Tipos de Maternidad Subrogada** (5)

Según la genética del bebé, la maternidad subrogada puede ser de dos tipos:

- **TRADICIONAL**: La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio de Inseminación artificial o fecundación in vitro.
- **GESTACIONAL**: Cuando el óvulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante fecundación in vitro.

La maternidad subrogada también puede dividirse en dos tipos según las finanzas que hayan de por medio:

- **ALTRUISTA**: Cuando la mujer que lleva el embarazo lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales.
- **LUCRATIVA**: Cuando la madre gestacional ofrece llevar el embarazo a cambio de una suma de dinero. En este caso las mujeres gestantes suelen trabajar por medio de una agencia especializada, variando el monto a recibir varía según el contrato negociado.

#### **4. TECNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (TRHA):**

El cambio paradigmático vino de la mano con las nuevas técnicas de reproducción humana asistida, que han ido surgiendo como alternativas a la infertilidad y a la imposibilidad de procrear de las parejas del mismo sexo. Una de estas técnicas es la maternidad subrogada, gestación por sustitución o más comúnmente conocido como alquiler de vientre.

La **Ley Nacional N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida**, en su artículo 2, conceptualiza estas prácticas como todos aquellos “procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”.

Este vínculo jurídico se puede establecer tanto como fruto de prácticas de tipo homólogas, es decir, en aquellas donde el material genético corresponde a los comitentes que requieren la técnica, como así también respecto de aquellas de carácter heterólogas, en las cuales, el material genético proviene en un todo, o en parte, de un tercero o terceros ajenos al solicitante o pareja requirente.

Estas las técnicas de reproducción humana asistida pueden clasificarse, en cuanto a su origen, como de **Baja complejidad**, si es tratarse de un procedimiento ambulatorio, sin anestesia general en donde se inyecta en el seno materno el esperma, como por ejemplo la inseminación artificial, o de **Alta complejidad**, cuando el

procedimiento necesita de un laboratorio altamente especializado. Con éstos últimos se soluciona la imposibilidad de que el óvulo sea fecundado en forma intrauterina, a través de la extracción, por medio quirúrgico, de óvulos de la mujer, que junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio, es decir, en forma extrauterina. Ejemplo de éste último es la fertilización in vitro.

El artículo 558 del **Código Civil y Comercial de la Nación** incluye a las técnicas de reproducción humana asistida como fuente de **FILIACIÓN**, la cual se la define como vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores. La mencionada norma le otorga a la *filiación por técnicas de reproducción humana asistida* igualdad de efectos que la *filiación por naturaleza* y la *filiación por adopción*, lo que implica un cambio de paradigma radical al modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo. Si bien la filiación por naturaleza reconoce su fundamento en el elemento biológico derivado del acto sexual, tanto en la filiación por adopción y a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencia porque en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida la voluntad debe ser manifestada con anterioridad a la concepción, mientras que en la adopción la voluntad se expresa con posterioridad al nacimiento.

Tal **consentimiento** previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida debe ser recabado por el centro de salud interviniente según lo dispone **Código Civil y Comercial de la Nación** en su artículo 560.

Las reglas de *filiación internacional* giran en torno al vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que presenta elementos extranjeros. La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Internacional Privado (cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de “acción de filiación” o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad), o bien como cuestión previa, como en el caso de sucesiones,

alimentos para menores, etcétera. Dicho vínculo, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto matrimonial como extramatrimonial (lo que importa un trato discriminatorio) (6).

## **5. PARENTESCO:**

El **Código Civil y Comercial de la Nación** define, en su artículo 529, al parentesco como “el vínculo existente entre personas en razón de la *naturaleza*, las *técnicas de reproducción humana asistida*, la *adopción* y la *afinidad*”, siendo la primer y segunda fuente de parentesco vínculos biológicos y la tercera y cuarta vínculos jurídicos.

El parentesco acarrea:

1- ***efectos civiles***: como configurar un impedimento dirimente para celebrar matrimonio entre sí, es fuente de obligaciones alimentarias, otorga vocación hereditaria, permite oponerse a la celebración del matrimonio del otro, y es base del derecho de comunicación.

2- ***efectos penales***: el parentesco puede hacer que un delito se agrave (homicidio, lesiones, violación, etc.), no haya responsabilidad penal, es decir funcionar como un eximente (en casos de hurto, defraudación, daño, encubrimiento, etc.).

3- ***efectos procesales***: el parentesco puede operar como causal de recusación y excusación de jueces y funcionarios judiciales, y en el orden penal se prohíbe llamar a determinados parientes como testigos.

## **6. VOLUNTAD PROCREACIONAL:**

El **Código Civil y Comercial de la Nación** incorpora al universo jurídico de éste término absolutamente novedoso hasta entonces bajo el Título V “Filiación” Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción

humana asistida en su artículo 562 “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida *son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre* en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, *con independencia de quién haya aportado los gametos*”.

Podría definírsela como “expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quién haya aportado los gametos para su concepción” (7).

La voluntad procreacional implica el desplazamiento del elemento genético como dato fundamental para determinar la filiación, constituyéndose en el elemento central para la determinación del emplazamiento filial, prescindiéndose de que el material genético pertenezca o no a la persona que efectivamente tiene la voluntad de ser padre o madre, o si el material genético pertenece a un tercero.

**PARTE II:**

**DESARROLLO**

## **CAPITULO 3:**

# **“NORMAS DE DERECHO PRIVADO ARGENTINO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA”**

**Resumen:** **1.** Constitución Nacional **2.** Código Civil de Vélez Sársfield. **3.** Ley de Matrimonio Igualitario. **4.** Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. **5.** Ley 23.592 de Actos Discriminatorios. **6.** Maternidad Subrogada en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. **7.** Maternidad Subrogada en el Código Civil y Comercial de la Nación **8.** Proyectos de ley sobre maternidad subrogada.

En el desarrollo del tratamiento legislativo relativo a la maternidad subrogada se empezará por un análisis de las *normas de Derecho Privado Argentino*, con el fin de comprender como se encuentra en la actualidad legislado o no a nivel nacional, para luego, en el capítulo siguiente, al centrarnos en el reconocimiento del reconocimiento extraterritorial de la misma, adentrarse en las normas de Derecho Internacional Privado tanto de fuente convencional como de fuente interna.

## **1. CONSTITUCIÓN NACIONAL:**

En primer lugar es dable destacar que luego de la reforma constitucional de 1.994 la misma, en su *artículo 75 inciso 22*, confiere jerarquía constitucional a una serie de tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos y sólo a modo enunciativo podemos citar a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

Nuestra Constitución Nacional consagra una serie de derechos que forjan la idea del reconocimiento de la maternidad subrogada. Entre ellos podemos encontrar:

El **PRINCIPIO DE RESERVA** es una de las bases del ordenamiento legal, establecido en el *artículo 19 de la Constitución Nacional* de la siguiente manera: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Esta es una garantía que protege una zona de libertad que no puede ser coartada ni reducida por la ley. Las conductas privadas de los hombres no están sujetas a regulación legal, ni pueden someterse a investigación de justicia, siempre que las mismas no ofendan el orden público, ni la moral pública, ni dañen a un tercero.

El principio de reserva completa al **PRINCIPIO DE LEGALIDAD** establecido en el mismo artículo de la Constitución Nacional. Ambos principios surgen de nuestro sistema republicano de gobierno. Si bien el principio de legalidad y el principio de reserva serían como el anverso y el revés de la misma moneda, aunque no signifiquen lo mismo ambos son un freno al poder que ejerce el Estado sobre los individuos.

Como lo enuncia Bidart Campos “la finalidad del principio de legalidad es afianzar la seguridad individual de los gobernados. La ley predetermina las conductas debidas o prohibidas, de forma que los hombres puedan conocer de antemano lo que tienen que hacer u omitir, y quedar exentos de decisiones sorpresivas que dependan solamente de la voluntad ocasional de quien manda. Este aspecto toma en cuenta, por eso, el valor previsibilidad”. (8)

El principio de legalidad se refiere a la facultad del hombre de actuar dentro de lo permitido, o sea de lo no prohibido por el ordenamiento jurídico, sin que su conducta pueda acarrearle sanción. Es una garantía del individuo frente al Estado.

El **DERECHO DE LIBERTAD** es incorporado en la Constitución Nacional en su *artículo 14* al establecer que “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa...”, y en el *artículo 42* al referirse a la libertad de elección. En el asunto en estudio se puede decir que las personas gozan en nuestro país de libertad para decidir si arriban o no a acuerdos y para determinar su contenido. Libertad relativamente acotada en algunos supuestos. Pero, como toda libertad, ella está sujeta a reglamentación y a límites razonables establecidos teniendo en consideración el bien común, por lo que el orden público constituye un límite indisponible por las partes, y sus disposiciones son de acatamiento obligatorio.

Como advierte Bidart Campos “si fuera necesario que cada conducta humana tuviera que estar autorizada, la nómina de permisiones se elevaría hasta el infinito, y siempre dejaría lagunas. Hay que partir, por eso, desde una base de libertad jurídica, que demarca como zona permitida (libre) toda el área de conductas no prohibidas. Este principio se deduce de nuestra constitución del mismo art. 19 en la parte que consagra

el principio de legalidad, porque si nadie puede ser privado de hacer lo que la ley no impide, es porque lo no prohibido está permitido”. (9)

**EL DERECHO A LA IGUALDAD JURÍDICA Y NO DISCRIMINACION** sancionado por el *artículo 16 de la Constitución Nacional* reza que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley, lo que implica que todas las personas deben ser tratadas de la misma manera por la ley, es decir la ley debe tratar igual a los iguales que se encuentren en igualdad de circunstancias, no permitiéndose que ningún individuo sea privilegiado o discriminado arbitrariamente por el Estado en razón de su raza, sexo, orientación sexual, género, origen nacional, color, origen étnico, religión o fortuna.

Como enseña Bidart Campos, para que tal igualdad pueda efectivizarse el Estado necesariamente debe remover los obstáculos de tipo social, cultural, político, social y económico, que limitan en los hechos la libertad y la igualdad de todos los hombres. Posteriormente mediante esa remoción se igualen las posibilidades de todos los hombres para el desarrollo integral de su personalidad, y que se promueva el acceso efectivo al goce de los derechos personales por parte de todos los hombres y sectores sociales. (10)

**EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD** tanto del niño como de la madre es otro de los pilares sobre los que se asienta en reconocimiento de la maternidad subrogada. El mismo se encuentra reconocido en el *artículo 42 de la Constitución Nacional*.

**EL DERECHO A LA INFORMACIÓN E IDENTIDAD** reconocidos constitucionalmente en el *artículo 43 tercer párrafo de la Constitución Nacional* también deben respetarse en éstos procesos permitiéndoles a los niños conocer su origen, sus datos biológicos y culturales que permitan su individualización como sujetos en la sociedad.

**EL DERECHO A UNA 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. El mismo se encuentra receptado no sólo en nuestra Constitución Nacional sino también en diversos Tratados Internacionales entre los cuales cabe recalcar la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, la cual establece, en su artículo 20, 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. Por su parte en el artículo 7 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* se dispone la inscripción inmediata después del nacimiento del niño, gozando del derecho a adquirir una nacionalidad entre muchos otros. Para ello los Estados Partes deben velar por la aplicación de los derechos del niño conforme con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, evitando que el niño resulte apátrida.

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 gestación 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)

## **2. CODIGO CIVIL DE VELEZ SANSFIELD:**

El Código Civil Argentino no recepcionaba ninguna disposición sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, menos aún la posibilidad de adquirir la filiación por TRHA. Tampoco contemplaba la posibilidad de la maternidad subrogada.

Contemplaba en materia de filiación solo la biológica y la adoptiva (artículo 240). Desconoce asimismo de normas relativas a la filiación internacional.

Por su artículo 953 parte de la doctrina sostuvo que el contrato de maternidad subrogada era nulo de nulidad absoluta, ya que el objeto de los actos jurídicos debían ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de un acto jurídico, o hechos imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuviesen objeto.

### **3. LEY NACIONAL N° 26.618 DE MATRIMONIO IGUALITARIO:**

Por la Ley de Matrimonio Igualitario los matrimonios pueden ser formados por personas del mismo sexo. Sus derechos y obligaciones son amparados en igualdad de condiciones. Habilita la copaternidad con el fin de garantizar la igualdad de derechos a los niños nacidos en estas familias.

Esta Ley plasma el principio de pluralidad y respeto a la interculturalidad tan necesario en nuestros días. El mismo “se traduce en el reconocimiento de las distintas formas de vivir en familia que se observan en la actualidad” (12).

En su artículo 42, al desarrollar la Aplicación de la ley sienta también el principio de Igualdad al expresar que todas las referencias que el ordenamiento jurídico argentino efectúe respecto a la institución del matrimonio deben de entenderse aplicables tanto al matrimonio constituido por dos personas del mismo sexo, como al constituido por dos personas de diferentes sexos, correspondiéndoles a los integrantes de las ambas familias los mismos derechos y obligaciones.

A su vez se convierte en una de las principales normas jurídicas que habilitan la copaternidad y comaternidad, garantizando la igualdad de derechos a los niños nacidos en estas familias, al establecer que ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada, ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos personas de distinto sexo.

#### **4. LEY NACIONAL N° 26.061 DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES:**

Tal como se adelantó en el marco teórico del presente trabajo, el artículo 3 de la ley viene a consagrar el principio del “Interés Superior del Niño” sistematizando las obligaciones paterno-filiales.

Como se ha visto el mismo no puede ser definido en abstracto, sino en función de las circunstancias concretas de cada caso, atendiendo a la subjetividad de los menores involucrados (edad, salud, personalidad, deseos y necesidades del niño) y también a los datos de carácter objetivos (contexto social, familiar, cultural, etc.).

#### **5. LEY NACIONAL N° 23.592 DE ACTOS DISCRIMINATORIOS:**

Adopta medidas, contra quienes arbitrariamente impiden el pleno ejercicio, sobre bases igualitarias, de los derechos y garantías reconocidas por la Constitución Argentina, quien así proceda será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. Las sanciones llegan a pena de multa y hasta prisión depende la gravedad de la infracción.

## **6. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:** (13)

El Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación presentado en el año 2012 cubría el vacío normativo que existe al haber receptado normas sobre filiación por técnicas de reproducción asistida, considerando expresamente a la gestación por sustitución entre las mismas. Incluía normas de Derecho Internacional Privado sobre “Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida” (artículos 2631 a 2634). Por su parte dentro del Libro Segundo “De las relaciones de familia”, Título V “Filiación”, Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” legisló sobre la “Voluntad Procreacional” en su artículo 561 al establecer que los nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos, y en el artículo 562 incorpora la “Gestación por sustitución” marcando en lugar la importancia del consentimiento previo, libre e informado de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, y de la previa autorización judicial, pues si se carece de ella los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante y sin la cual la filiación se determinaría por las reglas de la filiación por naturaleza. Respecto a la filiación el proyecto establecía que la misma quedaba 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. Para que el juez la homologue:

- 1- respecto al NIÑO POR NACER, se debe respetar el interés superior del niño.
- 2- respecto de la GESTANTE, la misma debe gozar de plena capacidad, buena salud física y psíquica, no debe haber aportado sus gametos, no debe haber recibido retribución, no debe haberse sometido al proceso de gestación por

sustitución más de dos veces, y debe haber dado a luz a un hijo propio como mínimo.

- 3- respecto a los COMITENTES, al menos uno de ellos debe haber aportado sus gametos y uno o ambos de ellos deben poseer imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término.

## **7. MATERNIDAD SUBROGADA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:**

El Código Civil y Comercial de la Nación no vino a solucionar el problema, ya que no contiene normas que recepcione a la Maternidad Subrogada, pese a que sí lo establecía el Proyecto. En el Libro segundo del Código Civil y Comercial, al regular las relaciones de familia el *artículo 529 del Código Civil y Comercial de la Nación* agrega una nueva clase de parentesco: el obtenido mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, junto con el parentesco por naturaleza (el antes denominado por consanguinidad), y al parentesco por adopción y por afinidad, pero no agrega a la Subrogación de vientres como un tipo de parentesco autónomo ni como subsumido dentro de la categoría de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. El *artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación* reconoce a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como fuente de filiación junto a la obtenida por naturaleza o por adopción.

Al desarrollar la filiación por técnicas de reproducción humana asistida establece en el *artículo 560 del Código Civil y Comercial de la Nación* que el centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. Respecto a la instrumentación de dicho consentimiento el *artículo 561 del Código Civil y Comercial de la Nación* exige que deba contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante

escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

El *artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación* legisla sobre la **VOLUNTAD PROCREACIONAL** pero sólo ceñida a Técnicas de Reproducción Humana Asistida, omitiendo toda mención de la maternidad subrogada. Establece que los nacidos por las Técnicas de Reproducción Humana Asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quien ha aportado los gametos.

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento (*artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación*).

Por su parte el *artículo 565 del Código Civil y Comercial de la Nación* sostiene que la maternidad quedará establecida por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

## **8. PROYECTOS DE LEY SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA:** (14)

Con fecha 22/03/2018, los Diputados Wechsler, Marcelo Germán (por el distrito de la Ciudad de Buenos Aires) y Wisky, Sergio Javier (por el distrito de Río Negro) presentan un Proyecto de Ley que tiene por objeto regular la Gestación por Sustitución y su proceso judicial a efectos de garantizar el interés superior del niño que nace bajo éste tipo de procedimiento. El mismo aún no se encuentra en vigencia.

Define a la *gestación por sustitución* como una forma de reproducción mecánicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente el gestar un

embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. No pudiéndose establece obstaculizaciones, restricciones ni exclusiones en relación con la orientación sexual, identidad de género, sexo o estado civil de las partes.

La persona que actúa como *gestante* debe ser plenamente capaz, no debe aportar sus gametos, debe gozar de buena salud física y psíquica, no debe haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces y debe haber dado a luz, al menos a un hijo propio.

La o las persona que actúan como *comitente* deben ser plenamente capaz, puede ser una persona sola, o una pareja (casada o no), al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos, (salvo imposibilidad de aportarlos por razones médicas fundadas), deben tener imposibilidad de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para su salud o para la salud del niño por nacer, y al menos uno de ellos debe tener 3 años de residencia ininterrumpida en el país.

Todas las partes deben prestar su *consentimiento libre, previo, pleno e informado* a la técnica y a sus efectos.

Establece que todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser *judicialmente autorizado* y para ello debe contar con el dictamen de un equipo interdisciplinario que evalúe y constate el cumplimiento de las condiciones requerida por cada una de las partes.

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

A su vez marca como indispensable la *homologación del acuerdo* de gestación por parte del juez, la cual se llevará a cabo si además de los requisitos exigidos la parte comitente consiente el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida, y la parte gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz.

Por su parte el acuerdo de gestación por sustitución ***no puede tener carácter lucrativo o comercial***, (debe ser gratuito o altruista).

Crea un Registro de Gestantes dentro del ámbito del Ministerio de Salud de la Nación, en el que se toma razón de las personas que actúan en tales acuerdos.

Autorizado el acuerdo de gestación por sustitución el juez emite una resolución judicial declarando que la parte comitente tendrá ***vínculos jurídicos de filiación*** con la persona que nazca como consecuencia de la técnica. La filiación queda establecida entre la persona nacida y el o los comitentes con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, no pudiendo los comitentes impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia del acuerdo.

El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución.

Al nacer el niño se emitirá la partida y certificado de nacimiento consignando el vínculo filial con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante.

Respecto al cumplimiento del acuerdo homologado y autorizado judicialmente el proyecto establece que producido el nacimiento la parte comitente no puede negar su vínculo de filiación con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente.

Incorpora el derecho de la persona nacida a ***conocer y acceder al expediente*** judicial y a toda información que conste en otros registros o centros médicos, una vez que haya alcanzado la edad y madurez suficiente.

## CAPITULO 4:

### **“NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA”**

**Resumen:** A)- **DE FUENTE CONVENCIONAL:** **1.** Convenciones de Naciones Unidas: **1.1.** Declaración Universal de los Derechos Humanos. **1.2.** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **1.3.** Convención de los Derechos del Niño. **1.4.** Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. **1.5.** Convención Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero. **2.** Convención de la Haya de Derecho Internacional Privado. **3.** Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado. **4.** Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. **5.** Convención Americana de Derechos Humanos.

B)- **DE FUENTE INTERNA:** **1.** Codificación del Derecho Internacional Privado.

Por ser el reconocimiento extraterritorial de la gestación por sustitución un caso en el que convergen elementos extranjeros, se debe comenzar en primer lugar y tal como lo haría un juez, en virtud de lo establecido por el art. 2594 del Código Civil y Comercial de la Nación, por el estudio del caso según las *normas de Derecho Internacional Privado de Fuente Convencional*, para luego continuar con las *normas de Derecho Internacional Privado Argentino de Fuente Interna* en defecto de las primeras, es decir subsidiariamente.

### **A)- DE FUENTE CONVENCIONAL**

A fin de otorgarle al estudio al orden de desarrollo de los centros de producción de fuentes formales convencionales a nivel internacional un sentido práctico, se empezará por el análisis de las Convenciones de Naciones Unidas y las Convenciones de La Haya, por ser éstas las que nos vinculan con la mayoría de los países del mundo, es decir, nos relacionan a nivel mundial dada la cantidad ratificaciones que las mismas han obtenido. Luego se desarrollarán las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado (CIDIP) las cuales se gestan en la Organización de los Estados Americanos (OEA) y representan la codificación de tales normas a nivel regional (americano) y luego se continuará con el examen de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que nos vinculan a nivel sudamericano.

#### **1. CONVENCION DE NACIONES UNIDAS:**

Como Foro generador de normas de Derecho Internacional Privado está integrado por una serie de Tratados Internacionales que se han establecido dentro del marco de la Organización de Naciones Unidas. Nos centraremos en aquellos en aquellos que han conseguido respecto de la familia, la maternidad y la infancia una especial protección. Muchos de ellos al tratarse de derechos humanos y haber logrado por parte del Congreso la aprobación con las mayorías especiales requeridas por el

artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, gozan en nuestro país de jerarquía constitucional.

## **1.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:**

En su *artículo 16* establece el derecho de los hombres y las mujeres, sin restricción alguna fundada en motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y *fundar una familia*. La misma es reconocida como “elemento natural y fundamental de la sociedad” y en consecuencia goza del derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Por su parte en el *artículo 25* reconoce a las *familia* el derecho a un nivel de vida adecuado que les asegure, la salud, el bienestar, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios, entre otros. En su *inciso. 2* reconoce el derecho a cuidados y asistencia especial a *la maternidad y la infancia*, y el derecho a igual protección social de todos los niños, tanto respecto de los nacidos dentro o fuera de matrimonio.

## **1.2 PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS:**

Relacionado al tema en desarrollo en *artículo 23* define a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad” y en consecuencia “tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”. En su *inciso 2* le tanto a los hombres como a las mujeres el “derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia si tiene edad para ello”.

### **1.3. CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO:**

Por primera vez, en comparación con tratados anteriores, la convención reconoce a los niños como sujetos de derecho, pero convierte a las personas adultas en sujetos de responsabilidades.

Los cuatro principios rectores sobre los cuales se cimienta la presente Convención son: 1- el interés superior del niño, 2- la no discriminación, 3- el derecho a la vida, la supervivencia y al desarrollo, 4- y finalmente el derecho a la libertad de expresión y a ser escuchado.

Como ya adelantábamos en el Marco Teórico de esta tesis, la Convención de los Derechos del Niño consagra en su *artículo 3 inciso 1* un principio primordial que hace al objeto de estudio del presente trabajo: el INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO que obliga a las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y a los órganos legislativos a que en todas las medidas concernientes a niños que adopten, tengan especial consideración al interés superior del niño.

Destacando la gran importancia de éste principio el **XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional de San Miguel de Tucumán** sostuvo que “Éste principio ordenará el rumbo de todo el proceso internacional familiar que involucre a niños y adolescentes, tanto en lo relativo a la determinación de la *jurisdicción*, la *ley aplicable* y el *reconocimiento de decisiones otorgadas en el extranjero* e incluso toda la tarea de la *cooperación internacional*... conduciendo a la actuación de las autoridades con la mayor *celeridad*, pues, en las decisiones relativas a niños, el transcurso del tiempo puede tener consecuencias irremediabiles.” (15)

Por otra parte, pensamos que el *punto de conexión* que mejor plasma el principio de interés superior del niño es la *residencia habitual*, acogido, en mayor o menor medida, en todos los foros convencionales para la protección de la niñez, por ser el criterio más idóneo para garantizar decisiones basadas en un conocimiento profundo de la real problemática familiar que los involucra. (16)

#### **1.4. CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER:**

Obliga a los Estados en su artículo 16 a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares, debiendo asegurar en condiciones de igualdad que los hombres: el derecho para contraer matrimonio, los mismos derechos y responsabilidades como progenitores en materias relacionadas con sus hijos.

También le reconoce los mismos derechos a decidir, libre y responsablemente, el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Así como los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o *instituciones análogas* cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional.

En todos los casos los *intereses de los hijos* serán la consideración primordial.

#### **1.5. CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1956 SOBRE OBTENCION DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO:**

El convenio no trata la maternidad subrogada pero vale la pena incorporarlo en nuestro estudio dado a que como en otros problemas internacionales relativos a cuestiones de familia, deberíamos enfocarlos como lo hace la presente convención en el tema de la *cooperación internacional entre autoridades de los diferentes Estados*.

Puntualmente la finalidad que persigue, como reza su *artículo 1*, es facilitar al demandante de alimentos, que se halla en el territorio de un Estado contratante, la obtención de alimentos, que pretende tener derecho a recibir, de otra persona que se encuentra sujeta a la jurisdicción de otro Estado parte. Esta finalidad se persigue mediante el servicio de organismos por ella creados llamados Autoridades Remitentes e Instituciones Intermediarias que se encuentran cada uno en los Estados donde se encuentran las partes del conflicto facilitando así las tareas de cooperación para la

consecución del fin perseguido, a los efectos de resolver el caso con la mayor celeridad que un asunto relativo a la niñez requiere.

## **2. CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:**

Es una organización internacional con sede en La Haya, y funciona como foro productor de normas de Derecho Internacional Privado con alto grado de adhesión a nivel mundial. Gran parte de ellas corresponden a conflictos de legislación, por ej. en materias de ley aplicable a las obligaciones alimentarias, a los accidentes de tránsito en carreteras, a la responsabilidad de hechos y resultados, a los regímenes matrimoniales o sobre las sucesiones. Actualmente son 79 los estados que la conforman y entre ellos se encuentra la Argentina.

En el **XXVI Congreso Argentino de Derecho Internacional de San Miguel de Tucumán** se sostuvo que éstas conferencias de Derecho Internacional Privado “viene trabajando con eficacia desde hace casi un siglo en las problemáticas relativas a la familia y a la niñez. Desde la década del 50 su producción es constante y podemos considerarla pionera en el desarrollo de sistemas de cooperación internacional, tanto a nivel administrativo como judicial, para proteger a los niños en situaciones de carácter transfronterizo”. (17)

- **Convención de 1996 relativa a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños.**

El fin de la Convención es mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional, evitando conflictos entre sus sistemas jurídicos en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento de sentencias, remarcando la importancia

de la cooperación internacional para la protección de los niños, y la consideración primordial que merece el principio del interés superior del niño.

En cuanto al punto de conexión establece que son competentes las autoridades, tanto judiciales como administrativas del Estado de la *residencia habitual del niño*, quienes deberán tomar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.

Al desarrollar la ley aplicable, el *artículo 15* establece que las autoridades de los Estados contratantes aplican *su propia ley* en el ejercicio de la competencia atribuida. No obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar *la ley de otro Estado* con el que la situación tenga un vínculo estrecho.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias el *artículo 23* determina que las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado “se reconocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes” excepto que, excepto en caso de urgencia, la medida se ha adoptado en el marco de un procedimiento, en el que el niño no ha tenido la posibilidad de ser oído, o si el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, teniendo en cuenta el interés superior del niño.

Las medidas adoptadas en un Estado se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado. La ejecución se realizará conforme a la ley del Estado requerido en la medida prevista por dicha ley, teniendo en cuenta el interés superior del niño (*artículo 28*).

Como lo adelantábamos unos de los ejes centrales sobre los que se asienta la convención es la Cooperación. Para ello cada Estado parte debe crear una Autoridad Central, que deberán cooperar entre sí y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio, las mismas deberán proporcionar informaciones sobre su legislación, así como sobre los servicios disponibles en sus respectivos Estados en materia de protección del niño. Debe además facilitar las comunicaciones entre los Estados, las mediaciones, conciliaciones o acuerdos amistosos (*artículos 29 a 31*).

El **XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar** concluyó que el Convenio proporciona una extraordinaria oportunidad para la construcción de puentes entre sistemas jurídicos con tradiciones culturales o religiosas diferentes, recomendando su ratificación, en la convicción que el mismo puede contribuir a la realización de las comunicaciones judiciales directas entre autoridades a los fines de asegurar los extremos necesarios para concretar la restitución segura, el interés superior del niño y en definitiva, garantizar la efectividad de los objetivos convencionales. (18)

### **3. CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP)**

Son una serie de conferencias especializadas de Derecho Internacional Privado de los países de América, convocadas por la OEA (América Central, Latina y del Sur) en las que Estados Unidos no participa. Cada una de las conferencias han ido elaborando diversas Convenciones.

Específicamente dentro de las **CIDIP II**, relacionadas al objeto de estudio de la presente tesis, encontramos la **Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros**

Esta convención fue ratificada por Argentina en el año 1983 sin reserva alguna. Entre los fundamentos de su sanción se sostuvo que la administración de justicia en los Estados americanos requiere su *mutua cooperación* para los efectos de *asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en sus respectivas jurisdicciones territoriales*.

Establece que las autoridades de cada uno de los Estados Parte proporcionarán a las autoridades de los demás estados que lo solicitaran, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho sobre determinados aspectos.

Cada Estado Parte requerido, a través de su Autoridad Central, deberá responder a cada uno de los puntos consultados conforme a lo solicitado y en la forma más completa posible, pero no estará obligada a responder cuando sus intereses pudiesen verse afectados por la cuestión o su respuesta pudiese afectar su seguridad o soberanía.

El Estado que rinda informe sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su Derecho no será responsable por la opinión emitida ni estará obligado a aplicar o a hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta proporcionada.

El *artículo 2* establece una serie de requisitos para que las sentencias, laudos arbitrales y resoluciones jurisdiccionales extranjeros tengan eficacia extraterritorial en los Estados parte: 1- deben estar revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden; 2- deben estar traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto; 3- deben presentarse debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto; 4- el juez o tribunal que dictó la sentencia debe contar con competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto; 5) El demandado debe ser notificado, en debida forma legal, según la ley del Estado donde la sentencia deban surtir efecto; 6) La defensa de las partes debe encontrarse asegurada; 7) tener carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados; 8) no deben contrariar manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.

#### **4. TRATADOS DE MONTEVIDEO 1889 Y 1940**

Estos importantes y tan valiosos instrumentos hoy se encuentran superados, mejorados y actualizados, en varias de sus materias. Aun así su estudio y análisis es necesario para comprender su evolución y así alcanzar respecto de un problema internacional la solución más justa a ella.

Pese a lo anteriormente mencionado hay aún muchas materias donde los Tratados de Montevideo siguen siendo la única regulación con la que cuentan muchos estados, como por ejemplo en lo relativo a la filiación y la patria potestad, aunque no es el caso de la Argentina desde la codificación del Derecho Internacional Privado.

**a. TRATADOS MONTEVIDEO DE DERECHO CIVIL 1889 Y 1940:**

Nos centraremos en cuanto al análisis de las reglas referidas a la filiación. El Tratado de Montevideo del 89, en sus artículos 16 a 18, y el Tratado de Montevideo del 40, en sus artículos 20 a 22, regulan de igual manera la FILIACIÓN LEGÍTIMA que deriva del matrimonio y la legitimación por subsiguiente matrimonio y la FILIACIÓN ILEGÍTIMA o extramatrimonial.

La FILIACIÓN LEGÍTIMA (las cuestiones sobre la legitimidad de la filiación) se determinan por la *ley del lugar de la celebración del matrimonio*, mientras que las cuestiones ajenas a la validez o nulidad del matrimonio se rigen por la *ley del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo*.

En cambio los derechos y obligaciones concernientes a la FILIACIÓN ILEGÍTIMA (extramatrimonial), se rigen por la *ley del estado en el cual hayan de hacerse efectivos*.

Al no existir regla específica sobre la jurisdicción en materia de filiación, se debe aplicar la regla general contenida en el *art. 56* que establece que “las acciones personales deben entablarse ante los *jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio*” (según esta teoría tiene jurisdicción el juez del lugar cuyo derecho o ley resulta aplicable a la causa, lo cual si bien unifica obligaría a hacer una deducción inversa: primero se vería el derecho y luego el juez) esto significa aplicar el principio *Forum Causae o Teoría del Paralelismo*. El artículo continúa diciendo “o ante los *jueces del domicilio del demandado*”, lo que en la materia pueden conducir a soluciones poco razonables.

Con el fin de analizar los derechos conectados, basándose en el método indirecto, en los temas de filiación, la mayoría de la doctrina propone la posibilidad de recurrir a una fórmula amplia, con *puntos de conexión alternativos* que satisfagan el en base al “*principio favor filii*” favoreciendo siempre el emplazamiento filial de que se trate. (19)

**b. TRATADOS MONTEVIDEO DE DERECHO PROCESAL DE 1889 Y 1940:**

Ambos son fuentes convencionales que desarrollan el *tercer grado de cooperación internacional* (el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales) y al tratarlo el tema de manera similar los desarrollaremos en conjunto.

Establecen como principio general que los juicios deberán tramitarse con arreglo a la *ley de procedimiento del Estado en donde se promuevan*.

Respecto de las pruebas, las mismas se admitirán y apreciarán según la *ley a que esté sujeto el acto jurídico materia del proceso*, con excepción de aquellos que por su naturaleza no están autorizadas por la ley del lugar en donde se sigue el juicio.

Las sentencias y los laudos homologados, las escrituras públicas, demás documentos otorgados por los funcionarios de un Estado, así como los exhortos y cartas rogatorias, se considerarán auténticos en los otros Estados signatarios siempre que estén *debidamente legalizados* con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede, y éste se halle autenticado por el agente diplomático o consular que en dicho país tuviere acreditado el gobierno del Estado en cuyo territorio se pide la ejecución.

En cuanto al cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales, establece que los mismos tendrán en los territorios de los demás la misma fuerza que en el país en donde fueron pronunciados, si reúnen una serie de requisitos: 1) haber sido dictados por tribunal competente en la esfera internacional; 2) Tener carácter de ejecutoriados o pasados en autoridad de cosa juzgada en el Estado en donde hayan sido pronunciados; 3) que la parte contra la cual se hubieran dictado haya sido

legalmente citada, y representada o declarada rebelde, conforme a la ley del país en donde se siguió el juicio; y 4) que no se opongan al orden público del país de su cumplimiento.

Se ordenará el cumplimiento de las sentencias y de los fallos arbitrales, de acuerdo con lo que a ese respecto disponga la *ley de procedimiento local*.

El juez a quien se solicite el cumplimiento de una sentencia extranjera podrá tomar las *medidas necesarias* para asegurar la efectividad de aquel fallo, conforme a lo dispuesto por la *ley del tribunal local*, sobre secuestros, inhabilidades, embargos u otras medidas preventivas.

Los exhortos y las cartas rogatorias que tengan por objeto hacer notificaciones, recibir declaraciones o practicar cualquier otra diligencia de carácter judicial deberán ser redactados en la lengua del Estado que libre el exhorto.

## **5. CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:**

Es una de las bases del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

Los Estados partes en esta Convención se "comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda las personas que estén sujetas a su jurisdicción, sin discriminación alguna".

En su *artículo 17*, bajo el título "Protección a la Familia" la define como "el elemento natural y fundamental de la sociedad" y como tal "debe ser protegida por la sociedad y el Estado". Reconoce el derecho a fundar una familia, y la igualdad de derechos de los hijos nacidos tanto fuera como dentro del matrimonio.

En su *artículo 19* reconoce el derecho de todo niño a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

## **B)- DE FUENTE INTERNA:**

### **1. CODIFICACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO:**

Desde la puesta en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el 1ro de Agosto de 2015, el Derecho Internacional Privado goza de una codificación independiente, dentro del Libro Sexto, Título IV “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” (artículos 2594 a 2671) la cual termina con los problemas derivados de la laguna existente en el sistema de Derecho Internacional Privado de fuente interna y los generados por la aplicación analógica de los tratados de Montevideo.

Los artículos incorporados se encuentran en consonancia con las exigencias del derecho internacional. En primer lugar establece la cláusula general de *orden público internacional (artículo 2600)*, entendida como un conjunto de principios que provocan que “las disposiciones de derecho extranjero aplicables DEBAN SER EXCLUIDAS cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de *orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino*”. Pese a ello, respecto a las relaciones familiares incorpora el *orden público atenuado* en caso de emplazamientos filiales configurados en el extranjero (*artículo 2634*), adopciones conferidas en el extranjero (*artículo 2637*) y otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño (*artículo 2640*).

Bajo la Sección 5ta. Titulada “Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida”, en su *artículo 2631* trae reglas sobre **JURISDICCIÓN** estableciendo que:

- Las acciones relativas a la determinación e impugnación de la filiación deben interponerse ante 1- los *jueces del domicilio de quien reclama el emplazamiento filial* o 2- ante los *jueces del domicilio del progenitor o pretendido progenitor* a elección del actor.

- En cuanto a los casos de reconocimiento son competentes 1- los *jueces del domicilio de la persona que efectúa el reconocimiento*, 2- los del *domicilio del hijo* o 3- los del *lugar de su nacimiento*. La disposición está determinando en qué casos los jueces de la República Argentina estarían dotados de jurisdicción internacional para entender en las acciones de allí establecida. La utilización de más de un criterio atributivo de jurisdicción, sin ningún tipo de preferencia por uno u otro, tiene como objetivo *facilitarle al actor el acceso a nuestros tribunales*.

En el *artículo 2632* establece **Derecho aplicable** a estos casos:

- El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por 1- el *derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento* o por 2- el *derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo* o por 3- el *derecho del lugar de celebración del matrimonio* (el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo)

Cabe en este punto recordar lo desarrollado en el Punto 6 del Capítulo 3 de la presente tesis, en cuanto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no reconoció a la maternidad subrogada como una de las técnicas de reproducción humana asistida permitida. En consecuencia los dos últimos artículos explicados referentes a la Jurisdicción y al Derecho aplicable en materia de Filiación sólo son de aplicación si la

misma es por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, pero no así en los casos de gestación por sustitución.

Respecto a la misma refiere el *artículo 2634*. Nos encontramos al fin con la primera norma que resulta coherente con el proceso de modernización del Derecho Internacional Privado de fuente interna, que pone énfasis en el **reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido válidamente en el extranjero** con arreglo al derecho extranjero, ya sea que provenga de una decisión judicial o no, sin someterlo a un proceso especial, consagrando su eficacia casi automática sin necesidad de exequátur.

Sostiene que todo **emplazamiento filial** constituido de acuerdo con el derecho extranjero “DEBE SER RECONOCIDO en la República de conformidad con los principios de *orden público “internacional” argentino*, y prioritariamente en correspondencia del principio del *interés superior del niño*”, interés que en términos generales se satisface cuando su emplazamiento es reconocido.

La segunda parte del artículo sostiene que los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público “internacional” 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. Queda claro que la intención del legislador, en materia de filiación, así como otros temas vinculados con la niñez y la adolescencia, es erigir al interés superior del niño como principio rector y preponderante.

Esta segunda parte del artículo, teniendo en cuenta la categoría que en él se regula, parecería dirigido, aunque no exclusivamente, a los emplazamientos filiales cuyo origen hubiera sido un *contrato de gestación por sustitución* regido por un derecho extranjero.

## **CAPITULO 5:**

### **“LOS PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y LA MATERNIDAD SUBROGADA”**

**Resumen:** 1. Problemas que acarrea la falta de tratamiento normativo de la maternidad subrogada y su no reconocimiento extraterritorial.

## **1- PROBLEMAS QUE ACARREA LA FALTA DE TRATAMIENTO NORMATIVO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y SU NO RECONOCIMIENTO EXTRATERRITORIAL.**

En lo que refiere a la filiación internacional tal como lo analizamos, el derecho internacional privado argentino silencia en parte la temática ya que no se encuentra incorporada al Código Civil y Comercial una normativa expresa sobre el reconocimiento de la Maternidad Subrogada (que sí contemplaba el anteproyecto de Código). Por su parte las normas que contienen los Tratados de Montevideo de 89 y de 40, así como las normas contenidas en muchos instrumentos internacionales *resultan insuficientes e inadecuadas para dar respuesta a las complejas situaciones que hoy se plantean.*

El profesor Ciuro Caldani nos expresa que, hasta el momento, la filiación “es la relación interhumana más profunda y significativa. La crisis que en mucho afecta al matrimonio no la atacó de manera tan radical, al punto que, si bien los lazos paternos filiales se han debilitados, los hombres pugnan por tener hijos incluso fuera de los causes tradicionales...La fuerza de la vocación paterna hace que la institución se imponga a la naturaleza, buscando, cada vez más, sustitutos y refuerzos culturales como la adopción y la biotecnología”. (20)

Krasnow, Adriana afirma que a la hora de definir las reglas a seguir para la determinación de los vínculos filiales, corresponderá fijar como principio rector la voluntad procreacional/parental, sin considerar la concurrencia o no de nexo biológico, lo que tiene respaldo en la tendencia dominante en el Derecho comparado. (21)

Este problema exige su estudio por parte del derecho internacional de familia con la mayor premura posible, ya que, frente al tratamiento tan disímil que el tema recibe en las legislaciones nacionales se corre el riesgo de denominado “turismo reproductivo” y el riesgo de tráfico de niños.

Cuando el caso se plantea en ocasión de peticionarse la nacionalidad argentina, parecería que la filiación de fruto de una persona que recurrido a la gestación por sustitución respecto del niño nacido por medio de éste procedimiento y la nacionalidad que al mismo pueda llegar a corresponderle van de la mano, sin embargo Alejandro Menicocci nos enseña que “...diferente es el tratamiento de la cuestión previa: el método analítico – analógico impone escindir ambos problemas, evitando que el derecho aplicable a la pretensión principal (nacionalidad) absorba también el relativo al estado de hijo (*status familiae*). No corresponde, ante la pretensión de la atribución de nacionalidad argentina, desprender del derecho argentino material la determinación del *status familiae*. Es necesario interrogarse entonces cuál es el derecho aplicable a la filiación multinacional, aquél del cual desprenderemos el concepto de hijo, o, más precisamente, el derecho llamado a decir quiénes son sus padres. Habida cuenta de su carácter previo corresponde tratarlo en primer lugar y no partir del supuesto que constituye el problema, afirmando a priori que la peticionante (madre genética no gestante) es madre. (22)

Muchos son los problemas a los que da lugar el turismo reproductivo, al cual se recurre ante la ausencia de reglamentación de la gestación por sustitución por muchos Estados. La mayoría de estos inconvenientes se presentan cuando los comitentes *desean llevar al niño a su Estado de residencia*. Y una vez que el niño está en el Estado de residencia de los padres, se pueden presentar cuando se procura la *inscripción del certificado de nacimiento extranjero* o se demanda una acción judicial-administrativa para *reconocer el certificado de nacimiento extranjero* o la *sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño* (23).

El primer problema se configura cuando la ley considera padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otros documentos de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, es denegado. El niño es apátrida y permanece con filiación incierta.

El niño en consecuencia apátrida se vería imposibilitado de gozar de sus derechos civiles, agravando su situación de vulnerabilidad ya que al no haber establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado no tiene personalidad jurídica reconocida, y en consecuencia de ello se vulnera su dignidad humana. Se le niega así 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.

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 haremos referencia a tres casos en los cuales el juez interviniente ha resuelto finalmente otorgarles a los niños nacidos por gestación por sustitución la nacionalidad argentina.

El primero es el **caso mediático de Cayetana** (24), hija de un español y una argentina, ambos residentes en Madrid, 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, llamada Cayetana, fue inscrita 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 vez que entendían que la madre debía residir en el país para poder darle su nacionalidad a su hija. Es decir, las autoridades indias habían rechazado conceder la nacionalidad porque los padres eran extranjeros. En España, argumentaron que Elsa Saint Girons no podía figurar como madre porque existe otra con la categoría de subrogada (la mujer que aceptó alquilar su vientre), y en ese país está vedada esta práctica.

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.

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

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

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. (25)

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. (26)

En otras oportunidades, los problemas van a comenzar cuando los comitentes ya han regresado con el niño recién nacido a su país de residencia habitual e intentan procurar la *inscripción del certificado de nacimiento extranjero de donde surge la filiación*, o mediante una acción judicial/administrativa intentan que se *reconozca el certificado de nacimiento extranjero* o la *sentencia extranjera relativa a la filiación legal del niño*. Tales peticiones pueden ser denegadas, principalmente, por razones de orden público. Dos casos que ilustran este tipo de problemas son “**Menesson**” y “**Labassee**”, ambos resueltos por los tribunales franceses y luego objeto de recurso ante la Corte Europea de Derechos Humanos que ha dictado una sentencia de fecha 26 de junio de 2014, en los asuntos 65192/11 (Menesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/Francia), por la que declara que Francia viola el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, por *no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante vientre de alquiler y los progenitores solicitantes que han acudido a este método reproductivo* bajo el argumento de que todo contrato de este tipo ofende el orden público por resultar contrarios al principio de indisponibilidad del cuerpo humano que surge del Código Civil francés, art. 16.

El Tribunal declaró, por unanimidad, la violación con relación al derecho de los niños del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que consagra la tutela al derecho a la vida privada y familiar; considerando que el desconocimiento de esta relación de filiación, legalmente determinada en el país de nacimiento, constituye una interferencia indebida en el respeto a ese derecho, lo que configura una injerencia no necesaria en una sociedad democrática.

En ambos casos, los recurrentes son dos matrimonios franceses que contrataron en los Estados Unidos gestaciones por sustitución, por implantación de embriones en el útero de otras mujeres. De tales gestaciones nacieron, en un caso, dos niñas gemelas y en el otro una niña. De acuerdo con sentencias dictadas en los estados de California y de Minnesota, *cada una de las parejas son los padres de las respectivas niñas.*

Los recurrentes invocaron el art. 8 del Convenio Europeo (respeto a la vida privada y familiar), por el perjuicio que para el interés superior del menor se deriva del hecho de no poder obtener en Francia el reconocimiento de una filiación legalmente reconocida en el extranjero.

El Convenio Europeo de los Derechos Humanos, señala que el artículo 8 es aplicable tanto en lo que se refiere a la “vida familiar” como a la “vida privada”. Asimismo, recuerda que el derecho a la propia identidad forma parte integral de la noción de vida privada y que hay una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos de una gestación por sustitución y la determinación jurídica de su filiación. El Tribunal admite que la injerencia litigiosa afecta a dos de los objetivos legítimos enunciados por el artículo 8: la “protección de la salud” y la “protección de los derechos y libertades de los demás”. Seguidamente, examina a continuación si esta injerencia es necesaria en una sociedad democrática. En este sentido subraya que, consideradas las delicadas cuestiones éticas que se suscitan sobre este tema y la falta de consenso sobre el mismo en Europa, los Estados deben disponer de un amplio margen de apreciación en sus opciones relativas a la gestación por sustitución. Sin embargo, este margen de apreciación debe limitarse cuando se trata de la filiación, ya que ello *afecta a un aspecto esencial de la identidad de las personas.* Por otra parte, incumbe al Tribunal decidir si se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses del Estado y los de los individuos directamente afectados, habida cuenta en particular del principio esencial según el cual, cada vez que está en cuestión la situación de un niño, debe primar el interés superior de éste.

Por lo que se refiere a la vida familiar de los recurrentes, el Tribunal observa que esta se ve necesariamente afectada por la falta de reconocimiento por el derecho francés de la relación de filiación entre los hijos y los esposos que contrataron la gestación en el extranjero. Pero constata, sin embargo, que los recurrentes no pretenden que los obstáculos con los cuales se han encontrado fuesen insuperables ni que se hayan visto impedidos de disfrutar en Francia del derecho al respeto de su vida familiar. Se ha acreditado, en efecto, que padres e hijo se han podido establecer juntos en Francia poco después del nacimiento del hijo, que viven juntos en una situación globalmente comparable a aquella en las que viven otras familias y que no se ha estimado que exista el riesgo de que las autoridades decidan separarles con motivo de su situación respecto del derecho francés. Además, como consecuencia de un examen del caso concreto, los jueces franceses han estimado que las dificultades prácticas con las que se han encontrado los recurrentes no han excedido los límites que impone el respeto a la vida familiar. En consecuencia, se aprecia que se ha alcanzado un justo equilibrio entre los intereses de los recurrentes y los del Estado por lo que se refiere a su derecho al respeto a la vida familiar.

No obstante, por lo que se refiere al respeto de la vida privada de los niños así nacidos, el Tribunal aprecia que estos se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica: sin ignorar que los niños han sido identificados en el extranjero como hijos de los recurrentes, Francia les niega, sin embargo, esta consideración en su ordenamiento jurídico. El Tribunal considera que tal contradicción atenta al reconocimiento de su identidad en el seno de la sociedad francesa. Por añadidura, a pesar de que su padre biológico sea francés, los niños se ven abocados a una inquietante incertidumbre en cuanto a la posibilidad de ver reconocida su nacionalidad francesa, una indeterminación susceptible de afectar negativamente la definición de su propia identidad. El Tribunal aprecia, además, que estos niños no pueden heredar de los esposos recurrentes sino en tanto que legatarios de los mismos, de forma que los derechos sucesorios se calculan de forma menos favorable, evidenciando así otro elemento de la identidad filial de los que se encuentran privados.

Obstaculizando de esta manera tanto el reconocimiento como el establecimiento de su vínculo de filiación respecto de su padre biológico, el Estado francés ha ido más allá de lo que le permitía su margen discrecional, por lo que el Tribunal concluye que se ha ignorado el derecho de los niños al respeto a su vida privada, violando el artículo 8 del Convenio.

El Tribunal europeo condenó a Francia a satisfacer a cada uno de los niños afectados en el caso 5.000 euros por daños morales.

**PARTE III:**

**NOTAS FINALES**

## **CAPITULO 6:**

### **“CONCLUSION”**

**Resumen:** 1. Conclusión. 2. Bibliografía. 3. Normativa consultada.

## **1. CONCLUSIÓN:**

El aspecto más significativo y conflictivo de la maternidad subrogada es el aspecto legal. Determinar la filiación de la persona que nacerá bajo este procedimiento, y cómo asegurarse de que ese futuro bebé sea reconocido legalmente conforme a su verdadera identidad, son temas claves en la gestación por sustitución.

Nuestro legislador ha tomado una *posición desfavorable* respecto de la gestación por sustitución en el país, ya que sin prohibirla expresamente, no reconoce la maternidad de la comitente, sino de la gestante, regla inversa a la que contemplan las legislaciones que admiten la figura.

Tal como lo formula el jurista Bidart Campos “el principio de legalidad se complementa con el que enuncia que *todo lo que no está prohibido está permitido*. Aplicado a los hombres significa que, una vez que la ley ha regulado la conducta de los mismos con lo que les manda o les impide hacer, queda a favor de ellos una *esfera de libertad jurídica* en la que está permitido todo lo que no está prohibido”. (27)

Desde el inicio del presente trabajo hemos dejado de manifiesto la profunda crisis de los conceptos clásicos relativo a la familia, pero esta idea de “crisis” no implica la desaparición ni la destrucción de la familia, sino su transformación, dado que los cambios sociales han consolidado nuevas formas familiares que merecen ser contempladas no solo por la jurisprudencia sino también por el ordenamiento jurídico.

El Derecho Internacional Privado Argentino de familia, tanto de fuente convencional como de fuente interna, se encuentra en mora. La falta de soluciones legales en materias tan delicadas obligan a los jueces a definir conflictos recurriendo a principios que, en su formulación abstracta, no brindan sus correspondientes mecanismos de determinación deductiva de una regla jurídica unívoca generando muchas veces soluciones contradictorias.

En el ámbito del derecho de fuente interna, si bien se ha avanzado mucho desde la puesta en vigencia y la consecuente codificación del Derecho Internacional Privado ya es hora de contar con una regulación en torno a la gran laguna legal que hoy

significa la maternidad subrogada y sus correspondientes normas de Derecho Internacional Privado para que la misma pueda ser reconocida extraterritorialmente cuando nos encontramos con un caso con elementos extranjeros.

Las nuevas estructuras familiares obligan a repensar soluciones más flexibles, en cuanto al reconocimiento extrajudicial, que reflejen los principios de pluralidad y respeto a la interculturalidad, la autonomía de la voluntad y el principio a favor de la cooperación internacional.

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.

Conforme a lo que hemos expresado a lo largo de éste trabajo, se reconocen las dificultades que dicho instituto plantea para las distintas sociedades por sus diferencias, ya sea en lo atinente a cuestiones normativas, morales, éticas, etc. Pero dicha situación no puede ser un impedimento u obstáculo para lograr una regulación, dado que el silencio de la ley y los vacíos normativos, además de provocar inseguridad jurídica, a quienes más perjudica es a quienes más debería proteger, es decir a los niños nacidos o por nacer como fruto de estas técnicas.

El limbo jurídico en el que se encuentran muchos de estos niños debe ser el principal problema a afrontar y el *interés superior del niño*, debiera ser el principio rector que regule las legislaciones tanto a nivel nacional como internacional. Los estados deberán aumentar sus esfuerzos en este sentido, y lograr una legislación lo más armónica posible en pos del interés superior del niño, para su adecuada protección legal y en especial ante hechos ya consumados bajo el amparo de una legislación extranjera.

A tenor de las nuevas normas de fuente interna de nuestro país, la gestante es considerada la madre, en tanto los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, es decir de quien ha demostrado su vocación procreacional. Por ende, es altamente probable que los comitentes, una vez que hayan

optado por esta práctica (ante la imposibilidad de tener un hijo naturalmente o a través de otras técnicas) recurran a aquellos lugares donde se les ofrezcan alternativas legales.

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

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

El Estado Argentino ha elevado a condición de norma con jerarquía constitucional Tratados que establecen y favorecen la determinación de la filiación de origen de los menores (Convención sobre Derechos del Niño) y es claro que no se satisfaría tal cometido constitucional si la protección se restringe a los nacionales de nuestro Estado no haciéndola extensiva al extranjero que acude en busca de un emplazamiento filiatorio.

El Tribunal Colegiado de Familia n° 5 de la ciudad de Rosario, en fecha 24 octubre de 2002, (“N., B. c. B., G.”) concluyó que la aplicación del Derecho Argentino, es la solución que más favorece el reconocimiento y dilucidación del vínculo, en consonancia con el principio *favor filius* vigente en el Derecho Internacional Privado.

Deberá priorizarse la faz dinámica de la identidad del niño en cada caso, sobre todo en aquellos supuestos en el que vínculo afectivo y social se encuentre ya

afianzado y cualquier decisión que vulnere esos derechos adquiridos atentaría contra los derechos fundamentales del niño y desatendería su mejor interés. (28)

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

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

Cabe aclarar, en ésta conclusión, que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados positivamente en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75 inciso 22. En particular, cabe recordar el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que: 1. *El niño será inscripto inmediatamente después de*

*su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

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

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

Respecto al tema que nos ocupa, entendemos que en la balanza del juez, en el caso concreto, debe pesar más el interés superior del niño nacido a través de una gestación por sustitución y los derechos y efectos que derivan de la determinación de la filiación a favor de los comitentes. La mera invocación a la ilicitud del objeto y consiguiente nulidad del acuerdo de maternidad subrogada en los términos de los nuevos artículos 279 (Objeto del acto jurídico), 1003 y 1004 (Objeto de los contratos) ya no resulta suficiente para avasallar toda la normativa constitucional y convencional que protege a estos casos.

Aun cuando en el siglo XXI sigan existiendo jueces y juristas reacios a reconocer la realidad y dar la espalda a esta técnica de reproducción humana asistida en particular, en el caso de nuestro país **NO PODRÍAN RECURRIR AL ORDEN PUBLICO** para negar el reconocimiento extraterritorial de la filiación desde que el interés superior del niño es un principio de orden público que goza de jerarquía constitucional por orden del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Necesariamente se pone aquí de manifiesto la necesidad de que la interpretación de las leyes deba hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus

disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadera aquella interpretación que haga que las concilie, y deje a todas con igual valor y efecto.

Además una sentencia que niegue el reconocimiento extraterritorial de la filiación válidamente otorgada de acuerdo con un derecho extranjero, incluso en aquellas filiaciones surgidas de una maternidad subrogada, pone en pugna las disposiciones de todas las leyes nacionales e internacionales referentes a los derechos de niños, niñas y adolescentes, contrariando así el principio del interés superior del niño y de la protección de las familias y los derechos y garantías constitucionales desarrollados en el Capítulo 3. Debe reconocerse ese emplazamiento filiatorio constituido en el extranjero siempre que en ese reconocimiento no se vulnere el interés superior de ese niño.

En el ámbito internacional es imperioso que se refuercen las tareas de *cooperación internacional en materia procesal*, herramienta importantísima para la solución de las problemáticas planteadas a lo largo del trabajo, así como para lograr con la mayor celeridad posible el reconocimiento extraterritorial de la misma.

Mientras ello no suceda los jueces no deben olvidarse que la persona más vulnerable y a quien se le debe otorgar mayor protección es la que resulta, en estos casos, totalmente desprotegida.

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

## **2. BIBLIOGRAFÍA:**

- (1) XXVI CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL. (4, 5 y 6 de Septiembre de 2014). *La codificación del Derecho Internacional Privado Argentino: necesidad y modalidades en el ámbito del Derecho de Familia*. San Miguel de Tucumán. Sección Derecho Internacional Privado. Relatora: Andrea A. Straziuso. Asociación Argentina de Derecho Internacional.
- (2) COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS. Observación General N° 19. (1990). *La familia. Artículo 23*. Período de sesiones n° 39. Disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom19.html>
- (3) Ídem cita bibliográfica (1)
- (4) GONZALEZ MARTIN, Nuria. (2012). *Maternidad subrogada y adopción internacional*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas III. Conexión y Problemas planteados en la Comisión especial de 2000 sobre Adopción Internacional. Disponible en <http://archivos.jurídicas.unam.mx> > libros
- (5) ARAYA, Hildara. (año desconocido). *¿Qué es la maternidad subrogada?* Disponible en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/984A6E11D67329D105257D3500590CD3/\\$FILE/Qu%C3%A9\\_es\\_la\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/984A6E11D67329D105257D3500590CD3/$FILE/Qu%C3%A9_es_la_maternidad_subrogada.pdf)
- (6) SCOTTI, Luciana B. (año desconocido). *El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas*. Revista Pensar en Derecho de la Facultad de Derecho

de la Universidad de Buenos Aires. Disponible en:  
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>

(7) RIVERA, Julio César y MEDINA Graciela (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Editorial Thomson Reuters LA LEY. 1ra Edición – Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Capítulo 2, Título 5 comentado por Ignacio González Magaña.

(8) BIDART CAMPOS, Germán José (2013). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Editorial Ediar.

(9) Ídem cita bibliográfica (8)

(10) Ídem cita bibliográfica (8)

(11) LAMM, Eleonora (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona Edicions.

(12) Ídem cita bibliográfica (1)

(13) PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. (Redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011). Ricardo L. Lorenzetti. (Presidente). Elena Highton de Nolasco, Aida Kemelmajer de Carlucci. Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>

- (14) WECHSLER, Marcelo Germán y WISKY, Sergio Javier (2018). *Proyecto de Ley iniciado en Diputados “Gestación por Sustitución. Régimen”*. Expediente Diputados: 1374-D-2018. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 15, de Fecha: 22/03/2018.
- (15) Idem cita bibliográfica (1) citando a RUBAJA, NIEVE (2012). *Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- (16) MENICOCCI, Alejandro Aldo (2009). *El interés superior del niño: su localización en la residencia habitual*. A propósito de las convenciones relativas a los aspectos civiles de la sustracción y restitución de menores, en *Revista de Derecho de familia y de las personas*, Año 1, N° 2, Bs. As., La Ley, octubre 2009.
- (17) Idem cita bibliográfica (1).
- (18) Ídem cita bibliográfica (1)
- (19) Ídem cita bibliográfica (1)
- (20) CIURO CALDANI, Miguel Angel. (1996). *Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo, de la ley y el Estado Nacional al tiempo del contrato y la empresa)*, en *Investigación y Docencia* N° 26, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 1996, p. 123-124.
- (21) KRASNOW, Adriana Noemí (2012). *El nuevo régimen de matrimonio civil en el derecho argentino. Su impacto en el instituto de la filiación*, en *Revista de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica*.

- (22) MENICOCCI, Alejandro Aldo (2013). *Jurisdicción y derecho aplicable en materia de filiación por subrogación. La filiación por contrato*. Revista Jurídica La Ley 01/03/2013.
- (23) LAMM, Eleonora (2012). *Gestación por sustitución*. Realidad y Derecho. InDret Revista para el análisis del derecho. Barcelona, Julio de 2012. Disponible en [http://www.indret.com/pdf/909\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)
- (24) JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE DISTRITO DE FAMILIA de la ciudad de San Lorenzo (Sentencia del 2 julio 2012). Expte. n° 3263/12, “S. G. E. F. y G. C. E. s/ medida autosatisfactiva”. Escola, M., firmante.
- (25). TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Sentencias del 22 de marzo del 2012, 22 de junio del 2012 y 06 de julio de 2012). “D. C. G. y G.A. M. c/ GCBA s/ Amparo”.
- (26). TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Sentencia del 11 de enero del 2013). “L. R. R. y M. H. J. C. c/ GCBA s/ Amparo”.
- (27) BIDART CAMPOS, Germán José (2013). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo I. Editorial Ediar.
- (28) RUBAJA, N. (2012). *Derecho Internacional Privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

### **3. NORMATIVA CONSULTADA:**

- Ley Nacional N° 26.061 de PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, sancionada el 28/09/2005 y promulgada de hecho el 21/10/2005.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 2200 A (XXI) del 16/12/1966 y ratificado por Argentina mediante Ley N° 23.313 del año 1986.
- Ley Nacional N° 26.862 de REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Sanciona por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina en fecha 05/06/2013 y promulgada de hecho en fecha 25/06/2013.
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA, sancionado por Ley Nacional N° 26.994 en fecha 01/10/2014 y promulgado en fecha 07/10/2014.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA. Sancionada en fecha 15/12/1994 y promulgada en el B.O. en fecha 03/01/1995, por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Convención Constituyente celebrada en las ciudades de Santa Fe y Paraná.
- CÓDIGO CIVIL ARGENTINO. Redactor Dalmacio Vélez Sarsfield, promulgado el 29/09/1869, en vigor desde el 01/01/1871 y derogado el

01/08/2015 por la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

- Ley Nacional N° 26.618 de MATRIMONIO IGUALITARIO. Sancionada por el Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina en fecha 15/07/2010 y promulgada en fecha 21/07/2010.
- Ley Nacional N° 23.592 de ACTOS DISCRIMINATORIOS. Sancionada: agosto 3 de 1988 y Promulgada: agosto 23 de 1988 por el Congreso de la Nación Argentina.
- PROYECTO DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. Redactado por la comisión de reformas designada por decreto 191/2011. Presidente: Ricardo L. Lorenzetti. Elena Highton de Nolasco, Aida Kemelmajer de Carlucci.
- PROYECTO DE LEY “GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN. RÉGIMEN”. Iniciado en Cámara de Diputados mediante Expediente: 1374-D-2018. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 15, de Fecha: 22/03/2018. Firmantes: Wechsler, Marcelo Germán (Ciudad de Buenos Aires) y Wisky, Sergio Javier (Río Negro).
- DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. Documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París. En esta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco 26 de junio de 1945. Tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina.

- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y ha sido ratificado por 167 Estados. Tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina.
- CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (firmada en 1989) en el marco de la Asamblea General de Naciones Unidas, en Nueva York, y ratificado por Argentina por medio de la Ley 23.849 de fecha 27/09/1990. Tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina.
- CONVENCION SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER (Aprobada en fecha 18 de diciembre de 1979) por la Asamblea General de Naciones Unidas y el 3 de septiembre de 1981 entró en vigencia. Recepcionada en Argentina por Ley 23.179 en fecha 08/05/1985. Con jerarquía constitucional en nuestro país.
- CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1956 SOBRE OBTENCION DE ALIMENTOS EN EL EXTRANJERO Elaborado en el seno de Naciones Unidas (el 20/06/1956), en la ciudad de Nueva York. Ratificada por Argentina por Ley 17.156. La Autoridad de aplicación en nuestro país es el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos a través de la Dirección general de Asuntos Jurídicos.
- CONVENCION de 1996 RELATIVA a la COMPETENCIA, la LEY APLICABLE, el RECONOCIMIENTO, la EJECUCION y COOPERACION en MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL y de MEDIDAS de PROTECCION de los NIÑOS. Firmado el 9 de octubre de 1996 en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

- CONVENCIÓN INTERAMERICANA sobre EFICACIA EXTRATERRITORIAL de las SENTENCIAS y LAUDOS ARBITRALES EXTRANJEROS (1979). Adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II), Celebrada en Montevideo, Uruguay.
- TRATADOS MONTEVIDEO DE DERECHO CIVIL 1889 Y 1940. Ratificados por Argentina mediante DECRETO-LEY N° 7.771, de fecha 27 de abril de 1956.
- TRATADOS MONTEVIDEO DE DERECHO PROCESAL DE 1889 Y 1940. Ratificados por Argentina mediante DECRETO-LEY N° 7.771, de fecha 27 de abril de 1956.
- CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. También llamada Pacto de San José de Costa Rica fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional en Argentina, ratificado por Ley 23.054 de fecha 27/03/1984.

# **INDICE:**

## **PARTE I: INTRODUCCIÓN**

### **CAPITULO 1: MOMENTO LÓGICO**

1. Agradecimientos y Dedicatorias.....	4
2. Definición del área temática.....	5
3. Planteamiento del problema.....	5
4. Justificación. Resumen.....	6
5. Objetivos.....	7

### **CAPITULO 2: MARCO TEÓRICO**

1. Interés Superior del Niño.....	9
2. Familia.....	10
3. Maternidad Subrogada. Tipos.....	11
4. Técnicas de Reproducción Humana Asistida.....	14
5. Parentesco.....	16
6. Voluntad Procreacional.....	16

## **PARTE II: DESARROLLO**

### **CAPITULO 3: NORMAS DE DERECHO PRIVADO ARGENTINO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA**

1. Constitución Nacional.....	20
2. Código Civil de Vélez Sársfield.....	23

3. Ley de Matrimonio Igualitario.....	24
4. Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes.....	25
5. Ley 23.592 de Actos Discriminatorios.....	25
6. Maternidad Subrogada en el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.....	26
6. Maternidad Subrogada en el Código Civil y Comercial de la Nación.....	27
7. Proyectos de Ley sobre Maternidad Subrogada.....	28

## **CAPITULO 4: NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA**

### **A)- DE FUENTE CONVENCIONAL:**

1. Convenciones de Naciones Unidas	
1.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	33
1.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	33
1.3. Convención de los Derechos del Niño.....	34
1.4. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.....	35
1.5. Convención de Nueva York de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero.....	35
2. Convención de la Haya de Derecho Internacional Privado.....	36
3. Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado.....	38
4. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.....	39
5. Convención Americana de Derechos Humanos.....	42

### **B)- DE FUENTE INTERNA:**

1. Codificación del Derecho Internacional Privado.....	43
--	----

**CAPITULO 5: LOS PROBLEMAS DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO Y LA MATERNIDAD  
SUBROGADA**

1. Los problemas que acarrea la falta de tratamiento normativo de la maternidad subrogada y su no reconocimiento extraterritorial.....47

**PARTE III: NOTAS FINALES**

**CAPITULO 5: CONCLUSIÓN**

1. Conclusión.....57
2. Bibliografía.....63
3. Normativa Consultada.....67