

**LA NECESIDAD DE NORMATIVIZAR
ASPECTOS CENTRALES DE LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
TRANSFRONTERIZA EN EL ÁMBITO
INTERAMERICANO.**

DRA. MARÍA EUGENIA CASTILLO

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	MARCO TEÓRICO	6
III.	SITUACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA OEA	9
IV.	PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL	18
V.	CONCLUSIONES	21
VI.	BIBLIOGRAFIA	25

I. INTODUCCION

En el presente trabajo desarrollaremos como tema “LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA, REGULACIÓN EN AMÉRICA”.

Explicaremos la actualidad de la Gestación por Sustitución Transfronteriza (en adelante GST) en el ámbito de los países de la Organización de Estados Americanos; O.E.A., adelantando la importancia que presenta en la zona de estudio por la falta de regulación en la mayoría de los Estados Miembros.

Como venimos diciendo, se advierte la necesidad de normativizar los aspectos centrales de la GST, ante la carencia de normativa legal que garantice su reconocimiento.

Para resolver la cuestión planteada, el objetivo general de este trabajo será contribuir a la confección de un documento que responda a la vulnerabilidad de derechos que se están viviendo en la actualidad en torno a la estudiada institución.

Para ello, desarrollaremos el marco teórico referente a la GST, el cual nos permitirá comprender su concepto y alcances de los términos involucrados, analizaremos la normativa vigente en el ámbito de los Estados Miembros de la O.E.A.

También analizaremos los casos jurisprudenciales emanados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puesto que, es en ese ámbito donde encontramos precedentes rectores respecto a la GST en particular, no contando por el momento con sentencia sobre la materia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Debemos ubicarnos dentro de la rama del Derecho Privado que se ocupa, preferentemente, de las relaciones entre particulares. También se rigen por el Derecho privado las relaciones entre particulares y el Estado cuando éste actúa como un particular, sin ejercer potestad pública alguna. Y nos encontramos, específicamente, en el ámbito del Derecho Internacional Privado que, en palabras del Dr. Werner Goldschmidt “es el conjunto de los casos ius privatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero”¹.

Como sabemos, esta concepción del derecho internacional privado responde a la Teoría Tridimensional del Derecho, en cuyo análisis podemos desarrollar tres dimensiones, la sociológica, la normológica y la dikelógica.

Correlativas a nuestro trabajo en la dimensión sociológica, conjunto de casos ius privatistas con elementos extranjeros y sus soluciones, la GST cuando encontramos por ejemplo casos en que los padres residen en estados diferentes a la madre comitente, casos en los que es diferente el estado de nacimiento y el estado receptor, entre otros supuestos. En la dimensión normativa, normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético judicial: el contexto mundial actual presenta una amplia diversidad de regulación y/o incluso de vacío legal, lo que acarrea graves inconvenientes respecto fundamentalmente a los derechos de los niños nacidos productos de la GST. Por último, estas

¹ Goldschmidt, Werner, “Derecho internacional privado” -10ª ed.-Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

soluciones y descripciones basadas en el respeto extranjero, la dimensión dieléctica que busca como último fin, para el derecho internacional privado, resguardar la existencia del derecho extranjero sin ser dejado de lado por el derecho local. Podemos pensar y replantearnos la necesidad que construir cada día una comunidad internacional respetuosa en la diversidad de ordenamientos jurídicos internos, pero con miras arribar a un ordenamiento internacional que no permita más la violación de derechos humanos fundamentales con el único fundamento de encontrarse, en este caso la GST, en contra de un orden público particular.

Entonces, dentro del derecho internacional privado, podemos decir que en el núcleo del objeto de su ciencia actual (es decir, los problemas fundamentales que debe resolver) se encuentra el problema de la ley aplicable, de la jurisdicción y de la cooperación internacional. Es por ello que, cuando estudiamos un caso particular como es la GST, debemos analizar dentro de qué institución la encontramos, así podemos tomar como base la familia, en su consecuencia reproductiva la filiación, y es ese el punto en el que nos encontramos con una enorme diversidad respecto a cuál es la ley aplicable al reconocimiento de la filiación, así como quiénes son los jueces que resultan competentes para entender en dichas cuestiones y, lo fundamental, el compromiso de la comunidad internacional asumiendo la obligación de reconocer resoluciones administrativas o sentencias judiciales que determinen un estado filiatorio en particular.

II. MARCO TEÓRICO

Cuando nos referimos a la GST, debemos comenzar por comprender el contexto actual en el que se ha desarrollado el término familia internacional y las diversas estructuras que ella presenta, como las familias ensambladas, homoparentales o monoparentales. Puesto que ante la necesidad de “agrandar” estas familias es que se presentan determinadas situaciones en las que los padres asisten a Técnicas de Reproducción Asistida y cada vez más a la GS, dando como resultado una nueva concepción de la familia, con cruce fronterizo y un “turismo reproductivo”² cuyo foco de prioridad debe ser el interés superior del niño.

El fenómeno de la GS tiene varias denominaciones como “maternidad subrogada”, “maternidad sustituta”, “maternidad por sustitución”, “alquiler de vientres”. “Entendemos que “gestación por sustitución” se adecua mejor al fenómeno regulado dado que no pone el acento en la maternidad, –lo que implicaría dejar en segundo plano la paternidad-, sino en la actividad o fin principal perseguido por las partes de la relación jurídica: La gestación”³.

La expresión “subrogación” no es jurídicamente correcta por no englobar todas las situaciones. Según el diccionario de la Real Academia Española, subrogar es “sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra”, por lo que hoy se lo identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y

² Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013

³ Gonzales, Nuria Martín y Albornoz María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XVI enero-diciembre 2016

material genético. Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos, por ello se ha comenzado a utilizar el término “sustitución” para especificar que se gestó (y solo se gesta) para y por otro que está imposibilitado en hacerlo.

A los fines de conceptualizar la GST y su marco conceptual involucrado elegimos desarrollar el Glosario brindado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado⁴ puesto que brinda claridad y precisión respecto al tema elegido.

<p>Acuerdo Internacional de sustitución</p>	<p>Acuerdo de sustitución concertado por el (los) padre(s) pretendiente(s) residente (s)⁵ de un Estado y una parte sustituta residente (algunas veces sólo presente) en/de otro Estado. Este Acuerdo puede implicar la donación de un gameto en el Estado en el que la parte sustituta reside (o está presente), o incluso en un tercer Estado. Este Acuerdo puede ser uno de sustitución tradicional o gestacional, y puede ser de naturaleza altruista o comercial (ver más abajo).</p>
<p>Acuerdo de sustitución tradicional</p>	<p>Acuerdo de sustitución en el que la sustituta provee su propio material genético (óvulo), de forma que el niño nacido está relacionado genéticamente con ella. Este Acuerdo puede implicar concepción natural o procedimientos de inseminación artificial. Este Acuerdo puede ser de naturaleza altruista o comercial (ver más abajo)</p>
<p>Acuerdo de sustitución gestacional.</p>	<p>Acuerdo de sustitución en el que la sustituta no provee su material genético propio, de forma que el niño nacido no está relacionado genéticamente con ella. Este acuerdo usualmente ocurre luego de un tratamiento de Fertilización In Vitro. Los gametos pueden provenir de ambos de los padres pretendientes, de uno solo de ellos o de ninguno. Este Acuerdo puede ser de naturaleza altruista o comercial</p>

⁴ Hague Conference on private international law, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” by Permanent Bureau, No 10 of March 20012.

⁵ El término “residente habitual” no es utilizado acá, a propósito. Puede ser usual el caso de que ambos, los padres interesados y la parte sustituta, son “residentes habituales” en estos Estados. Sin embargo, la definición ha sido desarrollada de una manera general (incluyendo incluso casos en las que la parte sustituta está simplemente “presente” en otro Estado) a efectos de incluir todos los casos posibles que puedan ser problemáticos, por ejemplo, esta definición permitiría incluir el caso de mujeres que han sido sujetos de tráfico hacia un Estado permisivo, para efectos de ser sustitutas.

	(ver más abajo)
Acuerdo de sustitución comercial	<p>Acuerdo de sustitución en el que el (los) padre(s) pretendiente (s) pagan a la sustituta una remuneración que va más allá de los “gastos razonables”. Este pago puede ser calificado como una compensación por el “dolor y sufrimiento”, o puede ser simplemente una tarifa cobrada por la mujer sustituta por el hecho gestar al niño. Este puede ser un Acuerdo de sustitución tradicional o gestacional.</p> <p>Nota: A menudo es muy difícil trazar la línea entre lo que es una sustitución altruista y una comercial. Por ejemplo, si una sustituta está desempleada antes de la concepción pero reclama “gastos razonables” en los que incluye “lucro cesante” como parte del acuerdo, ¿es éste aún “altruista”?</p>
Acuerdo de sustitución altruista	<p>Acuerdo de sustitución en el que el (los) padre (s) pretendiente (s) no pagan a la sustituta, o de manera más usual, le pagan sólo por los “gastos razonables”, asociados a la sustitución.</p> <p>Este puede ser un Acuerdo de sustitución tradicional o gestacional.</p> <p>Este Acuerdo a menudo (pero no siempre) tiene lugar entre el (los) padre (s) pretendiente (s) y alguien que ya les es conocido (por ejemplo, amigos o parientes).</p>
Estado Receptor	El Estado en el que el (los) padre (s) pretendiente (s) es (son) residente (s) y al que desea(n) volver con el niño, luego de su nacimiento.
Estado de nacimiento del niño	<p>El Estado en el que la sustituta da a luz al niño y en el que la cuestión de la filiación del niño surge primero, generalmente.</p> <p>Este será usualmente el Estado del que la sustituta es residente. Sin embargo, en algunos casos la sustituta puede trasladarse de Estados, para efectos de dar a luz.⁶</p>
Mujer sustituta	<p>La mujer que acepta gestar un niño (o niños) en lugar del (los) padre(s) pretendiente(s) y renuncia sus derechos paternos luego del nacimiento.</p> <p>En este trabajo, el término es usado incluyendo a la mujer que no provee su propio material genético al niño. En algunos Estados, en estas circunstancias, a las sustitutas se les llama “portadoras gestacionales” o “anfitrionas gestacionales”.</p>
Padre (s) intencional(es)	Es la persona (s) que solicita (n) a otra la gestación de un niño por él (ella, ellos), con la intención de tener la tuición sobre él, luego del nacimiento y para criarlo como propio. Dicha(s) persona(s) puede (n) o no estar genéticamente relacionadas con el niño nacido como resultado del Acuerdo.
Donadora de gametos	Es la mujer que provee sus óvulos para ser usados por otra

⁶ O puede haber sido víctima de tráfico humano para éste propósito.

(óvulos)	persona, para efectos de la concepción de un niño. En algunos Estados, dichos “donantes” pueden recibir compensación “más allá de sus gastos”. La cuestión sobre el anonimato de los “donantes” puede variar según el Estado.
Donador de gametos (espermias)	Es el hombre que provee de sus espermias para ser usados por otra persona, para efectos de la concepción de un niño. En algunos Estados, dichos “donantes” pueden recibir compensación “más allá de sus gastos”. La cuestión sobre el anonimato de los “donantes” puede variar según el Estado.
Filiación legal o padre(s) legal(es)	Es la persona o personas que se considera que han adquirido el estatus legal de ser el o los padres del niño, bajo la legislación relevante, y a quienes dicha ley dota de los derechos y obligaciones específicos que emanan de tal estatus. En las situaciones de sustitución, este estatus puede que no coincida con la filiación genética del niño (y de hecho, a menudo no coincide), como por ejemplo, con aquellos que han provisto del material genético.
Filiación genética o padre(s) genético(s)	Es la persona o personas que han provisto su material genético para la concepción del niño. En algunos idiomas son referidos como “padres biológicos”. En las situaciones de sustitución, dichas personas pueden no ser (y a menudo no lo son) los padres legales del niño.

III. SITUACIÓN LEGAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA OEA

Desarrollaremos lo regulado en Estados Unidos, Canadá, México, Colombia, y Brasil, por ser los únicos Estados Miembros de la O.E.A. que en instrumentos formales refieren específicamente a la gestación por sustitución.

- a) Estados Unidos: la situación en relación a este método de reproducción varía muchísimo de un estado a otro. Algunos, la prohíben. En otros está expresamente permitida, y existen también estados con un panorama confuso (no siendo clara ni la legislación, ni la jurisprudencia). La normativa que será de aplicación dependerá

del Estado en que reside la mujer gestante, del lugar en que se suscribe el convenio y del lugar del alumbramiento⁷.

En cuanto a los Estados en que está permitida la gestación por sustitución, su legislación también varía completamente de unos a otros. Los más flexibles son California, Arkansas, Illinois y Maryland. Illinois cuenta con una legislación muy permisiva que regula desde la firma del convenio hasta la emisión de los Certificados de Nacimiento. No obstante, solo se permite acceder a esta práctica a personas, ya sean individuales o parejas heterosexuales, que hayan aportado sus propios gametos.

En California, encontramos protección jurisprudencial más relevante a favor de los padres comitentes, a quienes declara legamente los padres del niño nacido, tengan o no conexión genética con el mismo. Se admite la subrogación comercial, se obliga al cumplimiento de los convenios suscritos al efecto, y se permite a los padres comitentes, independientemente de su estado civil u orientación sexual, ser considerados padres legales antes del nacimiento sin necesidad de acudir a procedimientos de adopción.

En Arkansas, el Acta 647 del 17 de marzo de 1989 prevé que el niño nacido como resultado de un tratamiento de inseminación artificial, sea reputado como hijo biológico del padre y de su esposa, –aunque ésta última no tenga conexión genética con el bebé-, o sólo del padre biológico, –si no está casado-, o de la madre comitente-, si el

⁷ RODRÍGUEZ-YONG CAMILO A. Y MARTÍNEZ-MUÑOZ KAROL XIMENA, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, Revista de Derecho, Vol. XXV - Nº 2 - diciembre 2012, ISSN 0718-0950.

esperma para el proceso fue donado-. A la hora de registrar el nacimiento, la mujer gestante se presume que es la madre natural, pero se puede obtener un certificado de nacimiento alternativo expedido por los Tribunales.

En cambio, otros Estados, a pesar de admitir la gestación subrogada, establecen ciertas limitaciones o restricciones. En Dakota del Norte se permite la subrogación gestacional, pero está prohibida la tradicional. En el Estado de Washington, por su parte, se permite la subrogación altruista pero no la comercial. En Nevada, se admite la subrogación gestacional, pero tan solo entre parejas heterosexuales legalmente casadas.

También existen Estados, como Idaho, Oregón o Carolina del Sur, en que no existe ley que regule la subrogación, pero en los que la jurisprudencia ha sido habitualmente favorable a la misma, y otros como Maryland, Ohio o Pennsylvania, en que no existen leyes que regulen dicha técnica, y en los que tampoco la jurisprudencia es uniforme al respecto.

Y también hay Estados que prohíben y castigan la subrogación comercial. Por ejemplo, Michigan, en donde los acuerdos están legalmente prohibidos y se sancionan con fuertes multas económicas e incluso penas de prisión. Por otro lado, en el Estado de Nueva York, se sancionan los contratos de subrogación comercial por contravenir el orden público, pero se admiten los contratos de subrogación altruista, sin poderse exigir judicialmente su cumplimiento.

b) Canadá: la gestación por sustitución está permitida para todos los modelos de familia, independientemente de su condición sexual y de la existencia de pareja. Sin embargo, la ley canadiense establece una serie de restricciones que hacen que la búsqueda de una gestante sea difícil, por lo que no es un destino muy común.

El único lugar de Canadá en el que no es posible realizar este método reproductivo es la provincia de Quebec, donde la ley establece como nulo el contrato de subrogación.

La GS está permitida siempre y cuando tenga finalidad altruista, se deberá pagar los gastos que pueda tener derivados del embarazo. Para el reembolso de los gastos, es necesario que la gestante los justifique debidamente, y que así puedan ser reembolsados por los futuros padres. El sistema de salud público de Canadá cubre los gastos médicos del embarazo, aunque no los derivados del proceso de reproducción asistida de la fecundación in vitro.

Por otra parte, la legislación canadiense permite la realización tanto a ciudadanos canadienses, como a extranjeros y, como mencionamos, a todos los modelos de familia.

Según la legislación en materia de reproducción asistida de Canadá en el apartado 6⁸ se determinan las siguientes prohibiciones en lo que respecta a la técnica de la GS:

- Ninguna persona puede pagar compensación económica alguna a una mujer por ser gestante, ofrecerse pagar esa compensación o anunciarlo es considerado delito.

⁸ <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/page-2.html#docCont>

- Ninguna persona debería aceptar remuneración alguna por intermediar un acuerdo de maternidad subrogada, ofrecerse a organizar tal acuerdo o anunciar este servicio
 - Ninguna persona debe aconsejar o fomentar que una mujer sea gestante, o realizar cualquier procedimiento médico para ayudar a una mujer convertirse en gestante, si sabe o tiene motivos para creer que la mujer en cuestión es menor de 21 años.
 - Esta sección no afecta la validez de cualquier acuerdo por el que una persona se compromete a ser mujer gestante.
- c) México: “...en algunas entidades federativas del país se ha legislado la materia y en varias de ellas ha habido reformas en el último año. El contenido de tales reglas, en ocasiones con importantes disimilitudes entre sí, conforma un marco normativo heterogéneo. Por un lado, permiten la gestación por sustitución los estados de Tabasco y Sinaloa; por otro lado, la prohíben San Luis de Potosí y Querétaro. Asimismo, cabe señalar que hace unos años se aprobó la “Ley de maternidad subrogada” para el Distrito Federal, que sin embargo no ha sido publicada oficialmente ni se ha convertido en derecho positivo, y que Coahuila contaba con una disposición prohibitiva muy similar a la de San Luis de Potosí, que fue derogada el 15 de diciembre de 2015”⁹

⁹ ALBORNOZ MARÍA MERCEDES Y LÓPEZ GONZÁLEZ FRANCISCO, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, Revista IUS, México, enero-junio 2017 (En prensa) ISSN 1870-2174.

*Tabasco: establecido en el Código Civil para el Estado de Tabasco, Capítulo VI Bis, de la Gestación asistida y subrogada, arts. 380 bis 1 a 380 bis 7¹⁰.

Se refiere a la GS como Gestación por Contrato, definiéndola como la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero. Se permite la GS sólo para ciudadanos mexicanos. Admite dos modalidades, subrogada, implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos; y sustituta, la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión.

Establece como autoridad de control sobre las condiciones de la gestante, a la Secretaria de Salud del Gobierno del Estado; algunas de las condiciones requeridas son: que la mujer tenga entre 25 y hasta 35 años de edad, que preste su consentimiento voluntariamente, que haya adquirido plena información acerca del proceso, entre otros.

El cambio de ley sobre gestación subrogada, dejó en la indeterminación bebés nacidos mediante ese procedimiento. Al menos 13 bebés son objeto de batallas legales para que el Gobierno Estatal les permita vivir con sus familias, y puedan ser asentados ante el Registro Civil. La fundamentación expresada en una

¹⁰http://a245249236eda49dcdbd94febb582370306e21521643c4f578978.r92.cf1.rackcdn.com/2016/Transparencia/secretaria_general/Leyes/Codigo%20Civil%20para%20el%20Estado%20de%20Tabasco.pdf

resolución del Registro Civil, es que se trata de gestaciones que iniciaron después de la reforma legislativa por lo que declina de expedir actas de nacimiento. Se trata de contratos que se habían firmado con la ley anterior.

La Comisión Estatal de Derechos Humanos emitió la petición de medidas cautelares 105/2017 a Patricia Osorio, directora general del Registro civil, para que haga válido el derecho a la identidad, a formar una familia y a la legalidad. Se habla expresamente de una cuestión de carácter discriminatoria para todo niño que haya nacido bajo técnicas de reproducción asistida; puesto que incluso se encuentran casos de parejas mexicanas heterosexuales quienes tampoco han podido registrar a sus bebés. Conforme los dichos de los abogados intervinientes, algunas inscripciones fueron otorgadas. Dicen también que el Registro acepta entregar las actas si los padres desisten de los juicios de amparo¹¹. Esta realidad, da un sustento sociológico a la problemática desarrollada en nuestro trabajo y nos brinda un soporte para reafirmar lo que plantharemos en las conclusiones.

*Sinaloa: la técnica está prevista en el Código Familia del Estado de Sinaloa, Título Octavo: de la Filiación, Capítulo V De la Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada¹².

¹¹ <http://www.tabascohoy.com/nota/372807/golpea-incertidumbre-a-vientres-subrogados>
<http://www.eluniversal.com.mx/blogs/colectivo-gire/2017/02/22/las-mentiras-del-gobierno-de-tabasco-sobre-la-gestacion-subrogada>

¹² http://www.laipsinaloa.gob.mx/images/stories/ARCHIVOS%20PUBLICOS/LEYES%20Y%20CODIGOS/2013/codigo_familiar.pdf

Como lo refleja el art. 283: “La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.

Para realizar un proceso de GS es necesario que los futuros padres sean ciudadanos mexicanos y, además, la madre de intención debe tener incapacidad médica para gestar un bebé.

Se admite cualquier modalidad de gestación subrogada, parcial, total, altruista o con compensación.

d) Colombia: el 09/03/16 fue radicado un proyecto de ley proponía principalmente los siguientes puntos:

-la definición del concepto de maternidad subrogada, como la contratación de una mujer para gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido.

-la prohibición del alquiler de vientres para proteger los derechos a la dignidad, intimidad, igualdad, autonomía, procreación y salud de la mujer, así como el derecho a la vida y al de conformar una familia de quien está por nacer.

-la penalización a quienes incurran en el delito, incorporándolo a la figura de trata de personas.

En fecha 21/06/2016, el proyecto fue archivado en Debate, art. 190 Ley 5 de 1992¹³.

- e) Brasil: no existe una ley que regule la GS. Sin embargo, el Consejo Federal de Medicina ha establecido una serie de condiciones indispensables para poder acceder a este tratamiento reproductivo. El requisito principal es que debe hacerse de forma altruista. Se prohíbe la GS comercial, ya que la Constitución prohíbe la comercialización con órganos y tejidos.

La Resolución 2121/2015 establece los siguientes requisitos:¹⁴

- la gestante debe hacer el proceso de forma altruista
- la gestante debe ser un familiar de primer, segundo, tercer o cuarto grado de uno de los padres de intención
- ni la madre de intención ni la gestante pueden superar los 50 años de edad
- la madre de intención debe tener un problema médico que impida o contraindique la gestación
- las parejas homosexuales también pueden tener descendencia por este método.

Estos requisitos son de imprescindible cumplimiento, solo en caso de que una Junta Medica Regional conceda su permiso, se podría aplicar una excepción, por ejemplo, permitir se trate de una mujer ajena a la familia de la madre o padre intencional para ser la gestante.

¹³ <http://www.congresovisible.org/proyectos-de-ley/ppor-medio-del-cual-se-prohibe-la-practica-de-la-maternidad-subrogada-al-ser-una-categoria-de-trata-de-personas-y-explotacion-de-la-mujer-con-fines-reproductivos-prohibe-la-maternidad-subrogada/8306/#tab=2>

¹⁴ <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>

Conforme se desprende de la misma Resolución¹⁵, esta norma vincula a los médicos únicamente, aquellos que tienen permiso para ejercer la medicina. Si no la cumplen, pueden ser juzgados por cuestiones que hacen a la ética profesional por el consejo, pudiendo tener penalidades como la pérdida del título profesional y la prohibición de ejercer la medicina.

IV. PARÁMETROS JURISPRUDENCIALES EN LOS CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL

Expondremos en el presente acápite brevemente los lineamientos que surgen en la materia a partir de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (T.E.D.H.).

El TEDH resolvió los casos *Menesson c. Francia* (demanda nro. 65192/11) y *Labasse c. Francia* (demanda nro. 65941/11) el 26 de junio de 2014.

Respecto de los antecedentes, Francia (estado de recepción) se negó a reconocer vínculo filiatorio entre los niños nacidos en Estados Unidos, fruto de la técnica de reproducción de GS, y sus padres intencionales, con quienes presentaban lazos genéticos.

El tribunal declaró, por unanimidad, que Francia ha violado el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada. En su fallo destacó que:

- El derecho francés impedía absolutamente el establecimiento de un vínculo jurídico entre el niño y el padre intencional en

¹⁵Resolución 2121/20115-Art. 1º Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos

Francia, además de impedir la transcripción de acta extranjera en el registro francés. Entendiendo que la filiación es un aspecto esencial de la intimidad de los individuos.

- Las decisiones adoptadas por el Estado francés no fueron compatibles con el interés superior de los menores, principio que debe guiar cualquier decisión sobre ellos.
- Si bien un Estado parte del Convenio podría prohibir la GS, esa opción del legislador nacional no puede provocar el desconocimiento de su filiación y así proyectarse sobre la identidad de los menores, a los que de otro modo se les sitúa en una situación de incertidumbre jurídica sobre su identidad.

El T.E.D.H. volvió a pronunciarse sobre un caso que involucraba la técnica de reproducción de GS, el 27 de enero de 2015, *Paradiso y Campanelli c. Italia* (demanda nro. 25358/12). Un matrimonio heterosexual italiano, que tenía dificultades para realizar fecundación in vitro, decidió contratar una GST con una mujer rusa en Rusia mediante la agencia “Rosjurconsultin”.

En Italia fue denegada la transcripción del certificado de nacimiento alegando que la documentación era falsa. La Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli fueron acusados de “tergiversación de estado civil”, y violación de la legislación sobre adopción. El tribunal de menores declaró el estado de abandono (y adoptabilidad) respecto al niño porque los padres biológicos eran desconocidos y los comitentes no podían ser considerados los padres –de acuerdo con la ley italiana– por no tener ningún lazo genético o jurídico con el niño. El tribunal

de Apelaciones confirmó la sentencia y el niño fue confiado a los servicios sociales y colocado con una familia de acogida, sin que el matrimonio sea informado de su ubicación y sin permitirles ningún contacto, en enero de 2013 el bebé fue confiado a los padres adoptivos.

El tribunal analizó si se había vulnerado el derecho a la vida familiar y privada de los padres intencionales. Consideró que hubo una violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, a partir de cómo se produjo la remoción del niño de su familia y su colocación bajo tutela. Entendió que, efectivamente, hubo “vida familiar” entre el niño nacido en Rusia y el matrimonio de padres intencionales, ya que habían convivido al menos seis meses. Asimismo, entendió que hubo “vida privada” entre ellos. Destacó que es necesario que un niño no se encuentre en situación de desventaja por el hecho de haber sido traído al mundo por una madre portadora. Considera que el Estado debe tener en cuenta el interés superior del menor, independientemente de la relación parental, genética u otra. Sin embargo, tal sentencia ha sido revocada por la “Gran Sala” en reciente Sentencia de 24 de enero de 2017¹⁶, que ha entendido que no existió vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar. Ha considerado que no hubo violación del derecho al respeto a la “vida familiar”, por entender que, en rigor, no puede entenderse que en el supuesto enjuiciado existiese, teniendo en cuenta, tanto la ausencia de un vínculo

¹⁶ [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\"itemid\":\[\"001-170359\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)

biológico entre el niño y los demandantes, como la corta duración de las relaciones entre ellos. También consideró que, si bien las medidas denunciadas inciden sobre el derecho a la vida privada de los demandantes, no obstante, esta incidencia no constituye una injerencia ilegítima en dicho derecho, obedeciendo a una finalidad legítima, cual es el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la exclusiva competencia del Estado para reconocer la existencia de relaciones paterno-filiales, con el objetivo de proteger a los niños. Además, afirmó que los tribunales italianos han realizado una justa ponderación entre los diferentes intereses involucrados, constatando que la separación del niño de los demandantes no provoca daños graves e irreparables.

V. CONCLUSIONES

Hemos analizado los que consideramos aspectos fundamentales en lo que concierne a la GST en el ámbito de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos- O.E.A.

Y hemos descriptos los precedentes jurisprudenciales que refieren a la GST en el ámbito europeo, puesto que si bien contamos con antecedentes de la C.I.D.H., respecto a la fecundación in vitro (caso “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”¹⁷), no ha habido necesidad de resolución respecto a la GST en particular, hecho que consideramos se debe a la amplia resolución de casos en materia de GS en el orden interno de cada estado.

¹⁷ <https://aldiaargentina.microjuris.com/2013/02/06/la-decision-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-del-28112012-y-la-interrupcion-del-embarazo/>

Un punto fundamental de nuestro trabajo refiere, específicamente, al Contrato en virtud del cual nace la relación jurídica de la GS. Consideramos que, en miras al respeto del orden público interno, base para la comunidad jurídica internacional, cada Estado será libre respecto a si considera que dichos contratos pueden celebrarse o no válidamente en su territorio, así como sus características, permitiendo la compensación económica o sólo la forma altruista. Factor que, a nuestro entender, no debe afectar luego el reconocimiento de la filiación, porque, como sostuvimos desde la introducción del presente, no debe considerarse una violación al orden público interno (como es el caso de un Estado que prohíbe el contrato de GS), una violación al orden público internacional que prive de derechos humanos fundamentales como lo es la identidad de un niño derivada de su estado filiatorio.

Consideramos, además, que efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación y puede conllevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo, generando situaciones desiguales y discriminatorias que redundarían en perjuicio del menor.

Por todo lo expuesto, y en respuesta del objetivo de este trabajo, afirmamos la necesidad de regular la problemática que se presenta en torno a la GST en el ámbito de los Estados Miembros de la O.E.A. y proponemos las siguientes recomendaciones a considerar en las legislaciones internas de los mencionados Estados.

- Respecto al reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero:

Ya sea que el documento expedido en el estado extranjero, tenga la naturaleza de un acta de nacimiento, un reconocimiento voluntario o una sentencia extranjera, consideramos recomendar a los Estados Miembros que aún no son parte, la adhesión a la Convención suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros, adoptada en La Haya el 5/10/61 por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

- Respecto a la competencia internacional directa para la determinación o impugnación de la filiación:

Entendemos que debe preverse un punto de conexión alternativo que facilite el acceso a la justicia, a saber: la residencia habitual de un padre putativo que impugna o padre putativo contra quien se entabla, o el juez del estado que presente una conexión razonable con el caso.

- Respecto a la ley aplicable a la filiación y su impugnación:

Apoyamos la tendencia que permite la aplicación del derecho extranjero y sugerimos la utilización del siguiente punto de conexión, tanto para la filiación por naturaleza, como por técnicas de reproducción asistida, el derecho del domicilio del hijo, o del progenitor o pretendido progenitor, o el derecho que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

- Respecto a la ley aplicable a los efectos jurídicos del reconocimiento:

Entendemos que lo apropiado es recomendar como aplicable el mismo derecho que a la filiación, es decir: el derecho del domicilio del hijo, o del progenitor o pretendido progenitor, o el derecho que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

Para concluir, consideramos pertinente compartir una norma prevista en el Código Civil y Comercial de la República Argentina, “Artículo 2634: Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

Debemos unir esfuerzos y colaborar en la construcción de un instrumento que dé respuestas efectivas a una problemática tan creciente y actual como es la GST. Aquí hemos intentado

colaborar con recomendaciones que den lugar al reconocimiento de la filiación porque, como sostuvo el T.E.D.H., se trata del derecho a la identidad, derecho humano esencial. Siempre en la base de que el resultado final de la GST es una vida, un niño que debe gozar de todos sus derechos fundamentales, sin perder de vista el hecho de que es nuestra obligación bregar por su reconocimiento.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ MARÍA MERCEDES Y LÓPEZ GONZÁLEZ FRANCISCO, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, Revista IUS, México, enero-junio 2017 (En prensa) ISSN 1870-2174.

BRENA SESMA, Ingrid (coord.), “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, Reproducción asistida, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/10.pdf>

GOLDSCHMIDT, WERNER, “Derecho internacional privado”-10ª ed.- Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, I. (coord.), “La gestación subrogada. ¿Una nueva figura del derecho de familia?”, Reproducción asistida, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012,
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3155/11.pdf>

GONZÁLEZ, NURIA MARTÍN Y ALBORNOZ MARÍA MERCEDES, “Aspectos transfronterizos de la gestación por

sustitución”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen XVI enero-diciembre 2016

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>

Hague Conference on Private International Law- Key documents:

2017: Report of the January/February 2017 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy

2016: Report of the February 2016 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy

2016: Background Note for the meeting of the Experts’ Group on the Parentage / Surrogacy Project

2015: “The Parentage / Surrogacy Project: an updating note” (Prel. Doc. No 3 A of February 2015)

2014: “The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project” (Prel. Doc. No 3 B of March 2014) and its accompanying “Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements” (Prel. Doc. No 3 C of March 2014)

2012: Preliminary Report on international surrogacy arrangements

2011: Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children

<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

La Organización Mundial de la Salud,

<http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/>

LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, InDret Revista para el Análisis del Derecho, núm. 3, 2012, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

LAMM, Eleonora, Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.

RODRÍGUEZ-YONG CAMILO A. Y MARTÍNEZ-MUÑOZ KAROL XIMENA, “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, Revista de Derecho, Vol. XXV - Nº 2 - diciembre 2012, ISSN 0718-0950.

RUBAJA, NIEVE, “Cooperación internacional en conflictos que afectan a niñas y niños. Pluralidad de fuentes normativas. Prácticas más favorables a la cooperación”, Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración - Número 1 - noviembre 2014; Cita: IJ-LXXIV-66