

COLECCIÓN DE BIOÉTICA

Gestación por sustitución

Ni maternidad subrogada
ni alquiler de vientres

Eleonora Lamm



Organització
de les Nacions Unides
per a l'Educació,
la Ciència i la Cultura



Càtedra UNESCO de Bioètica
de la Universitat de Barcelona



Observatori de
Bioètica i Dret



Gestación por sustitución

Gestación por sustitución

Ni maternidad subrogada
ni alquiler de vientres

Eleonora Lamm

© Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona
Adolf Florensa, s/n
08028 Barcelona
Tel.: 934 035 430
Fax: 934 035 531
comercial.edicions@ub.edu
www.publicacions.ub.edu

ISBN

978-84-475-3773-0

Este documento está sujeto a la licencia de Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas de Creative Commons, cuyo texto está disponible en: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.



A María Casado, Aída Kemelmajer de Carlucci
y Marisa Herrera. Porque sin ellas este libro no sería posible.

A Leo y Chloé.

Índice

PRÓLOGO, por Aída Kemelmajer de Carlucci.....	15
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	17
1. Introducción.....	17
2. Antecedentes.....	19
3. Concepto	22
4. Terminología	24
5. Modalidades o tipos de gestación por sustitución.....	27
6. Tendencia.....	28
7. Variantes	29
MATERNIDAD Y PATERNIDAD	31
1. La disociación de «maternidades».....	31
2. La determinación de la maternidad	32
2.1. Teoría de la contribución genética.	33
2.2. Teoría de la preferencia de la gestante.	38
2.3. Teoría de la intención.....	42
2.3.1. La voluntad procreacional.....	47
2.3.2. La aplicación del criterio de la voluntad procreacional a la gestación por sustitución.....	54
3. Paternidad sin maternidad.....	58
3.1. Matrimonio homosexual y parejas de hombres.....	58
3.2. Paternidad de hombre solo	64
ANÁLISIS NORMATIVO. DERECHO COMPARADO	71
1. Derecho español.....	71
1.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	71
1.2. Análisis de la norma.....	71
1.3. Sobre la posibilidad de establecer la filiación por la vía de la adopción	74
1.4. La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero.	78

1.4.1. Antecedentes	78
1.4.1.I. <i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009</i>	79
1.4.1.II. <i>Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (num. 193/2010)</i>	82
1.4.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	84
1.4.2.I. <i>Finalidad de la IDGRN</i>	84
1.4.2.II. <i>Resolución judicial extranjera</i>	85
1.4.2.III. <i>Exequátur en España de la resolución judicial extranjera y reconocimiento incidental</i>	86
1.4.2.IV. <i>Su inaplicabilidad al caso de G. y B. SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (núm. 8621/2011)</i>	87
1.4.2.V. <i>Críticas</i>	89
1.4.2.VI. <i>Efectos de la IDGRN</i>	93
1.4.2.VII. <i>Consecuencias de la IDGRN. Bajas por maternidad y paternidad</i>	95
1.4.3. La gestación por sustitución internacional y la nueva Ley 20/2011 de Registro Civil	99
1.5. La necesidad de regulación	101
2. La situación en Argentina	102
2.1. Ausencia de norma legal	102
2.2. Jurisprudencia.....	104
2.3. La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero	108
2.4. Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.....	114
2.4.1. Fundamentos	114
2.4.2. El artículo propuesto:.....	115
2.4.3. Análisis del artículo.	116
2.4.3.I. <i>Sistema</i>	116
2.4.3.II. <i>Comitentes</i>	116
2.4.3.III. <i>Filiación</i>	116
2.4.3.IV. <i>Requisitos para la homologación judicial</i>	117
3. Breve referencia a otras legislaciones	118
3.1. Las posturas en el derecho comparado	118
3.1.1. Prohibición de la gestación por sustitución.....	118
3.1.1.I. <i>Francia</i>	118
3.1.1.II. <i>Alemania</i>	125
3.1.1.III. <i>México. Querétaro y Coahuila</i>	126
3.1.1.IV. <i>Suiza</i>	127

3.1.1.V. Italia	127
3.1.1.VI. Austria	128
3.1.1.VII. Portugal	130
3.1.2. Admisión de la gestación por sustitución cuando es altruista.....	131
3.1.2.I. Reino Unido.....	131
3.1.2.II. Australia (Australian Capital Territory [ACT], Queensland [QLD], New South Wales [NSW], South Australia [SA], Victoria [VIC], Western Australia [WA]) ..	142
3.1.2.III. Canadá	148
3.1.2.IV. Grecia.....	150
3.1.2.V. Brasil.....	154
3.1.2.VI. México. Tabasco	157
3.1.2.VII. Israel	159
3.1.2.VIII. Sudáfrica.....	164
3.1.3. Admisión amplia	170
3.1.3.I. Rusia.....	170
3.1.3.II. Ucrania.....	174
3.1.3.III. India	178
3.1.3.IV. México, Sinaloa.....	181
3.2. La gestación por sustitución en Estados Unidos.....	185
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL.....	193
1. El «turismo reproductivo».....	193
2. El turismo reproductivo y la gestación por sustitución internacional.....	194
2.1. Incapacidad de los comitentes y del niño de viajar al país de residencia de los comitentes debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño	196
2.2. Incapacidad de los comitentes para regularizar la situación legal del niño una vez que está en el Estado de residencia de los padres (o durante el proceso migratorio)	202
3. Hacia una convención internacional	210
REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	215
1. Los argumentos y las razones a favor de la regulación legal	215
1.1. Derecho y realidad.....	215
1.2. El interés superior del niño	224
1.3. El derecho a procrear.....	230
1.4. La gestación por sustitución no atenta contra la salud psíquica de la gestante.....	234

1.5. Los controles a la posible explotación	237
1.6. Los límites al turismo reproductivo	240
1.7. La tendencia que prevalece en el derecho comparado	240
1.8. Las posturas «feministas». El debilitamiento de la «condena biológica»	242
1.9. Los principios de igualdad y no discriminación.....	246
1.10. Las diferencias entre derecho y moralidad	248
1.11. El avance y la evolución del derecho.....	249
2. Condiciones y requisitos de la gestación por sustitución.	250
2.1. Sistema: intervención judicial previa	250
2.1.1. Intervención médica.	254
2.2. Requisitos respecto de la gestante.....	254
2.2.1. Consentimiento de la gestante.....	254
2.2.2. La gestante debe tener plena capacidad y buena salud física y psíquica.....	255
2.2.3. Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional	255
2.2.4. La gestante no debe someterse a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces.....	257
2.2.5. La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.....	258
2.3. Requisitos respecto del o de los comitentes.....	260
2.3.1. Parejas casadas o no casadas, heterosexuales u homosexuales y personas solas.....	260
2.3.2. Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético	261
2.3.3. El o los comitentes deben poseer imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer	263
2.3.4. Uno de los comitentes debe tener al menos tres años de residencia ininterrumpida en el país.....	264
2.4. Condiciones y requisitos del acuerdo	264
2.4.1. Se debe tener en miras el interés superior del niño que pueda nacer	264
2.4.2. Se debe efectuar un estudio sobre la idoneidad de comitentes.....	265
2.4.3. Aceptación de responsabilidad.....	266
2.4.4. Prohibición de cláusulas que limiten los derechos de la gestante.....	267
2.4.4.1. <i>Aborto.</i>	268
2.4.5. El acuerdo debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista	273
2.4.5.1. <i>Los ejes del debate y los puntos de partida</i>	273
2.4.5.11. <i>Precisando conceptos</i>	276

2.4.5.III. <i>Los argumentos a favor de la postura intermedia</i>	276
2.4.5.IV. <i>La compensación</i>	284
2.5. Filiación	286
2.5.1. Determinación por la voluntad procreacional con independencia del aporte genético	286
2.5.2. Certificado y partida de nacimiento	288
2.5.3. Inscripción.....	289
2.5.4. Muerte de ambos comitentes o del comitente	289
2.5.5. Efectos de la falta de autorización judicial	290
2.6. Otros aspectos del acuerdo de gestación por sustitución.....	290
2.6.1. Imposibilidad de arrepentimiento.....	290
2.6.2. Intervención judicial en caso de conflicto	293
2.6.3. Revelación del origen	294
PROPUESTA DE LEY SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	301
BIBLIOGRAFÍA	311

Prólogo

Conocí a Eleonora Lamm cuando era mi alumna de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, de la República Argentina. Inmediatamente me di cuenta de que era de aquellas personas por las que vale la pena dedicarse a la tarea docente: con ella, el tedio era algo inimaginable; abandonarse y no seguir preparando las clases podía ser suicida; su concepto de la llamada «actitud discipular» coincidía con la mía: recibir información y absorberla como una esponja, pero haciéndolo críticamente; estar dispuesto a estudiar para poder contradecir los argumentos que el profesor ha proporcionado.

La vida fue generosa con ella y conmigo desde que, con gran coincidencia temporal, llegó a Mendoza la profesora María Casado para movernos todos los esquemas y hacernos partícipes de un grupo que debía impulsar en la Argentina una bioética laica, desprovista de preconceptos, que permitiera la libre expresión de todas aquellas ideas que estuvieran bien fundadas y lógicamente argumentadas. Cuando le presenté a Eleonora y le pedí que la ayudara a seguir sus estudios de Bioética en Barcelona, nos prometió hacer todo lo posible. Y así fue: al poco tiempo, Eleonora viajó a Barcelona y estuvo en Europa cinco años. Esa larga estadía le permitió adquirir no sólo una experiencia extraordinaria, sino también entrar en contacto tanto con los académicos de la Universidad de Barcelona como con los de numerosas universidades y organismos europeos. Aquella etapa concluyó con el título de doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona; su tesis fue calificada con sobresaliente *cum laude*, el máximo que se puede esperar.

Desde entonces, Eleonora no ha cesado de investigar, especialmente en el área de la reproducción humana asistida. Es investigadora del Conicet, un organismo argentino que reúne a investigadores de todas las áreas; se ha ganado su puesto allí, a pesar de pertenecer al área de las llamadas «ciencias humanísticas», siendo que en los últimos años se ha dado prioridad de entrada a quienes practican las denominadas «ciencias duras». Organismos internacionales, como la Convención de La Haya, la han convocado para hacer el informe sobre América Latina en materia de gestación por sustitución; ha dado conferencias hasta en Alaska (seguramente es una de las pocas personas de la Argentina que ha llegado hasta allá).

Con todo este conocimiento, no debe asombrar que yo la convocara para trabajar en la redacción de la parte correspondiente a la filiación por reproducción humana asistida del Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina, actualmente debatido en el Parlamento argentino. Cuántas horas de discusión, cuánta información digerida, cuántas argumentaciones de un lado y del otro para intentar encontrar una regulación adecuada. Tantas veces repetimos aquello de «Ud. puede ponerse del lado de aquellos que en 1616 intentaron detener a Galileo acusándolo de querer jugar a ser Dios, o... ponerse a tono con la realidad, no desconocer los avances científicos; darse cuenta de que hay un derecho humano a tener acceso a esos avances», etc.

Muchas de aquellas reflexiones están en el libro que presento, que no cabe ahora resumir. El prologuista siempre se enfrenta al dilema de presentar la obra o presentar al autor. En este caso, yo me he inclinado por esta segunda opción, pero no para resumir, cual se hace en un *curriculum vitae*, todos los valiosos antecedentes de la autora, sino para mostrar brevemente su perfil de investigadora que ya ha colaborado nada más y nada menos que en la redacción de normas que quizás, algún día, sean derecho vigente en su país de origen.

Lo hago brevemente porque siempre me ha impresionado la frase de Quevedo que Jorge Luis Borges reproduce en el prólogo al libro *El informe de Brodie*: «Dios te libre, lector, de prólogos largos». Hacer un prólogo largo es, entonces, casi suicida.

Seguramente el lector me dará la razón. Nada de lo que dice Eleonora Lamm carece de fundamento. Podrá discrepar, pero nunca podrá decir que lo afirmado, o puesto en duda, no es la expresión de la bioética que queremos quienes integramos el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: demos batalla a los dogmatismos para dar entrada a la argumentación razonable.

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Noviembre de 2013

La gestación por sustitución

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos tiempos de profundos y permanentes cambios; si en alguna esfera se nota intensamente la transformación social es precisamente en las relaciones familiares, que en poco tiempo han experimentado una evolución que puede calificarse de asombrosa. Este cambio en las relaciones familiares es de tal magnitud que ha tenido consecuencias en todo el derecho de familia,¹ siendo el calificativo de «asombroso» el único que cuadra al contemplar los continuos avances científicos en el campo de la genética generadores de situaciones no siempre adaptables a la normativa que rige ese derecho.²

Circunscribiéndonos al derecho de filiación, no puede ponerse en duda que los progresos científicos y tecnológicos han producido importantes modificaciones. En este sentido, las técnicas de reproducción asistida³ (en adelante TRA) han generado lo que se conoce como «revolución reproductiva». Se habla de «revolución reproductiva» porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad. Es decir, hoy en día, y gracias a las TRA, es posible la reproducción sin sexo,⁴ y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios.

En este marco de las técnicas de reproducción asistida se presenta la figura de la gestación por sustitución, que por sus consecuencias tan trascendentales

¹ Véase ROCA TRÍAS, E. *Familia y cambio social: (de la «casa» a la persona)*. Civitas, Madrid, 1999.

² CORRAL DUEÑAS, F. «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 677, 2003, pp. 1954-1956.

³ Si bien se puede pensar que las TRA son un descubrimiento reciente, lo cierto es que el primer caso del que se tiene constancia ocurrió en el año 1884 en Philadelphia, Estados Unidos, cuando un doctor utilizó semen donado por un estudiante de medicina para inseminar a una mujer cuyo marido era estéril. Véase SKOOG SANBERG, A., SYDSJÖ, G., EKHOLM SELLING, K., LAMPIC, C. «Attitudes towards gamete donation among Swedish gynaecologists and obstetricians». *Human Reproduction*, vol. 23, núm. 4, 2008, pp. 904-911.

⁴ También como consecuencia de esta revolución, es posible el «sexo sin reproducción» en virtud del cambio en el rol social de la mujer que condujo a la aparición y el uso de los distintos métodos anticonceptivos.

plantea una multitud de cuestiones y planteamientos no sólo legales, sino también éticos.

Los aspectos éticos abundan y muchos son los cuestionamientos;⁵ entre otros: ¿presta la gestante un consentimiento verdaderamente informado? ¿Pueden predecirse las emociones asociadas con ceder a un niño? ¿Cuál es el grado de estrés en la pareja comitente? ¿Provoca la gestación por sustitución efectos psicológicos en el niño? ¿Cuáles son esos posibles efectos? ¿Qué crisis de identidad puede producirse? ¿Habrá un deseo del niño de conocer a quien fuera la gestante? ¿Corresponde informar al niño que su existencia ha tenido origen en un proceso gestación por sustitución? ¿Qué tipo de registros se deben llevar? ¿Tiene el niño nacido acceso a la información? ¿Es éticamente correcto que se le pague un monto a la mujer gestante? ¿La compensación conduce necesariamente a la explotación de las mujeres? ¿Debe aceptarse que sea practicada con fines comerciales o sólo con fines altruistas?; de optarse por la legalización con fines altruistas, ¿qué cuantía aproximada debe considerarse «compensación razonable» a percibir por la gestante? ¿Debe existir algún tipo de vínculo familiar o afectivo entre la pareja comitente y la gestante? ¿Deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución en la que la gestante sólo gesta, o también debe desplegar efectos la gestación por sustitución en la que, además de gestar, la gestante aporta sus óvulos? ¿Deben otorgarse efectos jurídicos sólo a la gestación por sustitución en la que los comitentes aportan sus gametos? ¿Cómo deben resolverse los eventuales conflictos de intereses entre las partes, especialmente los cambios de opinión de la gestante que, tras el parto, se niega a entregar al nacido a la pareja comitente? ¿Qué pasa si nadie quiere un niño que nace con discapacidad? ¿A favor de quién debe determinarse la filiación del nacido en tales circunstancias? ¿Debe permitirse sólo a las parejas médicamente incapaces de gestar o también a las parejas e individuos que padecen la conocida como «infertilidad estructural»,⁶ como los hombres solos o las parejas gays? ¿Qué

⁵ FARNÓS AMORÓS, E. «European Society of Human Reproduction and Embriology 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010». En: *Indret*, 3/2010, pp. 1-17. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf, compulsado el 27/08/2012.

⁶ Hoy, además de infertilidad médica, se habla de infertilidad estructural. Ésta se produce cuando un individuo o una pareja desea reproducirse, pero para lograrlo debe hacerlo a través de medios distintos a las relaciones sexuales debido a la estructura social en la que se identifica. Este grupo lo constituyen las personas solteras y las parejas del mismo sexo que carecen de las estructuras necesarias para lograr la paternidad y/o maternidad por sí mismos. Por lo tanto, deben acudir a la reproducción asistida. Véase CAHN, N. R. *Test tube families (Why the fertility market needs legal regulation)*. New York University Press, Nueva York y Londres, 2009, pp. 134-135.

sucede si la gestante decide abortar? ¿Y si son los comitentes quienes quieren que la gestante aborte?...

En este trabajo procuraré dilucidar y desarrollar estos y otros interrogantes, pero siempre teniendo presente que, en un campo como la bioética, el reto es dar una justificación racional de la legislación que sea a su vez aceptable en una sociedad liberal y pluralista.

Este desafío, sin duda, requiere de un análisis de las posibles consecuencias indeseables de simplemente permitir el máximo de libertad personal. Esas consecuencias, a su vez, deben equilibrarse con la necesidad de proteger a las personas, ya que se trata de decisiones personales que son cruciales para sus planes de vida e identidades. También puede haber necesidad de considerar normas sociales o morales aceptadas por casi todo el mundo, tales como que los niños deben ser cuidados. En ningún momento, sin embargo, se debe optar por la prohibición de ciertas conductas simplemente porque son impopulares o extrañas, o incluso porque podrían tener algunas consecuencias que no se tolerarían en otros contextos. Una reconsideración de la cuestión de la gestación por sustitución muestra cómo las políticas racionales sobre cuestiones bioéticas deberían ser desarrolladas: mediante políticas para una sociedad que valore y respete la libertad de elección y el bienestar de las personas, procurando adoptar la decisión que sea más beneficiosa y consecuentemente cause menos perjuicios.

2. ANTECEDENTES

Si bien la gestación por sustitución se nos presenta como una figura de la modernidad, lo cierto es que sus primeros antecedentes se encuentran en el Antiguo Testamento,⁷ cuando Sarah, frustrada por su incapacidad de tener hijos, instó a su esposo Abraham a tener relaciones sexuales con una mujer esclava, Hagar. De esta manera, su hijo Ishmael nació.⁸

⁷ También en lo que respecta a los hijos de Jacob y Raquel. «Viendo Raquel que no daba hijos a Jacob, tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero. Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre? Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha; llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, y yo también tendré hijos de ella. Así le dio a Bilha su sierva por mujer; y Jacob se llegó a ella. Y concibió Bilha, y dio a luz un hijo a Jacob. Dijo entonces Raquel: Me juzgó Dios, y también oyó mi voz, y me dio un hijo. Por tanto llamó su nombre Dan.» (Génesis 30:1-6.)

⁸ «Sarah, la mujer de Abraham, no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Hagar y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo

Los datos del Génesis a su vez nos demuestran que, tal vez, desde una perspectiva androcéntrica, en un principio sólo se contempló la gestación por sustitución como una manera de solucionar las necesidades y los intereses del hombre en tener descendencia si su mujer tenía algún impedimento.⁹

Aunque con raíces remotas, el primer acuerdo de gestación por sustitución documentado se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, quien creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc. Cabe resaltar que en los primeros casos de gestación por sustitución la gestante aportaba sus gametos (conocida como gestación por sustitución «tradicional», que se analizará luego) debido a que se hacía uso de la inseminación artificial. A partir de la aparición de la fertilización *in vitro*, en el año 1978, el panorama cambió. Así, el primer caso de gestación por sustitución «gestacional» reportado en el mundo —en el que, como se verá luego, la gestante no aporta sus óvulos— ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética.¹⁰

Este hecho implicó un hito en la medicina reproductiva y en el tratamiento de la infertilidad, dado que, por primera vez, fue posible medicamente que personas que padecen de infertilidad pudieran tener un hijo genéticamente pro-

tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella... y Hagar dio un hijo a Abraham y Abraham lo llamó Ishmael.» (Génesis: 16.1 a 4.)

⁹ Ante esto, Mir Candal se cuestiona: «¿Será porque ancestralmente se le ha imputado la esterilidad a la mujer, entonces existe como una aceptación antropológica y social a esta situación como modo de que las mujeres reparen sus culpas?». MIR CANDAL, L. «La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada». *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 1, núm. 1, julio 2010, pp. 174-188.

¹⁰ Véase UTIAN, W. H., SHEEAN, L., GODFARB, J., KIWI, R. «Successful pregnancy after *in vitro* fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a surrogate». *New England Journal of Medicine*, núm. 313, 1985, pp. 1351-1352. En 1983 se logró el primer embarazo después de una donación de ovocitos, que terminó con un aborto durante el primer trimestre. TROUNSON, A., LEETON, J., BESANKO, M., WOOD, C., CONTI, A. «Pregnancy established in an infertile patient after transfer of a donated embryo fertilised *in vitro*». *British Medical Journal*, 1983, pp. 835-838. En 1984, Buster informó sobre los primeros embarazos obtenidos después de lavado uterino. BUSTER, J. E., BUSTILLO, M., THORNEYCROFT, I. et al. «Non-surgical transfer of *in-vivo* fertilized donated ova to five infertile women: Report of two pregnancies». *Lancet*, núm. 22, 1983, pp. 2223-2244. Ese mismo año, Lütjen informó sobre el primer nacimiento de un niño con ovocitos donados, y fue pionero en el uso de la hiperestimulación ovárica controlada para la donante. LUTJEN, P., TROUNSON, A., LEETON, J., FINDLAY, J., WOOD, C., RENOU, P. «The establishment and maintenance of pregnancy using *in-vitro* fertilization and embryo donation in a patient with primary ovarian failure». *Nature*, 307, 1984, pp. 174-175. En 1985, Dellenbach comenzó con la aspiración folicular para obtener ovocitos, guiada por ultrasonido transvaginal para FIV. DELLENBACH, P., NISAND, I., MOREAU, L., FEGER, B., PLUMERE, C., GERLINGER, P. «Transvaginal sonography controlled follicular puncture for oocyte retrieval». *Fertility Sterility*, núm. 44, 1985, pp. 656- 662.

pio sin que la mujer que gesta sea también «madre genética». Esto provocó un enorme incremento de los casos de gestación por sustitución, dado que permite que una mujer incapaz de gestar tenga hijos genéticamente propios con la ayuda de otra.

Ahora bien, la visibilidad pública de la gestación por sustitución se alcanzó a mediados de 1980,¹¹ cuando tuvo lugar el primer caso a nivel mundial que atendió la problemática de la gestación por sustitución: el caso *Baby M.*¹²

En el caso de *Baby M.*, el señor Stern, bioquímico —ante la imposibilidad de que su esposa Elizabeth, pediatra, procreara un hijo— convino con el señor y la señora Whitehead un contrato de gestación por sustitución. A la gestante se le pagarían 10.000 dólares más gastos médicos. De conformidad con el contrato, la señora Whitehead sería inseminada artificialmente con el semen del señor Stern, procrearía el niño y lo entregaría a los esposos Stern. Además, renunciaría a todos los derechos filiatorios sobre el niño. También se convino que el apellido Stern aparecería en el certificado de nacimiento. La niña nació el 27 de marzo de 1986. Los esposos Stern permitieron a la señora Whitehead permanecer con la niña unos días adicionales, decidiendo ella luego que no la entregaría a los Stern. Además, se negó a renunciar a la relación materno-filial para que la señora Stern pudiese adoptar a la niña como había sido pactado en el contrato de gestación por sustitución. Los Stern acudieron a los tribunales y el caso fue finalmente resuelto por el Tribunal Supremo de Nueva Jersey, que determinó que aunque el contrato de gestación por sustitución era ineficaz e ilícito, éste no era el factor determinante de la disputa. El factor determinante era el bienestar y el interés superior de la niña. Luego de escuchar a varios peritos y testigos y tomar en consideración distintos elementos de la vida familiar de ambas parejas, incluyendo su capacidad para proveer de un ambiente estable a la niña, el Tribunal le concedió la custodia permanente a William y Elizabeth Stern, permitiéndole luego a la señora Whitehead un derecho de visita.¹³

¹¹ Véase, por ejemplo, la nota del diario *El País* sobre el tema: http://elpais.com/diario/1987/01/19/sociedad/538009202_850215.html.

¹² In *Re Baby M.*, 537 a.2d 1227 (N.J. 1988).

¹³ Véase también el caso conocido como *Baby Cotton. Re C (A Minor) (wardship: surrogacy)* [1985] FLR 846. Se trata de un acuerdo de gestación por sustitución entre una gestante inglesa y unos comitentes de Estados Unidos. La gestante aportó sus óvulos y fue inseminada con el espermatozoide del comitente. Una vez nacido el niño, los comitentes solicitaron la custodia ante los tribunales del Reino Unido. Sobre la base del interés superior del niño, se le concedió la custodia a los comitentes y pudieron llevárselo a Estados Unidos. La gestante nunca planteó ninguna objeción.

Desde entonces, la gestación por sustitución se ha convertido en un método cada vez más popular en lo concerniente a la tecnología reproductiva, aunque su aceptación no es pacífica.¹⁴

3. CONCEPTO

Si bien en doctrina se encuentran numerosos conceptos de gestación por sustitución, dadas las variantes que puede presentar esta figura, me limitaré a exponer aquellos que considero más significativos.

Una de las primeras definiciones que se conocieron fue la de Coleman, para quien «la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte».¹⁵

Como se puede advertir, quizás acorde a la época, para este autor sólo es posible la gestación por sustitución provocada a través de la inseminación artificial y en la que la gestante aporta sus gametos. Los comitentes deben ser una pareja, que debe ser heterosexual y estar casada. Además, debe ser infértil y el hombre debe aportar su material genético, previendo, para la transferencia de la filiación inicialmente reconocida en la gestante, distinta solución para el hombre al que reconoce directamente como padre, que para la mujer, a la que demanda una adopción.¹⁶

¹⁴ Investigaciones muestran que las personas que practican alguna religión aceptan menos la gestación por sustitución que otras que no practican ninguna. MURPHY, M., JONES, D., HALLAM, Z., MARTIN, R., HAKIN, R., VAN DEN AKKER O. B. A. «Infertility in focus: how far would you go?». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, núm. 20, 2002, pp. 192. Véase también CHLIAOUTAKIS, J., KOUKOULI, S., PAPADAKAKI, M. «Using attitudinal indicators to explain the public's intention to have recourse to gamete donation and surrogacy». *Human Reproduction*, 17, 2002, pp. 2995-3002.

¹⁵ COLEMAN, P. «Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions». *Tennessee Law Review*, 50, 1982, pp. 71-118, en p. 75.

¹⁶ En igual sentido se pronuncia Vidal Martínez, para quien la gestación por sustitución tiene lugar cuando una mujer «acuerda ser inseminada artificialmente con el semen de un hombre casado, que no es su esposo, y procrear un hijo. Una vez que el hijo ha nacido, la madre cede la custodia a favor del padre y, además, renuncia a sus derechos materno-filiales sobre el hijo, de manera tal que la esposa del padre pueda adoptarlo». VIDAL MARTÍNEZ, J. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Civitas, Madrid, 1988, p. 180.

Si bien la definición de Coleman está, en muchos aspectos, desactualizada, lo cierto es que, ante la falta de legislación o prohibición legal, en distintos países —como se verá luego— se recurre a los mecanismos descritos por el autor a los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes.

Con el tiempo fueron surgiendo definiciones más modernas y abarcativas, en las que, a diferencia de esta primera, no se distingue el método o la técnica que provoca el embarazo y en las que se contempla la posibilidad de que la gestante aporte o no sus gametos. Además, son también más amplias en cuanto a quién puede ser comitente. En este sentido, encontramos la definición brindada por Brazier, para quien la gestación por sustitución es «la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer».¹⁷

También en esta línea se ubica Gómez Sánchez, para quien «se llama maternidad subrogada, gestación de sustitución o alquiler de útero al acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido en favor de otra mujer que figurará como madre de éste».¹⁸ Y el Informe Warnock¹⁹ de Reino Unido, que ha definido a la gestación por sustitución como «la práctica mediante la cual una mujer gesta o lleva en su vientre un niño para otra mujer, con la intención de entregárselo después de que nazca».²⁰

Ahora bien, aunque más abiertas, estas últimas definiciones no prevén la posibilidad de que la pareja comitente esté conformada por dos hombres o que el comitente sea un hombre solo. Consecuentemente, un nuevo paso en la evolución del concepto de esta figura se produjo cuando se contempló esta posibilidad. En este marco se ubica Pérez Monge, quien, en un intento de adoptar una definición que contemple todos los distintos tipos de gestación por sustitución conocidos,²¹ y a los que me referiré luego, define la gestación por sustitución

¹⁷ BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation* (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998.

¹⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 136.

¹⁹ Informe Warnock (1984) sobre fertilización humana y embriología.

²⁰ El Comité Consultivo de Bioética de Francia distingue dos perspectivas y sostiene que «desde un punto de vista humano, consiste en la transferencia del niño de la familia de la mujer que da a luz a los padres comitentes, y desde un punto de vista jurídico, consiste en una transferencia de derechos y responsabilidades respecto del niño». COMITÉ CONSULTATIF DE BIOETHIQUE. Avis n.º 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mères porteuses). Ministère de la Santé publique et des Pensions, Bélgica, 2004, p. 4.

²¹ En esta misma línea se encuentra Díaz Romero, para quien la gestación por sustitución «se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la

«como aquel contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes (una persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán de donante (masculino y/o femenino)».²²

En similar sentido, para Vela Sánchez la gestación por sustitución es un «fenómeno social —en pleno proceso de expansión— por el cual una mujer, mediante contraprestación o sin ella, se compromete a gestar un bebé para que otra u otras personas puedan ser padres,²³ biológicos o no».²⁴

De manera precisa, un estudio reciente de la Unión Europea la define como «una práctica en la que una mujer queda embarazada con la intención de dar al niño a otra persona al nacer».²⁵

Por mi parte, entiendo que la gestación por sustitución es una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

4. TERMINOLOGÍA

La gestación por sustitución es generalmente conocida con la expresión *maternidad subrogada*, aunque se utilizan diversos términos²⁶ para denominar esta realidad, siendo los más usuales: maternidad subrogada, gestación por sustitu-

gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos». DÍAZ ROMERO, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, pp. 1-15, en p. 1.

²² PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de Estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002, p. 329.

²³ Ante la falta de una expresión neutra —a diferencia, por ejemplo, de lo que sucede en el idioma inglés, en el que se utiliza la palabra *parent*—, cuando en este trabajo utilizo el término *padres* lo hago sin distinguir género, de modo que comprende madre y/o padre. Así como también dos madres o dos padres.

²⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, pp. 1-15, en p. 1.

²⁵ BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D., MARZO, C., McCANDLESS, J. A. *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Unión Europea, 2013, p. 12.

²⁶ Véase MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., MASSIGOGUE BENEGUI, J. M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p. 22.

ción, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler y madres gestantes, entre otros.

El derecho comparado tampoco presenta uniformidad terminológica.

- a) Entre los anglosajones, especialmente a partir del Informe Warnock, se encuentra generalizado el empleo del término *surrogate mother*, y en general a la figura se la llama *surrogacy*.
- b) En Francia se utilizan indistintamente las expresiones *mère de substitution*, *mère porteuse*, *gestation-pour-autrui*, *mère de remplacement* y *prêt d'uterus*.
- c) En Italia se emplea *affitto di útero*, así como también la expresión *locazione di útero*.
- d) En Alemania se designa con la expresión *Leihmutter*.
- e) En España la ley hace referencia a la *gestación por sustitución*, aunque los términos empleados más frecuentemente son los de *maternidad subrogada*, *vientre de alquiler*, *madres suplentes*, *madres portadoras* y *madres gestantes*.
- f) En México, el Código Civil de Coahuila habla de *maternidad subrogada*, y el Código Civil de Tabasco distingue entre *maternidad subrogada* y *maternidad gestante sustituta*, según la gestante aporte o no material genético, mientras que el proyecto de ley del Distrito Federal la llama *gestación subrogada*.

La evolución de la figura y la distinción entre distintas situaciones ha permitido advertir que la expresión *subrogación* no es jurídicamente correcta por no englobarlas a todas. 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 identifica con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: proceso de gestación y material genético.²⁷ Sin embargo, esto no acontece en la mayoría de los casos. Consecuentemente, se ha comenzado a utilizar el término *sustitución* para especificar que se gesta para otro y por otro que no puede hacerlo.

Además, la gestante no es la madre, por lo que la palabra «maternidad» no es la adecuada. La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de

²⁷ Véase la explicación terminológica de la *Uniform Parentage Act*, 2002.

madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de «gestación» en lugar de «maternidad», pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para gestar el embrión genético o no de otro.²⁸

En definitiva, es incorrecto hablar de «maternidad subrogada»; la maternidad es un concepto demasiado amplio como para encargarlo. La maternidad no se subroga, lo que se subroga es la gestación. La maternidad sólo se puede vivir en primera persona. Igualmente erróneo es el vulgarismo «vientre de alquiler»; su matiz peyorativo es tan evidente como cuando en los 80 se hablaba de «bebé probeta».²⁹

Por esto es por lo que coincido con Souto Galván, para quien la denominación más adecuada sería *gestación de sustitución*, puesto que se trata de un término que se adecua en mayor grado a la realidad que comprende que cualquier otro de los términos a los que he hecho referencia.³⁰

En España, además de ser la terminología adoptada por la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* (Ley 14/2006, de 26 de mayo, en adelante, LTRHA), la denominación «gestación de sustitución» fue también la que acuñó la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humanas (Comisión Palacios).

En Argentina, el Proyecto de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación,³¹ al que me referiré luego, y que en

²⁸ VÉLEZ CORREA, L. A. *Ética médica*. Corporación para Investigaciones Biológicas, Colombia, 3.^a ed., 2003, pp. 195.

²⁹ VILA CORO, A. «Madre no hay más que cinco». *El Huffington Post*, 27/10/2012. Disponible en: http://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/madre-no-hay-mas-que-cinc_b_1967162.html, compulsado el 26/08/2013.

³⁰ SOUTO GALVÁN, B. «Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho». *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292, en pp. 283 y 284.

³¹ En Argentina, el 23 de febrero de 2011 la presidenta Fernández de Kirchner, mediante el Decreto 191/2011 (B.O. 28/02/11), creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Esta comisión se integró por los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes, en marzo de 2012, elevaron al poder ejecutivo nacional un proyecto de ley de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, que por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó el 8 de junio en la Cámara de Senadores, con número de expediente 884-PE-2012. Al tiempo de realizarse este trabajo, este proyecto estaba siendo estudiado y analizado por el Congreso, habiéndose creado una comisión especial para su consideración.

adelante llamaré proyecto de 2012, también utiliza la expresión *gestación por sustitución*.

Si bien el caso más frecuente de gestación de sustitución es aquel en el que el embrión de una pareja es implantado en el útero de una persona que llevará a cabo la gestación y posteriormente dará a luz, obligándose a entregar el niño a sus padres genéticos, también es posible que la gestante aporte su óvulo, que será fecundado con el semen del varón³² de la pareja comitente. Siendo estas dos las modalidades más frecuentes, hay que advertir, no obstante, que bajo el término *gestación por sustitución* se incluyen —como se verá— otras variantes como, por ejemplo, que la pareja comitente no aporte su material genético, o que no se trate de una pareja, sino de un hombre o una mujer que quieren asumir la paternidad o maternidad en solitario. En este trabajo, utilizaré la expresión *gestación por sustitución* (en adelante, GS) como denominación genérica, comprensiva de todos estos supuestos, destacando cuando corresponda las distinciones que se efectúan en el apartado siguiente.

5. MODALIDADES O TIPOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Conforme se adelantó, en doctrina se distinguen dos modalidades dentro de la gestación por sustitución: la tradicional y la gestacional.

- Gestación por sustitución tradicional:

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta no sólo la gestación, sino también sus gametos; ya sea que el semen provenga del comitente (que está casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o es un hombre solo) o de un donante —en este último caso, el o los comitentes no aportarían material genético alguno.³³

Como puede advertirse, en la gestación por sustitución tradicional la comitente —si la hay— carece de vínculo genético con el niño.³⁴

En estos casos, generalmente se recurre a la inseminación artificial (en adelante, IA) para provocar el embarazo de la gestante. Ahora bien,

³² En este trabajo, cuando utilizo los términos *hombre* o *varón* me refiero a una persona de sexo masculino.

³³ Excepcionalmente, en estos casos puede ser comitente una mujer sola —que no puede gestar ni aportar sus gametos y recurre a la gestación por sustitución tradicional con semen de donante— o una pareja de mujeres, ambas imposibilitadas para gestar y aportar sus gametos.

³⁴ ARCHER, C. «Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology». *Loyola University New Orleans*, 3, 2002, pp. 152 y ss.

este tipo de gestación por sustitución también puede ocurrir en circunstancias informales, a través del sexo o la inseminación casera, con poca o ninguna participación del Estado o de los profesionales de la salud.

- Gestación por sustitución gestacional:

Este tipo de gestación por sustitución se caracteriza porque la gestante aporta sólo la gestación, pero no sus óvulos; éstos serán aportados por la comitente —si la hay y puede hacerlo— o por una donante.³⁵

En cuanto a las variantes, puede que ambos comitentes aporten sus gametos (parejas heterosexuales en los que la gestante gesta el embrión formado por material genético de los comitentes) o se puede recurrir: a) a donante de óvulos con semen de comitente (este tipo de gestación por sustitución es generalmente usado por las parejas homosexuales de hombres, en los que uno aporta el semen con el que se fecunda el óvulo de una donante, que luego es implantado en la gestante), b) a donante de semen con el que se fecunda el óvulo de la comitente, c) a donación de semen y óvulo.

En estos casos necesariamente se debe recurrir a la fertilización in vitro (en adelante, FIV).

En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes).

6. TENDENCIA

Entre las dos clases de gestación por sustitución, en la medida de lo posible, se opta por la gestacional, siendo ésta la tendencia en el derecho comparado, como se verá luego.

A partir de la problemática planteada en el famoso caso *Baby M*, las parejas en Estados Unidos son muy cuidadosas y procuran que la gestante no aporte sus propios óvulos.

La evidencia y la jurisprudencia demuestran que las disputas y los problemas son más frecuentes en la gestación por sustitución tradicional,³⁶ por esto

³⁵ Excepcionalmente, en estos casos puede ser comitente una mujer sola —que no puede gestar pero sí puede aportar sus gametos y recurre a la gestación por sustitución gestacional con semen de donante— o una pareja de mujeres, ambas imposibilitadas para gestar.

³⁶ Uno de los casos reportados en Australia en el que hubo conflictos implicó un acuerdo de GS tradicional: *Re Evelyn* (1998) 23 Fam LR 53. También en los casos *In re Marriage of Moschetta*. 30 Cal. Rptr.

es por lo que, en Estados Unidos, se estima que el 95 % de todas las gestaciones por sustitución (en el que un abogado está implicado) son gestacionales en lugar de tradicionales.³⁷

Además, como sostiene Farnós, a pesar de las mayores cargas físicas, emocionales y económicas que conlleva la fertilización *in vitro* frente a la inseminación artificial, la mayor incidencia práctica de la gestación por sustitución gestacional se explica porque permite establecer un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente. Por otro lado, la inexistencia de vínculo genético entre el nacido y la gestante conlleva que algunos ordenamientos la vean con mejores ojos.³⁸

7. VARIANTES

Teniendo en cuenta las distintas combinaciones que pueden presentarse, se pueden distinguir cuatro variantes:

- 1) Los comitentes aportan tanto el semen como el óvulo, produciéndose la oportuna fecundación *in vitro* e implantándose el embrión resultante en el útero de la gestante.³⁹

Entonces, la pareja comitente —siempre que sea heterosexual— aporta el material genético en su totalidad (óvulo y espermatozoide) y la gestante recibe el embrión en su útero con la finalidad de llevar a cabo la gestación y el nacimiento.

- 2) Sólo un comitente (o el comitente) aporta su material genético.

En este supuesto, si el material genético aportado es el óvulo (supuesto de una mujer que no puede gestar), entonces la GS será gestacional y el semen podrá ser aportado por un donante.

2d 893 -903 (1994); «*H.L.W. v. J.C.T.*» (2005) BCSC 1679 (Can.); *Re TT* (Surrogacy) [2011] EWHC 33 (Fam) [2011] 2 FLR 392 y en el caso *Donna* (*Rechtbank Utrecht*, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU4934), que se analizarán luego, la gestante aportó sus gametos.

³⁷ HINSON, D. S., MCBRIEN, M. «Surrogacy Across America». *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012, p. 32.

³⁸ FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». En: *InDret*, 1/2010, pp. 1-25. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf, compulsado el 26/08/2013.

³⁹ LLEDÓ YAGÜE, F. «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, p. 336.

En cambio, si el material genético aportado es masculino (semen), el material genético femenino podrá ser aportado por la gestante o por una donante.

- 3) La pareja comitente (o el comitente) no aporta material genético de ninguno de los dos, es decir, se recurre a la donación de óvulos y semen.

En este caso, la GS será gestacional con óvulos y semen de donante.

- 4) La gestante aporta el material genético, el cual podrá ser inseminado con espermatozoides del comitente o de un donante.

En este supuesto, la GS será tradicional, con espermatozoides del comitente o de un donante.

Efectuadas estas distinciones, dedicaré el capítulo siguiente a analizar cuál de estas mujeres, y en su caso hombres, deben ser considerados legalmente madre y/o padre.

Maternidad y paternidad

1. LA DISOCIACIÓN DE «MATERNIDADES»

Tradicionalmente, en la procreación, la mujer aportaba tanto el óvulo como la gestación; en cambio, en la actualidad, con la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, es posible la diversificación de las funciones maternas. En concreto, la aportación del gameto femenino, la gestación, el deseo y la voluntad de ser madre (comitente) y la atribución de la función jurídico-social de madre pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer. Por ello, el derecho debe resolver cuál es la maternidad relevante jurídicamente.¹

Hoy, el «arte de fabricar un niño» no se limita al encuentro sexual entre un hombre y una mujer. «Todas las posibilidades ofrecidas por la ayuda médica a la procreación en los últimos treinta años han cambiado profundamente el acceso al parentesco al hacer intervenir varios personajes, ya sea los/as donantes de gametos, la “prestadora” de útero, los padres de intención.»² Como sostiene Cadoret, «el dominio de los mecanismos biológicos de la procreación se desarrolla e influye sobre los modos de adquisición del parentesco. Así, una vez que la ciencia permite distinguir dos “cuerpos” maternos, la donante de ovocito y la prestadora de útero, de la figura de madre, la madre de intención, ¿cómo se define el parentesco? ¿Quién es la madre? ¿Puede aún estar fundada sobre las relaciones bio-genéticas? ¿O bien el parentesco podría estar fundado, en última instancia, sobre la intencionalidad de convertirse en padre o madre? Y si el estatus de padres se apoyara sobre la intención de parentesco, ¿qué lugares en una construcción de parentesco pueden ocupar todas las personas, varones o mujeres, que han participado de forma directa en la fabricación del niño?».³

Ante estos interrogantes, el punto de partida es que los progresos de la técnica médica acabaron con la certidumbre de la maternidad. El principio «*ma-*

¹ PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada...* Cit., pp. 320 y 321.

² CADORET, A. «Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay». *Revista de Antropología Social*, núm. 18, Madrid, 2009, pp. 67-82, en p. 68.

³ CADORET, A. «Parentesco y figuras maternas...». Cit., p. 68.

ter semper certa est», según el cual la maternidad siempre se conoce con certeza y se determina por el parto, se ve destruido con la fecundación extrauterina cuando quien lleva adelante el embarazo no es la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.

En otras palabras, el incólume principio «*mater semper certa est*» está en crisis, y en el momento presente deja de ser incuestionablemente un hecho cierto, de forma que su veracidad irá en función de la preeminencia que se quiera otorgar, ya sea al hecho de posicionarse en pro de la maternidad por seguir un criterio de pura consanguinidad fijándose en el hecho de la titularidad del gameto femenino, o a la circunstancia determinante del parto, por lo que la regla a seguir quedaría resumida en la máxima del «*partus sequitur ventrem*»... o finalmente cabe discurrir en coherencia con una intelección de la relación de la filiación más social, afectiva y cultural en demérito de una concepción puramente biogenética,⁴ que madre es la comitente, la que desea ser madre, con independencia de su aporte biológico o genético.

En definitiva, y como se puede advertir, a partir del surgimiento y la utilización de las TRA, puede haber tres mujeres⁵ implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la que suele llamarse «comitente», que quiere ser madre, desea al niño, toma la iniciativa y decisión última y es causa eficiente del nacimiento; la que aporta el óvulo, y la que lleva a cabo la gestación. A veces esas tres funciones recaen en dos mujeres, en combinaciones diferentes: la comitente aporta además el gameto, y otra mujer aporta la gestación; o junto a la comitente colabora la gestante, que aporta también gameto propio. Ahora bien, si una de estas tres, o de estas dos, ha de ser madre, lo único claro es que ninguna de ellas es la madre que Paulo daba siempre como cierta, ni la suya es la maternidad histórica, clásica, esa categoría jurídica y social perfectamente acuñada y conocida.⁶

2. LA DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Conforme a la vieja regla del derecho romano, tradicionalmente la maternidad se ha determinado por el hecho del parto,⁷ y en muchas jurisdicciones todavía

⁴ LLEDÓ YAGÜE, F. «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas...». Cit., p. 327.

⁵ A veces cuatro mujeres, si la comitente está casada, o en pareja, con otra mujer y ninguna de ellas aporta la gestación ni el material genético, de modo que éstos son aportados por otras dos mujeres.

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida». En: LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.). *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 281.

⁷ COLEMAN, M. «Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction». *Cardozo Law Review*, 17, 1996, pp. 497-529; FERGUS, V. L. «An Interpretation of

es así: madre es quien da a luz.⁸ Ahora bien, las cosas necesariamente cambiaron cuando se comenzó a recurrir a las TRA, y más concretamente a la gestación por sustitución,⁹ es por esto por lo que, ante los diferentes aportes provenientes de distintas mujeres que se generan en la gestación por sustitución, corresponde preguntarse: ¿cuál de estas mujeres debe ser considerada madre legal?

En la doctrina y jurisprudencia se encuentran diferentes posturas.

2.1. Teoría de la contribución genética

Un sector de la doctrina considera que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a *la mujer que aportó el gameto*.

Así, Pantaleón pone el acento en el elemento genético porque, a su juicio, es el que define la identidad de la persona, aunque reconoce la intensa relación existente entre la madre gestante y el feto durante el embarazo.¹⁰

En el derecho argentino,¹¹ en el que la maternidad legalmente se determina por el parto, los sostenedores de esta postura admiten que se podría impugnar la maternidad «por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo» sobre

Ohio Law on Maternal Status in Gestational Surrogacy Disputes: *Belsito v. Clark*, 644. N.E.2d 760 (Ohio CP. Summit County 1994)». *Dayton Law Review*, 21, 1995, pp. 229-237. Para la situación en Australia, véase MILLBANK, J. «De Facto Relationships, Same-Sex and Surrogate Parents: Exploring the Scope and Effects of the 2008 Federal Relationship Reforms». *Australian Journal of Family Law*, 23, 2009, pp. 171-176.

⁸ La mayoría de las legislaciones determinan la maternidad por el parto.

⁹ Esto fue lo que se dijo en el caso *M.R & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91. En este caso, una pareja recurrió a la gestación por sustitución con la ayuda de la hermana de la comitente, que actuó como gestante. El embrión formado con material genético de los comitentes fue implantado en la gestante. Una vez nacidos los gemelos, se le denegó a la comitente la posibilidad de poner su nombre en el certificado de nacimiento en virtud de la regla «*mater semper certa est*». Los comitentes recurrieron a los tribunales y el 5 de marzo de 2013 la High Court falló a su favor. Se puso en jaque la regla de que la madre es siempre cierta, y se afirmó su inaplicabilidad ante los avances tecnológicos, la FIV y la gestación por sustitución, ordenándose la inscripción de los gemelos a nombre de la comitente, también madre genética.

¹⁰ PANTALEÓN, A. F. «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida». *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 25 y ss.

¹¹ En este sentido: BOSSERT, G., ZANNONI, E. *Régimen legal de filiación y patria potestad*. Ley 23.264. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1986; MÉNDEZ COSTA, J., D'ANTONIO, D. *Derecho de familia*, t. III. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, p. 710. Véase también WAGMAISTER, A., LEVY, L. «La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica». *Jurisprudencia Argentina*, núm. 1, 1995, p. 440; MAZZINGHI, J. A. *Tratado de derecho de familia*, 4.ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. 4, p. 727; PERRINO, J. O. *Derecho de familia*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. 1412.

la base de la realidad genética, conforme a los art. 261¹² y 253¹³ del Código Civil, en cuyo caso la madre sería quien aportó el óvulo.¹⁴ De hecho, esto sucedió en un fallo que se analizará luego, resuelto por la Cámara Civil y Comercial de Gualeguaychú, aunque la madre genética era también la comitente; es decir, quien tenía la voluntad procreacional.

Entre los argumentos a favor de esta postura se manifiesta la certeza que provee a las partes, dado que todo niño puede tener sólo un padre y sólo una madre genética. De esta manera, los padres legales son «científicamente verificables».¹⁵ Otros autores valoran esta teoría por ser un «criterio neutro de parentesco».¹⁶ Se entiende que esta teoría es más neutra que aquella que se basa en la gestación (la cual sólo puede ser utilizada en mujeres), porque da igual valor a la contribución masculina y femenina. También se destaca que es precisamente la conexión genética entre los padres y el niño lo que los lleva a optar por las técnicas de reproducción asistida en lugar de la adopción.¹⁷ Se sostiene que, para aquellos que son infértiles, la adopción puede llenar sus deseos de ser padres, pero no puede «satisfacer el anhelo de crear un hijo y de ver una versión de sí mismos».¹⁸ Siguiendo con esta idea, se afirma que la importancia de este deseo de conexión genética también se pone de manifiesto con la búsqueda de

¹² Art. 261: «La maternidad puede ser impugnada por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo».

¹³ Art. 253: «En las acciones de filiación se admitirán toda clase de pruebas, incluso las biológicas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte».

¹⁴ El proyecto de 2012 crea un tercer tipo de filiación por TRA (art.558), que se determina sobre la base de la voluntad procreacional. Consecuentemente, de aprobarse el proyecto, la maternidad no podría impugnarse si se ha recurrido a las TRA y ha mediado consentimiento libre, pleno e informado en los términos del artículo 560. Así, el artículo 588 establece: «En los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. La acción caduca si transcurre UN (1) año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre».

¹⁵ BENDER, L. «Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, & Law». *Columbia Journal of Gender and Law*, 43, 2003. Disponible en: http://www.law.syr.edu/faculty/bender/bioethics/legalnews/genes_parents_arts.pdf, compulsado el 26/08/2013.

¹⁶ APPLETON, S. F. «Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era». *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, pp. 228-293.

¹⁷ ANDREWS, L. B., DOUGLASS, L. «Alternative Reproduction». *South California Law Review*, 65, 1991, pp. 623-626; HILL, J. L. «What Does It Mean to Be a "Parents"? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights». *New York University Law Review*, 66(2), 1991, pp. 353-420.

¹⁸ HILL, J. L. «What does it mean...». Cit., p. 389.

sus donantes o hermanos genéticos por parte de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida.¹⁹

En materia jurisprudencial, el *leading case* en apoyo a la teoría genética es *Belsito v. Clark*²⁰. En este caso, un Tribunal de Justicia de Ohio fue llamado a determinar los nombres de quienes debían figurar en la partida de nacimiento de un niño, esto es, si los de la madre gestacional o los de la madre genética. La madre genética era Shelly Belsito, a quien, después de habersele diagnosticado un cáncer, le fue hecha una histerectomía. Afortunadamente, los médicos fueron capaces de salvar algunos de sus óvulos. Su hermana, Carol Clark, se ofreció voluntariamente a servir de gestante a Shelly y su esposo, Anthony. Con el fin de hacer constar sus nombres en el certificado de nacimiento del niño, los Belsito presentaron una acción ante los tribunales a los efectos de determinar quiénes eran los padres legales.

Para determinarlo, el Tribunal de Justicia desarrolló un análisis en dos fases. En primer lugar, el tribunal decidió utilizar la teoría genética para determinar a los padres naturales del niño. En segundo lugar, determinó quiénes eran los padres legales del niño. Así, el tribunal consideró que una persona distinta de los padres naturales (los padres genéticos) podrían ser los padres legales sólo si los padres genéticos renuncian a sus derechos. Shelly y Anthony, la pareja comitente, eran los contribuyentes genéticos, por lo que también eran los padres naturales. De esta manera, el Tribunal de Justicia declaró que como los padres naturales no habían renunciado a sus derechos, Shelly y Anthony eran los padres legales.

La Corte Suprema de Ohio decidió adoptar la teoría genética por considerar que es más fácil su aplicación que la teoría basada en la intención, sin perjuicio de que, además, es más respetuosa con quien aporta el material genético y es más acorde con la política pública, ya que hace al mejor interés del niño el compartir rasgos genéticos con sus padres.

Esta postura, no obstante, es objeto de numerosas objeciones.

Por un lado, una parte de la doctrina critica la teoría genética como base para determinar la paternidad legal porque enfatiza el modelo masculino de la paternidad en lugar de la contribución del parto por parte de la mujer. Los que sostienen esta opinión consideran que la prueba genética trivializa la función de la gestación y devalúa la especial contribución de la mujer en la procreación.²¹

¹⁹ GARRISON, M. «Law Making for Baby Makings: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage». *Harvard Law Review*, 113, 2002, pp. 835-909.

²⁰ *Belsito v. Clark*, 644 N.E.2d 760 (1994).

²¹ REICHMAN SCHIFF, A. «Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity». *Iowa Law Review*, 80, 1995, pp. 265-276.

Por otro lado, y principalmente, esta teoría presenta problemas cuando una tercera mujer dona el óvulo. En este caso, el niño no tiene relación genética ni con la mujer gestante ni con la que tiene la intención de criar al niño, como ocurrió en el caso *Buzzanca*, que se analizará luego. Para esta teoría, la mujer que dona el óvulo tendría derecho a reclamar la maternidad. Es decir, si se ha recurrido a la donación de óvulo y de semen, conforme esta solución, la maternidad y la paternidad se deberían atribuir a quienes simplemente han aportado el material genético, sin ninguna intención de tener un hijo. Esta solución no es posible en la actual legislación española²² ni en legislación de los países que han regulado el tema.²³

Sin perjuicio de lo dicho, el argumento más contundente y fuerte en contra de esta postura es el que sostiene que nuestra sociedad, enfocada en la genética, deposita más peso en la coincidencia de ADN que en la capacidad de una persona de proporcionar cariño y un hogar con amor.²⁴ ¿Qué debe tener mayor importancia? ¿Que un niño tenga vínculo filial con quien simplemente comparte su ADN sin ninguna intención de ser padre/madre, o con quien lo desea y ha buscado a pesar de no poder aportar el material genético? Indudablemente, como se verá, la paternidad querida y deseada debe prevalecer por encima de la puramente genética.

²² El art. 8.3 de la LTRHA dice: «La revelación de la identidad del donante en los supuestos en que proceda conforme al artículo 5,5 de esta Ley no implica en ningún caso determinación legal de la filiación».

²³ Por ejemplo, la ley italiana, ley 40/2004, de 19 de febrero, que prohíbe las técnicas de reproducción humana asistida de tipo heteróloga, aclara que en caso de aplicación de técnicas de tipo heterólogo en violación de la prohibición, el donante de gametos no adquiere ninguna relación jurídica parental con el nacido y no se puede hacer valer en su contra ningún deber ni ser titular de derechos. Para ampliar, véase CASINI, C., DI PIETRO, M. L., CASINI, M. «La normativa italiana sulla “procreazione medicalmente assistita” e il contesto europeo». *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 17-52; PALAZZANI, L. «La legge italiana sulla “procreazione medicalmente assistita”: una rilettura biogiuridica». *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 77-90. Por su parte, también la ley portuguesa núm. 32/2006, de 22 de julio, regula la donación de espermatozoides, óvulos y embriones como lícita siempre que no sea posible utilizar los propios gametos o con ellos crear embriones (art. 10.1; 19.1), estableciéndose que en tales casos los progenitores legales serán los receptores de la donación y no los donantes (art. 10. 2). Cabe destacar, por su particularidad, la situación en el Reino Unido. Para la *Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008, un donante de esperma sí puede ser objeto de reclamaciones en lo que respecta a las obligaciones que derivan de la paternidad legal, aunque sólo en determinados casos. Así, en el Reino Unido, el donante es padre legal —aparezca o no en el certificado de nacimiento— salvo que: a) haya donado su esperma a una clínica con licencia; b) haya donado su esperma a una pareja casada; c) haya donado su esperma, después de abril 2009, a una pareja de mujeres registrada (asociación civil, *civil partners*). En todos los demás supuestos (incluyendo donación privada a una mujer sola o a una pareja no casada o a una pareja de mujeres antes de abril de 2009) no hay protección a favor del donante.

²⁴ LARKEY, A. M. «Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements». *Drake Law Review*, 51, 2003, pp. 605 y ss.

Ahora bien, no se puede dejar de advertir que en varias ocasiones, en especial en países que no tienen regulada la gestación por sustitución, se ha apelado a la contribución de material genético a los efectos de determinar la filiación en los comitentes o en al menos uno de los comitentes.²⁵

²⁵ En algunos casos, sobre la base del vínculo genético, se reconoce la filiación del comitente que aportó el semen, mientras que el otro comitente (hombre o mujer) tiene que acudir a la adopción. Véase, entre otros, Liège, del 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4, pp. 1139; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 14 de septiembre de 2009, LJN: BK1197; el caso de *Hanne y Elke*, *Civ. Antwerp*, del 19 de diciembre de 2008 y *Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, pp. 43; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 24 de octubre de 2011, LJN: BU 3627; el caso *Samuel*, *Civ. Bruselas*, 15 de febrero de 2011, *Revue@di.pr.be*, 2011, pp. 125. Volveré sobre estos casos luego. Véase también el caso *In the Matter of the Parentage of a Child by T.J.S. and A.L.S.* resuelto por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 24 de octubre de 2012 (App. Div. Feb. 23, 2011). En este caso, se recurrió a la gestación por sustitución utilizándose óvulos donados y semen del comitente. La Suprema Corte negó la posibilidad de que la comitente pueda poner su nombre en el certificado de nacimiento, debiendo acudir a la adopción, a pesar de que sí se admitió la paternidad del comitente, por ser padre genético. Se sostuvo que las distinciones establecidas entre un hombre y una mujer se basan en diferencias reproductivas y biológicas reales que la Legislatura puede considerar para definir distintas formas de establecimiento de la filiación. Por su parte, en el caso *Nolan v. LaBree*, 52 A. 3d 923 —2012, resuelto por la Suprema Corte de Maine—, sí se permitió a la comitente —también madre genética— figurar como madre en el certificado de nacimiento. Cabe destacar que en este caso no había conflictos entre la gestante y los comitentes, sino que ésta y su marido apoyaron la reclamación de los Nolan de ser declarados padres legales. Se sostiene que «parentage» comprende tanto la paternidad como la maternidad. Se dice que «el legislador utiliza la palabra “paternidad”, que es una palabra de “género neutro” por lo que el tribunal tenía autoridad para declarar la maternidad de la peticionante». En sentido similar, en el caso *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health (6557/09)*, de 9 de agosto de 2011, resuelto por la Suprema Corte de Nueva York, se permitió reconocer la maternidad de la comitente —también aportante de material genético— sin necesidad de acudir a la adopción, sobre la base de considerar que tiene autoridad para emitir una orden de filiación materna. Se sostuvo que la discriminación entre las exigencias de una orden materna y paterna de filiación después del nacimiento no está justificada, y que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para esa cuestión, ya que al tribunal no se le pide hacer cumplir ese contrato.

En otros casos se acude a la gestación por sustitución con material genético de la comitente, y luego, sobre la base de la importancia del vínculo genético, se procura establecer la filiación a favor de ella. Véase, entre otros, el caso irlandés *M.R & Anor-v-An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91, ya citado y el caso argentino Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, «B., M. A. c. F. C., C. R.» *La Ley on line*, AR/JUR/75333/2010, que se analizará luego.

También en algunos casos es el vínculo genético lo que da lugar a la adopción a favor de los comitentes. Por ejemplo, en Bélgica, el vínculo genético justificó una sentencia favorable de adopción a favor de la comitente que aportó sus gametos, incluso cuando se había pagado una suma de dinero a la gestante (*Youth court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43), pero no se concedió la adopción ante la falta de vínculo genético, a pesar de que el acuerdo de GS había sido altruista. (Ghent (15th ch.), del 30 de abril de 2012, *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht*, 2012, p. 261). Véase también el caso *Rechtbank Arnhem*, 20 de febrero de 2008; LJN: BC8012 y *Rechtbank Arnhem*, 19 de mayo de 2009, LJN: BI5039. Volveré sobre estos casos luego.

Si bien en algún sentido esto puede considerarse un paso provisorio hacia la admisión de la gestación por sustitución y su correcta regulación con la consecuente determinación de la filiación a favor de los comitentes, entiendo que la apelación a la contribución genética no debería ser el criterio determinante por las razones expuestas y las que luego expondré en los apartados dedicados a la voluntad procreacional.

2.2. Teoría de la preferencia de la gestante

Para esta postura, la maternidad se define por la gestación y se determina por el parto.²⁶ Madre es aquella mujer que ha gestado y ha parido, siguiendo la regla del derecho romano.²⁷

Esta postura fue la adoptada por la Comisión Palacios en el Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in Vitro y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986). Los parlamentarios de la comisión especial reflexionaron sobre el valor biológico de dos aspectos presentes en la GS: los aspectos genéticos de la maternidad y la gestación. Concluyeron en este punto que «ni por razones biológicas ni por razones humanas tienen el mismo valor, y que de ambos es más importante el componente de gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre al fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer gestante y en contra de la gestación de sustitución a favor de otros. Por este motivo recomiendan que se admita la preponderancia biológica de la maternidad de gestación sobre la genética y que la madre legal lo sea siempre la madre gestante, aunque en el origen del hijo hayan intervenido donantes».

Como se verá, la *Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida* asume, casi en su totalidad, la recomendación del informe elaborado por la Comisión Palacios. En consecuencia, se declaran nulos los contratos de gesta-

²⁶ GIROUX, M. «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant». *Revue générale de droit*, vol. 28, núm. 4, 1997, pp. 535-547, en p. 542; BLACKBURN, C. «Family Law-Who is a Mother? Determining Legal Maternity in Surrogacy Arrangements in Tennessee». *University of Memphis Law Review*, vol. 39, iss. 2, 2009, pp. 349-382.

²⁷ Véase, entre otros, los casos *Civ. Antwerp*, del 19 de diciembre de 2008, y *Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43. y *Civ. Nivelles*, del 6 de abril de 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 695, en los que la maternidad se determinó por el parto, independientemente del aporte genético de la comitente. Volveré sobre estos casos luego.

ción de sustitución, nulidad que quedará reforzada al declarar que, en todo caso, la mujer gestante será la madre legal del niño nacido mediante esta práctica.

En doctrina, dentro de esta postura se encuentra Rivero Hernández,²⁸ quien enumera las ventajas de que la LTRHA haya elegido el criterio del parto para la determinación de la maternidad, y dice: «Los especialistas médicos, los juristas, y muchos que no lo son creen que la función que más se acerca a la de madre, entre la de aquellas tres participaciones mencionadas (se refiere a la gestante, la que aporta el material genético y la comitente), es la de la mujer que durante nueve meses gesta y mantiene una larga comunicación no sólo biológica sino psíquica, afectiva, llena de emociones, al parecer compartidas. La mayor parte de las leyes, proyectos e informes, hacen también madre a la mujer que gesta y pare al nuevo ser, proceda de quien proceda el gameto o el embrión. [...] Es el sistema más seguro y aceptado, coincide con el art. 47 LRC., es congruente con la invalidez e ineficacia de cualquier convenio sobre gestación de sustitución, y es la solución disuasoria frente a quienes pretendan saltarse la ley».²⁹

También para Lledó Yagüe la maternidad de gestación tiene más valor que la maternidad genética, por lo que es partidario de la regla según la cual *partus sequitur ventrem*. Sostiene el autor que, aun cuando los gametos (óvulo y semen) provengan de la pareja comitente, la maternidad genética no condiciona en absoluto la maternidad biológica, de forma que madre será no la que presta el óvulo, sino la que soporta la gestación.³⁰ Para él es más importante el componente de la gestación que el genético, pues la gestante lleva en su vientre el fruto durante nueve meses y lo protege fisiológica y psicológicamente, lo cual irá siempre a favor de la mujer gestante, y en contra de la gestación de sustitución en favor de otra.³¹

En igual sentido, Lacruz Berdejo sostiene que «somos muchos los que pensamos que los nueve meses de la gestación son motivo más que suficiente para que la maternidad esté determinada, sin más por el parto aunque el óvulo proceda de otra mujer. Por supuesto nada impedirá a la gestante cumplir el contrato y dar en adopción al hijo que parió, pero madre natural si-

²⁸ También se enrojan en esta postura GAFO, J. *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, p. 131; HIGUERA, G. «Maternidad subrogada». En: GAFO, J. (dir.). *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, p. 93.

²⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Elementos...». En: LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.). Cit., p. 165.

³⁰ LLEDÓ YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988, pp. 26 y ss.

³¹ LLEDÓ YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Cit., p. 155.

que siendo ella y ningún juez podría arrebatarle la maternidad ni sus derechos». ³²

En la doctrina italiana, Trabucchi ³³ afirma que, tratándose de la maternidad, la determinación se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto al margen de cualquier otro factor de tipo sociológico. A diferencia de lo que para este autor sucede en la paternidad, ³⁴ el elemento natural en la maternidad tiene tal importancia que hace pasar a un segundo plano cualquier investigación sobre otros aspectos. De ahí que el autor reformule el concepto del denominado elemento de responsabilidad, utilizado para justificar la separación de la paternidad del dato de la descendencia biológica. En este sentido, afirma que la labor de la mujer gestante no es una labor para otros, sino que está destinada a la formación y el desarrollo del propio hijo. De manera que la responsabilidad por esta relación vital frente a la sociedad y al nacido debe ser enteramente asumida por la mujer que da a luz, sin que puedan tener valor alguno los acuerdos celebrados con otras personas. Por tanto, la maternidad es una figura que no puede ser desdoblada, ya que en este caso el elemento de responsabilidad está estrechamente unido a la veracidad, que se muestra como fundamento suficiente para determinar la posición de madre. ³⁵

Como se puede observar, los defensores de esta postura se oponen a la gestación por sustitución. Es por esto que sostienen que esta teoría puede servir como salvaguarda judicial en contra de la explotación ³⁶ de mujeres económi-

³² LACRUZ, J. L. «Hijos artificiales y madres de alquiler». *Surgam. Revista de Orientación Psicopedagógica*, núm. 395, 1987, pp. 31 y ss.

³³ TRABUCCHI, A. «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista». *Rivista di Diritto Civile*, xxxii, núm. 5, 1986, pp. 495-511.

³⁴ Trabucchi considera que «la derivación biológica respecto de los autores de la vida no agota la complejidad de las relaciones de paternidad y de maternidad, que tienen para el Derecho un valor, no puramente cognoscitivo, sino en cuanto que acompañan al hombre en el tiempo posterior al nacimiento». [...] «Para la relación de paternidad, se requiere, junto y además de la presencia del factor físico, un elemento de autorresponsabilidad». En este sentido, «si el productor del semen permanece ajeno al empleo que otro le dé, no se convierte en padre, [...] no es suficiente el control del origen del semen: no basta una producción genérica de esperma para crear hipotéticas paternidades» en tanto «falta el elemento de autorresponsabilidad de los actos socialmente relevantes.» TRABUCCHI, A. «Procreazione artificiale...». Cit., pp. 495-511.

³⁵ En este sentido, Trabucchi afirma que la mujer gestante desempeña el papel de una primera causa eficiente ab extrínseco en la vida del nacido. De manera que, para negar la maternidad de la mujer que da a luz, se debería demostrar una causa negativa para excluir la relevancia social que sobre la humanidad del nacido tiene la mujer que lo ha traído al mundo. TRABUCCHI, A. «Procreazione artificiale...». Cit., pp. 501 y ss.

³⁶ Los críticos de la GS han condenado desde siempre los acuerdos de GS como deshumanizadores y cosificadores de las mujeres en virtud de que a la gestante se la trata como un «útero de alquiler». Estos autores temen que mujeres jóvenes, sin educación o pobres sólo accederán servir como gestantes para

camente débiles que son forzadas a renunciar a sus niños como consecuencia de haber firmado un acuerdo de gestación por sustitución.³⁷ Se afirma que «la presunción de la gestación puede servir como una garantía judicial contra los contratos de gestación por sustitución injustos en los que los intermediarios o la pareja comitente procuran explotar a la mujer contratada para gestar al niño».³⁸

En materia jurisprudencial, un tribunal de Nueva Jersey encontró los argumentos de esta teoría persuasivos en el caso *A.H.W. v. G.H.B.*³⁹ y no permitió a los padres genéticos poner sus nombres en el certificado de nacimiento del niño, inmediatamente después del nacimiento.

La negativa al requerimiento de los padres genéticos se fundó en dos razones: primero, las leyes de Nueva Jersey establecen que la mujer que da a luz debe ser inscrita como la madre del niño;⁴⁰ y en segundo lugar, por el período de 72 horas dado a la gestante, en el cual ésta puede decidir si renuncia a sus derechos sobre el niño.⁴¹ Al negar la posibilidad de que los comitentes pudieran figurar en el certificado de nacimiento antes de vencido este plazo, el tribunal dio preferencia a la madre gestante.

Las críticas a esta teoría se fundan en que interfiere en los asuntos reproductivos privados y desacredita las decisiones tanto de la pareja o persona comitente como de la gestante. Además, la teoría de la gestación no se acomoda a todas las opciones de planificación familiar, como sí lo hace la teoría de la intención, como se verá. Por otro lado, conforme desarrollaré en este trabajo, en los casos de GS el vínculo entre la gestante y el feto no es tal, ni la gestante se siente «madre».

los ricos en virtud de su posición financiera. BROWNE-BARBOUR, V. «Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?». *Whittier Law Review*, 26, 2004, pp. 429-486, en p. 476.

³⁷ «Las mujeres en posiciones económicas desventajadas podrían aumentar su participación en arreglos comerciales y pagos como una forma de soporte económico el cual puede crear y perpetuar la noción de que el rol de las mujeres pobres es servir como gestantes de niños para comitentes adinerados.» COLEMAN, M. «Gestation, Intent, and the...». Cit., p. 529.

³⁸ LARKEY, A. M. «Redefining Motherhood: Determining...». Cit., p. 625.

³⁹ *A.H.W. v. G.H.B.*, 772 A.2d 948, 954 (N.J. 2000).

⁴⁰ N.J. ADMIN. CODE TIT. 8. 2-1.4 (a).

⁴¹ La ley de Nueva Jersey prohíbe a la mujer que da a luz renunciar a sus derechos parentales dentro de las 72 horas posteriores al nacimiento del niño, período que la ley prevé para que la mujer reflexione sobre su decisión.

2.3. Teoría de la intención⁴²

Para esta postura, madre es quien desea y quiere ser madre, quien tiene la voluntad procreacional, independientemente de su aporte genético y/o biológico.

Esta teoría fue desarrollada por el estado de California en el caso de *Johnson v. Calvert* de 1993.⁴³ En este caso, por primera vez una Corte se enfrentó al interrogante sobre si la madre legal es aquella que da a luz al niño o la que provee del material genético.

Mark y Crispina Calvert eran una pareja casada que deseaba tener un hijo. Crispina se vio obligada a hacerse una histerectomía en 1984; sin embargo, como sus ovarios siguieron en condiciones de producir óvulos, finalmente la pareja consideró la posibilidad de una gestante. En 1989, Anna Johnson se enteró por un colega de la situación de Crispina y se ofreció a actuar como gestante para los Calvert. El 15/1/1989, Mark, Crispina y Anna firmaron un contrato en el cual se establecía que un embrión creado por el esperma de Mark y el óvulo de Crispina sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a «todos sus derechos como madre» respecto del niño en favor de Mark y Crispina. Como contraprestación, Mark y Crispina iban a pagar a Anna la suma de 10.000 dólares en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño. Además, Mark y Crispina se comprometieron a pagar un seguro de vida para Anna, por valor de 200.000 dólares.

El embrión fue entonces implantado el 19/1/1990 y Anna quedó embarazada. Desgraciadamente, las relaciones entre ambas partes se deterioraron.

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

El juez de primera instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre «genéticos, biológicos y naturales» y que el contrato de gestación por sustitución era válido y exigible, en contra de los planteamientos de Anna. Ésta

⁴² BLACKBURN, C. «Family Law-Who is a Mother...». Cit., pp. 349-382.

⁴³ *Johnson v Calvert*. 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

apeló y la Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, confirmó la decisión.

El caso llegó a la Suprema Corte. Por un lado, Johnson sostenía que ella debía ser declarada la madre legal del niño, conforme el artículo 7003⁴⁴ del Código Civil de California porque, precisamente, ella había sido quien había dado a luz al niño; por el otro, Crispina Calvert sostenía que por el vínculo genético quedaba demostrado que ella era la madre, conforme resulta del artículo 7015 del CC de California.

Dado que tanto la madre genética como la gestante tenían una reclamación válida en cuanto a la maternidad, la Corte se vio en la obligación de buscar un nuevo método para la atribución de maternidad y optó por recurrir a la intención de las partes al analizar el contrato de gestación por sustitución. Concluyó que la madre legal es aquella con la intención, con el propósito de procrear y de criar el niño.⁴⁵ Así, la Corte Suprema de California determinó que Crispina Calvert, la madre genética, era también la madre legal porque ella había tenido siempre la intención de criar al niño como propio, y sin esa intención el niño jamás habría nacido. Para el razonamiento del tribunal, la gestante fue sólo una facilitadora de la intención de Crispina.⁴⁶

⁴⁴ El artículo 7003 del Código Civil de California establece que la relación de paternidad puede ser establecida mediante la prueba de haber dado a luz al niño. («*The parent child relationship may be established by proof ... of having given birth...*») CAL. Civ. Code § 7003

⁴⁵ «Debido a que las dos mujeres han presentado pruebas aceptables de maternidad, no creemos que este caso pueda ser resuelto sin examinar las intenciones de las partes, tal como se manifestaron en el acuerdo de sustitución. Mark y Crispina constituyen una pareja que deseaba tener un niño genético pero tienen una imposibilidad física para hacerlo sin la ayuda de la tecnología reproductiva. Tuvieron la intención de que el niño naciera y llevaron a cabo los pasos necesarios para efectuar una fertilización in vitro. Si no hubiera sido por su intención —llevada a cabo— el niño no existiría. Anna estuvo de acuerdo en facilitar la procreación del niño de Mark y Crispina. La intención de las partes fue la de traer al mundo al niño de Mark y Crispina, no la de Mark y Crispina de donar un embrión a Anna. Si bien la función gestativa que Anna llevó a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no habría tenido oportunidad de gestar o de dar a luz si ella, antes de la implantación del embrión, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre del niño.» *Johnson v Calvert*. 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

⁴⁶ Cabe tener en cuenta que, no obstante este avance jurisprudencial, un año después, la Corte de Apelaciones de California en el caso *Moschetta* decidió no aplicar la teoría de la intención aplicada en *Johnson*. *Moschetta* era un contrato de GS en el que se recurrió a la GS tradicional, por lo que la comitente carecía de vínculo genético con el nacido. La Corte consideró que en la teoría aplicada en *Johnson* la intención de las partes del contrato es determinante si la madre genética y gestacional no son la misma persona, creando un empate entre las dos madres que los tribunales deben romper. En *Moschetta*, sin embargo, la contribución genética y la gestación coinciden en la misma mujer, por lo que no existe ese «empate» entre las dos madres que deba ser considerado a los efectos de determinar la

En 1998, la Corte de Apelaciones de California volvió a aplicar esta teoría en el caso *Buzzanca*.⁴⁷ En este caso, nació una niña como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución por el cual el matrimonio Buzzanca (Luanne y John) contrató a una mujer para que fuera implantada con un embrión compuesto por semen y óvulo de donantes anónimos. Durante el embarazo de la gestante el matrimonio Buzzanca se enfrentó a numerosas dificultades que culminaron en su divorcio. Al no haber aporte de material genético de ninguno de los comitentes, la pregunta principal era si la niña tenía algún padre legal, y si era así, quiénes eran.

El excónyuge se negó a aceptar la paternidad; la gestante declaró no querer a la niña y no tener responsabilidad ni obligación ante ésta porque no tenían relación genética; y la excónyuge, Luanne, reclamó ser ella y su nuevo esposo los padres legales. En primera instancia se resolvió que la niña no tenía padres legales. En apelación, la Corte de Apelaciones del estado de California aplicó la teoría de la intención de Johnson y determinó que Luanne era la madre legítima y tendría la custodia de la niña y que John era el padre legítimo, con responsabilidad inmediata de alimentos y derechos futuros de custodia y visitas. La Corte acudió a las regulaciones existentes en materia de reproducción asistida, en las que encontró fundamentos legales en apoyo al reclamo de maternidad de la comitente. En cuanto a la paternidad, al igual que otras jurisdicciones, estableció que el esposo que consiente la inseminación artificial es el padre legal del niño, independientemente de tener lazos genéticos con éste.⁴⁸ De esta manera, acudiendo a la teoría de la intención, la Corte entendió que los actos intencionados de los Buzzanca determinaron su estado legal de padres.

Más recientemente, en el caso *S.N. v. M.B.*,⁴⁹ en el que una mujer en solitario recurrió a la GS con óvulo y espermatozoides de donante, la Court of Appeals de Ohio también apeló a la voluntad —a la teoría de la intención— para resolver que la comitente es la madre legal. Se sostuvo que para el Estado «es claro que una persona que quiere y consiente criar un niño debe ser tratada por la ley como la madre («parent») natural». El acuerdo de GS ponía en evidencia el «reconocimiento voluntario de la maternidad» de la comitente siendo «suficiente

maternidad. Por esta razón, el tribunal estimó que no era necesario tener en cuenta la intención de las partes y decidió que la madre gestacional y genética era madre legal del niño. *In re Marriage of Moschetta*. 30 Cal. Rptr. 2d 893 (1994).

⁴⁷ *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998).

⁴⁸ CAL. Fam. Code § 7613: «[i]f, under the supervision of a licensed physician and surgeon and with the consent of her husband, a wife is inseminated artificially with semen donated by a man not her husband, the husband is treated in law as if he were the natural father of a child thereby conceived».

⁴⁹ *SN v. MB*, 188 Ohio App. 3d 324 - 2010.

para desvirtuar la presunción de que la gestante debe ser la madre natural del niño por haberlo dado a luz».⁵⁰

En doctrina, dentro de esta postura se encuentra Hernández Ibáñez, quien considera que debe ser madre aquella persona que en el contrato estableció el deseo de tener un hijo a través de esta técnica, sin distinguir si ha aportado el óvulo o no. Si el óvulo se ha trasplantado a la mujer gestante, coincidirá, según su posición, en una misma persona la maternidad genética y la legal. Y si no se transfirió el óvulo, no se darían en una misma persona ambas maternidades; pero ello no sería óbice para que no se le atribuyera la maternidad legal. Bien es cierto que se rompe el principio de que madre es la que da a luz y de que la madre siempre es cierta, pero no sería obstáculo para otorgarle la maternidad a otra persona, pues se está ante una nueva situación que no tiene por qué solucionarse siguiendo las mismas coordenadas que las que se derivan de la maternidad natural.⁵¹ Piensa que «si ha mediado un contrato (a pesar de que no produce efectos jurídicos, por ser nulo) y en el mismo se ha estipulado por las partes que la maternidad corresponde a una determinada persona, cree que es ella la que debe ostentarla. El contrato es nulo, pero ha nacido una persona que tiene derecho a tener una madre».⁵² Entiende esta autora que la maternidad debe corresponder a la comitente por muchas circunstancias: en primer lugar, porque es la que ha deseado tener ese niño. [...]. En segundo lugar, porque la mujer gestante se ha prestado voluntariamente a ello, renunciando a cualquier derecho sobre ese niño [...]. En tercer lugar, cree que no cabe alegar por la gestante, una vez que ha dado a luz, motivos sentimentales y lazos de cariño con ese niño que ha llevado en su seno durante nueve meses, porque si

⁵⁰ También han sido resueltos expresamente sobre la base de la voluntad procreacional (*intention*), entre otros, el caso por PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. Requirientes «M.A.A. e W.A.A.» del 28 de febrero de 2012. JUÍZO DE DIREITO DA 1.ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE; *WH and Others* (29936/11) [2011] ZAGPPHC 185 (27 de septiembre de 2011); Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.; Trib. Cont. Adm. Trib., CABA, 11-01-2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito; N.N. s/ inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil num. 86. 18 de junio de 2013. MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552; «*H.L.W. v. J.C.T.*» (2005) BCSC 1679 (Can.). Volveré sobre todos estos casos luego.

⁵¹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. «La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma». En: BARBERO SANTOS, M. *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Autor, Madrid, 1989, p. 259.

⁵² HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. «La atribución de la maternidad en la gestación contratada». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, p. 445.

bien es cierto que éstos existen, también es verdad que todos esos detalles se le han dado a conocer antes de prestarse a cumplir este tipo de pacto. En cuarto lugar, porque la mujer que ha llevado a cabo la gestación conoce que su misión en este tipo de técnicas es dar a luz, para posteriormente entregar el hijo a la mujer que se lo ha encargado.⁵³

También Peña Bernaldo de Quirós sostiene que «la solución legal (madre es la que pare) no es siempre la que mejor decide el conflicto de intereses. Para este autor, si bien ciertamente la gestación y parto es un hecho importante (ser “madre” gestante es más importante que ser “madre” de leche) no debe olvidarse que muy frecuentemente es otra la mujer de quien procede la voluntad de que el hijo venga al mundo [...]. ¿Por qué imponer rígidamente que madre legalmente es la que pare incluso en el caso de que, después del parto, sea otra la voluntad de las personas implicadas?».⁵⁴

Sin perjuicio de las posturas previamente señaladas, que datan desde hace ya un tiempo, lo cierto es que la opinión de que la maternidad —y la paternidad— debe ser establecida sobre la base de la intención o de la voluntad en lugar de la relación biológica y/o genética se ha ido generalizando entre los estudiosos del derecho,⁵⁵ las feministas, las agencias de GS y el público en general,⁵⁶ como se verá en los apartados siguientes.

Esta tendencia a favor de esta postura se fundamenta en la creencia de que sin el interés de la pareja que recurrió a la gestante el niño no hubiese sido creado. Se señala que si bien todos los participantes en el acuerdo de GS son necesarios para traer al niño al mundo, éste no habría nacido si no hubiese sido por los esfuerzos de aquellos que tenían la intención de ser sus padres... Los que poseen la intención de ser padres son la causa primera o los que ponen en movimiento a la relación de procreación.⁵⁷

En este sentido, Shultz observa que los recientes desarrollos en el campo de la tecnología reproductiva «extienden dramáticamente la intencionalidad [para ser padres]». Dentro del contexto de las técnicas de reproducción asistida, sos-

⁵³ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. «La atribución de la...». Cit., pp. 445- 446.

⁵⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. En: *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989, pp. 491-492.

⁵⁵ Entre los primeros en sostener esta postura se encuentran HILL, J. L. «What Does It Mean to Be a “Parents”? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights». *New York University Law Review*, 66(2), 1991, pp. 353-420; SHULTZ, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality». *Wisconsin Law Review*, 1990 (2), pp. 297-398.

⁵⁶ VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». *Journal of Medical Ethics*, núm. 26, 2000, p. 405.

⁵⁷ HILL, J. L. «What Does It Mean to Be a “Parents”?...». Cit., p. 353.

tiene este autor, «las intenciones que resultan elegidas voluntariamente, que son deliberadas, expresas y que han sido negociadas, deberían determinar, presuntivamente, la paternidad legal».⁵⁸

Además, tal como reconoce Shultz, los intereses de los niños —particularmente en el comienzo de sus vidas— difícilmente van a ser contrarios a aquellos de los adultos que han elegido traerlos al mundo. De tal forma, «al respetar los planes y las expectativas de los adultos que serán responsables por el bienestar del niño, resulta probable que ello tenga como correlato resultados positivos tanto para los padres como para los niños».⁵⁹

Esta intencionalidad se traduce en el concepto de voluntad procreacional. A los efectos de su mejor comprensión, en el apartado siguiente procederé a desarrollar y explicar la voluntad procreacional (intención) como causa fuente de la filiación.

2.3.1. La voluntad procreacional

Como bien lo expresa Malaurie,⁶⁰ en materia de filiación no existe una sola verdad. Tal como lo muestran las expresiones del lenguaje vulgar, hay muchas verdades: la afectiva («verdadero padre es el que ama»); la biológica («los lazos sagrados»); la sociológica (que genera la posesión de estado); la de la voluntad individual («para ser padre o madre es necesario quererlo»); la del tiempo («cada nuevo día la paternidad o la maternidad vivida vivifica y refuerza el vínculo»).

Por otro lado, la importancia que alguna vez se le atribuyó a la verdad biológica ya no es tal. La verdadera paternidad no puede circunscribirse en la búsqueda de una precisa información biológica; más que eso, exige una concreta relación paterno-filial, padre e hijo que se tratan como tal, de donde emerge la verdad socioafectiva.⁶¹

En esta línea de pensamiento, se sostiene que la relación jurídica de filiación goza de autonomía propia, ya que en alguna medida se ha desprendido de su corriente soporte biológico; en consecuencia, no siempre ha de operar, ni es conveniente que así sea en todos los casos, la concordancia entre realidad biológica y vínculo jurídico filiatorio. Y aquí interviene con un rol esencial el fenó-

⁵⁸ SHULTZ, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood...». Cit., p. 309.

⁵⁹ SHULTZ, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood...». Cit., p. 397.

⁶⁰ MALAURIE, P. «La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre». *La semaine juridique*, núm. 26, 2003, p. 546.

⁶¹ CHAVES DE FARIAS, C., ROSENVALD, N. *Direito das Familias*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, p. 517.

meno contemporáneo de la interpenetración entre las diferentes ciencias humanas y sociales. Adviértase que al lado de la biológica existe otra verdad que no podrá ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social, que también hace a la identidad de la persona humana. La identidad filiatoria tiene también una perspectiva dinámica y presupone el arraigo de vínculos paterno-filiales asumidos y recíprocamente aceptados por padre e hijo.⁶²

Si bien durante años se luchó para que la paternidad se identificara con la verdad biológica, hoy el parentesco ha dejado de mantener correspondencia necesaria con el vínculo consanguíneo. Si aquel que genera no es quien desempeña las funciones paternas, surge la figura del padre distinta de la persona del genitor. En estas hipótesis es que cabe investigar la parentalidad más allá de la realidad «natural».

La filiación ya no transcurre por un determinismo biológico. Se convirtió en una construcción afectiva y permanente que se hace en la convivencia y en la responsabilidad. La paternidad no es sólo un acto físico, sino, principalmente, un hecho de opción, sobrepasando los aspectos meramente biológicos, o resumidamente biológicos, para adentrar con fuerza y vehemencia en el área afectiva.⁶³

Confundir verdad real (o lo que en filiación debe entenderse como «la verdad») con verdad biológica es un entendimiento reduccionista, ciego, demagógico y decepcionante. Además de un pseudoderecho subjetivo ilusorio y nefasto, es un derecho biológico totalitario.⁶⁴

La verdadera paternidad resulta más del amar y servir que de suministrar material genético.⁶⁵ La paternidad emocional, en muchas oportunidades, como enseña la experiencia de tantos casos, sobrepuja la paternidad biológica o genética.⁶⁶

Además, tanto en el derecho español como en el argentino, por más importancia que quiera dársele, la verdad biológica (comprensiva de la genética) nunca fue absoluta. Por muchos años, bajo la invocación de proteger la familia legítima, el derecho prohibió en numerosas ocasiones la investigación de la

⁶² Corte Suprema de Justicia de Mendoza —Sala I— 12/05/2005. «L.C.F. por la menor A.M.G. c/ A.C.A.G.P.A.C. p/ Filiación s/ Inc. Casación» Filiación. Impugnación de la paternidad del marido de la madre. Art. 259 C.C. Legitimación del padre biológico.

⁶³ DELENSKI, J. C. *O novo direito da filiação*. Dialética, São Paulo, 1997, p. 12.

⁶⁴ LOBO, P. *Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem Genética: uma distinção necessária*. Disponible en: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>, compulsado el 27/08/2012.

⁶⁵ Resulta paradójico que, a medida en que saber la verdad biológica fue facilitada por el descubrimiento de los marcadores genéticos, se empezó a otorgar más significado a los eslabones de afectividad que a los vínculos naturales.

⁶⁶ DIAS, M. B. «Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales». *Revista Jurídica*, 13, UCES, 2009, pp. 83-90.

verdad biológica (por ej., la antigua prohibición de investigación de la maternidad de mujer casada, o las prohibiciones del padre genético de impugnar la paternidad del marido si existe posesión de estado de hijo legítimo, o la de reconocer al hijo extramatrimonial después de la adopción plena, o el establecimiento de un plazo de caducidad a la acción de marido, quien vencidos los plazos fijados por la ley no podrá operar el desplazamiento y tendrá por hijo y heredero a una persona que no es su hijo genético). Como se puede advertir, la verdad biológica sufre de cierta relatividad y se enfrenta con grandes excepciones en su aplicación.

Ahora bien, si a esto se le suma la aparición de las TRA que resaltan la importancia del elemento volitivo por encima del biológico o genético, que a su vez distingue, se debe concluir que esta verdad está en crisis, y esto en gran parte se debe a los cambios provocados por el uso de las TRA.

De esta manera, y sin perjuicio de todo lo dicho, que importan nuevas concepciones que conllevan a un avance en la desmitificación de la importancia de lo biológico, también se deben tener en cuenta los nuevos referenciales que se presentan como consecuencia del uso de las TRA, y en virtud de los cuales ya no se puede buscar en la realidad biológica la identificación de los vínculos familiares.

En otras palabras, como consecuencia de la aparición de las TRA, se está ante nuevas realidades que importan una «desbiologización de la paternidad», y en cuya virtud el concepto de filiación ganó nuevos contornos en sede doctrinaria y jurisprudencial. Se ha comenzado a hablar de «parentalidad voluntaria»: hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de características genéticas.

En paralelo con las expresiones usadas por varios referentes del derecho brasileiro, en la TRA se estaría ante una filiación «socioafectiva»,⁶⁷ en la que el elemento volitivo ocupa un espacio de mayor envergadura que el componente genético.⁶⁸

⁶⁷ Ver, entre muchos, DIAS, M. B. *Manual de Direito das Famílias*. 6.^a ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010; CHAVES DE FARIAS, C., ROSENVALD, N. *Direito das Famílias*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008, pp. 517 y ss.; WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafectiva*. Editora Dos Tribunais, São Paulo, 2003; DA SILVA SAPKO, V. *Do direito a paternidade e maternidade dos Hommossexuais*. Juruá Editora, Curitiba, 2005; HARMATIUK MATOS, A. C. «Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade». En: DA CUNHA PEREIRA, R. (coord.). *Família e Responsabilidade*. IBDFAM-Magister, Porto Alegre, 2010, pp. 39 y ss.; LOBO, P. «Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental». En: DIAS, M. B., FERREIRA BASTOS, E., MARTINS MORAES, N. M. (coords.). *Afetos e Estruturas Familiares*. IBDFAM, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, pp. 453 y ss.

⁶⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual» (LL2010-E-977).

En definitiva, las técnicas de reproducción asistida, al permitir la procreación sin necesidad de mantener relaciones sexuales, permiten y provocan la distinción entre paternidad/maternidad voluntaria, paternidad/maternidad biológica, paternidad/maternidad genética, prevaleciendo, como señalaré a continuación, la paternidad/maternidad voluntaria a los efectos de la filiación.⁶⁹

Sucede que antes de la aparición de las TRA sólo existía la procreación por medios naturales a través del coito. Quien dejaba embarazada a la mujer era necesariamente el mismo que aportaba el material genético; además, la mujer que gestaba el niño lo hacía siempre con óvulos propios. Es decir, el elemento genético, el biológico y el volitivo, en general, coincidían en una misma persona. Digo en general, porque puede que ese hombre no haya deseado tener ese niño; independientemente de su falta de voluntad, la paternidad se le atribuye en virtud de haber aportado el material biológico, siempre determinante.

En suma, el «vínculo biológico» era el presupuesto de una serie de «certezas»: la maternidad siempre se conoce con certeza; hay una presunción de paternidad del marido de la madre; si nace fuera del matrimonio, el vínculo surge del reconocimiento o, en su defecto, de la acción judicial contra quien es biológicamente el progenitor.

Con las nuevas técnicas de reproducción humana, el principio cardinal del que hay que partir para entender con sensatez sus consecuencias en orden a las relaciones de filiación es que la figura de la paternidad, tanto como la de la maternidad, aparecen esencialmente disociadas, disipando o difuminándose el componente genético y biológico y realzando el volitivo,⁷⁰ de modo que, en concordancia con la idea según la cual la relación de filiación debe ser consecuencia, más que de una relación genética o biológica, de una relación social y cultural, deberá entenderse que la mera aportación del material genético no es determinante en ningún caso para atribuir una paternidad y/o maternidad que hunde su razón de ser en la voluntariedad.

⁶⁹ «La distinción entre maternidad/paternidad biológica y voluntaria no es algo nuevo, sino que ya existía en los procesos de adopción, en las segundas nupcias de viudos/as con hijos, y en los casos de nuevas uniones de separados/divorciados con hijos. Sin embargo, mientras que en los casos de adopción y segundas nupcias, sobre todo, de viudos y viudas, los padres voluntarios o sociales sustituyen a los biológicos, en los casos de procreación asistida, no hay sustitución; las personas que participan en el proceso pertenecen a categorías diferentes y todos los participantes en el proceso están presentes y han de ser identificados para su ubicación social en el nuevo universo relacional generado.» RIVAS RIVAS, A. M. «Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico». *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, pp. 7-19, en p. 14.

⁷⁰ LLEDÓ YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Cit., p. 59

Dicho en otras palabras, las TRA modificaron la realidad social al permitir la reproducción sin necesidad de relación sexual alguna.⁷¹ Por ende, quien aporta el elemento genético puede no ser la misma persona que aporta el elemento biológico o el volitivo. En otras palabras, lo biológico no comprende siempre lo genético,⁷² ni lo genético comprende siempre lo biológico.⁷³

Entonces, si antes se distinguía entre biológico y voluntario, hoy se presentan tres criterios perfectamente diferenciados que a su vez dan lugar a tres verdades: la genética, la biológica y la voluntaria.⁷⁴

- a) Verdad genética: lo relevante es haber aportado el material genético. Es un puro reduccionismo genetista.
- b) Verdad biológica: el origen cuenta con un acto humano: alguien estuvo allí para producirlo y ese alguien está más allá de los genes. La verdad biológica importa un plus respecto de la verdad genética, dado que irroga un vínculo entre el nacido y quienes lo procrearon.⁷⁵
- c) Verdad voluntaria o consentida: la paternidad y/o maternidad se determina por el elemento volitivo: la *voluntad procreacional*.

Cuando se recurre a las TRA, no sólo se distingue entre lo genético y lo biológico, sino que las TRA provocan la disociación del elemento genético y del elemento volitivo en el nacimiento del ser humano, dado que la aplicación de aquellas técnicas posibilitan que el nuevo ser esté dotado de un patrimonio genético correspondiente a distintos progenitores que a la sazón no resultan ser sus padres formales (aquellos que jurídica y socialmente asumen dicha función).⁷⁶

Esta disociación lleva a diferenciar el rol de padre del rol de progenitor. «Padre» es aquel que, *ex voluntate*, asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, mientras que «progenitor» es aquel que simplemente aporta el material genético sin preten-

⁷¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Las acciones de filiación...». Cit., p. 281.

⁷² Por ejemplo: mujer que acude a la donación de óvulos o los casos de gestación por sustitución gestacional.

⁷³ Puede suceder que una persona aporte únicamente material genético (por ej., donación de semen) o que se utilice material genético del hombre que quiere tener un hijo, pero el embarazo se produzca a través de las TRA.

⁷⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Filiación y homoparentalidad...». Cit., p. 977.

⁷⁵ De esta verdad se habla en los casos de adopción.

⁷⁶ ¿Quién es el padre? ¿El donante que aportó material genético o el que quiso tener el niño?

der ninguna relación jurídica de filiación con el ser que nazca fruto de la donación de gametos (esperma u óvulo).⁷⁷

Hoy, como consecuencia de las TRA, el rol jurídicamente relevante es el de padre. Caer en el extremo de creer que la paternidad legal debe ser a todo trance genética y/o biológica, o todo lo contrario, es olvidar multitud de factores que de forma compleja se entrelazan en el mundo de las relaciones humanas. Se podría sostener, como se viene diciendo, que desde que los tests genéticos aportaron elementos importantes para la determinación de la paternidad, el vínculo legal debe tratar de coincidir con el genético. Sin embargo, cuando el punto de mira se presta a las relaciones de paternidad concebidas con ayuda de la ciencia, esa teoría no sólo se derrumba, sino que se niega apostando por la importancia de la voluntad procreacional, tomada como elemento irrefutable del concepto de paternidad que se sobrepone a cualquier vínculo de sangre.⁷⁸

Así, Rivero Hernández sostiene que el elemento relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por reproducción humana asistida es la voluntad o decisión de que ese ser nazca «no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible (para ese nacimiento concreto), sino porque los demás elementos, biológicos (y/o genéticos), pueden ser sustituidos. [...] Lo que nadie puede suplir en cada caso en concreto, para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, casada o no —excepcionalmente, si ha lugar, de una mujer sola— y sólo de ella. El hijo nace precisamente por su exclusiva decisión de que nazca, causa eficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella ese hijo no hubiera existido. La aportación (importante, también imprescindible) de todos los demás protagonistas es, en cambio, fungible y no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento en cuestión».⁷⁹

En consecuencia, la filiación corresponde a quien desea ser «parent» (para utilizar una noción neutra), a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.⁸⁰

⁷⁷ LLEDÓ YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Cit., p. 153.

⁷⁸ LABRUSSE-RIOU, C. «Procreation, filiation et volonté individuelle». En: *Droit de la filiation et progrès scientifiques*. Economica, París, 1982, p. 71.

⁷⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, p. 146.

⁸⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Filiación y homoparentalidad...». Cit., p. 977.

Gracias a los avances científicos, maternidad y paternidad dejan de considerarse una relación de filiación basada en un puro reduccionismo genetista y/o biológico; por el contrario, se impone el establecimiento de una realidad no genética sino socioafectiva,⁸¹ determinada por la aportación del elemento volitivo.⁸²

Entonces, en materia de determinación de la filiación cuando se trata de TRA, el elemento central, determinante y base es la voluntad de ser padre y no quién o quiénes aportaron el material genético, es decir, sea que en la práctica médica se utilice material genético de la propia pareja (homóloga) o de alguien externo a quien lleva adelante el proyecto parental (heteróloga), lo cierto es que el vínculo filial queda determinado por la voluntad procreacional, con total independencia de a quién pertenezca el dato genético.

Durante años, la lucha en el derecho de la filiación se dirigió al triunfo de la verdad biológica; hoy, en cambio, la bandera que comparte el escenario o el liderazgo es la voluntad. Las TRA han provocado la prevalencia de la *verdad voluntaria*, en tanto, si bien en general son utilizadas por quienes no quieren

⁸¹ LLEDÓ YAGÜE, F. «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas...». Cit., p. 325.

⁸² Son muchos y muy destacados los autores españoles que también se han manifestado a favor de hacer prevalecer la voluntad por encima de la biología. En este contexto, ya incluso antes de la entrada en vigor de la LTRHA: DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde». En: VV.AA. *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Mundial Vasco). Trivium, Madrid, 1988, pp. 227 y ss.; MONTÉS PENADÉS, V. «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana». En VV.AA. *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Mundial Vasco). Trivium, Madrid, 1988, pp. 176; BLASCO GASCÓ, F. «Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, 1991, pp. 65 y ss.; y «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 2, 1991, pp. 716 y ss. Vigente la LTRHA: ROCA TRÍAS, E. «Comentari a l'article 92 CF». En: EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J. (dirs.) y LAMARCA I MARQUÈS, A., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (coords.). *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Madrid, Tecnos, 2000, p. 439; y RIVERO HERNÁNDEZ, F. *Las acciones de filiación en el Código de Familia catalán*. Atelier, Barcelona, 2001.

Tras la introducción del artículo 7.3, en el mismo sentido, NIETO ALONSO, A. «El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida». En: DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.). *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Madrid, Dykinson, 2006, p. 57; VERDERA SERVER, R. «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida». En: COBACHO GÓMEZ, J. A. (dir.) e INIESTA DELGADO, J. J. (coord.). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 215-217; FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier, Barcelona, 2011.

renunciar a tener un hijo «genéticamente propio», el elemento genético no es el que determina la filiación, sino el volitivo.

En síntesis, la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida ha traído un nuevo elemento, la voluntad procreacional que desplaza y es independiente del dato genético. Es por esto por lo que los países que han regulado las TRA han hecho del consentimiento —la voluntad procreacional— el elemento determinante a los efectos de la filiación.⁸³

2.3.2. La aplicación del criterio de la voluntad procreacional a la gestación por sustitución

La gestación por sustitución, aunque con sus particularidades, es una forma de TRA, por lo que la filiación también debe determinarse sobre la base de la voluntad procreacional. Consecuentemente, la maternidad y/o paternidad deberá corresponder a la persona o personas sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desea el hijo para sí.

Ya a principios de los años noventa, con los primeros litigios en materia de gestación por sustitución en Estados Unidos, varios autores sugirieron introducir un nuevo criterio de determinación de la filiación que permitiera determinarla por la voluntad («*intention*»)⁸⁴.

⁸³ En esta línea se encuentran, entre muchos otros: Francia, según lo que se dispone en el art. 311-20 modificado por la ordenanza n.º 2005-759 del 4/7/2005; Reino Unido, de conformidad con los art. 35 y ss de la Ley de fecundación y embriología humana (HFEA, 2008); Portugal, según el art 20 de la Ley n.º 32/2006, del 26/07/2006; Suiza, según el art. 256 del Código Civil y la Ley Federal del 18 de diciembre de 1998, sobre la procreación médicamente asistida; Brasil, según el art. 1597 del Código Civil Brasileiro de 2002; Italia, según la ley 40/2004, que si bien prohíbe las técnicas de reproducción humana asistida de tipo heteróloga, establece que si a pesar de dicha prohibición se realiza este tipo de técnicas, el cónyuge o el conviviente cuyo consentimiento ha sido recibido no puede ejercitar acciones de desconocimiento ni impugnación de la paternidad. Además, la mayoría de los estados de Estados Unidos han sancionado leyes que establecen la paternidad del marido de la madre de un niño nacido por inseminación con donante sobre la base del consentimiento. Incluso algunos estados, como Nuevo México, establecen un criterio neutro. Se prevé que una persona (género y estado civil neutro) que consiente la inseminación de una mujer con la intención de ser padre es padre.

⁸⁴ Ya se vio que los precursores de estas teorías fueron HILL, J. L. «What Does It Mean to Be a “Parents”?...». Cit., pp. 353-420; SHULTZ, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood...». Cit., pp. 297-398. Más recientemente, STORROW, R. F. «Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage». *Hastings Law Journal*, 53, 2002, pp. 597-679; y ANDERSON, L. S. «Redefining “parent”: Avoiding the Fatal Flaw in Analysis of Assisted Reproductive Technology Disputes». *Stetson University College of Law Research Paper*, 29, 2009, pp. 20

En la gestación por sustitución, la «voluntad procreacional» es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior. Sucede que esta tercera persona carece de esa voluntad; falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRA: la voluntad procreacional.⁸⁵

Las realidades cambian y evolucionan, y las TRA han transformado la concepción de maternidad y paternidad. La mujer que gesta y da a luz no es la que hasta hace algunos años se consideraba madre. Hoy ser madre es mucho más que gestar o parir. O lo que es lo mismo, gestar o parir no hace, define ni determina la maternidad. Hoy, a la luz de la gestación por sustitución, madre es querer ser madre, por lo que resulta injusto imponerle esa maternidad a la mujer que gestó sin deseo o intención de ser madre, especialmente si se tiene en consideración al niño que nace.⁸⁶

Las situaciones nuevas no pueden resolverse intentado imponer viejas reglas; deben buscarse nuevas soluciones, acordes a las nuevas realidades y a las nuevas nociones de maternidad y paternidad. Por eso, la filiación debe corresponder al o a los comitentes: aquellos que quieren y desean el hijo, y que de esta manera aportan el elemento volitivo determinante sin el cual no se hubiera comenzado el proceso que genera el nacimiento del nuevo ser.⁸⁷

Además, como sostiene Vela Sánchez, este criterio de la relevancia del elemento volitivo evita una injusta disparidad de tratamiento jurídico, pues si, por ejemplo, el marido o compañero se convierte en padre legal porque dio su consentimiento a una fecundación asistida heteróloga (art. 8.1 LTRHA), la misma regla debería aplicarse en la determinación de la filiación jurídica en los supuestos de gestación por sustitución.

y ss., y «Adding players to the game: parentage determinations when assisted reproductive technology is used to create families», *Arkansas Law Review*, vol. 62, núm. 1, 2009, pp. 52 y ss.

⁸⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». *La Ley*, 11/07/2013, p. 3.

⁸⁶ De nada sirve que, como en la mayoría de las legislaciones, la ley establezca que madre es la que da a luz, porque de todas maneras esa maternidad no se hará efectiva en los hechos. Se está ante supuestos en los que quien gesta al niño lo hace con un fin totalmente distinto al de ser madre y no desea esa maternidad.

⁸⁷ Entonces, si bien se dijo que la «gestación por sustitución» importa comprender la existencia de una disociación entre la maternidad genética, la maternidad gestacional y la maternidad de deseo, considero que en la GS la noción de «maternidad» debe quedar circunscrita o centrada en la comitente, porque sólo así queda claro el rol jurídico de cada uno de los que participan en este proyecto parental.

Consecuentemente, es la voluntad procreacional la determinante de la filiación, y esto es así con independencia de si los comitentes aportan o no su material genético.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación⁸⁸ y puede conllevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo,⁸⁹ generando situaciones desiguales y discriminatorias que, además, redundarían en perjuicio del niño. Por ejemplo, permitir la determinación de la filiación respecto del comitente que aportó sus gametos, debiendo el otro acudir a la adopción⁹⁰ o proporcionar soluciones diferentes según se haya aportado o no material genético.⁹¹

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente reconocida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético⁹² y sin hacer distinciones según éste haya sido o no aportado.

Por otro lado, en la actualidad la noción constitucional de familia⁹³ abarca no sólo aquellas que tienen su origen en un vínculo matrimonial, sino también

⁸⁸ En contra del derecho del niño a estar inmediatamente inscrito, de conformidad con el art. 7 de la CDN.

⁸⁹ O cuando sí lo hizo tratándose de una persona sola.

⁹⁰ Véase, entre otros, Liège, del 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4, p. 1139; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 14 de septiembre de 2009, LJN: BK1197; el caso de *Hanne y Elke*, *Civ. Antwerp*, del 19 de diciembre de 2008 y *Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 24 de octubre de 2011, LJN: BU 3627; el caso *Samuel*, *Civ. Bruselas*, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011, p. 125. Ya citados y sobre los que volveré luego.

⁹¹ Véanse los casos *In the Matter of the Parentage of a Child by T.J.S. and A.L.S.* resuelto por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 24 de octubre de 2012 (App. Div. Feb. 23, 2011); *Nolan v. LaBree*, 52 A. 3d 923-2012, resuelto por la Suprema Corte de Maine y *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health (6557/09)* de 9 de agosto de 2011, resuelto por la Suprema Corte de Nueva York, ya citados. Ya se vio que en algunos casos es el vínculo genético lo que da lugar a la adopción a favor de los comitentes: *Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43; Ghent (15th ch.), del 30 de abril de 2012, *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht*, 2012, p. 261 y *Rechtbank Arnhem*, 20 de febrero de 2008, LJN: BC8012 y *Rechtbank Arnhem*, 19 de mayo de 2009, LJN: BI5039, ya citados y sobre los que volveré luego.

⁹² Conforme se verá, muchas legislaciones exigen que al menos uno de los comitentes aporte su material genético. Ahora bien, la comprobación del vínculo genético debe ser a los efectos de acceder a la GS, no a los efectos de establecer la filiación.

⁹³ Sobre el concepto constitucional de familia, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse. Así, en la resolución de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre, *sobre técnicas de reproducción asistida*, consideró que siendo evidente que en el artículo 39.1 CE se incluye la familia matrimonial, «también lo es que nuestra Constitución no

la creada por análoga relación de afectividad, la formada por un progenitor soltero y sus hijos o nuevos modelos de familia homosexual, transexual, etc. Se trata de un concepto amplio que se ha ido adaptando a los tiempos.

En este sentido, y acorde a estos nuevos modelos de familia hoy en día existentes,⁹⁴ la voluntad procreacional como causa fuente determinante de la filiación es un criterio neutro, puede ser aportada por una mujer o un hombre, y es aportado de igual manera por ambos, es decir, no distingue género. Dicho en otras palabras, en los casos de gestación por sustitución madre no es quien da a luz, sino que la filiación se determina a favor de quien aporta la voluntad procreacional, y ésta puede ser aportada por una mujer y un hombre, dos mujeres, dos hombres, sólo una mujer o sólo un hombre.

Como se puede advertir, este criterio habilita la determinación de la paternidad de ambos en aquellas parejas homosexuales constituidas por dos hombres que recurren a la gestación por sustitución con el fin de poder tener un

ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, ni existe ninguna constrictión del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura —en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales— esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural. Igualmente obvio resulta [...] que, como es normal y arraigado en nuestra cultura, la noción constitucional de familia incluye relaciones sin descendencia». Asimismo, declaró el tribunal que «no existe, por lo tanto, una obligada correspondencia entre las relaciones paterno-filiales jurídicamente reconocidas y las naturales derivadas de la procreación ni, como queda dicho, el concepto constitucional de familia se reduce a la matrimonial. Desde este entendimiento de la familia, es evidente que las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 C.E. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal». STC 116/1999, de 17 de julio, FJ 13.º (recurso de inconstitucionalidad núm. 376/1989). BOE núm. 162, de 8 de julio.

⁹⁴ Véase Naciones Unidas, Comité de los Derechos del Niño, Observación General n.º 7. Realización de los derechos del niño en la primera infancia, párrs. 15 y 19 («El Comité reconoce que “familia” aquí se refiere a una variedad de estructuras que pueden ocuparse de la atención, el cuidado y el desarrollo de los niños pequeños y que incluyen a la familia nuclear, la familia ampliada y otras modalidades tradicionales y modernas de base comunitaria, siempre que sean acordes con los derechos y el interés superior del niño. [...] El Comité observa que en la práctica los modelos familiares son variables y cambiantes en muchas regiones, al igual que la disponibilidad de redes no estructuradas de apoyo a los padres, y existe una tendencia global hacia una mayor diversidad en el tamaño de la familia, las funciones parentales y las estructuras para la crianza de los niños»); Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 19 (390 período de sesiones, 1990). La familia (artículo 23), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párr. 2 («El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto»), y Comité de Derechos Humanos, Observación General n.º 16 (320 período de sesiones, 1988). Derecho a la intimidad (artículo 17), HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), párr. 5 («En cuanto al término “familia”, los objetivos del Pacto exigen que, a los efectos del artículo 17, se lo interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate»).

hijo genéticamente vinculado con al menos uno de ellos; o la paternidad de un hombre sólo cuando es éste quien recurre a esta figura. De esta manera, aunque una mujer geste y dé a luz, en estos casos habrá sólo paternidad, pero no maternidad. Por su especialidad, procederé a su análisis.

3. PATERNIDAD SIN MATERNIDAD

3.1. Matrimonio homosexual y parejas de hombres

En el mundo actual, el movimiento en favor de los matrimonios entre personas del mismo sexo es una tendencia en auge. Numerosos son los estados que ya contemplan el matrimonio homosexual o «igualitario», incluidos España y Argentina.⁹⁵

En España, la ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, legalizó los matrimonios homosexuales, quedando equiparados a los matrimonios heterosexuales.⁹⁶

En Argentina, el 15 de julio de 2010 se sancionó la ley 26618, que fue promulgada el 21 de julio de 2010, por la que se modifica el Código Civil, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, y concediéndole exactamente los mismos derechos, incluida la posibilidad de adopción.⁹⁷

⁹⁵ También Holanda, Bélgica, Canadá, Sudáfrica, Suecia, Noruega, Portugal, Islandia, Dinamarca, Nueva Zelanda, Uruguay, Francia y Reino Unido.

En Brasil, el 14 de mayo de 2013 el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) aprobó por catorce votos contra uno una resolución que legaliza el matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el territorio brasileño, estableciendo que los registros civiles de Brasil no pueden negarse a casar a parejas de homosexuales

Además, el 26 de junio de 2013 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dictó dos fallos de suma importancia para el reconocimiento del matrimonio homosexual en ese país. Por un lado, declaró la inconstitucionalidad de la *Ley de defensa del matrimonio* (DOMA, por su sigla en inglés) (United States v. Windsor, 570 U.S. [2013]) Por el otro, se pronunció sobre la proposición 8 y la falta de legitimación (Hollingsworth v. Perry, 570 U.S. [2013]).

⁹⁶ Contra esta ley se interpuso el recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. La sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, declaró la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁹⁷ La sanción de la ley 26.618 despertó una ardua discusión en torno a la pertinencia o no de extender la figura del matrimonio a las personas del mismo sexo demostrada durante su debate. Por citar algunas voces en contra y a favor, dentro del primer grupo se puede encontrar: ARIAS DE RONCHIETTO, C. «La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer». *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad, 18/12/2009, pp. 1 y ss.; BASSET, U. C. «Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y derecho civil». *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad, 01/12/2009, pp. 1 y ss.; MEDINA, G. «Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio». *La Ley*, 2010-A, p. 1233; SAM-

Se debe tener en cuenta que, con anterioridad a estas leyes, resultaba claro que tanto la filiación por naturaleza como la filiación adoptiva sólo eran posibles para las parejas heterosexuales; para las parejas constituidas por personas del mismo sexo no era posible determinar una relación de filiación con un niño, siendo sólo admisible que ello se produjera en relación con cada miembro de la pareja por separado, lo que podía tener lugar a través de dos mecanismos: por medio de la adopción y a través de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una mujer sola.⁹⁸

A partir de la reforma operada sobre el concepto de matrimonio, la situación ha cambiado. Así, la determinación de la filiación respecto de las parejas homosexuales debe equipararse a la que se realiza en relación con las parejas heterosexuales,⁹⁹ con las particularidades que correspondan a cada situación, conforme a la propia biología.

Ahora bien, ¿conculca el interés superior del niño ser criado por dos personas del mismo sexo? Esto ha sido claramente respondido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Atala Riffo vs Chile* del 24/02/2012, en el que se cita de manera expresa una sentencia de la Corte Suprema de México del 16/08/2010. Aquí se debatía la constitucionalidad de la reforma del Código Civil y Procesal Civil del Distrito Federal que en fecha 21/12/2009 habilitó el matrimonio a las parejas del mismo sexo en este ámbito territorial. En este marco, el Procurador General puso en crisis la posibilidad de que estas parejas pudieran adoptar. La Corte, de manera elocuente, dijo: «No existe ninguna base para afirmar que los hogares o familias homoparentales posean un factor anómalo que redunde directamente en una mala crianza. Quien crea lo contrario, está obligado a mostrar evidencias de ello. Ni el Procurador General de la República, ni nadie en el mundo, ha presentado tales evidencias empíricas, con estudios serios y metodológicamente bien fundados. La carga de la prueba está en quienes sostienen, prejuiciosamente, que una pareja homosexual no es igual o es peor para la salud y el bienestar de los menores que una

BRIZZI, E. A. «No puede haber matrimonio entre dos personas del mismo sexo», *La Ley*, 2009-F, p. 1409. Y en el segundo grupo: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. «Matrimonio, Orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica». *La Ley*, 04/06/2010, pp. 1 y ss.; SOLARI, N. E. «El derecho de las personas del mismo sexo a casarse. Un fallo necesario», *La Ley*, 2009-F, p. 796, entre otros.

⁹⁸ ZURITA MARTÍN, I. «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres». *La Ley*, año XXVII, núm. 6427, 2006, pp. 1475-1479.

⁹⁹ ZURITA MARTÍN, I. «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres». Cit., pp. 1475-1479.

pareja heterosexual. En realidad, quienes tienen esa creencia hacen una generalización inconsistente, a partir de algún dato particular o anecdótico y lo elevan a una característica de todo un grupo social. Estas generalizaciones inconsistentes se llaman estereotipos y éstos, a su vez, son la base cognitiva errónea de los prejuicios sociales y de la intolerancia». Por lo tanto, si no hay razones objetivas que justifiquen excluir a las parejas del mismo sexo de la posibilidad de acceder a la maternidad/paternidad, no se puede alegar como único fundamento la orientación sexual, porque es considerada una categoría sospechosa y por ende, tal negativa sería tachada de inconstitucional por conculcar principios de Derechos Humanos como lo es el de igualdad.¹⁰⁰

Los estudios concuerdan en que: i) las aptitudes de madres o padres homosexuales son equivalentes a las de madres o padres heterosexuales; ii) el desarrollo psicológico y el bienestar emocional de los niños o niñas criados por padres gays o madres lesbianas son comparables a los de las niñas o los niños criados por padres heterosexuales; iii) la orientación sexual es irrelevante para la formación de vínculos afectivos de los niños o las niñas con sus padres; iv) la orientación sexual de la madre o el padre no afecta el desarrollo de los niños en materia de género respecto a su sentido de sí mismos como hombres o mujeres, su comportamiento de rol de género y/o su orientación sexual, y v) los niños y las niñas de padres homosexuales no son más afectados por el estigma social que otros niños.¹⁰¹

¹⁰⁰ Para profundizar sobre este tema referido al interés superior del niño en las familias homoparentales ver GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M. *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*. Ediar, Buenos Aires, 2010, capítulos IV y V, pp. 225 y ss.

¹⁰¹ Véase AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION. *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*. Adoptado por el APA Council of Representatives realizado el 28-30 de julio de 2004; MCNAIR, R., DEMPSEY, D., WISE, S., PERLESZ, A. «Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges». *Family Matters*, vol. 63, 2002, p. 40; BREWAEYS, A., PONJAERT, I., VAN HALL, E. V., GOLOMBOK, S. «Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families». *Human Reproduction*, 12, 1997, pp. 1349-1359; TASKER, F., GOLOMBOK, S. «Adults Raised as Children in Lesbian Families». *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 65, 1995, p. 203; VANFRAUSSEN, K., PONJAERT-KRISTOFFERSON, J., BREWAYS, A. «Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination». *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 73, 2003, p. 78; RUPP, M. *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*. Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, p. 27; BOS, H. M. W., VAN BALEN, F., VAN DEN BOOM, D. C. «Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 45, 2004, pp. 755 y ss.; NADAUD, S. «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale». En: M. GROSS, *Homoparentalités, état des lieux*. ERES «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005; y TASKER, F., GOLOMBOK, S. «Adults Raised as Children in Lesbian Families». *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 65, 1995, p. 203.

Véase también el estudio llevado a cabo por la Academia Norteamericana de Psiquiatría Infanto-juvenil (American Academy of Child and Adolescent Psychiatry) en su revista *Facts for Families* n.º 92,

Despejado este interrogante, cabe resaltar que, desde hace ya tiempo, las TRA están ofreciendo esperanza a las parejas homosexuales que desean concebir un hijo. En el pasado, muchos de los hijos de parejas homosexuales eran fruto de relaciones heterosexuales; hoy muchas de estas parejas están tomando la decisión consciente de tener un hijo juntos a través de las TRA. Lo motivante o atrayente de estas técnicas no es sólo el deseo de tener un hijo, sino la posibilidad de que éste tenga relación genética con la pareja, o con uno de ellos al menos. Consecuentemente, merced a estas opciones de descendencia genética, total o parcialmente disponibles, la adopción tiende a ser vista como un último recurso, o como una segunda mejor opción.¹⁰²

Ahora bien, tratándose de un matrimonio (o pareja) entre personas del mismo sexo constituido por dos varones, si éstos quieren tener un hijo «genéticamente propio» (aunque sea de sólo uno de ellos) deberán recurrir a la gestación por sustitución.¹⁰³ Es decir, la gestación por sustitución se presenta como la única alternativa posible que tiene una pareja conformada por dos hombres para tener un hijo genéticamente propio.¹⁰⁴

de agosto de 2006, en el que se afirmó que «no hay diferencia en el desarrollo emocional o en las relaciones con padres y adultos, entre niños y niñas criados en hogares homosexuales y aquellos/as criados en hogares heterosexuales (si bien es difícil obtener una cifra cierta por el estigma que aún conlleva ser homosexual en Estados Unidos, se estima que de 1 a 9 millones de niños/as de ese país tienen al menos un progenitor gay o lesbiana). Por el contrario, es la calidad de la relación entre padres/madres-hijos/as y no la orientación sexual de los/as primeros/as lo que tiene efectos en el desarrollo del niño o la niña». Disponible en: http://www.aacap.org/cs/root/facts_for_families/children_with_lesbian_gay_bisexual_and_transgender_parents, compulsado el 27/08/2011.

También la Academia Norteamericana de Pediatría (American Academy of Pediatrics) emitió un informe técnico acerca de la adopción por parejas del mismo sexo. Concluyen señalando que cada vez más la literatura científica es conteste en afirmar que los niños y las niñas que crecen con uno o los dos padres/madres homosexuales se desarrollan en lo emocional, cognitivo, social y sexual tan bien como aquellos/as con padres/madres heterosexuales. Asimismo, señalan que el desarrollo óptimo de los niños y las niñas depende mucho más del tipo de relación e interacción entre los miembros de las familias que de la estructura formal que ésta adopte. Este estudio incluso señala los importantes beneficios psicológicos y legales de la adopción por el «segundo padre/madre», es decir, la pareja de quien es legalmente el padre/madre del niño o la niña. Disponible en: <http://aappolicy.aappublications.org/cgi/reprint/pediatrics;109/2/341.pdf>, compulsado el 27/08/2011.

¹⁰² En este sentido, Van den Akker sostiene que para algunas parejas estériles no tener vínculo genético alguno con el niño es tan poco atractivo que no están preparadas para considerarlo como una opción realista. VAN DEN AKKER, O. B. A. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». *Human Reproduction Update*, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 53 y ss.

¹⁰³ Al menos de momento, mientras no sea posible recurrir a un útero artificial. Para conocer más detalles, y las dificultades existentes, véase SIMONSTEIN, F. «Artificial reproduction techniques – all the way to the artificial womb?». *Medicine, Health care and Philosophy*, vol. 9, núm. 3, 2009, pp. 359-365.

¹⁰⁴ La práctica en el caso de parejas del mismo sexo (hombres) es la de mezclar el semen de la pareja, siendo muy difícil que aniden al mismo tiempo dos embriones fecundados con el esperma de cada padre.

En estos supuestos de dos hombres que recurren a la gestación por sustitución, debe primar la voluntad procreacional como elemento determinante por encima de la realidad gestacional y/o genética, por cuanto de este modo se ponderan los derechos de quien ha querido tener al niño y asumir la función parental, en este caso a favor de la pareja del mismo sexo que no puede procrear naturalmente. En consecuencia, corresponde determinar la paternidad de la pareja que expresó su voluntad procreacional.¹⁰⁵

Entonces, como en todo supuesto de GS, la filiación se debe determinar sobre la base de la voluntad procreacional, y dado que ésta ha sido expresada por el matrimonio o la pareja compuesta por dos hombres, habrá paternidad pero no maternidad. La mujer que gesta y da a luz es puramente eso, una gestante, pero, como se explicó, no es madre, y considerarla tal redundaría en perjuicio del interés superior del niño.

En este punto, también es necesario rebatir la falsa dicotomía natural/artificial que se plantea cuando se utilizan las TRA heterólogas, puesto que el proceso de gestación es natural siempre en la medida que se desarrolla en el cuerpo de una mujer y los resultados de un nacimiento óptimo no son garantizables. En otras palabras, no existe una placenta artificial que opere como una incubadora mediante la cual se certifique con éxito el nacimiento, por cuanto desde el origen el proceso de gestación está surcado por los mismos riesgos e interrogantes que los vividos por las parejas heterosexuales. Lo único que varía es la forma de expresar la voluntad procreacional, que en el caso de los homosexuales responde a un fuerte deseo puesto en marcha sin que ninguna situación accidental o no querida pueda apurar los plazos de la decisión.¹⁰⁶

Como se verá luego, muchas legislaciones¹⁰⁷ contemplan la posibilidad de acceder a la gestación por sustitución por parte de matrimonios o parejas homosexuales.

¹⁰⁵ Gil Domínguez sostiene que, ante esto, el Estado no podrá oponer ninguna clase de obstáculo que impida ejercer plenamente el derecho a la no discriminación por motivo de la orientación sexual de las personas vinculado al deseo de ser padres. GIL DOMÍNGUEZ, A. «No discriminación, copaternidad y comaternidad en la Ciudad de Buenos Aires». 28 de febrero de 2012. Disponible en: <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2012/02/no-discriminacion-copaternalidad-y.html>, compulsado el 26/08/2013.

¹⁰⁶ GIL DOMÍNGUEZ, A. «No discriminación, copaternidad y comaternidad en la Ciudad de Buenos Aires». 28 de febrero de 2012. Disponible en: <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2012/02/no-discriminacion-copaternalidad-y.html>, compulsado el 26/08/2013.

¹⁰⁷ Tal es el caso del Reino Unido, Brasil, el proyecto de ley de México DF, Sudáfrica, algunos estados de Australia, como Queensland, NSW, entre otros.

En materia jurisprudencial, cada vez son más las sentencias de distintos países que reconocen la coparentalidad, es decir, la paternidad legal de dos hombres, surgida sobre la base de un acuerdo de gestación por sustitución.

Así, no sólo hay casos en el derecho español y en el argentino,¹⁰⁸ a los que me referiré con detalle luego, sino también en muchos otros países.¹⁰⁹ A modo de ejemplo, cabe citar los siguientes:

En Brasil, el 29 de enero de 2012 nació la primera niña inscrita como hija de dos padres. La gestante fue una prima de uno de ellos que actuó de manera altruista y con óvulo donado y semen de uno de los padres. El juez de 1.^a Vara de Familia de Recife, Clicério Bezerra, autorizó la inscripción.¹¹⁰ Se trata del mismo juez que en agosto de 2011 autorizó el matrimonio de la pareja.¹¹¹

En Sudáfrica, tras la entrada en vigor de su ley en 2010, se reconoció la doble paternidad de un matrimonio homosexual que había tenido un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución.¹¹²

En Australia, la Corte Suprema de New South Wales (NSW), el 4 de mayo de 2012, confirió, por primera vez,¹¹³ bajo la (NSW) *Surrogacy Act* 2010, una orden parental a favor de una pareja homosexual no casada.¹¹⁴ En Queensland, la primera solicitud de orden parental bajo la nueva ley fue concedida a favor de una pareja de hombres gays.¹¹⁵

¹⁰⁸ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11-01-2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito.

¹⁰⁹ Véase también *In the Matter of D and L (Minors)* [2012] EWHC 2631 (Fam), que se analizará luego; *Re Mark* (2004) 31 Fam LR 162; *Cadet and Scribe* [2007] FamCA 1498; *Wilkie and Mirkja* [2010] FamCA 667 y *Raftopol v. Ramey*, 12 A. 3d 783-2011 resuelto por la Suprema Corte de Connecticut, ya citado.

¹¹⁰ Caso por PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. Requirientes «M.A.A. e W.A.A.» del 28 de febrero de 2012. JUÍZO DE DIREITO DA 1.^a VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE.

¹¹¹ Como se adelantó, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil aprobó la resolución número 175, estableciendo que se debe permitir el matrimonio homosexual. Así, en su art. 1 dispone: «Está prohibido a las autoridades competentes denegar la habilitación, la celebración del matrimonio civil o la conversión de la unión estable en un matrimonio entre personas del mismo sexo».

¹¹² *WH and Others* (29936/11) [2011] ZAGPPHC 185, del 27 de septiembre de 2011.

¹¹³ Véase, *AP & anor v RD & anor* [2011] NSWSC 1389, del 17 de noviembre de 2011, en la que, tras la entrada en vigencia de la ley, por primera vez se confirió una orden parental; esa vez, a favor de un matrimonio heterosexual.

¹¹⁴ *MM & KF re FM* [2012] NSWSC 445.

¹¹⁵ *BLH v SJW* [2010] QDC 439, del 28 de septiembre de 2010.

También en Australia, la Corte de familia de Melbourne reconoció la copaternidad legal de unas gemelas nacidas en Mumbai a favor de una pareja homosexual que había recurrido a la gestación por sustitución en la India. En la sentencia del Tribunal de Familia de Melbourne, declaró: «Como cuestión de derecho, la palabra “padre” tiende a sugerir alguna conexión biológica, pero la biología en realidad no importa, sino que lo que importa es la responsabilidad de los padres».¹¹⁶

3.2. Paternidad de hombre solo

Hoy en día es frecuente, y son numerosos los casos conocidos,¹¹⁷ en los que un hombre, que no está casado ni en pareja, acude a la gestación por sustitución para tener un hijo. Por eso, entiendo necesario dilucidar: ¿qué sucede con la filiación en los casos de gestación por sustitución cuando el comitente es un hombre solo?

Cabe destacar que las familias monoparentales han existido desde siempre, pero una cosa es que esto tenga lugar sobrevenidamente, por las circunstancias que sean (soltería, viudez, divorcio...), y otra que la ley facilite esa posibilidad a priori. Las primeras serían situaciones de monoparentalidad derivada y las segundas, monoparentalidad originaria.¹¹⁸ Me explico.

Cuando la ley permite el acceso a las TRA por una mujer sola o que el comitente en la GS sea un hombre solo, es decir, la maternidad de mujer sola o la paternidad de hombre solo, no se requiere legalmente, ni se demanda o cree necesaria, la figura del padre (o de la madre), o incluso de otra madre (u otro padre). No se trata de un hecho sobrevenido involuntariamente, sino que es una opción que se elige deliberada y libremente. Se opta por establecer una relación materno-filial/paterno-filial sin tener previsto en el momento de la decisión, como parte de su horizonte vital, una relación de pareja. Ésta sería la diferencia fundamental con los casos de hogares monoparentales resultantes de la viudez, separación o divorcio y maternidades/paternidades no deseadas. Esta maternidad/paternidad en solitario es uno de los cambios acaecidos en la concepción

¹¹⁶ JONES, B. «Gay couple win “surrogate twins” parenting case in Australia». *BioNews*, 594, 07/02/2011. Disponible en: http://www.bionews.org.uk/page_87623.asp, compulsado el 26/08/2013.

¹¹⁷ Miguel Bosé, Ricky Martin, entre otros.

¹¹⁸ HERRERA, M., SPAVENTA, V. «La filiación adoptiva como causa-fuente de monoparentalidad-desmonoparentalidad». En: GROSMAN, C. P. (dir.) y HERRERA, M. (comp.). *Familia monoparental*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, pp. 237 y ss.

cultural del parentesco en las sociedades occidentales que han posibilitado la visibilización y explicitación de la distinción entre lo biológico y lo social, y con ello las condiciones de elección y voluntad de los actores como sujetos activos y creadores del parentesco¹¹⁹ que, concretamente respecto de la paternidad de hombre solo, encontraría su justificación en las siguientes razones:

- 1) El derecho a la libertad y a recibir del Estado protección y respeto.
Este derecho, como tal, es un derecho aplicable a todos y a todas.
- 2) La asimilación con la adopción, en tanto en el derecho español, al igual que en el argentino, la mujer sola o el hombre solo pueden adoptar.

Es decir, esta paternidad de hombre solo ya se presenta en nuestra realidad como consecuencia de las adopciones monoparentales. Podría decirse que así como no han fracasado ni ha habido mayores perjuicios en las adopciones monoparentales respecto de las adopciones por cónyuges o parejas, nada indica que pueda haberlos en el supuesto que se trata.

De ese aserto se desprende que se está ante una situación que ya se permite (paternidad de hombre solo), con la diferencia de que en el supuesto que se analiza habría, además, vínculo genético.

En este punto, cabe destacar lo afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fornerón vs Argentina* del 27/04/2012,¹²⁰ en el que un padre reclamaba la restitución de su hija a los pocos días de su nacimiento, siendo que la madre la había entregado a un matrimonio para una futura adopción. En este contexto se puso de relieve: «Este tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma [...] Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas» (párrafo 98).

- 3) Los valores humanos de igualdad, no discriminación, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la intimidad personal y familiar.

¹¹⁹ RIVAS RIVAS, A. M. «Pluriparentalidades y parentescos...». Cit., p. 14.

¹²⁰ CIDH, *Fornerón e hija vs Argentina*, 27/04/2012 en http://www.csjn.gov.ar/data/ci_for.pdf, compulsado el 15/11/2012.

4) El derecho a procrear.

Este derecho a la reproducción estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1.º CE) y en la dignidad de la persona —en este caso, del comitente— como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE). Por tanto, el derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser por ésta consagrado y garantizado.¹²¹

La idea de «derechos reproductivos» se consolidó a nivel universal a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo en 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995. El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, en su párrafo 7.3, habla del «derecho a la reproducción de todas las parejas e individuos». Esto ha sido interpretado en el sentido de que una pareja tiene derecho a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas y, más aun, que una persona sola también tiene el derecho de reproducirse (para ampliar este punto véase el apartado 1.3 del capítulo quinto de este libro).

5) El expreso reconocimiento legal en la LTRHA de la maternidad de mujer sola. Esta y otras leyes¹²² admiten la posibilidad de que una mu-

¹²¹ VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, pp. 1-15, en p. 9.

¹²² También, entre otras, la orden n.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia *Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina*, de 26 de febrero de 2003, establece que las mujeres solteras pueden ser inseminadas con semen de donante, y el art. 55 (3) de la Ley Federal *de salud*, de 2011, regula quiénes pueden tener acceso a las tecnologías de reproducción asistida, estableciendo que: «Un hombre y una mujer, casada y no casada, tienen derecho a tener acceso a la reproducción asistida, siempre que dieren su consentimiento informado a la intervención médica, una mujer soltera también tiene derecho a tener acceso a la reproducción asistida si ella dio su consentimiento informado a la intervención médica». En Bélgica, la *Loi relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gametes*, de julio de 2007, permite el acceso a las TRA a las mujeres solas y a las parejas de mujeres, cualquiera sea su estado civil. En Islandia, la *Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research*, n.º 55, de 29 de mayo de 1996 (modificada por la *Act n.º 65/2006*, *Act n.º 27/2008*, *Act n.º 54/2008*, *Act n.º 55/2010* y la *Act n.º 65/2010*) en su art. 5 sostiene que «la fertilización artificial con donante solo puede tener lugar en los casos de infertilidad [...]. En los supuestos de mujeres solteras, o en los de mujeres en uniones registradas o convivientes con otra mujer,

jer sola, ya sea soltera, divorciada o viuda, pueda acceder a estas técnicas. Así, el artículo 6 de esta ley, referido a los usuarios de las técnicas establece:

1. *Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.*

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta ley con independencia de su estado civil y orientación sexual.

Consecuentemente, salvando las diferencias —en virtud de que no es lo mismo recurrir a la donación de semen para ser madre que a la GS para ser padre—, lo cierto es que si se le reconoce el derecho a procrear a la mujer, también corresponde reconocérselo al hombre. No se descarta que, por razones de naturaleza y biología, hombre y mujer no se encuentran en la misma situación, aunque sí son titulares de los mismos derechos, a pesar de que sean diferentes los medios para llegar al resultado. En otras palabras, si se permite la maternidad de mujer sola, constituiría una discriminación para el varón no permitirle a él acceder a la paternidad en solitario, que, hasta el momento, sólo es posible a través de la adopción y de la figura de la gestación por sustitución.¹²³

En lo que respecta a la filiación, ya se vio que en la gestación por sustitución ésta se determina sobre la base de la voluntad procreacional. Consecuentemente, cuando el comitente es un hombre solo, la voluntad procreacional será aportada por éste, y por ende el niño que nazca como consecuencia de esta técnica tendrá padre, pero no madre. Nuevamente, se está ante una situación que puede solucionarse siguiendo las coordenadas que se derivan de la maternidad natural.¹²⁴

El nacimiento del niño por GS, cuando el comitente es un hombre solo, se produce por la voluntad de ese hombre. Él es quien verdaderamente quiere ser padre y quien ha puesto en movimiento todo un me-

el uso de espermia de donante estará siempre permitido.» En Canadá, el artículo 538 del Código Civil de Quebec establece que «un proyecto parental mediante procreación asistida existe desde el momento en que una persona sola persona decide, o los cónyuges de mutuo acuerdo decidan, con el fin de tener un hijo, recurrir al material genético de una persona que no sea parte en el proyecto parental».

¹²³ El deseo de tener un hijo lleva a las personas a acudir a esta técnica, por lo que, una vez más, se está ante una situación que rompe las estructuras existentes. Se está frente a una práctica que no tiene en cuenta la legalidad, y que, como he venido sosteniendo a lo largo de este trabajo y desarrollaré luego, corresponde regularla a los fines de otorgar garantías y seguridad jurídica.

¹²⁴ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. «La filiación en la fecundación...». Cit., p. 259.

canismo para así serlo, por lo que corresponde atribuirle a él la paternidad, aunque esto importe descartar la maternidad.

Dicho en otras palabras, no hay maternidad porque ha sido un hombre solo quien ha prestado la voluntad procreacional; esta voluntad no se presenta en ninguna de las posibles mujeres que puedan intervenir (la que aporta la gestación o la que aporta el material genético), a las que, consecuentemente, y conforme al criterio de la voluntad procreacional, no se les podría imponer una maternidad no deseada. Ya se dijo que aunque está gestando y dando a luz, esta mujer, desde el punto de vista de la GS, no es madre.

Se está ante un nuevo modelo de familia, uno más de entre los tantos que han surgido como consecuencia de las TRA, que si bien, al igual que los otros, tampoco se corresponde con el modelo de familia «tipo» o «tradicional» al que se estaba acostumbrado, no hay indicios relevantes que permitan sostener que un modelo de familia es mejor que otro (en el sentido de mejor educación, mayores cuidados, o más cariño y amor).

Como sostiene Buxó, «dada la capacidad adaptativa y su carácter de agente de cambio social, es conveniente aceptar modelos familiares de manera flexible tanto con parejas de relación, como de procreación y de adopción, en las cuales ni la edad ni la identidad sexual ni el número de sus miembros son relevantes. Al igual que los diversos modelos monoparentales, que son tan adecuados para hombres como para mujeres, no es discutible la vocación y el altruismo de estas alternativas por no vincularse a intereses matrimoniales, sino a la voluntad, el altruismo y la ternura de ser padres y madres».¹²⁵

Se trata de situaciones nuevas que, desde el Derecho, corresponde regular para otorgar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad y posibilite que se reconozca la paternidad de quien verdaderamente lo ha querido, sin forzar paternidades y/o maternidades no deseadas, y consecuentemente perjudiciales para el interés del niño.

En palabras del reconocido psiquiatra y terapeuta de familia chileno Barudy: los «buenos o malos tratos a la infancia» depende de una gran cantidad de factores personales, sociales, familiares incluso económicos, algo mucho más complejo que ser una persona o dos.

¹²⁵ BUXÓ I REY, M. J. «Familia en plural». En: *Reinventar la Familia*. VI Jornada del Centre Alberto Campo. Edición CRIPS, Barcelona, 2004, pp. 4-13, en p. 7.

Siguiendo esta postura amplia, luego se verá que en el derecho comparado muchas legislaciones¹²⁶ contemplan la posibilidad de acceder a la gestación por sustitución por parte de hombres solos. También la jurisprudencia está reconociendo esta paternidad en solitario a través de la GS.¹²⁷

¹²⁶ Tal es el caso de Sudáfrica, algunos estados de Australia, como Queensland, NSW, Brasil, el Proyecto ley de México DF, Sinaloa, Illinois, entre otros.

¹²⁷ Véase el caso *In re Roberto*, en el que la Court of Appeals of Maryland permitió que sólo figure el nombre del comitente en el certificado de nacimiento. En este caso, un hombre sólo recurrió a la GS con óvulos donados. Al emitirse el certificado de nacimiento a nombre de la gestante y del comitente, ambos recurrieron a los tribunales a los efectos de que se elimine el nombre de la gestante. La Court of Appeals of Maryland lo permitió basándose en el estado de igualdad de derechos, debido a que la Ley de paternidad de ese estado permite a los hombres negar su paternidad sobre la base de la falta de vínculo genético. *In re Roberto* d.B., 923 A.2d 115 (Md. 2007). Véase también el caso de la Corte de Apelaciones de Rennes, del 29 de marzo de 2011, n.º 10/02646, *Droit de la famille*, abril 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck, que ordenó el registro de unos gemelos como hijos de un hombre solo que recurrió a la GS en la India en virtud de que el fiscal no logró demostrar el fraude; la resolución del Consejo de Estado francés del 4 de mayo de 2011, núm. 348778, y el caso C, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, el 6 de abril de 2010, en el que un comitente belga aportando su material genético recurrió a la GS en la India. Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, del 6 de abril de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164. También en Grecia, en dos casos legales recientes (One Member Court of First Instance of Athens no. 2827/2008 y One Member Court of First Instance of Thessaloniki no. 13707/2009), los jueces autorizaron los acuerdos de GS a favor de hombres solos sobre la base del derecho a procrear (art. 5 párr. 1 de la Constitución griega) y del derecho a la igualdad por razones de género (art. 4 párr. 1 de la Constitución griega). Volveré sobre estos casos luego.

Análisis normativo. Derecho comparado

En este capítulo efectuaré un análisis normativo de la figura de la gestación por sustitución.

En primer lugar, analizaré la situación legal y real en España; luego, por ser de nacionalidad argentina, analizaré la situación de la GS en mi país.

Por último, realizaré un análisis de derecho comparado a los fines de demostrar las distintas soluciones adoptadas y las tendencias actuales.

1. DERECHO ESPAÑOL

1.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

El artículo 10 de la LTRHA establece:

- 1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero.
- 2) La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
- 3) Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

1.2. Análisis de la norma

La ley declara en su párrafo primero nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero. Es decir, el principio es el de la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución tanto altruistas como comerciales. No hay pues vínculo, derecho ni

deber que pueda derivar de tal «contrato».¹ Por ello, la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación. La norma adopta una postura contraria a la gestación por sustitución, y procura, a través de la nulidad, que estos acuerdos no se celebren.

Ahora bien, si no obstante la nulidad declarada por la ley, el contrato se celebra, como la operación consumada no puede volverse atrás, la ley determina quién es la madre, cuestión que resuelve en su artículo 10.2 en el sentido de que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, lo que recoge y potencia la regla *mater semper certa est*.

Queda a salvo (art. 10.3) la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Este apartado deja abierta la posibilidad de que se establezca la filiación con respecto al padre biológico. Es decir, el derecho español, a través del artículo 10.3 LTRHA, permite que los niños no queden sin una filiación biológica paterna establecida. Pero el establecimiento no es automático o inmediato, pues requiere reclamar la paternidad acudiendo a los tribunales, siguiendo la acción las normas generales.² En otras palabras, esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en la legislación española. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC. Volveré sobre este análisis en los apartados siguientes.

En lo que se refiere a la perspectiva penal, el Código Penal español no tipifica como delito la gestación por sustitución. No obstante, la GS sí podría dar lugar a la comisión de dos de los delitos tipificados en el art. 220 del CP (suposición de parto —comitente que se atribuye el hijo que, legalmente, lo es de la gestante— y ocultación o entrega del hijo —gestante que lo entrega a la comitente—) o uno del artículo 221 del CP³ si mediara contraprestación económica (compraventa de niños).

¹ MONTÉS PENADÉS, V. «La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española». *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 5-22.

² Véase QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009». *InDret*, 3/2009, pp. 1-42. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf, compulsado el 27/08/2012.

³ Artículo 221: «Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concorra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación

Además, cuando se practica en España la gestación por sustitución puede ser considerada una infracción muy grave y puede ser penalizada⁴ con una multa de entre 10.000 y 1.000.000 de euros, así como también puede importar la clausura o el cierre de los centros o servicios en los que se practiquen las técnicas de reproducción humana asistida.⁵

Por último, cabe destacar que la ley española declara la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero nada dice de los intermediarios en tal acuerdo, ni sobre su responsabilidad.⁶

De esta manera, la opción de política legislativa consiste en privar al contrato de efectos jurídicos y establecer la relación de filiación con respecto a la gestante, con independencia de que el óvulo o embrión del que procede el niño sea suyo o no. En este sentido, aun en el caso de que se produjesen este tipo de contratos, existen dos mecanismos para impedir que se cumplan los objetivos buscados por quienes los formalizan. En primer lugar, el contrato es jurídicamente nulo y como tal no puede ser alegado ante los tribunales; en caso de incumplimiento por parte de una gestante que se negase a entregar al niño, el contrato no tendría ningún valor y la otra parte contratante no podría exigirle la entrega; incluso en el caso de un cumplimiento voluntario, la

análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a 10 años.

2. Con la misma pena serán castigados la persona que lo reciba y el intermediario, aunque la entrega del menor se hubiese efectuado en país extranjero».

⁴ Algunos autores consideran que la regulación actual de la GS sólo advierte la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero no establece ningún tipo de sanción a los sujetos que intervienen en él: DÍAZ ROMERO, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, pp. 1-15; BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. «Delitos relativos a la reproducción asistida». En: VIDAL MARTÍNEZ, J. (COORD.). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, pp. 178 y ss.; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. «Spain». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 347-355; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, pp. 339-377.

⁵ FARNÓS AMORÓS, E. «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». *International Family Law*, marzo de 2013, pp. 68-72, en p. 70.

⁶ Martínez Pereda Rodríguez y Massigoge Benegiu consideran que «es totalmente equivocado colocar en la misma bolsa a una pareja estéril y obsesionada por tener un hijo en su hogar y familia o una mujer que más o menos altruistamente se presta a realizar tareas de incubadora, con los facultativos que participan lucrativamente en tales prácticas prohibidas por la ley y sin cuya colaboración técnica no podrían alcanzar el éxito pretendido, al menos cuando la pareja aporte espermatozoides y óvulo, y no digamos nada de los intermediarios de este extraño mercado humano. Tal intermediación lucrativa no se encuentra entre las infracciones graves o muy graves de la ley». MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., MASSIGOGE BENEGIU, J. M. *La maternidad portadora...* Cit., p. 145.

filiación materna quedaría determinada por el parto, lo que quiere decir que aun en caso de que las pruebas genéticas pudiesen demostrar una relación genética con la mujer que hubiese aportado los óvulos, eso no tendría significado jurídico.⁷

1.3. Sobre la posibilidad de establecer la filiación por la vía de la adopción

Como se vio, la LTRHA descarta la gestación por sustitución: declara nulo el contrato, consagrando que la filiación queda determinada por el parto.

Un problema diferente, partiendo de la actual atribución jurídica de la maternidad a la mujer gestante, es si la gestante podría entregar a la pareja comitente —o al sujeto individual comitente— el niño en adopción, es decir, si podría mediar una adopción conjunta por parte de la pareja comitente o una adopción por parte del comitente o, si una vez reconocida la paternidad del comitente —a través del juego del art. 10.3 LTRHA— podría mediar una adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente. Procederé a su análisis.

En cuanto a la adopción conjunta por parte de la pareja comitente o *adopción* por parte del comitente,⁸ una parte de la doctrina española se inclina a favor de esta opción,⁹ entendiendo que no constituiría un *fraudem legis*, porque el legislador no prohíbe la adopción, lo que hace es que, en caso de conflicto de intereses entre la madre gestante y la genética, decide la maternidad a favor de la primera —por razón del parto— pero después de tal declaración y producido el nacimiento del hijo y la inscripción en la que conste su filiación materna a favor de la mujer gestante, no existe prohibición alguna.¹⁰

⁷ LEMA AÑÓN, C. «El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución». En: CAMBRON INFANTE, A. (coord.). *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Trotta, Madrid, 2001, p. 43.

⁸ La posibilidad de adopción conjunta por parte de la pareja comitente o de la persona sola se aplica en aquellos supuestos en los que la gestante está casada y el titular del gameto masculino es el cónyuge de aquélla o bien un donante desconocido, o, cuando a pesar de no estar casada, el aportante del gameto masculino no es el comitente —o ninguno de los comitentes— sino un donante anónimo, de modo que no se puede establecer a priori su paternidad legal mediante el juego del art. 10.3 LTRHA.

⁹ A favor, entre otros, LLEDÓ YAGÜE, F. «Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica». En: DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.). *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 175 y ss.

¹⁰ Para Lledó Yagüe, «si media aportación de óvulos por parte de la mujer comitente, aunque para la entidad pública como regla general no resulte vinculante la elección de los adoptantes por parte de los padres naturales, no obstante, estas hipótesis resultarán determinantes en el fondo para la institución

En similar sentido, Vidal Martínez entiende que si bien la legislación española resuelve a quién corresponde declarar madre (art. 10.1 y 2 LTRHA), también sería factible prever que la maternidad de deseo pueda ser convertida en legal por los cauces de la adopción, siendo imprescindible el control judicial a los efectos de salvaguardar, fundamentalmente, el interés del niño.¹¹

Por su parte, en relación con esta opción, Giroux se cuestiona si se debería permitir que las personas realicen indirectamente aquello que no pueden hacer directamente. Sostiene que aquí hay dos principios en conflicto: el interés superior del niño a priori y a posteriori. Si a priori el interés superior del niño —que determina el marco de la gestación por sustitución— tiene por objeto desalentar esta práctica y exige que la regularización de esta situación no sea facilitada, no es menos cierto que nace un niño, y que de su interés superior a posteriori podría resultar que las personas que realmente quieren asumir el papel de padres puedan hacerlo.¹²

Por analogía con el hijo nacido por medios naturales, que durante mucho tiempo fue objeto de discriminación, se debe evitar que el niño que nace como consecuencia de una gestación por sustitución sea sometido a la misma suerte. De hecho, este niño no debería sufrir perjuicio alguno como resultado de la conducta de sus padres. Por esta razón, para Giroux los tribunales no deberían tener otra alternativa que permitir la adopción por consentimiento especial.¹³

En cambio, para otros autores, si al o a los comitentes se les autoriza después del parto la adopción preferente del niño, pese a la tajante declaración de maternidad jurídica en la gestante, se conseguiría de tal forma el propósito de la gestación por sustitución, pese a la voluntad contraria del legislador.¹⁴

Palacios sostiene que si bien se objeta a veces que la gestante puede ceder la descendencia a los solicitantes de su gestación, directamente y por el mecanismo de la adopción, no hay nada más desacertado, pues quien formaliza la adopción no es la gestante sino la entidad pública con el juez, como las leyes

de integración familiar intermediaria necesaria en la constitución del vínculo adoptivo». LLEDÓ YAGÜE, F. «Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada...». Cit., pp. 175 y ss.

¹¹ VIDAL MARTÍNEZ, J. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Cit., p. 163.

¹² GIROUX, M. «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec...». Cit., pp. 542 y ss.

¹³ GIROUX, M. «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec...». Cit., pp. 542 y ss. Moore sostiene que esta solución sería acorde a lo previsto por el artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño. MOORE, B. «Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme du droit de la filiation)». En: *Développements récents en droit familial*. Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2002, p. 97.

¹⁴ RAMÍREZ NAVALÓN, R. M. «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas». *Revista General de Derecho*, núm. 519, 1987, pp. 6537 y ss.

establecen, con lo que son muy aleatorias las posibilidades de que la adopción recaiga en quienes concertaron la gestación y aspiran a la paternidad de la descendencia, máxime cuando se conoce que han pretendido sortear fraudulentamente lo que la ley determina.¹⁵ Por ende, se produciría un claro supuesto de fraude de ley y se aplicaría el art. 6, 4.º CC: «Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir».¹⁶

En cuanto a la adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente, algunos autores¹⁷ consideran posible que, también por intermedio de la adopción y de conformidad con la legislación, aun utilizando la técnica de la gestación por sustitución, se determine la filiación a favor de los comitentes. Para ellos es necesario que un varón¹⁸ preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su pareja (hombre o mujer) con sus gametos y consiga que la gestante preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, tal y como permiten los arts. 176.2.2 y 177 del Código Civil.¹⁹

En otras palabras, conforme al propio art. 10.3 LTRHA, el varón que fuera el padre biológico (genético) del nacido puede ejercitar la acción de reclamación de la paternidad y, posteriormente, previa renuncia de la gestante, realizada transcurridos treinta días desde el parto (art. 177.2.3 CC), el hijo puede ser adoptado por la verdadera pareja, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC.²⁰

¹⁵ En estos casos, la adopción ulterior por parte de la pareja o persona comitente (aun contando con el consentimiento de la gestante —y su cónyuge en su caso—) requerirá necesariamente propuesta previa de la entidad pública correspondiente, con lo cual al final todo quedará *ad arbitrium* de la institución de integración familiar, puesto que conforme a la ley rituaría, en las adopciones que exijan propuesta previa en ningún momento se admitirá que el asentimiento de los padres se refiera a adoptantes determinados. PALACIOS ALONSO, M. «Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005». EN: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., ROMEO CASABONA, C. M. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 33-69, en p. 53.

¹⁶ VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares, Granada, 2012, pp. 48 y ss.

¹⁷ Entre ellos, LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 322-325.

¹⁸ Cabe tener en cuenta que si el comitente es una persona sola, y aportó sus gametos, podrá determinarse su paternidad de conformidad con el art. 10.3 LTRHA.

¹⁹ LEDÓ YAGÜE, F., «La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida». *Anuario de Derecho Civil*, 1998, tomo II, pp. 1256 y ss.

²⁰ En palabras de Cerdá Subirachs: «La falta de sanción de la gestación por sustitución posibilita que una maternidad subrogada en España pueda legalizarse por la vía de la *adopción express* que, como excep-

En conclusión, en este supuesto, *de iure condito* no existe ni dificultad técnica —articulado vigente— ni práctica —en cuanto a la innecesariedad de contar como intermediario en la adopción con la presencia de la entidad pública (artículo 176.2 del Código Civil).

Entonces, cuando se trata de la adopción por parte del cónyuge o pareja del comitente, el ordenamiento español facilita la adopción en el supuesto de que se trate de una pareja en la que el varón —o unos de ellos si se trata de una pareja homosexual— sea el padre genético del adoptado.

Ahora bien, la solución que facilita la adopción cuando el comitente aporta sus gametos ha sido calificada de «absurda» por De Verda y Beamonte, quien sostiene que «supone utilizar la adopción para conseguir los efectos que se perseguían mediante la celebración del contrato de gestación por sustitución; y, si esto es así, ¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo que va a llevar al mismo resultado?». ²¹

Vela Sánchez estima que acudir a la figura de la adopción para salvar la interdicción del art. 10 de la LTRHA importa un supuesto flagrante de fraude de ley. ²²

Coincido con De Verda y Beamonte y con Vela Sánchez; acudir a la adopción para eludir la prohibición legal importa un fraude a la ley, sin perjuicio de que además, conforme se dijo anteriormente y se desarrollará luego, la gestación por sustitución debe regularse permitiendo determinar la filiación derivada de ella sobre la base de la voluntad procreacional, sin necesidad de acudir a la figura de la adopción.

ción al principio general, se contempla en el art. 176 del CC. El modo de operar esta vía como sucedáneo de la maternidad subrogada es que un hombre casado sea padre biológico con una mujer que no es su esposa y ésta, tras el alumbramiento, preste su consentimiento a la adopción por la vía prevista en el art. 176.2.2.2.º del CC, excepción que permite bandear en el proceso de adopción el principio general de que para ésta será necesario el correspondiente expediente iniciado por entidad pública. El asentimiento de la *madre subrogada a la española* debería producirse al menos treinta días después del parto, a tenor del art. 177.2.2 CC. Esta vía de maternidad subrogada ha sido apuntada por diversos autores sin que consten datos ni indicios sobre su práctica». CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». *La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9, en p. 3.

²¹ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». En: *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-7, en p. 5.

²² VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada...* Cit., pp. 3 y ss.

1.4. La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

La prohibición y nulidad de la gestación por sustitución (art. 10 de la LTRHA) provoca la imposibilidad de recurrir a esta práctica en España. No obstante, los ciudadanos españoles recurren a la GS en los países en los que sí se permite, lo que ha obligado a intentar dar una respuesta a los casos «extranjeros», es decir, a los niños que, no obstante su prohibición en España, han nacido por gestación por sustitución en otro país. Conforme sostiene Velarde D'Amil, «el sueño de formar una familia ha ocasionado una incertidumbre jurídica importante que obliga a los estudiosos del Derecho a analizar ciertos aspectos de Derecho Internacional Privado que se han planteado como consecuencia del uso de esta técnica por ciudadanos españoles en países donde es admitida la misma».²³

1.4.1. Antecedentes

El caso que abrió la puerta y puso de manifiesto la problemática que genera el hecho de que los españoles recurran a la gestación por sustitución en el extranjero es el de un matrimonio homosexual español, Genaro y Bienvenido (G. y B.), casados desde octubre de 2005, que acudió a la gestación por sustitución en California, naciendo gemelos.

Resalto que se trataba de un matrimonio homosexual, porque fue precisamente ese dato lo que permitió advertir la existencia de la gestación por sustitución e hizo público el conocimiento de una práctica que hacía ya tiempo que se llevaba a cabo. Sucede que en los casos anteriores se trató de parejas o matrimonios heterosexuales que, por no ser de fácil advertencia la existencia de la GS, fueron capaces de obtener con éxito la transcripción de las actas de nacimiento extranjeras en el Registro Civil español, sin mencionar la existencia de la GS y haciéndolos pasar como nacidos por filiación natural.²⁴ Consecuentemente, el caso de *G. y B.* también puso en evidencia el diferente trato que podía recibir una pareja según fuera heterosexual u homosexual.

²³ VELARDE D'AMIL, Y. «Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución». *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 3, septiembre de 2012, pp. 61-70, en p. 62.

²⁴ En el blog «sonnuestroshijos» (<http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es>) hay varios testimonios anónimos de parejas heterosexuales que registraron a sus hijos nacidos por GS ante el Consulado de Los Ángeles, pretendiendo ser los padres biológicos del niño.

Así, a diferencia de lo que venía sucediendo y venían realizando las parejas heterosexuales, G. y B. no pudieron inscribir el nacimiento de los gemelos como hijos de ambos en el Registro Consular de España en el Estado de California, tras haberlo solicitado, el 7 de noviembre de 2008. Vale decir que en el certificado de nacimiento sólo constaba que los padres de los mellizos eran los dos hombres.

Con fecha de 10 de noviembre de 2008, el canciller encargado del Registro Civil (RC) consular dictó auto denegando la inscripción, alegando que el contrato era nulo de pleno derecho y que debía considerarse madre legal de los niños a la gestante. También se indicaba que resultaba imposible que los dos varones fueran los padres de los niños, por ser necesaria para la procreación la concurrencia de una mujer que aporte sus óvulos y que lleve a cabo la gestación. No se cumplían, de esta manera, dos de los requisitos establecidos en el art. 23 de la *Ley del Registro Civil* (LRC): el de la conformidad con la ley española y el de la realidad del hecho inscrito.²⁵

1.4.1.1. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009

Ante el auto denegando la inscripción, el matrimonio recurrió a la Dirección General de Registros y del Notariado²⁶ (DGRN), que mediante la resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009²⁷ estimó el recurso interpuesto por los esposos contra la negativa del encargado del RC consular español en Los Ángeles.²⁸ Los argumentos que proporciona la DGRN son los siguientes:

En primer lugar, y puesto que la filiación de los mellizos ya había sido determinada en otro país, la DGRN consideró inaplicable el artículo 10 LTRHA (FJ 3.º), pues no se trata en este caso de determinar una filiación, sino del ac-

²⁵ La doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre inscripción de nacimiento habido fuera de España exigía para inscribir en el Registro español tres requisitos, de conformidad con el art. 23 de la todavía vigente *Ley del Registro Civil*: en primer lugar, el certificado del Registro extranjero; en segundo lugar, la realidad del hecho inscrito, y, en tercer lugar, su conformidad con la ley española.

²⁶ La DGRN está estructuralmente unida a la Subsecretaría del Ministerio de Justicia. Es el equivalente a la Oficina de Registro.

²⁷ BOE núm. 60, de 10 de marzo de 2008.

²⁸ Para un análisis de los aspectos que plantea la resolución desde el punto de vista del derecho internacional privado y del derecho civil, véase respectivamente: QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna...». Cit., pp. 1-42, y FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California...». Cit., pp. 1-25.

ceso al Registro español de una filiación *ya determinada*. Esto exige una comprobación, por tanto, puramente formal, lo que excluye toda hipotética investigación sobre la realidad del hecho inscrito.²⁹

Entiende la DGRN que al encontrarnos ante un caso de inscripción en el Registro Civil español mediante aportación de una certificación registral extranjera en la que consta el nacimiento y la filiación de los nacidos, ha de aplicarse el mecanismo previsto por el art. 81 del Reglamento del Registro Civil (RRC): «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho del que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los tratados internacionales».

Conforme explica Díaz Romero, «el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español debe valorarse no a través de la aplicación del derecho sustantivo español, ni a través de las normas de conflicto españolas, sino a través de las normas específicas que en Derecho español disciplinan el acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español. Perspectiva metodológica que ha asumido el legislador. En efecto, para estos supuestos, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del RRC. La certificación registral extranjera constituye una “decisión” adoptada por las autoridades extranjeras y en cuya virtud se constata el nacimiento y la filiación del nacido. En consecuencia, y visto que existe una “decisión extranjera” en forma de certificación registral extranjera, el acceso de la misma al Registro Civil español constituye no una cuestión de “derecho aplicable”, sino una cuestión de “validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España”, en este caso, una cuestión de acceso de las certificaciones registrales extranjeras al Registro. La aplicación del art. 81 RRC excluye, por tanto, la utilización de las normas españolas de conflicto de Leyes, y en concreto, la del art. 9.4 CC. Por tanto, también excluye la aplicación de la ley sustantiva a la que tales normas de conflicto españolas pudieran conducir, como la LTRHA. Las normas de conflicto españolas y las normas sustantivas designadas por tales normas de conflicto son solo aplicables a los supuestos que surgen ante las autoridades españolas sin que haya sido dictada una “decisión” por autoridad pública extranjera. Por consiguiente, son aplicables en el presente caso las normas jurídicas españolas que regulan el acceso al Registro Civil español de las certificaciones re-

²⁹ ALBERT MÁRQUEZ, M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». *Diario La Ley*, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pp. 1-14, en p. 3.

gistrales extranjeras, esto es, el art. 81 Reglamento del Registro Civil, y no las normas de conflicto españolas y tampoco las normas sustantivas españolas que determinan la filiación».³⁰

En segundo lugar, la DGRN consideró que la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 LTRHA). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 CE.³¹

Argumenta, además, que la filiación por parte de dos varones «no vulnera la estructura básica de la sociedad española», ya que está admitida en caso de adopción. Sostiene que «si los hijos adoptados pueden tener dos padres varones y la ley no distingue entre hijos adoptados e hijos naturales, los hijos naturales pueden tener dos padres varones».

En tercer lugar, el argumento más relevante para admitir la inscripción de la filiación prescindiendo de una norma prohibitiva como el vigente artículo 10 LTRHA es el interés superior de los niños, que pretende evitar su falta de filiación cuando ya se encontraban en territorio español (FJ 5.º). La resolución de la DGRN de 18 febrero 2009 afirma también que el interés superior del niño se traduce en el derecho a una «identidad única», que se traduce en el derecho a disponer de una filiación única válida en varios países, y no de una filiación en un país y de otra filiación distinta en otro país, de modo que sus padres sean distintos cada vez que cruzan una frontera. La inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es el modo más efectivo para

³⁰ DÍAZ ROMERO, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». Cit., pp. 1-15, en p. 4.

³¹ Para Farnós Amorós, «la diferencia de trato está justificada porque se basa en situaciones desiguales: por razones biológicas, las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación. Asimismo, afirmar que el artículo 10 LTRHA es contrario al artículo 14 CE porque impide el acceso a las TRA a las parejas de dos hombres equivale a decir que el citado precepto es inconstitucional, cuando no lo es». FARNÓS AMORÓS, E. «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, mayo de 2011, pp. 153-181, en p. 165. En este sentido, véase también BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Hijos made in California». *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009 (Tribuna), pp. 1-2. También basado en la literalidad del artículo 10 LTRHA, Sánchez Hernández afirma que «la Ley excluye, no discrimina al varón». SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. «La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida». En: LÓPEZ DE LA CRUZ, L., OTERO CRESPO, M. (coords.) y GARCÍA RUBIO, M. P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (dirs.). *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*. Valencia, Tirant lo blanch, 2011, pp. 681-693, en p. 693.

dar cumplimiento a este derecho de los niños a su identidad única por encima de las fronteras estatales.

Por último, para la resolución de la DGRN de 18 febrero 2009 no cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley. Éstos no han utilizado una «norma de conflicto» ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una Ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California. Y tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como «*Forum Shopping* fraudulento» al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la ley imperativa española.

En definitiva, esta resolución trató como una auténtica «decisión» a la certificación registral extranjera de nacimiento y filiación de los niños, y recurrió a las normas que en Derecho internacional privado español regulan esta cuestión, esto es, al art. 81 RRC. Una vez situada en tal precepto, la DGRN rechazó la existencia de fraude de Ley y de *Forum Shopping* fraudulento, y defendió que la inscripción en el Registro Civil español de la certificación registral extranjera no vulneraba el orden público internacional español. La DGRN indicó, en efecto, que el interés superior del niño aconseja que los niños queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, que éstos tengan la misma filiación en el país de su nacimiento y en España y que su identidad sea una sola identidad, de modo que tales niños no cambien de padres cada vez que cruzan las fronteras.

1.4.1.II. *Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (num. 193/2010)*

Poco tiempo después de su dictado, la resolución de la DGRN de 18 febrero 2009 fue atacada en sede judicial, y la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, estimó íntegramente la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal³² y ordenó dejar sin efecto la inscripción.

³² Conforme a la *Ley de Registro Civil* actualmente vigente (con la nueva Ley 20/2011, el Ministerio Fiscal se suprime en el nuevo Registro Civil), la intervención del Ministerio Fiscal en todas las actuaciones registrales en defensa de la legalidad ha permitido que el supuesto concreto resuelto por la DGRN en

Respecto a la exclusión de aplicación del art. 10 de la LTRHA y a la exigencia de una comprobación meramente formal de lo inscrito en el Registro extranjero, argumenta la sentencia que no es posible perder de vista el hecho de que el art. 81 RRC es una norma que desarrolla otra de rango superior, a saber, el art. 23 LRC, cuyo tenor literal advierte que «también podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española». Esto implica, en opinión del juez, la necesidad de un control no solo formal, sino también material, es decir, un control de la realidad del hecho inscrito en el Registro extranjero. Advierte la sentencia que lo que se exige en el art. 23 LRC no es que el hecho se acomode en cuanto a su legalidad al orden público, pues «el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término más concreto como legislación u ordenamiento jurídico español»; se exige, en cambio, que el encargado del Registro compruebe que si el hecho hubiera ocurrido en España sería legal, es decir, conforme, en este caso, al art. 10 de la LTRHA.³³

En cuanto a la violación del art. 14 CE, el titular del Juzgado consideró que la negativa a la inscripción no era discriminatoria porque no se basaba en la condición de varones de los solicitantes, sino en el propio origen del nacimiento, que era un contrato de gestación por sustitución celebrado en fraude de ley. Es decir, la misma consecuencia se daría tanto en el caso de que la inscripción fuera promovida por dos mujeres como cuando lo fuera por una mujer o un varón solo o por una pareja heterosexual.

Por último, si bien el juez consideró indudable que el interés superior de los niños aconsejaba la inscripción de su doble paternidad en España, pareció remitirlos a la adopción al afirmar que «el ordenamiento jurídico español tiene medios suficientes para conseguir esa concordancia (del registro español y extranjero) y que los hijos consten a nombre [de los varones casados]».³⁴ Señala

resolución de 18 de febrero de 2009 haya sido objeto de control judicial. SALVADOR GUTIÉRREZ, S. «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución». *Boletín de derecho de familia*, 01/09/2012. Disponible en: http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_11_455680009.html, compulsado el 26/08/2013.

³³ ALBERT MÁRQUEZ, M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». Cit., pp. 1-14, en p. 4.

³⁴ Para una crítica, véase DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». Cit., p. 5.

que «la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a ese propio ordenamiento jurídico, sino que el resultado debe conseguirse a través de las vías que el Derecho español establece».³⁵

1.4.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución

Ante la complejidad de la situación que presentaba la GS internacional en España, atento además a la aparición de nuevos casos solicitando la inscripción de nacimientos en los registros consulares, la DGRN reaccionó de nuevo con la instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁶ (IDGRN), por medio de la cual se fijan las directrices «para la calificación de los Encargados del Registro Civil en relación con las solicitudes de inscripción de nacimiento formuladas por ciudadanos españoles, de los menores nacidos en el extranjero como consecuencia del uso de técnicas de gestación por sustitución».

Procederé a su análisis.

1.4.2.1. Finalidad de la IDGRN

La instrucción explica que «atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. Dicha protección constituye el objetivo esencial de la instrucción, contemplado desde una perspectiva global, lo que comporta, al menos, abordar tres aspectos igualmente importantes: en primer lugar, los instrumentos necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando

³⁵ Ya se vio que a las parejas que recurren a la GS, para ser padres les queda, siempre que uno de ellos fuera padre genético del niño, la posibilidad de que éste reclame la paternidad del hijo fruto de estas técnicas (que la LTRHA deja a salvo) y que su cónyuge o pareja incoe un procedimiento de adopción (aun en los casos en que también fuera progenitor genético —parejas heterosexuales— en los que ambos aportan gametos para generar el embrión que se transfiere al útero de la gestante—), con lo que, mal que bien, la situación del niño queda regularizada. ALBERT MÁRQUEZ, M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». Cit., p. 3.

³⁶ BOE n.º 243, de 7 de octubre de 2010.

uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento; en segundo lugar, la inscripción registral en ningún caso puede permitir que con la misma se dote de apariencia de legalidad supuestos de tráfico internacional de menores; y, en tercer lugar, la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de adopción internacional*, así como en sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999». Y añade: «Junto a los del menor, deben valorarse otros intereses presentes en los contratos de gestación por sustitución, especialmente la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción, renunciando a sus derechos como madres».

Consecuentemente, la finalidad de la instrucción es dar una respuesta unánime a los múltiples recursos interpuestos por ciudadanos españoles contra resoluciones de los encargados de los Registros Civiles consulares españoles, denegando la inscripción de niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución, en aquellos países en los cuales esta técnica de reproducción humana asistida es legal.³⁷ Se trata de proveer un marco de protección que permita el acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución y que garantice que la voluntad de la gestante es libre, que no se trata de un caso de tráfico de menores, y que no se imposibilita el derecho del niño al conocimiento de su origen biológico.

1.4.2.II. Resolución judicial extranjera

La IDGRN implica un giro en cuanto al método seguido con respecto a la doctrina anterior sobre este asunto, al exigir una resolución judicial como elemento necesario para el acceso al Registro de la inscripción registral extranjera. Así, para garantizar la protección de los intereses mencionados en el apartado anterior, la instrucción establece como requisito previo, para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una *resolución judicial* dictada por tribunal competente.

³⁷ VELARDE D'AMIL, Y. «Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011...». Cit., pp. 61-70.

Entonces, junto a la solicitud de inscripción de nacimiento, los interesados deberán presentar dicha resolución judicial dictada por tribunal competente extranjero en la que se determine la filiación del nacido.

La exigencia de resolución judicial en el país de origen tiene como finalidad: a) controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado; b) constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y el alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen; c) verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

1.4.2.III. Exequátur en España de la resolución judicial extranjera y reconocimiento incidental

Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución en el Registro Civil español, pues tal resolución extranjera requerirá un previo exequátur de ésta de acuerdo a lo establecido en la *Ley de enjuiciamiento civil* (LEC).

Ahora bien, si la resolución judicial extranjera ha sido dictada como consecuencia de un «procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria», no es preciso acudir a un reconocimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral.³⁸ En tal caso, el mismo encargado del Registro Civil controlará, incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España.

³⁸ El Tribunal Supremo, para aquellos casos en los que la resolución derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, ha proclamado en diversas ocasiones que su inscripción no quedaría sometida al requisito de obtener el reconocimiento a título principal, con lo que el particular podría lograr ante el encargado del Registro Civil el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción, sin tener que recurrir al régimen de la LEC 1881 (véase AATS de 29 de septiembre de 1998 y de 1 de diciembre de 1998). Ahora bien, para Salvador Gutiérrez, siendo cierta la doctrina del TS recogida por la DGRN, la instrucción omite recoger un requisito inexcusable exigido por el TS en las resoluciones judiciales citadas para el reconocimiento en España de resoluciones extranjeras sea vía judicial por exequátur, sea mediante control incidental por

En estos casos, el encargado del Registro Civil español deberá acreditar varios extremos: «(I) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; (II) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (III) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (IV) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente; (V) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado».

1.4.2.IV. Su inaplicabilidad al caso de G. y B. SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (núm. 8621/2011)

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, fue apelada, aunque los requisitos de la IDGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución del 5 de octubre de 2010 —especialmente el relativo a la resolución judicial extranjera— lamentablemente, según la Audiencia Provincial de Valencia, no estaban presentes en el caso de *G. y B.* que dio origen a la resolución de 18 de febrero de 2009. Consecuentemente, la sentencia n.º 826/2011 de la Audiencia Provincial de Valencia del 23/11/2011 (SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011) confirmó la de la instancia inferior que hizo lugar a la demanda interpuesta por el ministerio fiscal y ordenó dejar sin efecto la inscripción.

La SAP de Valencia mantiene que existen «importantes obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir [...] que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la

las autoridades competentes. Las sentencias del TS citadas exigen que el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero y sus efectos en España deberá atender a los que determine la correspondiente norma material. SALVADOR GUTIÉRREZ, S. «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución». Cit.

certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos el art. 954.3 LEC de 1881,³⁹ el 23 de la *Ley de adopción internacional*⁴⁰ y el 34.1 del Reglamento 44/2001⁴¹). Incluso, para la SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, puede «considerarse al art. 10 de la LTRHA como una norma de policía, en el sentido del art. 9.1 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales: una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación».

En lo que respecta al interés superior del niño, la SAP de Valencia niega que el principio fundamental de protección del interés superior pueda servir de coartada para dar cabida, en el ordenamiento jurídico español, a una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo por aplicación directa del art. 10 LTRHA. Para esta sentencia es «cierto que toda resolución que afecte a los menores de edad debe tener como guía el principio del interés del menor tanto por aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, como por aplicación del art. 39 CE o de las disposiciones de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, así como de las normas concordantes del Código Civil, pero la satisfacción de dicho interés no puede conseguirse infringiendo la ley, máxime cuando la propia Ley española ofrece cauces para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los demandados (art. 10 de la Ley 14/2006 y arts. 175 y ss. CC)». Se refiere al mecanismo que consagra el art. 10.3 LTRHA y a la institución jurídica de la adopción regulada en los arts. 175 y ss. CC. en concordancia con lo establecido por

³⁹ En concreto, el art. 954.3 LEC de 1881 dispone que: «Si no estuvieren en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: [...] 3. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España».

⁴⁰ El art. 23, «Orden público internacional español», de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, *de adopción internacional*, dice: «En ningún caso procederá la aplicación de una Ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho Sustantivo español».

⁴¹ El art. 34.1 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, establece: «Las decisiones no se reconocerán: 1. Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido [...]».

la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010. Además, para la SAP de Valencia «la prohibición de la gestación por sustitución persigue, al menos en abstracto, la defensa del interés de los menores, pues, como se ha dicho, pretende impedir que la vida humana sea objeto del comercio».

Al momento de escribirse este libro, este caso se encontraba pendiente ante el Tribunal Supremo de España.

1.4.2.V. Críticas

Aunque como se verá en el apartado siguiente, la IDGRN ha permitido regularizar la situación de algunos niños y otros efectos, lo cierto es que ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina española,⁴² lo que reafirma la necesidad de que la GS sea debidamente regulada.

En primer lugar, se pone de relieve que la instrucción acaba imponiendo de nuevo una solución puntual, que pretende hacer justicia del caso concreto, en perjuicio de la seguridad jurídica.⁴³ Sostiene Farnós que «si en último término se pretenden otorgar efectos jurídicos a la gestación por sustitución, la respuesta debe venir exclusivamente del legislador, a través de una reforma del artículo 10 LTRHA que regularizara los contratos de gestación por sustitución celebrados cumpliendo las garantías mínimas que el legislador considere necesarias de acuerdo con los principios de nuestro ordenamiento».⁴⁴ También Pé-

⁴² Véase también, para una postura contraria o desaprobatoria: RUBIO TORRANO, E. «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011 (Tribuna); SALAS CARCELLER, A. «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, 10/2011 (Tribuna); MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. «¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010, pp. 45-50. Para una postura favorable en términos técnicos, GUZMÁN ZAPATER, M. «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55.

⁴³ Lasarte Álvarez sostiene que la «instrucción es contraria a la legislación vigente, técnica y axiológicamente hablando, pues en realidad, pretende que cuanto la ley excluye sea admisible por vía reglamentaria, resolviendo, aunque solo sea aparentemente, problemas que no deben ser objeto de ocurrencias ministeriales de urgencia». LASARTE ÁLVAREZ, C. «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria». *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012, pp. 1-15, en p. 12.

⁴⁴ Para Farnós Amorós, la instrucción también es controvertida porque fundamenta la exigencia de resolución judicial para atribuir la filiación en la previsión contenida en el artículo 10.3 LTRHA, según el cual «queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales». Se basa, por tanto, en una exigencia pensada para la determinación

rez Monge sostiene que es el legislador quien debe limitar la práctica, o bien regularla antes de permitir la en fraude de ley, a fin de evitar esta discordancia entre la dicción legal y la realidad.⁴⁵

En este sentido, Vela Sánchez señala que la IDGRN es nula por «infringir flagrantemente el principio de jerarquía normativa del ordenamiento jurídico español, en cuanto que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, ha optado erróneamente por considerar que las normas reglamentarias pueden emplearse arbitrariamente en contra del Derecho vigente, vulnerando gravemente el sistema de fuentes constitucionalmente establecido y garantizado, pues el art. 9.3 de la norma suprema establece que la “Constitución garantiza [...] la jerarquía normativa”; como ya hacía el art. 1.2 CC: “Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”».⁴⁶

Por su parte, De Verda y Beamonte,⁴⁷ basado en el carácter de norma de orden público del artículo 10 LTRHA, afirma: «[...] no es que la Instrucción pretenda atribuir ciertos efectos jurídicos a una institución prohibida por el Derecho español, sino que está proponiendo la recepción sustantiva de la misma, lo que no parece admisible [...]».

En segundo lugar, se considera que la instrucción de la DGRN, de 5 de octubre de 2010, es inconstitucional porque atenta contra el principio fundamental de igualdad de todos los españoles ante la ley «sin que pueda prevalecer discriminación alguna [...] (por cualquier) condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE).⁴⁸

de la paternidad, que suele presuponer el establecimiento de una maternidad. Sin embargo, este último elemento no concurre en los supuestos de doble paternidad. En segundo lugar, y como afirma la propia instrucción, las acciones a que se refiere el artículo 10.3 LTRHA son acciones de reclamación de la paternidad, mientras que la instrucción tiene por objeto resoluciones en las que se pretende determinar la filiación y que, por tanto, pueden carecer de fundamento biológico. FARNÓS AMORÓS, E. «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos». Cit., p. 177.

⁴⁵ PÉREZ MONGE, M. «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad». *Revista de Derecho Privado*, vol. 94, 2010, pp. 41-64, en especial pp. 59 y 64.

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A. J. «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año XXXIII, pp. 1-12, en p. 1.

⁴⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R., «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». Cit., p. 7.

⁴⁸ No obstante la crítica, para este autor la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 también puede verse desde otra óptica: en ella se establecen las premisas para la regulación de la GS en España.

En tercer lugar, se la critica por fomentar el turismo reproductivo. Se afirma que con la IDGRN «se ha abierto una vía irregular para dar respuesta a conductas prohibidas por el ordenamiento jurídico español, lo que puede acabar fomentando el desplazamiento de parejas españolas hacia países que permiten la maternidad subrogada».⁴⁹

En cuarto lugar, Calvo Caravaca y Carrascosa González⁵⁰ sostienen que la exigencia de una resolución judicial extranjera sobre filiación de los nacidos tras gestación por sustitución es una exigencia contraria a la ley por diversos motivos:

- 1) Podría resultar discriminatoria por razón de filiación. En efecto, pueden ser inscritas directamente las actas registrales extranjeras de nacimiento si se refieren a sujetos nacidos en el extranjero sin haber recurrido a estas técnicas de gestación por sustitución, pero no en estos casos, lo que perjudica a estos menores y los «discrimina» o hace de peor condición jurídica. Ello no sintoniza correctamente ni con el art. 14 CE 1978 ni con los instrumentos legales internacionales que protegen el «interés superior del menor» y, por tanto, de todos los menores sin distinción alguna por razón de filiación.
- 2) Esta exigencia obliga a los promotores de la inscripción a «judicializar», ante tribunales de un país extranjero, el nacimiento de los menores. En efecto, tales sujetos se ven obligados a acudir a un tribunal extranjero aun cuando no haya necesidad de ello por no haber litigio alguno o por no requerir el Derecho extranjero, para acreditar la filiación del nacido, un pronunciamiento judicial (pues basta que quede acreditado por las autoridades registrales extranjeras).

En efecto, Vela Sánchez sostiene que «atendiendo a su clarividente Exposición de Motivos y a sus concretas directrices podríamos configurar la estructura básica del convenio de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que sus claves serían: 1.^a Fecundación de la mujer gestante con la aportación de material genético de, al menos, uno de los padres o madres intervinientes; 2.^a Capacidad de obrar plena y consentimiento voluntario de las partes contratantes; 3.^a Irrevocabilidad del consentimiento prestado. 4.^a Posibilidad de que el hijo conozca su origen biológico». VELA SÁNCHEZ, A. J. «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». Cit., pp. 9 y 10.

⁴⁹ FARNÓS AMORÓS, E. «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos». Cit., p. 176.

⁵⁰ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, marzo de 2011, pp. 247-262, en especial 250-258.

- 3) Esta exigencia resulta de imposible aplicación cuando en el Estado extranjero en cuestión no existen procedimientos judiciales para acreditar la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución.⁵¹

Por último, Calvo Caravaca y Carrascosa González afirman que los nacidos en el extranjero en virtud de gestación por sustitución son españoles si concurren indicios racionales de su generación física por progenitor español sin necesidad de ninguna sentencia judicial que así lo establezca. Sostienen que el art. 17.1 CC acoge el criterio de la atribución de la nacionalidad española mediante *jus sanguinis* y precisa, en efecto, que son españoles los «nacidos de padre o madre españoles». No los «hijos de españoles», que es algo muy diferente. El art. 17.1.a) CC no exige que haya quedado «determinada legalmente» la filiación (no exige ninguna sentencia judicial que acredite la filiación del nacido). Es suficiente que quede acreditado el «hecho físico de la generación». Por ello, para considerar «nacido» de español a un individuo, basta que consten «indicios racionales de su generación física por progenitor español». Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil, español o extranjero o por el hecho, acreditado, de que el nacido ha sido generado a partir de material genético de un ciudadano español (normalmente, aunque no necesariamente, un varón), como suele suceder con extrema frecuencia en la realidad práctica.⁵² Ahora bien, para los autores citados, la distinción clave entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles» ha sido completamente ignorada por la DGRN en su instrucción de 5 octubre de 2010. Esta tesis comporta consecuencias muy relevantes. Si existen tales «indicios racionales de la generación del menor por parte de un ciudadano español», el menor nacido en el extranjero a través de técnicas de gestación por sustitución debe ser considerado «español» (art. 17.1.a CC). Debe ser inscrito en el Registro Civil español como sujeto de nacionalidad española. Debe ser documentado como ciudadano español. Debe obtener su DNI y su

⁵¹ Véase DGRN, resolución del 6 de mayo de 2011 que no admite la inscripción de un niño nacido en la India a favor de un varón español (hombre solo). Se sostiene que «no es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando no existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determine la filiación del nacido, se haga constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoja el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con lo establecido en la instrucción de 5 de octubre de 2010».

En igual sentido se pronuncia la resolución DGRN, de 23 de septiembre de 2011, que no admite la inscripción de gemelos nacidos en la India a favor de un varón español (hombre solo).

⁵² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Filiación». En: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, 11.ª edición. Comares, Granada, 2010, pp. 193-212, en especial pp. 194-199.

pasaporte, como todo ciudadano español.⁵³ Si posteriormente se impugna su filiación tal y como aparece inscrita en el Registro Civil español, se impugna entonces la filiación de un «sujeto español», de forma, modo y manera que la cuestión de la determinación/impugnación de dicha filiación se regirá por el Derecho español, en sintonía con el art. 9.4 CC. La DGRN ignora paladinamente la distinción entre sujetos «hijos de españoles» y sujetos «nacidos de españoles», y olvida también el papel que desarrolla el art. 9.4 CC en la cuestión.⁵⁴

1.4.2.VI. Efectos de la IDGRN

Según datos que se desprenden de diferentes sitios online,⁵⁵ varios niños nacidos en el extranjero por gestación por sustitución han sido y están siendo ins-

⁵³ En igual sentido se pronuncia Díaz Romero, quien sostiene que «según el criterio *ius sanguinis* son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un “problema circular”. En efecto, cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un “círculo vicioso” o situación de “doble espejo”, pues es necesario saber qué “filiación” ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta “nacionalidad española”, mientras que es necesario también saber qué “nacionalidad” ostenta el sujeto para saber cuál es su “filiación” (art. 9.4 CC), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) CC utiliza la expresión “nacidos” de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el “doble espejo”. El art. 17 CC indica que son españoles los “nacidos” de padre o madre españoles. Por tanto, el precepto no exige que haya quedado “determinada legalmente” la filiación. Es suficiente que quede acreditado el “hecho físico de la generación”. Por ello, para considerar “nacido” de español a un individuo, basta que consten “indicios racionales de su generación física por progenitor español”. Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil. En este caso, pues, no es precisa la determinación legal de la filiación de los “nacidos”, con lo que no es necesario recurrir al art. 9.4 CC y a la Ley nacional del “nacido” para acreditar de quién es “hijo”. En consecuencia, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil)». DÍAZ ROMERO, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». Cit., p. 10.

⁵⁴ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». Cit., pp. 247-262, en pp. 257 y 258. En definitiva, para Calvo Caravaca y Carrascosa González, la instrucción DGRN 5 octubre 2010 «constituye un ejemplo de burocratización artificial del Derecho internacional privado, una *glissade* administrativa que falsea el correcto funcionamiento del Derecho internacional privado español. Este fenómeno se produce al carecer dicha instrucción de las bases metodológicas jurídico-internacionales precisas para proporcionar una solución jurídica de calidad a un fenómeno poliédrico complejo como es el relativo a la filiación de los menores nacidos en otros países a través de las técnicas de gestación por sustitución». CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». Cit., pp. 247-262, en pp. 261 y 262.

⁵⁵ La plataforma «En familia LG»: <http://www.enfamilialg.com/formar-familia/la-instruccion-5317-a-toda-maquina/>; La plataforma «Son Nuestros Hijos»: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.ar/>.

critos en el Registro Civil español.⁵⁶ Estas plataformas sostienen que la instrucción del 5 de octubre de 2010 de la DGRN se está aplicando⁵⁷ y que si bien el camino legal abierto por la IDGRN puede no tener una gran solidez jurídica, sienta un poderoso precedente. Se afirma que «el registro de los niños es la primera ficha que cae en un efecto dominó que culminará, tarde o temprano, con la regulación de la gestación subrogada en España».⁵⁸

El trámite para inscribir a los niños en el registro español se suele llevar a cabo en los consulados. Sin embargo, en un caso resuelto en 2012 también se logró la inscripción cuando ésta se tramitó directamente en España.

Se trata de una mujer que acudió a la gestación por sustitución en California, pero que en lugar de inscribir a los gemelos en el consulado, quiso hacerlo directamente en el Registro Civil en España. Ante la denegación de la inscripción, acudió la justicia. El 25 de junio de 2012, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pozuelo de Alarcón⁵⁹ hizo lugar a la solicitud de exequátur en reconocimiento de sentencia extranjera, dictada en proceso de reconocimiento de maternidad en ausencia de paternidad por un Tribunal de California, a los efectos de concederle a la solicitante la calidad de madre legal y

⁵⁶ Se afirma que «cientos de recién nacidos en el extranjero por gestación subrogada, es decir, de un vientre de alquiler, han sido inscritos en los últimos años en el registro civil español. Son españoles y, legalmente, hijos de españoles». MARIÑO, M. «La situación legal en España de los niños de “vientre de alquiler”: ¿pueden o no ser registrados?». *20 minutos*, 04/04/2013. Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>, compulsado el 26/08/2013.

⁵⁷ En los casos en los que el encargado del registro civil ha denegado la inscripción y se ha recurrido a la DGRN, ésta, invocando la IDGRN de 5 de octubre de 2010, ha admitido el recurso. Véase, entre otras, DGRN, resolución del 9 de junio de 2011 que admite la inscripción de un niño nacido en California a favor de un matrimonio homosexual español y DGRN, resolución del 22 de diciembre de 2011 que admite la inscripción de gemelos nacidos en California a favor de un matrimonio heterosexual español. En ambas resoluciones se considera que «es inscribible en el Registro español, el nacimiento en el extranjero de un menor mediante gestación por sustitución cuando existe resolución judicial dictada por el órgano jurisdiccional competente en la que se determina la filiación del nacido, se hace constar que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y se recoge el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante, de acuerdo con lo establecido en la Instrucción de 5 de octubre de 2010».

Véanse también las resoluciones del 3 de mayo de 2011 (1.^a), del 6 de mayo de 2011 (4.^a), del 6 de mayo de 2011 (6.^a), del 9 de junio de 2011 (2.^a), del 9 de junio de 2011 (3.^a), del 27 de junio de 2011 (1.^a), del 23 de septiembre de 2011 (4.^a), del 23 de septiembre de 2011 (5.^a), y del 12 de diciembre de 2011 (1.^a), en las que la DGRN, aplicando la instrucción de 5 de octubre de 2010, ha resuelto afirmativamente diversos casos de inscripción en el Registro Civil español de la filiación determinada mediante gestación por sustitución en el extranjero.

⁵⁸ Plataforma «Son Nuestros Hijos».

⁵⁹ Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Pozuelo de Alarcón, auto de 25 de junio de 2012, rec. 285/2012.

única progenitora de los gemelos nacidos en el extranjero en virtud de gestación por sustitución.

Se sostuvo que en este caso se cumple con el requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución al presentarse ante el Encargado del Registro Civil una resolución judicial dictada por Tribunal competente y al adjuntarse, junto a la solicitud de exequátur, copia autenticada y legalizada de la sentencia extranjera, habiendo resultado probada su firmeza, y su autenticidad mediante la apostilla del Convenio de la Haya.

El tribunal considera que estimar la solicitud de exequátur con los efectos que ello comporta en orden a acceder a la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución en el Registro Civil como hijos de la solicitante española «no resulta contrario al orden público al ser el interés de mayor protección el de los menores, a quienes no se puede privar del acceso al Registro Civil Español, siendo requisito previo para ese acceso la obtención del exequátur».

Como se puede observar, «en la actualidad los Juzgados y Tribunales españoles están comenzando a homologar en España las sentencias extranjeras relativas a la filiación de menores que han sido concebidos por gestación por sustitución, en atención a que, según los tribunales, lo que realmente debe primar en estos supuestos es el interés superior del menor».⁶⁰

1.4.2.VII. Consecuencias de la IDGRN. Bajas por maternidad y paternidad

Al permitirse la inscripción, se está avanzando a partir de allí, y en la jurisprudencia española se están empezando a reconocer otros efectos a los casos de gestación por sustitución realizados en el extranjero.

Así, al haber sido inscritos los niños en el registro civil español, dos sentencias han concedido la baja por maternidad o paternidad a favor de un comitente; la primera, a una mujer que acudió a la gestación por sustitución en EEUU, mientras que la segunda a un varón miembro de un matrimonio homosexual.

En el primer caso se trata de una mujer que en 2011 tuvo a su hijo en Los Ángeles en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución. Una vez

⁶⁰ BONILLO GARRIDO, L. «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución». *Diario La Ley*, núm. 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-2, en p. 2.

en España, la mujer —trabajadora del Servicio de Salud del Principado (Sespa)— solicitó el certificado de empresa para tramitar la baja por maternidad.

Al ver rechazada su petición, recurrió al Sespa y al Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Pero también éstos desestimaron su reclamación. Consideraban que su situación no correspondía con ninguno de los supuestos contemplados en la ley (parto, adopción o acogimiento) para disfrutar del permiso de 16 semanas y percibir el consiguiente subsidio por maternidad. Fue entonces cuando esta mujer recurrió a los tribunales.

El 9 de abril de 2012, una sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Oviedo le dio la razón.

En el caso, no había mediado denegatoria por parte del Registro Consular para inscribir la filiación del nacido a favor de la mujer y su marido. Es decir, al permitirse la inscripción, y al no ser ésta cuestionada ni atacada, la mujer y su esposo son los padres del niño.

Con este es punto de partida, el fallo señala que, «si bien el subsidio de maternidad inicialmente tenía la doble finalidad de, por un lado atender a la salud de la mujer trabajadora en su fase de embarazo, parto y puerperio y, a la vez, atender los primeros cuidados del recién nacido, la ampliación a los supuestos en los que no hay alumbramiento, da preponderancia a la atención del menor, circunstancia que el Real Decreto de 2009 entiende que concurre no solo en la adopción y acogimiento, sino en otras instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo». Así, razona diciendo que «el caso es equiparable a los demás porque existe un hecho indubitado que es la maternidad, que fue declarada en la sentencia americana e inscrita en el Registro Civil español, y si en los restantes supuestos distintos de la maternidad natural se reconoce el derecho al subsidio para procurar la atención al menor, incluso cuando tiene 6 años, la misma causa existe en el presente en que el menor ni siquiera tiene 1 año y se trata de una filiación».

En otras palabras, el tribunal invoca el principio de igualdad para subrayar que, si esta maternidad por sustitución es equiparable a las demás situaciones de hecho protegidas, la denegación de sus efectos como la prestación por maternidad supone una vulneración del principio de igualdad. «La diferente naturaleza de las instituciones no justifica la denegación del subsidio.»

Consecuentemente, la sentencia desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción que había alegado el Servicio de Salud para denegar el permiso de maternidad y condena al Sespa a estar y pasar por la resolución que dé

derecho a la madre a sus dieciséis semanas de baja por maternidad y a que emita el correspondiente certificado que por parte de la empresa permite, luego, acudir a la Seguridad Social a solicitar la prestación por maternidad.

El fallo fue luego confirmado por el TS de Asturias,⁶¹ que sostuvo que concurren los requisitos previstos legalmente para el reconocimiento del derecho al descanso por maternidad y el percibo de la subsiguiente prestación. Para el TS de Asturias «se considera jurídicamente equiparables a las figuras de adopción y acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para aquéllas, cualquiera que sea su denominación, lo que lleva a concluir que los supuestos de filiación están también amparados en la norma».⁶²

El segundo caso al que se hizo referencia es aún más interesante, dado que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM) reconoció la licencia por maternidad a un hombre casado con otro hombre con una hija común nacida por gestación por sustitución en Estados Unidos;⁶³ es decir, reconoció el derecho de un varón a recibir la licencia por «maternidad».⁶⁴

En este caso, el demandante, Juan Francisco (JF), está casado con Antonio José (AJ), y ambos se registraron en el Consulado español en Los Ángeles como progenitores A y B de una niña, Manuela (M), nacida en febrero de 2010 en San Diego, Estados Unidos.

Inicialmente, el Registro Civil consular de los Ángeles denegó la inscripción de nacimiento de M, por lo que el actor y su marido recurrieron dicha resolución y el Ministerio de Justicia les requirió la presentación de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido, que fue remitida a la Dirección General de Registros y del Notariado en fecha 13-1-2011. La Dirección General de los Registros y del Notariado dictó resolución en fecha 3-5-2011 acordando estimar el recurso y ordenando que se proceda a la inscripción solicitada. Consecuentemente, el

⁶¹ Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Social, sentencia de 20 de sep. de 2012, rec. 1604/2012.

⁶² Cabe destacar que en Holanda esta licencia por maternidad fue denegada a la comitente sobre la base de que la ley sólo otorga la licencia por maternidad a la madre legal o a la mujer que ha dado a luz. Centrale Raad van Beroep, 7 December 2011, LJN: BU7192.

⁶³ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4.ª, sentencia de 18 de oct. de 2012, rec. 1875/2012.

⁶⁴ Atendiendo a los distintos modelos de familia existentes hoy en día, ya no se puede hablar de licencia por maternidad, cuando ésta podría corresponder a un padre (varón), en caso de parejas homosexuales, o de un hombre solo.

13 de Julio de 2011 el Registro Civil consular de Los Ángeles procedió a la inscripción del nacimiento de M haciendo constar el Cónsul General que donde dice «padre» debe decir «progenitor A» y donde dice «madre» debe decir «progenitor B».

Como en el caso anterior, al permitirse finalmente la inscripción ambos son los padres legales de la niña.

Como padre, JF solicitó en abril de 2010 ante el INSS la prestación de maternidad derivada del nacimiento de M. La entidad demandada denegó la prestación por no encontrarse en ninguna de las situaciones protegidas a efectos de la prestación de maternidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 133 bis de la *Ley General de la Seguridad Social* (LGSS). En cambio, sí reconoció a su marido AJ la prestación de paternidad.

El demandante acudió entonces a los tribunales, pero el Juzgado de lo Social número 4 de Madrid falló en su contra.⁶⁵ Al recurrirse esta sentencia, el Tribunal Superior de Justicia finalmente le dio la razón.

El fallo favorable al demandante se sustenta en la adopción y el acogimiento familiar como figuras que generan derecho a la suspensión del contrato de trabajo y en las que ambos progenitores pueden disfrutar del período de suspensión del trabajo, simultánea o sucesivamente. Así, la sentencia aclara que «aunque los dos hombres no han utilizado esta figura para establecer la relación familiar con su hijo, parece evidente que la posición del demandante es similar a la que ocupan los progenitores en los casos de adopción o acogimiento familiar». [...] «Si en la adopción son sujetos directos del derecho a la prestación de maternidad los progenitores, cualquiera que sea su sexo, sin mayor vinculación que la relación jurídica que ha generado esa filiación por adopción o acogimiento, con igual o mayor razón sería extensible ese derecho a quienes, como el demandante, ostentan legalmente esa condición aunque derive de otro título al que el ordenamiento español, por medio de lo que la Dirección General de los Registros y Notariado ha interpretado y resuelto a raíz de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, le ha otorgado, reconociéndole la eficacia suficiente para generar el vínculo necesario para ser sujeto de las prestaciones que ahora se reclaman.»

En definitiva, el TSJM asegura que hay una «laguna legal» y que la pareja homosexual tiene derecho a la prestación por maternidad, ya que oficialmente constan en un registro como padres de la niña y considera «difícilmente asumible, por repugnar a la lógica más primaria, que se deniegue

⁶⁵ Juzgado de lo Social n.º 4 de Madrid, sentencia de 4 de noviembre de 2011, autos número 1251/2010.

la prestación al actor en sus descritas circunstancias cuando se le reconocería ex lege si él y su pareja se hubiesen limitado a adoptar o a acoger a un menor».

1.4.3. La gestación por sustitución internacional y la nueva Ley 20/2011 de Registro Civil⁶⁶

El problema de la gestación por sustitución no aparece en el texto de la nueva Ley de Registro Civil (Ley 20/2011), ni en los diarios de sesiones de las comisiones en las que fue discutida.

La ley introduce un título, el X, destinado a albergar las normas de Derecho Internacional Privado. Obviamente, en él se regula cómo se deben realizar los asientos en el Registro Civil a que den lugar las relaciones de Derecho Internacional Privado. Para Albert Marquéz, está fuera de toda duda que la filiación de los hijos habidos en el extranjero mediante contrato de gestación de sustitución sería materia que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, deberá regularse por lo que en ella se disponga, al constituir el citado contrato una relación jurídica de Derecho Internacional Privado. En consecuencia, dejaría de aplicarse la instrucción de la DGRN de 2011 (al menos, en lo que fuera contraria a la nueva regulación), pues siendo el contenido de ambas diverso, el conflicto entre las dos regulaciones habría de resolverse a favor de la ley de mayor rango, más aún habida cuenta de que ésta acoge ahora específicamente la regulación de los problemas del Derecho Internacional Privado. Por tanto, no se exigiría a partir de la entrada en vigor de la nueva LRC la resolución judicial para realizar la inscripción, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el art. 98 de la Ley 20/2011. Además, en los casos en que la certificación registral extranjera constituya un mero reflejo de una resolución judicial previa, dejaría de ser preciso el exequátur, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el párrafo 2.2.º del citado artículo.⁶⁷

En similar sentido, Farnós afirma que la nueva ley que entrará en vigor en 2014 ha introducido algunos cambios que indirectamente pueden influenciar en el tratamiento de la gestación por sustitución internacional en España y reemplazar el contenido provisional de la IDGRN. Para esta autora, el artícu-

⁶⁶ BOE n.º 175, del 22 de julio de 2011.

⁶⁷ ALBERT MÁRQUEZ. M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». Cit., p. 7.

lo 98 sobre *Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros*, que impone el control sustantivo de acuerdo con la ley del lugar del Registro, se debe aplicar para reconocer los efectos jurídicos de los certificados de paternidad emitidos en los casos de GS internacional. Ahora bien, para la autora citada, la disposición, en relación con el artículo 96.2.d), que contiene el deber de respetar el orden público español, mantiene la pregunta de su compatibilidad con la gestación por sustitución abierta, por lo que las autoridades españolas, por lo tanto, pueden seguir invocando el art. 10 de la Ley 14/2006 para denegar el registro.⁶⁸

En relación con esto último, Vaquero López sostiene que la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, basándose en el interés superior del niño, ordena, sin prejuzgar la cuestión de fondo —la filiación—, la inscripción en el Registro Civil español de los españoles nacidos en el extranjero mediante esta técnica, siempre y cuando exista una decisión judicial extranjera que determine dicha filiación. Y es este principio de *favor recognitionis* el que debe informar la aplicación del artículo 96.2.d) de la Ley 20/2011, que permite un reconocimiento incidental de las resoluciones judiciales extranjeras cuando la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.⁶⁹ Para esta autora, el nuevo precepto no impide una aplicación atenuada del orden público, de manera que, aun cuando la gestación por sustitución esté prohibida en España, el interés superior del niño, cuya filiación ha sido válidamente determinada conforme a un ordenamiento extranjero, debería permitir la inscripción de la resolución por la que se determine dicha filiación, siempre y cuando se cumplan las demás condiciones de reconocimiento que exige el artículo 96 de la nueva Ley: la regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados; que el Tribunal de origen ha basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; y que todas las partes han sido debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento, condición esta última que, en supuestos de gestación por sustitución, exigirá velar porque se respeten los derechos de la gestante, en especial que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia, y que tiene capacidad natural su-

⁶⁸ FARNÓS AMORÓS, E. «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». Cit., pp. 68-72, en p. 71.

⁶⁹ VAQUERO LÓPEZ, C. *Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil*. 27 de abril de 2012. Disponible en: <http://civil.blogs.lexnova.es/2012/04/27/maternidad-subrogada-orden-publico-y-ley-del-registro-civil/>, compulsado el 26/08/2013.

ficiente, tal y como ponía de manifiesto la DGRN en la instrucción antes citada.

1.5. La necesidad de regulación

Todo lo hasta aquí analizado pone de manifiesto la necesidad de regulación de la GS en España.⁷⁰ Sin perjuicio de las razones que expondré en el apartado primero del capítulo quinto de este libro, y coincidiendo con lo ya manifestado por la doctrina española, entiendo que el legislador español tendrá que adoptar una posición justa, uniforme, coherente e igualitaria, en el sentido en que necesariamente deberá tomar en cuenta que la gestación por sustitución se está llevando a cabo, especialmente en el extranjero, no pudiendo obviar esta realidad ni conferir respuestas diferentes para los casos locales.⁷¹

La gestación por sustitución ha irrumpido en la sociedad española como una alternativa de acceso a la condición de padre o madre pese a la prohibición expresa en la norma. Esta nueva forma de paternidad y maternidad se apoya de forma implícita o tácita, se practica desde amplios espectros sociales e ideológicos y cuenta con el respaldo de la comunidad científica, con la única crítica explícita proveniente de sectores feministas radicales y ultraconservadores católicos.⁷²

⁷⁰ También se manifiestan a favor de la regulación, entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, C. «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria». Cit., pp. 1-15; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». Cit., pp. 339-377; FÁBREGA RUIZ, C. F. *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Comares, Granada, 1999; FARNÓS AMORÓS, E. «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». Cit., pp. 68-72; PÉREZ MONGE, M. «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad». Cit.; VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». Cit., pp. 1-15, «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». Cit., pp. 1-12, y *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Cit.; CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». Cit., pp. 1-9.

⁷¹ Cabe destacar que en enero de 2013 se puso en marcha una iniciativa popular para legalizar la gestación por sustitución en España. Así, el 29 de enero de 2013 se constituyó formalmente la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España. Para más información visítese su sitio en internet: <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.html>.

⁷² CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». Cit., pp. 1-9, en p. 6.

En otras palabras, la prohibición de la gestación por sustitución por la LTRHA no evitó que ésta se llevara a cabo ni en España ni en el extranjero. Fue precisamente la GS internacional la que además de evidenciar una realidad, puso de manifiesto la necesidad de dar una respuesta legal a los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, lo que vino a confirmar la ya existente necesidad de adoptar un marco legal que admita y regule esta figura. Como sostiene Cerdà Subirachs, «la decisión del legislador español de proscribir la maternidad subrogada tambalea por la realidad de la globalización, que se manifiesta en tantos aspectos del derecho de familia y que, en esta cuestión concreta de la maternidad subrogada, ha desbordado las intenciones del legislador español, como se infiere de la instrucción de 5 de octubre de 2010, de la DGRN, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución».⁷³ La GS internacional demostró y advirtió que la prohibición sólo conducirá a situaciones injustas, discriminatorias y, en muchos casos, en graves perjuicios para los niños nacidos como consecuencia del limbo legal en el que se encuentran ante la práctica realizada no obstante su prohibición.

Como afirma Vela Sánchez, la revisión de la radical prohibición de la gestación por sustitución es, precisamente, el problema de fondo que ha de ser afrontado en el ordenamiento jurídico español tal y como está sucediendo en otros países del entorno, a través de una legislación razonable y efectiva.⁷⁴

2. LA SITUACIÓN EN ARGENTINA

2.1. Ausencia de norma legal

En Argentina la GS no está regulada, así como tampoco hay una norma general que regule las técnicas de reproducción asistida, a pesar de que en el país es una práctica frecuente⁷⁵ y en aumento. No obstante, Argentina sí cuenta recientemente con una norma expresa que regula uno de los tantos aspectos de esta práctica médica como lo es la cobertura médica. Tras casi tres décadas sin mar-

⁷³ CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». Cit., pp. 1-9, en p. 1.

⁷⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J. «La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo». Cit., p. 65.

⁷⁵ Para mayor información relativa a la frecuencia e importancia de esta práctica en Argentina y en Latinoamérica puede consultarse el Registro Latinoamericano de Reproducción Asistida (REDLARA): http://www.redlara.com/aa_ingles/default.asp.

co legal alguno, el 5 de junio de 2013 se aprobó la Ley 26862, publicada en el Boletín Oficial el 25/06/2013⁷⁶ y reglamentada a través del Decreto 956/2013.⁷⁷

No obstante la amplitud de esta ley destinada a regular la cobertura,⁷⁸ se considera que no se refiere ni comprende la GS. Sucede que tanto la ley como la reglamentación siguen lo prescripto por la Organización Mundial de la Salud en cuanto a la «cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida», por lo tanto, he aquí una exclusión consciente, ya que la definición de dicho organismo menciona de manera expresa al «útero subrogado»,⁷⁹ lo que no hace ni la ley ni por ende, su reglamentación.⁸⁰ No hay duda alguna que la gestación por sustitución es un tema complejo y que involucra, de manera clara y precisa, una cuestión de fondo que se refiere al vínculo filial. Consecuentemente, es en la legislación de fondo —como se propone en el proyecto de reforma de 2012— en el que se deben determinar los requisitos, las condiciones y los procedimientos con el objetivo de brindar seguridad jurídica en algo tan básico como lo es la filiación de una persona. ¿Acaso cuál es el impacto en la construcción de vínculos en un contexto de total inseguridad y prejuicios? Así, el debate sobre la gestación por

⁷⁶ Compulsar HERRERA, M. «La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas». *Revista La Ley*, 10/06/2013, pp. 1 y ss. Cita on line: AR/DOC/2256/2013. Ver también GARAY, O. E. «Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida». En: *La Ley*, 01/07/2013, pp. 1 y ss.; CIRUZZI, M. S. «La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética». En: *Microjuris*, 19/06/2013, cita online MJ-DOC-6326-AR | MJD6326; y MEDINA, G., GONZÁLEZ MAGAÑA, I. «Ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial». En: *La Ley*, 17/06/2013, pp. 1 y ss.

⁷⁷ Publicado en el boletín oficial el 19 de julio de 2013.

⁷⁸ La cobertura comprende las TRA de baja y alta complejidad, homólogas y heterólogas sin exigir demostrar infertilidad, con lo que también quedan comprendidas las parejas homosexuales y las personas solas.

⁷⁹ Conf. Glosario de Terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology2/es/index.html, compulsado el 23/07/2013.

⁸⁰ En contra de esta postura, Gil Domínguez sostiene que «la combinación de artículos 2.º, 7.º y 8.º sumado a que el Ministerio de Salud de la Nación tiene como obligación legal “arbitrar las medidas necesarias para asegurar el derecho de acceso igualitario de todos los beneficiarios”, trae como ineludible consecuencia que la maternidad subrogada ha quedado implícitamente incorporada en el ordenamiento jurídico argentino». GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M. «La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales». *Derecho de Familia y de las Personas*, 20/08/2013, p. 24, y GIL DOMÍNGUEZ, A. «Fecundación asistida: una norma igualitaria». *Diario Clarín*, 23/07/2013. Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/Fecundacion-asistida-norma-igualitaria_0_96103929.html, compulsado el 26/08/2013.

sustitución en Argentina sigue abierto, no es ni debe ser abordada por una ley de cobertura médica, sino por la legislación de fondo.⁸¹

2.2. Jurisprudencia

Argentina, aunque carece de ley, sí cuenta con casos jurisprudenciales.

El primer caso que colocó sobre el escenario judicial una realidad silenciada, al menos en el campo jurisprudencial, fue una sentencia del 14/04/2010 de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú, Entre Ríos.⁸²

En este caso, la mujer que aportó el material genético y era también quien tenía la voluntad procreacional (comitente) planteó la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz y aparece como madre legal del niño en la partida de nacimiento, por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado.

El juez de primera instancia declaró improponible la demanda en tanto negó legitimación a la actora; fundó su decisión en el art. 262 el Código Civil argentino (que dispone que la acción intentada por la madre sólo es procedente cuando alega sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo) y en la jurisprudencia interpretativa (que requiere que se den razones que descarten su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular). La actora apeló. Calificó de arbitraria la resolución, por obstruir el acceso a la justicia y la búsqueda de la verdad objetiva. Fundó la necesidad de flexibilizar los principios procesales que rigen en una materia en la que está en juego la identidad de la persona en diversos principios constitucionales. La cámara revocó el decisorio. Interpretó que en el supuesto de impugnación de maternidad previsto en el art. 261 del Código Civil prima el vínculo biológico de la filiación, tanto es así que el texto sólo requiere «no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo», objetivo puesto de manifiesto en el sistema creado por la Ley 23.264, ángulo desde el cual deben interpretarse el art. 262 y los distintos supuestos que puedan presentarse; en ese marco, el art. 262 faculta para impugnar la maternidad a «todo tercero que invoque un interés legítimo» y, precisamente, la amplitud de los legitimados activos consagrada responde a «la

⁸¹ HERRERA, M., LAMM, E. «Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia». *La Ley*, 31/07/2013, pp. 1 y ss.

⁸² Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral, Gualeguaychú, 14/04/2010, «B., M. A. c. F. C., C. R.», La Ley on line, AR/JUR/75333/2010.

decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico», con lo cual, quien pretende el reconocimiento de su vínculo biológico como madre impugnando el emplazamiento de quien figura como tal, no se encuentra excluida por el art. 262, norma que debe interpretarse de modo armónico con el art. 261 del mismo cuerpo legal. Al resolver favorablemente la cuestión de la legitimación, la Alzada remitió el caso a primera instancia para que, oportunamente, dicte sentencia sobre el fondo del asunto. ¿Qué debería resolver el juez? ¿Mantener la filiación materna en cabeza de la mujer que dio a luz a un niño con el que no tiene vínculo genético ni voluntad procreacional pero a quien se le ha aplicado irrestrictamente la regla «la madre siempre es cierta» o, en atención a la identidad genética, sumada principalmente a la volitiva, establecer la filiación a favor del matrimonio que encomendó la gestación?

Cabe destacar que hasta la fecha, a más de tres años, aún no se resolvió la cuestión de fondo, es decir, la determinación filial de un niño que convive con el matrimonio «comitente» prácticamente desde que nació.

Ahora bien, en este fallo no se mencionó abiertamente la gestación por sustitución, algo que sí sucedió en otro caso, en junio de 2013, en el que expresamente se autorizó la inscripción de una niña nacida por GS a nombre de los comitentes.⁸³

Se trata de una pareja heterosexual casada que recurre a la gestación por sustitución con la ayuda de una amiga que se ofrece de manera altruista a gestar el embrión compuesto por el material genético de ambos cónyuges. La comitente no puede gestar. Ella cursó dos embarazos que no llegaron a término, y en el segundo de ellos, en el año 2010, al perder el embarazo, fue necesario practicarle una intervención de complejidad que incluyó la extirpación de su útero. Por otro lado, la gestante es madre de dos hijos, de 18 y 21 años, con quienes conversó acerca de su deseo de ayudar al matrimonio.

Cuando la niña gestada nace, se expide un certificado de nacimiento que tiene como madre a la gestante, pero no se la inscribe en el registro, de modo que la niña carece de partida de nacimiento y del correspondiente documento nacional de identidad. Ante esta situación fáctica, se interpone una acción

⁸³ N.N. s/ inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil num. 86. 18 de junio de 2013. MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552. Para ampliar véase KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». Cit., p. 3; STILERMAN, M. N. «Maternidad subrogada. Comentario al caso “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”». 28 de agosto de 2013. Cita online: MJ-DOC-6401-AR | MJJ6401.

judicial solicitando la inscripción del nacimiento de la niña nacida el 19 de abril de 2012 en una clínica privada muy conocida de la Ciudad de Buenos Aires.⁸⁴

El 18/06/2013, la jueza interviniente hizo lugar a la demanda y ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas local la inscripción del nacimiento de la niña «N. N. o B. M. D. G. M.», nacida el 19/04/2012 como hija del matrimonio integrado por J. L. D. G. y M. S. M.

En primer lugar, el fallo resalta que en la República Argentina no existe aún regulación legal que habilite o prohíba, en su caso, la gestación por sustitución. Consecuentemente, no está, pues, ni prohibida, ni permitida legalmente.

En segundo lugar, se argumenta que la GS está regulada en el proyecto de reforma del Código Civil de 2012. Se sostiene que «en la técnica utilizada se han respetado las bases que se sientan en el proyecto de reforma al Código Civil que de algún modo y aun cuando no se conoce si el proyecto pueda o no convertirse en ley, sin duda opera como una pauta a favor de la petición formulada». Además, se resalta que recientemente se ha aprobado en el Congreso Nacional una ley que regula los alcances de la llamada reproducción médicamente asistida (ley 26862), quedando demostrado el avance legislativo en estas materias.

En tercer lugar, a los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes, el fallo apela a la voluntad procreacional. Sostiene que en «este supuesto, el elemento determinante de la filiación es nada menos que la denominada “voluntad procreacional”, y esto importa, la intención de querer engendrar un hijo con material biológico propio empero, acudiendo, a la portación del embrión en el vientre de un tercero para su gestación y alumbramiento posterior. Este tercero, por aplicación de las reglas referidas a la identidad filial, en particular principio “Mater certa est” carece de esa voluntad, por ende aun cuando correspondería, en el caso y por aplicación de los principios legales ya reseñados, derechamente la atribución de la maternidad a la gestante, que es quien da a luz, falta indudablemente el componente volitivo, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, en definitiva, el afecto, esto es, el desear ser la madre del nacido. [...] A los efectos de dictar un pronunciamiento que sea útil y efectivo, se debe considerar la voluntad procreacional del matrimonio D. G. M. así como también, lo que surge de la correspondencia genética de la

⁸⁴ Para tener mayor información sobre los hechos del caso, ver QUANI, F. «Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina». En: *Microjuris*, 26/06/2013, cita online MJ-DOC-6332-AR|MJD6332.

nacida con el matrimonio que, en definitiva, es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica».

De lo dicho se desprende que si bien el fallo determina la filiación sobre la base de la voluntad procreacional, también tiene en cuenta el aporte genético, el hecho de que ambos comitentes aportaron su material genético. Ante esto, Kemelmajer, Lamm y Herrera se cuestionan: «¿Qué sucedería si la plataforma fáctica hubiera sido diferente? O sea: si la gestante hubiera prestado, además de su cuerpo para gestar, su material genético; si los óvulos hubieran provenido de una donante; si los óvulos son —como en este caso— de la mujer que quiere ser madre pero no puede gestar, pero el semen es de un tercero, no del marido o conviviente estable. ¿La resolución hubiese sido la misma? Si como bien se señala en el fallo, la voluntad procreacional o el elemento volitivo es el más relevante, el determinante en términos filiales, a quién pertenece el material genético con el cual se formó el embrión no sería un dato importante para el derecho filial (aunque sí lo es para la efectividad del derecho a conocer los orígenes, cuestión que no está en discusión en la sentencia que se comenta)».⁸⁵

Para finalizar, el fallo entiende que determinar la filiación a favor de los comitentes es la solución «que más responde al interés superior de la nacida». Así se ha sostenido que si bien el concepto jurídico del interés superior del niño es indeterminado, no es menos cierto que «el niño no estaría en este mundo de no haberse recurrido a la gestación por sustitución por parte de una o dos personas que desearon fervientemente su existencia; tanto lo quisieron, que no pudiendo hacerlo por otro método recurrieron a uno que implica dificultades de todo tipo (legales, económicas, fácticas, etc.)».

Este fallo es valioso, porque reconoce de manera acertada el vínculo filial con quienes tienen la voluntad procreacional de ser padres; al hacerlo, muestra que la gestación por sustitución no es sólo una situación que se observa en el derecho comparado, sino que también es parte de la realidad social, con mucha más frecuencia de lo que se conoce o se pueda imaginar.

El fallo pone en crisis una regla del derecho filial, hasta ahora considerada incontrastable (madre es quien da a luz, quien pare); ha movido, pues, una barrera considerada infranqueable, recogida por el art. 242 del Código Civil, y admite que el principio puede tener una excepción y ello acontece, precisa-

⁸⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». Cit., p. 3.

mente, cuando se trata de una gestación por sustitución, en la que la filiación se establece a favor de los comitentes.⁸⁶

2.3. La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero

En Argentina, como en España y en muchos países —conforme se verá luego— las personas o parejas deseosas de tener un hijo, pero imposibilitadas para hacerlo, recurren a la GS en el extranjero, por lo que también en la jurisprudencia argentina se encuentran casos de gestación por sustitución internacional.

Estos precedentes colocan sobre el escenario aquello que no se puede sortear, porque de hacerlo, se estarían violando derechos humanos que titulariza un sector vulnerable de la sociedad y que desde el plano internacional tienen una protección especial: los niños que nacen de este tipo de técnicas.⁸⁷

El primer caso resuelto trata de una pareja conformada por dos hombres, Alejandro y Carlos, que ya convivía desde el año 2000, y tras la sanción de la Ley 26.618 decidió contraer matrimonio. Al tiempo, a los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India, donde nació Tobías, su hijo.

El problema es que, como se verá con detalle luego, la India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio, por lo cual, si al niño que nace no se le confiere la nacionalidad argentina, adquiere el status de «apátrida».

El 28 de junio de 2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en la India comunicó al matrimonio lo dictaminado por la Dirección General de Asuntos Jurídicos respecto de los nacimientos operados bajo la figura de la gestación por sustitución. Para la Representación Consular Argentina no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al artículo 36 inciso c) de la Ley 26.413 *de registro del estado civil y capacidad de las personas*, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de am-

⁸⁶ Se estima que esta sentencia será el antecedente base de otros planteamientos que ya se han interpuesto ante la justicia, pero aún están sin ser resueltos, con los efectos perniciosos que implican la falta de decisión en cuestiones que afectan de manera directa el derecho a la identidad en su faz más elemental. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». Cit., p. 3.

⁸⁷ HERRERA, M., LAMM, E. «¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución». En: *Micorujuris*, 19/09/2012, cita online MJ-DOC-5971-AR | MJJD597.

bos padres (del padre y de la madre), salvo que se trate de un hijo extramatrimonial (hijo de madre soltera), situación en la que no se hará mención del padre (art. 38 de la Ley 26.413). El cónsul general adjunto del Consulado de Mumbai sostuvo que la única vía posible era una autorización judicial específica (esto es, una resolución judicial expedida por una juez competente de la República Argentina) que ordenara la inscripción en los registros del Estado argentino del niño nacido en la India, a efectos de otorgarle la nacionalidad argentina por opción.

Ante este complejo panorama, se presentó un recurso de amparo el 15/12/2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores (a través de la Embajada de Argentina en la India) otorgara la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio (sobre la base de la voluntad procreacional y con relación a uno de ellos, también lo une la identidad genética) y que el niño requiera para salir de la India.

El amparo judicial dio lugar a una negociación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, quien manifestó que no existían obstáculos para la expedición de la documentación solicitada, pero que como el consulado ejerce funciones delegadas por el Registro Civil de la ciudad de Buenos Aires, se requería una autorización expresa de dicho organismo. Ante esta respuesta, se solicitó una declaración de certeza administrativa. El 6 de marzo de 2012, el Registro Civil informó que el Ministerio de Relaciones Exteriores tiene facultades propias —y no delegadas— para inscribir nacimientos, defunciones y matrimonios en sus consulados requeridos por argentinos nativos o naturalizados, por lo que no correspondía autorizar a dicho ministerio a efectuar los actos petitionados.⁸⁸ Esta respuesta habilitaría que el niño sea inscrito sin dificultades como hijo de ambos padres. Es decir, permitiría la coparentalidad legal, en consonancia con la resolución 38/12,⁸⁹ que instruye a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que «en lo sucesivo admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la Ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as» (art. 1), y también le ordena a dicha repartición «que suprima

⁸⁸ Informe n.º 0.836. DGRC-2012. Motivo: S/ declaración de certeza administrativa.

⁸⁹ Resolución n.º 038-SSJUS/2012. Buenos Aires, 22 de febrero de 2012. Disponible en: <http://boletino.official.buenosaires.gob.ar/apps/BO/front/documentos/normas/2012/03/PE-RES-MJYSGC-SSJUS-38-12.pdf>, compulsado el 26/08/2013.

de los formularios, inscripciones, partidas y demás documentos oficiales toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad» (art. 4).

El 22/03/2012 se hace lugar al amparo incoado,⁹⁰ autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño de los actores ante la solicitud que formule la embajada argentina en la India a favor de ambos integrantes (hombres) de la pareja matrimonial fundado en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad: el interés superior del niño.

Ahora bien, no obstante este precedente judicial, a los efectos de tener mayores garantías antes de viajar a la India, en el marco de la demanda judicial que iniciaron para allanar el camino de regreso de su hijo a Argentina, la jueza Elena Liberatori, del Fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, homologó el 22 de junio un acuerdo por el cual ordenó la inscripción bajo copaternidad del hijo por nacer en Nueva Delhi.⁹¹

No obstante, a pesar de haber recurrido a la justicia, una vez en la India, el consulado argentino en Nueva Delhi les ponía trabas para inscribir al bebé como hijo de ambos.⁹² Por ello, se gestionó un acuerdo entre el subsecretario de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires y el subsecretario de Asuntos Institucionales de la Cancillería, que concertaron que no habría obstáculos para inscribir a Tobías como hijo de los dos hombres, según lo establecido en el fallo judicial. Fue un acuerdo entre los dos poderes ejecutivos, el Nacional, del cual depende el consulado, y el de la Ciudad de Buenos Aires, del que depende el Registro Civil. De conformidad con esto, y atendiendo al acuerdo homologado judicialmente el 22 de junio de 2012, 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 a que inscribiera la partida de nacimiento de

⁹⁰ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012.

⁹¹ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/06/2012. Dermgerd, Carlos Gustavo y otros contra GCBA y otros sobre amparo. (Art. 14 CCABA) Expte. 44004-0. El convenio fue firmado después de que ese día se realizara una audiencia de conciliación en la que participaron Alejandro y Carlos (los comitentes); el subsecretario de Justicia del gobierno porteño; una representante de la Asesoría General Tutelar, y la secretaria de asuntos jurídicos de la Federación LGTB. El documento, que tiene carácter de sentencia, fue remitido al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de Argentina y al Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires.

⁹² Alegaba, entre otras razones, que no tenían formularios *aggiornados* para anotar a dos padres, en lugar de una madre y un padre, y que un dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Cancillería demandaría una orden del Registro Civil de la ciudad para realizar la inscripción.

Tobías, garantizando la copaternidad registral igualitaria, el derecho a la no discriminación por orientación sexual, el interés superior del niño, la protección integral de la familia y la voluntad procreacional ante la solicitud de la embajada de Argentina en la India.⁹³

El segundo caso de GS internacional que tuvo lugar en Argentina se trata de un matrimonio homosexual que recurre a la GS en Rusia y como consecuencia en abril de 2011 nacen gemelas.

Las niñas fueron inscritas en el Registro Civil ruso a nombre de la gestante —que no tenía vinculación genética— como madre y uno de los comitentes —el aportante de semen— como padre.

Se les otorgaron los correspondientes certificados de nacimiento y un certificado de paternidad. Esos documentos fueron apostillados, y con esas partidas de nacimiento debidamente apostilladas se ejerció la opción de nacionalidad argentina en el consulado argentino en Moscú. Es decir, sobre la base de la nacionalidad argentina del padre, se les concedió la nacionalidad argentina a las gemelas con los correspondientes DNI y pasaportes argentinos. Con esa documentación viajaron a Francia y luego a Argentina.

El problema es que conforme a esa documentación, sólo uno tiene reconocida la filiación, por lo que interponen un recurso de amparo solicitando que se reconozca la eficacia de la resolución 38-12 y consecuentemente que el Registro del estado civil y capacidad de las personas proceda a la inscripción de la copaternidad legal.

El 22 de marzo de 2012 se concedió el amparo sobre la base del derecho a la no discriminación por orientación sexual y el interés superior de las niñas.⁹⁴

El fallo señala que «el trámite para el caso de inscripción registral de los hijos de una pareja conformada por dos hombres debe ser idéntico al de una pareja heterosexual o al de una pareja conformada por dos mujeres. Es que precisamente el objetivo de la Ley 26618 fue eliminar, en lo que hace a la institución del matrimonio, cualquier tipo de discriminación de las personas en función de su orientación sexual. Si este atributo es indiferente para la ley a la hora de reconocer la posibilidad de contraer matrimonio, también debe ser indiferente el género o la orientación sexual a la hora de inscribir a los hijos de

⁹³ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 06/07/2012. Dermgerd, Carlos Gustavo y otros contra GCBA y otros sobre amparo. (Art. 14 CCABA) Expte. 44004-0 en www.underconstitucional.blogspot.com.ar/2012/06/reproduccion-humana-asistida-maternidad.html, compulsada el 2/02/2012.

⁹⁴ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.

ese matrimonio legalmente reconocido». En este sentido, el fallo afirma: «Mientras una pareja heterosexual y una conformada por dos mujeres pueden inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo nacido bajo las técnicas de reproducción asistida, no se reconoce el mismo derecho a una pareja de hombres, quienes biológicamente no tienen otra alternativa que recurrir a una mujer para poder concretar su deseo de ser padres. Si tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales conformadas por mujeres tienen derecho a inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo concebido gracias a las técnicas de reproducción asistida sin que se tenga en cuenta el elemento biológico, prohibir o impedir, u obstaculizar del modo que sea esta facultad cuando la pareja está conformada por dos hombres implicaría un cabal desconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de esas personas. Por otra parte, éste ha sido el criterio adoptado por la propia administración local en la res. 38/2012. La resolución no hace ninguna distinción respecto del género femenino o masculino de los progenitores».

En lo que respecta al interés superior de las niñas, el fallo destaca que «este interés se materializa en el derecho de las niñas a ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento, a ser cuidadas por sus padres, a preservar sus relaciones familiares (arts. 7 y 8, CDN) y a que sea garantizado su derecho a la supervivencia y a su desarrollo (art. 6, CDN). No caben dudas de que es más favorecedor para el mejor interés de las niñas el reconocimiento por parte del Estado de su doble vínculo paterno filial».

Por todo lo expuesto, se ordena a la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a que proceda a la inscripción de la copaternidad legal.

Por último, el tercer caso de GS internacional en Argentina es el de Hernán y Rolando.⁹⁵ La diferencia con los casos anteriores es que aquí se trata de una pareja no casada. Esta pareja celebró un acuerdo de GS en la India utilizando óvulo donado y espermatozoides de uno de ellos. Ante la incertidumbre y la necesidad de contar con documentación para el niño una vez que nazca y así poder retornar a Argentina, promovieron una acción de amparo para que se inscriba al niño nacido por GS en la India de forma igualitaria y sin discriminación garantizando la copaternidad de ambos. Además, ante el inminente nacimiento de su hijo solicitaron se libre oficio a la embajada argentina en Mumbai para que expida un pasaporte provisorio sobre la base del reconocimiento de su copaternidad para que una vez nacido pueda viajar a Argentina con ellos.

⁹⁵ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11-01-2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito.

El tribunal atiende la acción de amparo, al igual que en los fallos anteriores, en primer lugar, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación. Se sostiene que la Ley 26413 *de registro del estado civil y capacidad de las personas* sólo permite la comaternidad o la inscripción de pareja heterosexual, pero nada dice de la copaternidad. Consecuentemente, por el principio de igualdad se debe permitir entonces también la copaternidad. En segundo lugar, se apela al derecho a la identidad del niño, argumentándose que ese derecho «ha de hacerse efectivo mediante el reconocimiento de ambos padres que es lo que efectivamente se corresponde con su realidad merecedora de inmediato amparo». Por último, se basa también en el interés superior del niño, afirmando que éste «se materializa mediante la inmediata inscripción. Lo mejor para el interés superior del niño es que sea inscrito inmediatamente luego de nacer como hijo de ambos padres, con su doble vínculo paterno filial». Por todo esto, se autorizó la inscripción del niño como hijo de ambos padres y se libró oficio para que se otorgue pasaporte provisorio.

Como se puede advertir, los tres casos de GS internacional de los que se tiene conocimiento involucran a matrimonios o parejas homosexuales de dos hombres,⁹⁶ y todos los fallos reconocen la filiación derivada del acuerdo de gestación por sustitución celebrado en el extranjero sobre la base de la voluntad procreacional, aun cuando esto implica admitir una copaternidad legal. De este modo, así como ya en varios precedentes⁹⁷ —y ya ahora, sin la necesidad

⁹⁶ Se estima que esto se debe a las mismas razones por las cuales los primeros casos de GS internacional en España también fueron de parejas homosexuales. Ver supra.

⁹⁷ Me refiero a los precedentes: Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario, Nro 4, CABA, 07/04/2011, «C., M. del P. y otra c. GCBA», Abeledo Perrot on line, Lexis N.º 70070720; Juzgado Contencioso, Administrativo y Tributario, Nro 15, CABA, 24/06/2011, «V.A.F. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)», Microjuris on line, Cita: MJ-JU-M-66567-AR | MJJ66567 | MJJ66567 y Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario, Nro. 6, CABA, 13/07/2011, «M.Y.M. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)», Microjuris on line, MJ-JU-M-66984-AR | MJJ66984 | MJJ6698, analizados en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Los criterios de la determinación de la filiación en crisis». En: GÓMEZ DE LA TORRE, M. (dir.) y LEPIN, C. (coord.). *Reproducción Humana Asistida*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2012, pp. 127 y ss.

En el primero de ellos, el niño tenía carga genética de la pareja devenida cónyuge de la madre, siendo que ella había aportado el óvulo. En el segundo, del 24/06/2011, en la familia del niño sobre el cual se pretendía el doble vínculo filial, habían tenido otro hijo ya casadas, por lo cual este segundo niño sí contaba con doble filiación y no así su hermano, habiendo sido ambos concebidos del mismo modo (TRA heteróloga). El tercero de fecha 13/07/2011, ni el material genético correspondía a la cónyuge ni había nacido un nuevo niño después de la sanción de la Ley 26.618, pero también se pretendía adquirir vínculo filial con la cónyuge de la madre fundado puramente en la voluntad procreacional. En los tres casos, se hizo lugar al pedido y, por lo tanto, niños nacidos en familias extramatrimoniales de igual sexo lograron tener doble vínculo filial.

de judicializar para inscribir correctamente a los hijos nacidos en matrimonios integrados por dos mujeres—, se reconoce la comaternidad; estos fallos comienzan a abrir camino no sólo en materia de GS, sino también en el reconocimiento judicial de la copaternidad.⁹⁸

2.4. Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012⁹⁹

El 23 de febrero de 2011, la presidenta de Argentina, Cristina Fernández de Kirchner, mediante el Decreto 191/2011 (B.O. 28/02/11), al que ya me referí, creó la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. En marzo de 2012, esta comisión elevó al poder ejecutivo nacional un proyecto de Código Civil y del Código de Comercio de la Nación, que por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional ingresó el 8 de junio a la Cámara de Senadores con número de expediente 884-PE-2012 y que a la fecha de la elaboración de este trabajo estaba siendo objeto de análisis y consultas por parte del Poder Legislativo.

A los efectos de reflejar el más elevado grado de consenso posible, la Comisión decidió invitar a los principales profesores a fin de que colaboren mediante un aporte concreto para la redacción del proyecto. Así, se crearon 30 subcomisiones, integradas por tres o cuatro juristas cada una.

Quien suscribe este trabajo fue designada para integrar la Subcomisión de Bioética y la Subcomisión de Familia, encargadas de la redacción del artículo relativo a la gestación por sustitución. Es decir, el proyecto decide regular la gestación por sustitución e incorporar esta figura al Código Civil.

2.4.1. Fundamentos

De conformidad con los fundamentos presentados, «el Anteproyecto sigue la postura reguladora por diversas razones. En primer lugar, la fuerza de la reali-

⁹⁸ HERRERA, M., LAMM, E. «¿Esconder o enfrentar?...». Cit., p. 1 y ss.

⁹⁹ Los diferentes proyectos de ley demuestran que la necesidad de su regulación ya había sido advertida. Así, en el Congreso argentino existen, por lo menos, cinco proyectos de ley que expresamente procuran regular la gestación por sustitución. Cuatro la admiten, aunque con distintos requisitos (n.º de Expediente: 0300-D-2013. Trámite Parlamentario n.º 4 [06/03/2013]; n.º de Expediente: 4098-D-2011. Trámite Parlamentario: 112 [17/08/2011]; n.º de Expediente: 5201-D-2011. Trámite Parlamentario: 159 [25/10/2011]; n.º de Expediente: 5441-D-2011. Trámite Parlamentario: 169 [08/11/2011]) y un quinto la prohíbe y declara su nulidad. (n.º de Expediente: 0138-D-2007. Trámite Parlamentario: 002 [02/03/2007]).

dad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos económicos viajan con esos fines (se lo conoce como “turismo reproductivo”); de hecho, muchos niños ya nacieron, y su interés superior no permite que se niegue jurídicamente la existencia de un vínculo con quien o quienes han tenido la voluntad de ser padres/madres. Más aún, en el país ya se ha planteado la impugnación de la maternidad de la gestante que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado. Por otra parte, el reconocimiento legal del matrimonio de las personas del mismo sexo ha hecho necesario regular esta filiación, dado que ellas tienen derecho a recurrir a la filiación por adopción, por lo que sería inconsecuente no autorizarlas al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Finalmente, se entiende que es más beneficioso contar con una regulación con pautas claras, previamente fijadas, que brinden seguridad jurídica tanto a los usuarios de estas técnicas como, principalmente, a los niños nacidos de ellas; ni la postura abstencionista ni la prohibitiva podrán evitar que se presenten conflictos jurídicos complejos que deberán ser resueltos a pesar de vacío legislativo o su expresa prohibición».

2.4.2. El artículo propuesto

El artículo que se propone para regular esta figura es el siguiente:

Gestación por sustitución. «El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;

- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.»

2.4.3. Análisis del artículo¹⁰⁰

2.4.3.I. Sistema

El sistema consagrado requiere una intervención judicial previa, previéndose que los médicos no podrán proceder a la transferencia sin autorización judicial. De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo.

2.4.3.II. Comitentes

Permite acudir a la gestación por sustitución tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales. También a las personas solas.

2.4.3.III. Filiación

El proyecto parte de que en los casos de gestación por sustitución, como en las TRA, la filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional. De

¹⁰⁰ Para una postura contraria, ver entre otros: GROSSO, C. «El alquiler de vientre: su ilegitimidad». En: *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (abril), pp. 217 y ss.; GALLI FIANT, M. M. «Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra». En: *Microjuris*, 11/03/2013, cita online MJ-DOC-6195-AR | MJD6195; SELEME, H. O. «La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía». En: *La Ley*, 2013-A, 647. *La Ley*, 21/01/2013, pp. 1 y ss.; SAMBRIZZI, E. A., «Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas». En: *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (diciembre), pp. 187 y ss.; LAFERRIERE, J. N., «¿Cobrará la mujer gestante por el alquiler de vientre en el Proyecto de Código Civil?». En: *ED*, 15/10/2012, núm. 13, 099; LAJE, A. «Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial. Gestación por sustitución en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil». En: *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (julio), pp. 136 y ss.

allí que el artículo exija el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución, que debe ajustarse a lo previsto por el Código y la ley especial.¹⁰¹

Este consentimiento debe homologarse por autoridad judicial y reemplaza al consentimiento protocolizado que se exige en los otros supuestos de TRA,¹⁰² es decir, aquí, por las especiales características y por la mayor complejidad de la figura, se exige que en lugar de protocolizarse, se homologue a los efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos legales.

Este consentimiento debidamente homologado (la autorización judicial), junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes, deberán presentarse al registro civil para la correspondiente inscripción del nacido.

Si el juez no homologa (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitan la autorización judicial, el proyecto de ley establece que la madre legal es la mujer que dio a luz al niño.

2.4.3.IV. *Requisitos para la homologación judicial*

Sin perjuicio de los demás requisitos a preverse en la ley especial que debe dictarse para reglamentar y complementar lo dispuesto en el proyecto, el juez sólo puede proceder a la homologación si se cumplen los siguientes requisitos:

- Se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer.
- La gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica.
- Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético.
- El o los comitentes deben poseer incapacidad de concebir o de llevar a término un embarazo.
- Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional.
- El contrato, en principio, debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista.

¹⁰¹ Cabe resaltar que el artículo no sólo demanda el consentimiento del o de los comitentes, sino también de la gestante («de todas las parte intervinientes»). Este consentimiento previo, informado y libre supone un acuerdo voluntario, por lo que no hay por qué hablar de explotación.

¹⁰² Véanse los artículos 559, 560 y concordantes del proyecto de Código Civil de 2012. Para una análisis de la filiación derivada de las TRA en el proyecto, véase LAMM, E. «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil» (JA2012-II-1340).

- La gestante no debe haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces.
- La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.

3. BREVE REFERENCIA A OTRAS LEGISLACIONES

Habiendo analizado la situación en España y Argentina, en el siguiente apartado realizaré un breve estudio de derecho comparado a los efectos de mostrar, principalmente, las posturas y tendencias legislativas.

El derecho comparado no ofrece una respuesta única en lo que respecta a la gestación por sustitución. Por un lado, aún existen varios países que carecen de regulación —aunque, como se verá, este número va disminuyendo—; por otro, dentro de los países que sí han regulado la GS se encuentran tres grandes posturas:

- a) Prohibición de la gestación por sustitución.
- b) Admisión, sólo cuando es altruista y bajo ciertos requisitos y condiciones.
- c) Admisión amplia.

Procederé a su análisis.

3.1. Las posturas en el derecho comparado

3.1.1. Prohibición de la gestación por sustitución

La prohibición de la gestación por sustitución busca, ante todo, prevenir o eliminar su práctica.

Esta postura es adoptada por los siguientes países, entre otros.

3.1.1.1. Francia

El Comité Consultatif National d'Éthique de Francia en su Opinión n.º 3 del 23 de octubre de 1984, ya se manifestaba en contra de la gestación por sustitución en tanto, afirmaba, ésta puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. La misma pos-

tura negativa se reitera en la opinión n.º 90 del 24 de noviembre de 2005 sobre «Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación» y en su más reciente opinión n.º 110: «Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)», de mayo de 2010. En esta última afirma que la gestación por cuenta ajena es contraria a la dignidad humana y puede causar graves secuelas emocionales en los hijos.

Esta misma postura es seguida por el legislador francés. La Ley n.º 94-653 de 29 de julio de 1994 introdujo un nuevo apartado en el Código Civil: el artículo 16-7, según el cual, «todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo».¹⁰³

Además, el artículo 227-12 del Código Penal sanciona con un año de prisión y una multa de 15.000 euros a los que actúen como intermediarios entre la gestante y el o los comitentes, aclarando que si esta actuación es con fines de lucro, las penas se doblan.

Por otro lado, el Código Penal, en el artículo 227-13, prevé que «la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que hayan causado un atentado al estado civil de un niño serán castigados con tres años de prisión y multa de 45.000 euros. La tentativa será castigada con las mismas penas».

Por último, el art. 511-24 del CP establece que «el hecho de proceder a actividades de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por el artículo L. 152-2 del código de salud pública será castigado con cinco años de prisión y 75.000 euros de multa».

Como se puede observar, la GS no sólo es nula en materia civil, sino que está prohibida y también penalizada.

No obstante, y como consecuencia de este marco legal, muchos franceses están recurriendo a la gestación por sustitución en el extranjero. En abril de 2011, la Corte de Casación francesa, en tres casos de GS internacional, manifestó la posición del derecho francés respecto del reconocimiento de los acuerdos de GS realizados por franceses en el extranjero.

Por su particularidad, expondré estos casos aquí, aunque volveré y ampliaré este análisis en el apartado dedicado al turismo reproductivo y la GS internacional.

Los tres casos sometidos a la Corte de Casación presentan una situación de hecho bastante similar. Se trata de dos esposos franceses que han realizado un acuerdo de GS conforme al derecho extranjero (se trata del derecho de dos

¹⁰³ Cabe tener en cuenta que la madre biológica tiene derecho a mantener su anonimato (*accouchement sous X*), por lo que, en el derecho francés, la maternidad legal de la madre biológica no es sacrosanta.

Estados de los Estados Unidos, California y Minnesota) y que ha sido homologado por el juez extranjero, previendo que, después del nacimiento, serán declarados padres legales del niño por las actas de estado civil extranjeras. En dos de ellos, habiendo sido transcritas las actas de nacimiento extranjeras en los registros del estado civil francés, el Ministerio Público ha solicitado la anulación de esta transcripción, por ir contra el orden público internacional del país. En el tercero, se niega la transcripción.

En la sentencia n.º 369 del 6 de abril de 2011 (09-66.486)¹⁰⁴ se reconoce al niño como nacido del embrión fruto de los gametos de los dos esposos, y la fiscalía, desde un principio, ha limitado su demanda de anulación tan sólo a la mención relativa a la filiación materna del niño.

En la sentencia n.º 370 del 6 de abril de 2011 (10-19.053),¹⁰⁵ en la que el marido ha sido declarado «padre genético» del niño, y la esposa «madre legal», el Ministerio Público ha pedido la anulación íntegra de la transcripción del acta de estado civil francés.

Éste es el conocido caso Mennesson. Se trata de un matrimonio francés que se desplaza en el año 2000 a California y celebra, con una norteamericana, un acuerdo de «gestación por sustitución» por el que ella dará a luz al hijo de la pareja, concebido con los gametos del comitente y un óvulo donado. La Corte Suprema de California confiere el 14 de julio del año 2000 la calidad de padres a los esposos franceses, y cuando nacen las gemelas Z y A, se las inscribe como hijas del Sr. X y la Sra. Y en las respectivas partidas. El Sr. X solicita al consulado de Francia en Los Ángeles la transcripción de las actas, pedido que es denegado al sospecharse que las gemelas habían nacido por gestación por sustitución. El matrimonio nada dice sobre su proceder y no aporta prueba física del parto de la esposa y las actas son transcritas sobre los registros de

¹⁰⁴ Publicada en el boletín. En este caso, Z nació en el año 2001 en Fosston (Minnesota, EEUU) después de que una persona hubiese aceptado ser gestante del embrión fruto de la unión de los gametos del Sr. X y de la Sra. Y, su esposa. La sentencia del 4 de junio de 2001 del tribunal de Beltrami (Minnesota) falló a su favor para la adopción del niño. Después de haber constatado que su madre decidió abandonarlo ese mismo día, el certificado de nacimiento fechado el 6 de junio de 2001, en Fosston, menciona los nombres del Sr. X y de la Sra. Y, esposa de X, en calidad de padre y madre del niño; esta acta fue transcrita el 11 de julio de 2003 sobre los registros de estado civil del consulado general de Francia en Chicago y posteriormente registrado por el servicio central del estado civil de Nantes. Bajo prescripción del procurador de la República ante el tribunal de última instancia de París, que había limitado su demanda a la anulación de la transcripción concerniendo sólo la filiación materna del niño, la sentencia confirmativa recurrida (París, 6 de febrero de 2009) ha declarado que la Sra. Y no es la madre de Z, y ha anulado, en la transcripción del acta de nacimiento del niño, la mención relativa a la señora Y.

¹⁰⁵ Publicada en el boletín.

estado civil de Nantes el 25 de noviembre de 2002. El Ministerio Fiscal pide su anulación basándose en razones de orden público. El 25 de octubre de 2007, la Corte de Apelación de París rechaza la acción de nulidad interpuesta por el Ministerio Fiscal. Se invoca, entre otras cosas, el interés superior del niño, sobre la base del artículo 3 del Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN). La decisión fue recurrida ante la Corte de Casación. El 18 de marzo de 2010, este tribunal estima que la transcripción de las actas de nacimiento viola el orden público francés, por lo que se ordena su anulación. Ante esta resolución, los esposos Mennesson aducen que la decisión que reconoce la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución como hijo de una pareja no es contraria al Orden Público Internacional (OPI) francés. Afirman que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño en los términos de la CDN, dado que lo decidido ocasionaría el efecto de privar a los niños de la posibilidad de establecer su filiación en Francia, donde tienen su residencia y se violaría el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH) al no permitir el desarrollo del vínculo familiar, y el art. 14, al tratarlos de manera diferente a la de otros infantes sólo por haber nacido por gestación por sustitución, privándoles de la nacionalidad de sus padres, en razón de hechos que no se les pueden imputar.

Por su parte, en la sentencia n.º 371 del 6 de abril de 2011 (09-17.130),¹⁰⁶ al haber sido rechazada la transcripción del acta de estado civil americano del niño a los registros franceses, los esposos obtuvieron de parte de un juez tutelar un acto por el que constata ser de conocimiento público la posesión legítima de estado del hijo por parte de ellos. Precisamente, reclamaron ante la justicia la transcripción al registro del estado civil de ese acto.

En estos tres casos, las cámaras de apelaciones han anulado esas transcripciones o han rechazado su transcripción en Francia, considerando que el orden público francés es contrario a ello. Sobre el orden público internacional fran-

¹⁰⁶ Publicada en el boletín. En este caso, Y nació en 2001 en el estado de Minnesota, en EEUU, de la señora B, que había formulado un contrato de GS con el Sr. y la Sra. X, de nacionalidad francesa, cuyo embrión provenía de los gametos del Sr. X, y de una donante anónima. Un dictamen del 31 de octubre 2001 del tribunal local constató que el Sr. X era padre biológico de Y, a quien le había sido confiada la custodia del niño, y que la Sra. B y su esposo renunciaban a todo derecho sobre el niño. Se constató, en un segundo juicio el mismo día, que la señora B entendía que ya no tenía derechos parentales sobre el niño, que terminaban con esta decisión. Luego, el acta de nacimiento de Y, asentada en 2001 con timbres del Estado de Minnesota, designó al Sr. y Sra. X como sus padres, y de vuelta en Francia, obtuvieron del juez tutelar, el 3 de diciembre de 2003, un acta por la que constataba la posesión de estado. Habiendo rechazado el Ministerio Público asentar dicha mención en el estado civil, el Sr. y la Sra. X promovieron una acción, a título principal, para transcribir el acta pública y, a título subsidiario, para asentar la filiación paterna de Y por medio de la posesión de estado.

cés, la Corte de casación ha retomado la definición consagrada en su sentencia del 8 de julio de 2010: es contraria al orden público internacional francés la decisión extranjera que comporte disposiciones que vayan en contra de los principios esenciales del derecho francés. En las tres sentencias de ese día, la primera cámara civil decide «que en el estado del derecho positivo, es contrario al principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas, principio esencial del derecho francés, hacer que tenga efecto, en lo relativo a la filiación, una convención sobre la gestación por cuenta de otro que, aunque sea legítima en otro país, es nula con nulidad absoluta por oponerse al orden público». La Corte de Casación juzga que el principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas es también un obstáculo a los efectos de la posesión de estado en Francia invocada para establecer la filiación, desde el momento que es consecuencia de una convención, aun si esta convención fuese lícita y reconocida en el país extranjero. En efecto, es de los principios del derecho francés que la madre del niño es la que da a luz.

Luego, aplicando las convenciones internacionales de modo concreto, las decisiones señalan que los niños no son privados de la filiación materna y paterna que les reconoce el derecho extranjero, ni impedidos de vivir con los requirentes, de suerte que el respeto a la vida familiar y a la vida privada del artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre o el interés superior del niño consagrado por la CDN no mandan sobre la especie, en concreto que sea evitada la contradicción de estos juicios con el orden público internacional francés. Es decir, considera que con estas decisiones no se viola el interés superior del niño ni el derecho a la vida privada y familiar del art. 8 de la CEDH.

Cabe destacar que estas decisiones están siendo cuestionadas ante el TEDH por violación del art. 8 del Convenio europeo.¹⁰⁷

Distinta fue la solución adoptada por Consejo de Estado el 4 de mayo de 2011, en su resolución núm. 348778. En este caso se trataba de un hombre de nacionalidad francesa que recurre a la GS en la India aportando su material genético. Nacidos los gemelos, las autoridades francesas en la India se negaron a otorgarle documentos de viaje, sobre la base de que los niños habían nacido por GS y eso era contrario al orden público francés. Consecuentemente, el comitente recurre al Consejo de Estado y solicita que le entregue pasaportes franceses a los niños. El 4 de mayo de 2011, el Consejo de Estado resuelve otorgarle

¹⁰⁷ *Sylvie MENNESSON and other vs France* (No. 65192/11) introducida el 6 de octubre de 2011 y *Francis LABASSEE and others vs France* (No. 65941/11), introducida el 6 de octubre de 2011.

a los niños *Laissez-Passer*, pero no un pasaporte. *Laissez-Passer* es una medida provisional que se usa generalmente ante la pérdida de los documentos de viaje permitiendo la entrada en el país sobre la base de que se presume que la persona es de nacionalidad francesa. Para adoptar esta decisión, el Consejo de Estado, en primer lugar, aplicó el art. 47 del CC francés¹⁰⁸ y consideró que los certificados de nacimiento eran reales y verdaderos teniendo especialmente en cuenta que el comitente es el padre genético sobre la base de una prueba de ADN. En segundo lugar, se entendió que aunque el contrato de GS sea nulo para la ley francesa, se debe tener principalmente en cuenta el interés superior del niño.¹⁰⁹

En similar sentido resolvió la Corte de Apelación de Rennes¹¹⁰ el 21 de febrero de 2012. Esta Corte confirmó una decisión previa de un Tribunal de Nantes que reconoció los certificados de nacimiento extranjeros de los gemelos nacidos por gestación por sustitución en la India, siendo los comitentes una pareja de dos hombres. Los jueces, aunque no podían validar el acuerdo de gestación por sustitución, sí podían otorgar estado civil a los niños, de conformidad con el artículo 47 del Código Civil francés.¹¹¹

¹⁰⁸ Art. 47 del CC francés: «Cualquier acta relativa al estado civil de los Franceses y de los extranjeros realizada en un país extranjero y redactada en las formas usuales de ese país dará fe, salvo si otras actas o documentos poseídos, otros datos o elementos extraídos de la propia acta, determinaran que dicho documento es irregular, falso, o que los hechos que se declaran en él no se corresponden con la realidad.

En caso de duda, la administración, a la que se haya acudido para solicitar el establecimiento, la transcripción o la expedición de un acta o de un título, aplazará su respuesta e informará al interesado de que, en un plazo de dos meses, podrá acudir al Fiscal de Nantes para que proceda a la verificación de la autenticidad del acta.

Si éste estimara que no es procedente la solicitud de verificación que se le ha hecho, el Fiscal advertirá de ello al interesado y a la administración en el plazo de un mes.

Si compartiera las dudas de la administración, el Fiscal de Nantes, en un plazo que no podrá ser superior a seis meses y que podrá ser renovado una vez si así lo requiere la investigación, procederá a realizar todas las investigaciones necesarias, en particular acudiendo a las autoridades consulares competentes. Informará lo antes posible al interesado y a la administración sobre el resultado de dicha investigación.

A la vista de los resultados de las investigaciones llevadas a cabo, el Fiscal podrá acudir al Tribunal de grande instance de Nantes, para que resuelva sobre la validez del acta, tras haber ordenado eventualmente todas las medidas de instrucción que considere necesarias».

¹⁰⁹ En sentido contrario se pronuncia el Consejo de Estado francés en su decisión del 8 de julio de 2011 (núm. 350486), que anula la decisión del primer juez que ordena la concesión de una *Laissez-Passer* sobre la base de que había dudas sobre la identidad de la madre y los hijos.

¹¹⁰ Corte de apelaciones de Rennes, 6° ch, sect. A, 21 de febrero de 2012, n.º 11/02758, *Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck.

¹¹¹ Véase también el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Rennes el 29 de marzo de 2011, n.º 10/02646, *Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck, que ordenó el registro de unos gemelos a favor de un hombre solo que recurrió a la GS en la India en virtud de que el fiscal no logró demostrar el fraude, es decir, que se había recurrido a la GS.

Todos estos casos pusieron de manifiesto los inconvenientes y perjuicios que se generan como consecuencia del limbo legal en que se encuentran los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero. Es por eso por lo que, el 25 de enero de 2013, el Ministerio de Justicia de Francia emitió una circular (*Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française —convention de mère porteuse— Etat civil étranger*)¹¹² por medio de la cual se ordenaba a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, de padre genético francés, por el método de gestación por sustitución.

Según esta circular, en la medida en que se cumplan las condiciones del art. 47 del CC, se debe conferir un certificado de nacionalidad francesa (CNF) si es requerido.

Ahora bien, aunque la circular prevé la expedición de certificados de nacionalidad francesa, no tiene efectos en el establecimiento de la filiación. Es decir, sólo permite la obtención de nacionalidad francesa si el comitente es francés y es el padre genético. El CNF, una forma de prueba extrajudicial de nacionalidad francesa, es un documento administrativo. No controla ni el establecimiento de la partida de nacimiento ni la filiación resultante del niño, sino que facilita la emisión de un certificado de identidad francés cuando la filiación con un ciudadano francés no se ha establecido suficientemente. Como explica Neirinck, «la circular llama implícitamente a los que recurren a los acuerdos de GS a sólo hacer un CNF —ahora obtenido sin dificultad— que permite que sus hijos tengan nacionalidad francesa basada en un certificado de nacimiento que escapa de los controles de la oficina del fiscal».¹¹³ Por tanto, podemos ver claramente cómo la circular continua la labor iniciada por el Tribunal de Casación en las tres resoluciones de abril de 2011. El objetivo es organizar un semiestatuto para los niños nacidos en el extranjero por GS, al margen de la ley, pero que es suficientemente protector como para que puedan tener una vida familiar normal, sin que se reconozca oficialmente su paternidad legal, ya que eso evidentemente contradice el principio de orden público que prohíbe la GS. El objetivo es claramente vaciar el contenido de la ley sin dar la impresión de hacerlo.¹¹⁴

¹¹² NOR: JUSC1301528C, BOMJ n°2013-01 du 31 janvier 2013, jeudi 31 janvier 2013. Disponible en: <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Portals/0/pdfs/Circulaire%2025%20janvier%202013.pdf>, consultado el 26/08/2013.

¹¹³ NEIRINCK, C. «La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi». *Droit de la famille*, núm. 3, marzo de 2013, pp. 29 y ss.

¹¹⁴ BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D., MARZO, C., McCANDLESS, J. A. *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Unión Europea, 2013, p. 120.

3.1.1.II. Alemania¹¹⁵

La ley alemana de protección del embrión (*Embryonenschutzgesetz-ESchG*) del 13/12/1990, en su art. 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que:

«1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien:

- 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra;
- 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo;
- 6) Extrajera de una mujer un embrión antes de su implantación en el útero con vistas a transferirlo a otra mujer o utilizarlo con un fin distinto al de su protección.
- 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros tras su nacimiento.»

Ahora bien, de conformidad con el párr. 3, no se sanciona a la gestante ni a los comitentes.¹¹⁶

También la ley de adopción¹¹⁷ prohíbe la gestación por sustitución y la castiga con un año de prisión o multa.

No obstante, los ciudadanos alemanes también recurren a la GS en el extranjero. Analizo estos casos en el apartado destinado a estudiar las consecuencias del turismo reproductivo y la GS internacional, al que remito.

¹¹⁵ Para ampliar, véase GÖSSL, S. L. «Germany». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 131-142.

¹¹⁶ Párr. 3. «No serán sancionadas:

1. En los casos contemplados en el párrafo 1, incisos 1, 2 y 6, la mujer de quien proviene el óvulo o el embrión, ni aquella a quien se hubiera transferido el óvulo o a quien se hubiera previsto transferir el embrión.

2. En los casos contemplados en el párrafo 1, inciso 7, la madre de sustitución, ni la persona que desea tomar el niño en forma definitiva».

¹¹⁷ *Gesetz über die Vermittlung der Annahme als Kind und über das Verbot der Vermittlung von Ersatzmüttern-Adoptionsvermittlungsgesetz-AdVermiG*, 2001 (BGBl. 2002, I, p. 354), modificado en 2008 (BGBl, I, p. 2403).

3.1.1.III. México.¹¹⁸ Querétaro y Coahuila

En México, por disposición constitucional (art. 73 Constitución Nacional),¹¹⁹ cada Estado es competente para regular en materia civil. Consecuentemente, existe un Código Civil general del estado de México y cada legislatura ha sancionado su propio Código Civil.

Los códigos estatales dan distinta solución al caso. Mientras para el Código Civil del Estado de Querétaro la GS está prohibida, en el Estado de Coahuila el contrato es nulo, y para el del Estado de Tabasco es válido. Por su parte, el Código de Familia de Sinaloa permite tanto la GS altruista como la comercial.

El Código Civil de Querétaro establece en su artículo 400: «Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión».

Por su parte, los artículos 489 y 491 del Código Civil del Estado de Coahuila dicen:

Artículo 489: «Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente.»

Artículo 491: «El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó.»

El CC de Coahuila expresamente consagra la inexistencia de los contratos de GS, de modo que cualquier acuerdo, pacto o convenio de ese tipo se lo tiene como no sucedido, no produce efecto alguno, aclarando que en todo caso madre es la que pare.

La legislación de Tabasco y Sinaloa se reproducen más adelante, entre las legislaciones permisivas.

¹¹⁸ Para ampliar, véase LAMM, E. «Mexico». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 225-271.

¹¹⁹ El artículo 73 de la Constitución se encarga de determinar cuáles son las materias de competencia federal, y en él no se menciona la civil.

3.1.1.IV. Suiza

La gestación por sustitución está prohibida por el artículo 119.2, letra d) de la Constitución federal («La donación de embriones y todas las formas de gestación por sustitución están prohibidas») y por el artículo 4 y 31¹²⁰ de la Ley Federal *sobre procreación medicamente asistida* de 1998 (reformada en 2006), que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades.

3.1.1.V. Italia

El art. 4.3 de la Ley n.º 40 del 19 de febrero de 2004, *sobre normas en materia de procreación médica asistida*, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga.¹²¹ No hay duda que también está prohibida la gestación por sustitución. Además, el art. 12.6 de la ley sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» con multas de 600.000 a un millón de euros y penas de tres meses a tres años de cárcel.¹²² Consecuentemente, para la legislación italiana, la gestación por sustitución es nula en cualquiera de sus modalidades.¹²³

No obstante, los ciudadanos italianos también recurren a la GS en el extranjero. Analizo estos casos en el apartado destinado a estudiar las consecuencias del turismo reproductivo y la GS internacional, al que remito.

¹²⁰ Art. 31. «*Maternité de substitution.*

1. *Quiconque applique une méthode de procréation médicalement assistée à une mère de substitution sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*

2. *Sera puni de la même peine quiconque sert d'intermédiaire à une maternité de substitution.»*

¹²¹ Art. 4.3: «*È vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo.*»

¹²² Art. 12. 6.: «*Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.*»

¹²³ No obstante, una sentencia del tribunal civil de Roma del 17 de febrero de 2000 autorizó a una pareja a utilizar los servicios de una gestante. Se trataba de una mujer que, debido a una malformación en su aparato genital, se encontraba impedida para llevar adelante un embarazo, aunque sí podía producir ovocitos, de manera que se permite la gestación por sustitución porque se lleva a cabo «por amor y no por dinero», aunque después la gestante debía renunciar a la maternidad y los comitentes proceder a adoptar al nacido. VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada...* Cit., p. 37.

3.1.1.VI. Austria

La ley de medicina reproductiva de Austria (*Fortpflanzungsmedizingesetz*) del 4 de junio de 1992 no autoriza la donación de ovocitos ni de embriones, y sólo permite el uso de gametos de la pareja sometida a las TRA (art. 3.1), salvo que el hombre sea estéril (art. 3.2). En este caso, se autoriza la donación de semen pero sólo para ser utilizado mediante inseminación artificial (no fecundación *in vitro*). De esta manera, la donación de ovocitos, así como la gestación por sustitución, no son opciones posibles en Austria.

Cabe destacar que la ley austríaca que sólo permite las TRA heterólogas en determinadas situaciones fue cuestionada ante el TEDH en el caso *S.H y otros contra Austria*.¹²⁴

En este caso, los demandantes, todos de nacionalidad austríaca, son dos parejas casadas que viven en Austria. La primera pareja está compuesta por SH y DH. SH sufre de infertilidad por problemas en las trompas de Falopio y DH, su esposo, también es infértil. Debido a sus condiciones médicas, sólo la fertilización *in vitro* con espermatozoides de un donante les permitiría tener un hijo del cual al menos uno de ellos sea el padre genético. La segunda pareja está compuesta por HE-G y MG. HE-G sufre de agonadismo, lo que significa que no produce óvulos, mientras que su marido MG puede producir espermatozoides aptos para la procreación. Sólo la fertilización *in vitro* con la utilización de óvulos de una donante les permitiría tener un hijo del cual al menos uno de ellos sea el padre genético. Sin embargo, ambas posibilidades se rigen por la ley austríaca de procreación artificial, que prohíbe el uso de espermatozoides de un donante para la fertilización *in vitro* y la donación de óvulos en general.

Agotado el procedimiento interno,¹²⁵ los demandantes recurrieron al TEDH, sosteniendo que la prohibición de la donación de espermatozoides y óvulos para fertilización *in vitro* viola su derecho al respeto a la vida familiar con arreglo al ar-

¹²⁴ *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), sentencia de 3 de noviembre de 2011.

¹²⁵ En mayo de 1998, S.H y H.E.-G. presentaron una demanda ante el Tribunal Constitucional con el objeto de revisar las disposiciones pertinentes de la ley de la procreación artificial. En octubre de 1999, el Tribunal Constitucional se pronunció considerando que si bien existía una injerencia en el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, esta injerencia se encontraba justificada debido a que las disposiciones estaban destinadas a evitar la formación de relaciones personales inusuales, como la de un niño que tiene más de una madre biológica (una madre genética y una gestante). También tenían la finalidad de evitar el riesgo de explotación de la mujer, debido a que la presión para donar óvulos podría ser puesta en una mujer de una condición económica baja, que de otro modo no estaría en condiciones de permitirse una fecundación *in vitro* con el fin de tener un hijo genéticamente suyo.

título 8, y que la diferencia de trato en comparación con las parejas que desean utilizar las técnicas de procreación médicamente asistida pero no necesitan recurrir a la donación de óvulos o espermatozoides para la fertilización in vitro importan un trato discriminatorio, en violación del artículo 14.

El primer lugar, el TEDH resolvió que se había violado el art. 8 del convenio.¹²⁶ Sin embargo, la Gran Sala revirtió esta decisión.

La gran sala del TEDH señaló que, aunque hay una clara tendencia en toda Europa a favor de permitir la donación de gametos para la fertilización in vitro, el consenso aún está en fase de desarrollo y no se basa en principios legales establecidos. Dado que la FIV genera cuestionamientos morales y éticos sensibles en un contexto en el que los avances médicos y científicos se mueven rá-

¹²⁶ TEDH, S. H. y otros contra Austria del 1 de abril de 2010. Con respecto a la situación de HE-G y MG y su deseo de recurrir a la fertilización in vitro con óvulos de donante, al tribunal no le convenció el argumento del Gobierno austríaco, según el cual una prohibición completa es la única manera de prevenir los riesgos asociados con esta técnica. Teniendo en cuenta que la *Ley de procreación artificial* reserva este tipo de intervenciones a los doctores especialistas en medicina, que tienen un conocimiento y unas experiencias particulares en este campo y que están por sí mismos vinculados a las normas éticas de su profesión, así como que la ley establece otras salvaguardas para minimizar el riesgo, el tribunal considera que la prohibición de donación de óvulos y espermatozoides para la fertilización in vitro no puede ser considerada la única o la medida menos intrusiva para alcanzar el fin que se persigue. Por lo que respecta al argumento de la explotación de mujeres y el abuso de estas técnicas, el tribunal consideró que es un argumento que no se refiere específicamente a las técnicas de procreación en cuestión, sino que parece dirigirse en contra de la procreación artificial en general. Además, el potencial abuso, que debe ser indudablemente combatido, no es una razón suficiente para prohibir una técnica específica de procreación en su totalidad, si existe la posibilidad de regular su uso y establecer salvaguardas en contra del abuso. Al respecto, el tribunal observó que bajo la ley austríaca está prohibida la remuneración de la donación de óvulos y espermatozoides. Además, el argumento de que la obtención de los óvulos con el propósito de la donación constituye una intervención médica de riesgo también podría plantearse respecto a la fertilización in vitro en la que se toman los óvulos de la propia mujer que aspira a ser madre, y que por otro lado es una técnica que sí se permite en Austria. En cuanto al argumento de que el uso de óvulos de donantes para la fertilización in vitro podría crear relaciones de familia inusuales, el tribunal señaló que las relaciones familiares que no siguen la típica relación padre-hijo sobre la base de un vínculo biológico directo no eran nada nuevo. Éstos han existido desde la institución de la adopción, que creó una relación familiar que no se basa en la descendencia biológica. El tribunal concluyó, por tanto, por cinco votos contra dos, que se había producido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

Con respecto a la situación de SH y DH y su deseo de recurrir a la fertilización in vitro con espermatozoides de un donante, el tribunal consideró que el argumento del Gobierno de que la inseminación artificial ha estado en uso por algún tiempo, que era fácil de manejar y de que su prohibición habría sido difícil de controlar, es una cuestión de mera eficiencia que tiene menos peso que una cuestión de principios basada en convicciones morales y éticas compartidas por la sociedad. Teniendo en cuenta lo expuesto, el tribunal comparó el peso de estos argumentos relativamente débiles y el interés de los demandantes, en cuanto a su deseo de concebir un hijo, y consideró que la diferencia de trato en cuestión no estaba justificada. Por consiguiente, concluyó, por seis votos contra uno, que se había producido una violación del artículo 14 en relación con el artículo 8.

pidamente, y dado que las cuestiones planteadas en el caso tocan zonas donde todavía no hay claros puntos en común entre los estados miembros, el tribunal considera que el margen de apreciación del Estado demandado debe ser amplio. La gran sala resalta que la ley austríaca no prohíbe de manera absoluta las TRA, ya que permite las TRA homólogas y las heterólogas en ciertas circunstancias, sin perjuicio de que no se prohíbe a las personas ir al extranjero para realizar los tratamientos que no están disponibles en Austria y, en caso de éxito en esos tratamientos, el Código Civil contiene normas claras sobre la paternidad y maternidad que respeta los deseos de los padres. Se considera que los legisladores austríacos procuraron, entre otras cosas, evitar no sólo la posibilidad de que dos mujeres pueden pretender ser la madre biológica del mismo niño, sino también la explotación de las mujeres. Para la gran sala, los legisladores trataron con cuidado un tema polémico que plantea interrogantes éticos complejos. Es por esto por lo que el tribunal concluyó que no había habido violación de la convención en virtud de que Austria no excedió el margen de apreciación. Sin embargo, subrayó la importancia de contemplar los avances científicos y legales en el campo de la reproducción asistida. El tribunal observó que el tema en cuestión, en el que la ley está en constante evolución y está sujeta a un desarrollo científico y jurídico especialmente dinámico, debe ser objeto de revisión permanente por parte de los estados contratantes.

Esta sentencia del TEDH ha sido objeto de numerosas críticas, en especial por fomentar el turismo reproductivo.¹²⁷ Precisamente, en relación con esto último, cabe destacar que aunque la GS esté prohibida en Austria, los ciudadanos austríacos también recurren a la GS en el extranjero. Análizo estos casos en el apartado destinado a estudiar las consecuencias del turismo reproductivo y la GS internacional, al que remito.

3.1.1.VII. Portugal

La gestación por substitución está prevista en el art. 8 de la Ley n.º 32/2006, de 26 de julio, *sobre Procriação Medicamente Assistida*.¹²⁸ Según la ley, la GS consiste en cualquier situación mediante la cual una mujer se compromete a

¹²⁷ Véase JACKSON, E. «S.H. and Others v. Austria». *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, p. 663, y COHEN, I. G. «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism». *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, p. 660.

¹²⁸ «Artigo 8. «Maternidade de substituição:
1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição.

la gestación de un niño por cuenta de otra y a entregar al niño después del parto.

La ley considera nula la gestación por sustitución tanto gratuita como comercial, y mantiene la regla tradicional del derecho civil portugués de que madre es la mujer que da a luz; en el caso, la gestante.

Ahora bien, la mera participación en contratos de este tipo no es en sí misma criminalizada, pues sólo se prevén penas para las siguientes situaciones específicas: por un lado, la celebración de contratos onerosos; por otro lado, la promoción de su celebración (hasta 2 años de prisión y hasta 240 días de multa).¹²⁹

3.1.2. Admisión de la gestación por sustitución cuando es altruista

3.1.2.1. Reino Unido

En el Reino Unido, la gestación por sustitución está regulada en la *Surrogacy Arrangements Act* de 1985, la *Adoption and Children Act* de 2002, la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008 (en adelante HFEA) y otros instrumentos como la *Fertilisation and Embryology (Parental order) Regulations* de 2010.

La legislación británica, en un principio, fue fuertemente influenciada por el reporte del Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, presidido por Mary Warnock, conocido como el informe Warnock. Este informe recomendó declarar ilegal todo acuerdo de gestación por sustitución y, en consecuencia, la negativa para petitionar ante la ley. De igual modo, dispuso sancionar criminalmente la creación de establecimientos comerciales que recluten mujeres para oficiar como gestantes o realicen este tipo de contratos. Así, en 1985 se aprobó la *Surrogacy Arrangements Act* para el Reino Unido de

2 - Entende-se por “maternidade de substituição” qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

3 - A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.»

¹²⁹ Artigo 39. «Maternidade de substituição:

1 - Quem concretizar contratos de maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.

2 - Quem promover, por qualquer meio, designadamente através de convite directo ou por interposta pessoa, ou de anúncio público, a maternidade de substituição a título oneroso é punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 240 dias.»

Gran Bretaña e Irlanda del Norte, que sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de acuerdos de gestación por sustitución.

La citada normativa prohíbe:

- Iniciar o colaborar en negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de gestación por sustitución.
- Ofertar o convenir negociar la realización de tales acuerdos.
- Recopilar cualquier información con el propósito de su utilización en la realización o negociación de acuerdos de gestación por sustitución.

Ahora bien, en Gran Bretaña, se autoriza la gestación para otro a título benévolo y sin intermediarios. En otras palabras, el Reino Unido ha venido manteniendo una actitud prohibitiva con respecto a la práctica *comercial* de la gestación por sustitución,¹³⁰ prohibiendo ese contrato y penalizando la actividad comercial (los intermediarios y la publicidad). Pero admite la gestación por sustitución justificada por motivos médicos, que no implica la ejecución de un contrato. Entonces, la gestación por sustitución ha de serlo a título gratuito y se admite el pago a la gestante de los *gastos razonables* que se deriven de la misma entendiéndose que esa prestación no priva al contrato de su gratuidad.¹³¹

El sistema en el Reino Unido

De conformidad con el sistema actual en el Reino Unido, la filiación se determina a favor de la mujer que da a luz, aun cuando no aporte su material genético.¹³² Si está casada, su marido será considerado el padre del niño, a menos que pueda demostrarse que no dio su consentimiento para el acuerdo de gestación por sustitución. Sólo se transfiere esta filiación a los comitentes (pasado un período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante) si éstos lo solicitan ante los tribunales. En las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los comitentes mediante

¹³⁰ *Surrogacy Arrangements Act*, de 18 de julio de 1985, modificada por la ley de 1 de noviembre de 1990. El 1 de abril de 2009 entró en vigor la ley de fecundación y embriología humana (*Human Fertilisation and Embryology Act*, 2008), que viene a seguir los mismos principios.

¹³¹ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna...». Cit., pp. 1-42, en p. 32.

¹³² Art. 33 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008.

una *parental order*¹³³ que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la gestante a los comitentes. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre que da a luz es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez en favor de los comitentes.¹³⁴

Ahora bien, si la gestante no está casada ni en una unión civil, el comitente que aportó el semen será automáticamente el padre legal del niño al momento del nacimiento y adquirirá responsabilidad parental al ser registrado en el certificado de nacimiento. Para esto no se requiere el consentimiento de la gestante. Alternativamente, el comitente que no aportó semen (comitente que recurrió a donante de semen o la pareja masculina del comitente hombre que aportó el semen), o la mujer comitente, podrán ser designados como padres legales del niño al momento del nacimiento y adquirirán responsabilidad parental al ser registrados en el certificado de nacimiento, si tanto la gestante como él han consentido previamente. El comitente tendrá que completar el formulario «SPP Su consentimiento para ser el padre legal en caso de GS» («SPP Your consent to being the legal parent in surrogacy») y la gestante tendrá que completar el formulario «SWP Su consentimiento (como gestante) para nombrar a un comitente para ser padre legal» [«SWP Your consent (as a surrogate) nominating an intended parent to be the legal parent»].

Como se puede advertir, aunque en los casos en que la gestante no está casada ni en una unión civil se admite que uno de los comitentes figure como el otro padre, la gestante siempre es madre, de modo que para transferir la filiación a favor de ambos comitentes se requiere la tramitación de la orden parental.

Entonces, a diferencia del modelo de preaprobación común en muchos estados de los Estados Unidos,¹³⁵ Grecia, Israel y otros países, que se analizarán luego, el enfoque del Reino Unido está enmarcado por una serie de garantías fundamentales que permiten a la gestante cambiar de opinión antes y durante algún tiempo después de dar a luz, y exigen examinar el consentimiento de las partes y una evaluación del interés superior del niño después de que éste ha llegado a existir.

No obstante, cabe destacar que este sistema de transferencia de la filiación está dando a lugar a diferentes problemas, en especial, como se verá, en los

¹³³ Art. 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* de 2008.

¹³⁴ QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna...». Cit., pp. 1-42, en p. 32.

¹³⁵ Véase SNYDER, S. H., BYRN, M. P. «The Use of Pre-Birth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings». *Family Law Quarterly*, 35, 2005, p. 633.

casos de gestación por sustitución internacional, en los que, como consecuencia de que la paternidad legal sólo se reconoce una vez tramitada la orden parental, muchos niños nacidos en el extranjero han quedado y están quedando en una especie de limbo jurídico. Consecuentemente, el Parlamento está estudiando y revisando este sistema a los efectos de que, en un futuro, se transforme en un sistema de preaprobación.¹³⁶

Por último, con efecto a partir del 6 de abril de 2010, las regulaciones de la HFEA aplican el art.1 de la *Ley de adopción e infancia* de 2002 (*Adoption and Children Act 2002*) a todas las solicitudes de órdenes parentales. Esto significa que el bienestar del niño es ahora la consideración primordial del tribunal al resolver si debe o no otorgar una orden parental.

Requisitos para el otorgamiento de la orden parental

Para el otorgamiento de la orden parental, el art. 54 de la HFEA requiere el cumplimiento de una serie de requisitos. Así, el artículo dice:

Órdenes parentales

(1) En un recurso presentado por dos personas («los demandantes»),¹³⁷ el tribunal podrá dictar una orden para que un niño sea legalmente tratado como hijo de los demandantes, si:

(A) el niño ha sido gestado por una mujer que no es uno de los demandantes, como consecuencia de haber implantado en ella un embrión o esperma y óvulos o de inseminación artificial,

(B) los gametos de al menos uno de los demandantes han sido utilizados para llevar a cabo la creación del embrión, y

(C) se han cumplido las condiciones de las subsecciones (2) a (8).

(2) Los demandantes deben ser:

(A) marido y mujer,

(B) constituir una unión civil, o

(C) dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco.

¹³⁶ GAMBLE, N. «Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework». *International Family Law*, septiembre de 2012, pp. 308-312.

¹³⁷ Entiéndase los comitentes.

(3) Salvo en el caso previsto en el inciso (II), los demandantes deben solicitar la orden dentro del plazo de 6 meses a partir del día en que nace el niño.

(4) En el momento de solicitud y realización de la orden:

(A) el hogar del niño debe ser con los demandantes, y

(B) uno o ambos demandantes deberán estar domiciliados en el Reino Unido o en las Islas del Canal o la Isla del Hombre.

(5) En el momento de la presentación de la solicitud ambos demandantes tendrán que haber alcanzado la edad de 18 años.

(6) El tribunal deberá asegurarse de que ambos (A) la mujer que ha gestado al niño, y (B) cualquier otra persona que sea padre del niño, pero no es uno de los demandantes (incluyendo cualquier hombre en virtud del artículo 35 o 36 o cualquier mujer en virtud del artículo 42 o 43), han consentido libre, incondicionalmente y con pleno conocimiento la realización de la orden.

(7) La subsección (6) no requiere el consentimiento de la persona que no puede ser hallada o es incapaz de darlo. El consentimiento de la mujer que gestó el niño no es eficaz con el fin de esa subsección si lo otorga en un plazo inferior a seis semanas después del nacimiento del niño.

(8) El tribunal deberá asegurarse de que ningún dinero u otros beneficios (que no sean para los gastos razonables en que incurra) se ha dado o recibido por cualquiera de los demandantes para o en consideración de:

(A) la confección de la orden,

(B) cualquier acuerdo requerido por la subsección (6),

(C) la entrega del niño a los demandantes, o

(D) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal. [...]

Procederé a su análisis.

Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético

Es decir, la orden parental sólo puede otorgarse si el niño está genéticamente relacionado con al menos uno de los comitentes. Para ello es necesario que el tribunal tenga evidencia de esto: por ejemplo, mediante el resultado de una prueba del ADN y/o con la documentación aportada por la clínica de fertili-

dad que establezca que el espermatozoide o el óvulo (o ambos) pertenecen a uno (o ambos) miembros de la pareja comitente.¹³⁸

Si los comitentes no pueden solicitar una orden parental porque ninguno de ellos está genéticamente relacionado con el bebé, entonces la adopción es la única opción disponible para ellos.

Los comitentes deben ser una pareja

Los comitentes deben ser: (A) marido y mujer, (B) constituir una unión civil o (C) ser dos personas que están viviendo como pareja en una relación familiar duradera, y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco. No pueden ser comitentes las personas solas.

Desde el 1 de abril de 2009, con la entrada en vigor de la HFEA, se extendió la posibilidad de que se establezca la filiación del niño respecto de dos personas unidas en una unión civil registrada del mismo sexo.¹³⁹

Además, ambos deben ser mayores de 18 años cuando se solicita la orden parental y, tanto cuando se solicita como cuando se otorga la orden parental, el hogar del niño debe ser el de los comitentes.

Ahora bien, aunque la ley exige que los comitentes sean dos personas, en el caso *Re A and Another v P and Others* [2011] EWHC 1738 (Fam), el tribunal tuvo que decidir sobre la conveniencia de otorgar una orden parental a la Sra. A y su difunto marido.

En este caso, el Sr. A y la señora A, solicitaron una orden parental, aunque, lamentablemente, el Sr. A fue diagnosticado con cáncer y murió cinco meses después de que la solicitud fuera presentada, aunque antes de que la orden fuera concedida.

El niño, conocido como B, nació en abril de 2010 por gestación por sustitución en la India. Estaba claro que el Sr. A había aportado el semen para el procedimiento, de modo que era el padre biológico, aunque había incertidumbre sobre si la Sra. A era la madre biológica, o lo era una donante anónima dado que se habían implantado óvulos fertilizados de ambas mujeres.

¹³⁸ KNOWLES, G. «Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations». 16/05/2012. Disponible en: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed97868>, compulsado el 26/08/2013.

¹³⁹ La *Civil Partnership Act* (2004) ya establecía una equivalencia de efectos entre el matrimonio y la unión civil que regula. La adopción conjunta de niños ya estaba permitida a las uniones registradas del mismo sexo. Ahora, a través del artículo 42 de la nueva ley, se extiende la gestación por sustitución a estas parejas. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna...». Cit., pp. 1-42, en p. 32.

Como se dijo, en el Reino Unido sólo las parejas pueden solicitar órdenes parentales, por lo que el tribunal tuvo que examinar si la palabra «demandantes» («*applicants*») de la HFEA 2008 podía interpretarse en el sentido de que sólo se exige que dos personas *soliciten* la orden pero no se requiere que haya dos demandantes vivos en el momento en que se confiere. El Parlamento no previó una situación en la que uno de los demandantes muere antes de que una orden pueda ser otorgada.

En el caso, se hizo lugar al pedido de orden parental sobre la base del bienestar de B. Se sostuvo que «la evidencia demuestra claramente que las necesidades de bienestar de B se cumplen mediante la concesión de la orden parental». Conforme se sostiene en el fallo, las consecuencias de no otorgar la orden parental serían:

- (i) Que no exista una relación legal entre el niño y su padre biológico, que es también el comitente.
- (ii) Al niño se le negarían los beneficios sociales y emocionales del reconocimiento de esa relación.
- (iii) El niño quedaría en una situación de desventaja económica si no se reconoce legalmente como hijo de su padre (en términos de herencia).
- (iv) El niño tendría una realidad jurídica que no coincidiría con la realidad del día a día.
- (v) El niño se vería aún más perjudicado por la muerte de su padre biológico.

Gamble sostiene que «el caso muestra lo peligrosamente anticuadas que son nuestras leyes de gestación por sustitución... Este siempre ha sido un accidente esperando a suceder, y el carácter restrictivo de la ley actual está dejando a los niños vulnerables y desprotegidos», y añadió: «¿Qué hubiera pasado si alguno de los padres hubiera muerto antes, tal vez durante el embarazo?». ¹⁴⁰

Lo cierto es que, no obstante lo resuelto en este caso, la exigencia de la ley deja subsistente la duda de si el tribunal sería capaz de interpretar estas disposiciones de forma positiva en casos en que los comitentes se separan o divorcian antes de la audiencia final. ¹⁴¹

¹⁴⁰ GAMBLE, N. «Surrogacy law: court awards parenthood to deceased father following Indian surrogacy». Disponible en: <http://www.nataliegambleassociates.co.uk/blog/2011/07/12/court-awards-parenthood-to-deceased-father-in-surrogacy-case>, compulsado el 26/08/2013.

¹⁴¹ Si bien en mayo de 2012 se presentó un caso de divorcio, éste se produjo después de que se confiriera la orden parental a favor del matrimonio. En este caso, el exmarido pretendía que se revocara la orden

Los plazos

La orden parental debe solicitarse dentro de los seis meses del nacimiento del niño.

Ante esta exigencia, el juez Hedley en el caso *Re X and Y* (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 Fam, [2009] 1 FLR 733 señaló que no hay facultad de prorrogar el plazo y que esto puede causar problemas cuando las cuestiones de inmigración puedan retrasarlo.

Este caso trata sobre un matrimonio inglés que celebró un acuerdo de gestación por sustitución en Ucrania con una mujer casada utilizando óvulos de donante y espermia del comitente. De conformidad con la ley de Ucrania, los padres eran los comitentes, y ellos constaban en el certificado de nacimiento. De conformidad con la HFEA, los niños eran hijos de la mujer que dio a luz y su marido, debido a que la filiación se transmite una vez tramitada la orden parental. Este conflicto entre la ley ucraniana y la HFEA condujo a que los niños se quedaran sin filiación legal y sin nacionalidad, debido a que, conforme a las leyes de Ucrania, no se les permitió obtener la nacionalidad ni la residencia ucraniana. Mediante un certificado de ADN (en el que se probó que el material genético correspondía al comitente) fueron autorizados a entrar en el Reino Unido para que los comitentes solicitaran ante los tribunales la orden parental que estableciera la filiación en su favor. Afortunadamente, la orden parental finalmente se les concedió sobre la base del interés superior del niño. Se tuvo principalmente en cuenta que la negativa a otorgar esa orden conduciría a que los niños no sólo no tuvieran padres legales, sino que además fueran apátridas.

En este caso, si bien se había cumplido con el requisito del plazo, se puso de manifiesto que al parecer no hay poder para extenderlo, aunque ninguna razón específica puede determinarse por eso.

Domicilio

La ley exige que tanto en el momento de solicitud como en el de concesión de la orden parental, uno o ambos solicitantes estén domiciliados en el Reino Unido.

parental respecto de su exmujer, que lo había abandonado poco después de haber obtenido la orden parental. La Corte rechazó la acción sobre la base de que el niño había estado bajo el cuidado de los padres desde el nacimiento hasta su separación, después de la cual la mujer había asumido la custodia. La decisión de revocar la orden parental habría significado que la única madre que el niño conocía se convirtiera, en efecto, en un extraño legal. Esto habría socavado el bienestar del niño, que después de un cambio reciente en la ley es ahora primordial en todos los casos. *G v G* [2012] EWHC 1979 (Fam).

El domicilio fue considerado por el juez Theis en el caso *Z v C* (Parental Order: Domicile) [2011] EWHC 3181 (Fam) como uno de los requisitos obligatorios que confieren al tribunal jurisdicción para dictar una orden parental.

En este caso, los comitentes eran dos ciudadanos israelíes que se mudaron al Reino Unido en 2008, fijando allí su residencia permanente. La pareja tuvo gemelos, que nacieron en noviembre de 2010 como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución en la India. Aparentemente, los comitentes fueron erróneamente aconsejados tanto por la agencia de GS en Israel como por la Agencia de Fronteras del Reino Unido. Se les dijo que los niños debían solicitar la entrada al Reino Unido desde su país de origen, no desde el país de su nacimiento, y consecuentemente a los niños se les negó el permiso de entrada al Reino Unido. Apelaron ante el Tribunal de Inmigración con éxito, y aunque el Secretario de Estado apeló esta decisión ante el Tribunal Superior, ésta fue rechazada. De esta manera, se les autorizó el ingreso al Reino Unido por el plazo de un año a los gemelos, pero la cuestión de si los solicitantes cumplían el requisito de residencia en virtud de la ley se mantuvo en duda. Finalmente, el juez Theis declaró que, en el examen detallado de los hechos, uno de los solicitantes estaba domiciliado en el Reino Unido desde el momento en que llegó en 2008, y que el tribunal, por lo tanto, tenía jurisdicción para emitir la orden parental.¹⁴²

Un problema distinto se planteó en el caso *Re G* (Surrogacy: Foreign Domicile) [2007] EWHC 2814 (Fam), [2008] 1 FLR 1047. Los comitentes eran ciudadanos turcos que no estaban domiciliados en el Reino Unido y cuyo hijo había nacido a través de un acuerdo de gestación por sustitución en ese país. En este caso, el tribunal no pudo otorgar una orden parental porque el requisito del domicilio no se había cumplido. No obstante, en su lugar confirió a los solicitantes una orden de responsabilidad parental de conformidad con el art. 84 de la *Ley de adopción e infancia* de 2002, con el objetivo de que pudieran adoptar al niño en Turquía. Cabe tener en cuenta que esta solución puede no estar disponible en todos los casos problemáticos.¹⁴³

Consentimiento de la gestante

El tribunal debe asegurarse de que tanto la mujer gestante como su marido, si está casada, han consentido libre, incondicionalmente y con plena compren-

¹⁴² KNOWLES, G. «Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations». Cit.

¹⁴³ KNOWLES, G. «Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations». Cit.

sión. Dicho consentimiento sólo es efectivo si se otorga tras seis semanas del nacimiento del niño.

Este requisito puede plantear problemas para otorgar la orden parental en la medida en que algunos acuerdos que son válidos en la India o en Ucrania, por ejemplo, es casi seguro que no lo sean en Reino Unido.¹⁴⁴

Esto sucedió en el caso *In the Matter of D and L (Minors)* [2012] EWHC 2631 (Fam). Se trata de una pareja homosexual que se había casado en Bélgica y residía en el Reino Unido. Uno de ellos era de nacionalidad belga, mientras que el otro era británico. Recurrieron a la gestación por sustitución en la India y nacieron gemelos. La política de la clínica era que a los comitentes no se les permitía conocer a la gestante, por lo que éstos suscribieron un «acuerdo formal de subrogación» con el director de la clínica y una mujer fue seleccionada para ser la gestante. Dado que los comitentes no pudieron conocer a la gestante, solicitaron la ayuda de la clínica para obtener el documento firmado con el consentimiento de ella. La clínica se mostró «feliz de ayudar».

Los comitentes tomaron la custodia de los gemelos dos días después de su nacimiento; obtuvieron pasaportes para ellos y así viajaron al Reino Unido. Casi tres meses después del nacimiento, los comitentes seguían esperando el consentimiento firmado por la gestante, según lo prometido por la clínica. Cuando lo reclamaron, en su lugar recibieron una hoja de papel, supuestamente del director de la clínica, con un gesto obsceno, lo que hizo sugerir que la clínica ya no estaba dispuesta a ayudarlos a los efectos de obtener el consentimiento de la gestante.

Los comitentes contrataron a un agente de investigación para localizar a la gestante que, por desgracia, no pudo encontrarla.

Ante esta situación, solicitada la orden parental, era necesario comprobar el cumplimiento del requisito relativo al consentimiento de la gestante que debió ser prestado en el plazo de seis semanas después del nacimiento de los niños. El juez Baker resolvió emitir la orden parental sobre la base de que los comitentes habían tomado todas las medidas razonables para obtener el consentimiento de la mujer, por lo que en las circunstancias del caso se llegó a la conclusión de que el consentimiento de la gestante no era necesario, dado que no se la pudo encontrar. Además, el juez Baker decidió prescindir de la necesidad de obtener el consentimiento de la gestante sobre la base de que el bienestar de los niños debe ser la consideración primordial del tribunal y esto requiere la concesión de la orden parental.

¹⁴⁴ Véase, entre otros, el caso *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam).

Gastos razonables

Por último, la ley sólo autoriza el pago de gastos razonables. Salvo que sea autorizado por el tribunal, ningún dinero u otros beneficios (que no sean gastos razonables en que se incurra) se debe haber dado o recibido por cualquiera de los comitentes para o en consideración de (A) la confección de la orden, (B) cualquier acuerdo requerido por la subsección (6), (C) la entrega del niño a los demandantes o (D) la realización de acuerdos con vistas a la adopción de la orden. Ahora bien, el tribunal tiene la facultad de autorizar pagos que excedan los gastos razonables en forma retroactiva.

Estas disposiciones han preocupado a los tribunales debido a la tensión entre la gestación por sustitución comercial (algo no permitido por la legislación) y la realidad; debido a que, si no se otorga la orden parental, el niño casi inevitablemente sufrirá porque puede que quede sin ningún cuidador con responsabilidad sobre él en la jurisdicción. Esta tensión se ha aliviado con la importación del test del bienestar del niño del art. 1 de la Ley de Adopción e infancia de 2002.¹⁴⁵ Sin embargo, el juez Hedley enfatizó, en el caso *Re L (A Minor)* [2010] EWHC 3146 (Fam), [2011] 1 FLR 1423, que el tribunal debía seguir examinando con cuidado las solicitudes de autorización retroactivas con el fin de asegurarse de que los comitentes no «compraron» efectivamente un niño en el extranjero.

En este caso, se trata de un contrato de gestación por sustitución celebrado en Illinois, Estados Unidos. El acuerdo era totalmente legal en esa jurisdicción, pero era ilegal en el Reino Unido, porque los pagos efectuados por los comitentes iban más allá de lo que se entiende por gastos razonables. De esta manera, no se cumplían los requisitos previstos por el art. 54 de la HFEA, impidiendo que se otorgara una orden parental a favor de los comitentes. No obstante, el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño y sostuvo que el bienestar del menor no es sólo la primera cuestión que debe considerar el tribunal, sino la principal. De este modo, cuando éste entra en conflicto con una política pública (como es la prohibición de pagar un monto que exceda lo que se entiende por «gastos razonables») debe prevalecer el bienestar del menor, que en este caso se satisface si su filiación se establece respecto de los comitentes.

En igual sentido, confirman esa jurisprudencia *IJ (A Child)* [2011] EWHC 921; *Re K (Minors)* (Foreign Surrogacy) [2010] EWHC 1180; *Re A and Another*

¹⁴⁵ KNOWLES, G. «Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations». Cit.

v P and Others [2011] EWHC 1738 (Fam), *Re C (A Child)* [2013] EWHC 2408 (Fam), entre otros.¹⁴⁶

Esta jurisprudencia, como se observa, abre la puerta a la gestación por sustitución «comercial» o «lucrativa» en el Reino Unido. El propio juez Hedley reconoció en el caso *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 Fam, [2009] 1 FLR 733 ya citado —el primero que otorgó una orden parental en un supuesto de gestación por sustitución internacional comercial— que es «difícil imaginar un conjunto de circunstancias en las que, teniendo en cuenta el bienestar del niño, el tribunal pudiera negarse a emitir una orden parental, sin importar las sumas que se pagaron a la gestante o a la clínica».

Como se puede advertir, aunque son muchos y complejos los requisitos exigidos para el otorgamiento de la orden parental, en muchos casos la jurisprudencia está flexibilizándolos.

3.1.2.II. Australia [*Australian Capital Territory (ACT), Queensland (QLD), New South Wales (NSW), South Australia (SA), Victoria (VIC), Western Australia (WA)*]

En Australia, la GS está regulada en un territorio (el Territorio de la Capital Australiana, Australian Capital Territory, ACT) y en cinco estados:¹⁴⁷ Queensland (QLD), New South Wales (NSW), South Australia (SA), Victoria (VIC) y Western Australia (WA).¹⁴⁸ La GS no está regulada en el Territorio del Norte.¹⁴⁹

El objetivo declarado de las leyes de gestación por sustitución en Australia es evitar la explotación de adultos vulnerables y la comercialización de la repro-

¹⁴⁶ El caso *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam), por su parte, proporciona un ejemplo de los tipos de pagos hechos en acuerdos de GS en la India y también sobre la confusión que puede surgir cuando los comitentes tienen que declarar, meses después, sobre las sumas de dinero efectivamente gastadas. En ese caso no estaba claro lo que realmente recibió la gestante y qué había sido cubierto por las sumas pagadas a ella. KNOWLES, G. «Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations». Cit.

¹⁴⁷ *Parentage Act 2004 (ACT), Surrogacy Act 2010 (NSW), Surrogacy Act 2010 (Qld), Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2009 (SA), Family Relationships Act 1975 (SA), Assisted Reproductive Treatment Act 2008 (Vic), Surrogacy Act 2008 (WA)*.

¹⁴⁸ Cabe destacar que en Tasmania se prohíbe toda forma de GS por razones de orden público. (*Surrogacy Contracts Act 1993*). No obstante, un proyecto de ley para admitir la GS: *Proposed Tasmanian Surrogacy Bill: Exposure Bill*, 1 (2011), ha sido aprobado y se considera que entrará en vigor en cualquier momento.

¹⁴⁹ A diferencia de países como el Reino Unido, que tienen gobiernos unitarios y regulaciones centralizadas sobre técnicas de reproducción asistida, en Australia las leyes sobre TRA y gestación por sustitución están en manos de los estados y han variado considerablemente en las últimas décadas.

ducción, así como proteger los mejores intereses de los niños.¹⁵⁰ Es por eso que, como se verá, en todos los estados que la han regulado, las leyes prohíben la gestación por sustitución comercial.

Las leyes de Australia (a excepción de VIC y WA, que prevén un sistema de aprobación previa)¹⁵¹ contemplan una filiación basada en el consentimiento que se transfiere a los comitentes mediante un proceso que demanda varios requisitos y supervisión judicial. Es decir, hay una transferencia de la filiación legal a los comitentes de la gestante (y su pareja, en su caso).¹⁵² Para esto, los comitentes tiene que solicitar una orden parental ante los tribunales.

Este sistema de transferencia de filiación de las leyes australianas se inspira en el enfoque del Reino Unido. Sin embargo, como se verá, los estados australianos han ido abandonado el modelo británico mediante la adición de requisitos de forma y de fondo cada vez más complejos. Las normas sobre el pago y sobre la concepción dentro de la jurisdicción, junto con otros criterios de elegibilidad, que se verán a continuación, dan cuenta que los sistemas australianos contienen más limitaciones que el modelo del Reino Unido.

La primera ley que se introdujo fue la de ACT, en el año 2004.¹⁵³ La legislación de ACT se basa estrechamente en la HFEA de 1990, de modo que, al igual que en el Reino Unido, el tribunal está facultado para permitir la transferencia de filiación, es decir, a conferir una orden parental si: a) El niño tiene entre seis semanas y seis meses de edad;¹⁵⁴ b) el niño está viviendo con los comitentes;¹⁵⁵ c) los comitentes viven dentro de la jurisdicción;¹⁵⁶ d) los comitentes son dos personas;¹⁵⁷ e) los comitentes tienen al menos 18 años;¹⁵⁸ f) al menos un comitente es padre genético del niño,¹⁵⁹ y g) no hubo pago de dinero u otros beneficios a la gestante (el acuerdo no es «comercial»).¹⁶⁰ Sin embargo, a diferencia del Reino Unido, la legislación de ACT requiere que

¹⁵⁰ *Surrogacy Act 2010* (NSW) arts. 3, 8; *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 5; *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) arts. 5(a)-(b), 44.

¹⁵¹ *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 39; *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 16(1).

¹⁵² MILLBANK, J. «Unlikely Fissures and Uneasy Resonances: Lesbian Co-Mothers, Surrogate Parenthood and Fathers' Rights». *Feminist Legal Studies*, 16, 2008, p. 141.

¹⁵³ *Parentage Act 2004* (ACT).

¹⁵⁴ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 25(3).

¹⁵⁵ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 26(3)(a).

¹⁵⁶ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 24(e).

¹⁵⁷ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 24(c).

¹⁵⁸ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 26(3)(b).

¹⁵⁹ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 24(d).

¹⁶⁰ *Parentage Act 2004* (ACT) arts. 24(c), 26(3)(d).

la gestante no aporte su material genético¹⁶¹ (es decir, sólo se permite la gestación por sustitución gestacional), y que la concepción haya tenido lugar en el ACT.¹⁶²

Además, conforme a la legislación de ACT, el tribunal no puede autorizar pagos de forma retroactiva. Si bien el texto de la ley de ACT que prohíbe el pago es igual al del Reino Unido,¹⁶³ hubo una omisión fundamental: la norma del Reino Unido contiene al final la frase «salvo autorización del tribunal».¹⁶⁴ Esta adición es muy importante, porque sin ella los tribunales no tienen competencia para otorgar una orden parental si el pago es superior a los gastos razonables. Conviene aclarar que todos los otros estados australianos han seguido la ACT y se han apartado de la posición del Reino Unido.

Tras la legislación de ACT, se sancionaron leyes en Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria y Western Australia. Estas normas demandan los siguientes requisitos:

Requisitos de la gestante

- Que tenga al menos 25 años (NSW, Qld, VIC, WA).¹⁶⁵
- Que haya dado a luz a un hijo propio (VIC, en WA a menos que existan «circunstancias excepcionales»).¹⁶⁶
- Que no aporte su material genético (ACT, VIC).¹⁶⁷ Es decir, en lo que respecta a la conexión genética entre la gestante y el niño, a excepción de Victoria, todas las demás jurisdicciones de Australia se apartaron del enfoque de la ACT y adoptaron el enfoque más liberal del Reino Unido

¹⁶¹ *Parentage Act* 2004 (ACT) art. 24(b). Además, la pareja de la gestante no puede ser el donante de esperma o de óvulos.

¹⁶² *Parentage Act* 2004 (ACT) art. 24(a). La exposición de motivos señala los requisitos de que no haya una conexión genética entre la gestante y el niño y que la concepción tenga lugar dentro de la jurisdicción, pero no explica las razones o los fundamentos de ello: *Explanatory Statement, Parentage Bill* 2003 (ACT) 8. Del mismo modo, hay una referencia a estos requisitos en los debates parlamentarios, pero no se incluye una explicación más detallada: Australian Capital Territory, *Parliamentary Debates*, Legislative Assembly, 10 de febrero de 2004, 122-6.

¹⁶³ *Parentage Act* 2004 (ACT) art. 26(3)(d).

¹⁶⁴ *Human Fertilisation and Embryology Act* 2008 art. 54 (8)

¹⁶⁵ *Surrogacy Act* 2010 (NSW) art. 27(1); *Surrogacy Act* 2010 (Qld) art. 22(2)(f); *Assisted Reproductive Treatment Act* 2008 (Vic) art. 40(1)(b); *Status of Children Act* 1974 (Vic) art. 23(2)(a); *Surrogacy Act* 2008 (WA) art. 17(a)(i).

¹⁶⁶ *Assisted Reproductive Treatment Act* 2008 (Vic) art. 40(1)(ac); *Surrogacy Act* 2008 (WA) art. 17(a)(ii).

¹⁶⁷ *Parentage Act* 2004 (ACT) art. 24(b); *Assisted Reproductive Treatment Act* 2008 (Vic) art. 40(1)(ab).

mediante la inclusión y permisión tanto de la gestación por sustitución tradicional como gestacional.¹⁶⁸

Requisitos de los comitentes

- Tener por lo menos 18 años (ACT, SA) o 25 años (uno o ambos en Qld y WA).¹⁶⁹ En NSW, los comitentes deben ser mayores de 18 años, aunque si son menores de 25 años se les exige requisitos adicionales.¹⁷⁰
- Ser una pareja, no una persona sola (SA).¹⁷¹
- No ser un hombre solo o una pareja homosexual de dos hombres (WA).¹⁷²
- Ser una persona sola o una pareja homosexual (Qld,¹⁷³ NSW).
- Estar casado o en una relación heterosexual de facto por más de tres años (SA).¹⁷⁴
- Ser infértiles o tener una «necesidad» de acudir a la GS (NSW, Qld, SA, VIC, WA).¹⁷⁵ Esto excluye expresamente la infertilidad relacionada con la edad en WA, pero sí incluye «la infertilidad social» en NSW y Queensland.
- Residir dentro de la jurisdicción (ACT, NSW, Qld, SA, VIC, WA).¹⁷⁶ Queensland es el único estado donde el tribunal tiene la capacidad de renunciar a este requisito.¹⁷⁷
- Ser considerados idóneos como padres (SA).¹⁷⁸

¹⁶⁸ Véanse *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 5, y *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 41.

¹⁶⁹ *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 22(2)(g)(i); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 19(1)(a).

¹⁷⁰ *Surrogacy Act 2010* (NSW) arts. 28-29.

¹⁷¹ *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(2)(a)(ii).

¹⁷² *Surrogacy Act 2008* (WA) arts. 19(1)(b), (2). Esto refleja el enfoque de la infertilidad y la elegibilidad en WA, que se centra en una mujer que requiere tratamiento (desde 2002 no tiene por qué estar en una relación heterosexual). Hubo numerosos intentos fallidos para enmendar el proyecto entre el 2007 y 2008 con el fin de evitar que las mujeres solas puedan ser comitentes.

¹⁷³ Véase SMITH, M. K., WILLMOTT, L., TROWSE, P., WHITE, B. P. «Back to the future: prohibiting surrogacy for singles, same-sex and shorter-term heterosexual couples in Queensland». *Journal of Law and Medicine*, 20(3), 2013, pp. 638-654.

¹⁷⁴ *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(2)(b)(iii).

¹⁷⁵ *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 30; *Surrogacy Act 2010* (Qld) arts. 14, 22(2)(d); *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(2)(b)(v); *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 40(1)(a); *Surrogacy Act 2008* (WA) arts. 17(d), 19(1)-(3).

¹⁷⁶ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 24(e); *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 32; *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 22(2)(g)(ii); *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HB(2)(b); *Status of Children Act 1975* (Vic) art. 20(1)(b); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 19(1)(a).

¹⁷⁷ *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 23(2).

¹⁷⁸ *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HB(10).

- Que al menos uno de los comitentes aporte su material genético¹⁷⁹ (ACT, SA).¹⁸⁰ A menos que ambos comitentes sean infértiles o no debieran ser padres genéticos del niño por una razón médica.¹⁸¹

Requisitos del acuerdo de gestación por sustitución

- Por escrito (NSW, Qld, SA, WA). En WA, los donantes de óvulo o espermatozoos también deben ser parte del acuerdo.¹⁸²
- En presencia de un abogado (SA).¹⁸³
- Anterior al embarazo (ACT, NSW, Qld, SA, VIC, WA).¹⁸⁴
- Todas las partes deben contar con asesoramiento independiente (ACT, NSW, Qld, SA, VIC, WA).¹⁸⁵ Esto debe llevarse a cabo antes del embarazo, en Queensland, SA, VIC y WA.
- Todas las partes deben contar con asesoría legal (NSW, Qld, SA, VIC, WA).¹⁸⁶ En todos los estados excepto Victoria, ésta debe tener lugar antes del embarazo.
- Debe haber un «período de reflexión» de tres meses (WA).¹⁸⁷ Es decir, la gestante tiene un plazo de tres meses dentro del cual puede decidir quedarse con el niño.

¹⁷⁹ Como se puede observar, Queensland no regula ninguna exigencia en cuanto a la relación genética entre los comitentes y el niño, y permite la gestación por sustitución tradicional o gestacional. Tampoco establece limitaciones en cuanto al método de concepción ni a la orientación sexual o el estado civil de los comitentes, pudiendo incluso ser una sola persona. Estas particularidades de la regulación de Queensland son significativas, sobre todo si se tiene en cuenta que hasta hace poco las parejas viajaban en secreto desde Queensland hasta otros estados y países para poder tener acceso a la gestación por sustitución, dado que tal conducta estaba penalizada e incluso era constitutiva de delito extraterritorial. *Surrogate Parenthood Act 1988* (Qld) art. 3(2)(b).

¹⁸⁰ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 24(d); *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(2)(viii)(B).

¹⁸¹ *Family Relationships Act 1975* (SA) arts. 10HA(2)(viii)(B), (5).

¹⁸² *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 34; *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 22(2)(e)(v); *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(6); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 17(b).

¹⁸³ *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(6)(c).

¹⁸⁴ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 23; *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 24; *Surrogacy Act 2010* (Qld) arts. 7(1), 22(2)(e)(iv); *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(2)(a)(i); *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 3; *Surrogacy Act 2008* (WA) arts. 3, 17(e).

¹⁸⁵ El asesoramiento es relevante pero no obligatorio en ACT. *Parentage Act 2004* (ACT) art. 26(3)(e). Véase también *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 35; *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 22(2)(e)(ii); *Family Relationships Act 1975* (SA) arts. 10HA(2)(vi)-(vii), (3); *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 40(1)(c), (2), 43; *Status of Children Act 1974* (Vic) art. 23(2)(b); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 17(c)(i).

¹⁸⁶ *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 36; *Surrogacy Act 2010* (Qld) arts. 22(2)(e), 30; *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(6)(c); *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) arts. 40(1)(c), 43(c); *Status of Children Act 1974* (Vic) art. 23(2)(b)(iii); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 17(c)(iii).

¹⁸⁷ *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 17(c).

- La reproducción asistida debe realizarse dentro de la jurisdicción (ACT, SA, Victoria).¹⁸⁸ Mientras que WA no lo exige expresamente, está implícito en la estructura del proceso de aprobación de las TRA (dicha aprobación sería muy difícil de obtener si la concepción no ocurre dentro de la jurisdicción).¹⁸⁹
- La aplicación previa y la aprobación de todas las partes tras una evaluación por un tribunal designado por el gobierno (VIC y WA).¹⁹⁰
- Que un tribunal apruebe el plan dirigido a regular el contacto y la comunicación entre las partes y qué información se proporcionará al niño (WA).¹⁹¹

En ACT, VIC, WA y SA, los tribunales no pueden otorgar ordenes parentales si no se cumplen los requisitos legales. En Qld y NSW, en cambio, las leyes permiten, excepcionalmente, que los tribunales dispensen a las partes del cumplimiento de algunos de los requisitos legales si esto redundaría en el interés superior del niño.

Gestación por sustitución comercial

Ya se dijo que todos los estados prohíben la gestación por sustitución comercial.

Aunque la mayoría de los estados han introducido normas específicas para regular los gastos razonables¹⁹² y NSW, Queensland y WA también regularon la posibilidad de ejecutar esos pagos a instancias de la gestante,¹⁹³ la criminalización preexistente de la gestación por sustitución comercial se ha mantenido en gran medida.

En ACT y Queensland, las reformas replicaron las normas extraterritoriales anteriores de modo tal que las ofensas incluyen los actos realizados fuera de la jurisdicción por parte de los que ordinariamente residen allí.¹⁹⁴ Por lo tanto, los residentes de ACT que pagan por la gestación por sustitución que se lleva a cabo fuera de la ACT siguen enfrentándose a las mismas sanciones pe-

¹⁸⁸ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 24(a); *Family Relationships Act 1975* (SA) art. 10HA(2)(b)(viii)(A); *Status of Children Act 1975* (Vic) art. 20(1)(a).

¹⁸⁹ *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 16(1).

¹⁹⁰ *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* (Vic) art. 39; *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 16(1).

¹⁹¹ *Surrogacy Act 2008* (WA) arts. 21(2)(f), 22.

¹⁹² *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 7; *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 11; *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 6.

¹⁹³ *Surrogacy Act 2010* (NSW) art. 6(2); *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 15(2); *Surrogacy Act 2008* (WA) art. 7(3).

¹⁹⁴ *Parentage Act 2004* (ACT) art. 45; *Surrogacy Act 2010* (Qld) art. 54.

nales que antes de la reforma. En Queensland, mientras que antes de la reforma toda gestación por sustitución constituía delito, cualquiera que fuera el lugar donde se realizaba, después de la reforma sólo la gestación por sustitución comercial, realizada en cualquier lugar, da lugar a sanción.¹⁹⁵ NSW es el único estado que introdujo delitos penales extraterritoriales como parte de las reformas.¹⁹⁶ Bajo la nueva ley, la gestación por sustitución comercial internacional se castiga con una multa y dos años de prisión.

3.1.2.III. Canadá

La Ley de reproducción humana asistida (*Assisted Human Reproduction Act* [2004, c. 2]) fue sancionada en marzo de 2004, dotando a Canadá de un marco jurídico para la gestación por sustitución. La ley tiene jurisdicción en todo el país. Sin embargo, algunas secciones de la ley no se aplican en una provincia en particular si tanto el Ministro Federal de Salud como el gobierno provincial acuerdan que la Legislación Provincial es equivalente a esas secciones.

La Ley canadiense de reproducción humana asistida define a la gestante como «aquella persona de sexo femenino que con la intención de entregar el niño al nacer a un donante o a otra persona, gesta un embrión o feto que fue concebido por medio de un procedimiento de reproducción asistida y con gametos de un donante o donantes» (art. 3.).¹⁹⁷ Esto significa que no cubre situaciones en las que ha habido relaciones sexuales entre la gestante y el donante.

La ley prohíbe expresamente el pago a la gestante, a los intermediarios, o la colocación de anuncios para obtener servicios pagados de una gestante (art. 6).¹⁹⁸ También prohíbe que los miembros de la profesión médica presten asistencia

¹⁹⁵ Tanto en ACT como en Queensland, las penas son las mismas que antes de la reforma: *Substitute Parent Agreements Act* 1994 (ACT) art. 5, conforme a *Parentage Act* 2004 (ACT) art. 41 (multa o prisión por un año, o ambos) *Surrogate Parenthood Act* 1988 (Qld) art. 3, conforme a *Surrogacy Act* 2010 (Qld) art. 56 (multa o prisión por tres años).

¹⁹⁶ *Surrogacy Act* 2010 (NSW) art. 11.

¹⁹⁷ *Assisted Human Reproduction Act*, art. 3.: «“Surrogate mother” means a female person who —with the intention of surrendering the child at birth to a donor or another person— carries an embryo or foetus that was conceived by means of an assisted reproduction procedure and derived from the genes of a donor or donors».

¹⁹⁸ *Assisted Human Reproduction Act*, art. 6: «(1) No person shall pay consideration to a female person to be a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise that it will be paid. Acting as intermediary

a una persona de sexo femenino para convertirse en gestante, cuando se sabe o se tiene razones para creer que ella es menor de 21 años.

Es decir, esta ley prohíbe pagar u ofrecer pagar a una mujer para que actúe como gestante, pagar u ofrecer pagar a una persona para que organice esos servicios, o asistir a cualquier persona menor de 21 años para que actúe como gestante. Consecuentemente, en Canadá la gestación por sustitución por razones altruistas no está prohibida por la ley, aunque el contrato que prevé la gestación por sustitución no es ejecutable como tal.

Lo cierto es que la *Ley de reproducción humana asistida* no se refiere a si los acuerdos de gestación por sustitución son válidos,¹⁹⁹ y en la jurisprudencia, en general, los jueces han optado por decidir en pos del mejor interés del niño.²⁰⁰

La cuestión de la validez de este tipo de contratos y las consecuencias en términos de filiación es responsabilidad de las provincias,²⁰¹ de modo que la provincia en la que nace el niño gobierna el proceso. Cada provincia tiene su propio método de determinación de la filiación, aunque cabe destacar que la gran mayoría carece de una solución legal expresa que permita definir la filiación tras un acuerdo de gestación por sustitución.²⁰² Así, por un lado el Código Civil de Quebec establece explícitamente que los acuerdos de gestación por sustitución son nulos y carecen de personería jurídica.²⁰³ Sin embargo, se recurre a la adopción por consentimiento especial a los efectos de determinar la

(2) No person shall accept consideration for arranging for the services of a surrogate mother, offer to make such an arrangement for consideration or advertise the arranging of such services. Payment to intermediaries (3) No person shall pay consideration to another person to arrange for the services of a surrogate mother, offer to pay such consideration or advertise the payment of it. Surrogate mother – minimum age (4) No person shall counsel or induce a female person to become a surrogate mother, or perform any medical procedure to assist a female person to become a surrogate mother, knowing or having reason to believe that the female person is under 21 years of age.

¹⁹⁹ REILLY, D. «Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers». *Canadian Medical Association Journal*, núm. 176 (4), 13 de febrero de 2007, p. 483.

²⁰⁰ Véase RIVARD, G., HUNTER, J. *The law of assisted human reproduction*. LexisNexis Canada, Markham (ON), 2005.

²⁰¹ Véase BURPEE, A. L. «Momma Drama: A Study of How Canada's National Regulation of Surrogacy Compares to Australia's Independent State Regulation of Surrogacy». *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 37, 2009, pp. 305 y ss.

²⁰² Por lo general, la mujer que da a luz se presume que es la madre del niño. En los casos de gestación por sustitución, esta presunción debe ser anulada por un tribunal mediante una resolución judicial posparto.

²⁰³ *Filiation of children born of assisted procreation* (1991) RSQ.c C-I-1, s 541.

filiación a favor de los comitentes.²⁰⁴ Por el otro, Alberta²⁰⁵ y British Columbia²⁰⁶ los permiten.

3.1.2.IV. Grecia

En Grecia, la gestación por sustitución está regulada por dos leyes: la Ley 3089/2002 y la Ley 3305/2005.²⁰⁷

Conforme a esta legislación, los contratos de gestación por sustitución están sometidos a una serie de requisitos. Así, el artículo 1458 de la ley 3089/2002 que modifica el Código Civil griego (CCG) establece: «La transferencia de un

²⁰⁴ En general, la adopción es conferida sobre la base del interés superior del niño. Véase *Adoption-09184*, 2009 QCCQ 9058 y -09185, 2009, QCCQ 8703 del 9 de junio de 2009; *Adoption-09367*, 2009 QCCQ 16815 del 4 de agosto de 2009; *Adoption A.C./E.S. and A-M.M.*, n° 525-43-005788-092 del 7 de enero de 2010; *Adoption-10329*, 2010, QCCQ 18645 del 1 de octubre de 2010, y *Adoption-10489*, 2010 QCCQ 19971 del 13 de diciembre de 2010.

Excepcionalmente, en un caso esta adopción no fue conferida (*Court of Quebec, youth division*, 6 de enero de 2009; *Adoption-091*, 2009 QCCQ 628) por entender que con ellos se procuraba regularizar una situación ilegal.

²⁰⁵ *Family Law Statutes Amendment Act of Alberta* 2010, c.16

²⁰⁶ *Family Law Act* 2011, art. 29. Antes de la ley ya había antecedentes jurisprudenciales reconociendo la GS. Véase el caso *Rypkema v. British Columbia* [2004] B.C.J. No 2721 (S.C.). Los comitentes eran un matrimonio que hizo un acuerdo de GS con una mujer que aceptó ser gestante sin que mediara pago. El acuerdo establecía claramente que al nacer el niño, éste sería entregado al matrimonio y ellos serían sus padres legales. Sin embargo, el director de *Vital Statistics* se negó a registrar al matrimonio como los padres del niño en razón de la discordancia evidente con el nombre que obraba en la constatación del parto. El matrimonio inició una acción judicial para que se los declarara padres legales del niño y que ello se reflejara en el registro de nacimiento. El juez hizo lugar al pedido por entender que esto facilitaba la vida cotidiana del niño, en especial porque en el caso no había controversia alguna entre las partes. Véase también el caso «*H.L.W. v. J.C.T.*». (2005) BCSC 1679 (Can.). Se trata de una pareja sin niños que recurre a la GS tradicional: la mujer es inseminada artificialmente en su casa con el semen del hombre de la pareja. Se acordó que la gestante prestaría su consentimiento para la adopción del niño por parte de la pareja. Durante el embarazo se le entregó a la gestante dinero suficiente para cubrir los gastos vinculados al embarazo, y pocos días antes del parto ella y su marido pidieron a los comitentes la suma de 8.500 dólares para cubrir gastos del posparto, lo que causó conflicto. Tras el nacimiento, el niño salió del hospital con la pareja comitente y la inscripción del nacimiento se registró con la madre gestante y genética, y el padre genético. Seguidamente, la gestante no prestó su consentimiento para la adopción y se presentó judicialmente demandando la custodia del niño. El juez otorgó la custodia a los comitentes sopesando el interés superior del niño y la voluntad procreacional de la pareja. También valoró el hecho que el niño estuviera viviendo con ellos desde su nacimiento, asumiendo la responsabilidad parental.

²⁰⁷ Estas leyes tienen como antecedente el caso de la Corte de primera instancia de Heracleion n.º 31/1999, en el que se otorgó la adopción de unos mellizos nacidos por GS a los comitentes, quienes habían aportado su material genético. Los jueces pusieron de manifiesto el vacío legal y recomendaron que se legislara sobre la materia.

óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es medicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir».

De esta manera, la gestación por sustitución sólo se permite después de una resolución judicial dictada por el tribunal de distrito donde residen los comitentes y la gestante. Además, la implantación sólo puede tener lugar después de que se obtuvo la autorización judicial.²⁰⁸

Requisitos para que se autorice judicialmente la GS

Para que el tribunal pueda autorizar la gestación por sustitución se deben presentar las siguientes condiciones:

- a) La comitente debe probar que ella es incapaz de llevar el embarazo a término.
- b) La comitente no debe exceder la edad de cincuenta años.²⁰⁹
- c) La gestante debe probar al tribunal que está sana médica y mentalmente.
- d) Las partes deben presentar ante el tribunal su acuerdo por escrito.
- e) El acuerdo podría permitir la compensación de los gastos. (El pago de los servicios o cualquier otro beneficio económico está prohibido.)

²⁰⁸ Aunque se exige una intervención judicial previa, en Grecia existe un precedente legal que autorizó un acuerdo de GS retrospectivamente después de la implantación de la gestante (Tribunal de Primera Instancia de Tesalónica [case. No 27035/2003]). Se partió de la base de que en el caso particular había razones excepcionales que obligaron a las partes involucradas en el acuerdo de GS y al profesional médico que realizó la fecundación in vitro a actuar con rapidez y proceder sin la autorización del juez. ROKAS, K. A. «Greece». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 143-166.

²⁰⁹ Ley 3305/2005, art. 4§1. Para HAZTIS este requisito es inconstitucional por varias razones, entre ellas porque sólo se exige respecto a la comitente y no al comitente. HATZIS, A. N. «From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece». *Portuguese Economic Journal*, vol. 49, núm. 3, 2009. Disponible en: <https://student.cc.uoc.gr/uploadFiles/1110-AE09K/Hatzis%20From%20soft%20to%20hard%20paternalism.pdf>, compulsado el 28/08/2013. Cabe destacar que el requisito de la edad se exige respecto de la comitente, no de la gestante. En 2006, una mujer de 52 años fue autorizada para actuar como gestante en favor de su hija y del marido de su hija. (One Member Court of First Instance of Korinthos no. 224/2006).

- f) Si la gestante está casada, su esposo también debe dar su consentimiento por escrito.
- g) Los óvulos no deben pertenecer a la gestante.²¹⁰ No se permite la GS tradicional.
- h) La gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Esto es a los efectos de evitar el turismo reproductivo.²¹¹

Legitimación y comitentes

El proceso para obtener la autorización judicial debe ser iniciado por la comitente dado que, como se vio, el artículo 1458 del CCG se refiere a dos mujeres: la comitente y la gestante. El hombre, esposo o pareja de la comitente no tiene derecho a iniciar el proceso para obtener la autorización judicial y su paternidad se determina indirectamente sobre la base de que su esposa/pareja es la madre legal del niño, siempre que éste haya dado su consentimiento para el acuerdo de GS.²¹²

De esto se desprende que un hombre sólo no podría iniciar el proceso para obtener la autorización de un acuerdo de GS. Sin embargo, dos casos legales recientes catalogaron a esta disposición como inconstitucional y discriminatoria hacia los hombres solteros. Los jueces autorizaron los acuerdos de GS²¹³ sobre la base del derecho a procrear (art. 5 párr. 1 de la Constitución griega) y del derecho a la igualdad por razones de género (art. 4 párr. 1 de la Constitución griega).

No se permite el acceso a las parejas homosexuales de hombres o mujeres.

Imposibilidad de arrepentimiento de las partes

Una vez autorizado el acuerdo y producida la implantación en la gestante, ésta pierde su derecho a cambiar de opinión y a partir de entonces está obligada a cumplir con los términos del acuerdo²¹⁴ y dar el niño a los comitentes inmediatamente después del nacimiento. En la legislación griega no hay lugar para un «cambio de actitud». Lo mismo se aplica para los comitentes: éstos no

²¹⁰ Art. 3.9 de la Ley 3305/2005.

²¹¹ Para ampliar este punto, véase ROKAS, K. A. «Greece». Cit., pp. 143-166.

²¹² Art. 5 de la Ley 3305/2005.

²¹³ Véase One Member Court of First Instance of Athens no. 2827/2008 y One Member Court of First Instance of Thessaloniki no. 13707/2009.

²¹⁴ Cabe destacar que la gestante siempre conserva su derecho a abortar en las condiciones y los términos de la ley: artículo 304. 4 del Código Penal.

se pueden negar a recibir al niño después de que él/ella nazca, y se los obliga a hacerse cargo del niño según lo establecido en los artículos 1510 y siguientes del CCG.

Filiación e inscripción

Los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después del nacimiento, de la misma forma que los padres biológicos (excepción a la regla *mater semper certa est*). De acuerdo con el art. 1464 del CCG, «en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del art. 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño». Ahora bien, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento, la gestante o la comitente pueden impugnar la maternidad legal si prueba que se trata de una gestación por sustitución tradicional (es decir, que la gestante aportó sus óvulos). En estos casos, la gestante se convierte en la madre legal con efecto retroactivo al día del nacimiento.

El hospital sigue el procedimiento típico para la expedición del certificado de nacimiento (dejando constancia de que se trata de un caso de gestación por sustitución) y los comitentes deberán presentar el certificado al Registro Civil y declarar el nacimiento del niño en diez días (como cualquier otra pareja). No obstante, también deberán presentar en el registro una copia de la resolución judicial.

GS altruista

Como se puede advertir, desde 2002 la gestación por sustitución gestacional y altruista está permitida en Grecia. La ley prohíbe que se remunere a la gestante, aunque deja a salvo la posibilidad de que haya una indemnización razonable por la pérdida de salarios de la gestante y por los gastos que suponen la gestación y el parto.²¹⁵

²¹⁵ El art. 13 de la Ley 3305/2005 establece en su inciso 4: «*The agreement for the surrogacy should be made without financial compensation. The following are not considered as financial compensation: a. The payment for any expenses necessary for the artificial insemination procedure, the pregnancy, the delivery and the childbed. b. The restitution for any damages incurred and lost wages by the surrogate because she left her work or she took an unpaid leave of absence during the periods (and because) of insemination, pregnancy, delivery and childbed.*»

3.1.2.V. Brasil

En Brasil no existe una ley específica sobre gestación por sustitución.²¹⁶ No obstante, el Consejo Federal de Medicina (CFM)²¹⁷ ha emitido una resolución al respecto: la resolución n.º 1358/92 del CFM, que fue derogada por la resolución n.º 1957/2010²¹⁸ y recientemente reformada por la resolución n.º 2.013/13 del 16 de abril de 2013.

El art. 7 de esta resolución establece:

«Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética o en caso de unión homoafectiva.

- 1) La gestante deberá pertenecer a la familia de uno de los comitentes en una relación de parentesco hasta el cuarto grado y en todos los casos se debe respetar el límite de edad de 50 años.
- 2) La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial.
- 3) En las clínicas de reproducción los siguientes documentos y observaciones deben ser incluidos en el prontuario del paciente:
 - Informe médico con perfil psicológico, que acredite la adecuación emocional y clínica de la gestante.
 - Formulario de consentimiento informado firmado por los pacientes (padres genéticos) y por la gestante.

²¹⁶ El proyecto de ley (n.º 1184/2003) expresamente prohíbe la gestación por sustitución en su artículo 3. Disponible en: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>, compulsado el 26/08/2013.

²¹⁷ Entre las responsabilidades del CFM, éste promulga normas para resolver los problemas éticos que la profesión médica enfrenta. Aunque sólo debería ocuparse de la práctica de la medicina, en muchos casos sus resoluciones terminan creando reglas que se aplican a la situación jurídica. No obstante, cabe aclarar que sus actos deben estar de acuerdo con los estatutos federales, la Constitución Federal de Brasil y los principios jurídicos.

²¹⁸ La resolución del año 2010 establecía: «Las clínicas, centros o servicios de reproducción humana podrán crear una situación de gestación de sustitución, cuando exista un problema médico que impida o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. En estos casos, la gestante deberá pertenecer a la familia de la madre biológica, en una relación de parentesco hasta el segundo grado; los demás casos estarán sujetos a la autorización del Consejo Regional de Medicina. La donación temporaria de útero no podrá tener carácter lucrativo o comercial».

- Descripción por el médico tratante, pormenorizada y por escrito de los aspectos médicos de las TRA, con los datos de carácter biológico, legal, éticos y económicos, así como los resultados de la técnica propuesta.
- Contrato entre los pacientes (padres genéticos) y la gestante estableciendo claramente la cuestión de la filiación del niño.
- Aspectos biopsicosociales que intervienen en el embarazo y el parto.
- Los riesgos de la maternidad.
- La imposibilidad de la interrupción del embarazo después de haber iniciado el proceso del embarazo, salvo en los casos previstos por la ley o autorizados judicialmente.
- la Garantía de tratamiento y seguimiento médico, incluyendo equipos multidisciplinarios, en su caso, de ser necesario, para la gestante hasta el puerperio.
- La garantía del registro civil de los niños por los pacientes (padres genéticos), debiendo esta documentación ser proporcionada durante el embarazo.

Si la gestante está casada o en pareja, se debe presentar autorización escrita del cónyuge o pareja.»

Validez de la resolución del CFM y eficacia del acuerdo

La resolución del CFM es precisamente eso: una resolución, por lo que no tiene fuerza de ley. Su incumplimiento por los médicos genera únicamente sanciones administrativas. Consecuentemente, fuera de estos casos la gestación por sustitución no está prohibida. Además, aunque la gestación por sustitución estuviese prohibida, la fuerza vinculante del Código de Ética Médica, por medio de la resolución de 2013, se limita sólo a los profesionales de la medicina, sin perjuicio de la falta de supervisión en cuanto a clínicas especializadas en esta área.

En cuanto a la validez y aplicabilidad del acuerdo de gestación por sustitución, cabe destacar que antes de que entraran en vigor los cambios introducidos en 2013, se estimaba que no se los podía hacer valer en los tribunales en Brasil; se consideraba que lo previsto por la resolución del CFM regulaba la relación médico/paciente y era compatible con las normas de ética médica, aunque para registrar al niño como hijo de los comitentes se requería de una autorización judicial.²¹⁹

²¹⁹ En Brasil se considera como madre a la mujer que dio a luz.

Así, en distintos supuestos el contrato de gestación por sustitución no fue suficiente para permitir la inscripción inmediata del niño en nombre de los comitentes y fue necesario obtener una orden judicial que permitiera registrar a los comitentes como los padres legales del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

El caso más reciente data de enero de 2013. En este supuesto, un juez autorizó la inscripción de los comitentes como padres legales de las gemelas nacidas el 7 de enero de 2013 en in Goiânia, Brasil.²²⁰ La gestante fue una mujer de 51 años que dio a luz a sus nietas, al ser la madre de la comitente. El juez autorizó poner los nombres de los comitentes (también padres genéticos) en el certificado de nacimiento, siendo esto un paso fundamental para el posterior registro de las gemelas en el Registro Civil como hijas de los comitentes.

De conformidad con la decisión judicial, el caso cumplía con todos los requisitos de la resolución del CFM y el artículo 227 de la Constitución de Brasil.

Ahora bien, con los cambios introducidos en 2013, en especial aquellos que hacen referencia a que debe existir un «Contrato entre los pacientes (padres genéticos) y la gestante estableciendo claramente la cuestión de la filiación del niño», y la «garantía del registro civil de los niños por los pacientes (padres genéticos), debiendo esta documentación ser proporcionada durante el embarazo», se presume que ya no será necesaria la intervención judicial a los efectos de poder inscribir a los niños nacidos por gestación por sustitución como hijos de los comitentes. Habrá que esperar para ver cómo funcionan estos requisitos.

Comitentes

Puede ser comitente cualquier persona independientemente de su estado civil u orientación sexual, incluidas expresamente las parejas homosexuales.²²¹

Cabe aclarar, que, como se vio, aun antes de que se modificara la resolución en 2013, se autorizó que una pareja homosexual recurriera a la gestación por sustitución. La inscripción de la copaternidad fue autorizada por sentencia judicial emitida por el juez de 1.^a Vara de Familia de Recife, Clicério Bezerra, sobre la base del derecho a la igualdad, libertad, privacidad y no discriminación.²²²

²²⁰ Disponible en: <http://www.tjgo.jus.br/bw/?p=76830>, compulsado el 26/08/2013.

²²¹ Como se vio, el 14 de mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia de Brasil aprobó la resolución número 175, permitiendo el matrimonio homosexual.

²²² Caso por PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. Requirientes «M.A.A. e W.A.A.» del 28 de febrero de 2012. JUÍZO DE DIREITO DA 1.^a VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE.

GS altruista

La resolución prohíbe expresamente el carácter lucrativo de esta práctica; en otros términos, la gratuidad es un presupuesto de la legalidad.²²³

3.1.2.VI. México. Tabasco

El artículo 92 del Código Civil de Tabasco, en sus párrafos tercero, cuarto y quinto, hace referencia expresa a la gestación por sustitución, distinguiendo entre «maternidad subrogada» y «maternidad gestante sustituta» según la gestante aporte o no material genético.

Así, expresamente el tercer y cuarto párrafo del artículo 92 dicen: «En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso».

Conforme a este artículo, madre gestante sustituta es aquella que aporta la gestación, pero no el material genético, y en estos casos la maternidad le corresponde a la comitente (madre contratante) cuya maternidad se presume.

Esta presunción se aplica independientemente de si la comitente ha aportado o no su propio material genético, conforme lo establece el art. 347 del Código Civil de Tabasco, que dice: «...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató».

²²³ De acuerdo con el art. 199, párrafo 4 de la Constitución Federal, el cuerpo humano y sus sustancias constituyen objetos fuera del comercio y, en ese sentido, la gratuidad en el hecho podría actuar como un presupuesto de legalidad.

Además, en su quinto párrafo el art. 92 prevé: «Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare».

De esta manera, en los casos de madre gestante sustituta, si la gestante está casada, no se presume la paternidad de su marido, sino que como se presume la maternidad de la comitente, quien deberá ser considerada la madre legal, ella y su marido serán los padres.

Lo dicho por este artículo se confirma también con lo expresado por el art. 360 del Código Civil de Tabasco, que sostiene: «Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo».

En cambio, madre subrogada es aquella que aporta la gestación y su propio material genético. En estos casos, conforme el art. 92, para establecer legalmente la maternidad de la comitente deberá recurrirse al procedimiento de la adopción plena.²²⁴

En este sentido, el artículo 399 del Código Civil de Tabasco establece que para que la adopción plena tenga lugar se requiere: [...] «Que el menor a adoptar [...] sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción».

Entonces, como se remite a las reglas de la adopción plena, los comitentes necesariamente deberán reunir los requisitos exigidos por la ley para poder adoptar; entre ellos, ser una pareja heterosexual casada o que viva como marido y mujer (art. 399 y ss. del Código Civil de Tabasco).²²⁵

Ahora bien, en estos casos esta adopción sería una especie de adopción por consentimiento especial, es decir, a favor de personas determinadas: los comitentes con los que se convino el acuerdo de GS y la entrega en adopción.

Vale aclarar que el ordenamiento no especifica las características esenciales ni los requisitos de los acuerdos de GS, ni siquiera si deben ser altruistas o tam-

²²⁴ Art. 398 del Código Civil de Tabasco. Efectos: «Por la adopción plena el adoptado se incorpora a una familia como hijo legítimo, confiriéndole los apellidos de los adoptantes y los mismos derechos, obligaciones y parentesco que la filiación consanguínea».

²²⁵ Cabe tener en cuenta que el art. 165 reconoce el derecho de los cónyuges y de los concubinos a emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su propia descendencia.

bién pueden ser comerciales. Tampoco existe un apartado especial o reforma en la sección de contratos. Los legisladores tabasqueños de 1997, simplemente, dejaron abierta la posibilidad de que una mujer pudiera «contratar el vientre de otra mujer», pero nunca establecieron cómo o bajo qué condiciones o circunstancias se haría. El Código Civil de Tabasco sólo dice que en los casos de «maternidad gestante sustituta» se presume la maternidad de la comitente, que será la madre legal —de lo que parece desprenderse que podrá inscribir al niño como suyo— y en los casos de «maternidad subrogada» deberá acudirse a la adopción —tratándose de una adopción a favor de personas determinadas: los comitentes—, pero sin más detalles.

Se sabe que se realiza en la práctica y las clínicas o centros médicos de este estado la practican.²²⁶ En general, se hace mediante un contrato ante notario público, pero no se tiene conocimiento oficial de ningún caso.²²⁷

3.1.2.VII. *Israel*²²⁸

En Israel, la gestación por sustitución está regulada en la Ley 5756 *sobre acuerdos de gestación por sustitución* de 1996 (*Israeli Embryo Carrying Agreement [Agreement Authorization & Status of the Newborn Child]*) que se sancionó después del caso *Nahmani c. Nahmani*.²²⁹

²²⁶ Véase, por ejemplo: Centro de Cirugía Reproductiva y Ginecología de Villahermosa Tabasco: <http://reprogyn.com.mx/estatic/tratamientos.php>; <http://reprogyn.com.mx/estatic/nota7.php>, compulsado el 26/08/2013.

²²⁷ En el sitio web <http://unhijosposible.wordpress.com> se puede leer el testimonio de Marcela Morell, una argentina que vive en México y que recurrió a la GS en Tabasco para tener a su segundo hijo. Compulsado el 26/08/2013.

²²⁸ Véase TEMAN, E. «The Birth of Surrogacy in Israel». *Journal of Middle East Women's Studies*, vol. 2, iss. 3, 2006, pp. 114-115.

²²⁹ CFH 240/95. 1995-6 IsrLR I. Se trata de una pareja israelí sin hijos que había decidido someterse a un tratamiento por FIV con los últimos óvulos de la mujer para, una vez generados los embriones, recurrir a una gestante en California, ya que la mujer no estaba en condiciones de llevar a término el embarazo. La pareja había firmado un acuerdo con la futura gestante; en cambio, no había concluido con la clínica que practicaría la FIV ningún acuerdo que fijase el destino de los embriones en caso de separación. La pareja se separó antes de la implantación de los embriones en la gestante, y el marido, quien, entre tanto, había tenido hijos con otra mujer, se opuso a la utilización de los embriones. El tribunal de distrito resolvió a favor de la mujer, considerando que el marido no podía retirar su consentimiento a tener un hijo, de igual forma que un hombre que fecunda el óvulo de su mujer en un intercambio sexual. En apelación se anuló esta resolución invocando el derecho fundamental del hombre a no ser obligado a ser padre. Finalmente, la Corte Suprema se pronunció a favor de la mujer por siete votos contra cuatro. Los jueces mayoritarios consideraron que los intereses de la mujer prevalecían sobre los del hombre, concretamente porque había sido privada de toda posibilidad de tener un

Sistema

La Ley 5756 prevé un sistema de preaprobación del acuerdo de GS por parte de un comité.²³⁰

Este comité se compone de dos ginecólogos y obstetras, un especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un trabajador social, un representante de la religión de las partes, y un jurista. Tiene que haber por lo menos tres mujeres y tres hombres.

Requisitos de los comitentes

Los comitentes deben ser una pareja —casada o no— conformada por una mujer y un hombre.²³¹

No se permite acceder a la GS ni a parejas homosexuales²³² ni a personas solas; sin embargo, la constitucionalidad de ambas limitaciones fue puesta en tela de juicio ante la justicia. Respecto de la imposibilidad de que una pareja homosexual pueda acceder a la GS, la Corte Suprema resolvió no discutir la cuestión por haberse creado un comité —como se verá luego— para la revi-

hijo biológico. De esta manera, se resolvió a favor de la mujer teniendo en cuenta que ésta carecía de otras alternativas razonables para procrear. Para una respuesta contraria véase el caso resuelto por el TEDH *Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007.

²³⁰ Art. 3 de la Ley 5756.

²³¹ Art. 1 de la Ley 5756.

²³² Cabe citar el caso de una pareja de mujeres, en el que una de las ellas aportó el óvulo y la otra gestó. Tras el nacimiento del niño, ambas solicitaron a la Corte de Familia ser declaradas madres biológicas (y por lo tanto legales) del niño. Sin embargo, el Procurador General notificó a la Corte de Familia que sólo la gestante, que fue quien dio a luz al niño, podía ser reconocida por el Estado como la madre legal del niño. Para ser reconocida como madre legal la madre genética (aquella que aportó el óvulo) debía adoptar al niño. Esta determinación es acorde con la Ley *sobre donación de gametos* (*Donation of Egg Cells Law, 5770-2010*), conforme a la cual la madre de un niño nacido como resultado de la donación de óvulos es la mujer a la que el óvulo fue donado (art. 42 [a]). La disposición legal sigue lo establecido previamente por la jurisprudencia. (*Ploni (minor) v. Almoni*, Family Case (Tel-Aviv) 3521/98, tak-Family 2001(2), 482.) La pareja se negó a pasar por el proceso de adopción y presentó una demanda ante el tribunal, argumentando que si la donante hubiera sido un hombre y hubiera solicitado una demanda de paternidad en las mismas circunstancias, su reclamo como padre biológico del niño probablemente hubiera sido aceptado, de conformidad con la Ley 5756. Las mujeres hicieron hincapié en que el rechazo de su solicitud importa una discriminación por motivos de género. Como respuesta a esta demanda, en marzo de 2012, las dos mujeres fueron reconocidas como las madres biológicas —y legales— del niño por el Tribunal de Familia. FC 60320-07 *TZ v Tel Aviv DA's Office*. 3.03.12.

sión de esta disposición de la ley.²³³ Respecto de la imposibilidad de las personas solas de acceder a la GS, la Corte Suprema rechazó la reclamación hecha por una mujer soltera y declaró la constitucionalidad de la norma.²³⁴

La comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación.²³⁵

Además, la ley exige que los embriones se hayan creado *in vitro* con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente.²³⁶ Es decir, la ley sólo permite acceder a la gestación por sustitución gestacional, y el esperma debe ser aportado por el padre comitente, ya que de lo contrario el hijo se consideraría «ilegítimo».

Las razones expuestas por el Comité Insler para establecer la prohibición de la donación anónima de esperma fueron médicas (riesgo de matrimonios entre parientes), sociales (el derecho a conocer el origen genético), psicológicas (la necesidad de conocer la identidad del padre genético) y religiosas (el riesgo de *Mamzerut* —un concepto halájico judío sobre la ilegitimidad a través de relaciones prohibidas).²³⁷

Requisitos de la gestante

La gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, con la comitente;²³⁸ además, debe tener entre 22 y 38 años y debe ser soltera o divorciada —no puede estar casada—, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible para celebrarlo con una mujer soltera.²³⁹

Además, la gestante debe tener un hijo previo propio, pero no más de tres y no debe haber actuado más de dos veces como gestante.

La ley también exige que la gestante profese la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado.²⁴⁰

²³³ HCJ 1078/10 *Pinkas v The Approval Committee*. 30.6.10.

²³⁴ HCJ 2458/01 *New Family v The approval Committee*. 23.12.02.

²³⁵ Art. 4(2) de la Ley 5756.

²³⁶ Art. 2(4) de la Ley 5756.

²³⁷ Véase el *Report by the public committee to examine the subject of entitlement to conclude the Embryo Carrying Agreement (Insler Committee)*, p. 7. Disponible en: www.health.gov.il/Download/pages/insler_internet.pdf (en hebreo).

²³⁸ Art. 1, 2(3)(b) de la Ley 5756.

²³⁹ Art. 2(3)(a) de la Ley 5756.

²⁴⁰ Art. 2(5) de la Ley 5756.

GS altruista

La ley sólo permite la GS altruista, pero admite que el comité apruebe pagos mensuales a la gestante que cubran los gastos importantes que implica llevar a cabo el acuerdo, incluidos los gastos de asesoría legal y seguro, la indemnización por el tiempo usado y por el «dolor» generado, la pérdida de ingresos y de capacidad de ganancia, y cualquier otro gasto razonable.

Filiación

La ley establece que la paternidad/maternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial, y que el embarazo de la gestante tiene que provocarse en un hospital público autorizado para realizar GS. Las autoridades sociales deben ser informadas del embarazo y del día estimado del parto durante el quinto mes del embarazo, y el parto debe notificarse dentro de las 24 horas posteriores. Los comitentes reciben al niño nacido bajo la presencia de las autoridades sociales, quienes son las guardianas del niño hasta que se pronuncie el juez. Así, los comitentes tienen que iniciar un procedimiento judicial para obtener una orden parental dentro de los siete días posteriores al nacimiento. Esta orden parental es concedida salvo que el interés superior del niño demande otra solución. La regla por defecto establecida por la ley es que los comitentes deben ser los padres legales del niño.²⁴¹

Posibilidad de arrepentimiento

La ley dispone que la gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba que es en el mejor interés del niño.²⁴² Tras la concesión de una orden parental, la gestante no podrá resolver el contrato.²⁴³ Cabe advertir que, desde que la Ley entró en vigor, en 1996, ninguna gestante ha tratado de resolver el contrato y convertirse en la madre legal.²⁴⁴

²⁴¹ SHAKARGY, S. «Israel». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 231-245.

²⁴² Art. 13 (a) de la Ley 5756.

²⁴³ Art. 13 (b) de la Ley 5756.

²⁴⁴ SHALEV, C. «Israel». En: MONÉGER, F. (dir.). *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood, Société de législation compare*. París, 2011, pp. 179-192. Los datos recogidos se refieren al período 1996-2009, en el que 265 niños nacieron en Israel por GS, y se basan en los registros del comité legal.

GS internacional

La ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de gestación por sustitución realizados en Israel. No obstante, la posición adoptada tanto por el Ministerio de Justicia, representado por el Procurador General, como por los tribunales ha sido que la ley israelí no prohíbe ni sanciona la gestación por sustitución extraterritorial. En consecuencia, la gestación por sustitución internacional ha sido utilizada eficazmente por parejas del mismo sexo que no pueden realizar estos acuerdos bajo la Ley 5756.

Cuando el niño nace en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de GS, es necesario probar, a través de una prueba de ADN, que es hijo genético de alguno de los comitentes. Una vez probado el vínculo genético, el niño es considerado hijo natural del comitente y así registrado, sin mencionar el acuerdo de GS. Es decir, no queda registro del acuerdo de GS, lo cual, en palabras de Shakargy, es irónico si se tiene en cuenta que uno de los motivos por los cuales se sancionó la ley israelí sobre GS fue para evitar que las personas acudan a la GS en el extranjero.²⁴⁵ El otro comitente, que no aportó el material genético, debe recurrir a la adopción.

Cabe destacar que en marzo de 2012 la justicia de familia de Tel Aviv autorizó que la comitente que había aportado sus gametos, previa prueba de ADN, sea inscrita como la madre legal de los gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en Georgia, sin necesidad de acudir a la adopción,²⁴⁶ procedimiento que previamente sólo estaba disponible para el hombre.

Ahora bien, como la Ley 5756 no se aplica a la gestación por sustitución que se lleva a cabo en el extranjero, en los casos en los que no hay vínculo genético la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción.

Perspectivas de futuro

El Ministerio de Salud de Israel ha creado un comité de expertos para modificar las leyes relativas a las técnicas de reproducción asistida, a la gestación por sustitución y a otros procesos relacionados con la fertilidad.

²⁴⁵ SHAKARGY, S. «Israel». Cit., p. 242.

²⁴⁶ Véase PARASZCZUK, J. «Judge: Biological mom of surrogate twins born abroad doesn't have to adopt them. Tel Aviv court rules mother can undergo DNA testing to prove maternity». *Jerusalem Post*, 08/03/2012, p. 5.

El 20 de mayo de 2012, este comité presentó un informe²⁴⁷ al director general del Ministerio después de la celebración de 22 sesiones llevadas a cabo durante 18 meses de deliberaciones. Estas recomendaciones están siendo estudiadas por la Secretaría de Salud y los legisladores en el Knesset.

En cuanto a la gestación por sustitución, el comité recomienda que una mujer casada pueda actuar como gestante en lugar de que sólo puedan serlo las mujeres solteras, como es el caso hoy en día. Para el comité, los acuerdos de GS sólo deberían admitirse si una pareja no tiene más de un hijo, o si es para una mujer o un hombre solo, si él/ella no tiene hijos. La edad máxima para ser padres a través de la GS debería ser de 54 años cuando se firma el convenio, y la gestante debería tener hasta 38 años. Además, se recomienda que la gestación por sustitución se permita a nuevos grupos, como las mujeres solteras que tienen una condición médica que les impide gestar, a hombres solteros, y a parejas homosexuales, pero sólo si la mujer que gesta lo hace por motivos altruistas, sin recibir pago. También se aconseja que una mujer sólo actúe como gestante un máximo de tres veces. Por último, un comité interministerial reconocería clínicas extranjeras para la ejecución de los acuerdos de GS.

3.1.2.VIII. Sudáfrica

Sudáfrica captó la atención mundial en 1987 cuando Pat Anthony actuó como gestante para su hija, Karen Ferreira-Jorge, dando a luz a sus nietos y a su vez convirtiéndose en la primera gestante del mundo que dio a luz a trillizos. Ahora bien, ante la falta de norma legal, se comenzó un proceso que culminó con la reforma de la *Children's Act*, n.º 38 de 2005. Así, en Sudáfrica la gestación por sustitución está regulada en el capítulo 19 de esta ley, que entró en vigor en 2010.

Sistema. Autorización judicial

La *Children's Act* prevé un sistema de preaprobación en el que el acuerdo de gestación por sustitución tiene que ser autorizado judicialmente con carácter previo a la provocación del embarazo de la gestante,²⁴⁸ aclarando además que la provocación del embarazo de la gestante no puede tener lugar después de trans-

²⁴⁷ Mor Yossef report.

²⁴⁸ Art. 296(1)(a) *Children's Act*.

curridos 18 meses de autorizado el acuerdo;²⁴⁹ es decir, la gestante debe quedar embarazada dentro de los 18 meses de autorizada la gestación por sustitución.

El interés superior del niño

En Sudáfrica, el acuerdo sólo se puede aprobar judicialmente si se tiene en cuenta el bienestar del niño por nacer. Se debe tener especialmente en cuenta el contacto, el cuidado, y el bienestar general del niño, que, según la ley, tiene derecho a nacer en un entorno estable. También debe considerarse su situación en caso de muerte de uno o ambos comitentes, o de su divorcio o separación.²⁵⁰ En otras palabras, el interés superior del niño es el principal aspecto que se debe tener en cuenta y es fundamental,²⁵¹ por lo que las disposiciones del capítulo 19 de la *Children's Act* deben leerse en el contexto del capítulo 2 de la Constitución de Sudáfrica, que, entre otras cosas, consagra el derecho al cuidado parental²⁵² y declara que el interés superior del niño es de suma importancia y primordial.²⁵³

Requisitos del acuerdo

El acuerdo debe ser por escrito, firmado por todas las partes y celebrado dentro de Sudáfrica. Además, se exige que al menos unos de los comitentes, o el comitente si se trata de una persona sola, la gestante y su cónyuge, en su caso, estén domiciliados en el país.²⁵⁴

Si la gestante está casada o en pareja se requiere el consentimiento por escrito de su cónyuge o pareja (incluidas parejas del mismo sexo);²⁵⁵ aunque la ley aclara que si el cónyuge o pareja de la gestante que no es la madre genética del niño (gestación por sustitución gestacional) irrazonablemente revoca su consentimiento, el juez puede igualmente autorizar el acuerdo sin su consentimiento.²⁵⁶

²⁴⁹ Art. 296(i)(b) *Children's Act*.

²⁵⁰ Art. 295(d) *Children's Act*.

²⁵¹ Art. 295(e) *Children's Act*.

²⁵² Art. 28(1)(a) de la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996.

²⁵³ Art. 28(2) de la Constitución de la República de Sudáfrica, 1996.

²⁵⁴ Art. 292 (a)(b)(c)(d) *Children's Act*.

²⁵⁵ Antes de la entrada en vigor de la *Children's Act*, la Corte Constitucional estableció en el caso *J v Director-General, Department of Home Affairs* 2003 (5) SA 621(CC) que si el óvulo de una mujer y el espermatozoide de un donante se han utilizado para la inseminación artificial de otra mujer, y las dos mujeres están viviendo juntas de forma permanente, el niño nacido de esa inseminación se considerará a todos los efectos como hijo legítimo de las dos mujeres.

²⁵⁶ Art. 293 (1) (2) (3) *Children's Act*.

GS altruista

De conformidad con la ley, ninguna persona, en el marco de un acuerdo de GS, puede prometer dar a otra persona, o recibir de otra persona una compensación, dinero o recompensa de ningún tipo.²⁵⁷ No es ejecutable ninguna promesa o acuerdo por el que se convenga el pago de cualquier compensación a la gestante o a cualquier otra persona,²⁵⁸ salvo que se trate de:

- 1) La compensación por los gastos directamente relacionados con la fecundación artificial de la gestante, el embarazo resultante, el nacimiento del niño, y la confirmación del acuerdo de gestación por sustitución por el Tribunal Supremo.²⁵⁹
- 2) La pérdida de ingresos incurridos por la gestante, como resultado del acuerdo de gestación por sustitución.²⁶⁰
- 3) El seguro para indemnizar a la gestante por muerte o incapacidad que pueda resultar de la gestación y el nacimiento del niño que accedió a gestar.²⁶¹

Los profesionales médicos o juristas que prestan un servicio profesional de buena fe relacionado con el acuerdo de gestación por sustitución (por ejemplo, la elaboración del contrato) y con su ejecución (por ejemplo, la inseminación artificial de la gestante) tienen derecho a una compensación razonable por sus servicios.²⁶²

Requisitos de la gestante

- 1) Ser legalmente competente para firmar un acuerdo de gestación por sustitución.²⁶³
- 2) En todos los aspectos, ser una persona idónea para actuar como gestante.²⁶⁴

²⁵⁷ Art. 301(1) *Children's Act*.

²⁵⁸ Art. 301(2) *Children's Act*.

²⁵⁹ Art. 301(2)(a) *Children's Act*.

²⁶⁰ Art. 301(2)(b) *Children's Act*.

²⁶¹ Art. 301(2)(c) *Children's Act*.

²⁶² Art. 301(3) *Children's Act*.

²⁶³ Art. 295(c)(i) *Children's Act*.

²⁶⁴ Art. 295(c)(ii) *Children's Act*.

- 3) Entender y aceptar las consecuencias jurídicas del acuerdo de gestación por sustitución, incluyendo sus derechos y obligaciones en los términos del acuerdo y las disposiciones de la ley.²⁶⁵
- 4) No utilizar la GS como una fuente de ingresos.²⁶⁶
- 5) Haber celebrado el acuerdo de gestación por sustitución con fines altruistas y no por razones comerciales.²⁶⁷
- 6) Tener una historia documentada de al menos un embarazo y un parto viable.²⁶⁸
- 7) Tener un niño propio vivo.²⁶⁹
- 8) Entregar al niño a los comitentes tan pronto como sea razonablemente posible después del nacimiento del niño.²⁷⁰

La ley no exige expresamente que la gestante no aporte su material genético, por lo que puede tratarse de gestación por sustitución gestacional o tradicional, aunque en general se tratará de la primera en virtud de que, como se verá, la ley exige que, cuando sea posible, ambos comitentes aporten su material genético.

Requisitos de los comitentes o del comitente

Pueden acudir a la GS las parejas casadas o no, heterosexuales u homosexuales²⁷¹ o las personas solas. La ley no pone límites en cuanto al estado civil o la orientación sexual del o de los comitentes. Ya se vio que en el caso *Ex parte: WH and Others* (29936/11)²⁷² se reconoció la copaternidad de un matrimonio homosexual que acudió a la gestación por sustitución.

²⁶⁵ Art. 295(c)(iii) *Children's Act*.

²⁶⁶ Art. 295(c)(iv) *Children's Act*.

²⁶⁷ Art. 295(c)(v) *Children's Act*.

²⁶⁸ Art. 295(c)(vi) *Children's Act*.

²⁶⁹ Art. 295(c)(vii) *Children's Act*.

²⁷⁰ Art. 297(1)(b) *Children's Act*.

²⁷¹ Cabe recordar que Sudáfrica admitió legalmente el matrimonio entre personas del mismo sexo mediante la *Civil Union Act* de 2006. Las parejas del mismo sexo tiene los mismos derechos y deben ser tratadas exactamente igual que las parejas heterosexuales. Esto ha sido también reconocido en diferentes sentencias, tales como *Minister of Home Affairs v Fourie and Another* 2006(1) SA 546 CC; *Du Toit v Minister of Welfare Population Development* 2003(2) SA 196 CC; *J v Director General Department of Home Affairs* 2002(5) BCL on 436 CC; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs* 2002(6) SA 1 CC; *Gory v Glover NO and Others* 2007(4) SA 97 CC.

²⁷² [2011] ZAGPPHC 185; 2011 (6) SA 514 (GNP).

La ley exige que ambos aporten su material genético, o en el caso de persona sola que ésta aporte su material genético; no obstante, se aclara que si esto no es posible por razones biológicas, médicas u otras válidas, se debe aportar el gameto de al menos uno de los comitentes o del comitente cuando es persona sola.²⁷³

Además, los comitentes deben reunir los siguientes requisitos:

- 1) El o los comitentes deben ser incapaces de dar a luz a un niño y esa condición debe ser permanente e irreversible.²⁷⁴
- 2) El o los comitentes:
 - a) Deben ser competentes para realizar un acuerdo de gestación por sustitución.²⁷⁵
 - b) Deben ser, en todos los aspectos, personas adecuadas para aceptar la paternidad del niño que se concibe.²⁷⁶
 - c) Deben comprender y aceptar las consecuencias legales del acuerdo y sus derechos y obligaciones.²⁷⁷

Efectos del acuerdo de gestación por sustitución

Si el acuerdo de gestación por sustitución es aprobado judicialmente, el niño nacido como resultado de ese acuerdo es considerado a todos los efectos como hijo de el/los comitente/s desde el momento del nacimiento,²⁷⁸ y no tiene ningún derecho de mantenimiento o sucesorios en contra de la gestante su cónyuge o pareja o alguno de sus familiares.²⁷⁹

Como se puede advertir, no es necesario llevar a cabo ningún proceso de adopción legal después de que el niño ha nacido. Siempre que hay un acuerdo

²⁷³ Art. 294 *Children's Act*. Pretorius considera que este requisito es discriminatorio, ya que es posible que ambos comitentes sufran de infertilidad (masculina y femenina), y que no puedan acudir a la adopción dado que puede haber largas listas de espera para bebés recién nacidos, por ejemplo, o la persona o la pareja puede ser demasiado vieja para calificar como padre adoptivo. Es por esto por lo que sostiene que tal disposición infringe potencialmente el derecho de una persona estéril a tomar decisiones con respecto a la reproducción, contemplado en la sección 12 (2) (a) de la Constitución de Sudáfrica, incluidos sus derechos a la dignidad y privacidad (arts. 10 y 14 de la Constitución). PRETORIUS, D. «Practical aspects of surrogate motherhood». *De Jure*, 24, 1991, pp. 59-61; «Surrogate motherhood: A detailed commentary on the draft bill». *De Rebus*, 114, 1996, pp. 117-119.

²⁷⁴ Art. 295 (a) *Children's Act*.

²⁷⁵ Art. 295 (bi) *Children's Act*.

²⁷⁶ Art. 295 (bii) *Children's Act*.

²⁷⁷ Art. 295 (biii) *Children's Act*.

²⁷⁸ Art. 297(1)(a) *Children's Act*.

²⁷⁹ Art. 297(1)(f) *Children's Act*.

válido de gestación por sustitución, el/los comitente/s pueden estar seguros de que desde el momento en que el niño nace es legalmente su hijo, y sus nombres figurarán en el certificado de nacimiento.

Si se trata de un acuerdo que no ha sido autorizado por el tribunal según lo estipulado en los términos de la ley, o de uno que no cumple con los requisitos que exige la ley, el niño que nazca en esos casos se considerará hijo legal de la persona que da a luz; en otras palabras, será hijo de la gestante.²⁸⁰

Resolución del acuerdo

De conformidad con la ley, si la gestante aportó el material genético (GS tradicional) tiene derecho a resolver el acuerdo de gestación por sustitución en cualquier momento antes de transcurridos sesenta días después del nacimiento del niño, mediante la presentación de un aviso al tribunal a estos fines y con este efecto.²⁸¹ El tribunal sólo resolverá el acuerdo si está convencido de que la decisión de la gestante es de carácter voluntario y entiende las consecuencias, pudiendo el juez emitir cualquier otra orden que estime conveniente en el interés superior del niño. La gestante no incurrirá en ninguna responsabilidad si ejerce ese derecho, aunque sí deberá compensar a los comitentes por los gastos en que incurrieron como consecuencia del acuerdo, según lo dispuesto en la ley.²⁸²

Estas disposiciones establecen una distinción clara entre la gestación por sustitución tradicional y gestacional en el contexto de la adquisición de derechos parentales. Mientras en la gestación por sustitución gestacional el acuerdo de gestación por sustitución le confiere a los comitentes derechos parentales desde el momento del nacimiento del niño, en el caso de gestación por sustitución tradicional, los derechos parentales están suspendidos por un período de «reflexión» de sesenta días siguientes al nacimiento, período durante el cual la gestante tiene derecho a resolver el acuerdo y quedarse con el niño.

Aborto

La gestante puede decidir interrumpir el embarazo en los términos de la Ley *para la elección de la interrupción del embarazo* (*Choice on the Termination of*

²⁸⁰ Art. 297(2) *Children's Act*.

²⁸¹ Art. 298(1) *Children's Act*.

²⁸² Art. 301 *Children's Act*.

Pregnancy Act, 1996),²⁸³ que contempla la posibilidad de practicar un aborto a petición de la mujer durante las primeras doce semanas de gestación.²⁸⁴

La gestante tiene que informar a los comitentes y consultarlos antes de proceder a realizar el aborto.²⁸⁵ Éstos, sin embargo, no pueden impedirselo. La *Ley para la elección de la interrupción del embarazo* establece claramente que es un delito penal prevenir la terminación legal de un embarazo o impedir el acceso a una instalación para llevar a cabo el aborto.²⁸⁶

La gestante no incurrirá en ninguna responsabilidad si ejerce su derecho a interrumpir del embarazo, aunque sí deberá compensar a los comitentes por los gastos en que incurrieron como consecuencia del acuerdo, según lo dispuesto en la ley, salvo que el aborto se haya producido por motivos médicos.²⁸⁷

3.1.3. Admisión amplia

3.1.3.1. Rusia²⁸⁸

En Rusia, los aspectos legales de la gestación por sustitución se rigen por tres leyes federales y un acto jurídico gubernamental (orden). Éstos son:

- 1) El Código de Familia de la Federación de Rusia de 1995, que contiene dos artículos, uno concerniente al registro de la filiación del niño nacido por gestación por sustitución [art. 51, párr. 4 (2)] y otro que regula la impugnación de paternidad y maternidad en relación con un niño concebido por fecundación in vitro y nacido por gestación por sustitución [art. 52, párr. 3 (2)].
- 2) La *Ley Federal de salud (Federal Law on the Basis of Protection of Citizens' Health*, No. 323-FZ) aprobada en noviembre de 2011, en vigor desde el 1 de enero de 2012, que deroga la ley de 1993.²⁸⁹

²⁸³ Véase también el art. 300(1) *Children's Act*.

²⁸⁴ Art. 2 de la *Ley para la elección de la interrupción del embarazo*.

²⁸⁵ Art. 300(2) *Children's Act*.

²⁸⁶ Art. 10 de la *Ley para la elección de la interrupción del embarazo*.

²⁸⁷ Art. 300(3) *Children's Act*.

²⁸⁸ Véase KHAZOVA, O. «Russia». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 311-323.

²⁸⁹ *Ley para la protección de la salud de los ciudadanos (Fundamentals of Legislation on Protection of Citizens' Health)* n.º 5487-I de 1993.

- 3) La Ley Federal *sobre los actos de Registro del estado civil* de 1997 (*Federal Law on the Acts of Registration of Civil Status*, 1997), que, siguiendo la norma contenida en el Código de Familia, se limita a clarificar algunos detalles relativos a la inscripción del nacimiento de un niño nacido de una gestante [art. 16 (5)].
- 4) La Orden n.º 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia *sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina* del 26 de febrero de 2003, que regula la parte médica de la gestación por sustitución.

Sobre la base de este marco jurídico, procederé al análisis de los requisitos y las condiciones de la GS en Rusia.

Requisitos de la gestante

En Rusia pueden ser gestantes las mujeres que hayan consentido voluntariamente la participación en dicho programa y que reúnan los requisitos siguientes:

- Tener una edad de entre 20 y 35 años.
- Tener al menos un hijo propio sano.
- Tener una buena salud psíquica y somática.

La Ley Federal *de salud* de 2011 establece que si la gestante está casada sólo puede actuar como tal con el consentimiento de su marido. Además, sólo admite la gestación por sustitución gestacional, de modo que la gestante no puede aportar sus gametos.²⁹⁰

Requisitos de los comitentes

En lo que respecta a los comitentes, en Rusia la «gestación por sustitución» consistía en la gestación de un niño genéticamente «ajeno» a la gestante para una pareja conyugal,²⁹¹ de conformidad con la Ley *para la protección de la salud de los ciudadanos* de 1993; el art. 51, párr. 4.2 del Código de Familia y el art. 16

²⁹⁰ La Ley Federal *de salud* de 2011 prohíbe la gestación por sustitución tradicional estableciendo que la gestante no puede ser la donante de ovocitos (art. 55 [10]).

²⁹¹ De conformidad con el Código de Familia, solamente se reconoce el matrimonio contraído ante un órgano del Registro Civil, art. 50 (10), celebración del matrimonio: «1. El matrimonio se contrae ante órganos del Registro Civil. 2. Los derechos y las obligaciones de los cónyuges nacen a partir de la inscripción del matrimonio por un órgano del Registro Civil».

párr. 5 de la Ley Federal *sobre los actos de Registro del estado civil* de 1997. Es decir, en principio debía tratarse de un matrimonio. No obstante, en los casos presentados ante la justicia que se conocen,²⁹² los juzgados han obligado a los órganos del Registro Civil a inscribir a los niños nacidos mediante gestación por sustitución a favor de parejas no casadas²⁹³ o de personas solas²⁹⁴ y esto, podría decirse, ha sido admitido por la nueva Ley Federal *de salud* de 2011.

Así, por un lado, la Ley Federal *de salud* de 2011 define la gestación por sustitución como «la gestación y el dar a luz a un niño (incluyendo el nacimiento prematuro) en virtud de un contrato celebrado entre una gestante (una mujer que gesta un feto luego de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyo material genético fue utilizado para la fecundación, o una mujer sola, para quien es imposible gestar y dar a luz a un niño por razones médicas». Por otro lado, la Ley Federal *de salud* de 2011 regula quiénes pueden tener acceso a las tecnologías de reproducción asistida. El art. 55 (3) dice: «Un hombre y una mujer, casada y no casada, tienen derecho a tener acceso a la reproducción asistida, siempre que dieren su consentimiento informado a la intervención médica, una mujer soltera también tiene derecho a tener acceso a la reproducción asistida si ella dio su consentimiento informado a la intervención médica».

Entonces, hoy, tras la entrada en vigor de la Ley Federal *de salud* de 2011, expresamente se permite acceder a la GS a las parejas casadas y no casadas. Ahora bien, aunque la ley en ambos supuestos menciona a las mujeres solas, nada dice respecto de la posibilidad de que un hombre solo pueda acudir a la gestación por sustitución. Algunos autores consideran que, respecto a esto último, habrá que esperar para ver cómo funciona la nueva ley en la práctica, considerando que no permitir el acceso de hombres solos a la GS comportaría un trato discriminatorio contrario a la Constitución.²⁹⁵

²⁹² Véase, por ejemplo, la sentencia RF de la Corte Suprema en el caso n.º 78-08-1314 del 8 de septiembre de 2008.

²⁹³ No obstante lo establecido por la ley, el 16 de marzo de 2010 el Tribunal de Tverskoy de Moscú consideró ilegítima la negativa del Registro Civil de Tverskoy a inscribir a un niño dado a luz para una pareja que no estuvo casada a la hora de contratar el programa de gestación por sustitución. Dicha sentencia es una confirmación de que el matrimonio no era un requisito indispensable para llevar a cabo un programa de GS en Rusia. Fuente: Rosjurconsulting. <http://jurconsult.ru/es/>, compulsada el 27/08/2012.

²⁹⁴ Recientemente, en dos casos en los que los peticionantes eran «padres solos» se resolvió a su favor y fueron registrados como los padres legales de los niños nacidos mediante gestación por sustitución con ovocitos de donante. Véase www.surrogacy.ru/surrogacy_news8.php; www.jurconsult.ru/news/news40.php and www.jurconsult.ru/news/news39.php, compulsado el 12/02/2013.

²⁹⁵ KHAZOVA, O. «Russia». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). Cit., pp. 311- 323, en p. 316.

Filiación

Si bien la filiación se determina a favor de los comitentes, el Código de Familia exige que la gestante otorgue su consentimiento para que los comitentes sean inscritos como los padres del nacido. Así, el art. 51, párr. 4 establece: «Los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste, podrán ser inscritos como los padres del niño sólo con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (gestante)».

La constitucionalidad de esta disposición fue cuestionada recientemente ante el Tribunal Constitucional de Rusia. Se trataba de un acuerdo de GS en el que la gestante se había registrado a sí misma como madre. El planteamiento no tuvo éxito y el estado de la gestante como madre legal del niño se mantuvo, declarándose la constitucionalidad de la disposición.²⁹⁶

Esta norma se basa en el viejo principio de derecho romano «*mater semper certa est*» («la madre es siempre cierta»).

Si la gestante otorga su consentimiento (consecuentemente no hace uso de su derecho a quedarse con el niño) y los comitentes son registrados como los padres legales, el estado del niño y los derechos y deberes de los padres son absolutamente los mismos que en el caso de un niño concebido de manera natural. El procedimiento para el registro es también el mismo, de modo que se procede como cualquier registro ordinario de nacimiento de un niño, con una excepción: los comitentes deben presentar, además de los documentos que se requieren para la inscripción de un nacimiento, una «nota oficial» de la clínica médica que confirma que la gestante dio su consentimiento para el registro de los comitentes como los padres legales.²⁹⁷

Si la gestante decide quedarse con el niño y se niega a dar su consentimiento para que los comitentes sean registrados como los padres legales, entonces ella será registrada como la madre legal del niño, de la misma manera que una madre «natural», mediante la presentación de su documento de identificación y el certificado médico que acredite que ella dio a luz al niño.

Hasta hace muy poco no había ninguna norma que demandara el consentimiento del esposo de la gestante si ella estaba casada. Esto se traducía en que si la gestante decidía quedarse con el niño, su marido era considerado por la ley como

²⁹⁶ Constitutional Court ruling of 15.05.2012 No. 88-O.

²⁹⁷ *Federal Law on Registration of Civil Status* 1997, art. 16 (5).

el padre legal debido a la presunción de paternidad. Esta brecha se cerró con la nueva Ley Federal *de salud* de 2011, que establece, como se ha señalado, que la mujer casada puede actuar como gestante sólo con el consentimiento por escrito de su marido.²⁹⁸ En consecuencia, si él ha dado su consentimiento para ello, y la gestante (su esposa) no presta su consentimiento, él será el padre legal del niño.

Gestación por sustitución comercial

Los pagos no están regulados en absoluto en la legislación rusa, y de ello se desprende que la gestación por sustitución puede ser tanto altruista como comercial.

Se sabe que los gastos médicos de las gestantes y la pérdida de ingresos se compensan habitualmente, pero además, las gestantes suelen pedir un pago mensual.

En cuanto a los pagos por los «servicios prestados», las partes en general tratan de hacerlo de forma oculta; en primer lugar, porque no está claro cómo podría ser aceptado e interpretado por los tribunales en caso de controversia, y, en segundo lugar, porque dicho pago es un ingreso para una gestante, y consecuentemente está sujeto a impuestos. Estas dos consideraciones pueden, en gran medida, explicar por qué las partes prefieren mantener los acuerdos en privado y, si hay algún problema, resolverlos en silencio y no ir a los tribunales. En 2010, los servicios de una gestante en Rusia costaban aproximadamente 15,000-20,000 USD.²⁹⁹

Aborto

Los acuerdos de gestación por sustitución no pueden contener disposiciones que prohíban a la gestante interrumpir el embarazo, de conformidad con la legislación rusa que contempla el derecho de toda mujer a decidir las cuestiones relativas a la maternidad.³⁰⁰

3.1.3.II. *Ucrania*³⁰¹

Ucrania es un país que tiene uno de los enfoques más liberales sobre gestación por sustitución.

²⁹⁸ Art. 55 (10) Ley Federal *de salud* de 2011.

²⁹⁹ KHAZOVA, O. «Russia». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). Cit., pp. 311- 323.

³⁰⁰ Art. 56. Ley Federal *de salud* de 2011.

³⁰¹ Véase DRUZENKO, G. «Ukraine». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 357-365.

El artículo 281 (7) del Código Civil, de forma general, sostiene que «una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley». Es necesario mencionar que este artículo se titula «El derecho a la vida» y que todas sus disposiciones se refieren a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad.

De conformidad con esta disposición, el Ministerio de Salud de Ucrania emitió la *Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida (Instruction on the Application of Assisted Reproductive Technologies)*,³⁰² que contiene una lista de tecnologías reproductivas, incluida la gestación por sustitución.

Filiación

El Código de Familia de Ucrania, en su artículo 123.2, establece que «si un embrión concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer, los padres del niño será el matrimonio». Es decir, el Código de Familia consagra explícitamente que los padres de todo niño nacido de una gestante son los cónyuges que aportaron a tal efecto sus gametos y recurrieron a los servicios de esa mujer. Además, el art. 139 del mismo código impide que la gestante reclame la filiación materna respecto del niño concebido con material genético de los comitentes.³⁰³

Sin embargo, el Reglamento de Registro Civil de Ucrania establece que la gestante debe dar su consentimiento ante notario para que los comitentes sean registrados como los padres del niño.³⁰⁴ En teoría, si una gestante se niega a dar su consentimiento, los comitentes no tendrían más remedio que iniciar una acción y requerir que un tribunal ordene a la oficina del Registro Civil que los inscriba como padres del niño.

Requisitos de los comitentes

En primer lugar, la pareja debe estar casada, dado que sólo los «cónyuges» gozan del derecho a ser registrados como padres de su hijo genético nacido de

³⁰² La instrucción fue aprobada por una orden del Ministerio de Salud de Ucrania, n.º 771, de 23 de diciembre de 2009.

³⁰³ Art. 139(2) Código de Familia de Ucrania.

³⁰⁴ Párrafo 11 de la sección 1 del capítulo III del Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, del 18 de octubre 2000, núm. 52/5.

una gestante (artículo 123 [2] del Código de Familia de Ucrania antes citado). En este sentido, el Reglamento de Registro Civil de Ucrania establece: «En el caso de un niño dado a luz por la mujer a la que se le implantó un embrión humano concebido por los cónyuges por medio de técnicas de reproducción asistida, el registro del nacimiento se realizará a favor de los cónyuges que han dado su consentimiento para el implante».³⁰⁵

Como en Ucrania sólo es legal el matrimonio heterosexual, las parejas del mismo sexo, así como las personas solas, no pueden acudir a la GS.

Ahora bien, para evitar cualquier ambigüedad en la ley y dar una respuesta inequívoca a la cuestión de si una pareja del mismo sexo casada bajo una jurisdicción que reconoce el matrimonio homosexual podría ser reconocida como comitentes en Ucrania, el Parlamento del país modificó el citado artículo 123 (2) del Código de Familia.³⁰⁶ La enmienda sólo introduce una breve frase entre corchetes, «(un hombre y una mujer)», después de las palabras «concebido por los cónyuges». Por lo tanto, a partir de que la Ley núm. 3760-VI entró en vigor el 14 de octubre de 2011, es imposible que cónyuges del mismo sexo sean comitentes en Ucrania.³⁰⁷

En segundo lugar, para que los comitentes sean registrados como los padres de un niño nacido por GS deben presentar ante el registro un certificado que confirme que el material genético usado pertenece por lo menos a uno de ellos,³⁰⁸ aunque aún no está claro quién está autorizado para emitir tales certificados, sus requisitos y el procedimiento de expedición. Por lo tanto, si se usan tanto gametos de donantes masculinos como femeninos no se podrá proceder al reconocimiento de los comitentes como los padres del niño según la legislación ucraniana, dado que el vínculo genético entre por lo menos uno de ellos y el niño es un requisito legal para tal reconocimiento y registro.

³⁰⁵ Párrafo 11 de la sección 1 del capítulo III del Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia de Ucrania, del 18 de octubre 2000, núm. 52/5.

³⁰⁶ Ley 3760-VI del 20 de septiembre de 2011.

³⁰⁷ Un caso muy conocido fue el del matrimonio homosexual belga conformado por Peter Meurrens y Laurent Ghilain, que recurrieron a la gestación por sustitución en Ucrania y tuvieron un hijo, Samuel, quien pasó más de dos años en un orfanato ucraniano esperando que Bélgica le otorgara los papeles que necesitaba para salir del país, debido a que no era ciudadano de Ucrania. Sucede que para la ley belga, Samuel tampoco era ciudadano de Bélgica, porque ese país no tiene regulada la GS, por lo que alegaba no poder emitir los documentos legales. En febrero de 2011, el gobierno belga emitió un pasaporte para Samuel y así llegó a Bélgica con sus padres. Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011, p. 125. Volveré sobre este caso al analizar la GS internacional. Cabe destacar que desde que las últimas modificaciones al Código de Familia de Ucrania entraron en vigor, la historia descrita sería imposible.

³⁰⁸ Párrafo 11 de la sección 1 del capítulo III del Reglamento de Registro Civil de Ucrania aprobado por la Orden del Ministerio de Justicia, de 18 de octubre 2000, núm. 52/5.

Además, los comitentes tienen que ser incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término o de dar a luz de manera natural. Las indicaciones médicas están precisadas en la *Instrucción sobre la Aplicación de Técnicas de Reproducción Asistida*, que establece que la GS podría aplicarse únicamente en casos de infertilidad de los cónyuges o de alto riesgo para la mujer y/o la salud del niño, en particular, en caso de:

- Ausencia de útero.
- Deformación de la cavidad uterina, haciendo el embarazo y el parto imposible.
- Enfermedades severas, haciendo imposible la duración del embarazo.
- Múltiples intentos fallidos de implantación.

Requisitos de la gestante

Bajo la legislación de Ucrania no es posible la gestación por sustitución «tradicional». En tal caso, la madre gestante y genética sería la misma persona y por lo tanto sería imposible registrar a otra mujer como madre del niño. Cabe recordar que el artículo 123 (2) del Código de Familia de Ucrania y sus derivados sólo comprenden el caso en que «un embrión humano concebido por los cónyuges (un hombre y una mujer) por medio de técnicas de reproducción asistida se ha transferido al cuerpo de otra mujer».

Además, las gestantes deben ser adultas, competentes, haber tenido al menos un hijo propio sano con anterioridad, gozar de buena salud física y psíquica y no tener contraindicaciones médicas.

Por último, como se dijo, debe manifestar su consentimiento por escrito.

Gestación por sustitución comercial

La legislación de Ucrania no se pronuncia sobre la GS comercial. Sin embargo, el Código Civil del país establece el principio de libertad contractual como una de las bases generales de la legislación civil.³⁰⁹ El artículo 627 del Código Civil detalla lo que significa la libertad de contratación estableciendo lo siguiente: «Las partes podrán celebrar un contrato, elegir una contraparte y determinar las estipulaciones del contrato, teniendo en cuenta los requisitos de este

³⁰⁹ Art 3(3) Código Civil de Ucrania.

Código, otros actos de la legislación civil, las prácticas habituales del negocio y los requisitos de racionalidad y justicia».

Estas disposiciones establecen las bases para la GS comercial en Ucrania, ya que determinan que ésta no está prohibida por la legislación, por lo que es, pues, completamente legal.³¹⁰

3.1.3.III. India

En la India no existe actualmente una ley que regule la GS; sin embargo, la GS comercial se lleva a cabo en la práctica,³¹¹ estimándose que se ha duplicado en los últimos años,³¹² y se la considera legal en virtud de que no existe una ley que expresamente la prohíba.³¹³

El Indian Council of Medical Research (ICMR, Consejo Indio de Investigación médica) ha elaborado un proyecto de ley, *Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules 2010*, pero aún no ha sido aprobado. Cabe destacar que, de aprobarse esta ley, la GS comercial será plenamente legal en el país, dado que este proyecto la admite expresamente.

La necesidad de regulación ha sido advertida por los propios tribunales de la India.³¹⁴ La falta de marco legal provoca abusos e injusticias de los que son víctimas las gestantes y que han sido denunciados en el informe *Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial*, elaborado por el Centro de Investigación Social.³¹⁵

Ante la ausencia de ley, la GS comercial en la India se rige por las *National guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics, in India* (Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de las clínicas de TRA en la India) promulgadas por el Ministerio de Salud y Bienestar, el Consejo

³¹⁰ Véase DRUZENKO, G. «Ukraine». Cit., pp. 357-365, en p. 359.

³¹¹ Se paga generalmente entre 25.000 y 30.000 dólares. Law Commission of India. «Need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy». Reporte núm. 28, 5 de agosto de 2008.

³¹² Centre for Social Research. «Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial». Disponible en: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>, consultado el 26/08/2013.

³¹³ Law Commission of India. «Need for legislation to regulate assisted reproductive technology clinics as well as rights and obligations of parties to a surrogacy». Cit.

³¹⁴ Véase el caso *Jan Balaz v. Anand Municipality*, No. 3020, Special Civil Application (Gujarat H.C. 2008). El párrafo 21 de la sentencia establece: «Hay una extrema necesidad y urgencia en sancionar la legislación que responda a estos problemas».

³¹⁵ Entre otros, falta de consentimiento, abortos no consentidos ni informados, falta de pagos a las gestantes... Centre for Social Research. «Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial». Cit.

Indio de Investigación Médica y la Academia Nacional de Ciencias Médicas en el año 2005; en adelante, «las guías».

Requisitos de la gestante

Las guías establecen que la gestante no debe tener más de 45 años, debe someterse a estudios de VIH y, si es pariente de los comitentes, debe entonces pertenecer a la misma generación. Además, una mujer no puede actuar como gestante más de tres veces.³¹⁶

Las guías desalientan la GS tradicional al establecer que «la donante de óvulos no puede también actuar como gestante de la pareja destinataria de la donación de esos óvulos».³¹⁷

Requisitos de los comitentes

Respecto de los comitentes, sólo se exige que sean física o medicamento incapaces de llevar a término un embarazo, es decir, que tengan una necesidad médica para acudir a la GS.³¹⁸

Filiación

De conformidad con las guías, la gestante no es considerada como la madre legal. Se presume que el niño nacido por GS es «hijo legítimo de la pareja, nacido dentro del matrimonio, con el consentimiento de ambos esposos».³¹⁹ Tampoco los donantes de esperma u óvulos tienen derecho parental alguno respecto del niño que nace por GS.

El certificado de nacimiento se expide a nombre de los padres genéticos, es decir, del o de los comitentes que aportaron su material genético,³²⁰ por lo que éstos deben demostrar su vínculo genético a través de un examen de ADN.³²¹ Si ambos comitentes aportan su material genético, los dos figuran en el certificado de nacimiento. Ahora bien, si sólo el comitente hombre aportó sus gametos y se recurrió a una donante de óvulos o si sólo el comitente hombre

³¹⁶ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3. 10.

³¹⁷ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3.5.4.

³¹⁸ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3.10.2.

³¹⁹ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3.16.1.

³²⁰ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3.5.4.

³²¹ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3.10.1. Si prueban el vínculo genético, entonces no necesitan adoptar al niño.

aportó su material genético y los óvulos fueron aportados por la gestante (GS tradicional), entonces el certificado de nacimiento se expide a nombre del comitente y la gestante. No obstante, se han reportado casos en los que el comitente es un hombre solo, y el certificado de nacimiento se ha expedido con su nombre sin mencionar a la gestante.³²²

GS comercial

Las guías admiten expresamente el pago de una retribución a la gestante además de los pagos necesarios para cubrir todas las expensas asociadas con el embarazo y el período posparto. Se establece que el monto de la retribución debe determinarse de común acuerdo entre los comitentes y la gestante.³²³

GS internacional

Como consecuencia del flexible marco descrito, la India se ha convertido en uno de los destinos más populares para realizar un acuerdo de GS internacional, aunque, como se verá, provocando muchas veces graves problemas.³²⁴

³²² Por ejemplo, el caso *C*, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, el 6 de abril de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164, en el que un comitente belga, aportando su material genético, recurre a la GS en la India. Volveré sobre este caso al analizar el turismo reproductivo y la GS internacional.

³²³ *Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3.5.4.

³²⁴ Véanse, entre otros, los casos argentinos: *Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012*; *Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11-01-2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo*, inédito y juzgado de Primera Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo (JFlia)(SanLorenzo). 02/07/2012, «S.G.E.F.y.G.C.E.» *DFyP* 2013 (abril), p. 57, con nota de Alejandro Aldo Menicocci. Cita Online: AR/JUR/62130/2012; Los casos franceses: *Corte de Apelaciones del 29 de marzo de 2011, n.º 10/02646*; *Corte de apelaciones de Rennes, 6º ch, sect. A, 21 de febrero de 2012, n.º 11/02758, Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirincq y resolución del Consejo de Estado francés del 4 de mayo de 2011, núm. 348778. Los casos ingleses: *Re A and Another v P and Others* [2011] EWHC 1738 (Fam); *Z v C* (Parental Order: Domicile) [2011] EWHC 3181 (Fam); *In the Matter of D and L* (Minors) [2012] EWHC 2631 (Fam); *Re K* (Minors: Foreign Surrogacy) [2010] EWHC 1180 (Fam), [2011] 1 FLR 533. Los casos holandeses: *Rechtbank Haarlem* (Interlocutory proceedings - Voorzieningenrechter), del 10 de enero de 2011, LJN: BP0426; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 24 de octubre de 2011, LJN: BU 3627. El caso belga de *Amelie y Nina*. Civ. Nivelles, del 6 de abril de 2011. El caso japonés *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr*. Writ petition No 369 de 2008 de la Suprema Corte de la India. Los casos alemanes: *Union of India & ANR v Jan Balaz and others*, Civil Appeal No 8714 de 2010 de la Suprema Corte de la India; *Verwaltungsgericht (VG) Berlín*, del 26 de noviembre de 2009 - VG 11 L 396.09; *Verwaltungsgericht (VG) Berlín*, del 15 de abril de 2011- VG 23 L 79.11. Todos analizados a lo largo de este trabajo.

Hasta el año 2012, un ciudadano de cualquier país podía ir a la India, con independencia de su estado civil u orientación sexual, para realizar un acuerdo de GS. El «régimen de visados» era muy liberal, bastando una visa de turista para poder acudir a la GS en ese país. Sin embargo, el Gobierno indio ha modificado recientemente la normativa; el 9 de julio de 2012, el Ministerio del Interior dio instrucciones a todas las embajadas y ordenó emitir *visas médicas* en lugar de visados turísticos para todas las parejas potenciales que quieran ir al país para acudir a la GS. Además, de conformidad con estas instrucciones, se exige que toda pareja que solicite la visa médica haya estado casada por un mínimo de dos años con un certificado válido. El matrimonio debe además poseer una carta que emane de la embajada de su país de origen que indique claramente que reconoce la GS y que se permitirá la entrada del niño nacido por GS en dicho país como hijo biológico de esa pareja.³²⁵

Como consecuencia de esta resolución, los casos de GS internacional han disminuido notoriamente en la India, dado que muchos comitentes no reúnen los requisitos exigidos.

3.1.3.IV. México, Sinaloa

El 6 de febrero de 2013 fue publicado el Decreto número 742 del Congreso del Estado, mediante el cual se expide el Código Familiar del Estado de Sinaloa, que entró en vigor a los treinta días después de su publicación en el Periódico Oficial del Estado.

Este código familiar regula expresamente la gestación por sustitución, previendo la posibilidad de que ésta sea tanto altruista como comercial.

El artículo 283 la define diciendo que «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».

De la definición se desprenden varias características que son desarrolladas en los artículos siguientes, y que analizaré a continuación.

³²⁵ Este requisito está impidiendo que un matrimonio que tuvo gemelos a través de la GS en la India pueda salir del país. Véase SERRANO, M. «Atrapada en la India con dos bebés». *Opinión La Coruña*, 26/08/2013. Disponible en: <http://www.laopinioncoruna.es/contraportada/2013/08/26/atrapada-india-bebes/755712.html>, compulsado el 26/08/2013.

Modalidades. GS tradicional y gestacional, altruista y comercial

De conformidad con el artículo 284, la GS admite las siguientes modalidades:

I. «Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante; también conocida como gestación por sustitución tradicional.»

II. «Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante»; también conocida como gestación por sustitución gestacional.

De la letra de este artículo se desprende que el Código de Familia admite que el comitente sea también una persona sola, dado que habla de pareja o persona contratante.

III. «Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación».

IV. «Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita».

Conforme ya se adelantó, el código familiar consagra expresamente la gestación por sustitución comercial. Además, la gestante puede demandar civilmente a los comitentes el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal.

Requisitos de la gestante

El Código exige que la gestante tenga entre 25 y 35 años, tenga al menos un hijo consanguíneo sano y una buena salud psicosomática y que haya dado su consentimiento voluntario para actuar como gestante.

El artículo 285 aclara que «ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser madre subrogada gestante. A ésta se le realizará una visita domiciliaria por personal de la unidad de trabajo social del hospital tratante, para comprobar que su entorno familiar sea estable, libre de violencia y su condición económica y social sea favorable para su adecuado desarrollo». Además, «la madre subrogada gestante deberá acredi-

tar mediante dictamen médico que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula, y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento».

Requisitos de los comitentes

Pueden ser comitentes tanto parejas —casadas o no— heterosexuales como personas solas. No pueden serlo las parejas homosexuales. Expresamente se habla de hombre y mujer.³²⁶

Se exige que la mujer tenga imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

Sistema. Ante notario público mediante instrumento de GS

La gestación por sustitución se realiza a través de un contrato ante notario público quien tiene a su cargo la verificación del cumplimiento de los requisitos de las partes que intervendrán en la práctica de la GS.

Es decir, el consentimiento de las partes deberá manifestarse ante notario público, a través del Instrumento para la Maternidad Subrogada que debe ser firmado por los comitentes, la gestante, el intérprete si fuera necesario uno, el notario público, el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

El consentimiento debe ser indubitable y expreso. Los derechos y las obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal para su firma.³²⁷

De conformidad con el artículo 288, es nulo el Instrumento para la Maternidad Subrogada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.³²⁸
- II. No cumpla con los requisitos y las formalidades que señala este Código.
- III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana.

³²⁶ Art. 283 del Código Familiar.

³²⁷ Art. 286 del Código Familiar.

³²⁸ Además, conforme al artículo 295, «el instrumento para la maternidad subrogada carece de validez, cuando haya existido error o dolo, respecto a la identidad de los padres subrogados por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados e interponer denuncias penales, en su caso».

iv. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Ahora bien, el código familiar aclara que la nulidad del documento no lo exime de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia.

En cuanto a los requerimientos del Instrumento para la Maternidad Subrogada, el artículo 290 sostiene que podrá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:

i. Ser ciudadano mexicano.

ii. Poseer capacidad de goce y ejercicio.

iii. La gestante acredite mediante certificado médico, expedido por el médico tratante, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero (el médico tratante deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes).

iv. La mujer gestante otorgue su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo la implantación del embrión, y acepte su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional y a concluir su relación subrogada, respecto del niño y los padres subrogados con el nacimiento.

v. La mujer gestante cumpla con los requisitos que establece este Código.

Médicos

El artículo 289 sostiene que «los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica informarán ampliamente de las consecuencias médicas y legales de la implantación de preembriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación».

Además, el médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir cumplen con las formalidades y los requisitos legales y físicos.

El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la implantación y que sean necesarios para comprobar el buen estado de salud física y mental de la mujer gestante, y que no posee «ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional».³²⁹

³²⁹ Art. 291 del Código Familiar.

Filiación

De conformidad con el artículo 293, «una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados».

Es decir, desde la fecundación el niño por nacer es hijo de los comitentes, aclarando el artículo 294 que «el certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido».

3.2. La gestación por sustitución en Estados Unidos³³⁰

Teniendo en cuenta el grado de desarrollo legislativo y jurisprudencial de la GS en Estados Unidos, analizo la situación de ese país en un apartado propio, dado, además, que los estados del país han adoptado distintas respuestas y soluciones ante la GS.³³¹

Esto último se debe a que la décima enmienda de la Constitución de los Estados Unidos establece: «Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los estados, queda reservados a los estados respectivamente o al pueblo». Conforme a esta disposición y al concepto de «soberanía estatal» que crea, la facultad de establecer y regular la paternidad siempre ha

³³⁰ Véase HINSON, D. S., MCBRIEN, M. «Surrogacy Across America». *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012, p. 32, y SNYDER, S. «United States of America». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 387-395.

³³¹ Desde comienzos de la década de 1970, se calcula que más de 25.000 mujeres han actuado como gestantes en Estados Unidos y han dado a luz legalmente a través de un proceso comercial de gestación por sustitución. KEEN, J. «Surrogate relishes unique role». *USA Today*, 23/01/2007. Disponible en: http://usatoday30.usatoday.com/news/health/2007-01-22-surrogate-role_x.htm, compulsado el 12/02/2013.

sido históricamente una función estatal, no federal. Por lo tanto, no hay ninguna ley federal o reglamento que contemple la GS y la filiación de los hijos resultantes, ya sea positiva o negativamente. Corresponde a cada estado individualmente determinar si la regularán y cómo sus respectivas leyes tratarán los acuerdos de GS y la filiación de los niños nacidos de esos acuerdos.

Sobre esta base, la legislación estatal relativa a la GS es muy variable, y generalmente queda comprendida en una de las siguientes tres categorías.

La primera categoría incluye los estados cuyas legislaturas han tomado la iniciativa de aprobar leyes específicas sobre GS, ya sean prohibitivas o permisivas. Dentro de esta primera categoría existen entonces dos grupos: los estados que prohíben la GS y los estados que la permiten.

La segunda categoría incluye los estados que no tienen leyes relativas a la GS, pero cuyos tribunales han dictado precedentes jurisprudenciales aplicables.

La tercera categoría incluye los estados que no tienen ni ley ni jurisprudencia sobre GS.³³²

Entre los estados que expresamente prohíben la GS se encuentran Arizona³³³ y el distrito de Columbia,³³⁴ que vedan los convenios de gestación por sustitución en todas sus formas. Por su parte, la legislación de Michigan persigue criminalmente a los que sean parte o faciliten un contrato de este tipo,³³⁵ mientras que en Nueva York³³⁶ y Nebraska los convenios de gestación están prohibidos si media compensación.³³⁷

Por su parte, en el segundo grupo se encuentra un número importante de estados que expresamente permiten la GS, entre estos, Texas³³⁸ y Utah,³³⁹ que adoptaron la *Uniform Parentage Act*,³⁴⁰ y consecuentemente exigen que el acuerdo de GS sea aprobado por autoridad judicial siempre que se cumpla con una

³³² Como por ejemplo Alaska, Alabama, Colorado, Delaware, Idaho, Georgia, Kansas, Kentucky, Minnesota, Maine, Montana, Mississippi, Missouri, Oregon, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Wisconsin y Wyoming.

³³³ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 25-218 (2007).

³³⁴ D.C. CODE § 16-401, 402 (2009).

³³⁵ MICH. COMP. LAWS §722.851-861 (2009).

³³⁶ N.Y. DOM. REL. LAW § 122 (2009).

³³⁷ NEB. REV. STAT. § 25-21, 200 (2009).

³³⁸ TEX. FA. CODE ANN. § 160.751.

³³⁹ UTAH CODE ANN. § 78B-15-801 a 809 (2009).

³⁴⁰ La *Uniform Parentage Act* (Ley de Paternidad Uniforme, UPA) es una ley modelo creada por la Conferencia Nacional de Comisionados sobre Leyes Estatales Uniformes («NCCUSL») para ayudar a las legislaturas en la adopción de normas sobre familia. La UPA fue modificada nuevamente en 2002. Esta ley regula, en sus artículos 801 a 809, los contratos de gestación por sustitución gestacional («gestational agreements»), es decir, aquellos en los que la gestante gesta con gametos de la pareja comitente o de donante o donantes.

serie de requisitos expresamente regulados en la ley.³⁴¹ Así, sólo permiten la gestación por sustitución para parejas heterosexuales casadas, la comitente tiene que ser incapaz de concebir o de llevar a término un embarazo, debe tratarse de gestación por sustitución gestacional, y la gestante debe haber tenido al menos un hijo propio sano.³⁴²

En Texas y Utah la gestante y su marido (si está casada) deben efectuar un acuerdo por escrito con los comitentes por el que renuncian a sus derechos parentales, y que debe ser parte de la aprobación judicial; siendo así, la pareja comitente se convierte en los padres legales del niño que nazca, y el certificado de nacimiento se expide en su nombre.

Una de las legislaciones más permisivas en materia de GS, si no la más permisiva, es la de Illinois, que sancionó la ley de gestación por sustitución gestacional para «establecer normas consistentes y procedimientos seguros para la protección de todas las partes envueltas en un contrato de gestación por sustitución y para confirmar el estatus legal de los niños nacidos como resultado de esos contratos».³⁴³

Illinois protege a las parejas casadas, no casadas y a las personas solas. La gestante no puede aportar sus propios óvulos y por lo menos uno de los comitentes debe estar genéticamente relacionado con el niño. Bajo un acuerdo válido, los comitentes son los padres legales inmediatamente después del nacimiento; esta paternidad, además, se establece automáticamente sin intervención de los tribunales. Antes del nacimiento son los abogados de las partes los que verifican el cumplimiento de todas las disposiciones de la ley que rige la GS.

En cuanto a los requisitos de la gestante, ésta debe: 1) tener al menos 21 años; 2) haber dado a luz al menos a un hijo; 3) haber completado una evaluación física y mental; 4) haber efectuado consultas legales; 5) tener seguro de salud que cubra los tratamientos médicos y la hospitalización, y que éste tenga vigencia durante la fecha del parto y hasta ocho semanas después del nacimiento del niño.³⁴⁴ En cuanto a los requisitos que debe reunir el/la o la pareja comitente, la ley establece que: 1) el/ella o al menos uno de los miembros de la pareja debe aportar el material genético con el que se creará el embrión que se implantará en la gestante;³⁴⁵ 2) debe tener la necesidad médica de recurrir a la

³⁴¹ TEX FA. CODE ANN. § 160.756.

³⁴² TEX FA. CODE ANN. § 160.754.

³⁴³ 750 ILL. COMP. STAT. § 47/5 (2008).

³⁴⁴ 750 ILL. COMP. STAT. § 47/20 (a) (2008).

³⁴⁵ La ley establece que incluso si un embrión equivocado es implantado en la gestante, de modo que los comitentes no resultan ser los padres genéticos, estos últimos serán igualmente los padres legales, salvo que el juez decida otra cosa. Section 4(6)(d).

gestación por sustitución y que ello conste en una declaración jurada de un médico especialista; 3) debe haber completado un examen de salud mental; 4) debe haber efectuado consultas legales.³⁴⁶

Además, el contrato de gestación por sustitución debe reunir los requisitos legales.³⁴⁷ En el contrato, la gestante (y su marido si está casada) deben prometer transferir el niño a la pareja comitente inmediatamente después del nacimiento y la pareja comitente (o el comitente) debe prometer aceptar al niño inmediatamente después de su nacimiento y asumir la responsabilidad por su apoyo. Si las partes no cumplen con alguno de los requisitos legales, los tribunales estarán facultados para determinar la custodia legal basada en la «intención» de las partes.³⁴⁸

Cabe destacar que Illinois permite expresamente la GS comercial. Así, admite que se pague a la gestante no sólo gastos razonables, sino también una retribución razonable.

Dentro de este grupo que permite legalmente la GS también se encuentra el estado de Virginia. La legislación de Virginia admite los acuerdos de gestación por sustitución autorizados por el juez, que evaluará la idoneidad de los comitentes para ser padres, así como su situación socioeconómica. Sin embargo, también reconoce aquellos contratos que no fueron judicialmente preautorizados, aunque éstos reciben diferente tratamiento de acuerdo con la ley.³⁴⁹

Para que un contrato pueda ser autorizado judicialmente debe reunir los siguientes requisitos: 1) la gestante debe haber tenido al menos un hijo propio sano; 2) la gestante debe estar casada; 3) su marido debe firmar el contrato; 4) el contrato de gestación por sustitución debe contener cláusulas relativas a los gastos médicos y al embarazo; 5) todas las partes en el contrato deben haberse sometido a pruebas físicas, psicológicas y exámenes y orientaciones psicológicas; 6) todas las partes deben haber sido debidamente asesoradas; 7) la comitente debe ser estéril o incapaz de gestar un niño, o incapaz de hacerlo sin riesgo para el niño o para la salud física o mental de ella o del niño; 8) al menos uno de los comitentes debe ser el padre genético del niño que nazca como consecuencia del acuerdo.³⁵⁰

Cuando el contrato es autorizado judicialmente, los miembros de la pareja comitente son considerados los padres legales del niño, salvo que la gestante

³⁴⁶ 750 ILL. COMP. STAT. § 47/20 (b) (2008).

³⁴⁷ 750 ILL. COMP. STAT. § 47/25(c) (2008).

³⁴⁸ 750 ILL. COMP. STAT. § 47/25(e) (2008).

³⁴⁹ VA. CODE ANN. § 20-158 D (2004).

³⁵⁰ VA. CODE ANN. § 20-160(B) (2004).

—que sea a su vez madre genética— decida terminar el contrato dentro de los 180 días siguientes de comenzado el embarazo.³⁵¹

En cambio, los contratos que se realicen sin la autorización judicial previa serán ejecutables sólo en la medida que sus cláusulas puedan ser modificadas para que coincidan con los requisitos legales. La paternidad legal del niño se determina según se apliquen ciertos factores: Si la comitente es la madre genética, entonces será la madre legal.³⁵² Es decir, en principio la gestante es la madre legal, salvo que la comitente sea la madre genética, en cuyo caso ésta será la madre legal. Si ninguno de los comitentes es padre genético, el comitente será el padre legal. Sin embargo, si la gestante está casada, su marido es parte del contrato y la gestante ejerce su derecho a quedarse con el niño, entonces la gestante y su marido serán los padres legales. En este caso, la pareja comitente sólo podrán ser padres legales a través de los procedimientos de adopción.

Florida³⁵³ también ha admitido legalmente la GS y su ley contiene requisitos previstos para proteger a los participantes del contrato. De conformidad con esta legislación, para que un contrato de gestación por sustitución sea ejecutable: 1) la pareja comitente debe estar casada y ambos deben ser mayores de 18 años; 2) la gestante debe tener al menos 18 años, y 3) un médico debe determinar que la comitente es físicamente incapaz de llevar un embarazo a término, o que no puede hacerlo sin riesgo para su salud física o para la salud del feto.³⁵⁴ La ley también establece que la gestante se debe comprometer a renunciar a sus derechos parentales una vez nacido el niño y que la pareja comitente se debe comprometer a asumir los derechos y las responsabilidades parentales del niño inmediatamente después de su nacimiento, independientemente de cualquier incapacidad que pueda sufrir éste. Ahora bien, la ley aclara que la gestante se debe comprometer a asumir los derechos y las responsabilidades parentales del niño nacido si se determina que ninguno de los miembros de la pareja comitente es el padre genético.

En cuanto al establecimiento de la filiación, dentro de los tres días siguientes de nacido el niño, los comitentes deben solicitar al juez competente una declaración de paternidad.³⁵⁵

También New Hampshire tiene una legislación comprensiva. Bajo la ley de este estado, un contrato de gestación por sustitución es ejecutable sólo si ha sido

³⁵¹ VA. CODE ANN. § 20-161 (b) (2004).

³⁵² VA. CODE ANN. § 20-158 (e) (2004).

³⁵³ FLA. STAT. 742.15 (2008). (4).

³⁵⁴ FLA. STAT. 742.15 (2008).

³⁵⁵ FLA. STAT. 742.16 (2008).

previamente autorizado por un juez.³⁵⁶ Para que el contrato pueda ser autorizado judicialmente, la pareja comitente (deben estar casados),³⁵⁷ la gestante y su marido (si tiene) deben reunir una serie de requisitos legales: 1) todas las partes deben tener al menos 21 años; 2) la comitente debe ser medicamente incapaz de dar a luz a un niño; 3) uno de los miembros de la pareja comitente debe proveer del material genético que se utilizará para crear el embrión que se implantará; 4) la comitente o la gestante podrán proporcionar el óvulo, y 5) la gestante debe haber tenido por lo menos un niño vivo.³⁵⁸ El contrato de gestación por sustitución sólo podrá ser autorizado por los tribunales si reúne los siguientes requisitos: 1) las partes deben haber manifestado su consentimiento informado; 2) las partes deben haber completado los procesos de asesoría y evaluación; 3) el contrato reúne los requisitos legales y no contiene ninguna cláusula prohibida, y 4) el contrato debe contemplar y ser a favor del mejor interés del niño.³⁵⁹

Conforme la ley de New Hampshire, todos los contratos de gestación por sustitución deben darle a la gestante el derecho a resolver el contrato hasta dentro de las 72 horas contadas a partir del nacimiento del niño.³⁶⁰ Si la gestante no ejerce ese derecho dentro de ese período de tiempo, entonces sus derechos parentales habrán caducado automáticamente.

Ahora bien, además de estos estados, como se vio, existen otros que si bien no tienen ley, la gestación por sustitución comercial ha sido admitida jurisprudencialmente.

Éstos son California,³⁶¹ Carolina del Sur,³⁶² Pensilvania,³⁶³ Massachusetts,³⁶⁴ y Ohio.³⁶⁵

En California, el reconocimiento de la filiación que puede resultar de un acuerdo de gestación por sustitución no es automático, sino que requiere que,

³⁵⁶ N.H. REV. STAT. ANN. § 168-B:16 (2008).

³⁵⁷ N.H. REV. STAT. ANN. § 168-B:1. (2008).

³⁵⁸ N.H. REV. STAT. ANN. § 168-B:17 (2008).

³⁵⁹ N.H. REV. STAT. ANN. § 168-B:23 (2008).

³⁶⁰ N.H. REV. STAT. ANN. § 168-B:25 (2008).

³⁶¹ *Johnson v. Calvert*, 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993), y *Buzzanca v. Buzzanca*, 72 Cal. Rptr. 2d 280 (Cal. Ct. App. 1998), ya analizados.

³⁶² *Mid-South Ins. Co. v. Doe*, 274 F.Supp.2d 757 (D.S.C. 2003).

³⁶³ *J.F. v. D.B.*, 897 A.2d 1261 (Pa. Super. Ct. 2006).

³⁶⁴ *Culliton v. Beth Israel Deaconess Med. Ctr.*, 756 N.E.2d 1133 (Mass. 2001; *R.R. v. M.H.*, 689 N.E.2d 790 (Mass. 1998) y *Hodas v. Morin*, 442 Mass. 544 (2004).

³⁶⁵ *Belsito v. Clark*, 644 N.E.2d 760 (1994), *J.F. v. D.B.*, 879 N.E.2d 740 (2007) y *SN v. MB*, 188 Ohio App. 3d 324 - 2010.

una vez celebrado, la parte interesada inste el procedimiento judicial regulado en la sección 7630 (f) del *California Family Code*, dirigido a determinar la filiación que pueda derivar, conforme con la voluntad de las partes (*intention*) expresada en el acuerdo. Este procedimiento, dirigido a confirmar los derechos parentales, pretende establecer la filiación del nacido respecto de los miembros de la pareja comitente a partir de una sentencia (*pre-birth judgement*) que declara la filiación a su favor (sec. 7633 Cal. Fam. Code). El procedimiento también tiene por finalidad extinguir la filiación que se pueda establecer respecto de la gestante y de su marido si está casada.³⁶⁶ Este procedimiento, que se acostumbra a iniciar durante el segundo trimestre de gestación, se diferencia expresamente de la adopción, ya que el órgano judicial decide en unidad de acto, sin necesidad de valorar previamente la idoneidad de la pareja comitente. La sentencia recaída ordena al hospital que justo después del parto incluya los nombres de la pareja comitente en el certificado original de nacimiento. Con ello, se evita tener que recurrir a la adopción y el nacido ve reconocida legalmente su filiación desde este mismo momento. Dicho certificado debe inscribirse en la Oficina Estatal de los Registros Vitales (*The California Office of Vital Records*) durante los diez días siguientes al nacimiento, junto con la «*pre-birth judgement*» que establece la filiación a su favor. Si ésta no se aporta, la oficina designará a la gestante como madre legal y, si está casada, a su marido, en virtud de la presunción de paternidad matrimonial de la sec. 7611 Cal. Fam. Code.³⁶⁷

Cuando quien recurre a la gestación por sustitución es una pareja homosexual, la sentencia puede ordenar que conste el nombre de los dos hombres en el certificado, uno en la casilla «*father*» y el otro en la de «*mother*», o bien que conste el término más neutro «*parent*» delante de cada nombre. Cabe tener en cuenta que el art. 7690 del Código de Familia de California establece que el comitente es «un individuo, casado o no, que manifiesta su intención de estar unido legalmente como «*parent*» del niño nacido como consecuencia de repro-

³⁶⁶ De lo contrario, entraría en juego la presunción de paternidad matrimonial que opera en la mayoría de ordenamientos. Según la sección 7611 del *Cal. Fam. Code*, «*a man is presumed to be the natural father of a child if he meets the conditions provided in Chapter 1 (commencing with Section 7540) or Chapter 3 (commencing with Section 7570) of Part 2 or in any of the following subdivisions:*

(a) *He and the child's natural mother are or have been married to each other and the child is born during the marriage, or within 300 days after the marriage is terminated by death, annulment, declaration of invalidity, or divorce, or after a judgment of separation is entered by a court [...]*».

³⁶⁷ FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California». Cit., p. 12.

ducción asistida». De esta manera, se establece una filiación que es neutral tanto respecto al genero como al estado civil.³⁶⁸

Por último, respecto de la tercera categoría de estados, cabe destacar que, en la mayoría de los estados que carecen de ley y de jurisprudencia relativa a la GS, la filiación se establece de acuerdo con las leyes preexistentes relativas a la paternidad, la maternidad, la terminación de la responsabilidad parental y la adopción.

Ahora bien, aunque en Estados Unidos existen tres categorías de estados (los que tienen ley, los que admiten la GS por vía jurisprudencial y los que no dicen nada), cabe tener en cuenta que en todos los estados que se incluyen en cada una de estas tres categorías (incluidas los de legislación prohibitiva), la GS se está realizando con éxito y está contando con el visto bueno de los tribunales competentes en los casos en los que se solicita la determinación de la filiación y se cuenta con la cooperación y aprobación de todas las partes. Ésta es la situación de prácticamente todos los casos de GS en los Estados Unidos. Incluso en Nueva York y Michigan, donde se criminaliza la compensación, existen órdenes judiciales que declaran la filiación de los comitentes bajo la ley existente, siempre y cuando las partes estén de acuerdo.³⁶⁹

³⁶⁸ Véase HORSEY, K. «Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements». *Child and Family Law Quarterly*, 22(4), 2010, pp. 449-474 y SHULTZ, M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood...». Cit., pp. 297-398.

³⁶⁹ Véase, entre otros, *Doe v. NYC Bd. of Health*, 782 N.Y.S.2d 180; *Arredondo v Nodelman*, 622 NYS2d 181 (1994). Véase también lo resuelto por la Supreme Court of the State of New York, Appellate Division: Second Judicial Department en el caso *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health* (6557/09) de 9 de agosto de 2011, que permitió reconocer la maternidad de la comitente —también aportante de material genético— sin necesidad de acudir a la adopción, sobre la base de considerar que tiene autoridad para emitir una orden de filiación materna. Se sostuvo que la discriminación entre las exigencias de una orden materna y paterna de filiación después del nacimiento no está justificada, y que la validez del contrato de gestación por sustitución es irrelevante para esa cuestión, ya que al tribunal no se le pide hacer cumplir ese contrato.

La gestación por sustitución internacional

1. EL «TURISMO REPRODUCTIVO»

Las diferentes respuestas de los diversos ordenamientos jurídicos provocan una consecuencia inevitable, que es el turismo reproductivo.

Aunque en general se lo conoce con ese término, la ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology) se ha mostrado especialmente crítica con esa terminología porque considera que banaliza las razones por las cuales los individuos acceden a las TRA y, en su lugar, ha optado por la ya conocida expresión más neutra «*Cross-border reproductive care*» (CBRC).¹

Por otro lado, la expresión «turismo reproductivo» resulta, en cualquier caso, difícil de armonizar con la idea de «turismo» como viaje de placer, aunque guarda coherencia con la definición cada vez más utilizada de turismo como industria, y deviene una manifestación más del fenómeno globalizador.²

En términos generales, el «turismo reproductivo» puede definirse como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA.³ El motivo del desplazamiento varía según los países, pero la razón más común es la evasión de la ley cuando la técnica está prohibida ya sea por sí misma o cuando un grupo particular se encuentra excluido del acceso al tratamiento (como por ejemplo parejas homosexuales, personas solas, personas mayores de una determinada edad, etc.). Otras limitaciones de acceso son las largas listas de espera. También se argumenta como otras razones para viajar la mejor calidad de la atención y el costo más barato del tratamiento.⁴

¹ SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A. P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V. «Cross border reproductive care in six European countries». *Human Reproduction*, vol. 25, núm. 6, 2010, pp. 1361-1368. Disponible en: <http://humrep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361>, compulsado el 26/08/2013.

² FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la gestación por sustitución en California...». Cit., p. 16.

³ STORROW, R. F. «Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory». *Hastings Law Journal*, vol. 57, 2006, pp. 295-330, especial en pp. 300 a 305.

⁴ PENNINGS, G., DE WERT, G., SHENFIELD, F., COHEN, J., TARLATZIS, B., DEVROEY, P. «Equity of access to ART». *Human Reproduction*, vol. 23, 2008, pp. 772-774 y SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A. P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V. «Cross border reproductive care in six European countries». Cit., pp. 1361-1368.

De forma más precisa, el fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores o usuarios de TRA desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla.⁵

Este turismo reproductivo es preocupante por varias razones: es sólo una opción para las personas que pueden permitírselo económicamente; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes involucradas, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por aquellos que provienen de países más ricos. Además, dado que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. Por otro lado, el turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. Los términos «*baby business*» («negocio de los bebés») o «industria reproductiva» también ilustran esta integración de la reproducción humana en el dominio del comercio.⁶

Algunos autores creen que las leyes deberían reforzarse, convirtiendo este tipo de turismo en ilegal. Otros ven una oportunidad de armonizar las leyes y facilitar la legislación para que la gente pueda satisfacer su deseo de tener un hijo donde sea posible y luego volver a casa. Por último, otros ven esta práctica como una garantía de equidad y autonomía para los futuros padres.⁷

En materia de gestación por sustitución, el turismo reproductivo es una práctica cada vez más frecuente, que provoca diferentes problemas, que analizaré a continuación.

2. EL TURISMO REPRODUCTIVO Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL

Como consecuencia de la posibilidad de movilidad internacional —y también, en parte, gracias a internet—, varias personas o parejas que viven en países en los que se prohíbe la gestación por sustitución y que están deseosas de tener

⁵ FARNÓS AMORÓS, E. «European Society of Human Reproduction and Embriology, 26th Annual Meeting». Cit., pp. 1-17, en p. 7.

⁶ Ya se vio que la sentencia del TEDH en el caso *Caso S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), sentencia de 3 de noviembre de 2011, fomenta este turismo reproductivo. Véase JACKSON, E. «S.H. and Others v Austria». Cit., p. 663, y COHEN, I. G. «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism». Cit., p. 660.

⁷ Véase COHEN, J. «Le tourisme procréatif: un pis-aller». *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 34, núm. 10, 2006, pp. 881-882.

un hijo, viajan a los países en los que sí se permite esta práctica, incrementándose así los casos de gestación por sustitución internacional.

Ahora bien, los casos de gestación por sustitución internacional no son sencillos, por lo que la ESHRE⁸ recomienda que los comitentes procuren obtener asesoramiento jurídico sobre las normas locales e información precisa acerca de su propia situación nacional antes de iniciar un proceso de GS.⁹

De manera precisa, se puede afirmar que los casos de GS internacional suelen dar lugar a diferentes problemas¹⁰ que se agrupan en dos categorías:¹¹

⁸ SHENFIELD, F., PENNINGS, G., DE MOUZON, J., FERRARETTI, A. P., GOOSSENS, V. «ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners». *Human Reproduction*, vol. 26, iss. 7, 2011, pp. 1625- 1627.

⁹ En este sentido, cabe resaltar que los gobiernos del Reino Unido e Irlanda han publicado una guía formal para los acuerdos de gestación por sustitución internacional. Irish Department of Justice and Equality (2012) «Citizenship, parentage, guardianship and travel document issues in relation to children born as a result of surrogacy arrangements entered into outside the state» Disponible en: <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/PR12000035>, compulsado el 26/08/2013; Home Office, UK Border Agency (2009) «Inter-country surrogacy and the immigration rules». Disponible en: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/sitecontent/documents/residency/Inter-country-surrogacy-leaflet>, compulsado el 26/08/2013.

¹⁰ Cabe destacar, por lo conflictivo, el caso *Donna*. (*Rechtbank Utrecht*, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU4934. *Rechtbank Utrecht*, del 24 de octubre de 2007, *Rechtbank Utrecht*, del 7 de mayo de 2008, *Gerechtshof Amsterdam*, del 25 de noviembre de 2008, *Rechtbank Utrecht*, del 10 de junio de 2009, *Gerechtshof Amsterdam*, del 2 de febrero de 2010.) En este caso, la GS se llevó a cabo en Bélgica entre una gestante y unos comitentes belgas. La gestante fue inseminada con el esperma del comitente (GS tradicional). Como resultado del deterioro de la relación entre la gestante y la pareja, la gestante fingió un aborto involuntario. Después del nacimiento, la gestante entregó a la bebé Donna a una pareja holandesa, a cambio de un pago. La pareja holandesa informó a las autoridades de su país que una recién nacida pronto llegaría a su familia y que les gustaría adoptarla, sin especificar que la niña venía del extranjero. El caso fue remitido al tribunal de Utrecht, que tuvo que decidir si la niña podía permanecer con la pareja holandesa a pesar de que no se habían cumplido con las normas aplicables al procedimiento de adopción cuando el niño es extranjero. Tomando nota de que había una «vida familiar» entre la niña y la pareja, en la medida que Donna había estado viviendo en la casa de la pareja holandesa desde su nacimiento, la Corte autorizó a que la niña permaneciera con ellos. Mientras tanto, los comitentes belgas advirtieron que la gestante les había mentido y había dado a luz a «su» hija. Transcurridos más de dos años después del nacimiento de la niña, una prueba de ADN demostró que el comitente belga era el padre genético de Donna. Después de esta prueba, el comitente belga comenzó varios procedimientos ante los tribunales holandeses para recuperar a la niña y que se le otorgaran derechos de visita. Sin embargo, los tribunales consideraron que decidir que Donna dejara de vivir en la casa en la que había ido creciendo desde su nacimiento, así como otorgar al comitente un derecho de acceso, no se correspondía con el mejor interés de Donna.

Por su parte, el 12 de octubre de 2012, el Tribunal Penal de Oudenaarde condenó a la gestante y a su marido a un año de prisión diferidos y una multa de 1.650 euros por haber causado un «trato inhumano y degradante» a la pequeña Donna. La pareja holandesa que compró el niño también fue condenada a una multa 1.650 euros. Véase Ghent, del 5 de septiembre de 2005, *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht*, 2006, n.º 2, p. 163.

¹¹ Véase HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Hague Conference Permanent Bureau, «Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from

- a) Cuando los comitentes desean sacar al niño del país donde nació para llevarlo a «casa», es decir, a su estado de residencia.
- b) Una vez que el niño está en el estado de residencia de los comitentes (o durante el proceso migratorio) y se procura regularizar su situación legal.

Procederé a su análisis.

2.1. Incapacidad de los comitentes y del niño de viajar al país de residencia de los comitentes debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño

Esta situación se produce especialmente respecto de los niños nacidos en la India y Ucrania, por ejemplo. Estos países, conforme a sus leyes, permiten la gestación por sustitución y consideran padres legales a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio. No se aplica la regla de adquisición de la nacionalidad por el principio de *ius soli*. Al no adquirir la nacionalidad del país en el que nacen, tienen que poder adquirir la nacionalidad de los comitentes por descendencia para poder obtener entonces documentos de viaje, por lo que previamente debe resolverse o determinarse la filiación. Así, para poder viajar al país de origen de los comitentes, éstos, sobre la base de la nacionalidad por descendencia, tienen que solicitar un pasaporte (u otros documentos de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones, y por diversas razones,¹² es denegado. En general, se argumenta que, como en el país de origen de los comitentes está prohibida o no está regulada la gestación por sustitución, no se puede reconocer la filiación que deriva de la misma en el país en la que se llevó a cabo. Consecuentemente, como no se reconoce el acuerdo de gestación por sustitución, los comitentes no son los padres legales del niño para la ley del país de origen, sino que la filiación le corresponde a la gestante —y en su caso a su marido. En otras palabras, mientras que para la ley del estado donde nace el niño por gestación por sustitución los padres legales son los comitentes, para la ley del país de origen de los comitentes los padres legales son la gestante y su marido, en su caso. De esto se sigue que por no poder establecerse la filiación

International Surrogacy Arrangements». General Affairs and Policy: Doc. Prel. No 11, marzo de 2011 y TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. «General report on surrogacy». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 439-550.

¹² Entre estas razones, se suele argumentar especialmente la violación del orden público y el fraude a la ley.

a favor de los comitentes, no pueden pasarle su nacionalidad por descendencia, y entonces no se pueden expedir pasaportes.

Como consecuencia de esta situación, el niño es apátrida y con filiación incierta, y se encuentra en un limbo jurídico y «atascado» en ese estado (Ucrania, la India...), y los comitentes no pueden permanecer allí indefinidamente, debido a los controles de inmigración.

Ya se vio que en Argentina se han presentado casos con estas características. El primero que tuvo lugar fue el de un matrimonio homosexual de varones que decidió recurrir a la gestación por sustitución en la India. Tobías, que nació en ese país, fue apátrida y con filiación incierta hasta que finalmente, mediante diferentes resoluciones judiciales,¹³ negociaciones y acuerdos entre los distintos poderes, 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 a que inscribiera su partida de nacimiento ante la solicitud de la embajada de Argentina en la India garantizando la copaternidad registral igualitaria, el derecho a la no discriminación por orientación sexual, el interés superior del niño, la protección integral de la familia y la voluntad procreacional.

En similar sentido se resolvió en el caso de *Hernán y Rolando*, también citado.¹⁴ La diferencia con el caso anterior es que aquí se trataba de una pareja no casada que celebró un acuerdo de GS en la India utilizando óvulo donado y esperma de uno de ellos. Ante la incertidumbre y la necesidad de contar con documentación para el niño una vez nacido y así poder retornar a Argentina, promovieron una acción de amparo para que se inscribiera al niño nacido por GS en la India de forma igualitaria y sin discriminación garantizando la copaternidad de ambos. Además, ante el inminente nacimiento de su hijo solicitaron de libre oficio a la embajada argentina en Mumbai que expidiera un pasaporte provisional sobre la base del reconocimiento de su copaternidad para que una vez nacido pudiera viajar a Argentina con ellos. El tribunal accedió a la solicitud sobre la base del principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la identidad del niño, y el interés superior del niño.

La problemática planteada también se presentó en un caso del año 2012 que vinculó a Argentina y España y en el que una niña, Cayetana, se encontró

¹³ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/06/2012. Dermgerd, Carlos Gustavo y otros contra GCBA y otros sobre amparo (art. 14 CCABA) Expte. 44004-0 y Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 06/07/2012. Dermgerd, Carlos Gustavo y otros contra GCBA y otros sobre amparo (art. 14 CCABA) Expte. 44004-0 en www.underconsistucional.bolgsopot.com.ar/2012/06/reproduccion-humana-asistida-maternidad.html, compulsado el 2/02/2012.

¹⁴ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11/01/2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito.

durante semanas en un limbo jurídico. Se trataba de un matrimonio conformado por Elsa, de nacionalidad argentina, y Juan, de nacionalidad española, que viajó a la India para concretar un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en 2011. El 16 de mayo de 2012 nació Cayetana, y empezaron las tramitaciones para darle una nacionalidad. Las autoridades de Nueva Delhi le negaron la nacionalidad india por considerarla descendiente de padres extranjeros, debido a que la niña genéticamente era hija del matrimonio y no de la gestante. La pareja intentó la inscripción de la niña como española pero las autoridades del consulado de España, país donde reside el matrimonio, denegaron la solicitud de inscripción porque consideraron que Elsa no puede figurar como la madre de la niña porque existe una gestante (art. 10 LTRHA). La embajada argentina, por su parte, había rechazado también la solicitud al alegar que la mujer no tenía residencia en aquel momento en ese país. Ante esa compleja situación, se recurrió al Tribunal de Familia de San Lorenzo, Provincia de Santa Fe. El juez dictó una medida autosatisfactiva, ordenando a la Cancillería que a su vez le ordenara a la embajada en la India y al consulado argentino en Nueva Delhi que inscribieran a la niña como argentina, ya que la madre genética —por ser argentina nativa— ejerció el derecho de opción de nacionalidad a favor de su hija.¹⁵ Entendía el juez que «la negativa de inscribir a la menor, Cayetana Elsa, hija de la accionante y su esposo, por parte del Consulado Argentino en la ciudad de Nueva Delhi (República de la India), avasalla entre otros, su derecho a la nacionalidad, entendido como un derecho humano básico». Además, según el fallo «la actitud tomada por el Consulado Argentino en Nueva Delhi, al no inscribir el nacimiento de la menor Cayetana Elsa, no permitiendo el derecho de opción de nacionalidad argentina, resuelto por sus padres en ejercicio de la patria potestad, siendo la progenitora argentina nativa, ha conculcado el derecho a la identidad de la menor que goza de expresa jerarquía constitucional [...]». Por último, el juez señalaba para hacer lugar a la medida que «nos encontramos ante un reclamo urgente [...] y requiere la plena satisfacción al requirente, ya que se encuentran conculcados derechos de raigambre Internacional y que atentan contra el interés superior del niño».

En el derecho comparado, un caso muy conocido fue *Re X and Y* (Foreign Surrogacy) [2008],¹⁶ ya citado, en el que un matrimonio inglés celebró

¹⁵ Juzgado de 1.ª Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo (JFlia)(SanLorenzo). 02/07/2012, «S.G.E.Fy.G.C.E.» *DFyP* 2013 (abril), p. 57, con nota de Alejandro Aldo Menicocci. Cita Online: AR/JUR/62130/2012.

¹⁶ EWHC 3030 Fam, [2009] 1 FLR 733.

un acuerdo de gestación por sustitución en Ucrania con una mujer casada, utilizando óvulos de donante y esperma del comitente. Para la ley de Ucrania, los comitentes eran los padres legales de los gemelos y así figuraban en los certificados de nacimiento, mientras que para la ley británica, la gestante y su marido eran los padres legales, dado que de conformidad con la HFEA, la filiación se transfiere a los comitentes una vez tramitada la orden parental. La consecuencia de este conflicto entre la ley ucraniana y la británica era que los niños no tenían filiación establecida, y consecuentemente, tampoco nacionalidad. Afortunadamente, mediante una prueba de ADN (que probó que el material genético correspondía al comitente) fueron autorizados a entrar en el Reino Unido para que los comitentes solicitaran ante los tribunales la orden parental, que finalmente se les concedió sobre la base del interés superior del niño. Se tuvo principalmente en cuenta que la negativa a otorgar esa orden conduciría a que los niños no sólo no tuvieran padres legales, sino que además serían apátridas.¹⁷

Siguiendo con estos criterios, en varios supuestos se ha arribado —aunque no de manera sencilla— a soluciones favorables apelando al interés superior del niño.¹⁸ Por ejemplo, el caso *C*, resuelto por la Civ. de Bruselas el 6 de abril de 2010.¹⁹ Se trata de un comitente belga que en solitario y aportando su material genético recurre a la GS en la India. El certificado de nacimiento sólo mencionaba como padre al comitente, pero no mencionaba a la gestante. Ante los inconvenientes que, como se vio, se presentan en la India, el comitente solicitó un pasaporte ante el consulado. Al ser denegado, entabló una acción ante los tribunales belgas. La sentencia sostuvo que se debían conceder los documentos de viaje sobre la base de la existencia de vida familiar entre el niño y el comitente y el interés superior del niño.

¹⁷ Un problema distinto se planteó en el caso *Re K* (Minors: Foreign Surrogacy) [2010] EWHC 1180 (Fam), [2011] 1 FLR 533, en el que se solicitó la orden parental a pesar de que a los niños no se les habían concedido permisos de entrada al Reino Unido. Aunque finalmente se otorgó la orden parental, el juez Hedley no estaba convencido de que, en tales circunstancias, tenía jurisdicción sobre los niños.

¹⁸ Véase la resolución del Consejo de Estado Francés del 4 de mayo de 2011, núm. 348778 ya citada, que aunque niega entregarles a los niños nacidos en la India un pasaporte francés, sí les concede *Laissez-Passer* sobre la base del interés superior del niño. Cabe destacar que el Consejo de Estado se pronuncia en sentido contrario en su decisión del 8 de julio de 2011 (núm. 350486), que anula la decisión del primer juez que ordena la concesión de una *Laissez-Passer* sobre la base de que había dudas sobre la identidad de la madre y los hijos.

Véase también el caso resuelto por la Corte constitucional de Austria: *Verfassungsgerichtshof*, 11.10.2012-B 99/12 *ua*.

¹⁹ Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, del 6 de abril de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164.

También en el caso *Rechtbank's-Gravenhage (Interlocutory proceedings - Voorzieningenrechter)*, del 9 de noviembre de 2010,²⁰ se llegó a una solución favorable. Se trataba de una pareja de comitentes holandeses que recurrieron a la GS en Ucrania. A la gestante se le implantó un embrión formado con material genético de ambos comitentes. Cuando nació el niño, los comitentes solicitaron documentos de viaje para él, los cuales, si bien en un principio les fueron denegados por tratarse de una GS comercial, luego les fueron conferidos también sobre la base de la existencia de vida familiar y el interés superior del niño.²¹

Ahora bien, en muchas ocasiones, no sólo no ha sido nada sencillo llegar a estas soluciones, sino que además ha tomado bastante tiempo, como por ejemplo, en el caso *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.*²² En este caso, un matrimonio japonés recurrió a la GS en la India. Antes del nacimiento del niño los comitentes se divorciaron y la comitente se negó a seguir participando en el acuerdo. Como consecuencia, el comitente se vio en enormes dificultades para obtener papeles para el niño. Finalmente, tras tres meses de incertidumbre y angustia, al niño le otorgaron un certificado de identidad de la India y documentos de viaje «fuera de las reglas». Posteriormente, la embajada japonesa en la India le otorgó una visa por un año por razones humanitarias.

La misma solución (certificado de identidad de la India y documentos de viaje «fuera de las reglas» y visa por razones humanitarias) se aplicó, aunque tras más de dos años de incertidumbre, en el caso *Union of India & ANR v Jan Balaz and others*,²³ en el que un matrimonio alemán recurrió a la GS en la India.²⁴

²⁰ *Rechtbank's-Gravenhage (Interlocutory proceedings - Voorzieningenrechter)*, 9 de noviembre de 2010, LJN: BP 3764.

²¹ Véase también el caso *Rechtbank Haarlem (Interlocutory proceedings - Voorzieningenrechter)*, del 10 de enero de 2011, LJN: BP0426. Se trataba de un matrimonio homosexual de varones holandeses que recurrió a la GS en la India. Uno de ellos aportó el semen y recurrieron a una donante de óvulos. En el certificado de nacimiento figuraba la gestante y el comitente que había aportado el semen. En este caso, los documentos de viaje para el niño les fueron conferidos sobre la base de la existencia de vida familiar. Después de equilibrar los distintos intereses en juego, la Corte consideró que el interés superior del niño y del comitente (el que figuraba en el certificado de nacimiento) debían prevalecer sobre los intereses del Estado holandés.

²² *Baby Manji Yamada v. Union of India & Anr.* Writ petition No 369 de 2008 de la Suprema Corte de la India.

²³ *Union of India & ANR v Jan Balaz and others*, Civil Appeal No 8714 de 2010 de la Suprema corte de la India.

²⁴ Ya se vio que como consecuencia de que la India modificó sus requisitos de visado para poder acudir a la GS en ese país, un matrimonio español que tuvo gemelos a través de la GS en la India no pudo sacar a los niños de ese país en virtud de que el consulado español no le entregó la carta que acreditaba que podrían entrar a España. Véase Serrano, M. «Atrapada en la India con dos bebés.» Cit.

Otro ejemplo de esto último es el caso de *Samuel*, resuelto por la Civ. Bruselas el 15 de febrero de 2011.²⁵ El acuerdo de gestación por sustitución se llevó a cabo en Ucrania entre una gestante ucraniana y una pareja homosexual formada por un ciudadano belga y uno francés, ambos con domicilio en Francia. El comitente belga aportó su semen. En el certificado de nacimiento se mencionaba el nombre de la gestante como madre legal del niño y el nombre del comitente belga como padre legal del niño. La Embajada de Bélgica en Kiev se negaba a reconocer el certificado de nacimiento y, por lo tanto, a entregar los documentos de viaje necesarios. Los comitentes interpusieron una solicitud de medidas provisionales para que Bélgica les entregara un pasaporte para el niño. El tribunal rechazó la solicitud, por lo que se entabló un segundo procedimiento provisional que también se pronunció por la negativa.²⁶

Ante esto se entabló una acción que tenía como objetivo el reconocimiento del certificado de nacimiento por las autoridades belgas (artículos 23 y 27 del Código de Derecho Internacional Privado). Finalmente, el tribunal reconoció el certificado de nacimiento como un certificado auténtico y de validez legal respecto de la filiación paterna del comitente que aportó el material genético. El tribunal consideró que a los efectos de la legislación belga, la paternidad del comitente debía reconocerse en virtud de que las condiciones del artículo 329bis, sobre el reconocimiento de la paternidad, se cumplían. Tras la sentencia, el Ministerio de Relaciones Exteriores confirió un pasaporte belga al niño, lo que le permitió unirse con sus padres en Bélgica. Ahora bien, desde que nació Samuel hasta que finalmente se le otorgó un pasaporte pasaron más de dos años, durante los cuales permaneció en un orfanato en Ucrania debido a su situación.

Por último, cabe destacar, por su solución, el caso *Verwaltungsgericht (VG) Berlín*, del 15 de abril de 2011.²⁷ Se trataba de un niño nacido en la India por GS; la pareja comitente eran una mujer de 56 años y un hombre de 61 años. El hombre aportó el material genético. Ante la solicitud de los comitentes, la embajada de Alemania en la India se negó a darles un pasaporte alemán para el niño, ya que consideraba que éste no tenía derecho a la nacionalidad alemana debido a que uno de los padres tenía que ser alemán para transferirle su nacionalidad. Al accionar judicialmente, el tribunal confirmó la negativa. Por un lado, negó la existencia de filiación materna sosteniendo que ésta era muy poco

²⁵ Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011, p. 125.

²⁶ Civ. Bruselas (interim), 4 de febrero de 2010, RR 09/1694/C, y Civ. Bruselas (interim), 9 de julio de 2010, RG 10/830/C.

²⁷ *Verwaltungsgericht (VG) Berlín*, del 15 de abril de 2011- VG 23 L 79.11.

probable en virtud de la edad avanzada de la mujer, que la volvía inhábil para gestar, sin perjuicio de que no se aportó ningún documento médico. Por otro lado, en lo que respecta a la paternidad, se puso de manifiesto que aunque el hombre aportó el material genético, este elemento no era pertinente ni aplicable, ya que, según la ley alemana y la legislación de la India, si el niño nace en un matrimonio, se considera que el padre es el marido de la mujer gestante. Consecuentemente, se denegó el pasaporte. Esta decisión, que evitó toda referencia a los intereses del niño, negó cualquier relación de parentesco, materna o paterna en su conjunto, independientemente incluso del vínculo genético.²⁸

2.2. Incapacidad de los comitentes para regularizar la situación legal del niño una vez que está en el Estado de residencia de los padres (o durante el proceso migratorio)

Una vez que los comitentes han logrado viajar con el niño a su país de origen²⁹ o durante el proceso de migración, procurarán regularizar su situación legal. La primera situación se presenta, en general, en los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución se hizo en los Estados Unidos (en un estado que lo permite). Conforme a las normas de ciudadanía de ese país, el niño que nace allí adquiere la ciudadanía de Estados Unidos y, por lo tanto, podría viajar de regreso a su país con un pasaporte estadounidense.³⁰

Las dificultades, no obstante, comienzan cuando esta regularización es denegada, principalmente por razones de orden público.

Como consecuencia de esta situación, el niño es residente en un estado en situación irregular y/o que no reconoce a sus padres como sus padres legales, lo que afecta al derecho del niño a la filiación, a adquirir una nacionalidad, a

²⁸ En similar sentido se resuelve en los casos *Verwaltungsgericht (VG) Berlín*, del 5 de septiembre de 2012 - VG 23 L 283.12, y *Verwaltungsgericht (VG) Berlín*, del 26 de noviembre de 2009 - VG 11 L 396.09. En ninguno de estos casos se apeló al interés superior del niño, y en todos ellos se denegó la documentación.

²⁹ A veces esto se produce ante la representación consular del país de origen en el estado en el que se llevó a cabo el acuerdo de gestación por sustitución.

³⁰ La decimocuarta enmienda de la Constitución de Estados Unidos establece: «Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos».

la obligación de los estados de asegurar que los niños no sean apátridas, etc., con todas sus consecuencias prácticas.³¹

A nivel internacional se encuentran numerosos casos que contemplan esta problemática y que han sido resueltos de diferentes formas en la jurisprudencia extranjera.³²

En algunos casos se modificaron los certificados de nacimiento sobre la base del interés superior del niño. Así se resolvió, por ejemplo, en el caso argentino del matrimonio homosexual que recurrió a la GS en Rusia. Como se vio, en este caso las niñas fueron inscritas en el Registro Civil ruso a nombre de la gestante —que no tenía vinculación genética— como madre y uno de los comitentes —el aportante de semen— como padre. Se les confirieron los correspondientes certificados de nacimiento y un certificado de paternidad. Esos documentos fueron apostillados, y con esas partidas de nacimiento debidamente apostilladas se ejerció la opción de nacionalidad argentina en el consulado argentino en Moscú y se les concedieron los correspondientes DNI y pasaportes argentinos. Con esa documentación viajaron a Francia y luego a Argentina. El problema era que, conforme a esa documentación, sólo uno de los comitentes tenía reconocida la filiación. Consecuentemente, en Argentina interpusieron un recurso de amparo por el que solicitaron que el Registro del estado civil y capacidad de las personas procediera a la inscripción de la copaternidad legal. El 22 de marzo de 2012 se concedió el amparo sobre la base del derecho a la no discriminación por orientación sexual y el interés superior de las niñas.³³

En similar sentido se resolvió en la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Bari de 13 de febrero de 2009, que reconoció en Italia un supuesto de gestación por sustitución llevado a cabo en el Reino Unido.³⁴ En el caso, los hermanos, nacidos en el Reino Unido en 1998 y 2001, respectivamente, constaban en

³¹ En España, esta situación impide acceder a los beneficios sociales a los que tienen derecho las familias españolas. Al no presentar constancia de la inscripción registral, el INSS deniega las solicitudes de prestación por paternidad y maternidad; los padres (comitentes) empleados por cuenta ajena no pueden justificar la interrupción de sus contratos para cuidar a sus hijos y se arriesgan a perder sus empleos por absentismo laboral; los niños no pueden ser incluidos como beneficiarios de la seguridad social de los padres; las delegaciones de Hacienda deniegan las deducciones y prestaciones por maternidad y paternidad. Incluso empadronar al niño puede convertirse en una odisea. Fuente: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.ar/>, compulsado el 26/08/2013.

³² Véase también el caso resuelto por la Corte constitucional de Austria, *Verfassungsgerichtshof*, n.º B13/11-10 del 14.12.2011.

³³ Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.

³⁴ Se solicitaba el reconocimiento de la orden parental conferida en el Reino Unido.

el registro italiano como hijos de la gestante y el padre biológico. Sólo en 2007, como consecuencia de un proceso de separación matrimonial en Italia, se suscitó la rectificación de las actas del registro italiano y el tribunal accedió. Los argumentos sumarios fueron que la gestación por sustitución no era contraria al orden público internacional (parece que en su interpretación del orden público internacional italiano influyó decisivamente que la gestación por sustitución estuviese admitida en algunos países de la Unión Europea); que el orden público debe valorarse no en abstracto, sino en el caso concreto, valorando los efectos derivados del rechazo de la demanda de rectificación en contraste con los derivados de su aceptación, y que, en el caso, tres de los cuatro interesados eran extranjeros. Pero además, y principalmente, se tuvo en cuenta el interés superior de los niños, que en el caso resultaba ser el reconocimiento de la maternidad de la comitente como madre legal.³⁵

En otros casos se reconoce plenamente el certificado de nacimiento extranjero. Así resolvió, conforme ya se analizó, el Consejo de Estado Francés en la resolución num. 348778 del 4 de mayo de 2011. Se trataba de un hombre de nacionalidad francesa que recurrió a la GS en la India aportando su material genético. El Consejo de Estado reconoció los certificados de nacimiento extranjeros dado que, por aplicación del art. 47 del CC francés, éstos eran reales y verdaderos. Para esto se tuvo especialmente en cuenta que el comitente era el padre genético sobre la base de una prueba de ADN. Además, se entendió que aunque el contrato de GS fuera nulo para la ley francesa, se debía tener principalmente en cuenta el interés superior del niño.

En similar sentido la Corte de Apelaciones de Rennes, 6º ch, sect. A, 21 de febrero de 2012, n.º 11/02758,³⁶ resolvió reconocer los certificados de nacimiento extranjeros de los gemelos nacidos por gestación por sustitución en la India, siendo los comitentes una pareja de dos hombres porque, aunque no podían validar el acuerdo de gestación por sustitución, sí podían otorgar estado civil a los niños, de conformidad con el artículo 47 del Código Civil francés.³⁷

También en Bélgica se ha adoptado esta solución en tres casos.³⁸

³⁵ Véase CAMPIGLIO, C. «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità». *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 45, 2009, pp. 589-604.

³⁶ *Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck.

³⁷ Véase también el caso de la Corte de Apelaciones de Rennes el 29 de marzo de 2011, n.º 10/02646, *Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck, que ordenó el registro de unos gemelos a favor de un hombre solo que recurrió a la GS en la India en virtud de que el fiscal no logró demostrar el fraude, es decir, que se había recurrido a la GS.

³⁸ El primero es el caso C, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, del 6 de abril de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164, ya citado; el segundo es el caso de *Amelie y*

En otros casos, se reconoce la validez del certificado de nacimiento sólo respecto de uno de los comitentes (el hombre que aportó su semen), mientras que el otro comitente debe recurrir a la adopción³⁹ para ser también padre o madre legal.

Un ejemplo de esta solución es el caso resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, 1.^a Ch., del 6 de septiembre de 2010.⁴⁰ Se trataba de un matrimonio de varones casados en Bélgica que tenía gemelos en California mediante un contrato de GS. Una vez en Bélgica, solicitaron la transcripción de los certificados de nacimiento. El Tribunal de Primera Instancia de Huy, en marzo de 2010, denegó la transcripción en los registros belgas sosteniendo que, como eran consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, su transcripción violaría el orden público interno. Puso énfasis en que estos contratos violaban la dignidad humana.⁴¹ Esta sentencia fue parcialmente revocada por la de la Corte de Apelación de Lieja, 1.^a Ch., de 6 de septiembre de 2010. La Corte distinguió entre el que era el padre biológico de las gemelas y el que no lo era. Sostuvo que conforme a la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. El tribunal consideraba que la paternidad del comitente debía reconocerse en virtud de que las condiciones del artículo 329bis, sobre el reconocimiento de la paternidad, se cumplieran. Para el otro hombre, en cambio, en la legislación belga, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal fuera de la adopción por parejas del mismo sexo. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución eran contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si eran privados del vínculo jurídico con su padre biológico. Consecuentemente, reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California pero sólo respecto del padre biológico. Respecto del otro comitente, recibida la solicitud de adopción simple por

Nina. Civ. Nivelles, del 6 de abril de 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 695, en el que se recurre a la GS en la India. El tribunal concluye que la ilegalidad de la GS no puede perjudicar a los intereses de los niños, por lo que admite el reconocimiento de la paternidad respecto del padre biológico, es decir, el comitente que había aportado su semen; y el tercero es el caso *Samuel*, Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011, p. 125, ya citado.

³⁹ Ya se vio que en Israel, cuando el niño nace en el extranjero a través de una gestante es necesario probar, a través de un prueba de ADN, que es hijo genético de alguno de los comitentes. Una vez probado el vínculo genético, el niño es considerado hijo natural del comitente y así registrado, sin mencionar el acuerdo de GS. Es decir, no queda registro del acuerdo de GS, aunque el otro comitente que no aportó el material genético debe recurrir a la adopción. SHAKARGY, S. «Israel». Cit., p. 242.

⁴⁰ Liège, 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4, p. 1139.

⁴¹ Civ. Huy, 22 de marzo de 2010, *Journal des tribunaux*, 2010, p. 420.

el cónyuge del padre legal, el Tribunal de Menores de Huy se pronunció a favor de la adopción,⁴² tras considerar que la adopción se basa en condiciones justas, en la medida en que los niños están, desde su nacimiento, integrados en la familia de ambos padres.⁴³

La misma situación y solución se confiere en el caso belga de Hanne y Elke.⁴⁴ En este caso, el acuerdo de GS tuvo lugar en Ucrania entre una gestante ucraniana y unos comitentes heterosexuales belgas que aportaron su material genético. Los certificados de nacimiento mencionaban a los comitentes como los padres legales de los niños dados a luz por la gestante. Los comitentes interpusieron un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia de Amberes sobre la base de los artículos 23 y 27 del Código belga de Derecho Internacional Privado, solicitando el reconocimiento de los certificados de nacimiento. Ante esto, el tribunal reconoció los certificados como certificados auténticos y legalmente válidos respecto de la paternidad del padre genético. Sin embargo, no los reconoció como certificados de nacimiento respecto de la comitente (sobre la base de que la madre que se mencionaba en el acta de nacimiento de Ucrania era contraria a la legislación belga, según la cual el acta de nacimiento debe mencionar el nombre de la madre que da a luz al niño). A raíz de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de Amberes, la comitente debió iniciar un procedimiento legal ante el Tribunal de Menores para solicitar la adopción de los niños. El tribunal aprobó la adopción sobre la base del mejor interés del niño, que en el caso se consideraba que era que tuvieran parentesco con su madre genética.

También en el caso *Rechtbank's-Gravenhage*, del 24 de octubre de 2011,⁴⁵ la comitente —aunque no el comitente— tuvo que acudir a la adopción. Se trataba de una pareja compuesta por un hombre holandés y una mujer irlandesa que recurrieron a la GS en la India. En el acuerdo de GS se utilizó donante de

⁴² *Youth Court Huy* (11th ch.), 22 de diciembre de 2011, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2012/2, p. 403.

⁴³ Véase también el caso *Landesgericht (LG)*, Düsseldorf, del 15 de marzo de 2012-25 T 758/10. Se trataba de una pareja homosexual alemana que recurrió a la GS en California. El certificado de nacimiento se expidió a nombre de la gestante y uno de los comitentes (el aportante de semen). Una vez en Alemania, se solicitó la adopción a favor del otro comitente, pareja homosexual de quien figuraba como padre legal, la que fue concedida sobre la base del interés superior del niño. Para conceder la adopción se tuvo en cuenta: la necesidad del niño de contar con doble vínculo filial, la posibilidad legal de que la pareja adoptara el hijo biológico del otro, la realidad del niño (dado que viviría con los dos padres), y la posibilidad de heredar y de otros beneficios económicos.

⁴⁴ *Civ. Antwerp*, 19 de diciembre de 2008 y *Youth Court Antwerp*, 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43.

⁴⁵ *Rechtbank's-Gravenhage*, 24 de octubre de 2011, LJN: BU 3627.

óvulos y semen del comitente. El certificado de nacimiento mencionaba a ambos comitentes como padres. De vuelta en Holanda, la comitente procuró la transcripción del certificado de nacimiento, pero esto fue denegado por no ser la comitente la madre, al no haber dado a luz al niño. Consecuentemente, la comitente debió recurrir a la adopción. Ahora bien, para determinar la paternidad se recurrió al art. 1: 207, 1st § DCC y se consideró que el comitente era el padre legal sobre la base del vínculo genético y la existencia de vida familiar de conformidad con el art. 8 del CEDH.

Dentro de este grupo que sólo reconoce la filiación respecto de uno de los comitentes, me interesa destacar, por su particularidad, el caso *Rechtbank's-Gravenhage*, del 14 de septiembre de 2009.⁴⁶ Se trataba de un matrimonio homosexual holandés que realizó un acuerdo de GS con una gestante también holandesa, pero que dio a luz en Francia recurriendo al parto anónimo («*accouchement sous X*»). El certificado de nacimiento, consecuentemente, sólo contenía el nombre del comitente que aportó los gametos. Ante esto, el Registro Civil holandés se negó a inscribir el certificado de nacimiento que no contenía el nombre de la madre. Se accionó judicialmente, y el tribunal consideró que la ausencia del nombre de la madre en el certificado de nacimiento era contrario al orden público holandés, y entonces denegó el reconocimiento del certificado francés. Sin embargo, se reconoció la paternidad legal del padre genético, sobre la base del art. 8 de la CEDH.⁴⁷

En otros casos ambos comitentes han tenido que recurrir al procedimiento de adopción.⁴⁸ Así, por ejemplo, se resolvió el caso *Rechtbank Alkmaar*, del 29 de octubre de 2008.⁴⁹ Se trataba de unos comitentes holandeses que recurrieron a la GS en Bélgica. Ambos comitentes aportaron su material genético, y quien actuó como gestante fue la cuñada de la comitente (esposa del hermano de la comitente). A los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes, se instruyó un procedimiento a través del Raad voor de Kinderbescher-

⁴⁶ *Rechtbank's-Gravenhage*, 14 de septiembre de 2009, LJN: BK1197.

⁴⁷ Véase también el caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Rennes el 4 de julio de 2002 n.º 01/02 471 D 2002 29 02 *Droit de la famille*, diciembre de 2002, n.º 12, comentario de P. Murat. Se trataba de unos comitentes franceses que recurrieron a la GS en California. El certificado de nacimiento expedido en ese estado mencionaba a los comitentes como los padres legales. Una vez en Francia, y al solicitar la transcripción de los certificados, el fiscal sostuvo que se debía declarar nula la mención de la comitente como madre, ya que violaba el art. 16 del CC francés. La Corte de Apelaciones confirmó esta demanda, aunque mantuvo la mención respecto del padre comitente.

⁴⁸ En estos casos no se procura el reconocimiento de un certificado de nacimiento extranjero, sino la revocación de la responsabilidad parental de los padres legales (gestante y su marido, en su caso) para otorgar la custodia de los niños a los comitentes.

⁴⁹ *Rechtbank Alkmaar*, 29 de octubre de 2008 LJN: BG8903.

ming (Consejo de Protección de la Niñez) para privar de responsabilidad parental a la gestante y su marido y para colocar al niño bajo la custodia compartida de los comitentes para que, en el plazo de un año, pudieran adoptarlo de conformidad con la legislación holandesa. El tribunal estimó el recurso para que los comitentes fueran designados como sus guardadores sobre la base del interés superior del niño.

En igual sentido se resolvió en el caso *Rechtbank Arnhem*, del 20 de febrero de 2008, y *Rechtbank Arnhem*, del 19 de mayo de 2009,⁵⁰ en el que una pareja de holandeses recurrió a la GS en Rusia. En este caso, además de lo dicho en el caso previamente citado, también se tuvo en cuenta el aporte de gametos, es decir, el vínculo genético. Así, transcurrido el año exigido por la ley, el tribunal accedió a la solicitud y ordenó la adopción de los niños por parte de los comitentes, con el argumento de que lo mejor para el interés de los niños era tener su filiación establecida con sus padres genéticos.

En otro grupo de casos se ha permitido el establecimiento de la filiación a través del reconocimiento por parte del padre comitente. Esto tuvo lugar en el caso *AG Nürnberg* del 14 de diciembre de 2009,⁵¹ en el que un comitente alemán que había acudido a la GS en Rusia procedió a su reconocimiento en Rusia. En el caso las autoridades alemanas, aplicaron la ley extranjera rusa a los efectos de determinar si el comitente había procedido a realizar un reconocimiento válido, determinando que el reconocimiento que se había efectuado por el comitente en Rusia debía ser reconocido en Alemania.

Ahora bien, existen otros casos resueltos por la jurisprudencia en los que las soluciones no fueron favorables para los niños. Así sucedió, por ejemplo, en Francia, con el conocido caso *Menesson*, ya analizado, y con las otras dos sentencias de la Corte de Casación del 6 de abril de 2011⁵² (sentencia n.º 369 del 6 de abril de 2011 [09-66.486] – Corte de Casación – Primera Cámara civil y sentencia n.º 371 del 6 de abril de 2011 [09-17.130] – Corte de Casación – Primera cámara civil, publicadas en el boletín), que como se dijo, están siendo cuestionadas ante el TEDH por violación del art. 8 del convenio europeo.⁵³ No obstante, cabe recordar que el Ministerio de Justicia de Francia, a través de la

⁵⁰ *Rechtbank Arnhem*, 20 de febrero de 2008, LJN: BC8012 y *Rechtbank Arnhem*, 19 de mayo de 2009, LJN: BI5039.

⁵¹ *AG Nürnberg* del 14 de diciembre de 2009-UR III 0264/09, UR III 264/09.

⁵² Véase también el caso de la Corte de Apelaciones de Rennes del 10 de enero de 2012, n.º 11/02758 *Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck, que denegó la transcripción del certificado de nacimiento, por ser la GS contraria al orden público.

⁵³ *Sylvie Menesson and other vs. France* (No. 65192/11) y *Francis Labassee and others vs. France* (no. 65941/11) presentadas el 6 de octubre de 2011.

circular del 25 de enero de 2013 (*Circulaire du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française —convention de mère porteuse— État civil étranger*),⁵⁴ ha ordenado a los tribunales facilitar la nacionalidad francesa a los niños nacidos en el extranjero, de padre genético francés, por el método de gestación por sustitución.

También el matrimonio homosexual español de G. y B. desde el año 2008 viene luchando para inscribir en España a los gemelos nacidos en Los Ángeles, encontrándose actualmente el caso pendiente ante el Tribunal Supremo de España.⁵⁵

Dentro de este grupo de casos que no han sido resueltos de manera favorable también se encuentra el caso *Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart*, del 7 de febrero de 2012.⁵⁶ Se trata de una pareja que recurrió a la GS en California y pretendía el reconocimiento de los certificados de nacimiento de los gemelos expedidos en ese estado, solicitud que fue rechazada sobre la base del art 36(1) PStG (*Personal Status Law, Ley del estatuto personal*) que establece que sólo es posible la transcripción de certificados de nacimiento de ciudadanos alemanes que nacen en el extranjero. En el caso se consideró que los niños no eran alemanes debido a que la madre legal era quien había dado a luz, y el padre el marido de la gestante.

También está pendiente ante el TEDH el caso *Paradiso and Campanelli vs. Italy*, presentado en abril de 2012. Se trata de un acuerdo de GS entre una pareja italiana y la empresa Rosjurconsulting. El niño nació en Rusia con la ayuda de una gestante rusa y el certificado de nacimiento fue expedido a nombre de los comitentes. Tras su regreso a Italia, procuraron la transcripción del certificado de nacimiento, pero esto fue denegado por el Registro Civil sobre la base de que el certificado no establecía el nombre de los verdaderos padres. Cabe destacar que ni los comitentes ni la gestante aportaron material genético. Consecuentemente, esta pareja evadió no sólo la prohibición de uso de gametos de donantes, sino también las reglas de la adopción. El Tribunal de Menores declaró el estado de abandono (y adoptabilidad) con 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 tipo de 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.

⁵⁴ Disponible en : <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Portals/0/pdfs/Circulaire%2025%20janvier%202013.pdf>, compulsado el 26/08/2013.

⁵⁵ Véase también la resolución del 23 de septiembre de 2011 de la DGRN, ya citada, que negó el registro de los niños, nacidos en la India a través de GS, a favor de un hombre solo sobre la base de que las condiciones exigidas por la instrucción de la DGRN del 5 de octubre de 2010 no se habían cumplido. En efecto, se sostuvo que la sentencia dictada en Mumbai no garantizaba el respeto por el interés superior del niño ni el libre consentimiento de la gestante. En igual sentido se pronunció la resolución del 6 de mayo de 2011, ya citada, que no admitió la inscripción de un niño nacido en la India a favor de un varón español (hombre solo).

⁵⁶ *Oberlandesgericht (OLG) Stuttgart*, 7 de febrero de 2012-Az 8 W 46/12.

Por último, tampoco terminó bien el caso *Rechtbank's-Gravenhage*, del 23 de noviembre de 2009,⁵⁷ en el que un matrimonio homosexual compuesto por un holandés y un americano recurrieron a la GS en California. Los certificados de nacimiento de California sólo mencionaban a los dos comitentes como padres legales. De vuelta en Holanda, los tribunales holandeses se negaron a reconocer la paternidad de los dos padres en razón de que las autoridades californianas no habían establecido la maternidad de la mujer que dio a luz a los niños.

Por su parte, cabe resaltar que en Australia, desde el año 2003, ha habido varias decisiones⁵⁸ concernientes a solicitudes de órdenes parentales respecto de niños nacidos de familias australianas a través de la gestación por sustitución comercial internacional en Estados Unidos, la India y Tailandia.⁵⁹ Lo alarmante es que en los casos más recientes los jueces de los tribunales de familia consideraron la aplicación de las disposiciones penales extraterritoriales a las familias de NSW⁶⁰ y Queensland,⁶¹ y en dos decisiones se ordenó la referencia del juicio a la Oficina del Director de la Fiscalía para considerar si se debía iniciar un proceso penal en contra de los comitentes.⁶² Estas decisiones seriamente disuaden a los comitentes de NSW y Queensland, que han acudido a la gestación por sustitución comercial en el exterior, de solicitar órdenes parentales. Estas familias, entonces, carecen en la práctica de medios para regularizar la situación legal de su hijo.

3. HACIA UNA CONVENCION INTERNACIONAL

Como consecuencia de los conflictos descritos en el apartado anterior y el notorio incremento de los casos de GS internacional, la Conferencia de la Haya

⁵⁷ *Rechtbank's-Gravenhage*, 23 de noviembre de 2009 (328511/FA RK 09-317). Véase KEES, J. S. «European private international law on legal parenting? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parenting». 2010, p. 238. Disponible en: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=19540>, compulsado el 26/08/2013.

⁵⁸ *Re Mark* (2004) 31 Fam LR 162, 163; *Cadet and Scribe* [2007] FamCA 1498; *Wilkie and Mirkja* [2010] FamCA 667; *Collins and Tangtoi* [2010] FamCA 878; *Dudley and Chedi* [2011] FamCA 502; *Findlay and Punyawong* [2011] FamCA 503; *Johnson and Chompunut* [2011] FamCA 505; *Hubert and Juntasa* [2011] FamCA 504; *Dennis and Pradchaphet* [2011] FamCA 123; *O'Connor and Kasemsarn* [2010] FamCA 987; *Ronalds and Victor* [2011] FamCA 389, entre otras.

⁵⁹ Tres casos involucran a comitentes que son parejas homosexuales de varones. *Re Mark* (2004) 31 Fam LR 162; *Cadet and Scribe* [2007] FamCA 1498; *Wilkie and Mirkja* [2010] FamCA 667.

⁶⁰ *Johnson and Chompunut* [2011] FamCA 505 (30 June 2011); *Hubert and Juntasa* [2011] FamCA 504 (30 June 2011).

⁶¹ *Findlay and Punyawong* [2011] FamCA 503; *Dudley and Chedi* [2011] FamCA 502.

⁶² *Findlay and Punyawong* [2011] FamCA 503; *Dudley and Chedi* [2011] FamCA 502.

de Derecho Internacional Privado está preparando un convenio específico para regular los acuerdos internacionales de gestación por sustitución⁶³ cuya premisa es que, como los casos de gestación por sustitución internacionales aumentan día a día, se requiere de manera urgente de una regulación internacional que contemple este apremiante problema sociolegal.⁶⁴

En este marco, la Fundación Nuffield subvencionó el proyecto «International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for a Legal Regulation at the International Level»⁶⁵ a cargo de los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings, quienes realizaron un trabajo destinado a sentar las bases de un proyecto sobre estos acuerdos y prepararon un documento⁶⁶ cuyo objetivo fue servir de base para una futura convención internacional sobre el tema, como iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.⁶⁷

Sobre la base de esta y otras documentaciones e investigaciones, la oficina permanente de la Conferencia de La Haya preparó el *Documento Preliminar n.º 10* de marzo de 2012, que se presentó a la consideración del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (el Consejo) en abril de 2012. Este documento propone distintos acercamientos y posibles soluciones. La propuesta principal⁶⁸ consiste en la adopción de un instrumento internacional que permita el establecimiento de un marco de cooperación entre autoridades.

⁶³ Véase HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Hague Conference Permanent Bureau, «Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements». General Affairs and Policy: Doc. Prel. Núm. 11, marzo de 2011, y HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Hague Conference Permanent Bureau, «Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements». General Affairs and Policy: Doc. Prel. n.º 10, marzo de 2012.

⁶⁴ Cabe citar las jornadas organizadas por ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado) en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre «Acuerdos de gestación por sustitución en el ámbito internacional» celebradas en San José de Costa Rica en noviembre de 2011. En el documento de trabajo que contiene los objetivos de ese encuentro se expresa: «En 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de gestación por sustitución que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos».

⁶⁵ <http://www.abdn.ac.uk/law/surrogacy/>.

⁶⁶ Véase TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. «General report on surrogacy». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 439-550.

⁶⁷ En el marco de este proyecto fui designada y tuve a cargo la elaboración del informe relativo a Argentina, México, Guatemala y Venezuela.

⁶⁸ También se analiza la posibilidad de la armonización de las normas de Derecho internacional privado relativas al establecimiento de la filiación en aquellos casos en los que media un acuerdo de gestación por sustitución.

Se considera que un enfoque de este tipo importaría tener en la mira a la Convención sobre Adopción Internacional (Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional [Convenio de La Haya sobre Adopción]). Se entiende que aunque existen obvias e importantes diferencias entre la gestación por sustitución y la adopción, lo cierto es que las necesidades que se deben satisfacer son similares, por lo que resulta apropiado considerar los avances y las técnicas empleadas en el Convenio de La Haya sobre Adopción para la gestación por sustitución internacional.⁶⁹

En el contexto de la gestación por sustitución, este sistema de garantías mínimas, junto con el establecimiento de un sistema de cooperación y en última instancia un «principio de reconocimiento», podría ser una manera de asegurar la prevención de abusos, a la vez que evitaría dejar sin paternidad legal al niño nacido como resultado de un acuerdo de GS y otorgaría previsibilidad a las partes. Al mismo tiempo, esto evitaría tener que armonizar las posiblemente complejas y variadas normas de derecho internacional privado relativas a la paternidad legal.

En otras palabras, para la oficina permanente de la Conferencia de La Haya un instrumento que se centra en la cooperación en la GS internacional puede asegurar garantías, por lo que se convierte en un fenómeno respetuoso de los derechos e intereses de los niños nacidos. Esto pondría en marcha procedimientos para permitir a los estados un control a priori del proceso para evitar abusos, así como también permitiría asegurar, de antemano, que cuando se realiza un acuerdo de GS haya certeza en cuanto a la situación legal del niño.

Ahora bien, el documento aclara que estos posibles enfoques para la regulación multilateral en este campo son de carácter provisional y se basan en la investigación preliminar llevada a cabo hasta la fecha. Se afirma que se necesita de investigaciones adicionales que permitan un examen más detallado de la viabilidad y conveniencia de estos enfoques, sin perjuicio de que la información que surja de estas investigaciones adicionales también puede arrojar luz sobre otros posibles enfoques para resolver estos problemas.

Por esto es por lo que, en las conclusiones que publicó el Consejo tras su reunión de abril de 2012,⁷⁰ ordenó que la Oficina Permanente continuara la

⁶⁹ Para ampliar este punto véase BAKER, H. «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There “lessons” to be Learnt from de 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 411- 427.

⁷⁰ HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Hague Conference Permanent Bureau, «Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference». 1720, abril de 2012.

labor en curso y además preparara y distribuyera cuestionarios para obtener información más detallada sobre el alcance y la naturaleza de las cuestiones de derecho internacional privado vinculadas a los acuerdos internacionales de gestación por sustitución, invitando a la Oficina Permanente a presentar su informe final al Consejo en 2014.⁷¹

Este trabajo se está llevando a cabo actualmente y varios cuestionarios han sido preparados: el Cuestionario n.º 1 dirigido a los Miembros de la Conferencia de La Haya y otros estados interesados; el Cuestionario n.º 2 dirigido a aquellos profesionales del Derecho con experiencia práctica pertinente en este ámbito; el Cuestionario n.º 3 dirigido a los profesionales de la salud que trabajan en este ámbito, y el Cuestionario n.º 4 dirigido a las agencias de gestación subrogada. Estos cuestionarios pretenden recabar informaciones detalladas, incluyendo las necesidades que deberán atenderse en las labores futuras en este ámbito y los enfoques que podrían ser adoptados por la comunidad internacional.

Como se puede observar, se avanza en el camino de la convención, por lo que en un futuro, tal vez próximo, existirá un convenio internacional específico que regulará los acuerdos internacionales de gestación por sustitución.⁷²

Por otro lado, esta necesidad de un marco internacional también ha sido advertida en el informe de la Unión Europea (UE)⁷³ que procura dar una respuesta por parte de la UE a las cuestiones jurídicas derivadas de la gestación por sustitución internacional.

En lo que respecta a la posibilidad de un instrumento internacional, el informe destaca que si se adopta una respuesta legislativa, el instrumento legal estaría obligado a reconocer el amplio espectro de respuestas legales internas de los estados respecto a la gestación por sustitución; si, por razones de orden público, un sistema jurídico no admite la gestación por sustitución en su derecho interno, no sería apropiado imponerle una estructura (europea) sobre gestación por sustitución internacional.

Reconociendo el papel de las autoridades centrales en el funcionamiento de los Convenios de La Haya relativos a los niños, entiende que debe considerarse la posibilidad de establecer un marco administrativo similar. Se piensa que podría ser útil replicarlo en un régimen de la UE.

⁷¹ Para acceder a los cuestionarios, así como a toda otra información relativa a este proyecto y su cronología, véase: http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=183, compulsado el 26/08/2013.

⁷² También la Comisión Internacional del Estado Civil (ICCS, International Commission on Civil Status) ha elaborado un borrador en 2003 sobre «maternidad y gestación por sustitución en los estados de ICCS» (*maternal filiation and surrogacy in the ICCS States*).

⁷³ BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D., MARZO, C., MCCANDLESS, J. A. *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Unión Europea, 2013.

En este sentido, al igual que la Conferencia de La Haya, se propone recurrir al Convenio de La Haya sobre Adopción como modelo, por medio de la actuación de autoridades centrales. Se advierte, no obstante, que el Convenio de La Haya sobre adopción no provee de un modelo completo en virtud de que la gestación por sustitución está precedida de un acuerdo (contrato) que no existe en los casos de adopción.

Cualquiera sea la naturaleza de un supuesto régimen de la UE, se sugiere que uno de los principales objetivos que se debe perseguir sea la certeza en cuanto a la paternidad legal del niño y el derecho de éste a salir del estado de origen y entrar y residir permanentemente en el Estado receptor.

Ahora bien, teniendo en cuenta las inevitables limitaciones geográficas de un marco puramente «europeo», es decir, regional, el informe entiende que se debería considerar la conveniencia de una solución global, por ejemplo, sobre la base de una Convención de La Haya.

Por último, recomienda evaluar la relación entre la UE, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional y la Comisión Internacional del Estado Civil (ICCS, International Commission on Civil Status) en el campo de la GS, dado que su trabajo está progresando y la UE debe seguir siendo un actor principal en las negociaciones y la investigación.

Regulación de la gestación por sustitución

1. LOS ARGUMENTOS Y LAS RAZONES A FAVOR DE LA REGULACIÓN LEGAL

1.1. Derecho y realidad

El derecho

En este libro se analiza principalmente la situación de dos países, España y Argentina, destacándose que la LTRHA prohíbe y declara nulos los acuerdos de GS, mientras que en Argentina esta figura no está regulada.

Ahora bien, una parte de la doctrina española¹ argumenta que, aún sin necesidad del art. 10 de la LTRHA, el contrato de gestación por sustitución podría ser declarado nulo por las siguientes razones:

- Por ilicitud de la causa: La causa del contrato sería ilícita por ir contra las leyes o la moral (art. 1275 CC).²
- Por razón del objeto³ y por alterar el estado civil de las personas.

Se argumenta que la nulidad del contrato lo es en virtud de su objeto, pues la capacidad generativa es, desde luego, indisponible, intransferible y personalísima, constituyendo un *res extra commercium*.⁴ Se entiende además que el contrato es nulo, porque su objeto, en cuanto disponibilidad de la persona humana, de la maternidad, del estado civil del hijo,

¹ VERDERA IZQUIERDO, B. «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida». *Actualidad Civil*, núm. 10, mayo de 2007, p. 1117. En la misma línea, LLEDÓ YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Cit., p. 148 y CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Bosch, Barcelona, 1995, entre otros.

² RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Elementos...». En: LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.). Cit., p. 164, y RAMÍREZ NAVALÓN, R. M. «Problemas jurídicos de las nuevas formas...». Cit. pp. 6564.

³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Elementos...». En: LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.). Cit., p. 164.

⁴ RAMÍREZ NAVALÓN, R. M. «Problemas jurídicos de las nuevas formas...». Cit., p. 6564. Véase también APARISI, A., LÓPEZ GUZMÁN, J. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuadernos de Bioética*, 78, vol. XXIII, mayo-agosto de 2012, pp. 253-267.

está fuera del comercio de los hombres, va contra las buenas costumbres, supone un fraude respecto a la normativa de la adopción y es una transacción no permitida.⁵

- Por ser contrario al orden público⁶ e incompatible con la dignidad humana.⁷

Se considera que estos contratos contravienen la más elemental regla de orden público: el respeto a la dignidad y al valor de la persona humana, de la cual deriva, en principio, su indisponibilidad.⁸

Se afirma que la GS sería incompatible con la dignidad humana de la madre y con la del hijo, que se convertiría en objeto de un contrato, pues supondría una vulneración de sus fundamentales derechos y libertades constitucionales.⁹

- Por ser contrario a los principios que rigen el derecho de familia.

Se argumenta que «los negocios jurídicos relativos al derecho de familia están sustraídos a la autonomía de la voluntad de las partes por el interés público, por los fuertes imperativos éticos y la función social que los preside, de tal manera que las renunciaciones, transacciones, etc., quedan como regla general prohibidas en las relaciones de estado de familia.»¹⁰

Por su parte, siguiendo esta línea, en Argentina varios autores¹¹ también sostienen que el acuerdo de gestación por sustitución atenta contra la dignidad

⁵ MORO ALMARAZ, M. J. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*. Bosch, Barcelona, 1988, p. 265.

⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F. «Elementos...». En: LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.). Cit., p. 165.

⁷ SIMÓ SEVILLA, D. *La medicina moderna de la procreación en el derecho de Familia y en el derecho sucesorio*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995, p. 20.

⁸ GARCÍA RUBIO, M. P. «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español». *Revista Tapia*, año VII, núm. 36, 1987, p. 68.

⁹ El argumento de que este convenio es contrario a la dignidad de la persona que va a nacer toma en consideración precisamente el destinatario u objeto de la intervención. El valor de la dignidad de la persona está recogido en el ordenamiento jurídico español en el art. 10.1 CE, y, además, como «fundamento del orden político y de la paz social», por lo que es un principio superior e inviolable del ordenamiento jurídico. VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». Cit., p. 4.

¹⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción...* Cit., pp. 138 y 139.

¹¹ ZANNONI, E. *Derecho civil. Derecho de familia*. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 533; RIVERA, J. C. *Instituciones de derecho civil*. 4.ª ed. LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, p. 414; BORDA, G. A. *Tratado de derecho civil. Familia*. 10.ª ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 28 y ss.; MÉNDEZ COSTA, J., D'ANTONIO, D. *Derecho de familia*. Cit., p. 71; WAGMAISTER, A. «Maternidad subrogada». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, 1990, p. 20; WAGMAISTER, A., LEVY, L. «La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica». *Jurisprudencia Argentina*, núm. 1, 1995, p. 440;

de la persona, por considerárselo inmoral, y es nulo, por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres¹² (art. 953, CC.). Para esta doctrina, la inconveniencia de regular los acuerdos de GS se funda en los siguientes argumentos:

- a) «Desde la perspectiva de las gestantes, se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a medio y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas.
- b) Desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino.
- c) Los acuerdos de gestación por sustitución provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante.
- d) La dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses.
- e) En este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la gestante y los padres con intenciones de procrear. El hijo se convierte, entonces, en la cosa debida».¹³

IÑIGO, D., WAGMAISTER, A., LEVY, L. «Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (esquema comparativo de tres legislaciones vigentes)». *La Ley*, 1991-B, pp. 1135-1140; HOOFT, P. F. *Bioética y derechos humanos*. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 45; LAFERRIERE, J. N., BASSET, Ú. C. «Dos madres, padre anónimo, presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un niño con identidad paterna pretorianamente silenciada». *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 6, julio de 2011, pp. 47-63; SAMBRIZZI, E. A. «El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada». *La Ley*, 03/08/2010, p. 1, y «Maternidad subrogada. Reforma proyectada». *La Ley*, 06/12/2011, p. 1; BERGER, S. M. «Maternidad Subrogada: un contrato de objeto ilícito». *La Ley*, Sección Actualidad, 10/08/2010, pp. 1 y ss.; BELLUSCIO, A. C. *Manual de derecho de familia*. 8.^a ed. actual. y ampl. Astrea, Buenos Aires, 2006, t. II; BÍSCARO, B., GARCÍA DE GHIGLINO, S. S. «Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga». *La Ley*, 1987-B, 802; CAFFERATTA, J. I. «Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino». *El Derecho*, pp. 130-740; TOBIÁS, J. W. *Derecho de las Personas*. Buenos Aires, 2009, p. 85; MAZZINGHI, J. A. *Tratado de Derecho de Familia*. Cit., p. 727.

¹² En palabras de Zannoni, «el alquiler de vientres implica un pacto de contenido inmoral y contrario a las buenas costumbres». ZANNONI, E. *Inseminación artificial y fecundación extraterina*. Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 111.

¹³ ZANNONI, E. *Derecho civil*... Cit., pp. 533 y ss.

En definitiva, la LTRHA constituye un ejemplo de norma legal que prohíbe la GS y la situación en Argentina, un ejemplo de falta de regulación; por su parte, la doctrina citada brinda argumentos a favor de la prohibición de la GS y sobre la conveniencia de su no regulación.

La realidad

No obstante estas posiciones contrarias, que hoy son minoría, lo cierto es que lo dicho y analizado a lo largo de todo este trabajo nos enfrenta con una verdad incontestable: aunque se prohíba —como en España— o no haya ley que la regule —como en Argentina—, la gestación por sustitución se practica, aunque mediante varios subterfugios. Éstos pueden variar según la ley de los diferentes estados, aunque en general las situaciones son las siguientes:

a) Por un lado, se recurre a la figura de la adopción (y al reconocimiento) a los efectos de lograr la determinación de la filiación legal de los comitentes.¹⁴ Se distinguen tres situaciones:

- 1) Gestante soltera es implantada con un embrión formado con material genético del comitente, o es inseminada con semen del comitente; nacido el niño, el comitente lo reconoce (advértase que el niño nacido y el comitente están unidos, además de la voluntad procreacional, por el elemento genético). Tiempo más tarde, el o la cónyuge o la pareja del comitente (que no es la gestante) solicita la adopción del hijo del cónyuge o pareja.¹⁵

Advértase que si el comitente es un hombre solo, bastaría entonces con su reconocimiento. Lo mismo se aplica al supuesto que se analiza a continuación.

- 2) Gestante casada es implantada con un embrión formado por material genético de un hombre casado o en pareja con una mujer u otro hombre, o es inseminada con su semen. Se inicia una acción de impugnación de la paternidad del marido de la gestante, por no ser el

¹⁴ Existen datos e información de que esto sucede, por ejemplo, en Argentina, Guatemala, Venezuela, México, Colombia, Francia, Canadá, Bélgica, Bulgaria, Alemania, Holanda, etc. Para la situación en España, remito al apartado 1.3 del capítulo tercero de este libro.

¹⁵ Véase el caso belga *Antwerp (16th ch. bis)*, del 14 de enero de 2008, *RechtskundigWeekblad*, 20072008, p. 1774, en el que tras el reconocimiento por parte del comitente se otorga la adopción a favor de su esposa.

padre genético del niño nacido de su esposa.¹⁶ Se hace lugar a la acción, y el hombre que quiere ser padre, a quien le corresponde el material genético, reconoce al niño; posteriormente, el o la cónyuge o la pareja del reconociente solicita la adopción.

Los casos descritos, además de burlar los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley,¹⁷ confieren diferente trato a los miembros de la pareja. Mientras que al hombre que aportó sus gametos le basta reconocer, la mujer o el otro hombre deberá acudir al procedimiento de adopción, sin perjuicio de que, si la mujer comitente aportó también sus gametos, se le estaría solicitando que adopte a su propio hijo genético.¹⁸

- 3) La gestante queda embarazada sin que medie aporte de material genético de los comitentes —precisamente al no haber aportado ese

¹⁶ Véase el caso holandés *Rechtbank's-Gravenhage*, del 21 de junio de 2010, LJN: BN1309, en el que se lleva a cabo la impugnación de la paternidad del marido de la gestante para luego permitir el reconocimiento de la paternidad del comitente, también padre genético.

¹⁷ En Francia hay varios fallos, en especial uno muy importante que declaró la ilegalidad del actuar de una institución que propiciaba la GS con fines de adopción. Así, el Tribunal de Gran Instancia de Marsella, en agosto de 1987, dictó un fallo confirmado en el año 1989 por la Corte de Casación en el que se decretó la nulidad de la Asociación Alma Mater, grupo privado abocado al otorgamiento de adopciones plenas. En realidad se ofrecían mujeres para actuar como gestantes y/o donar sus óvulos. Cass Civ. 1st, del 13 de diciembre de 1989, *Assoc. «Alma Mater»: D. 1990, p. 273, rapp. Massip; JCP G 1990, II, núm. 21526*. En este caso con el semen del marido se inseminó a una tercera mujer; luego su esposa estéril adoptaría al niño. Al solicitarla, la adopción fue denegada por entender que proceder en tal forma sería desnaturalizar la institución de la adopción. El tribunal manifestó en sus considerandos que el instituto de la adopción plena se encontraba desvirtuado y desviado de su real objeto, ya que en el caso se trastocaban las reglas legales y los principios de los lazos de la adopción, organizando un proceso de adopción anticipatoria que no era aceptado en su globalidad.

Véase también C. Cass Plenary Assembly del 21 de mayo de 1991 *Bul Civ. 4 Rec. Pp. 247 D 1991 417* y C. Cass del 9 de diciembre de 2003 1st civil chamber n°01/03927; el caso *Ghent (15th ch.)*, del 30 de abril de 2012, *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht*, 2012, pp. 261, en el que se rechaza la adopción por considerarla ilegal al estar precedida por un acuerdo de GS y el caso *Landesgericht (LG)*, Dortmund, del 8 de julio de 2011, Az. 9 T 210/11, en el que se negó la adopción a un matrimonio heterosexual que acudió a la GS en Pensilvania, sobre la base de que la adopción sería una forma de regular una situación ilegal conforme a la ley alemana de protección del embrión.

También en Quebec, en un caso de adopción tras un acuerdo de GS, ésta no fue conferida por entender que con ella se procuraba regularizar una situación ilegal. Court of Quebec, Youth Division, 6 de enero de 2009: Adoption-091, 2009 QCCQ 628.

¹⁸ Véanse los casos belgas *Youth court Brussels*, del 4 de junio de 1996, *Jurisprudence de Liège, Mons et Brussels*, 1996, p. 1182; *Antwerp (16th ch. bis)*, del 14 de enero de 2008, *Rechtskundig Weekblad*, 2007-2008, p. 1774; *Youth Court Brussels*, del 6 de mayo de 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1083, y *Youth Court Ghent*, del 13 de junio de 2012, 590.B.2011/57. En todos estos casos, mientras la paternidad del comitente pudo establecerse a través del reconocimiento, la comitente, habiendo aportado sus gametos, tuvo que acudir a la adopción.

material, especialmente semen, el comitente no podrá reconocer y su cónyuge o pareja no podrá luego adoptar—; nacido el niño, el matrimonio o pareja solicita la adopción conjunta.^{19, 20}

En algunos casos, el comitente recurre al reconocimiento del niño nacido aunque no exista vínculo genético, procediéndose como en el apartado 1).²¹

- b) En segundo lugar, aunque en menor medida, se falsifican las partidas de nacimiento, lo que, en la mayoría de los países, constituye un delito.²²
- c) Por último, se recurre a la GS en los países en los que está permitida o es posible esta práctica, con todos los inconvenientes e injusticias ya analizados.

La necesidad de regular

Ante esta realidad y práctica frecuente, muchas veces irregular, la pregunta obligada es: ¿qué debe hacer el legislador? ¿Prohibir la gestación por sustitución, silenciarla o regularla?

¹⁹ Véase en este sentido los casos belgas: *Ghent (15th ch.)*, del 16 de enero de 1989, *T.G.R.*, 1989, p. 52, en el que se denegó la adopción sobre la base de que no era intención del legislador que una pareja pudiera integrar en su hogar a un niño nacido por GS a través de un procedimiento de adopción; y *Youth court Turnhout*, del 4 de octubre del 2000, *RechtskundigWeekblad*, 20012002, p. 206 en el que sí se otorgó la adopción sobre la base de que la gestante y su marido habían prestado su conformidad y porque se entendió que la GS altruista no era contraria al orden público. También los casos holandeses *Rechtbank Alkmaar*, del 29 de octubre de 2008 LJN: BG8903; *Rechtbank's-Hertogenbosch*, del 18 de agosto de 2011, LJN: 5334 BR; en este último se confirió la guarda a favor de una pareja homosexual de dos hombres. Véase también el conflictivo caso *Donna (Rechtbank Utrecht)*, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU4934), ya citado.

²⁰ Los requisitos para esta adopción conjunta varían entre los estados. España y Argentina no permiten la entrega directa. Sin embargo, en algunos precedentes se ha permitido esta adopción sobre la base del interés superior del niño después de que éste ya ha forjado con los comitentes un fuerte vínculo afectivo.

²¹ En muchos países esto constituye un delito (art. 139 y ss del Código Penal Argentino; art. 405 de Código Penal de Venezuela; art. 240 del Código Penal de Guatemala, etc.).

²² Véase por ejemplo el caso *J*, resuelto por la Civ. Ghent de Bélgica el 24 de diciembre de 2009. La GS tuvo lugar en Bélgica entre una gestante belga y una pareja holandesa casada que habían efectuado un acuerdo de GS comercial por internet. En el momento del parto, la gestante se hizo pasar por la comitente para que esta última figurara en la documentación como la madre legal. El fraude fue advertido y ante la ausencia de posesión de estado entre la pareja holandesa (los comitentes) y el niño, dado que éste había vivido con ellos sólo unos pocos meses, se impugnó la maternidad de la comitente —y consecuentemente cayó también la paternidad de su marido establecida sobre la base de la presunción legal— y se reestableció la maternidad de la gestante. El niño fue dado a una familia de acogida en Bélgica. Los comitentes fueron condenados por adopción ilegal (*Rechtbank Zwolle*, 14 de julio de 2011, LJN: BR1608 y LJN: BR1615) y la gestante y su marido por sustitución de niño a cambio de dinero (*Corr. Ghent*, 14 de mayo de 2012, inédito).

La respuesta que se evidencia inmediatamente es que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan distintas estrategias o mecanismos, generando conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la GS y resuelva los problemas que ocasiona.

Como sostiene Camacho, es innegable que muchos problemas pueden sucederse relacionados con la gestación por sustitución, como en cualquier otra práctica; incluso la forma tradicional de acceder a la paternidad puede traer complicaciones. Pero potenciales malos manejos o problemas asociados no permiten sostener que no es moral o que es objetable éticamente. El problema no está en la práctica en sí misma, sino en la inexistencia de un marco legal que permita regular, controlar y establecer criterios para poder llevarla a cabo atendiendo a los intereses de todas las partes involucradas, tanto la gestante, la o las personas contratantes y el niño o niña fruto de ese acuerdo.²³

En lo que respecta a la prohibición, cabe destacar que no sólo la realidad nos muestra que aunque la gestación por sustitución se prohíba se realiza, igualmente, sino que si bien la prohibición de los acuerdos de gestación por sustitución gestacional (en los que la gestante no aporta sus óvulos de modo que es necesario acudir a la fertilización in vitro con posterior implantación del embrión) puede ser ejecutable a través del control de los intermediarios médicos, una prohibición relativa a los acuerdos de gestación por sustitución tradicionales es más difícil, ya que estos acuerdos pueden implicar una concepción «natural» o una inseminación artificial «casera».

Entonces, aunque la gestación sea ilegal, no deja de ocurrir; ¿cuáles serían las consecuencias de convertir la gestación por sustitución en una práctica ilegal? Si se la compara con otras prohibiciones (por ej., la de vender alcohol a personas menores de edad) puede presumirse que se generará un mercado negro, rentable y atractivo para organizaciones que se aprovechan de las situaciones de vulnerabilidad.²⁴ En otras palabras, si la GS es ilegal, la práctica existirá en la clandestinidad y no habría ningún recurso para las partes involucradas.²⁵

²³ CAMACHO, J. M. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidad-subrogada.pdf>, compulsado el 27/08/2012.

²⁴ McLACHLAN, H. C. «Defending commercial surrogate motherhood against Van Niekerk and Van Zyl». *Journal of Medical Ethics*, 23, 1997, pp. 344-348.

²⁵ LIEBER, K. B. «Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?». *Indiana Law Journal*, vol. 68, iss. 1, Article 7, 1992. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol68/iss1/7>, compulsado el 26/08/2013.

Cabe destacar en este punto la postura de Hatzis, quien analiza la necesidad de regulación de la gestación por sustitución utilizando principalmente argumentos procedentes del análisis económico del Derecho contractual,²⁶ cuyo objetivo básico es hacer cumplir la voluntad de las partes. Considera que no hay razón legítima para prohibir un intercambio que hace un bien a ambas partes. Afirma que esta prohibición no es sólo autoritaria, sino también ineficiente, debido a que las partes encontrarán una forma de burlar la ley que será desacreditada por inaplicable, por no mencionar el hecho de que, en la mayoría de las veces, esta inaplicabilidad perjudica a las partes con menor poder de negociación.²⁷

Por todo esto es por lo que se sostiene que la nulidad no soluciona los problemas que pueden derivarse de la gestación por sustitución, precisándose de una regulación realista.²⁸

De igual manera, no regular, o no decir nada, tampoco impide que la práctica se realice. Es más, ante el silencio de la ley, la gestación por sustitución se practica sin un margen de control y sin los límites necesarios para evitar posibles abusos. Así, Medina sostiene que «el silencio legislativo no sirve para solucionar los conflictos que la gestación por otro presenta, que no se pueden definir por los principios generales del derecho. Por lo que el tema requiere una regulación específica y la legislación venidera debe regular la cuestión teniendo en cuenta fundamentalmente el interés del niño.»²⁹

²⁶ En la doctrina española Vela, Sánchez también analiza la figura desde la perspectiva del análisis económico del derecho. Sostiene el autor que «la legalidad del convenio de gestación por encargo supondría, de un lado, no sólo la considerable eliminación de costes para los ciudadanos españoles que actualmente tienen que desplazarse a países lejanos para llevarlo a cabo, sin olvidar la inseguridad jurídica, sino también que la importante actividad económica que genera dicho convenio gestacional se produciría completamente en España; y, de otro lado, la legalización de la gestación por encargo en nuestro país tendría un previsible y significativo efecto llamada respecto de los ciudadanos de otros estados de nuestro entorno, que no necesitarían trasladarse a los Estados Unidos de América o a países del este de Europa, Ucrania, etc. para llevar a cabo su aspiración de ser padres o madres». VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia». *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-9, en p. 2.

²⁷ HATZIS, A. N. «From soft to hard paternalism and back...». Cit., p. 6.

²⁸ FÁBREGA RUIZ, C. F. *Biología y filiación...* Cit., p. 118. Aunque exige el cumplimiento de algunos requisitos: «La pareja encargante debe firmar un acta de responsabilidad por el cual debe aceptar el niño venga como venga. Si de un parto natural puede nacer un hijo con taras, también, en estos casos, debe asumirse dicho riesgo. En estos casos la madre biológica carecerá de responsabilidad. La gestante podrá quedarse con el niño una vez nacido. Debe ser voluntaria y gratuita, si bien deberán costearse los gastos del embarazo, asistencia prenatal y parto. El contrato debe realizarse en documento público como forma "ad solemnitatem"».

²⁹ MEDINA, G. «Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado». *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, núm. 8, septiembre de 2012, p. 17.

En definitiva, la respuesta no puede ser otra que la necesidad de regular la GS; regular implica controlar y así, realmente, se podrá evitar o al menos colaborar para que este tipo de prácticas no perjudique a las personas más vulnerables. Prohibir, decidir no regular, o lo que es lo mismo, pretender mirar para otro lado, no hace más que potenciar los abusos y las violaciones a los derechos de las personas involucradas.³⁰

En los apartados siguientes profundizaré los argumentos a favor de la regulación legal de la GS.

³⁰ En la doctrina española y argentina, cada vez son más los autores que se pronuncian a favor de la admisión de esta figura. En España, entre otros, LASARTE ÁLVAREZ, C. «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria». *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012, pp. 1-15; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo x, 2010, pp. 339-377; FÁBREGA RUIZ, C. F. *Biología y filiación...* Cit.; FARNÓS AMORÓS, E. «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». Cit., pp. 68-72; PÉREZ MONGE, M. «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad». Cit., pp. 41-64; VELA SÁNCHEZ, A. J., «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». Cit., pp. 1-15; «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». Cit., pp. 1-12, y *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Cit.; CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». *La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.

En Argentina, entre otros: FAMÁ, M. V. «Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación». *La Ley*, 21/06/2011, pp. 1204-1225, p. 1; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Filiación y homoparentalidad...». Cit., pp. 977 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Los criterios de la determinación de la filiación en crisis...». Cit., pp. 127 y ss.; HERRERA, M. «Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI». En: FERREIRA BASTO, E., DIAS, M. B. (eds.). *A familia além dos mitos*. Del Rey, Belo Horizonte, 2008, p. 186; LAMM, E. «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, julio de 2011, p. 107 y ss.; DREYZIN DE KLOR, A., HARRINGTON, C. «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre de 2011, p. 301-329; GROSMAN, C. «De la filiación». En: BUERES, A. J. (dir.) y HIGHTON, E. I. (coord.). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1-B, 3.ª reimpr. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, p. 327; MEDINA, G. «Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado». Cit., p. 17; MINYERSKY, N. «¿Derecho al hijo/hija?». En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) y HERRERA, M. (coord.). *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, t. II. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 394 y 395; STILERMAN, M. N. «Maternidad subrogada. Comentario al caso «N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento»». Cit.

1.2. El interés superior del niño

La regulación de la GS se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño.³¹

Hasta la fecha, ningún estudio científico de psicología prenatal relativo a la gestación por sustitución³² ha demostrado que este modo de gestar suponga daño para el niño, ni siquiera potencial.³³

Por otro lado, los estudios empíricos sobre el funcionamiento de las familias que han recurrido a la gestación por sustitución llegan a resultados aún más positivos, como son los llevados adelante por Susan Golombok, directora del Centre for Family Research del Departamento de Psicología de la Universidad de Cambridge, con su equipo de investigación.

Golombok y su equipo iniciaron una investigación en la que se compara a las familias que han recurrido a la GS con las que han recurrido a la donación

³¹ Véase SHIFFRIN, S. V. «Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm». *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 117-148.

³² Los estudios sobre otros tipos o formas de reproducción asistida no evidencian efectos adversos en cuanto a la paternidad o maternidad. Incluso con la práctica cada vez más instalada de la inseminación artificial, cabe destacar que un estudio reciente ante la pregunta sobre cómo funcionan las familias con niños concebidos mediante inseminación con donante anónimo cuando los niños crecen reveló que las familias con niños de entre 5 y 13 años concebidos a través del uso de esperma de donante anónimo funcionan bien, cuando son comparadas con otros tipos de familias con niños de la misma edad. KOVACS, G. T., WISE, S., FINCH, S. «Functioning of families with primary school-age children conceived using anonymous donor sperm». *Human Reproduction*. Primera publicación on line, 23 de noviembre de 2012.

Otros estudios manifiestan que los padres de niños concebidos por TRA tienen buenas relaciones con sus hijos. Véase, entre otros, GOLOMBOK, S. «Parenting and contemporary technologies». En: BORNSTEIN, M. H. (ed.). *Handbook of parenting*, vol. 3, 2002, pp. 339-360; MCMAHON, C. A., UNGERER, J. A., BEAUREPAIRE, J., TENNANT, C., SAUNDERS, D. «Psychosocial outcomes for parents and children after in vitro fertilization: A review». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 13, 1995, pp. 1-16; VAN BALEN, F. «Development of IVF children». *Developmental Review*, 18, 1998, pp. 30-46. Más aún, varios estudios encontraron que los padres/madres por TRA de niños en edad escolar temprana tienen relaciones más cálidas y están más involucrados con sus hijos que los padres de niños naturalmente concebidos. Véase, GOLOMBOK, S., BREWAEYS, A., COOK, R., GIAVAZZI, M. T., CROSIGNANI, P. G., DE-XEUS, S. «The European Study of Assisted Reproduction Families: Family functioning and child development». *Human Reproduction*, 11, 1996, pp. 2324-2331; GOLOMBOK, S., COOK, R., BISH, A., MURRAY, C. «Families created by the new reproductive technologies: Quality of parenting and social and emotional development of the children». *Child Development*, 66, 1995, pp. 285-298.

³³ MASSAGER, N. «Gestation pour autrui». En: HOTTOIS, G., MISSA, J. N. (eds.). *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*. De Boeck Université, Bruselas, 2001, p. 482 y ss.; véase también DILL, S. «Consumer perspectives». En: *Current practices and controversies in assisted reproduction*. WHO, 2001, pp. 255-271, en p. 259, quien sostiene que «no hay evidencia alguna en la literatura que permita sugerir que en la mayoría de estos contratos hay algún detrimento o efecto perjudicial respecto del niño o de las otras partes involucradas».

de óvulos y las familias que han tenido un hijo naturalmente. La fase 1 se llevó a cabo cuando los niños tenían 1 año,³⁴ la fase 2 se realizó cuando los niños tenían 2 años,³⁵ y la fase 3 cuando los niños tenían 3 años.³⁶

A la edad de 1 año, las diferencias que se identificaron indicaron mayor bienestar psicológico y una mayor adaptación a la maternidad y paternidad de las madres y los padres de los niños nacidos por GS que los padres/madres naturales. Con respecto a las relaciones entre padres/madres e hijos, los resultados fueron de nuevo más positivos para los padres/madres por GS que para los padres/madres naturales. Madres y padres por GS mostraron también una mayor calidez y apego en el comportamiento hacia sus hijos, y mayor disfrute de la paternidad/maternidad que los padres/madres naturales. Los padres y las madres por GS también estaban más satisfechos con el papel de padres y madres.³⁷

A la edad de 2 años, las madres por GS mostraron relaciones parentales más positivas (mayores niveles de felicidad y competencia, y niveles más bajos de ira y culpa) que las madres que tuvieron un hijo naturalmente, y los padres por GS reportaron niveles más bajos de estrés que los padres que tuvieron un hijo naturalmente. En cuanto a los niños, no se encontraron diferencias entre los grupos, ni en cuanto al desarrollo cognitivo ni respecto a la adaptación psicológica.³⁸

En la fase tres, cuando los niños alcanzaron los 3 años, las diferencias encontradas entre los tipos de familia nuevamente reflejan niveles más altos de amabilidad e interacción entre las madres y los niños de las familias que recurrieron a la GS que en las familias que tuvieron un hijo de forma natural.³⁹

Consecuentemente, los resultados de los estudios realizados en las fases de preescolar indicaron que las relaciones padre/madre-hijo son más positivas en

³⁴ GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life». *Fertility and Sterility*, vol. 80, supl. 3, 2004, pp. 50-63.

³⁵ GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 47, núm. 2, 2006, pp. 213-222.

³⁶ GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». *Human Reproduction*, 21, 2006, pp. 1918-1924.

³⁷ GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life». Cit., pp. 50-63.

³⁸ GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2». Cit., pp. 213-222.

³⁹ GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». Cit., pp. 1918-1924.

las familias que recurrieron a la GS que en las familias que tuvieron un hijo naturalmente.⁴⁰

Unos años después, la misma investigadora principal quiso indagar sobre los efectos de la GS en las familias en los primeros años escolares del niño. Así, se estudió a familias con niños de 7 años. En esta oportunidad, se analizó a 32 familias que recurrieron a la GS, 32 familias que recurrieron a la donación de óvulos, y 54 familias que tuvieron un hijo naturalmente. De conformidad con los resultados, no se encontraron diferencias respecto a la negatividad maternal, la positividad maternal, o en la adaptación del niño, aunque las familias que recurrieron a la GS y las familias que recurrieron a la donación de óvulos mostraron una interacción madre-hijo menos positiva que las familias que tuvieron un hijo naturalmente. Los resultados de esta investigación sugieren que las familias que recurrieron a la GS y las familias que recurrieron a la donación de óvulos funcionan bien en los primeros años escolares.⁴¹

En similar sentido, otro estudio del año 2009 sostiene que los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, independientemente de si están genéticamente relacionados o no con sus padres, o los nacidos por GS, no difieren en sus niveles de adaptación psicológica con los niños concebidos naturalmente. Tampoco parecen estar en mayor riesgo de problemas de adaptación psicológica en la infancia media en comparación con los niños concebidos de forma natural.⁴²

Sólo un estudio reciente ha demostrado que, por lo menos a la edad de siete años, los niños nacidos a través de gestación por sustitución mostraron dificultades de adaptación con niveles más altos que los niños concebidos por donación de gametos. Este hallazgo puede deberse a que, a esa edad, los niños tienen una mayor comprensión de la gestación por sustitución. En esta oportunidad, los investigadores de la Universidad de Cambridge estudiaron a 30 familias que recurrieron a la GS, 31 familias que recurrieron a la donación de óvulos, 35 familias que recurrieron a la donación de esperma, y 53 familias que

⁴⁰ GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». Cit., pp. 1918-1924.

⁴¹ GOLOMBOK, S., READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., MARKS, A., JADVA, V. «Families created through surrogacy: mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7». *Developmental Psychology*, 47(6), 2011, pp. 1579-1588.

⁴² SHELTON, K. H., BOIVIN, J., HAY, D., VAN DEN BREE, M. B. M., RICE, F. J., HAROLD, G. T., THAPAR, A. «Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies». *International Journal of Behavioral Development*, 33, 2009, pp. 385-392.

concibieron naturalmente. No obstante, los propios investigadores reconocieron que los resultados tienen limitaciones debido a que el tamaño de la muestra es relativamente pequeño.⁴³

De conformidad con los estudios analizados, se puede afirmar que la gestación por sustitución no conculca ni viola el principio del mejor interés del niño; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones empíricas referidas arrojan resultados positivos en la interacción entre padres/madres y niños nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida. Una posible explicación es que los niños nacidos como resultado de la gestación por sustitución son extremadamente queridos y, consecuentemente, son criados por padres muy comprometidos y amorosos.

Por otro lado, la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño porque éste no hubiera existido de no haberse recurrido a ella. En otras palabras, si no fuera por los acuerdos de gestación por sustitución, muchos niños no hubieran nacido: se les habría negado la oportunidad de tener una vida, una vida que podría haber resultado digna de ser vivida. Difícilmente puede, en general, estar en el interés de uno de no tener esa oportunidad.⁴⁴

Además, conocer el destino al dar un niño que se gestó sabiendo que las personas que se harán cargo de ese niño o niña cuidarán de su bienestar no tiene nada objetable, ya que es una forma de ayudar y generar bienestar a las partes involucradas.⁴⁵ El niño nace en una familia que lo deseó, y tanto lo deseó que recurrió a la gestación por sustitución, lo que actualmente no es sencillo —ni legal, ni económica ni fácticamente— en muchos países. La dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo parió y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño. La clave de la defensa de estos principios superiores que se consideran implicados es, cómo no, una regulación que impida su conculcación.⁴⁶

Con este punto de partida, el interés superior del niño puede ser analizado a priori y a posteriori.

⁴³ GOLOMBOK, S., BLAKE, L., CASEY, P., ROMAN, G., JADVA, V. «Children born through reproductive donation: A longitudinal study of psychological adjustment». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54(6), 2013, pp. 653-660.

⁴⁴ McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood». *Contemporary Review*, 272, 1998, p. 113.

⁴⁵ CAMACHO, J. M. *Maternidad subrogada...* Cit., p. 15.

⁴⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». Cit., pp. 356 y ss.

A priori, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja.

Examinado a posteriori del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo.⁴⁷ Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución (que implica que este niño no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron e incluso, uno de ellos, al menos, aportó su material genético) puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes que él existiera.⁴⁸

En suma, la regulación es la solución que mejor satisface el interés superior del niño,⁴⁹ tanto a priori como a posteriori, dado que la experiencia muestra que, salvo supuestos de verdaderos ilícitos (por ej., apropiación), casi siempre es mejor para el niño tener vínculo legal con quien lo quiere, lo educa y lo protege.⁵⁰

Ahora bien, el interés superior del niño no sólo justifica la regulación de la gestación por sustitución, sino que debe ser el principal aspecto que se debe tener en cuenta y valorar en el debate de la gestación por sustitución.⁵¹ Los es-

⁴⁷ VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective». *Medicine and Law*, 14 (3/4), 1995, pp. 163-170.

⁴⁸ VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». Cit., pp. 404-409.

⁴⁹ SHIFFRIN, S. V. «Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm». *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 117-148.

⁵⁰ MILLBANK, J. «The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or “25 Brick Walls”?». *Melbourne University Law Review*, vol. 35, 2011, pp. 166 y ss.

⁵¹ Ya se vio que este elemento se tuvo principalmente en cuenta en diferentes fallos judiciales, como por ejemplo, los casos argentinos: *Trib. Cont. Adm. y Trib.*, CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012; *Trib. Cont. Adm. y Trib.*, CABA, 11-01-2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/ Amparo. Inédito; *Trib. Cont. Adm. y Trib.*, CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.; N.N. s/ inscripción de nacimiento. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil num. 86. 18 de junio de 2013. MJ-JU-M-79552-AR | MJJ79552 | MJJ79552; Juzgado de 1.^a Instancia De Distrito de Familia, San Lorenzo (JFlia)(SanLorenzo). 02/07/2012, «S.G.E.F.y.G.C.E.» DFyP 2013 (abril), p. 57, con nota de Alejandro Aldo Menicocci. Cita Online: AR/JUR/62130/2012. El caso español Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Pozuelo de Alarcón, auto de 25 de junio de 2012, rec. 285/2012. Los casos ingleses: *Re C (A Minor) (wardship: surrogacy) [1985] FLR 846*; *Re A and Another v P and Others [2011] EWHC 1738 (Fam)*; *Re X and Y (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 Fam*, [2009] 1 FLR 733; *In the Matter of D and L (Minors) [2012] EWHC 2631 (Fam)*; *Re L (A Minor) [2010] EWHC 3146 (Fam)*, [2011] 1 FLR 1423, *Re C (A Child) [2013] EWHC 2408 (Fam)*. Los casos belgas: C, Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, del 6 de abril de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164; Liège, 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4, p. 1139; Civ. Bruselas, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011, p. 125 y Civ. Nivelles, 6 de abril de 2011, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011, p. 695; el caso de *Hanne y Elke Civ. Antwerp*, 19 de diciem-

pecialistas en ética también están de acuerdo, en general, en que el interés superior del niño debe triunfar sobre cualquier otra consideración.⁵²

Consecuentemente, aplicando lo dicho, hasta tanto no se admita y regule la gestación por sustitución en España, coincido con Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes sostienen que, a pesar del tenor literal del art. 10 de la LTRHA, que indica que, desde un punto de vista legal, la «madre» debe ser la mujer que da a luz al niño, debe tenerse presente el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (CDN), en vigor para España. Dicho precepto monitoriza todo el Derecho español, y puede impedir dicho resultado. En efecto, los tribunales españoles pueden acreditar que la constatación como «madre legal» a favor de la mujer que ha dado a luz perjudica el «interés superior del niño». En tal caso, los tribunales están obligados a rechazar dicho resultado debido a la primacía del convenio sobre los derechos del niño sobre las normas españolas de producción interna y a la primacía valorativa del principio del interés superior del niño. En otras palabras: con independencia de lo que indique la letra del citado art. 10 LTRHA, si dicho precepto conduce a una solución que, en el caso específico, vulnera el interés superior del niño, los tribunales españoles deben rechazar tal solución y optar, mediante un desarrollo judicial del art. 3 CDN, por una respuesta jurídica que sintonice correctamente con el interés del niño en el caso concreto.⁵³

bre de 2008 y *Youth Court Antwerp*, 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43. El caso francés: resolución del Consejo de Estado francés del 4 de mayo de 2011, núm. 348778. El caso italiano *Sent. Trib. App. de Bari* de 19 de febrero de 2009. El caso alemán *Landesgericht (LG)*, Düsseldorf, de 15 de marzo de 2012-25 T 758/10. Los casos holandeses: *Rechtbank's-Gravenhage (Interlocutory proceedings - Voorzieningenrechter)*, 9 de noviembre de 2010, *LJN: BP 3764*; *Rechtbank Haarlem (Interlocutory proceedings - Voorzieningenrechter)*, del 10 de enero de 2011, *LJN: BP0426*; *Rechtbank Arnhem*, 20 de febrero de 2008, *LJN: BC8012* y *Rechtbank Arnhem*, 19 de mayo de 2009, *LJN: BI5039*; *Rechtbank Alkmaar*, 29 de octubre de 2008, *LJN: BG8903*, entre otros.

En algunos de los pocos casos de gestación por sustitución en los que se discutía la filiación —por lo general la gestante se negaba a entregar el niño— se decidió que la pauta que se debe tener en cuenta cuando se resuelven cuestiones relativas a la determinación de la paternidad y maternidad es la del mejor interés del niño. Véase HURWITZ, L. «Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal motherhood». *Connecticut Law Review*, 33, 2000, pp. 171-72.

⁵² REILLY, D. «Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers». *Canadian Medical Association Journal*, núm. 176 (4), 13 de febrero de 2007, p. 483.

⁵³ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010...». Cit., p. 259.

1.3. El derecho a procrear

La idea de «derechos reproductivos» se consolidó a nivel universal a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de Naciones Unidas (CIPD), realizada en El Cairo en 1994, y la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995.⁵⁴ El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo define la salud reproductiva como «un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos».⁵⁵ En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta definición no se agota en servicios de anticoncepción y procreación responsable apropiados, atención durante el embarazo y parto, prevención de enfermedades de transmisión sexual, atención de VIH, etc., sino que es bastante más amplia e implica también métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud reproductiva, incluyendo las tecnologías diseñadas para tratar la infertilidad y para permitirles a las parejas infértiles tener hijos.⁵⁶ Así, este «derecho a la reproducción» ha sido interpretado en el sentido de que una pareja o un individuo tiene derecho a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas.

⁵⁴ Estos instrumentos establecen que: «los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia». Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995). Además, según este programa, «deberían proporcionarse técnicas de fecundación in vitro de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas». Párr. 7.17.

⁵⁵ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

⁵⁶ COOK, R., DICKENS, B., FATHALLA, M. *Salud reproductiva y derechos humanos*. Oxford University Press, Profamilia, Bogotá, 2003, p. 74.

Esto ha sido recientemente confirmado en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica* del 28/11/2012,⁵⁷ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el que se ha sostenido de manera genérica que hay un derecho a procrear, y de hacerlo a través de las TRA. La CIDH considera que «la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico» (párr. 143).⁵⁸ En similar sentido se pronunció el TEDH en el caso *Evans Vs. Reino Unido*,⁵⁹ en el que el TEDH señaló que «vida privada [...] importa el derecho a que se respete tanto la decisión de convertirse como la de no convertirse en padre», y precisó respecto a la reglamentación de la práctica de FIV que «el derecho a que se respete la decisión de convertirse en padre en sentido genético queda comprendido en el marco del art. 8». En el *Caso Dickson Vs. Reino Unido*,⁶⁰ el TEDH expresó respecto a la técnica de la

⁵⁷ En 1997, el poder ejecutivo de Costa Rica reguló la práctica de la fecundación in vitro (FIV); en el año 2000, el decreto del ejecutivo fue declarado inconstitucional por la Sala Constitucional de ese país; ese tribunal consideró que los embriones in vitro tienen derecho a la vida, y la FIV, de manera consciente y voluntaria, causa una elevada pérdida de embriones, incompatible con ese derecho a la vida. El resultado de esa decisión judicial fue la prohibición de la práctica. En 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La comisión sostuvo que la prohibición costarricense constituía una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada, a la vida familiar, al derecho a conformar una familia, y una violación al derecho de igualdad. Por lo tanto, recomendó a Costa Rica levantar la prohibición de la FIV y asegurar que la futura regulación sea acorde con la convención. Ante el incumplimiento de la recomendación, tras tres prórrogas, el 29/07/2011, la comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte. El 28/11/2012, ese tribunal condenó a Costa Rica; dijo que prohibir la fertilización in vitro viola el derecho a la privacidad, a la libertad, a la integridad personal, a la no discriminación y el derecho a formar una familia. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, compulsado el 26/08/2013.

⁵⁸ Además dispuso que «la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica» (párr. 147), y que «el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población... Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias *de iure* o *de facto* para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona» (párr. 150).

⁵⁹ *Evans Vs. Reino Unido*, (No. 6339/05), sentencia de 10 de abril de 2007, párrs. 71 y 72.

⁶⁰ *Dickson Vs. Reino Unido*, (No. 44362/04), sentencia de 4 de diciembre de 2007, párr. 66.

reproducción asistida que «el artículo 8 es aplicable a las reclamaciones de los demandantes debido a que la negativa a la inseminación artificial concierne a su vida privada y familiar, cuyas nociones incorporan el derecho a que se respete su decisión de convertirse en padres genéticos». Por último, en el caso *S.H. y otros Vs. Austria*,⁶¹ el TEDH se refirió explícitamente al derecho a acceder a las técnicas de reproducción asistida, como la FIV, señalando que «el derecho de una pareja a tener un hijo y a hacer uso de la procreación medicamentada asistida para ello está protegido por el art. 8 debido a que esa opción es una expresión de la vida privada y familiar».

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha señalado que la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia.⁶²

En España existe una corriente doctrinal⁶³ que sostiene que las personas tienen un verdadero derecho a la reproducción con fundamento constitucional. Este derecho fundamental a la reproducción estaría basado en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1.º CE) y en la dignidad de la persona —en este caso, de los comitentes— como expresión del reconocimiento de sus derechos y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1.º CE). Por tanto, el derecho a la reproducción, como derecho fundamental, es un derecho que posee la persona por el hecho mismo de ser persona, por su propia naturaleza y dignidad; derecho que le es inherente, y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, ha de ser consagrado y garantizado por ésta.⁶⁴

En el derecho argentino, Minyersky declama que «hay un derecho a procrear, que no es igual ni equiparable a un derecho al niño. La procreación es un

⁶¹ *S.H. y otros Vs. Austria*, (No. 57813/00), sentencia de 3 de noviembre de 2011, párr. 82.

⁶² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, Artículo 23 - La familia, 39.º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), párr. 5 («El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos»).

⁶³ VELA SÁNCHEZ, A. J. «El derecho a elegir el sexo de los hijos». *Diario La Ley*, 2007, vol. 1, D-34, p. 1697 y ss.; Gómez Sánchez señala que el derecho a la reproducción humana «tiene su fundamento... en el reconocimiento de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (Art. 1.1. C.E.) y de la dignidad de la persona como expresión del reconocimiento de sus derechos inherentes y del libre desarrollo de su personalidad... fundamentos del orden político y la paz social y piezas esenciales del sistema constitucional democrático». GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. «El derecho a la reproducción humana». Cit., pp. 151 y ss. También BERROCAL LANZAROT, A. I. «Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido». *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero de 2007, p. 42.

⁶⁴ VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, pp. 1-15, en p. 9.

derecho reproductivo y, como tal, derecho humano... hay un derecho inalienable a la reproducción que tiene soporte en el derecho constitucional a constituir una familia». ⁶⁵ En términos amplios, Cifuentes incluye a la llamada «libertad procreacional» dentro del catálogo de derechos personalísimos, la cual constituye «una libertad que compete a cada uno para elegir entre las múltiples opciones por sí y para sí, sin intromisiones indeseadas que dirijan la elección en forma directa o encubierta». ⁶⁶ Para Famá «no hay un derecho “al hijo”, de modo que implique como contraprestación estadual el garantizarle un hijo a toda persona que desee ser madre o padre. Tampoco existe un derecho a procrear en términos de exigibilidad de un resultado positivo producto del uso de TRA. Pero sí existe un derecho a intentar procrear, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (siempre entendido este último como medio para garantizar el ejercicio de otros derechos). El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación». ⁶⁷

En definitiva, hoy en día se puede hablar de un derecho a procrear y de hacerlo concretamente a través de las TRA. ⁶⁸ La aspiración de todo ser humano a la paternidad o a la maternidad y a las posibilidades ofrecidas por las TRA, han llevado a defender —a pesar de la ausencia de una norma que lo reconozca de manera expresa— la existencia del derecho a procrear, o derecho a la procreación humana —partiendo de la naturaleza de la procreación y de la función filosófico-ética-jurídica del concepto de derecho humano— y como una

⁶⁵ MINYERSKY, N. «¿Derecho al hijo/ hija?». Cit., p. 386.

⁶⁶ CIFUENTES, S. *Derechos personalísimos*. 2.ª ed. actual. y ampl. Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 451.

⁶⁷ FAMÁ, M. V. «Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas». *Derecho de Familia y de las Personas*, 20/08/2013, p. 104.

⁶⁸ Gil Domínguez afirma que «acceder a las técnicas de reproducción humana asistida forma parte del contenido iusfundamental protegido del derecho a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar y forma parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como en la de pareja. Por lo tanto, el acceso integral a estos procedimientos y técnicas no configura una mera prerrogativa estatal que pueda ser desarrollado o no por el Estado, sino un derecho fundamental y humano que encuentra en el Estado y los demás particulares un claro sujeto pasivo al cual se le atribuyen deberes de atención y prestación». GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M. «La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales». Cit., p. 24.

de sus manifestaciones, la facultad de la persona interesada para elegir el medio a través del cual desea o puede procrear: la unión sexual o la utilización de las TRA,⁶⁹ de las cuales, la GS es una forma.⁷⁰

Se trata, entonces, de «promover un marco jurídico que privilegie el ejercicio de los derechos reproductivos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre, que represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.»⁷¹

1.4. La gestación por sustitución no atenta contra la salud psíquica de la gestante

Los opositores a la figura argumentan que la gestación por sustitución atenta contra la integridad psíquica de la gestante en virtud de que «no pueden, de antemano, predecir cuáles serán sus actitudes hacia los niños que dan a luz y la entrega de los bebés las hacen sujetos posibles de sufrimientos emocionales».⁷² Se pone énfasis en el vínculo que se crea entre la gestante y el niño como consecuencia del embarazo, por lo que, para esta postura, la renuncia al niño que nace puede ser extremadamente preocupante y puede dar lugar a problemas psicológicos.⁷³

Frente a esto, en primer lugar, cabe destacar que los estudios sobre la figura no han encontrado ningún tipo de trastorno, o problema psicológico im-

⁶⁹ VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Cit., p. 26.

⁷⁰ En similar sentido, se sostiene que dentro del marco legal argentino la gestación por sustitución, como potencial herramienta para las personas que deseen tener un hijo y se encuentren imposibilitadas de lograrlo por otros medios, viene a ocupar un espacio protegido en el ordenamiento jurídico argentino por los «derechos personalísimos» consagrados en la Constitución Nacional con la incorporación de los tratados, los pactos y las convenciones internacionales prevista en el artículo 75 inciso 22, otorgándoles jerarquía constitucional, y por diferentes leyes que fueron regulando su ejercicio. Se entiende que del derecho a la privacidad y libertad, como derechos personalísimos, se constituyen como el marco del «derecho a procrear» y el derecho a la procreación debe ser garantizado en torno a la libertad para seleccionar los medios necesarios para ejercerlo. Proyecto de ley sobre «maternidad subrogada. Régimen». (N.º de Expediente: 4098-D-2011. Trámite Parlamentario: 112 (17/08/2011).

⁷¹ Iniciativa de ley de gestación por sustitución de México DF.

⁷² ZANNONI, E. «La genética actual y el derecho de familia». Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987. *Revista Tapia*. Número monográfico de Derecho de Familia, núm. 11. 1987, p. 54.

⁷³ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *Changing conceptions of motherhood. The practice of surrogacy in Britain*. British Medical Association, Londres, 1996.

portante, en las mujeres que han actuado como gestantes, así como tampoco demuestran que la GS afecte a la salud psíquica de los comitentes.⁷⁴

En segundo lugar, el argumento que sostiene que el embarazo provoca un importante vínculo entre la gestante y el niño es rebatible conforme a la evidencia científica. Así, varios estudios demuestran que el vínculo prenatal es influenciado por una serie de factores como la edad y la actitud posterior al parto.⁷⁵ Estos factores son relevantes a la hora de explicar la habilidad de la gestante para entregar al niño después del parto. Las gestantes tienden a tener 30 años o más, y la mayoría de ellas consideran que han completado su propia familia.⁷⁶ Otro estudio, tendiente a determinar el vínculo materno durante el embarazo, descubrió que las gestantes están menos ligadas o aferradas al feto.⁷⁷ Además, los estudios demuestran que las gestantes son advertidas por las respectivas agencias de gestación por sustitución para asegurarse de que entienden de quién es el niño que están gestando y pariendo. Consecuentemente, las gestantes no se permiten a sí mismas aferrarse al feto, o al niño después del parto. La práctica de entregar al niño a la pareja comitente inmediatamente después del parto refuerza esta idea.⁷⁸

Cabe tener en cuenta, además, que es muy difícil construir una teoría sólida sobre la influencia y la naturaleza del intercambio prenatal, ya que depende de cada mujer y aparenta ser totalmente singular. Se han observado una multitud de casos en las clínicas: algunas mujeres sólo se sienten apegadas al feto durante el embarazo, otras no pueden tolerar la gestación y sólo sienten amor por su

⁷⁴ VAN DEN AKKER, O. B. A. «Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 21, núm. 2, 2003, pp. 145-161; HANAFIN, H. «Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding». Presentation at the annual meeting of the American Psychological Association, NYC, NY, 28 de agosto de 1987; BRINDEN, P. R. «Gestational surrogacy». *Human Reproduction Update*, vol. 9, núm. 5, 2003, pp. 483-491; SODERSTROM-ANTTILA, V., BLOMQUIST, T., FOUJILA, T., et al. «Experience of in vitro fertilization surrogacy in Finland». *Acta Obstetricia Gynecologica Scandinavica*, 81, 2002, pp. 747-752; PARKINSON, J., TRAN, C., TAN, T., et al. «Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy». *Human Reproduction*, 14, 1999, pp. 671-676; FISCHER, S., GILLMAN, I. «Surrogate motherhood: attachment, attitudes and social support». *Psychiatry*, 54, 1991, pp. 13-20; JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». *Human Reproduction*, 18, 2003, pp. 2196-2204.

⁷⁵ Véase SIDDIQUI, A., HAGGLOF, B., EISEMANN, M. «An exploration of prenatal attachment in Swedish expectant women». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 17, iss. 4, 1999, pp. 369-380.

⁷⁶ Véase BLYTH, E. «I wanted to be interesting. I wanted to be able to say "I've done something interesting with my life". Interviews with surrogate mothers in Britain». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 12, iss. 3, 1994, pp. 189-198; EDELMANN, R. «Surrogacy: the psychological issues». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 22, iss. 2, 2004, pp. 123-136.

⁷⁷ FISCHER, S., GILLMAN, I. «Surrogate motherhood: attachment, attitudes and social support». Cit., pp. 13-20.

⁷⁸ VAN DEN AKKER, O. B. A. «Psychosocial aspects of surrogate...». Cit., pp. 53-62.

hijo una vez que nace, otras no presentan problemáticas en relación con el embarazo... Estas observaciones demuestran que el embarazo no hace a la madre y que desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño.⁷⁹

En lo que respecta a la entrega, un estudio encabezado por Jadva⁸⁰ sobre las experiencias de las gestantes sugiere que éstas no se enfrentan a dificultades particulares al entregar al niño a los comitentes. En este estudio se analizó a 34 gestantes, de las cuales todas estaban felices con la decisión tomada acerca de cuándo entregar al niño, y ninguna experimentó dudas o dificultades en lo que respecta a la entrega. En igual sentido, los datos de un estudio realizado por Hanafin⁸¹ reflejan que ninguna de las mujeres que actuaron como gestantes (89 mujeres) experimentó un duelo por la separación del niño. El apego era en general mayor con la pareja comitente que con el niño. Según este estudio, la percepción de las gestantes de que siempre fue «su niño» (el niño de los comitentes) a menudo se basa en el hecho de que el niño no hubiera llegado a ser si no fuera por el deseo de la pareja en particular.

Esto último también se refleja en un estudio sociológico realizado por Ragoné, en el que las mujeres que han actuado como gestantes sostienen: «Yo nunca he pensado en el niño como mío. Después de que nació el bebé, la madre entró en la sala y se ocupó del bebé», «Yo no pienso en el bebé como mi hijo. Yo doné un óvulo que no iba a usar», «El bebé no es mío. Yo no soy más que la persona que lo ha gestado». Así, tanto las gestantes gestacionales como las tradicionales pasan por alto la relación biológica mediante el razonamiento de que el elemento determinante de la maternidad es la elección o intención de convertirse en madre. Según los datos que surgen de este estudio, todas sostienen: «Hubiera tenido un hijo si hubiera querido uno, pero yo no quería un niño». De la misma manera, la comitente recurre al elemento de la intencionalidad para resolver su falta de relación biológica con el niño, afirmando que su aporte tiene prioridad y relevancia por encima del aporte de la gestante, ya que fue su deseo de tener un hijo lo que facilitó el embarazo.⁸²

⁷⁹ ANDRE, M., MILON, A., DE RICHEMONT, H. «Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui». Rapport d'information, núm. 421, Sénat, 2008, p. 119; RAGONE, H. *Surrogate motherhood: conception in the heart*. Oxford Westview Press, San Francisco, 1994; POOTE, A. E., VAN DEN AKKER, O. B. A. «British women's attitudes to surrogacy». *Human Reproduction*, vol. 24, núm. 1, 2009, pp. 139-145.

⁸⁰ JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204.

⁸¹ HANAFIN, H. «Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding». Cit.

⁸² RAGONE, H. *Surrogate motherhood: conception in the heart*. Cit., p. 75.

Por último, comparto la postura de Purdy,⁸³ quien cuestiona la imagen de que la maternidad ideal está constituida por una progresión natural del embarazo, el parto y la crianza del niño. En su opinión, este ideal implica una «apelación a la naturaleza que ignora los esfuerzos de las mujeres para trascender la identificación de las mujeres con la naturaleza». La autora sostiene que siempre habrá mujeres que amen estar embarazadas, pero que no disfrutan particularmente de la crianza de los niños, y que sería lamentable que la presión social generada por la «versión idealizada de la maternidad» les impida a ellas gestar para que mujeres infértiles que de otro modo no podrían tener hijos puedan ser madres.

1.5. Los controles a la posible explotación

Quienes se oponen a la gestación por sustitución consideran que ésta comporta una cosificación de la mujer. Afirman que la gestante se convierte en un mero «ambiente» o «incubadora humana» para el hijo de otro y que la gestación por sustitución provoca el embarazo de una mujer, mientras al mismo tiempo se espera que esta mujer embarazada no reconozca el hecho de que está esperando su propio hijo.⁸⁴ Se argumenta también que la lucha de la mujer por no ser apreciada exclusivamente por su capacidad de gestar es ya larga y difícil, y por ende resulta positivo que la ley impida que se extiendan prácticas que podrían llevarnos a la utilización del cuerpo de la mujer como mero recinto gestador, debido a que esta práctica puede constituirse en una forma de manipulación del cuerpo femenino, inadmisibles en una sociedad democrática.⁸⁵

A su vez, los opositores a la figura sostienen que la gestación por sustitución conlleva la utilización de las mujeres pobres por las ricas en cuanto la «gestación por sustitución permitirá a una élite económica utilizar a mujeres necesitadas como reproductoras de hijos».⁸⁶ Incluso, como consecuencia del turismo reproductivo, para esta postura la gestación por sustitución conlleva la

⁸³ PURDY, L. M. «Another look at contract pregnancy». En: HOLMES, H. B. (ed.). *Issues in reproductive technology: An anthology*. Garland Publishing, Nueva York y Londres, 1992, pp. 309-311.

⁸⁴ VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «The ethics of surrogacy: women's reproductive labour». *Journal of Medical Ethics*, núm. 21, 1995, pp. 345-349, en p. 347.

⁸⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Cit., p. 142.

⁸⁶ FERNÁNDEZ-PACHECO, M. T. «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de baby M». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1988, p. 647 y ss. Véase también BLYTH, E. «I wanted to be interesting. I wanted to be able to say "I've done something interesting with my life". Interviews with surrogate mothers in Britain». Cit., pp. 189-198.

utilización de las mujeres de los países del tercer mundo o periféricos por las mujeres de países del primer mundo.⁸⁷

En otras palabras, se afirma que la gestación por sustitución atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que éstas no consienten libremente. Se sostiene que «es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está económicamente⁸⁸ o incluso socialmente influenciada».⁸⁹ En relación con esto último, se afirma que aunque no sea remunerado (amiga o pariente) corresponde cuestionarse: ¿hasta qué punto las presiones familiares pueden atacar ese libre consentimiento forzando a la mujer a acceder a la gestación por sustitución? Consecuentemente, se rechaza la GS por la prevalencia intelectual o económica que pueda inducir la decisión de una mujer de actuar como gestante.

Frente a esto se manifiesta que el argumento de que la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer.⁹⁰ Esto se sostuvo en el caso *Johnson vs. Calvert* ya analizado, en el que la Corte suprema de California manifestó: «El argumento de que una mujer no puede convenir, en forma consciente e inteligente, en gestar y dar a luz a un bebé para los comitentes, posee connotaciones de una forma de razonar que, durante siglos, impidió a las mujeres alcanzar iguales derechos económicos y estado profesional ante la ley. Resucitar esta concepción significa impedir una elección personal y económica por parte de la gestante y negarles a los comitentes lo que puede ser su único medio de procrear a un niño con sus propios genes».⁹¹

⁸⁷ RAYMOND, J. *Women as Wombs: Reproductive technologies and the battle over women's freedom*. Harper Collins, San Francisco, 1993. Hatzis analiza este argumento desde una perspectiva económica y sostiene que las gestantes, que generalmente serán mujeres pobres, no tendrán igual poder de negociación comparado con la persona o pareja comitente que será adinerada, si no es rica. Este desequilibrio conducirá a contratos injustos respecto de las mujeres pobres. No sólo porque esta desigualdad conducirá al pago de un precio menor, sino también porque la gestante prometerá la asunción de responsabilidades de tal magnitud que terminará convirtiéndose en una especie de esclava por nueve meses. HATZIS, A. N. «From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece». Cit., p. 6

⁸⁸ En la India, las gestantes pueden ser capaces de ganar —en un acuerdo de GS— un ingreso de aproximadamente diez veces más que el de su marido al año.

⁸⁹ GUPTA, J. A. «Towards Transnational Feminisms: Some Reflections and Concerns in Relation to the Globalization of Reproductive Technologies». *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, iss. 1, 2006, pp. 23-38, en p. 32.

⁹⁰ WERTHEIMER, A. «Exploitation and commercial surrogacy». *Denver University Law Review*, núm. 74, 1997, pp. 1215-1229. McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, 1991, pp. 91-107.

⁹¹ *Johnson v. Calvert*. 5 Cal.4th 84, 19 Cal.Rptr.2d 494, 851 P.2d 776 (cert. denied 510 U.S. 874, 114 S.Ct. 206, 126 L.Ed.2d 163) (Cal. 1993).

Incluso, para algunos, la gestación por sustitución comercial tampoco justifica que la gestación por sustitución deba prohibirse o que los contratos de gestación por sustitución no puedan ser ejecutables.⁹² Se entiende que el argumento de la explotación priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación y las trata injustamente —discrimina— respecto a las agencias y clínicas de fertilidad, ya que sí se aceptan pagos a éstas pero no a las mujeres que están dispuestas a cambiar sus vidas por nueve meses para traer un niño al mundo.⁹³

Es importante destacar que —como se analizará luego— en los países en los que esta práctica está regulada, como por ejemplo en Estados Unidos, las gestantes, en general, son mujeres que prestan su ayuda de manera voluntaria. Suelen ser mujeres de buen nivel socioeconómico con una vida familiar estable y que ya han tenido sus propios hijos. Ellas están orgullosas de la ayuda que prestan y por lo general hablan con mucha naturalidad del tema. Hay un testimonio que se repite con frecuencia: cuando se les empieza a notar la barriga y la gente les da la enhorabuena por la calle, ellas contestan con naturalidad «gracias, pero no es mío». Ante esto, Vila Coro se cuestiona cómo se puede considerar explotación algo que se lleva con tanto orgullo.⁹⁴

En definitiva, este argumento de la explotación que conlleva prohibir los acuerdos de GS viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.⁹⁵ Volveré sobre este tema al analizar el carácter altruista de la gestación por sustitución.

Sin perjuicio de lo dicho, no se puede descartar que esta explotación excepcionalmente puede existir, especialmente si se carece de regulación legal.

En otras palabras, la preocupación ante la posible explotación de mujeres es en muchos contextos válida. Ahora bien, la prohibición o la falta de regulación o silencio de la ley potencia, y consecuentemente aumenta, el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de esta práctica

⁹² WERTHEIMER, A. «Exploitation and commercial surrogacy». Cit., pp. 1215-1229. McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». Cit., pp. 91-107.

⁹³ Véase ANDREWS, L. B. «My body, my property». *Hastings Center Report*, vol. 16, núm. 5, 1986, pp. 28-38.

⁹⁴ VILA CORO, A. «Argumentario en defensa de la gestación subrogada». Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>, consultado el 26/08/2013.

⁹⁵ VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». Cit., pp. 404-409.

debido a que provoca que la gestación por sustitución se realice al margen de la ley, y en muchos casos en la clandestinidad, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias.

La situación existente en la India, donde la falta de marco legal provoca abusos e injusticias de los que son víctimas las gestantes,⁹⁶ es el más claro ejemplo de que la prohibición o la falta de regulación no soluciona este problema.

Al regular, se establecen parámetros, requisitos y condiciones que limitan y controlan. Regular implica que debe hacerse dentro de ciertos márgenes y bajo determinados requisitos que necesariamente importan un control y provocan que disminuyan los abusos y las injusticias. Consecuentemente, la regulación favorece la eliminación de la temida explotación.

1.6. Los límites al turismo reproductivo

Conforme se demostró en este trabajo, la gestación por sustitución se practica en muchos países del mundo, y las personas que cuentan con recursos económicos y que no pueden acceder a ésta en su lugar de residencia viajan a esos países y se someten a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales.

Esto pone en evidencia que la prohibición de la gestación por sustitución, o la falta de regulación de la gestación por sustitución en condiciones igualitarias, fomenta el turismo reproductivo, con todos los inconvenientes que éste genera. Para su análisis remito al apartado segundo del capítulo cuarto de este libro.

Consecuentemente, una regulación que contemple la gestación por sustitución y permita acceder a ella en condiciones igualitarias disminuirá el turismo reproductivo, y con esto, todos los problemas y las injusticias que de él emanan.

1.7. La tendencia que prevalece en el derecho comparado

La regulación de la GS es la tendencia en el derecho comparado, y el número de Estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años, como por ejemplo: Australia (ACT [2004], Queensland [2010], New South Wales [2010], Western Australia [2008], Victoria [2008]),

⁹⁶ Entre otros, falta de consentimiento, abortos no consentidos ni informados, falta de pagos a las gestantes... Centre for Social Research. «Surrogate Motherhood- Ethical or Commercial». Disponible en: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>, compulsado el 26/08/2013

Canadá (Alberta [2010], Columbia Británica [2011]), Grecia (2002 y 2005), Rusia (2011), Sudáfrica (la ley entró en vigor en 2010), Brasil, (2010, modificada en 2013), Sinaloa, México (la ley entró en vigor en 2013), etc.

Incluso muchos estados se están cuestionando su regulación. Tal es el caso de Argentina,⁹⁷ Bélgica,⁹⁸ Bulgaria,⁹⁹ Irlanda,¹⁰⁰ India,¹⁰¹ México DF¹⁰² y Uruguay,¹⁰³ entre otros.

⁹⁷ Véase el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y los otros proyectos de ley ya citados.

⁹⁸ Propuesta de ley del 9 de septiembre de 2010, presentada por Bart Tommelein, *Doc. parl.*, Senate, 2010, n.º 5-130/1; propuesta de ley del 23 de septiembre de 2011, presentada por Christine Defraigne, *Doc. parl.*, Senate, 2010, n.º 5-160/1; propuesta de ley del 6 de octubre de 2011 presentada por Philippe Mahoux, *Doc. parl.*, Senate, 2010, n.º 5-236/1; Propuesta de ley del 5 de abril de 2011, presentada por Marleen Temmerman y Guy Swennen, *Doc. parl.*, Senate, 2010-2011, n.º 5-929/1.

⁹⁹ La iniciativa legislativa consta de cinco proyectos de ley que tienen por objeto modificar y completar la legislación búlgara existente, a saber, (1) un proyecto de ley que modifica y complementa el Código de Familia, (2) un proyecto de ley que modifica y complementa la *Ley de registro ciudadano*, (3) un proyecto de ley que modifica y complementa la *Ley de Seguridad Social*, (4) un proyecto de ley que modifica y complementa el Código de Trabajo, y (5) un proyecto de ley que modifica y complementa la *Ley de salud*.

¹⁰⁰ Muchos sostienen que en Irlanda el caso *M.R & Anor -v- An tArd Chlaraitheoir & Ors* [2013] IEHC 91, ya citado, abrirá las puertas a la regulación y legalización de la gestación por sustitución en ese país. Véase GARTLAND, F. «Calls made for surrogacy legislation», *The Irish Times* - Wednesday, March 6, 2013. <http://www.irishtimes.com/newspaper/ireland/2013/03/06/1224330830470.html>, compulsado el 26/08/2013.

¹⁰¹ *Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill and Rules* 2010.

¹⁰² La *Ley de maternidad subrogada* para el Distrito Federal fue aprobada por la Asamblea Legislativa (ALDF) el 30 de noviembre de 2010, debiendo entrar en vigor el 1 de enero de 2011, pero no fue publicada en el boletín oficial. Según lo expuesto por las autoridades, los tiempos fijados por las asambleístas para la entrada en vigor de esta norma (el 1 de enero de 2011) no dieron oportunidad para hacer las consultas médico-jurídicas correspondientes, e imposibilitaron su publicación posterior. Ese primer dictamen aprobado el 30 de noviembre de 2010 fue objeto de revisiones y cambios por parte de la Consejería Jurídica del Distrito Federal y el 9 de noviembre de 2011 se presentó un nuevo dictamen que fue aprobado en comisiones de la Asamblea Legislativa el 9 de diciembre de 2011 para ser sometido a la aprobación por el pleno de la misma. Sin embargo, el 20 de diciembre de 2011, en lugar de aprobarse la ley, se presentó una propuesta de Moción Suspensiva (se sostuvo, entre otras razones, que las observaciones por el jefe de Gobierno [JGDF] fueron hechas fuera de plazo. La Constitución establece en su artículo 122 Base Segunda, fracción II inciso b), que el término del JGDF para remitir observaciones a la ALDF es de 10 días hábiles. Lo mismo se repite en el artículo 48 del Estatuto de Gobierno del DF y en el 92 de la Ley Orgánica de la ALDF), que fue aprobada por mayoría, por lo que el proyecto debió regresar a comisiones para su tratamiento, quedando pendiente su definición en la V Legislatura. Ahora bien, en virtud de la importancia y necesidad de legislar sobre la temática en el Distrito Federal, en 2013 se recuperó el planteamiento desarrollado en la anterior legislatura. La iniciativa que se presenta en 2013 retoma la que fuera presentada por la entonces diputada local y presidenta de la Comisión de Salud y Asistencia Social, Maricela Contreras Julián, así como los dictámenes que fueron elaborados por las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género, incluyendo las observaciones realizadas por el jefe de gobierno.

¹⁰³ El proyecto de *Ley de reproducción asistida* fue aprobado en diputados y en septiembre de 2013 será tratado por el Senado. En su versión originaria, el art. 21 prohibía la GS; este artículo fue modificado

Además, como se vio al analizar el derecho comparado, muchas legislaciones que, en algunos aspectos, tenían un carácter restrictivo, se están flexibilizando: tal es el caso, por ejemplo, de Rusia, Reino Unido, Israel, Grecia, o Brasil.

1.8. Las posturas «feministas». El debilitamiento de la «condena biológica»

Dentro del pensamiento feminista, existen distintas posturas respecto a la GS¹⁰⁴ que responden a las diferentes maneras de comprender si la gestación por sustitución contribuye a la libertad de las mujeres o, por el contrario, la viola. No obstante, como se verá, la mayoría de los movimientos feministas se inclinan a favor de esta práctica.

y reemplazado por uno que establece: «Artículo 21.- (Prohibición de contratos, sanciones).- Se prohíbe la celebración de contratos a título oneroso o gratuito, exceptuando a los familiares de primer y segundo grado de consanguinidad, por el cual una de las partes provea un embrión para su gestación en el útero de una mujer cuyo gameto no fue utilizado para darle origen, obligándose esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.- Quienes intervengan en estas acciones serán castigados con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría».

¹⁰⁴ Las posturas de los movimientos feministas son también dispares ante las TRA. Algunas feministas y pensadores critican estas técnicas por su falta de naturalidad; se apunta a la medicalización del cuerpo de la mujer que éstas implican, sobre todo porque casi siempre la que debe «poner el cuerpo» es ella y algunos de estos tratamientos resultan bastante invasivos (aun cuando el problema de fertilidad sea masculino). Véase SOMMER, S. *De la cigüeña a la probeta*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994, pp. 45-50. Un segundo tipo de argumento apunta a la continuidad del rol reproductor de la mujer; en definitiva, la búsqueda de un hijo puede leerse como la antítesis del logro de la liberación femenina. Véase CALLAHAN, J. «Feminism and reproductive technologies». *The Journal of Clinical Ethics*, 5(1), 1994. Se argumenta que este tipo de tecnología incentiva la maternidad de manera artificial y casi sin límites. OLIVEIRA, F. «As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a service da materialização de desejos sexistas, racistas o eugenicos?». *Bioética*, 2001, vol. 9, núm. 2, pp. 99-112. CORREA, M. «Ética y reprodução assistida: a medicalização do desejo de filhos». *Bioética*, vol. 9, núm. 2, 2001, pp. 71-82. Otras pensadoras feministas retoman algunas de las críticas de la denominada segunda ola del feminismo norteamericano y entienden que «el deseo de acceder a la reproducción asistida es producto de una nueva forma de manipulación ideológica de las mujeres». SOMMER, S. «Mujeres y reproducción: las nuevas tecnologías». *Debate Feminista*, 4: 8, 1993, pp. 76-85. Una tercera línea argumental crítica plantea, con aires kantianos, una comodificación de la mujer (por ejemplo, ante la posibilidad de la venta de óvulos). Por otro lado, hay quienes, por el contrario, miran estas técnicas desde una perspectiva más positiva: consideran que estas tecnologías permiten «liberar» a la mujer de una maternidad temprana y les brindan la opción de formarse, desarrollarse intelectual y laboralmente y ejercer su autonomía y libre elección de tener un hijo dentro de un rango de mayor tiempo y de mayor semejanza a la posibilidad reproductiva del varón. GARGALLO, F., «Nuevas técnicas reproductivas: el debate de las italianas». *Debate Feminista*, año 4, vol. 8, 1993, pp. 86-100. Véase LUNA, F. «Las paradojas de la reproducción asistida y el género. Dejando de lado fotografías anacrónicas». En: CASADO, M., LUNA, F., VÁZQUEZ, R. (eds.). *Género y Bioética*. Editorial Fontamara y Suprema Corte de la Nación, México (en prensa).

Por un lado, algunas feministas ven a la gestación por sustitución como una forma de esclavitud en la que la gestante es explotada a través de los incentivos de dinero, la expectativa social de autosacrificio o ambos.¹⁰⁵ Éste es el feminismo «socialista»¹⁰⁶ que rechaza la gestación por sustitución por entender que constituye una explotación económica y/o psicológica (la mujer a la que se le demanda la GS se siente presionada por cuanto piensa que con ello puede ser útil a una pareja infértil). Asimismo, rechazan la gestación por sustitución por entender que supone una cosificación del cuerpo de la mujer.¹⁰⁷

En similar sentido, el «feminismo radical»¹⁰⁸ considera que en una sociedad paternalista, la libertad de las mujeres para contratar es una ilusión y que la gestación por sustitución es simplemente otra oportunidad para que los varones tengan control sobre el cuerpo de las mujeres.¹⁰⁹

Ahora bien, a diferencia de estas posturas, el denominado feminismo «cultural»¹¹⁰ distingue según el convenio es gratuito o retribuido. El primer supues-

¹⁰⁵ ALLEN, A. L. «Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 13(1), 1990, pp. 139-149; O'BRIEN, S. «Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy». *North Carolina Law Review*, 65, 1986, pp. 127 y ss.

¹⁰⁶ El feminismo marxista-socialista concibe la opresión de la mujer como una más de las consecuencias que se derivan de la existencia de la propiedad privada. El modo de producción capitalista, imperante en las sociedades actuales, en la medida en que se asienta sobre la propiedad privada de los medios de producción, hereda y refuerza la opresión de la mujer. Las relaciones no igualitarias entre hombres y mujeres sólo acabarán cuando se supere el modo de producción capitalista. En una sociedad en la que los medios de producción estén socializados desaparecerá la explotación clasista y, con ella, la subordinación de la mujer. En la obra de Engels *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, publicada en 1884, tiene su punto de partida este planteamiento. Véase PUIGPELAT MARTÍ, F. «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida». *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, núm. 32, 2004, pp. 63 y ss.

¹⁰⁷ FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. «Mujeres y técnicas de reproducción artificial ¿Autonomía o sujeción?». En: BALLESTEROS, J. (coord.). *La humanidad in vitro*. Comares, Granada, 2002, p. 171.

¹⁰⁸ El feminismo radical concibe la subordinación femenina como el producto de una determinada construcción social: el patriarcado. Este concepto se introduce en la obra de Millet *Política sexual*, publicada en 1970. La conceptualización del patriarcado como institución destinada a perpetuar la opresión de los hombres sobre las mujeres ha sido diversa dentro del feminismo radical. Pero con él quiere destacarse, sobre todo, que las relaciones entre los sexos están marcadas por las relaciones de poder que los hombres ejercen sobre las mujeres en todas las áreas de la vida y no sólo en el ámbito público y económico. Este poder se articula socialmente en torno a la construcción de género «masculino» y «femenino» y sus correspondientes roles. Los roles de género «masculino» y «femenino» se asientan sobre diferencias biológicas, pero van más allá de ellas. Véase PUIGPELAT MARTÍ, F. «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida». Cit., p. 66.

¹⁰⁹ FRANK, D., VOGEL, M. *The baby makers*. Carroll & Graf Publishers, Nueva York, 1988, p. 189.

¹¹⁰ A mediados de los años setenta empieza a utilizarse la expresión «feminismo cultural». Bajo esta denominación cabe situar aquellos planteamientos que enfatizan las diferencias existentes entre las mujeres y los hombres. Pero esta «diferencia» de las mujeres, que se manifiesta en una cultura propia, distinta de la masculina, no es algo que deba desaparecer, por ser el resultado de la dominación mas-

to se valora positivamente como una manifestación de la disposición femenina al cuidado.¹¹¹

Otras posiciones rechazan que la gestación por sustitución altruista sea más aceptable que la comercial. Semejante afirmación —dicen— no haría sino forzar y reflejar las normas de género. La gestación por sustitución aparecería como una extensión de las tareas de cuidado que las mujeres han desarrollado siempre en la esfera privada, pero que nunca han sido reconocidos como un trabajo que deba ser remunerado. Sostienen que pagar por los servicios de las gestantes pondría en crisis esas normas de género.¹¹² Así, algunas autoras defienden inequívocamente la gestación por sustitución, no sólo gratuita, sino también y sobre todo retribuida. Lo hacen en nombre de la autonomía de la voluntad, de la capacidad de elegir, de autodeterminarse.

En similar sentido, el «feminismo liberal» está a favor de la gestación por sustitución sobre la base de que mediante la afirmación de la habilidad de las mujeres para contratar se las empodera y reconoce como sujetos autónomos.¹¹³ Estas autoras se manifiestan a favor de que no exista ningún tipo de prohibición legal de la gestación por sustitución y a favor de que las relaciones de gestación por sustitución (en particular, las relaciones parentales) se regulen a través de un contrato válido frente a la ley, debiendo, por tanto, prevalecer la voluntad expresada en el momento de la celebración del contrato antes de la concepción. La gestante no podría cambiar de idea a lo largo del proceso. Sostienen que las mujeres deben cumplir sus contratos de gestación por sustitución, en cuanto individuos autónomos, capaces de efectuar elecciones racionales, libre y conscientemente y de manera responsable.¹¹⁴

Desde otro punto de vista, también positivo, algunas feministas creen que la gestación por sustitución es una de las muchas posibilidades reproductivas a las que las mujeres deben poder optar libremente.¹¹⁵

Se considera que si una mujer tiene derecho a controlar su cuerpo en razón de la libertad reproductiva —tales como el derecho al aborto, o a controlar el

culina, sino algo que debe ser preservado. Y debe serlo, no sólo porque de otro modo parecería que el modelo al que han de adaptarse las mujeres es el masculino, sino también porque los «valores femeninos» son en sí mismo valiosos y han de ser defendidos. Véase PUIGPELAT MARTÍ, F. «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida». Cit., pp. 63-80.

¹¹¹ FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. «Mujeres y técnicas de reproducción...». Cit., p. 170.

¹¹² FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. «Mujeres y técnicas de reproducción...». Cit., p. 170.

¹¹³ SHALEV, C. *Birth power: the case for surrogacy*. Cit., pp. 147-148.

¹¹⁴ FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. «Mujeres y técnicas de reproducción...». Cit., p. 171.

¹¹⁵ ANDREWS, L. B. «Surrogate motherhood: The challenge for feminists». En: GOSTIN, L. (ed.). *Surrogate motherhood: Politics and privacy*. Indiana University Press, Bloomington y Indianapolis, 1990, pp. 168 y ss.

número y espaciamiento de sus hijos—, ¿por qué negarles el derecho a elegir actuar como gestantes?¹¹⁶ En los Estados Unidos —donde estas cuestiones han sido más ampliamente debatidas— se invoca el derecho a la *privacy* (más amplio que el derecho a la privacidad de los ordenamientos jurídicos continentales). La decisión pionera sobre este derecho ha sido *Roe v. Wade*.¹¹⁷

El derecho de la mujer a controlar su cuerpo es fundamental en la lucha por el control de su vida. Este control se manifiesta de muchas maneras, pero el elemento principal de control es la elección: la opción de no quedar embarazada, la opción de quedarse embarazada, y la decisión de abortar. La decisión de convertirse en gestante o de contratar a una gestante es una evolución natural del derecho a la libertad reproductiva. De esto se desprende que limitar las decisiones de las mujeres respecto a la GS implica limitar las opciones que ya han sido garantizadas por la ley a las mujeres. En otras palabras, las mujeres, como seres libres e independientes, deben tener derecho a decidir si desean, o no, ser gestantes.¹¹⁸

Por último, cabe destacar que muchas estudiosas feministas¹¹⁹ celebran la existencia de la gestación por sustitución como una forma de demostrar e ilustrar que gestar y criar un niño son dos actividades humanas diferentes. Gestar un niño es una función biológica de la que no necesariamente deriva que la mujer deba criarlo. Una de las características y de los postulados del feminismo es que «la biología no debe ser el destino». La igualdad de trato entre los sexos requiere que las decisiones acerca de los hombres y las mujeres se realicen por motivos distintos a los biológicos.¹²⁰

Se pone de manifiesto que, con mucha frecuencia, la maternidad ha sido considerada la característica fundamental, cuando no definitoria, del ser mu-

¹¹⁶ PYTON, E. «Is surrogate motherhood moral?». *The Humanist*, vol. 61, núm. 5, 2001, pp. 20-21. Véase también SHALEV, C. *Birth power: the case for surrogacy*. Yale University Press. New Haven (CT), 1989; McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Babies, child bearers and commodification: Anderson, Brazier et al., and the political economy of commercial surrogate motherhood». *Health Care Analysis*, 8, 2000, pp. 1-18; ANDREWS, L. B. «My body, my property». Cit., pp. 28-38.

¹¹⁷ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). El fallo es conocido por marcar un hito en la despenalización del aborto en el ordenamiento jurídico norteamericano. La sentencia declara la inconstitucionalidad de una norma penal del Estado de Texas que prohibía el aborto excepto en caso de peligro de muerte para la madre.

¹¹⁸ Véase LIEBER, K. B. «Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?». Cit., pp. 205-232.

¹¹⁹ ANDREWS, L. B. «Surrogate motherhood: The challenge for feminists». Cit., p. 168. PURDY, L. M. «Another look at contract pregnancy». Cit., pp. 309-311.

¹²⁰ Me interesa destacar lo resuelto en el caso *In re Roberto*, en el que la Court of Appeals of Maryland permitió que la gestante eliminara su nombre del certificado de nacimiento, basándose en el estado de igualdad de derechos, debido a que la ley de paternidad de Maryland permite a los hombres negar la paternidad sobre la base de la falta de vínculo genético. *In re Roberto d.B.*, 923 A.2d 115 (Md. 2007).

jer. Separar las responsabilidades parentales de los aspectos relacionados con la gestación nos permite ver que el alumbramiento constituye una de las cosas que una mujer puede elegir, pero que en modo alguno debe erigirse en la definición de su rol social o de sus derechos legales.¹²¹

Para esta postura, no regular o considerar ineficaces los acuerdos de gestación por sustitución no sólo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su destino biológico.¹²²

En definitiva, la anulación de los acuerdos de gestación por sustitución exalta las experiencias de la gestación y el parto por encima de la formación de decisiones y expectativas emocionales, intelectuales e interpersonales por parte de las mujeres.¹²³

1.9. Los principios de igualdad y no discriminación

Los principios de igualdad y no discriminación también se presentan como argumentos a favor de la regulación de la gestación por sustitución por diferentes razones.

En primer lugar, la GS representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque sólo de uno de ellos), por lo que, conforme a los principios de libertad, igualdad y no discriminación, la GS debe legalizarse y regularizarse, especialmente tras la sanción de la Ley 26.618 y de la Ley 13-2005. En otras palabras, si una pareja heterosexual, o una pareja homosexual de dos mujeres, puede tener un hijo genéticamente propio, entonces también debe poder hacerlo una pareja conformada por dos hombres. Para ampliar este punto remito al apartado tercero del capítulo segundo de este libro.

¹²¹ SHANLEY, M. L. ««Maternidad subrogante» y libertad femenina. Nos asiste el “derecho” de alquilar nuestro vientre?». Seminario: Diálogos sobre la familia, la justicia, y el derecho. Programa de Democratización de las Relaciones Sociales. Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Martín, 2-4 diciembre 2003. Disponible en: <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/cedehu/material/Shanley%20Maternidad%20subrogante.pdf>, compulsado el 26/08/2013.

¹²² SHULTZ, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality». *Wisconsin Law Review*, 1990 (2), pp. 297-398, en pp. 370-371 y 378-379 «Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California». *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 19, 2005, pp. 77-128, en p. 98.

¹²³ FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California...». Cit., p. 6.

En segundo lugar, la regulación de la gestación por sustitución se justifica sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación porque no hay solución para quien quiere ser madre jurídica, pero necesita de otra para gestar. En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Ante esto cabe preguntarse: ¿por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados a que lo haga recurriendo a la donación de la «capacidad de gestación»? Si la sociedad acepta que los donantes de esperma y óvulos no son padres, ¿por qué la gestación se presenta como «sagrada»?¹²⁴

Cabe tener en cuenta que tanto en Argentina como en España se permite recurrir a la donación de ovocitos, de modo que se ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos por no poder aportar sus óvulos, por lo que habría que permitir esta práctica para ayudar también a aquellas mujeres que no pueden gestar,¹²⁵ por ejemplo, por una grave enfermedad pélvica no susceptible de operación, por carencia congénita de útero¹²⁶ (síndrome de Rokitanski) o

¹²⁴ Así, Alkorta Idiákez cuestiona la coherencia ética de la regulación española que mientras prohíbe la GS por motivos altruistas, permite la donación de óvulos o la de embriones, y se pregunta: «¿Por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que llevar a cabo una gestación por motivos altruistas, si se entrega después el nacido a la madre genética sin exigir precio alguno?». Responde que «no hay razón para prohibir los acuerdos de gestación entre hermanas o entre amigas, siempre que se den una serie de requisitos: primero, el embrión debería provenir de la pareja comitente y no de la gestante o de una pareja donante; en segundo lugar, la gestación debería ser gratuita; para terminar, sólo cabría la gestación por sustitución a favor de mujeres que padezcan alguna patología que las incapacite para llevar un embarazo a término». La autora sostiene que «es conveniente atender a la realidad social que muestra que las parejas están dispuestas a recurrir a los servicios de mujeres reclutadas por clínicas californianas, antes de resignarse a no tener descendencia biológica. Las mujeres que no pueden gestar por carecer de útero reclaman una solución semejante a la que el ordenamiento ofrece a las mujeres que no pueden tener hijos propios por carecer de ovarios, y lo cierto es que resulta difícil hallar razones de peso para negarles el derecho a unas mientras se les reconoce a otras». ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, pp. 288 y ss.

¹²⁵ Durante un simposio sobre los aspectos éticos y legales del uso de las TRA llevado a cabo en Buenos Aires en junio de 2011, promovido por la Sociedad Argentina de Andrología, la Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva y la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 80 reproductólogos debatieron sobre distintos aspectos de las TRA: el 53% de los reproductólogos estuvo de acuerdo con la gestación por sustitución; y para el 96% de los que estuvieron de acuerdo debe tratarse de una mujer en edad reproductiva sin útero, pero que aún conserva sus ovarios, o si el embarazo pone en riesgo su vida.

¹²⁶ Juan Antonio García Velasco, director del Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI), explica que «cada vez vienen más mujeres a la consulta que no tienen útero [a causa de un cáncer, por ejemplo] y nos dicen que quieren ser madres», «Y no entiendo por qué esta técnica está penalizada en España,

por histerectomía, por sufrir abortos naturales repetidos, así como cualquier enfermedad grave que desaconseje el embarazo. Se entiende que estos casos justificarían buscar una gestante.¹²⁷

Ya en 1996, la British Medical Association decía que «la gestación por sustitución es una opción aceptable en los casos en que es imposible o altamente indeseable por razones medicas que la comitente geste al niño por nacer».¹²⁸

El análisis comparativo de las situaciones permite afirmar que la admisión de la gestación por sustitución se presenta como una solución más justa.

Por último, las prohibiciones legales —o las limitaciones que surgen de la falta de regulación legal— son discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las personas o parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los países donde dicha práctica está permitida.

1.10. Las diferencias entre derecho y moralidad

Si bien, como se vio, una de las principales objeciones a la gestación por sustitución es que es inmoral, lo cierto es que el argumento de que la ley debe castigar la inmoralidad es antiguo y está desacreditado. La opinión de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutada con éxito hace más de 150 años por John Stuart Mill.¹²⁹

La regla es que la moralidad convencional no debe limitar la libertad de las personas cuando sus conductas no dañan a otros.¹³⁰ En consecuencia, en ausencia de daño demostrable para los niños u otras personas involucradas, como mínimo, el Estado debe abstenerse y no poner obstáculos a la posibilidad de acceder a esas libertades.

Más aún, algunos estados han dado un paso más; así, el *Queensland Parliamentary Committee Report*, de 2008, afirma que «para un pequeño grupo de

cuando la donación de ovocitos sí está permitida». VALERIO, M. «Los especialistas, favorables a la legalización de las “madres de alquiler”». *El Mundo*, 07/07/2008. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/07/mujer/1215451377.html>, consultado el 27/08/2013.

¹²⁷ HIGUERA, G. «Maternidad subrogada». Cit., p. 93.

¹²⁸ BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *Changing conceptions of motherhood. The practice of surrogacy in Britain*. Cit.

¹²⁹ MILL, J. S. *On liberty*. Parker, Londres, 1859, pp. 13 y ss.

¹³⁰ HATZIS, A. N. «From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece». Cit., p. 5.

personas, la GS altruista es la única oportunidad real de crear una familia, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser *crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad* para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.¹³¹

Ya en el año 2005, la ESHRE sostuvo que la gestación por sustitución es un procedimiento aceptable (aunque siempre que sea altruista y para ayudar a una pareja para la que es imposible o tiene médicamente contraindicado llevar un embarazo). Para el ESHRE, las objeciones morales contra el procedimiento y los riesgos y complicaciones potenciales no son razones suficientes para prohibir completamente la gestación por sustitución, siendo esencial la existencia de medidas y directrices con el fin de proteger a todas las partes, para garantizar la toma de buenas decisiones y minimizar el riesgo.¹³²

1.11. El avance y la evolución del derecho

Si se objeta la práctica de la gestación por sustitución por las dificultades de aceptación de la sociedad, no habría casi avances ni cambios en ningún área y todo seguiría igual a través de los siglos.

Psicológica y sociológicamente, es hoy esperable que una parte de la sociedad reaccione escandalizándose y rechazando lo nuevo; pasado un tiempo, suele haber respuestas de tibia aceptación, hasta que llega la aceptación mayoritaria; éste es el caso de la fecundación in vitro y muchas otras nuevas tecnologías en el campo de la reproducción asistida.¹³³

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades.¹³⁴ Ésta es la respuesta que mejor satisface el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos.

¹³¹ Investigation into Altruistic Surrogacy Committee, Queensland Parliament, Report (2008) («Queensland Report»), p. 23.

¹³² SHENFIELD, F., PENNINGS, G., COHEN, J., DEVROEY, P., DE WERT G., TARLATZIS, B. «ESHRE Task Force on Ethics and Law including». *Human Reproduction*, vol. 20, núm. 10, 2005, pp. 2585-2588.

¹³³ CAMACHO, J. M. *Maternidad subrogada...* Cit., p. 13.

¹³⁴ LAMM, E. «Gestación por sustitución. Realidad y derecho.» *Indret*, 3/2012. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf, compulsado el 28/08/2013.

La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar, las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

2. CONDICIONES Y REQUISITOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Expresados los argumentos a favor de la validez y regulación de la gestación por sustitución, a continuación analizaré entonces cuáles, a mi juicio y como resultado de una profunda investigación, deben ser los requisitos de procedencia y las condiciones de la gestación por sustitución y cómo deberían contemplarse; para luego, a modo de conclusión, realizar una propuesta de regulación legal de esta figura.

2.1. Sistema: intervención judicial previa

Derecho comparado

En el derecho comparado, dentro de las legislaciones que admiten la gestación por sustitución, se divisan dos grandes sistemas o grupos:

- 1) En el primer grupo,¹³⁵ su regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación posparto.
- 2) El segundo grupo¹³⁶ regula un proceso de «preaprobación» de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deben presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal, un notario o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

¹³⁵ Ej. Reino Unido, Australia (Qld, NSW, ACT y SA).

¹³⁶ Ej. Grecia, Israel, Sudáfrica, el proyecto de ley de México DF, Sinaloa, Australia (VIC y WA), Estados Unidos (New Hampshire, Virginia, etc.).

Ventajas y desventajas de los dos sistemas

El primer sistema es más protector de la gestante; no pone en peligro el derecho de la gestante a adoptar decisiones autónomas con respecto a su embarazo; conserva la regla tradicional de establecimiento de la maternidad, *mater semper certa est*, y protege el derecho de la gestante a un cambio de parecer.¹³⁷

Adolece, sin embargo, de cierta ambigüedad, ya que esto implica que la gestante es también madre, lo que socava o se enfrenta con la propia filosofía de la figura de la gestación por sustitución. Esto, a su vez, se enfrenta con la legislación sobre la donación de gametos, que asegura que los donantes no tienen ningún vínculo de filiación con el niño. Además, el propio sistema puede dar lugar a importantes conflictos si los comitentes no gestionan la transferencia de filiación, o si la gestante se niega a transferirla.

Siguiendo esta línea, Gamble critica el sistema británico de transferencia de la filiación sosteniendo que «debemos honrar y respetar el papel crucial y emocionalmente significativo que la gestante desempeña al gestar y dar a luz a un niño. El punto es que, en un deseo casi histérico de garantizar su protección, se ha equilibrado mal. La ley actual en el Reino Unido le da a una parte en un acuerdo de GS un estatuto jurídico único y especial que prevalece por sobre los intereses de todos los involucrados, independientemente de las circunstancias. Aun cuando el acuerdo de GS se ejecuta según lo previsto, esto funciona en detrimento de todos, dejando a los comitentes —por un tiempo— sin ningún tipo de responsabilidades, la gestante con responsabilidades que no quiere, y el niño en el limbo por mucho tiempo». Es por esto por lo que la autora afirma que «es hora de que se tome un enfoque más sofisticado para la gestación por

¹³⁷ Esto es precisamente lo que pasó en el caso *Re TT (Surrogacy)* [2011] EWHC 33 (Fam) [2011] 2 FLR 392. Se trata de un acuerdo informal —vía internet— entre la gestante y los comitentes, en el que ésta dio a luz a un niño («T») concebido con espermatozoides del comitente («Mr. W.»). Tras varios conflictos entre los comitentes y la gestante, ésta cambió de opinión acerca de la entrega del niño, siendo autorizada a quedarse con él. El juez tuvo en cuenta el vínculo que se establece entre la madre y el niño durante el embarazo, que el niño había vivido con la gestante hasta ese momento —cinco meses— y los propios «riesgos» de los acuerdos de GS.

No obstante, en un caso anterior, *Re P (Surrogacy: Residence)* [2008] 1 FLR 177, el tribunal decidió que el niño debía vivir con los comitentes, y no con la gestante. En este caso, la gestante hizo dos acuerdos de GS con distintas parejas, utilizando material genético del hombre en ambos supuestos. A ambas parejas les mintió diciéndoles que había tenido un aborto involuntario y en los dos casos y ella y su marido se quedaron con el niño nacido. La situación salió a la luz cuando uno de los niños creció y accedió a esta información a través de la agencia de GS. Intervino la justicia, y si bien respecto del mayor, que en ese momento tenía 6 años, se decidió que permaneciera con la gestante, se ordenó que el otro niño, que en ese momento tenía 18 meses, fuera dado a los comitentes.

sustitución, que acepte que los acuerdos de GS son mucho más propensos a tener resultados felices que problemáticos; un enfoque que reconozca no sólo el status de la gestante, sino también los derechos y las responsabilidades de los comitentes, y lo más importante, que vele por el bienestar del niño». ¹³⁸

Ya se vio, además, la particularidad de estos problemas en los casos de gestación por sustitución internacional, dado que, como consecuencia de que la paternidad legal sólo se reconoce una vez tramitada la orden parental, muchos niños nacidos en el extranjero han quedado y están quedando en una especie de limbo jurídico. ¹³⁹

Por su parte, el sistema consagrado por el segundo grupo es más radical. Es protector frente a incertidumbres jurídicas y los cambios psicológicos o de parecer debido a que requiere que el acuerdo sea aprobado antes de la concepción y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio. En otras palabras, este sistema intenta anticiparse a los problemas, en tanto exige que lo convenido por todas las partes sea aprobado antes del implante del embrión. Si bien no puede evitar por completo las futuras controversias que puedan surgir, lo cierto es que las disminuye y, en su caso, las hace más fáciles de tratar, principalmente porque, al ser previo, sólo se autorizará si ha sido debidamente estudiado, se cumple con los requisitos legales y se puede prever que no se presentarán problemas.

Cabe destacar que la conveniencia de este sistema ha sido advertida en el derecho comparado. La mayoría de las legislaciones han optado por un sistema de preaprobación. Incluso en países como el Reino Unido se está estudiando y revisando el sistema de transferencia de filiación a los efectos de transformarlo en uno de preaprobación.

El sistema propuesto

Por las razones expuestas, se propone la adopción del segundo sistema, y dentro de éste, se opta por la preaprobación por parte de un órgano judicial. Es decir, la aprobación, valoración y verificación del cumplimiento de los requisitos legales debe ser efectuada por un juez. ¹⁴⁰

¹³⁸ GAMBLE, N. «Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds?». *BioNews*, 678, octubre de 2012.

¹³⁹ GAMBLE, N. «Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework». *International Family Law*, septiembre de 2012, pp. 308-312. Véase, entre otros, el caso *Re X and Y* (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC 3030 Fam, [2009] 1 FLR 733, ya citado.

¹⁴⁰ En un trabajo anterior sostuve que en el supuesto de legalizarse y regularizarse esta figura, se debería crear un organismo encargado de actuar como intermediario entre las partes, evaluar y controlar las

A diferencia de otras posiciones que proponen la intervención de un notario¹⁴¹ u otros organismos,¹⁴² por mi parte considero que la figura del juez es la que ofrece más garantías, asegura con mayor certeza el cumplimiento de los requisitos y posee la autoridad, imparcialidad, idoneidad y competencia necesaria para autorizar una gestación por sustitución. La propia complejidad de la GS demanda mayores exigencias.

Sin perjuicio de lo dicho, la intervención judicial es la tendencia en el derecho comparado, lo que demuestra que a nivel mundial se ha advertido la conveniencia de la participación de un juez.

Ahora bien, en el sistema que se propone el juez no actuará en solitario, sino que debe estar acompañado y asesorado por un equipo multidisciplinario; es decir, en este proceso judicial previo deben intervenir varios especialistas para poder realizar un abordaje completo acorde con el que la situación plantea.

Este equipo multidisciplinario debe componerse por al menos un abogado, un médico clínico, un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social.

pautas de los acuerdos y el cumplimiento de los requisitos legales, verificar las condiciones de aptitud de la que actuaría como gestante y evaluar la capacidad e idoneidad de los comitentes. Si se verifican los requisitos legales y se aprueba el acuerdo de partes, el organismo emitiría una resolución administrativa determinando la filiación a favor de los comitentes. LAMM, E. «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal». Cit., p. 107. Tras una maduración en el análisis de la figura, hoy sostengo que esta intervención debe ser judicial.

¹⁴¹ Vela Sánchez opta por exigir la intervención de un notario público ante el colapso judicial. VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Cit., p. III.

La propuesta de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España también propone que se realice a través de un contrato ante un notario. Para más información visítase su sitio en internet: <http://gestacionsubrogadaenespana.es/index.html>.

El proyecto de ley de México DF y el Código de Familia de Sinaloa exigen la intervención de un notario.

¹⁴² Para Famá, estos acuerdos deberán suscribirse previa evaluación y aprobación de un órgano especializado e interdisciplinario que garantice el consentimiento informado de todos los involucrados, de modo que la decisión resulte seriamente evaluada en cuanto a sus implicaciones y consecuencias jurídicas, psicológicas y sociales, y de esta forma evitar o limitar los arrepentimientos que darán lugar a conflictos futuros. Su admisión, para esta autora, de todos modos debe ser excepcional en el marco de contextos muy específicos que, por un lado, descarten la posibilidad de que se trate de acuerdos de tipo oneroso y, por el otro, aun tratándose de acuerdos fundados en fines altruistas, eviten la confusión de roles derivados del parentesco. FAMÁ, M. V. «Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación». Cit., pp. 1204-1225.

2.1.1. Intervención médica

El embarazo de la gestante debe ser provocado por un médico, dado que, necesariamente, debe ser por FIV porque —como se verá— el óvulo no puede ser aportado por la gestante. Ahora bien, para que los médicos puedan proceder a la transferencia del embrión en la gestante deben contar con la autorización judicial. De esta manera, se asegura el cumplimiento de los requisitos legales con carácter previo a la provocación del embarazo.

Entonces, el embarazo de la gestante mediante reproducción asistida a los efectos de que ésta cumpla con un acuerdo de gestación por sustitución sólo podrá ser provocado previa presentación de la resolución judicial que autorizó dicho acuerdo y dentro del plazo de un (1) año de emitida la resolución. Este último plazo se justifica porque las condiciones existentes en el momento en que se autorizó la gestación por sustitución pueden variar.¹⁴³

2.2. Requisitos respecto de la gestante

2.2.1. Consentimiento de la gestante

Para que una persona pueda actuar como gestante se debe tener certeza de que ésta presta su consentimiento libre, pleno e informado al sometimiento de esta práctica.

Libre, en tanto debe ser prestado sin coerción, violencia, intimidación ni presiones de ningún tipo.

Pleno, en tanto debe ser capaz de consentir.

Informado, no sólo en cuanto a los aspectos médicos, sino también psicológicos de la gestación por sustitución. Esto último implica que la gestante debe haber recibido un asesoramiento psicológico adecuado.

Además, conforme ya se adelantó, el consentimiento debe prestarse con anterioridad a la provocación del embarazo, de modo que también debe ser previo al inicio de cualquier tratamiento.

Es por todo esto por lo que, como se verá, la gestante debe someterse a una serie de estudios psicológicos previos, sin perjuicio de que, a los efectos de co-

¹⁴³ Este último requisito se prevé, por ejemplo, en la ley de Sudáfrica, que establece que la provocación del embarazo de la gestante no puede tener lugar después de transcurridos 18 meses de autorizado el acuerdo. Art. 296(1)(b). *Children's Act*.

rroborar la validez y plenitud de este consentimiento también se exige que la gestante tenga un hijo previo propio y que tenga plena capacidad y buena salud física y psíquica.

2.2.2. La gestante debe tener plena capacidad y buena salud física y psíquica

Este requisito se exige a los efectos de garantizar que el consentimiento emana de una mujer capaz y competente para consentir (plena capacidad) y que la gestación por sustitución no redundará en perjuicio de la salud de la gestante ni en la salud del niño por nacer.¹⁴⁴ Consecuentemente, la gestante debe reunir las condiciones de salud necesarias para gestar sin inconvenientes previsibles para ella y para el niño por nacer. Para su comprobación debe someterse a estudios físicos y psíquicos previos.

Ahora bien, sin perjuicio de las certificaciones médicas y psicológicas que se deben acompañar, y que sin duda podrán ayudar a la valoración del juez, es el equipo multidisciplinario, que deberá actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución, el que necesariamente debe evaluar la salud física y psíquica de la gestante y pronunciarse, a través de un dictamen, acerca de su aptitud para actuar como gestante.

2.2.3. Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional

La gestante sólo debe aportar la gestación, pero no sus óvulos.

Aunque este requisito responde a diferentes razones, que expondré a continuación, quisiera primero destacar que si bien en un principio se puede suponer que las gestantes que aportan sus gametos son más propensas a sentir un vínculo especial con el niño, no resulta ser así. Ni las investigaciones realizadas por Golombok y su equipo¹⁴⁵ ni una serie de estudios cualitativos sobre GS

¹⁴⁴ Este requisito se demanda, entre otros, en Grecia (la gestante debe haberse sometido a un examen médico y a una evaluación psicológica), Israel (las evaluaciones médicas y psicológicas de la gestante se presentan ante el comité), Rusia (tener una buena salud psíquica y somática), Ucrania, Texas, Utah, el proyecto de ley de México DF, etc.

¹⁴⁵ JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204. Sin embargo, según este estudio las gestantes que aportaron sus gametos sí tuvieron más interés y deseo que las gestantes no relacionadas genéticamente en que al niño le informen sobre el acuerdo de GS. MACCALLUM, F., LYCETT, E., MURRAY, C., JADVA, V.,

llevadas a cabo por Van den Akker¹⁴⁶ encontraron diferencias significativas entre la gestante que aporta su material genético y la que no, ya sea en la entrega del niño, las experiencias del embarazo por parte de los comitentes o la subsiguiente relación con el niño.

En lo que respecta a los comitentes, en un estudio en el que se analizaron casos de GS gestacional y tradicional, los resultados no arrojaron diferencias significativas en ninguno de los aspectos de la GS estudiados. Esto sugiere, al menos en el Reino Unido, que la presencia o ausencia de un vínculo genético entre la comitente y el niño no afecta a su experiencia en cuanto a la GS o sus sentimientos. Este resultado está en línea con otros tipos de técnicas de reproducción asistida que comprenden la donación de gametos, en las que la ausencia de un vínculo genético entre la madre y el niño no parece afectar a sus sentimientos acerca de la maternidad.¹⁴⁷

Lo revelado por estos estudios demuestra, una vez más, que lo relevante no es el vínculo genético. El aporte de material genético no genera el vínculo filial, y mucho menos el vínculo «amoroso» o «afectivo»; y esto es así no sólo para quien aporta el material genético, quien no se siente padre o madre cuando su intención ha sido sólo aportar gametos, y en este caso también gestar, sino también respecto de aquel que no puede aportarlo, que, hoy en día, ha dejado de sentirse menos padre o menos madre por no poder hacerlo.

Ahora bien, aunque estos estudios no revelen diferencias significativas entre la GS tradicional y gestacional, como adelanté, igualmente entiendo que la gestación por sustitución debe ser gestacional por distintas razones.

En primer lugar, como se vio, la evidencia y la jurisprudencia demuestran que las disputas y los problemas son más frecuentes en la gestación por sustitución tradicional.¹⁴⁸

GOLOMBOK, S. «Surrogacy: The Experience of Commissioning Couples». *Human Reproduction*, 18, 2003, p. 1334; GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2». Cit., pp. 213-222; GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». Cit., pp. 1918-1924.

¹⁴⁶ VAN DEN AKKER, O. B. A. «Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy». Cit., pp. 145-161; VAN DEN AKKER, O. B. A. «A Longitudinal Pre-Pregnancy to Post-Delivery Comparison of Genetic and Gestational Surrogate and Intended Mothers: Confidence and Genealogy». *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, 26, 2005, p. 277.

¹⁴⁷ GOLOMBOK, S., MURRAY, C., BRINSDEN, P., ABDALLA, H. «Social versus biological parenting: Family functioning and the socioemotional development of children conceived by egg or sperm donation.» *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 40, 1999, pp. 519-527.

¹⁴⁸ Entre otros, *Re Evelyn* (1998) 23 Fam LR 53, el caso *Baby M*; *In re Marriage of Moschetta*. 30 Cal. Rptr. 2d 893 -903 (1994); «*H.L.W. v. J.C.T.*» (2005) BCSC 1679 (Can.); *Re TT* (Surrogacy) [2011] EWHC

En segundo lugar, la gestación por sustitución gestacional delimita mejor el rol asumido por la gestante que consiste en gestar un hijo para otro u otros, disminuyendo los conflictos.

En tercer lugar, la GS gestacional incrementa los controles, porque al no aportar la gestante sus gametos, deberá recurrirse a la fertilización in vitro y hacerse necesariamente por médicos especialistas.

En cuarto lugar, por las razones expuestas, esta modalidad se ha convertido en la tendencia en el derecho comparado.¹⁴⁹

Por último, cabe destacar que ésta es la opción preferida entre los que acuden a la gestación por sustitución. Así, a partir de que la medicina posibilitó a la comitente aportar sus gametos, y ante los inconvenientes planteados en los casos de gestación por sustitución tradicional, se prefiere la gestación por sustitución gestacional. En Estados Unidos se estima que el 95 % de todas las gestaciones por sustitución (en el que un abogado está implicado) son gestacionales, en lugar de tradicionales.¹⁵⁰

2.2.4. La gestante no debe someterse a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces

Este requisito se exige a los efectos de evitar abusos y que mujeres se conviertan en «máquinas productoras de hijos ajenos». Es decir, previene la «cosificación» a la que aluden los opositores a la figura y se justifica también por razones médicas.¹⁵¹

33 (Fam) [2011] 2 FLR 392 y el caso *Donna* (*Rechtbank Utrecht*, del 26 de octubre de 2005, LJN: AU4934) ya citados.

¹⁴⁹ En Rusia, la Ley Federal *de salud* de 2011 prohíbe la gestación por sustitución tradicional estableciendo que la gestante no puede ser la donante de ovocitos (Art. 55 [10]). En Australia, la legislación de ACT y VIC requiere que la gestante no aporte su material genético (*Parentage Act 2004* [ACT] art. 24[b]; *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* [Vic] art. 40[1][ab].) En la India, las guías desalientan la GS tradicional al establecer que «la donante de óvulos no puede también actuar como gestante de la pareja destinataria de la donación de esos óvulos». (*Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005. Párr. 3.5.4.) En Grecia, los óvulos no deben pertenecer a la gestante (art. 3.9 de la Ley 3305/2005). En igual sentido se pronuncian el proyecto de Ley de México DF y las leyes de Israel, Ucrania, Texas (TEX FA. CODE ANN. § 160.751.), Utah (UTAH CODE ANN. § 78B-15-801 a 809 [2009].) e Illinois, entre otras.

No obstante, el Reino Unido, algunos estados de Australia (Queensland [QLD], New South Wales [NSW], South Australia [SA], Western Australia [WA]), Sudáfrica y New Hampshire permiten tanto la gestación por sustitución tradicional como gestacional.

¹⁵⁰ HINSON, D. S., MCBRIEN, M. «Surrogacy Across America». *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012, p. 32.

¹⁵¹ Este requisito se exige en la legislación de Israel, Sinaloa, en el proyecto de ley de México DF, entre otras. En la India, una mujer no puede actuar como gestante más de 3 veces. (*Guidelines for accreditation, supervision and regulation of art clinics*, 2005, párr. 3. 10.)

Si bien como principio entiendo que toda mujer que consiente libremente debería poder actuar como gestante sin limitaciones, lo cierto es que ante los peligros propios del embarazo y los posibles abusos es conveniente limitar la práctica por una misma mujer hasta dos veces.

Se trata siempre de adoptar una solución equilibrada que por un lado garantice la libertad y por el otro proteja a las mujeres.

A los efectos de su funcionalidad, se debe prever la creación de un registro de quienes han actuado como gestantes, que debe ser consultado por el juez antes de autorizar la gestación por sustitución.

2.2.5. La gestante debe tener al menos un hijo previo propio¹⁵²

Este requisito asegura que la gestante comprende su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño, es decir, garantiza que presta un consentimiento verdaderamente informado. Sólo la mujer que ha gestado y ha dado a luz a un niño puede verdaderamente saber lo que eso implica e irroga, no sólo desde el punto de vista físico y médico, sino también desde lo psicológico.

Además, este requisito alivia las preocupaciones que implican privar a una madre primeriza de su primer hijo y permite constatar que la mujer es capaz de gestar y dar a luz sin riesgo para su salud o la salud del niño por nacer.

En lo que respecta a las preocupaciones concernientes a si la gestación por sustitución puede repercutir negativamente en ese niño, es decir, en los hijos propios de la gestante, cabe destacar que los primeros estudios sobre GS ya ponían de manifiesto que esta práctica no los afecta. Así, en un análisis encabezado por Jadvá, ya citado,¹⁵³ en el que se estudió a 34 gestantes que habían dado a luz a un niño que ya tenía un año de edad, veintiocho gestantes (88%) informaron que su hijo reaccionó de manera positiva en el momento de la entrega, y tres (9%) dijeron que la reacción de su hijo fue neutra o ambivalente. Ninguno de los niños mostró una respuesta negativa. Además, veintiocho ges-

¹⁵² Este requisito se exige, entre otras, en la legislación de Israel (la gestante debe haber dado a luz al menos una vez pero no más de tres veces), Sudáfrica (la gestante debe tener un hijo vivo propio), Rusia, Australia (*Assisted Reproductive Treatment Act* 2008 [Vic] art. 40[1][ac]; *Surrogacy Act* 2008 [WA] art. 17[a][ii]), Virginia (VA. CODE ANN. § 20-160[B][2] [2004]), Ucrania, Sinaloa, Texas (TEX FA. CODE ANN. § 160.751.), Utah (UTAH CODE ANN. § 78B-15-801 a 809 [2009].), Illinois, New Hampshire, etc.

¹⁵³ JADVÁ, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204.

tantes (88%) informaron que sus hijos se mostraron positivos respecto del acuerdo de GS en el momento de la entrevista, y cuatro (12%) describieron la reacción de sus hijos como neutra o ambivalente.¹⁵⁴

Recientemente se ha llevado a cabo el primer estudio en el mundo que examina, específicamente, las experiencias y la salud psicológica de los niños cuyas madres han actuado como gestantes para una pareja incapaz de llevar a término un embarazo. Esta investigación, presentada en la Reunión Anual de la Sociedad Británica de Fertilidad,¹⁵⁵ sugiere que la GS no tiene un impacto negativo en los propios hijos de la gestante.

Los investigadores del Centre for Family Research de la Universidad de Cambridge entrevistaron a 16 niños en total (siete niños y nueve niñas, de entre 12 y 22 años) cuyas madres habían actuado como gestantes en el pasado. Siete eran hijos de gestantes que habían aportado su material genético (gestación por sustitución tradicional), y nueve eran hijos de gestantes gestacionales. Todos fueron visitados en sus hogares y se los interrogó a través de entrevistas semiestructuradas que analizaban su bienestar psicológico.

Todos los niños entrevistados manifestaron una visión positiva de la participación de su madre en la gestación por sustitución. La mayoría (6 de 9 en los casos de GS gestacional y 4 de 7 en los casos de GS tradicional) estaba en contacto con el niño nacido a través de GS y reportó una buena relación con él/ella. La mayoría de los niños (12 de 16) discutió abiertamente la gestación por sustitución con sus amigos, comúnmente con una reacción positiva (11 de 12), y también la mayoría de los niños demostró encontrarse dentro del rango normal de autoestima, sin que se hubieran evidenciado diferencias en cuanto a la salud psicológica entre los niños de mujeres que actuaron como gestantes tradicionales y gestacionales.

Como conclusión, el estudio destaca que a pesar de las preocupaciones planteadas respecto del impacto de la GS en los propios hijos de la gestante, los hallazgos sugieren que los niños no experimentan consecuencias negativas como resultado de la decisión de su madre de actuar como gestante.

Esto, a su vez, fue confirmado en la reunión anual de la ESHRE, realizada en Londres entre el 7 y el 10 de julio de 2013,¹⁵⁶ donde se resaltó que los hijos de gestantes no experimentan consecuencias negativas como resultado de la

¹⁵⁴ JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204.

¹⁵⁵ IMRIE, S., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Children of surrogate mothers: an investigation into their experiences and psychological health». En: *Annual meeting of the British Fertility Society*. Leeds, enero de 2012.

¹⁵⁶ JADVA, V., IMRIE, S., GOLOMBOK, S. «Children of surrogate mothers: psychological well-being, family relationships and experiences of surrogacy». *Human Reproduction*, 28 (suppl. 1), 2013, pp. 32-35.

decisión de su madre de actuar como gestante, independientemente de si ella ha aportado o no su propio material genético, es decir, ya sea que se trate de GS tradicional o gestacional.

2.3. Requisitos respecto del o de los comitentes

2.3.1. Parejas casadas o no casadas, heterosexuales u homosexuales y personas solas

Se debe permitir acudir a la gestación por sustitución tanto a las parejas casadas como a las no casadas, heterosexuales y homosexuales, así como también a las personas solas.¹⁵⁷

A lo largo de todo este trabajo, y más especialmente en el apartado tercero del capítulo segundo de este libro, al que remito, se ha argumentado a favor de los nuevos modelos de familia, concluyendo que en la actualidad la noción de familia abarca no sólo aquellas que tienen su origen en un vínculo matrimonial, sino también la creada por análoga relación de afectividad, la formada por un progenitor soltero y sus hijos, o no, la familia ensamblada, o nuevos modelos de familia homosexual, transexual, etc. Se trata de un concepto amplio que se ha ido adaptando a los tiempos. Consecuentemente, hoy ya no se habla de *la familia*, sino de *las familias*, en plural. Como sostienen Gil Domínguez, Famá y Herrera, «no hay nada más equivocado que considerar que existe una única forma de vivir en familia, según los cánones del contexto social al que se pertenece, ni tampoco que hay modelos mejores, superiores o «normales» frente a otros inferiores o anormales».¹⁵⁸

¹⁵⁷ En México DF, éste ha sido uno de los aspectos más debatidos del proyecto de ley. El dictamen de 2010 sólo permitía acceder a la GS a parejas —casadas o no— heterosexuales que aportaran su material genético. De esta manera, no quedaban comprendidas: los hombres solos (las mujeres solas podrían siempre y cuando cumplieran con los requisitos señalados para la mujer solicitante en esta ley), las parejas heterosexuales que no pudieran aportar su material genético y las parejas homosexuales. Se entendió que tras la sanción del Decreto por el que se modificaba la denominación del Capítulo I del Título Primero y reformaba diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y de las reformas al Código Civil del Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, publicadas en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de 29 de diciembre de 2009 y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Procuraduría General de la República y la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia 2/2010, esta limitación de la ley era discriminatoria y violatoria de los arts. 1 y 4 de la Constitución mexicana. Consecuentemente, el dictamen nuevo permite que cualquier persona (casada o no, heterosexual u homosexual y personas solas) acuda a la GS.

¹⁵⁸ GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M. *Derecho Constitucional de Familia*. T. I. Ediar, Buenos Aires, 2006, pp. 210 y 211.

Además, todos los niños tienen derecho a las mismas protecciones legales y certezas, independientemente de la naturaleza de la relación de sus padres o de las circunstancias que dieron lugar a su concepción y nacimiento.

Sobre esta base, en el derecho comparado muchas legislaciones contemplan la posibilidad de acceder a la gestación por sustitución por parte de matrimonios o parejas homosexuales¹⁵⁹ o de personas solas.¹⁶⁰ En materia jurisprudencial, cada vez son más las sentencias de distintos países que reconocen la coparentalidad, es decir, la paternidad legal de dos hombres,¹⁶¹ surgida sobre la base de un acuerdo de gestación por sustitución, o la paternidad de un hombre solo.¹⁶²

2.3.2. Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético

El origen de los gametos, o al menos uno¹⁶³ (semen u óvulo), debe provenir del o de los comitentes.

El requisito del aporte genético se funda en que la gestación por sustitución se presenta como un remedio para quienes, por la causa que fuere, no pueden concebir o llevar a término un embarazo, pero no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio.

¹⁵⁹ Tal es el caso del Reino Unido, Brasil, el proyecto de ley de México DF, Sudáfrica y algunos estados de Australia (Qld, NSW), entre otros.

¹⁶⁰ Tal es el caso de Sudáfrica, algunos estados de Australia (Qld, NSW), Brasil, el Proyecto ley de México DF, Sinaloa e Illinois, entre otros.

¹⁶¹ Veanse, entre otros, PROCESSO DE INDICAÇÃO DE PATERNIDADE. Requirientes «M.A.A. e W.A.A.» del 28 de febrero de 2012. JUÍZO DE DIREITO DA 1.ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA COMARCA DO RECIFE; *H and Others* (29936/11) [2011] ZAGPPHC 185; *AP & anor v RD & anor* [2011] NSWSC 1389; *MM & KF re FM* [2012] NSWSC 445, (04/05/2012); *BLH v SJW* [2010] QDC 439; *In the Matter of D and L (Minors)* [2012] EWHC 2631 (Fam); *Re Mark* (2004) 31 Fam LR 162; *Cadet and Scribe* [2007] FamCA 1498; *Wilkie and Mirkja* [2010] FamCA 667; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, D.C.G y G.A. M. c/GCBA, s/Amparo. AP/JUR/288/2012; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 22/03/2012, G.B. y M.D. c/GCBA, s/Amparo. *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2012-V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 125 y ss.; Trib. Cont. Adm. y Trib., CABA, 11-01-2013, L.R.R. Y M. H.J. C/GCBA S/Amparo. Inédito, *Rechtbank's-Hertogenbosch*, del 18 de agosto de 2011, LJN: 5334 BR; ya citados.

¹⁶² Véanse, entre otros, los casos *In re Roberto* d.B., 923 A.2d 115 (Md. 2007), Corte de apelaciones de Rennes, del 29 de marzo de 2011, n.º 10/02646, *Droit de la famille*, abril de 2012, n.º 4, comentario de C. Neirinck; resolución del Consejo de Estado francés del 4 de mayo de 2011, núm. 348778; el caso C, resuelto por el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, 6 de abril de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, p. 1164; los casos griegos *One Member Court of First Instance of Athens* n.º 2827/2008 y *One Member Court of First Instance of Thessaloniki* n.º 13707/2009, ya citados.

¹⁶³ Exigirlo de ambos comportaría restringir el acceso a las parejas homosexuales.

Aunque podría plantearse que este requisito discrimina a las parejas o personas que por diferentes razones no pueden aportar sus gametos, lo cierto es que si los comitentes o el comitente no puede aportar su material genético no se trataría de un supuesto de discriminación respecto de las personas o parejas totalmente estériles, pues, como no pueden ser padres biológicos, su deseo de paternidad —como manifestación también del derecho al libre desarrollo de la personalidad— podría cumplirse con otros mecanismos previstos en la legislación, esto es, el acogimiento o la adopción.¹⁶⁴ En definitiva, lo que justifica el presupuesto atendido es que se pretende salvaguardar la pretensión de ser progenitor «genético», lo que, obviamente, está vedado a quienes no pueden aportar su material «genético».¹⁶⁵

Conforme sostienen Trimming y Beaumont, no hay necesidad de crear más niños, ya que hay en el mundo millones que necesitan ser adoptados y están esperando un hogar. La GS no debe ser un medio para acortar las vías para tener un hijo que no es genéticamente propio. La vía correcta para tener un hijo que no es genéticamente propio es la adopción.¹⁶⁶

Vale destacar que la exigencia de este requisito también es la tendencia en el derecho comparado,¹⁶⁷ aunque cabe reconocer que algunas legislaciones no lo exigen.¹⁶⁸

¹⁶⁴ Cerdà Subirachs cree que la GS «se presenta como una alternativa *de diseño* a la adopción. Desde la perspectiva de los pudientes del mundo occidental, la GS se visualiza como un *first class* en relación a la adopción en general y a la internacional en particular. Frente a la adopción, la GS supone la posibilidad de ser padre de un bebé sanitariamente controlado, al que se tiene acceso desde el primer momento y que, en la mayoría de los casos, porta material genético propio». CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». Cit., pp. 1-9, en p. 1.

¹⁶⁵ VELA SÁNCHEZ, A. J. «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». Cit., pp. 9 y 10. No obstante, para Vela Sánchez, «si en la cruda realidad se dan circunstancias anómalas se puede justificar la inobservancia de esta regla». VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada...* Cit., p. 87.

¹⁶⁶ TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. «General report on surrogacy». Cit., p. 540.

¹⁶⁷ Entre otros ordenamientos se exige en Ucrania, Reino Unido, Israel (el comitente debe aportar su semen, pero el óvulo puede ser de una donante), Illinois, Virginia, New Hampshire, Australia (ACT (*Parentage Act* 2004 [ACT] art. 24[d]) y SA (*Family Relationships Act* 1975 [SA] art. 10HA[2][viii] [B])). En Sudáfrica, la ley exige que ambos aporten su material genético, o en el caso de persona sola, que ésta aporte su material genético; no obstante, se aclara que si esto no es posible por razones biológicas, médicas u otras válidas, se debe aportar el gameto de al menos uno de los comitentes o del comitente cuando es persona sola (art. 294. *Children's Act*).

¹⁶⁸ Entre éstas se encuentran Rusia, Qld, Grecia, *The Uniform Parentage Act*, en la que a partir de su reforma de 2002 ya no se exige que al menos uno de los comitentes aporte sus gametos. En igual sentido, el nuevo dictamen de la ley del Distrito Federal de México, a diferencia del aprobado el 30 de noviembre de 2010, tampoco exige que los comitentes aporten su material genético.

Ahora bien, el aporte genético no tiene relevancia a los efectos de la filiación, que se debe determinar sobre la base de la voluntad procreacional y de igual manera respecto de ambos comitentes, como se verá luego.

2.3.3. El o los comitentes deben tener alguna imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer

Es necesario que el o los comitentes tengan alguna imposibilidad para concebir o que no puedan llevar a término un embarazo o no puedan hacerlo sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer.¹⁶⁹

Con este requisito se procura restringir las posibilidades de recurrir a la gestación por sustitución a aquellas mujeres que son médicamente incapaces de tener un hijo sin recurrir a la gestación por sustitución. De esta manera, se previene que aquellas mujeres que médicamente son capaces de tener hijos depositen o deleguen las barreras e incomodidades del embarazo en otra mujer por su propia comodidad o por razones estéticas. Esto último se conoce en doctrina como «gestación por sustitución social».

Una mujer no está obligada a tener un hijo y puede decidir no hacerlo, pero ¿puede ella legítimamente transferir el riesgo a otra mujer, sobre todo si esto implica recurrir a la gestación por sustitución sin razones médicas? La respuesta debe ser negativa.

Cabe tener en cuenta que este requisito también se verifica cuando se trata de matrimonios o parejas compuestas por dos hombres o en los casos de hombres solos, dado que, por razones de biología, tienen incapacidad de concebir y de gestar.

A los efectos de asegurar su cumplimiento, se debe acompañar un certificado médico que acredite la imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo de la mujer soltera o que forme parte de la pareja comitente, casada o no, o de ambas mujeres, si se trata de una pareja homosexual, casada o no.

Por tratarse de una incapacidad estructural y no médica, no será necesario este certificado cuando se trate de parejas homosexuales de hombres o de un hombre solo.

¹⁶⁹ Este requisito se exige, entre otros ordenamientos, en Grecia, Israel, Sudáfrica y Australia (NSW, Qld, SA, Vic, WA; esto excluye expresamente la infertilidad relacionada con la edad en WA, pero sí incluye «la infertilidad social» en NSW, Queensland y Victoria).

Sin perjuicio del acompañamiento del certificado médico, la imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo también debe ser constatada por el equipo multidisciplinario.

2.3.4. Uno de los comitentes debe tener al menos tres años de residencia ininterrumpida en el país

Se requiere que el comitente o uno de los comitentes tenga residencia ininterrumpida en el país en el que se realiza el acuerdo de GS por un período mínimo de tres años.

Este requisito se exige a los efectos de evitar el turismo reproductivo.¹⁷⁰ Para su análisis, remito al apartado segundo del capítulo cuarto de este libro.

2.4. Condiciones y requisitos del acuerdo

2.4.1. Se debe tener en miras el interés superior del niño que pueda nacer

El interés superior del niño debe ser la cuestión principal que se debe tener en cuenta a efectos de autorizar la gestación por sustitución.¹⁷¹

Este requisito demanda un análisis global de la totalidad de circunstancias que rodean la petición de gestación por sustitución, partiendo de la base de que no hay una definición única de interés superior del niño, sino que depende de cada situación en concreto; es flexible y varía en cada caso.

El juez siempre debe poder denegar la autorización si considera que no reunda en el mejor interés del niño por nacer.

La importancia de este requisito también ha sido advertida en el derecho comparado. La mayoría de los países que han regulado esta figura prevén ex-

¹⁷⁰ Entre otras legislaciones, este requisito se demanda en la ley de Grecia (la gestante y los comitentes deben ser ciudadanos griegos o residentes permanentes); Sudáfrica (se exige que al menos unos de los comitentes o el comitente, si se trata de una persona sola, la gestante y su cónyuge, en su caso, estén domiciliados en Sudáfrica); Sinaloa (exige que las partes sean ciudadanos mexicanos); Reino Unido (exige que uno o ambos demandantes estén domiciliados en el Reino Unido o en las islas del Canal o la isla del Hombre).

¹⁷¹ Ya se vio que este elemento se tuvo principalmente en cuenta en diferentes fallos judiciales. Véase el apartado 1.2 del capítulo quinto de este libro.

presamente que en un acuerdo de GS se debe tener principalmente en cuenta el interés superior del niño.¹⁷²

2.4.2. Se debe efectuar un estudio sobre la idoneidad de comitentes

Previamente a la autorización de la gestación por sustitución, se debe evaluar la idoneidad de el/los comitentes.¹⁷³

Este análisis debe ser realizado por el juez y por el equipo multidisciplinario, que debe pronunciarse, a través de un dictamen, sobre la capacidad del o de los comitentes para ser progenitores a través de la GS.

Esta evaluación y estudio comprenderá, entre otras cosas, la disposición y capacidad de los futuros padres para criar, educar y cuidar al futuro niño, todo

¹⁷² En el Reino Unido, a partir del 6 de abril de 2010, las regulaciones de la HFEA 2008 aplican el art. 1 de la *Ley de adopción e infancia* de 2002 (*Adoption and Children Act 2002*) a todas las solicitudes de órdenes parentales. Esto significa que el bienestar del niño es la consideración primordial del tribunal al resolver si debe o no otorgar una orden parental. En Israel, la orden parental es concedida salvo que el interés superior del niño demande otra solución. En Australia, las leyes tienen por objeto proteger los mejores intereses de los niños (*Surrogacy Act 2010* [NSW] arts. 3, 8; *Surrogacy Act 2010* [Qld] art. 5; *Assisted Reproductive Treatment Act 2008* [Vic] arts. 5[a]-[b], 44.). En Sudáfrica, el acuerdo sólo se puede aprobar judicialmente si se tiene en cuenta el bienestar del niño por nacer. Se debe tener especialmente en cuenta el contacto, el cuidado y el bienestar general del niño, que, según la ley, tiene derecho a nacer en un entorno estable. También debe considerarse la situación del niño en caso de muerte de uno o ambos comitentes, o de su divorcio o separación. En otras palabras, el interés superior del niño es el principal aspecto que se debe tener en cuenta y es fundamental, por lo que las disposiciones del capítulo 19 de la *Children's Act* deben leerse en el contexto del capítulo 2 de la Constitución de Sudáfrica, que, entre otras cosas, consagra el derecho al cuidado parental y declara que el interés superior del niño es de suma importancia y primordial en cualquier asunto relacionado con un niño. En New Hampshire, el contrato debe contemplar y ser a favor del mejor interés del niño. También en el Proyecto Ley de México DF el interés superior del niño es la principal cuestión que se debe considerar en un acuerdo de GS (el Instrumento para la Maternidad Subrogada no puede contener disposiciones que contravengan los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano, las leyes federales y locales en materia de protección a la infancia y a las mujeres, salvaguardando en todo momento el interés superior de niño). En igual sentido se pronuncia el art. 1 párr. 2 de la Ley griega 3305/2005 y el art. 21 párr. 1 de la Constitución de ese país.

¹⁷³ Lo sucedido en el caso *Huddleston v. Infertility Clinic of America Inc.* (20 de agosto de 1997, Superior Court of Pennsylvania) ilustra la justificación de este requisito. Se trata de un hombre de 26 años que celebró un acuerdo de gestación por sustitución con una gestante en Pennsylvania, facilitado por una clínica de fertilidad, dado que ese estado carece de regulación. La gestante fue inseminada artificialmente con el esperma del comitente (Austin), quien sería padre solo. De conformidad con el acuerdo, el niño (Jonathan) fue entregado al cuidado de su padre un día después del nacimiento. El niño murió aproximadamente seis semanas más tarde como consecuencia de repetidos abusos físicos. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/pa-superior-court/1190217.html>, compulsado el 26/08/2013.

ello con independencia del estado civil o de la orientación sexual de los comitentes.¹⁷⁴

2.4.3. Aceptación de responsabilidad

Los comitentes deben aceptar los riesgos de anomalías infantiles, sin perjuicio de lo que se pudiera establecer respecto de la posibilidad de practicar un aborto en caso de malformación o enfermedad del feto —volveré sobre este tema luego— o de la posibilidad de practicar un diagnóstico genético preimplantacional (DGP) antes de la implantación del embrión en la gestante.

El DGP es una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación *in vitro* —como los que se tienen que realizar en los casos de GS gestacional— y que permite detectar alteraciones cromosómicas o genéticas de un embrión antes de su implantación en el útero de la mujer. Su objetivo es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología.¹⁷⁵ Ahora bien, además de estos fines, en la última década también se está comenzando a utilizar el DGP para seleccionar un embrión compatible con un niño ya nacido enfermo, a los efectos de un trasplante.

Cabe tener en cuenta que la mayoría de los países que han regulado las TRA han legislado y permiten el DGP, siendo ésta una tendencia en aumento.¹⁷⁶ Incluso ha sido autorizado por el TEDH en un reciente caso contra Italia.¹⁷⁷

¹⁷⁴ En Australia, una de las leyes estatales expresamente exige ser considerados idóneos como padres (*Family Relationships Act* 1975 [SA] art. 10HB[10]). Este requisito también es exigido en la ley de Sudáfrica, en la *Uniform Parentage Act*, 2002, en la ley de Virginia, entre otras.

¹⁷⁵ También recurren al DGP aquellas parejas con problemas reproductivos. Este tipo de diagnóstico pretende detectar alteraciones a nivel cromosómico del embrión que puedan comprometer su viabilidad.

¹⁷⁶ Entre otros, el DGP está regulado en: Francia, art. 2141-2 y 2131-4 del código de la salud de Francia, modificados por ley n.º 2011-814 del 7/7/2011; España, art. 12 de la LTRHA; Portugal, art. 28 de la ley núm. 32/2006, de 26 de julio; Brasil, resolución brasilera n.º 2013/13 del Consejo Federal de Medicina. También permiten el DGP: Dinamarca, Noruega, Suecia, Reino Unido, Alemania, Bélgica, Finlandia, Georgia, Grecia, Países Bajos, República Checa, Federación de Rusia, Serbia, Eslovenia, Bulgaria, Chipre, Malta, Estonia, Irlanda, Letonia, Luxemburgo, Polonia, Rumania, Eslovaquia, Turquía, Ucrania...

¹⁷⁷ Caso *Costa y Pavan Vs. Italia* (n.º 54270/10), sentencia del 11/02/2013. En este caso se trata de una pareja casada que padece una enfermedad llamada mucoviscidosis (fibrosis quística) de la que ellos son portadores sanos. Toman conocimiento de esto a partir del nacimiento por métodos naturales de su hija, afectada por esa enfermedad. Quisieron tener un segundo hijo, que no esté afectado, y recurrieron a las TRA. Sucede que la ley italiana prohíbe el diagnóstico genético preimplantario y reserva las TRA para las parejas estériles o infértiles. Agotada la instancia interna, acuden al TEDH, que resuelve que la prohibición del DGP implica una violación del derecho a la vida privada y familiar

Nada impide, y en muchos casos —como sería la predisposición a determinadas enfermedades genéticas por parte del comitente que aportó los gametos— hasta sería aconsejable que, previo a la implantación del embrión en la gestante, se realice un DGP.

Hecho o no, los comitentes deben aceptar los riesgos de enfermedades o cualquier otra anomalía. Si de un parto natural puede nacer un hijo con enfermedades, también en las técnicas de reproducción humana asistida ese riesgo debe asumirse.¹⁷⁸ Entonces, los comitentes estarán obligados a hacerse cargo del niño nacido —o niños, si se trata de dos o más— con independencia de su estado, esto es, aunque naciera con algún defecto, incapacidad, problema o anomalía.

Todo esto, con independencia del comportamiento de la gestante durante el embarazo, el que, como se verá en el punto siguiente, no se puede limitar. Declarar válida una cláusula que establece que la gestación por sustitución no tendrá efectos si la mujer embarazada daña al feto significaría autorizar a los comitentes a no asumir la responsabilidad de criar a un niño que sufre de una anomalía, aunque sea causada por la mujer embarazada. Semejante resultado, unido a dejar sin filiación a niños enfermos o que padecen anormalidades, por su notoria injusticia no puede ser tolerado por el ordenamiento jurídico.

2.4.4. Prohibición de cláusulas que limiten los derechos de la gestante

El acuerdo de gestación por sustitución no puede contener cláusulas que, de alguna manera, limiten los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía. Cualquier estipulación de este tipo que se hiciera se tendrá por no escrita.¹⁷⁹

dado que si bien Italia prohíbe el DGP, al mismo tiempo autoriza el aborto frente a las graves anomalías. Ante esto el tribunal afirma que «no puede dejar de considerar, por una parte, el estado de angustia de la denunciante, que ante la imposibilidad de realizar el examen, tendría como única perspectiva de maternidad la vinculada a la posibilidad de que su hijo esté afectado por tan grave enfermedad y, por otro lado, el sufrimiento derivado de la opción dolorosa de proceder, si fuera necesario, al aborto terapéutico». En consecuencia, el TEDH consideró que la prohibición absoluta del diagnóstico preimplantacional no era proporcional, debido a la legislación nacional inconsistente respecto a los derechos reproductivos, que, prohibiendo el diagnóstico preimplantacional, permitía al mismo tiempo la terminación del embarazo si un feto demostraba posteriormente síntomas de una grave enfermedad.

¹⁷⁸ FÁBREGA RUIZ, C. F. *Biología y filiación...* Cit., p. 137.

¹⁷⁹ El art. 801, inc. 3. f. de la UPA sostiene que «Un acuerdo de gestación por sustitución no podrá limitar el derecho de la gestante a tomar decisiones para proteger su salud o la de los embriones o fetos».

Si bien muchas mujeres embarazadas optan por limitarse a sí mismas respecto de fumar, beber alcohol y consumir drogas, así como también evitan aquellos alimentos que pueden dañar a las mujeres embarazadas, la imposición de limitaciones a la gestante es una violación a sus derechos humanos.

Las limitaciones de este tipo han de ser acordadas a través de la buena voluntad y la confianza mutua, como es el caso entre los miembros de una pareja. En relación con esto último, cabe destacar que cuando se recurre a la gestación por sustitución y a determinada gestante es porque se confía en su conducta y actitud y se cree que se cuidará y cuidará del embarazo.

2.4.4.1. Aborto

La gestación por sustitución puede plantear problemas de difícil solución en caso de aborto,¹⁸⁰ en especial cuando este tema no ha sido acordado entre los comitentes y la gestante.

No comparto la opinión de quienes consideran que la gestación por sustitución tiene potenciales consecuencias para la autonomía de la mujer embara-

En su explicación, se destaca que el inciso (f) tiene por objeto reconocer que la gestante, como mujer embarazada, tiene un derecho constitucionalmente reconocido para decidir las cuestiones relativas a su cuidado prenatal. En otras palabras, los comitentes no tienen derecho a exigir que la gestante se someta a ningún régimen médico en particular por orden suya.

¹⁸⁰ Véase, por ejemplo, el caso de la pareja canadiense que requirió a la gestante abortar tras descubrir que el feto padecía de síndrome de Down. NEWMAN, A. «What Happens When Surrogacy Meets Abortion?». *RH Reality Check*, 7/10/2010. Disponible en: <http://www.rhrealitycheck.org/blog/2010/10/06/what-happens-when-surrogacy-meets-abortion>, compulsado el 26/08/2013. En este caso, la pareja comitente utilizó sus propios gametos para crear un embrión, que se implantó en la gestante. Durante el primer trimestre del embarazo, una ecografía mostró que, probablemente, el feto era portador de la trisomía 21, alteración genética asociada con el síndrome de Down. Según un acuerdo firmado entre las partes, la negativa de la gestante a practicarse un aborto absolvería a la pareja comitente de cualquier responsabilidad por el niño. Cabe tener en cuenta que en la Ley canadiense *sobre reproducción humana asistida* lo concerniente a la filiación no está claro. Como consecuencia, la gestante se practicó el aborto.

Otro caso, más complejo, tuvo lugar en Estados Unidos, en el que al descubrir que el feto tenía complicaciones en el corazón, una anomalía en el cerebro y otros problemas médicos, los comitentes ofrecieron 10.000 dólares para que —ante su negativa— la gestante se decidiera a abortar. La oferta fue rechazada por la gestante, quien se mudó de Estado (se fue a Michigan, donde la legislación establece que madre es quien da a luz) a los efectos de figurar como madre del bebé y luego entregarlo a una pareja para que se hiciera cargo de sus cuidados. Los comitentes, legalmente, no podían obligar a la gestante a abortar, por lo que ante su negativa le dijeron que al nacer el bebé lo abandonarían y quedaría bajo la tutela del estado. Para más detalles véase COHEN, E. «Surrogate offered \$10,000 to abort baby». *CNN*, March 5, 2013. Disponible en: <http://edition.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legal-battle/>, compulsado el 26/08/2013.

zada y pone en cuestión los fundamentos subyacentes del derecho al aborto,¹⁸¹ así como el derecho a la integridad, la seguridad y la autonomía de la mujer.¹⁸²

Como adelanté, la gestación por sustitución no puede afectar el derecho a la libertad, la privacidad, la integridad física, la seguridad y la autonomía de la mujer. En otras palabras, el punto de partida es que aunque la mujer actúe como gestante, la gestación por sustitución no puede nunca menoscabar su libertad de decisión.¹⁸³

Por eso es importante que la ley que regule la GS expresamente incluya el derecho de la gestante a decidir si tener o no un aborto. El derecho al aborto ha llegado a representar para las mujeres mucho más que simplemente el derecho a decidir si continuar o no con un embarazo. Porque representa el derecho de la mujer a elegir, es de una importancia simbólica fundamental que se otorgue a la gestante el derecho exclusivo a tomar esa decisión.¹⁸⁴

Ahora bien, conforme argumentaré en este apartado, es absolutamente necesario, por la complejidad del tema, que las partes —comitente/s y gestante— estén de acuerdo en cuanto al modo de proceder en materia de aborto.

En España, de conformidad con la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, el aborto puede practicarse a petición de la mujer, dentro de las primeras catorce semanas de gestación (art. 14) o por causas médicas cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: 1) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista grave riesgo para la vida o la salud de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico o médica especialista distinto del que la practique o dirija. En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante podrá prescindirse del dicta-

¹⁸¹ Se argumenta que «como mujer que tiene derecho a la integridad corporal, tiene derecho al aborto, pero como gestante, no tendría derecho a determinar el destino del feto. De hecho, en virtud del contrato de gestación por sustitución, ella le ha dado al feto el derecho a “habitar su cuerpo”; derecho que no puede retirar sin el consentimiento de la pareja comitente». VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Interpretations, perspectives...». Cit., p. 407.

¹⁸² MUNRO, V. «Surrogacy and the construction of the maternal-foetal relationship: the feminist dilemma examined». *Res Publica*, vol. 7, núm. 1, 2001, pp. 26-35; CHEN, M. «Wombs for Rent: an Examination of Prohibitory and Regulatory Approaches to Governing Preconception Arrangements». *Health Law in Canada*, vol. 23, núm. 3, 2003, pp. 45 y ss.

¹⁸³ El artículo 5 de la propuesta de ley de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España, establece: «Si durante la gestación subrogada se produjesen algunas de las circunstancias previstas para la interrupción del embarazo en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, la mujer gestante por subrogación podrá libremente adoptar la decisión que estime oportuna en el marco de la Ley». <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.html>.

¹⁸⁴ LIEBER, K. B. «Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?». Cit., p. 227.

men. 2) Que no se superen las veintidós semanas de gestación y siempre que exista riesgo de graves anomalías en el feto y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por dos médicos especialistas distintos del que la practique o dirija. 3) Cuando se detecten anomalías fetales incompatibles con la vida y así conste en un dictamen emitido con anterioridad por un médico o médica especialista, distinto del que practique la intervención, o cuando se detecte en el feto una enfermedad extremadamente grave e incurable en el momento del diagnóstico y así lo confirme un comité clínico.

Sobre la base de este marco legal, puede que:

- 1) El aborto se practique dentro de las primeras 14 semanas.
- 2) El aborto se practique como consecuencia de peligro para la vida o la salud de la mujer.
- 3) El aborto se practique en caso de enfermedad o malformación del feto.

Dentro de cada uno de estos supuestos pueden presentarse tres situaciones:

- a) Que gestante y comitente/s estén de acuerdo en que se practique el aborto.
- b) Que la gestante decida abortar, pero los comitentes no quieran hacerlo.
- c) Que los comitentes quieran abortar pero la gestante se niegue.

Procederé a su análisis:

a) Si la gestante y los comitentes están de acuerdo en que se practique el aborto, la gestante tendrá derecho a que se le paguen los gastos y las compensaciones devengadas hasta ese momento y las que, en su caso, correspondan.

Si se trata del aborto que se practica dentro de las primeras 14 semanas, entiendo que es difícil que los comitentes le pidan esto a la gestante. El procedimiento de gestación por sustitución es largo, meditado, y los comitentes son objeto de numerosos estudios, lo que demuestra que la posibilidad de que soliciten que la gestante aborte es prácticamente imposible.

Ahora bien, si esto sucede, lo más probable es que la gestante acceda. Ella está gestando para otro/s, de modo que difícilmente querrá continuar con un embarazo que ya no es querido. Además, como se vio, antes de recurrir a la gestación por sustitución, es aconsejable que las partes acuerden previamente en materia de aborto. En otras palabras, que gestante y comitente/s partan de una misma postura sobre este complejo tema.

b) Si la gestante decide abortar, debe poder hacerlo libremente, en tanto no se la puede obligar a continuar con el embarazo por atentar contra la libertad, la privacidad, la integridad física, la seguridad y la autonomía de la mujer.¹⁸⁵

En este caso, si los comitentes no prestan su conformidad, la gestante deberá restituirles todo lo que hubiese recibido, a excepción de los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo.

La propuesta de ley de la Comisión Promotora de la Iniciativa Legislativa Popular para la Regulación de la Maternidad Subrogada en España, sostiene que «si la mujer gestante por subrogación se acoge a la interrupción del embarazo por las causas previstas en el artículo 14 de la Ley Orgánica 2/2010, deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados».¹⁸⁶

Para Vela Sánchez, en este caso, el ejercicio del derecho a abortar, aunque legalmente no podría ser impedido por los comitentes, sí que debiera ser penalizado civilmente, de manera que deberían admitirse cláusulas penales en el convenio para indemnizar no ya los gastos o daños materiales producidos, sino, esencialmente, el daño moral que el aborto voluntario producirá a los comitentes.¹⁸⁷

No comparto estas posturas; considero que la gestante no incurre en ninguna responsabilidad al hacer uso del derecho a abortar, que como dije, debe poder ejercerse libremente. Reitero: la gestante es ante todo y siempre una mujer que está ejerciendo sus derechos.

c) Si los comitentes quieren abortar pero la gestante se niega, los comitentes no podrán obligarla a abortar, por atentar contra su libertad, privacidad, integridad física, seguridad y autonomía. Los comitentes han provocado el embarazo,

¹⁸⁵ Cabe tener en cuenta los datos reflejados en el estudio realizado por Hanafin, ya citado, en el que de las 89 gestantes estudiadas, el 37% se había practicado un aborto en algún momento de su vida; incluso el 13% de las mujeres había tenido más de un aborto. Hanafin sostiene que, para algunos, los sentimientos no resueltos en relación con estos abortos fueron un factor determinante en su decisión de convertirse en gestante, lo que demuestra que las posibilidades de que una mujer se practique un aborto —sin que exista una causa— son menores en los supuestos de GS. HANAFIN, H. «Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding». Cit.

¹⁸⁶ <http://gestacionsubrogadaenespaña.es/index.html>.

¹⁸⁷ VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada...* Cit., p. 114. Incluso este autor propone que se impida el aborto libre en los casos de gestación por sustitución y que así se haga constar expresamente en la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, *de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

por lo que deberán ser responsables del niño que nazca. Una vez provocado el embarazo, es la mujer la que decide.

Si se trata del aborto dentro de las primeras 14 semanas, como en el primer supuesto, reitero la poca probabilidad de que esta situación se presente.

Si se trata de aborto por enfermedad o malformaciones del feto, conforme se dijo al analizar la aceptación de responsabilidad, los comitentes deben aceptar los riesgos de enfermedades o cualquier otra anomalía, sin perjuicio de la posibilidad de acudir al DGP.

Por último, si la gestante abortara espontáneamente o el niño naciera muerto los comitentes deberán pagarle a la gestante la compensación que corresponda a los meses de embarazo.

Sin perjuicio de lo dicho, la casuística es enorme, por lo que enfatizo nuevamente la necesidad absoluta de que las partes tengan en cuenta este tema al realizar el acuerdo, procurando tener la misma postura en lo que respecta a la interrupción del embarazo.

En el derecho comparado se encuentran distintas legislaciones que adoptan la postura que se sostiene.

El proyecto de ley de México DF prevé que la gestante puede decidir sobre la interrupción del embarazo en los términos que establece la legislación penal y sanitaria vigente en el Distrito Federal sin que sea causa de responsabilidad civil y penal.¹⁸⁸

En Sudáfrica, la ley aclara que el acuerdo de gestación por sustitución se termina por una interrupción del embarazo que pueda llevarse a cabo en los términos de la *Ley sobre interrupción del embarazo de 1996 (Choice on Termination of Pregnancy Act, 1996, ley n.º 92 de 1996)*. A los efectos de la *Ley sobre interrupción del embarazo de 1996*, la decisión le corresponde a la gestante, pero ella debe informar a los comitentes de su decisión antes de proceder a la terminación del embarazo y consultarlo con los comitentes antes de que se lleve a cabo. La ley aclara que la gestante no incurrirá en ninguna responsabilidad si ejerce su derecho a interrumpir el embarazo, aunque sí deberá compensar a los comitentes por los gastos en que incurrieron como consecuencia del acuerdo, según lo dispuesto en la ley, salvo que el aborto se haya producido por motivos médicos.

En Rusia, los acuerdos de gestación por sustitución no pueden contener disposiciones que prohíban a la gestante interrumpir el embarazo, de confor-

¹⁸⁸ Es decir, se excluye de responsabilidad penal en caso de interrupción del embarazo a la que se refiere el artículo 144 del Código Penal (hasta la decimosegunda semana de gestación) y se propone incluir a las fracciones II y III del artículo 148 del mismo ordenamiento.

midad con la legislación rusa, que contempla el derecho de toda mujer a decidir las cuestiones relativas a la maternidad.¹⁸⁹

También en Grecia la gestante siempre conserva su derecho a abortar en las condiciones y términos de la ley: artículo 304. 4 del Código Penal.

2.4.5. El acuerdo debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista

Uno de los puntos más conflictivos de la gestación por sustitución es si ésta debe ser altruista o comercial; o lo que es lo mismo: gratuita o retribuida, por lo que dedico un apartado especial al análisis de este requisito.

2.4.5.1. *Los ejes del debate y los puntos de partida*

El argumento más importante en contra de la gestación por sustitución comercial es el de la «cosificación», «explotación» o «comercialización» de la mujer. Se sostiene que ese acuerdo económico sería inaceptable, dado que implicaría una cosificación o comercialización del cuerpo humano y permitiría a la gestante el intercambio de un derecho inalienable por dinero; implicaría la comercialización de su capacidad de gestación o capacidad generativa, que es indisponible. Esto, a su vez, sería moralmente inaceptable, ya que eliminaría la dignidad de esa mujer reduciendo su cuerpo a una cosa.¹⁹⁰

Se afirma también, que jurídicamente se ha establecido que ninguna persona puede ser usada como instrumento para fines ajenos y que diversas legislaciones impiden disponer del propio cuerpo y de sus partes con fines de lucro.¹⁹¹

En este sentido, se dice que «cuando las normas del comercio se aplican a las formas de ejercer y entender los derechos paternales y sus responsabilidades sobre los niños, éstos dejan de ser sujetos de amor, para pasar a ser objetos de uso. Cuando las normas del comercio se aplican a las maneras de tratar y en-

¹⁸⁹ Ley Federal *de salud* de 2011 (art. 56).

¹⁹⁰ Se pone de manifiesto que «hay una diferencia entre las personas (pobres o no) que usan sus cuerpos para trabajar por dinero, y las que directamente venden sus cuerpos. Apelar a la comercialización de la reproducción humana —como fue el caso de la esclavitud— hace que la vida humana y su propiedad de transmisión sea comprada y vendida. Y eso afecta nuestros valores». SOMERVILLE, M. «Why fertility should not be commercialized; Sale of sperm, ova and embryos, and the hiring of surrogate mothers is a \$3B-a-year industry in the U.S. But it raises huge ethical questions». *Edmonton Journal*, 2007, p. 15.

¹⁹¹ LUNA, F. «Las paradojas de la reproducción asistida y el género. Dejando de lado fotografías anacrónicas». Cit. (en prensa).

tender el trabajo reproductivo de las mujeres, éstas dejan de ser sujetos de respeto para pasar a ser consideradas objetos de uso».¹⁹²

Además, se argumenta que el objeto del contrato sería la persona que nace, y ésta está fuera del comercio. O sea, la gestación por sustitución implicaría comprar y vender un bebé.

En defensa de la gestación por sustitución comercial se argumenta que con la gestación por sustitución comercial no se compra un bebé. Más bien, uno podría pensar que contrata los servicios de una mujer que gesta ese bebé, que sería luego el hijo genético de los adquirentes del servicio en el caso de gestación por sustitución gestacional. Incluso, en algunos países, se podría también contratar —o pagar por— los servicios de una agencia de gestación por sustitución comercial. Pero ninguno de estos supuestos de contratación de servicios es equivalente al hecho de comprar un bebé.¹⁹³

Entonces, en un acuerdo de gestación por sustitución comercial, se podría pensar que lo que la pareja o persona comitente conviene es un servicio en particular de la gestante.¹⁹⁴ Pero no es necesario suponer que nada se compra o se vende. El punto de un contrato es que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre las obligaciones de cada uno. En los contratos comerciales, es típico que una de las partes se comprometa a dar dinero a la otra parte, si ciertas cosas son entregadas por la otra parte. Esto podría, pero no necesariamente implica, la transferencia de la propiedad. El cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución puede implicar la ejecución de una convención en la que nada se entrega sino que simplemente se cumplen prestaciones de hacer.

En definitiva, los acuerdos de gestación por sustitución comerciales —así como los altruistas— no son acuerdos sobre la venta o compra de derechos parentales. No implican el tratamiento de los derechos parentales como derechos de propiedad.¹⁹⁵

¹⁹² «When market norms are applied to the ways we allocate and understand parental rights and responsibilities over children, children are reduced from subjects of love to objects of use. When market norms are applied to the ways we treat and understand women's reproductive labor, women are reduced from subjects of respect and consideration to objects of use». ANDERSON, E. S. *Value in ethics and economics*. Harvard University Press, Cambridge, 1993.

¹⁹³ McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». Cit., pp. 91-107.

¹⁹⁴ Para HANNA, los derechos parentales son adquiridos por las personas que tienen reclamos sobre el trabajo reproductivo que produce el niño, no necesariamente por aquellos que realmente realizan el trabajo. HANNA, J. K. M. «Revisiting Child-Based Objections to Commercial Surrogacy». *Bioethics*, vol. 24, núm.7, 2010, pp. 341-347.

¹⁹⁵ McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Surrogate Motherhood, Rights and Duties: A Reply to Campbell». *Health Care Analysis*, 9, 2007, p. 101.

Por otro lado, y en lo que respecta a la «comercialización de la capacidad de gestación», Camacho sostiene que desde la ética kantiana podría pensarse que si un humano fuera creado y utilizado como medio para otra cosa, como es el caso de obtener dinero, eso sería objetable, y cree el autor que casi todos lo veríamos como inmoral o antiético, pero éste no es el caso. El problema está en la conceptualización y en lo que se entiende por gestación por sustitución. Si bien es cierto que en la mayoría de los casos de gestación por sustitución hay un intercambio de dinero, ver ese aspecto solamente sin mencionar y ponderar todos los otros aspectos es simplificar excesivamente el proceso y la práctica.¹⁹⁶

Para la mujer gestante, el dinero podría ser una motivación legítima: esperar que la gestante obtenga un beneficio económico por prestar su cuerpo durante tantos meses, en una práctica compleja con una carga emocional intensa, es algo completamente esperable, dado que deberá tener cuidados especiales, seguramente un período de lucro cesante y la posibilidad de complicaciones incluso con riesgo de vida. Hay un proceso previo de entrevistas, acuerdos, controles médicos y preparación; luego vienen los intentos de fertilización, que pueden ser varios; posteriormente la gestación y el embarazo con los consabidos cambios físicos, hormonales y psicológicos; después llegará el parto y finalmente el puerperio; y cada una de estas instancias, que implican meses e incluso años, entrañan potenciales problemas y riesgos. Por lo tanto, ¿sería esperable que alguna persona haga todo esto sin recibir algo a cambio? ¿Lo que se obtiene a cambio solamente debería ser un sentimiento subjetivo de haber ayudado a alguien? Si no, ¿sería inmoral? Mi respuesta es no.

El valor monetario del intercambio viene relacionado con todos estos riesgos, tiempos, dedicación, controles, cuidados, lucro cesante e implicaciones afectivas del proceso; no hay una mercantilización de seres humanos, sino simplemente costos en todos los sentidos que los interesados deben retribuir de alguna manera a la gestante. En algunos casos, lo objetable son los valores excesivos, pero ése será otro debate que debería tomar en cuenta una posible regulación por parte del estado para evitar abusos de cualquier tipo,¹⁹⁷ como se verá luego.

En definitiva, el hecho de que la gestante reciba «algo a cambio», ya sea una retribución o una compensación, no tilda al acuerdo de inmoral, ni necesariamente importa una cosificación o explotación.

¹⁹⁶ CAMACHO, J. M. *Maternidad subrogada...* Cit., p. 9.

¹⁹⁷ CAMACHO, J. M. *Maternidad subrogada...* Cit., p. 10.

2.4.5.II. *Precisando conceptos*

Efectuadas las aclaraciones y precisiones del apartado anterior, cabe cuestionarse: ¿hasta qué punto puede estimarse retribuido un acuerdo de GS porque existan complementos retributivos, de cuidados, etc.?¹⁹⁸

La doctrina¹⁹⁹ entiende que los gastos médicos, de asistencia y alimentarios otorgados a la gestante durante el embarazo no deben teñir de retribuida y hacer perder a la operación su carácter altruista y desinteresado.²⁰⁰ Se estima que sólo debe reputarse oneroso un acuerdo de esta clase cuando enriquezca a la gestante, o lo que es lo mismo, cuando reciba una retribución —contraprestación por sus servicios de gestante—, no cuando estos gastos sean la propia consecuencia de su situación.

Hay entonces tres posibles opciones: a) que se pague a la gestante un precio o retribución; b) que se pague a la gestante una compensación, y c) que no se pague nada a la gestante. Mientras la primera sería una gestación por sustitución comercial, las otras dos serían altruistas.

Explicaré a continuación por qué, a mi juicio, la segunda es la opción más justa y equilibrada.

2.4.5.III. *Los argumentos a favor de la postura intermedia*

La opción según la cual la gestante necesariamente debe recibir algo a cambio, aunque ese algo no debe ser una retribución, sino una compensación, es la más justa y equilibrada por las siguientes razones.

A. Evita la profesionalización de la práctica

La regla es el carácter gratuito para que la GS no se convierta en un oficio ni en un trabajo impuesto por la pobreza y tolerado por el Estado.²⁰¹

¹⁹⁸ SHARMA, R. B. «Forensic considerations of surrogacy – an overview». *Journal of Clinical Forensic Medicine*, vol. 13, núm. 2, 2006, pp. 82 y ss.

¹⁹⁹ McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». Cit., pp. 91-107.

²⁰⁰ MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., MASSIGOGUE BENEGUI, J. M. *La maternidad portadora...* Cit., p. 66.

²⁰¹ DÍAZ HERNÁNDEZ, H. «Análisis jurídico de la iniciativa que propone la creación de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal». Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/35524156/ANA->

B. Facilita un acuerdo basado en la confianza

El hecho de que se pueda compensar y no retribuir llevará a que el acuerdo de GS sea entre parientes o amigas u otras mujeres de confianza, y este vínculo de confianza mutua facilita el cumplimiento del acuerdo y disminuye las posibilidades de conflicto.

Así, por ejemplo, ya se vio que este acuerdo no puede contener disposiciones que limiten la libertad personal, la privacidad o los derechos de la gestante sobre su cuerpo durante el embarazo. Las limitaciones de este tipo han de ser acordadas a través de la buena voluntad y la confianza mutua, como es el caso entre los miembros de una pareja que no recurre a estas técnicas. Entonces, si bien no se puede imponer a la gestante que no fume, no beba, etc., lo cierto es que es mucho menos factible que esto suceda cuando la gestante es una persona a la que se conoce y en la que se confía, porque el o los comitentes la habrán elegido, entre otras razones, porque, aunque no existe certeza absoluta, saben —por esta confianza y conocimiento previo— que no lo hará.

1. Parientes

Si bien la colaboración de una pariente o la donación intrafamiliar (en adelante DIF) podría generar algunas objeciones iniciales producto de, por ejemplo, la posible confusión de roles que puede generar, lo cierto es que esta práctica es moralmente aceptable según un informe de la ESHRE.²⁰²

Se afirma que la procedencia de esta figura —es decir, la posibilidad de que la gestante sea pariente de alguno de los comitentes o del comitente— debe ser admitida sobre la base de que cumple y satisface los cuatro principios bioéticos: autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. Veamos.

Respecto del principio de autonomía, se argumenta que las personas pueden tener diferentes razones para pedir o aceptar la colaboración de un familiar en la reproducción. Una razón es la ventaja psicológica de saber de quién provienen los gametos, o en este caso, quién es la gestante. Otra razón es que, muchas veces, la fácil disponibilidad de los familiares para la colaboración en la repro-

LISIS-JURIDICO-DE-LA-INICIATIVA-QUEPROPONE-LA-CREACION-DE-LA-LEY-DE-MATERNIDAD-SUBROGADA-EN-EL-DISTRITO-FEDERAL, compulsado el 26/08/2013.

²⁰² DE WERT, G., DONDORP, W., PENNING, G., SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., DEVROEY, B., TARLATZIS, P., BARRI, P., DIEDRICH, K. «Intrafamiliar medically assisted reproduction». *Human Reproduction*, vol. 26, núm. 3, 2011, pp. 504-509.

ducción puede desempeñar un papel importante. Después de todo, esto puede reducir el tiempo de espera y, en un entorno comercial, la DIF puede reducir los costes al no tener que pagar por la gestación por sustitución.

El respeto a la autonomía de los colaboradores también es importante. Éstos pueden tener varios motivos, y el dominante parece ser el altruismo: el deseo de ayudar a los familiares infértiles a tener un hijo, contribuyendo así a su bienestar. La creación de nuevos parientes de los donantes o gestantes se menciona a veces como otro motivo.

Frente a esto, las objeciones a la DIF incluyen las posibles presiones psicosociales sobre la gestante, lo que socava su autonomía,²⁰³ y las posibles confusiones de roles con consecuencias adversas para las personas implicadas, incluido el futuro hijo.²⁰⁴ Sin embargo, se sostiene que puede ser difícil equilibrar estas objeciones con el peso que debe darse a la autonomía reproductiva.

Respecto al principio de beneficencia y no maleficencia, el estudio sostiene que éstos se manifiestan principalmente en que, en algunos casos, la DIF será la única opción realista de las personas para tener un hijo. Además, los solicitantes pueden beneficiarse al tener un bebé con la ayuda de un familiar. Así, la DIF puede ofrecer ventajas sobre el uso de colaboradores ajenos a la familia. Una posible ventaja de la DIF para el niño es que la participación de un familiar puede facilitar el acceso de éste a la información en cuanto a su origen genético o raíces biológicas y su contacto con el donante o la gestante.

Respecto al principio de justicia, se afirma que la DIF puede facilitar la igualdad de acceso a la reproducción asistida, ya que puede evitar los altos costos financieros relacionados con la gestación por sustitución comercial. La posible objeción es que sería problemático si las personas se sienten obligadas a participar en la DIF porque una gestante (no relacionada) es demasiado cara.

²⁰³ Las gestantes pueden ser sometidas a presión familiar para colaborar, incluso hasta el punto de coerción.

²⁰⁴ Para los comitentes, porque la proximidad del colaborador aumenta las posibilidades de conflicto intrafamiliar; porque los padres pueden, por ejemplo, sentirse amenazados en su papel de padres, especialmente en caso de confusión de roles en la relación; porque si colaboradores participan en la DIF (en parte) porque quieren tener (más) hijos, esto puede llevar a un riesgo considerable. Además, los conflictos pueden surgir fácilmente si las personas involucradas tienen diferentes puntos de vista respecto a la provisión de información o el momento de la provisión de información al niño sobre su origen. Por otro lado, si la DIF causa daños en la salud del colaborador, esto tendrá repercusiones negativas para los beneficiarios (ej. sentimientos de culpa, etc.). Para el futuro niño, por los riesgos psicológicos que pueden presentarse por crecer en un entorno familiar no convencional; porque las relaciones familiares pueden ser confusas para el niño, y porque el riesgo de problemas de identidad de los niños puede aumentar en caso de confusión de roles por parte de un colaborador que desee intervenir en las responsabilidades de los padres. Por último, los casos de DIF asociados con consanguinidad o incesto puede generar reacciones negativas de la sociedad.

Es por todo esto por lo que este informe admite la procedencia de la DIF, pero considera que se debe asegurar el consentimiento informado de todas las personas intervinientes.²⁰⁵ Además, se debe proveer un adecuado asesoramiento conjunto y por separado a los beneficiarios y colaboradores. Esto es de vital importancia, ya que puede facilitar la toma de decisiones bien consideradas y contribuir a la libre selección.²⁰⁶

En conclusión, para la ESHRE, la DIF es una práctica moralmente aceptable, aunque en algunas situaciones y bajo ciertas condiciones, por lo que efectúa las siguientes recomendaciones:

- El asesoramiento conjunto y por separado de los beneficiarios y colaboradores.
- La suspensión de la DIF en caso de advertirse presiones sobre los colaboradores o un alto riesgo de perjuicio para el niño.
- No hay a priori objeciones morales sobre la DIF intergeneracional.
- Los casos de DIF en los que participan consanguíneos en tercer grado, aunque aceptables, requieren asesoramiento adicional y reducción de riesgos.
- No aceptar los casos de DIF entre consanguíneos de primer o segundo grado, pero sí cuando es sólo aparente pero sin vínculo genético real.²⁰⁷

²⁰⁵ Todos los intervinientes deben haber recibido adecuada información y se debe asegurar que se hayan discutido y abordado todos los aspectos, incluidos los riesgos.

²⁰⁶ Según el informe de la ESHRE, los puntos que se deben considerar en el proceso de asesoramiento son:

- El carácter voluntario de la colaboración.
- La necesidad de apoyo emocional para todas las partes involucradas.
- Las funciones de las partes y sus expectativas mutuas (aclarando que la DIF no es una estrategia para el donante o gestante para tener (más) hijos o para asegurarse tener un nieto).
- Discutir los alcances y las limitaciones de los diferentes roles de las partes en relación con la construcción real de la paternidad.
- La posibilidad de futuras tensiones entre las partes y las estrategias para hacerles frente.
- La posibilidad de reacciones negativas de la sociedad, especialmente en los casos de reproducción intrafamiliar, que se asemeja a incesto, y las estrategias para hacerles frente.
- Las consecuencias de la DIF para «otros parientes» (los padres del colaborador, etc).
- Si se va a informar al niño acerca de su concepción y la identidad del donante/gestante (y si es así, cómo, cuándo y en qué medida). Si otros familiares conocen que se ha acudido a la DIF, se aconseja la divulgación, así como desalentar la DIF si los solicitantes no están dispuestos a optar por la divulgación.

²⁰⁷ Un ejemplo es el de una mujer que gesta para ayudar a su hermano y su esposa a tener un hijo, pero sin usar sus ovocitos propios. Estos casos pueden dar la impresión de consanguinidad de primer grado y de incesto, y por lo tanto pueden ser considerados como inaceptables. Pero lo cierto es que sólo hay una apariencia de consanguinidad, ya que no se usan gametos de personas relacionadas genéticamente. Estos casos no son problemáticos en sí mismos (en lo que respecta a vínculo genético), pero pueden provocar reacciones negativas de otros familiares y de la sociedad que pueden tener consecuencias

- Se deben realizar más investigaciones sobre las consecuencias psicosociales de la DIF.
- Los profesionales que se niegan a colaborar en las demandas de DIF deben derivar a los pacientes a otro centro para su examen.

En el derecho comparado, siguen esta línea la resolución de Brasil, el proyecto de ley de México DF²⁰⁸ y el proyecto de ley de Uruguay,²⁰⁹ entre otros.²¹⁰

2. Amigas u otra persona de confianza

El hecho de permitir compensación pero no retribución provocará que, además de las parientes, la gestante sea una amiga u otra persona de confianza del comitente o de la pareja comitente que, reuniendo las condiciones, acepte llevar adelante la gestación sin obtener un beneficio económico.

Aunque por no haber beneficio económico puede parecer que el campo es reducido, lo cierto es que las posibilidades son amplias. Así, en un estudio encabezado por Jadva²¹¹ en el que se estudió a 34 gestantes que habían dado a luz a un niño que ya tenía un año, la motivación más común, que fue reportada por 31 gestantes (91%), fue «querer ayudar a una pareja que no puede tener hijos». Para cinco gestantes (15%) la razón fue que «disfrutan el embarazo» y para dos gestantes (6%) la satisfacción personal. Sólo una gestante (3%) dijo que el pago fue el motivo determinante.

negativas para el bienestar de los niños. Según la ESHRE, esto es sólo una posibilidad... No se puede partir de la existencia de este daño, ni presumir su existencia.

²⁰⁸ La gestante, preferentemente, debe tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil con alguna de las personas solicitantes. En caso de que no exista una candidata que cumpla con dicha característica, podrá participar cualquier persona con posibilidades de gestar.

²⁰⁹ El art. 21 del proyecto de Ley de reproducción asistida establece: «(Prohibición de contratos, sanciones).- Se prohíbe la celebración de contratos a título oneroso o gratuito, exceptuando a los familiares de primer y segundo grado de consanguinidad, por el cual una de las partes provea un embrión para su gestación en el útero de una mujer cuyo gameto no fue utilizado para darle origen, obligándose esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.- Quienes intervengan en estas acciones serán castigados con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría».

²¹⁰ Por el contrario, y sobre la base de que la gestación por sustitución con una gestante conocida puede dar lugar a que una pariente o amiga sea presionada para actuar como gestante, lo que puede complicar la dinámica, es que la ley de Israel exige que la gestante no esté relacionada, excepto por adopción, a la comitente (art. 1, 2[3][b]). BENSUSHAN, A., SCHENKER, J. G. «Legitimizing surrogacy in Israel». *Human Reproduction*, 12, 1997, pp. 1832-1834.

²¹¹ JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204.

En similar sentido, según otro estudio realizado por Hanafin,²¹² las motivaciones para convertirse en gestante son: el disfrute del estado de embarazo y el deseo de estar embarazada de nuevo; la empatía por parejas sin hijos, que se incrementa cuando media contacto previo con el dolor que experimenta una pareja infértil y por la importancia de los niños en sus propias vidas; el deseo de hacer algo extraordinario con su vida y hacer una contribución única. Cabe tener en cuenta que, si bien la ganancia financiera también fue citada, no siempre fue el principal factor de motivación.

C. El argumento de la explotación es paternalista
y subestima la capacidad de consentir de la mujer²¹³

Ya se vio que el argumento de la explotación viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional.²¹⁴

Este argumento, por su paternalismo, ignora las voces de las propias gestantes, muchas de las cuales reclaman la oportunidad de que ese trabajo sea valorado y valuado.²¹⁵

Aunque sólo se admita una compensación, cabe preguntarse, ¿por qué al mediar dinero la mujer no consiente libremente? ¿Acaso cada vez que compensamos por un servicio debemos pensar que no hay un consentimiento válido?

Además, se dice que cuando media compensación —o en especial retribución— no hay consentimiento libre, pero el que no la haya tampoco lo garantiza; ya se vio que las presiones familiares pueden afectar al consentimiento. En otras palabras, garantizar un consentimiento libre, pleno e informado pasa por otro lado. Son otras las medidas que facilitan la prestación de un consentimiento informado, tales como:

²¹² HANAFIN, H. «Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding». Cit.

²¹³ WERTHEIMER, A. «Exploitation and commercial surrogacy». Cit., pp. 1215-1229; MCLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». Cit., pp. 91-107.

²¹⁴ VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». Cit., pp. 404-409.

²¹⁵ APEL, S., A. «Why Compensating Surrogate Mothers is the Right Thing to Do». *Bioethics forum*, 03/08/2011. Disponible en: <http://www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum/Post.aspx?id=5149&cblogid=140#ixzz2B5bCydCp>, compulsado el 26/08/2013.

- La existencia de un procedimiento judicial previo en el que se evalúe el consentimiento de la gestante, comprobando certeramente que ésta presta su consentimiento libre, pleno e informado al sometimiento de esta práctica.
- La plena capacidad, buena salud física y psíquica de la gestante, que garantiza que el consentimiento emana de una mujer competente, con autonomía plena.
- Que la gestante tenga al menos un hijo previo propio, que asegura que comprende la gravedad de su compromiso, porque ella ha sufrido los rigores de la gestación y el parto de un niño.

En definitiva, prohibir una compensación —o, en su caso, una retribución— no evita la posible explotación²¹⁶ que tiene y debe ser tratada y evitada por otros medios.²¹⁷

D. La falta de compensación razonable conlleva una explotación de la mujer

Me pregunto: ¿se explota si se paga una compensación o se explota si no se paga una compensación? ¿Cómo la prohibición de pagar una compensación puede proteger a las mujeres de la explotación cuando la historia nos muestra que el menor estatus de las mujeres en la sociedad está inevitablemente ligado al hecho de que asumen tareas sin reconocimiento monetario o trabajan en empleos con menores salarios?

Como sociedad siempre hemos devaluado e invisibilizado el trabajo tradicional de las mujeres, como enseñar o cuidar a los hijos; la gestación es algo propio de la mujer, por lo que negar una compensación implica seguir devaluando e invisibilizando el trabajo de las mujeres.

²¹⁶ WILKINSON, S. «The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy». *Bioethics*, 17, 2003, pp. 169-187; BLYTH, E., POTTER, C. «Paying for It? Surrogacy, Market Forces and Assisted Conception». En: COOK, R., SCLATER, S. D., KAGANAS, F. (eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing, 2003, pp. 227- 232.

²¹⁷ DAMELIO, J., SORENSEN, K. «Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy». *Bioethics*, 22, 2008, pp. 269-277.

E. Se trata del criterio adoptado para los casos de donación de gametos

En general, la donación de gametos no se retribuye, pero sí se compensa, de modo que se sigue, por compartir las razones que lo fundamentan, el criterio adoptado por la mayoría de las legislaciones en esa materia.

Como sostiene Vila Coro, «en España, a los donantes de semen y las donantes de óvulos se les compensa económicamente, y nadie se lleva las manos a la cabeza. Un voluntario sano puede prestar su cuerpo para que una multinacional farmacéutica experimente un nuevo fármaco, y en este caso no está mal visto que sea compensado económicamente. ¿Por qué entonces está mal visto que una gestante reciba una compensación económica por las molestias causadas?».²¹⁸

F. Disminuye el turismo reproductivo

En los países en los que la gestación por sustitución no se compensa correctamente, no hay personas dispuestas o que se ofrezcan a actuar como gestantes, por lo que los comitentes se van a otros países, fomentando el turismo reproductivo, con toda su problemática. Para su análisis remito al apartado segundo del capítulo cuarto de este libro.

G. El pago de una compensación no atenta contra el interés superior del niño

Descartado el argumento de que el pago de una compensación importa una cosificación o una compra del niño, cabe ahora destacar que prohibir o no otorgar efectos a una gestación por sustitución porque se ha pagado una compensación, o porque esa compensación ha sido superior a lo «razonable», redundaría en perjuicio del interés superior del niño.

Esto se ha puesto de manifiesto en países como el Reino Unido, que si bien prohíbe la gestación por sustitución cuando es de carácter lucrativo, ya se vio que el interés superior del niño ha provocado que en la práctica la situación se haya modificado; consecuentemente, aunque la ley sólo autoriza el pago de «gastos razonables», los comitentes pagan a las gestantes más de lo que se en-

²¹⁸ VILA-CORO, A. «Argumentario en defensa de la gestación subrogada». Cit.

tiende por gastos razonables.²¹⁹ Cabe preguntarse qué pasaría si la ley inglesa se hiciera cumplir sin matices. A los comitentes (también progenitores genéticos) se les negaría la orden parental y consecuentemente la posibilidad de ser los padres legales por haber pagado a la gestante demasiado dinero. Esto desafiaría el sentido común. No hay ninguna razón para sugerir este resultado como acorde a los mejores intereses de los niños. Si la misma pareja hubiera pagado a la misma gestante menos dinero, o no hubiera pagado nada, se les habría concedido una orden paternal sin ninguna dificultad legal. Esto pone de manifiesto una preferencia irracional por la gestación por sustitución altruista independientemente de los intereses de los niños.²²⁰

Cabe aclarar que estas dificultades no se presentan en un sistema como el que se propone en este libro, dado que la verificación del cumplimiento de los requisitos debe ser previa —en un proceso judicial previo— a la provocación del embarazo de la gestante, estando, además, establecidos los rubros que debe cubrir esa compensación, como se verá luego.

De cualquier modo, si por fuera del sistema se cuela algún pago antes o después al proceso judicial, el límite al «comercio» o a la explotación comercial está en la cantidad de veces en la cual una mujer puede ser gestante: no más de dos.²²¹

Ahora bien, cabe preguntarse si se podría plantear la nulidad de ese procedimiento si se descubre que lo pagado excede la compensación o lo «razonable». Entiendo que no, dado que esto implicaría dejar al niño sin padres, violando su interés superior. Consecuentemente, considero que la medida que se debe aplicar debe ser otra, como por ejemplo, sanciones pecuniarias.

2.4.5.IV. La compensación

En lo que concierne a la compensación, en el derecho comparado se encuentran distintas respuestas. En algunas leyes, el monto o los rubros que comprenden esta compensación están indefinidos (por ej., en el Reino Unido); en otros, incluye expresamente, por ejemplo, gastos médicos, asesoramiento y/o gastos legales (por ej., Sudáfrica); en unos pocos estados también comprende «la

²¹⁹ En este sentido véase *X & Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), *L (A Minor)* [2010] EWHC 3146, *IJ (A Child)* [2011] EWHC 921; *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* [2010] EWHC 1180, *Re X and Y (Children)* [2011] EWHC 3147 (Fam), etc.

²²⁰ McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». Cit., pp. 91-107.

²²¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. «Regulación de la gestación por sustitución» (LL2012-E-960).

pérdida de ingresos» (por ej., en Grecia). La legislación de Israel permite que el comité que aprueba los acuerdos de gestación por sustitución autorice pagos mensuales a la gestante en compensación por el «dolor y sufrimiento», así como el reembolso de sus gastos; la ley no especifica montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité.

Por mi parte, entiendo que la compensación debe comprender los gastos médicos (incluidos los hospitalarios y farmacéuticos), de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos gastos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el posparto.

Considero que la gestante debe recibir también una compensación para cubrir gastos básicos durante los meses de embarazo y posparto cuya fijación debe ser homogénea a los efectos de evitar injusticias y abusos, o pagos encubiertos. Trimmings y Beaumont proponen calcular esta suma a través de una fórmula, por ejemplo, tres veces el salario mínimo del país donde reside la gestante.²²² Comparto esta idea y considero que el Ministerio de Sanidad debe establecer la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Sin perjuicio de lo dicho, los comitentes deben contratar un seguro para la gestante, que tenga como beneficiario a quien ésta designe, que cubra las contingencias que puedan derivarse como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución.

La solución propuesta es la más justa y equilibrada; se trata de una compensación que no actúe como motivación ni enriquezca a la gestante, evitando la profesionalización de la práctica y sus posibles abusos, pero al mismo tiempo que efectivamente compense a la gestante por lo que la gestación por sustitución implica.

Es decir, por un lado no debe haber lucro ni enriquecimiento, pero al mismo tiempo genera gastos, pérdidas y esfuerzos de la gestante que deben ser compensados. No se debe pagar un «precio» por esta tarea, pero tampoco se debe invisibilizar lo que ésta implica.

Entonces, al no haber retribución, y por ende no ser ésta la motivación, no se corre el riesgo de que las gestantes sean mujeres que carezcan de recursos. Ahora bien, cualquiera que sea la mujer que actúa como gestante, evitar la explotación implica compensarla por lo que la gestación por sustitución irroga y le ha significado.

²²² Véase TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. «General report on surrogacy». Cit., p. 545.

2.5. Filiación

2.5.1. Determinación por la voluntad procreacional con independencia del aporte genético

En los casos de gestación por sustitución, la filiación debe determinarse sobre la base de la voluntad procreacional. (Para su análisis remito a lo dicho en los apartados 2.3 y 3 del capítulo segundo de este libro.) Consecuentemente, en el sistema que se propone, la maternidad y/o paternidad debe corresponder a la persona (o las personas) sin cuya acción, al margen de su participación genética o biológica, no se habría dado inicio al proceso biológico que originó el nuevo ser humano, y que además desea el hijo para sí. En otras palabras, la filiación debe corresponder al o a los comitentes: aquellos que quieren y desean el hijo, y que de esta manera aportan el elemento volitivo determinante, causa fuente fundamental, infungible e imprescindible, dado que sin esa voluntad no se hubiera comenzado el proceso que genera el nacimiento del nuevo ser.

Ahora bien, esta voluntad procreacional debe ser la determinante de la filiación con independencia de si el o los comitentes aportan o no su material genético. Así, aunque se exija —como se vio— que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, lo cierto es que este requisito responde a sus propias razones, necesidades y justificaciones, debiendo ser irrelevante a los efectos de la determinación de la filiación.²²³

En el sistema planteado, la filiación con el comitente que no aportó material genético se debe determinar de igual manera que con el que sí lo hizo: el o los comitentes necesariamente deben consentir la gestación por sustitución, es decir, deben manifestar ante el juez su consentimiento informado de querer acudir a la gestación por sustitución, y ese consentimiento es lo que pone en marcha todo el mecanismo para provocar el nacimiento de un nuevo ser y con-

²²³ Esto es así porque ese aporte genético excepcionalmente puede no existir, sin perjuicio de que sólo se exige que uno de los comitentes aporte sus gametos, de modo que el vínculo con el otro necesariamente se funda en la voluntad procreacional. En el derecho comparado, algunas legislaciones, en los casos de matrimonios o parejas heterosexuales u homosexuales, exigen que al menos uno aporte su material genético, pero esto no es universal, es decir, no todas lo exigen, por lo que no siempre el vínculo tiene un fundamento genético. Además, las leyes que exigen vínculo genético lo exigen de uno —incluso las legislaciones más exigentes, como la de Sudáfrica, admiten la posibilidad de que sólo uno aporte sus gametos—, por lo que implícitamente están admitiendo que el vínculo con el otro comitente se funde en la voluntad.

secuentemente funciona como la causa fuente de la filiación, como «asunción de paternidad y/o maternidad».²²⁴ Esa voluntad procreacional, ese consentimiento, se exterioriza y formaliza a través de la autorización judicial, que junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes debe acompañarse para inscribir al niño.

Efectuar distinciones en la determinación de la filiación según se aporte material genético puede dilatar y condicionar el acceso a la filiación²²⁵ y puede conllevar a facilitar la determinación de la filiación respecto del comitente que sí lo hizo, o cuando sí lo hizo, generando situaciones desiguales y discriminatorias, que además redundarían en perjuicio del niño. Por ejemplo, permitir la determinación de la filiación respecto del comitente que aportó sus gametos, debiendo el otro acudir a la adopción²²⁶ o proporcionar soluciones diferentes según se haya aportado o no material genético.²²⁷

²²⁴ Para Vela Sánchez, sería muy conveniente que constara claramente el consentimiento de ambos consortes o compañeros, de manera que, aunque fuera uno solo aportante de material genético, se produjeran efectos idénticos a los ya regulados en los artículos 7 y 8 LTRHA, esto es, el hijo sería matrimonial o extramatrimonial de ambos sin posibilidad de impugnar su filiación jurídica. VELA SÁNCHEZ, A. J. *La maternidad subrogada...* Cit., p. 100.

²²⁵ En contra del derecho del niño a estar inmediatamente inscrito, de conformidad con el art. 7 de la CDN.

²²⁶ Ya se vio que en muchos casos de GS internacional se reconoce la validez del certificado de nacimiento sólo respecto de uno de los comitentes (el hombre que aportó su semen), mientras que el otro comitente debe recurrir a la adopción para ser también padre o madre legal. Véanse, entre otros, Liège, del 6 de septiembre de 2010, *Revue trimestrielle de droit familial*, 2010, n.º 4, p. 1139; *Rechtbank's-Gravenhage*, del 14 de septiembre de 2009, LJN: BK1197; el caso de *Hanne y Elke*, *Civ. Antwerp*, del 19 de diciembre de 2008 y *Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43; el caso *Samuel*, *Civ. Bruselas*, 15 de febrero de 2011, *Revue@dipr.be*, 2011, p. 125, ya citados.

Por su parte, en Holanda los tribunales nunca aceptan reconocer la maternidad de la comitente (aunque ella sea la madre genética), ya que aplican la regla que establece que madre es la mujer que da a luz y la consideran como de orden público. Consecuentemente, para poder establecer su filiación, la comitente siempre debe recurrir a un procedimiento de adopción. No obstante, sí aceptan determinar la paternidad del comitente sobre la base del vínculo genético. Véase el caso *Rechtbank's-Gravenhage*, del 24 de octubre de 2011, LJN: BU 3627 ya citado.

Ya se vio que en Israel, cuando el niño nace en el extranjero a través de una gestante, es necesario probar, a través de una prueba de ADN, que es hijo genético de alguno de los comitentes. Una vez probado el vínculo genético, el niño es considerado hijo natural del comitente y así registrado, sin mencionar el acuerdo de GS. Es decir, no queda registro del acuerdo de GS, pero el otro comitente que no aportó el material genético debe recurrir a la adopción.

²²⁷ Por ejemplo, en Bélgica el vínculo genético justificó una sentencia favorable de adopción a favor de la comitente que aportó sus gametos, incluso cuando se había pagado una suma de dinero a la gestante (*Youth Court Antwerp*, del 22 de abril de 2010, *Tijdschrift voor Familierecht*, 2012, p. 43, ya analizado), aunque no se concedió la adopción ante la falta de vínculo genético, a pesar de que el acuerdo de GS había sido altruista. (Ghent (15th ch.), del 30 de abril de 2012, *Tijdschrift voor Belgisch Burgelijk Recht*, 2012, p. 261, ya analizado). Véase también el caso *Rechtbank Arnhem*, 20 de febrero

La solución más conveniente e igualitaria y lo mejor para el niño es que desde su nacimiento tenga su filiación legalmente establecida sobre la base de la voluntad procreacional respecto de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético²²⁸ y sin hacer distinciones según éste haya sido o no aportado.

Consecuentemente, como el vínculo de filiación se funda en la voluntad procreacional, no se podrá impugnar alegando la falta de vínculo biológico o genético, en virtud de que la filiación quedó determinada por esa voluntad; y por haber sido consentida, tampoco se podrá impugnar alegando la falta de voluntad (aplicación de la teoría de los actos propios para quien consintió). En otras palabras, el o los comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente.

2.5.2. Certificado y partida de nacimiento

Como en el sistema que se propone la intervención judicial es anterior a la implantación del embrión en la gestante, el certificado de nacimiento debe emitirse directamente a nombre de los comitentes.

de 2008, LJN: BC8012 y *Rechtbank Arnhem*, 19 de mayo de 2009, LJN: BI5039. En estos casos es el vínculo genético lo que da lugar a la adopción a favor de los comitentes.

Véanse los casos *In the Matter of the Parentage of a Child by T.J.S. and A.L.S.* resuelto por la Suprema Corte de Nueva Jersey el 24 de octubre de 2012 (App. Div. Feb. 23, 2011); *Nolan v. LaBree*, 52 A. 3d 923-2012, resuelto por la Suprema Corte de Maine y *T.V. (Anonymous) v New York State Department of Health* (6557/09) de 9 de agosto de 2011, resuelto por la Suprema Corte de Nueva York, ya citados, en los que se resuelve de diferente manera según haya o no aporte genético.

Ya se vio que en el Reino Unido, si la gestante no está casada ni en una unión civil, el comitente que aportó el semen es automáticamente el padre legal del niño al momento del nacimiento y adquiere responsabilidad parental al ser registrado en el certificado de nacimiento. Para esto no se requiere el consentimiento de la gestante. Alternativamente, el comitente que no aportó semen (comitente que recurrió a donante de semen o la pareja masculina del comitente hombre que aportó el semen), o la mujer comitente, pueden ser designados como padres legales del niño al momento del nacimiento y adquieren responsabilidad parental al ser registrados en el certificado de nacimiento si tanto la gestante como el comitente han consentido previamente. El comitente tiene que completar el formulario «SPP Su consentimiento para ser el padre legal en caso de GS» («SPP Your consent to being the legal parent in surrogacy»), y la gestante tiene que completar el formulario «SWP Su consentimiento (como gestante) para nombrar a un comitente para ser el padre legal» («SWP Your consent (as a surrogate) nominating an intended parent to be the legal parent»).

²²⁸ La comprobación del vínculo genético debe ser a los efectos de acceder a la GS, no a los efectos de establecer la filiación.

La autoridad judicial debe ordenar que el hospital emita el certificado de nacimiento a nombre del o de los comitentes —como se hace en California—²²⁹ y consecuentemente la gestante no figure nunca como madre. De esta manera, la partida de nacimiento se emitirá haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante.

No hay «traspaso» de filiación ni se suceden actas o certificados de nacimiento, sino que directamente el o los comitentes son padres y figuran como tales en una documentación única.

Además, y a los efectos de evitar discriminaciones, en ningún caso la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución.

2.5.3. Inscripción

Para proceder a la inscripción del niño nacido por GS en el registro civil debe acompañarse, la autorización judicial aprobando el acuerdo de GS, el certificado de nacimiento expedido a nombre de los comitentes, y la identidad de los comitentes.

Todo esto con independencia del estado civil u orientación sexual del o de los comitentes. En todos los casos en los que se recurre a la GS, el o los comitentes deben acompañar estos documentos para proceder a la inscripción.²³⁰

2.5.4. Muerte de ambos comitentes o del comitente

En el supuesto de que ambos comitentes fallezcan una vez autorizado el acuerdo de GS y provocado el embarazo de la gestante pero antes del nacimiento del niño, el nacido como consecuencia de la gestación por sustitución será hijo de los fallecidos, debiendo el juez proceder a nombrarle un tutor.²³¹

²²⁹ También, entre otras, la ley de Sudáfrica, Utah, Texas, *la Uniform Parentage Act* 2002 y el proyecto de ley de México DF prevén que el certificado de nacimiento se expida directamente a nombre de los comitentes.

²³⁰ Se está ante un supuesto con reglas propias, de modo que si se trata, por ejemplo, de un matrimonio, para inscribir al niño deberán acompañar la documentación mencionada, dado que la maternidad de la mujer no queda determinada por el parto ni la paternidad del hombre sobre la base de la presunción. Respecto de ambos, la filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional que se formaliza con la autorización judicial.

²³¹ Ya se vio que en el Reino Unido, en *Re A and Another v P and Others* [2011] EWHC 1738 (Fam), se confirió una orden parental a favor de una pareja, aun cuando el padre había muerto después haberla solicitado pero antes de la audiencia final de dicha solicitud.

2.5.5. Efectos de la falta de autorización judicial

Si el juez no autoriza el acuerdo de GS (y a pesar de esto las partes continúan con el proceso de gestación por sustitución), o las partes no solicitan la autorización judicial, la madre legal es la mujer que dio a luz al niño. Consecuentemente, con la imposición de este efecto se garantiza que se acudiría a la vía judicial.

En este sentido se pronuncia la ley de Sudáfrica, que establece que «si se trata de un acuerdo que no ha sido autorizado por el tribunal según lo estipulado en los términos de la Ley, o de uno que no cumple con los requisitos que exige la Ley, el niño que nazca en esos casos se considerará hijo legal de la persona que da a luz»; en otras palabras, será hijo de la gestante.²³²

2.6. Otros aspectos del acuerdo de gestación por sustitución

2.6.1. Imposibilidad de arrepentimiento

Si bien a menudo los medios de comunicación centran sus noticias o reportes sobre gestación por sustitución en situaciones en las que la relación entre la gestante y los comitentes se ha roto, como por ejemplo, el caso *Baby M*, lo cierto es que los estudios sobre esta figura revelan que, en general, la relación entre la gestante y los comitentes es buena, con pocas señales de conflicto durante el embarazo.²³³

Así, un estudio anecdótico del año 2002 realizado en Estados Unidos reportó que de entre 14.000 y 16.000 nacimientos producidos como consecuencia de gestación por sustitución, sólo en 88 casos tuvo lugar una controversia entre la gestante y los comitentes, y la mayoría de estos casos no llegó a los tribunales. De los 88 casos, sólo en 23 la gestante amenazó con quedarse con el bebé (normalmente para aprovechar algún beneficio contractual, no porque realmente quería al niño), y en los otros 65 casos, fueron los comitentes los que no quisieron a los niños resultantes (por divorcio, condición de salud, número, etc.) Esto evidencia una tasa de éxito indiscutible de más del 99,5%.²³⁴

²³² Art. 297(2). *Children's Act*.

²³³ MACCALLUM, F., LYCETT, E., MURRAY, C., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: The Experience of Commissioning Couples». Cit., pp. 1334-1342.

²³⁴ MORGENSTERN KATZ, D. «Why More and More Infertile Women Are Turning to Others to Bear Their Babies». *Parenting Magazine*, diciembre/enero de 2002, p. 88.

En igual sentido, Gamble afirma que el temor de que muchas situaciones de gestación por sustitución pudieran terminar en disputas de custodia no se ha concretado. La autora describe que en el Reino Unido, por ejemplo, a lo largo de los últimos 20 años, se han otorgado casi 1.000 órdenes parentales, con sólo dos casos en los que la gestante quiso quedarse con el bebé. En uno, el tribunal le confirió la custodia a los comitentes,²³⁵ mientras que en el otro, a la gestante.²³⁶ Ambas decisiones se tomaron sobre la base del mejor interés del niño tendiendo en cuenta las circunstancias particulares. La experiencia de Gamble, quien ha tratado profesionalmente con la gestación por sustitución por muchos años, es que los acuerdos de gestación por sustitución muy rara vez terminan mal.²³⁷

En otras palabras, los estudios, la práctica de la gestación por sustitución y la propia realidad ponen de manifiesto que, en general, las gestantes y los comitentes no cambian de parecer ni se arrepienten, sino que cumplen con el acuerdo.

Por su parte, en el derecho comparado no hay una solución uniforme sobre este punto.

El Reino Unido, al prever un sistema de transferencia de la filiación, le confiere a la gestante un período de reflexión de 6 semanas, dentro de las cuales puede decidir quedarse con el niño. En similar sentido, en Western Australia la gestante tiene un plazo de tres meses («período de reflexión») dentro del cual puede decidir quedarse con el niño.²³⁸

En Grecia y Sudáfrica, el principio es que las partes no pueden resolver el acuerdo tras la implantación del embrión en la gestante.²³⁹

En Grecia, una vez autorizado el acuerdo y producida la implantación del embrión en la gestante, ésta pierde su derecho a cambiar de opinión, y a partir de entonces está obligada a cumplir con los términos del acuerdo y a dar al niño a los comitentes inmediatamente después del nacimiento. Lo mismo se aplica a los comitentes. Éstos no se pueden negar a recibir al niño después de que él/ella nazca; se los obliga a hacerse cargo de él según lo establecido en los artículos 1510 y siguientes del CCG.

Ahora bien, en Sudáfrica, si la gestante aportó el material genético (GS tradicional) tiene derecho a resolver el acuerdo de gestación por sustitución en

²³⁵ Véase el caso *In the matter of N (a child)* [2007] EWCA Civ 105. Ver también *Re P* (Surrogacy: Residence) [2008] 1 FLR 177, ya citados.

²³⁶ *Re TT* (Surrogacy) [2011] EWHC 33 (Fam) [2011] 2 FLR 392 ya citado.

²³⁷ GAMBLE, N. «Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds?». Cit.

²³⁸ *Surrogacy Act* 2008 (WA) art. 17(c).

²³⁹ Art. 1456 para. 2 GCC; art. 297 (1) (e) Ch. 19 *Children's Act*.

cualquier momento antes de transcurridos sesenta días después del nacimiento del niño, mediante la presentación de un aviso al tribunal a estos fines y con este efecto.²⁴⁰ Consecuentemente, mientras en la gestación por sustitución gestacional el acuerdo de gestación por sustitución confiere a los comitentes los derechos parentales desde el momento del nacimiento del niño, en el caso de gestación por sustitución tradicional los derechos parentales están suspendidos por un período de «reflexión» de sesenta días siguientes al nacimiento del niño, período durante el cual la gestante tiene derecho a decidir quedarse con el niño.

En Estados Unidos, la ley de New Hampshire prevé que todos los contratos de gestación por sustitución deben darle a la gestante el derecho a resolver el contrato hasta dentro de las 72 horas contadas a partir del nacimiento del niño.²⁴¹ En Virginia, por su parte, los comitentes son considerados los padres legales del niño, salvo que la gestante —que sea a su vez madre genética— decida terminar el contrato dentro de los 180 días siguientes de comenzado el embarazo.²⁴²

En Israel, la ley dispone que la gestante no puede resolver el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño. Ahora bien, tras la concesión de la orden de paternidad, la gestante ya no puede resolver el contrato. Cabe advertir que, desde que la ley ha entrado en vigor, en 1996, ninguna gestante ha tratado de resolver el contrato y convertirse en la madre legal.²⁴³

En la legislación rusa, la gestante puede cambiar de opinión y negarse a prestar consentimiento para que el niño sea inscrito como hijo de los comitentes, sin que se establezca un plazo límite para ello. Así, el art. 51.4.º del Código de Familia indica que los «cónyuges que hayan dado su consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo gestic, sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya parido».²⁴⁴

²⁴⁰ Art. 298(i). *Children's Act*.

²⁴¹ N.H. REV. STAT. ANN. § 168-B:25 (2008): «*The right of the surrogate to keep the child if at any time prior to seventy-two hours after the birth of the child, the surrogate:*
(a) *Executes a signed writing of her intention to keep the child; and*
(b) *Delivers the writing to the intended parents, the attending physician, or the hospital medical director or designee.*».

²⁴² VA. CODE ANN. § 20-161 (b) (2004).

²⁴³ SHALEV, C. «Israel». Cit., p. 182.

²⁴⁴ Véase Constitutional Court ruling of 15.05.2012 n.º 88-O.

Por su parte, el proyecto de ley de México DF contempla la obligación de la mujer gestante «de entregar a las personas solicitantes a los niños después de su nacimiento, y de éstos a recibirlo o recibirlos, debiendo establecer un plazo para su cumplimiento».

No obstante esta variedad de respuestas locales, comparto la postura de quienes sostienen que si tras haber contado con un asesoramiento médico y psicológico adecuado, una mujer consiente libremente actuar como gestante, permitirle revocar su consentimiento o arrepentirse después constituiría una actitud paternalista o sobreprotectora.²⁴⁵

Respecto de todas las partes, entiendo que cumplidos escrupulosamente los presupuestos de asesoramiento e información a la mujer gestante y a los comitentes y constatado el carácter libre y pleno de su consentimiento, lo más conveniente para la virtualidad y para la seguridad jurídica, y en consonancia con el sistema de preaprobación que se propone, es que la gestante y el o los comitentes no puedan cambiar de parecer una vez autorizado el acuerdo y producido el nacimiento.

Consecuentemente, la regla debe ser que, una vez autorizada judicialmente la gestación por sustitución y producido el nacimiento del niño, ninguna de las partes puede arrepentirse: la gestante no podrá negarse a entregar al niño a los comitentes ni éstos podrán negarse a recibirlo.

2.6.2. Intervención judicial en caso de conflicto

En el supuesto excepcional de que la gestante se niegue a entregar al niño a los comitentes o que éstos se nieguen a recibirlo, el conflicto deberá resolverse a través de la intervención judicial.²⁴⁶

Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por sustitución deberá resolverse ante el mismo juez que intervino en el procedimiento para autorizar la gestación por sustitución.

En todo caso, se deberá atender, primordialmente, al interés superior del niño en el caso concreto y a la voluntad libremente expresada por las partes.

²⁴⁵ SHANLEY, M. L. «Maternidad subrogante» y libertad femenina. ¿Nos asiste el “derecho” de alquilar nuestro vientre?». Cit.

²⁴⁶ Esta intervención judicial está prevista, entre otras, en el proyecto de ley de México DF.

2.6.3. Revelación del origen

El punto de partida de este apartado es que el derecho a la identidad (estática y dinámica)²⁴⁷ es un derecho humano,²⁴⁸ y, sobre esta base, hoy se propicia una apertura respecto al conocimiento del propio origen.²⁴⁹

Dentro de este vasto campo, varios estudios sostienen que el secreto en cuanto al método o modo de concepción puede dañar las relaciones familiares con un consecuente impacto negativo en el desarrollo psicológico del niño. Por eso, se recomienda que los niños sepan acerca de su origen cuanto antes, en especial, antes de la adolescencia.²⁵⁰

²⁴⁷ Se parte de que la identidad involucra dos fases: una estática y otra dinámica. FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la Identidad Personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 15 y ss.

²⁴⁸ Cuando involucra a personas menores de edad, ese derecho se encuentra expresamente receptado en los arts. 7.º, 8.º y 9.º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

²⁴⁹ La jurisprudencia del TEDH, a partir de casos como *Gaskin v. The U.K.*, (No. 10454/83) Gran Sala, sentencia de 7.7.1989; *Mikulic v. Croacia*, (No. 53176/99) sec. 1.ª, sentencia de 7.2.2002, *Odièvre v. France*, (No. 42326/98) Gran Sala, sentencia de 13.2.2003 y *Jäggi v. Switzerland*, (No. 58757/00) sec. 3.ª, sentencia de 13.7.2006, ha desarrollado un papel relevante en la configuración del derecho a conocer los orígenes, que no necesariamente debe evolucionar hacia un vínculo jurídico con el progenitor o progenitores, y que forma parte del derecho a la vida privada reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4.II.1950). Véase FARNÓS AMORÓS, E. *Consentimiento a la reproducción asistida...* Cit., pp. 252 y ss.

²⁵⁰ Véase, entre otros, TURNER, A., COYLE, A. «What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy». *Human Reproduction*, 15, 2000, pp. 2041-2051; DANIELS, K., TAYLOR, K. «Secrecy and openness in donor insemination». *Politics and the Life Sciences*, 12, 1993, pp. 155-170; KIRKMAN, M. «“Parents” Contributions to the Narrative Identity of Offspring of Donor-Assisted Conception». *Social Science and Medicine*, vol. 57, 2003, pp. 2229-2242; BLAKE, L., CASEY, P., READINGS, J., JADVA, C., GOLOMBOK, S. «“Daddy ran out of tadpoles”: how parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7-year-olds understand». *Human Reproduction*, 25(10), 2010, pp. 2527-2534; FREEMAN, T., JADVA, V., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «Gamete donation: parents’ experiences of searching for their child’s donor siblings and donor». *Human Reproduction*, 24, 2009, pp. 505-516; GOLOMBOK, S., BLAKE, L., CASEY, P., ROMAN, G., JADVA, V. «Children born through reproductive donation: A longitudinal study of psychological adjustment». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54(6), 2013, pp. 653-660; GOLOMBOK, S., READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., MELLISH, L., MARKS, A., JADVA, V. «Children Conceived by Gamete Donation: Psychological Adjustment and Mother-child Relationships at Age 7». *Journal of Family Psychology*, vol. 25(2), Apr. 2011, pp. 230-239; READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Disclosure and Everything In-between: Decisions of Parents of Children Conceived by Donor Insemination, Egg Donation and Surrogacy». *Reproductive BioMedicine Online*, 22(5), 2011, pp. 485-495; JADVA, V., FREEMAN, T., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «Sperm and oocyte donors’ experiences of anonymous donation and subsequent contact with their donor offspring». *Human Reproduction*, 26, 2011, pp. 638-645; JADVA, V., FREEMAN, T., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «Offsprings’ experiences of searching for and contacting their

Cabe destacar que la cuestión relativa al secreto y al anonimato adquiere dimensiones particulares en los casos de gestación por sustitución por varias razones: a) el nacimiento tiene fuente en un acuerdo entre las partes; b) la gestante puede llegar a tener alguna participación en la vida familiar; hay casos documentados en los que la gestante ha mantenido contacto con la familia, principalmente, con los comitentes, y también con los niños. En el año 2003 se realizó un estudio en el Reino Unido con 42 parejas, que como consecuencia de haber acudido a la gestación por sustitución tenían un niño de un año. De acuerdo con este estudio, el 91% de las madres y el 93% de los padres vieron a la gestante al menos una vez después del nacimiento. La gestante vio de nuevo al niño en el 76% de los casos. Alrededor del 60% de las parejas continúa viendo a la gestante un par de veces al año, y en la mayoría de los casos, la relación parece ser armoniosa. Entre los casos en los que la gestante ha visto al niño, el 92% de las madres y el 90% de los padres ven la participación de la gestante en la vida del niño de manera positiva.²⁵¹

En cuanto a la revelación del origen, el estudio citado demuestra que todas (100%) las madres y los padres reportaron que tenían intención y planificaban decirle al niño que había nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución. Mientras que las madres planeaban empezar a decirles a

donor siblings and donor». *Reproductive BioMedicine Online*, 20(4), 2010, pp. 523-532; JADVA, V., FREEMAN, T., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: Comparisons by age of disclosure and family type». *Human Reproduction*, 24, 2009, pp. 1909-1919; GOLOMBOK, S., OWEN, L., BLAKE, L., MURRAY, C., JADVA, C. «Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of 18-year-old Adolescents conceived by IVF». *Human Fertility*, 12, 2009, pp. 63-72; GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». *Human Reproduction*, 21, 2006, pp. 1918-1924; GOLOMBOK, S., JADVA, V., LYCETT, E., MURRAY, C., MACCALLUM, F. «Families created by gamete donation: follow up at age 2». *Human Reproduction*, 20, 2005, pp. 286-293; GOLOMBOK, S., LYCETT, E., MACCALLUM, F., JADVA, V., MURRAY, C., RUST, J., ABDALLA, H., JENKINS, J., MARGARA, R. «Parenting infants conceived by gamete donation». *Journal of Family Psychology*, 18, 2004, pp. 443-452; LYCETT, E., DANIELS, K., CURSON, R., GOLOMBOK, S. «Offspring created as a result of donor insemination: a study of family relationships, child adjustment, and disclosure». *Fertility Sterility*, 82, 2004, pp. 172-179; MCWHINNIE, A. «Gamete donation and anonymity. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents?». *Human Reproduction*, 16, 2001, pp. 807-817. También «Human Fertilisation and Embryology Authority». Code of Practice. 7th Edition. London: HFEA; 2007

²⁵¹ JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204. Similares datos e iguales conclusiones se extraen del estudio realizado por GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». Cit., pp. 1918-1924.

los niños acerca de la gestación por sustitución a la edad media de 3 años, los padres pensaban revelar esta información a la edad media de 5 años. El argumento más fuerte para ello es que el niño tiene derecho a saber la verdad. Esta razón la dio el 69% de las madres (n = 29) y los padres (n = 20). Otra razón reportada por el 64% (n = 27) de las madres y el 48% (n = 14) de los padres era impedir que el conocimiento provenga de cualquier otra persona,²⁵² mientras que el 41% (n = 17) de las madres y el 45% (n = 13) de los padres consideró que simplemente no había razón para no decírselo al niño.²⁵³

En sentido coincidente se pronuncian otros dos estudios. En el primero, se estudiaron 20 parejas y se reportó que todos los comitentes creen que el niño debe ser informado sobre el acuerdo de gestación por sustitución y todos manifestaron la intención de mantener contacto de alguna forma con la gestante.²⁵⁴ En el segundo, Van den Akker estudió a 29 mujeres que acudieron a la gestación por sustitución y encontró que el 97% afirmó que revelaría el modo al que se recurrió para tener un hijo.²⁵⁵

Estos estudios demuestran que, en general, los comitentes tienen la intención de decirle a su hijo desde una temprana edad cómo ha sido concebido y gestado.²⁵⁶ La apertura en cuanto a la concepción y gestación tiene también razones prácticas, especialmente en países como el Reino Unido, en el que muchas gestantes y parejas comitentes desarrollan una fuerte relación de amistad, debido a que los cambios físicos y emocionales son relevantes para ambas partes.²⁵⁷ Otra razón práctica es que el Reino Unido no permite la existencia de agencias o intermediarios, de modo que es casi imposible que no lleguen a conocerse mutuamente. Finalmente, es imposible para la mayoría de las mujeres comitentes esconder la verdad en su entorno social, ya que

²⁵² Esta razón fue la brindada por la mayoría, el 59% de los comitentes, en el estudio encabezado por Golombok, previamente citado. GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». Cit., pp. 1918-1924.

²⁵³ JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». Cit., pp. 2196-2204.

²⁵⁴ BLYTH, E. «Not a primrose path: commissioning parents' experiences of surrogacy arrangements in Britain». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 13, 1995, pp. 185-196.

²⁵⁵ VAN DEN AKKER, O. B. A. «The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK». *Human Reproduction*, 15, 2000, pp. 1849-1855.

²⁵⁶ No obstante, por ejemplo en los Estados Unidos, algunos comitentes, aunque con buenas intenciones, se encuentran con dificultades acerca de cuándo decírselo al niño. Las guías estadounidenses pretenden fomentar la apertura acerca de los orígenes del niño (incluso en algunos programas cerrados), pero no especifican cómo y cuándo es el momento óptimo para decírselo.

²⁵⁷ De esta manera, logran conocerse íntimamente por la duración de al menos un año, y muchos desean permanecer en contacto después de que el arreglo ha terminado.

como no estuvieron embarazadas no pueden justificar cómo tienen un niño tan pequeño.²⁵⁸

En cuanto a los efectos de esta revelación, un estudio reciente que comprende a comitentes que han revelado a sus hijos de entre 7 y 10 años que habían nacido por GS muestra que la mayoría de los niños eran indiferentes o reaccionaban de manera positiva ante la GS. Los niños veían a las gestantes como mujeres que ayudaron a sus madres a tenerlos y elogiaron su altruismo. Este estudio sostiene que los niños nacidos por GS son más propensos a que se les revele su origen de nacimiento, con resultados positivos. Ahora bien, el mismo estudio mostró que aunque los comitentes no tuvieron ningún problema para revelar la GS cuando se trataba de un caso de GS gestacional, cuando se trataba de GS tradicional casi la mitad de los comitentes no divulgó la existencia de la GS a los niños.²⁵⁹

En similar sentido, en otro estudio, 16 de las 21 (76,2%) familias que habían acudido a la GS tradicional sólo le revelaron a sus hijos que fueron gestados por otra mujer, pero no les revelaron el uso del óvulo de la gestante.²⁶⁰

De lo dicho se desprende que si bien los comitentes parecen estar dispuestos a decirle al niño que ha nacido a través de gestación por sustitución, no es la misma postura la que existe respecto del origen genético si se utilizaron óvulos y/o semen de donante.

Así, en un estudio encabezado por Readings, se examinó a distintas familias en las que los niños no tenían un vínculo genético y/o gestacional con sus padres: 36 familias que recurrieron a la inseminación artificial (IA), 32 familias que recurrieron a la donación de óvulo (DO) y 33 familias que recurrieron a la GS fueron entrevistadas cuando los niños tenían 7 años. La mitad de los niños concebidos por donación de óvulos y casi tres cuartas partes de los niños concebidos por inseminación artificial no estaban al tanto de que la persona que conocen como su madre o padre no es, de hecho, su progenitor genético. Por el contrario, casi todos los comitentes en los casos de GS le habían dicho a sus hijos cómo nacieron.²⁶¹ En concreto, a 52 (51,5%) niños se les había informado

²⁵⁸ VAN DEN AKKER, O. B. A. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». Cit., pp. 53-62.

²⁵⁹ JADVA, V., BLAKE, L., CASEY, P., GOLOMBOK, S. «Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins». *Human Reproduction*, 27(10), 2012, pp. 3008-3014.

²⁶⁰ READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy». *Reproductive Biomedicine Online*, 2011.

²⁶¹ En similar sentido, en un estudio llevado a cabo en 29 mujeres infértiles, 28 de las 29 (97%) revelaría un acuerdo de gestación por sustitución, 20/29 (69%) revelaría la adopción, 18/29 (62%) informaría

sobre su origen. El grupo de IA tuvo la menor proporción de niños que habían sido informados (n = 10, 27,8%), y las familias que recurrieron a la GS tuvieron la mayor proporción: 95,2%. Todos los comitentes en los casos de GS que todavía no se lo habían dicho a su hijo (tres familias de GS gestacional y una familia GS tradicional) manifestaron su intención de hacerlo en el futuro. El grupo de IA tenía la mayor proporción de padres que planeaban no decir nunca nada (n = 14, 38,9%), en comparación con sólo cinco (15,6%) padres, en los casos de familias que acudieron a la DO que planeaban no revelar el origen.²⁶²

Por mi parte, entiendo que si en un acuerdo de GS se recurre a un donante de semen o de óvulos se debe garantizar al niño nacido la posibilidad legal de conocer su origen genético, aunque por lo pronto, no lisa y llanamente.²⁶³ Comparto la posición adoptada por la ley española²⁶⁴ y el proyecto de Código

a un niño que ha nacido como resultado de FIV, y sólo 10/29 (34 %) revelaría los orígenes genéticos del donante de espermatozoides u óvulos. VAN DEN AKKER, O. B. A. «The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK». Cit., pp. 1849-1855. La misma información surge de otro estudio: VAN DEN AKKER, O. B. A. «A Longitudinal Pre-Pregnancy to Post-Delivery Comparison of Genetic and Gestational Surrogate and Intended Mothers: Confidence and Genealogy». Cit., p. 277. Véase también BREWAEYS, A. «Donor insemination: The impact on family and child development». *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, 17, 1996, pp. 1-13. Y BREWAEYS, A. «Review: Parent-child relationships and child development in donor insemination families». *Human Reproduction Update*, 7, 2001, pp. 38-46.

²⁶² READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy». Cit. Véase también GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». Cit., pp. 1918-24.

²⁶³ En el derecho comparado, existen cinco posturas: a) Países que han eliminado la figura del anonimato del donante consagrando plenamente el derecho a conocer el propio origen genético. (como por ej. Suecia, Austria, Noruega, Suiza, Holanda, Gran Bretaña, Finlandia, Nueva Zelanda y el estado de Victoria en Australia); b) Países que mantienen y conservan la figura del anonimato, adoptando una solución prohibitiva (como por ej. Francia, Hungría y Dinamarca); c) Países que no permiten acceder a la identidad pero sí a los datos médicos (como por ejemplo Grecia y Brasil); d) Países que prevén el sistema de doble ventanilla (como por ejemplo, Islandia), y e) Países que prevén el anonimato como principio pero con la posibilidad de conocer la identidad del donante en determinadas circunstancias: anonimato relativo (como por ejemplo España o Portugal).

²⁶⁴ Del art. 5.5 de la LTRHA se desprende que la donación será anónima, manteniéndose en secreto los datos acerca de la identidad del donante. No obstante, se reconoce tanto a las receptoras de gametos como a los hijos el derecho a obtener información general sobre el donante, excepción hecha de su identidad, la cual sólo podrá revelarse en supuestos excepcionales que el legislador concreta en: a) Aquellos casos en que exista peligro cierto para la vida o la salud del hijo; b) Que proceda conforme a las normas procesales penales. No obstante, la ley aclara en el art. 8.3 que si por esta vía llegara a conocerse la identidad del donante, ello no implicará en ningún caso la determinación legal de la filiación. Además, el artículo 18.3 establece: «Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, custodiada con la debida protección y confidencialidad, todas las referencias sobre los donantes y usuarios, así como los consentimientos firmados para la realización de la donación o de las técnicas.

Civil y comercial de Argentina de 2012²⁶⁵ que proponen un anonimato relativo. Entiendo que este anonimato relativo supone una postura intermedia y equilibrada que garantiza: a) La existencia de donantes y, consecuentemente, la satisfacción del derecho a formar una familia, a gozar de los beneficios del progreso científico, a la vida familiar, a la igualdad, a la autonomía personal, a la libre elección del plan de vida y a la dignidad. B) El derecho del niño nacido por TRA a conocer su origen genético. C) El derecho a conocer el nombre y apellido del donante.²⁶⁶

El derecho a conocer el origen genético es parte de la identidad de una persona, y consecuentemente, no se la puede privar legalmente de la posibilidad de conocer quién fue el donante de gametos. Ahora bien, se trata de un origen puramente genético; conocer la persona detrás del gen, que pudo ser cualquier persona.²⁶⁷ En otras palabras, en los casos de TRA, el derecho a conocer se re-

Los datos de las historias clínicas, excepto la identidad de los donantes, deberán ser puestos a disposición de la receptora y de su pareja, o del hijo nacido por estas técnicas o de sus representantes legales cuando llegue a su mayoría de edad, si así lo solicitan».

Cabe destacar que la sentencia del Tribunal Constitucional 116/1999 de 17 de junio de 1999, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, *sobre técnicas de reproducción asistida*, declaró la constitucionalidad de estas normas.

²⁶⁵ Art. 564.- Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida. «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. A petición de las personas nacidas a través de estas técnicas, puede: A. revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local. B. obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud».

²⁶⁶ Para ampliar este tema véanse entre otros, KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico». *La Ley*, 09/10/2012, p. 1; THÉRY, I. «El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento». *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, p. 21 y ss.; MILLER, C. «Who's your daddy?». *Reason*, vol. 40, iss. 9, 2009, pp. 40-46; COMITÉ CONSULTATIF NATIONALE D'ETHIQUE DE FRANCIA. Opinión núm. 90 sobre «Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación». Noviembre de 2005. Disponible en: <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf>, compulsada el 27/08/2012; SKOOG SVANBERG, A., SYDSJÖ, G., EKHOLM SELLING, K., LAMPIC, C. «Attitudes towards gamete donation among Swedish gynaecologists and obstetricians». Cit., pp. 904-911; ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Cit.; KOVACS, G. T., WISE, S., FINCH, S. «Functioning of families with primary school-age children conceived using anonymous donor sperm». Cit.; DANIELS, K., GILLET, W., GRACE, V. «Parental information sharing with donor insemination conceived offspring: a follow-up study». *Human Reproduction*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 1-7.

²⁶⁷ La comparación del derecho a conocer los orígenes en la adopción y en la reproducción humana asistida muestra claramente un mayor peso en la primera porque comprende la identidad estática (quiénes son los padres) y la dinámica (historia de ese niño); en definitiva, son los orígenes biológicos (*bio*, vida); en la segunda, en cambio, afecta sólo a la identidad estática y está circunscrita a un solo dato, el *genético*; por eso, con mayor precisión, se habla del «derecho a la información». Dicho en otras

fiere al origen genético, a la información referente a la identidad genética, a los datos del donante como mero aportante de material y a las circunstancias del nacimiento. Se trata de un derecho a poder acceder a una información que se refiere a su persona, pero que no es una reivindicación de lo genético, sino la posibilidad de acceder a una información que es parte de su identidad.

No descarto que en un futuro, tal vez cercano, una vez desmitificada verdaderamente la importancia del aporte genético y aprehendido realmente que en estos casos la filiación se determina sobre la base de la voluntad procreacional, entonces podrá levantarse el anonimato del donante, como sucedió por ejemplo, en el Reino Unido²⁶⁸ y en muchos otros países, siendo ésta la tendencia mundial como consecuencia del fortalecimiento de una «cultura de la donación».

Ahora bien, volviendo a lo que respecta a la gestación por sustitución propiamente dicha, y sin perjuicio de lo dicho respecto al origen genético, entiendo que no debe haber secreto en cuanto al modo de concepción, ni anonimato en cuanto a la identidad de la gestante. Consecuentemente, el principio es que el niño que nace en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución, por ser parte de su identidad, tiene derecho a saber que ha nacido gracias al uso de esa técnica y tiene también derecho a conocer la identidad de la gestante. Es por esto por lo que, una vez que el niño ha alcanzado la edad y madurez suficiente, debe poder acceder al expediente judicial que deberá conservarse a tal efecto.

palabras, en la adopción el vínculo anterior (entre adoptado y la familia de origen) es biológico, mientras que cuando se recurre a donante anónimo el vínculo entre el nacido y el donante es puramente genético. Es decir, en la adopción el vínculo anterior es más fuerte, más profundo, implica o conlleva un plus que no está presente cuando se trata de un donante anónimo. De allí que se pueda afirmar, como consecuencia de este nexo biológico, que en la adopción existe una «historia» previa, y el vínculo con los adoptantes surge con posterioridad a ella. En la filiación derivada de las TRA no se presenta esta «historia» previa, el vínculo con los «padres» surge en el instante en que se da comienzo a una nueva vida.

²⁶⁸ En el Reino Unido, después de años de consultas, se decidió la supresión del anonimato, norma que entró en vigor el 1 de abril de 2005. Así, de conformidad con la Human Fertilisation and Embryology Authority 2008 y Regulations 2004 No. 1511, los mayores de 16 años tienen derecho a acceder a información no identificable (estado civil, raza, apariencia física, etnia, historia médica, religión, si tiene hijos, etc). Al cumplir 18 años tienen derecho a acceder a información identificable: nombre, la fecha de nacimiento, y la última dirección registrada del donante. La ley no tiene carácter retroactivo pero autoriza a quienes hayan hecho una donación antes de 2005 a levantar el secreto de su identidad inscribiéndose en el registro de donantes voluntario. Para acceder a esta información deben completar y enviar un formulario al que pueden acceder a través de la página de la HFEA. Véase: <http://www.hfea.gov.uk/23.html>, compulsado el 26/08/2013.

Propuesta de ley sobre gestación por sustitución¹

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La gestación por sustitución ha irrumpido en la sociedad española como una alternativa de acceso a la condición de padre o madre pese a la prohibición expresa en la norma. Esta nueva forma de paternidad y maternidad se apoya de forma implícita o tácita, se practica desde amplios espectros sociales e ideológicos y cuenta con el respaldo de la comunidad científica, con la única crítica explícita proveniente de sectores feministas radicales y ultraconservadores católicos.

II

La prohibición de la gestación por sustitución no evitó que ésta se llevara a cabo ni en España ni en el extranjero. Fue precisamente la gestación por sustitución internacional la que, además de evidenciar una realidad, puso de manifiesto la necesidad de dar una respuesta legal a los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, lo que vino a confirmar la ya existente necesidad de adoptar un marco legal que admita y regule esta figura.

La gestación por sustitución internacional demostró y advirtió que la prohibición sólo conducirá a situaciones injustas, discriminatorias y, en muchos casos, en graves perjuicios para los niños nacidos como consecuencia del limbo legal en el que se encuentran ante la práctica realizada no obstante su prohibición.

Consecuentemente, una regulación que contemple la gestación por sustitución y permita acceder a ella en condiciones igualitarias disminuirá además el turismo reproductivo, y con esto, todos los problemas e injusticias que de él emanan.

¹ Agradezco a Aída Kemelmajer de Carlucci y a Marisa Herrera sus valiosos aportes.

III

Regular la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento, éste encuentra una familia que lo quiere; además, él mismo no hubiese existido de no haber mediado el acuerdo. El interés superior del niño se asegura limitando el poder de las partes, y esto sólo puede hacerse a través de la regulación legal de estos convenios. Ese interés exige contar con un marco legal que proteja al niño, le brinde seguridad jurídica y le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva.

De conformidad con los estudios empíricos realizados en familias que han recurrido a la gestación por sustitución, se puede afirmar que ésta no conculca ni viola el principio del mejor interés del niño; por el contrario, lo satisface. Las investigaciones arrojan resultados positivos en la interacción entre padres/madres y niños nacidos por gestación por sustitución en los primeros años de vida.

IV

La regulación de la gestación por sustitución es la tendencia en el derecho comparado. El número de estados que tienen leyes que regulan la gestación por sustitución está creciendo. Muchos de esos estados han promulgado esta legislación dentro de los últimos diez años. Incluso, muchos se están cuestionando su regulación.

Además, muchas legislaciones que en algunos aspectos tenían un carácter restrictivo se están flexibilizando.

España, que ha sido pionera siempre en estas leyes, debe seguir esta tendencia.

V

La falta de regulación de la gestación por sustitución puede importar una violación de los principios de igualdad y no discriminación.

En primer lugar, la gestación por sustitución representa la única opción que tiene una pareja homosexual compuesta por dos varones de tener un hijo genéticamente propio (aunque sólo de uno de ellos), por lo que, conforme a

los principios de libertad, igualdad y no discriminación, la gestación por sustitución debe legalizarse y regularizarse. Si una pareja heterosexual, o una pareja homosexual de dos mujeres puede tener un hijo genéticamente propio, entonces también debe poder hacerlo una pareja conformada por dos hombres.

En segundo lugar, la ley no brinda solución para quien quiere ser madre jurídica pero necesita de otra para gestar. En cambio, si la mujer que quiere tener un hijo precisa del óvulo de otra, sin que presente anomalías fisiológicas para gestar, aparecerá como madre por el parto y, en principio, se ajusta a las exigencias jurídicas para ser la madre legal que pretende ser. Ante esto cabe preguntarse: ¿por qué es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lo haga recurriendo a la donación de la «capacidad de gestación»? Si se ofrece una solución a las mujeres que no pueden tener hijos por no poder aportar sus óvulos, habría que permitir esta práctica para ayudar también a aquellas mujeres que no pueden gestar.

Por último, las prohibiciones legales —o las limitaciones que surgen de la falta de regulación legal— son discriminatorias, en tanto se aplican esencialmente a las personas o parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar los gastos que insume una práctica compleja como la gestación por sustitución; en cambio, quienes tienen recursos económicos van a los países donde dicha práctica está permitida.

IV

La gestación por sustitución es una práctica existente y hasta más frecuente de lo generalmente conocido. Ante esta nueva realidad puesta de manifiesto, la mejor solución, la más garantista, no es cerrar los ojos, ni prohibir, sino regular. El derecho es evolutivo; una situación pudo no estar contemplada por la norma porque no existía fácticamente; nada impide que la regulación surja cuando la situación aparece, adaptando y moldeando las nuevas realidades. Ésta es la respuesta que mejor satisface el cumplimiento y desarrollo de los derechos humanos.

La evolución en las concepciones sociales y en la ciencia deben ser contempladas por el derecho que debe adaptarse, captar y normar, las nuevas realidades que se presentan en estos días para dar al nacido la certeza de una filiación que coincida con su realidad.

Para un pequeño grupo de personas, la gestación por sustitución es la única oportunidad real de crear una familia, por lo que cabe concluir que el rol del Estado debe ser crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y

felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas.

Se trata, entonces, de promover un marco jurídico que privilegie el ejercicio de los derechos reproductivos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre, que represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad democrática, plural, incluyente y diversa.

Título I. Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto. Esta ley tiene por objeto regular la gestación por sustitución.

Artículo 2. Concepto y sujetos. La gestación por sustitución es una forma de reproducción médicamente asistida por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominada comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente.

Artículo 3. Capacidad. Gestante y comitente deben ser plenamente capaces.

Título II. De los requisitos de las partes

Artículo 4. Requisitos referidos a la gestante. La persona que actúa como gestante en un acuerdo de gestación por sustitución no debe aportar sus gametos y debe reunir, de mínima, los siguientes requisitos:

- a)* Tener buena salud física y psíquica.
- b)* No haberse sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces.
- d)* Haber dado a luz, al menos, a UN (1) hijo propio.

Artículo 5. Requisitos referidos a la parte comitente. Puede ser comitente una persona sola, o una pareja, casada o no, que cumpla, de mínima, con los siguientes requisitos:

- a) Al menos uno de los comitentes debe aportar sus gametos.
- b) La persona o las personas comitentes 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.
- c) La persona o una de las personas comitentes deben tener tres años de residencia ininterrumpida en el país.

Título III. De la autorización judicial

Artículo 6. Autorización judicial. Todo acuerdo de gestación por sustitución debe ser judicialmente autorizado de conformidad con las disposiciones previstas en la presente ley y en las normativas que se dicten a estos fines.

Artículo 7. Requisitos de la petición. Las partes intervinientes en el acuerdo de gestación por sustitución deben solicitar al juez que autorice la técnica. La presentación debe contener, además de la petición:

- a) Copia de la documentación que acredite la identidad de las personas intervinientes en el acuerdo.
- b) Certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante.
- c) Certificado médico que acredite que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer.
- d) Certificado que acredite que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado.
- e) Certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético.
- f) Cualquier otra información de interés para la alcanzar la autorización que se pretende.

Título IV. Del equipo multidisciplinario

Artículo 8. Equipo multidisciplinario. Créase un equipo multidisciplinario en el ámbito del poder judicial que debe actuar dentro del marco del proceso judicial de autorización de la gestación por sustitución.

El equipo multidisciplinario se conforma por un abogado, un médico clínico, un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social.

Artículo 9. Dictamen del equipo multidisciplinario. El juez debe contar con un dictamen del equipo multidisciplinario que debe:

- a) Evaluar la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter.
- b) Evaluar la idoneidad de o de las personas comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución.
- c) Constatar que la o las personas comitentes son incapaces de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer.

El equipo interdisciplinario tiene las demás funciones que prevean las autoridades y que, en cada caso, fije el juez.

Título V. De los requisitos para la homologación del acuerdo

Artículo 10. Homologación del acuerdo. El juez debe homologar el acuerdo de gestación por sustitución sólo si:

- a) Todas las partes han tenido en miras el interés superior del niño que pueda llegar a nacer a través de esta técnica.
- b) El equipo interdisciplinario ha dictaminado favorablemente.
- c) La parte comitente consiente el vínculo jurídico de filiación que se establece entre ella y la persona nacida como consecuencia del acuerdo de gestación por sustitución, inmediatamente de acaecido el nacimiento.
- d) La gestante acepta que no tiene vínculos jurídicos de filiación con la persona que gestó y dio a luz.
- e) Todas las partes han prestado su consentimiento libre, previo, pleno e informado a la técnica y a sus efectos.

Artículo 11. Derechos personalísimos de la gestante. Las cláusulas del acuerdo de gestación por sustitución que de alguna manera limitan los derechos de la gestante sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas.

Si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por la *Ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, la gestante puede optar libremente por algunas de las alternativas previstas en esa ley. Si la gestante opta por la interrupción del embarazo sin conformidad de los comitentes, debe restituirles todo lo que hubiese recibido, que no sean las sumas mencionadas en el segundo párrafo del artículo siguiente.

Artículo 12. Carácter no lucrativo. Compensaciones. El acuerdo de gestación por sustitución no puede tener carácter lucrativo o comercial.

La compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante es válida si sirve para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, incluidos los derivados de los tratamientos para provocar el embarazo, el parto y el posparto.

La gestante también tiene derecho a percibir una compensación para cubrir los gastos básicos durante los meses de embarazo y posparto.

El Ministerio de Sanidad establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación.

Artículo 13. Seguro. La parte comitente debe contratar un seguro, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución.

Título VI. Del registro de gestantes

Artículo 14. Registro de gestantes. Créase un registro de gestantes en el ámbito del Ministerio de Sanidad, en el que se toma razón de las personas que actúen como tales en los acuerdos de gestación por sustitución.

El registro de gestantes tendrá las demás funciones que las autoridades establezcan.

Artículo 15. Información del registro. Antes de autorizar un acuerdo de gestación por sustitución, el juez debe consultar el registro de gestantes a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado con anterioridad en dos ocasiones.

Título VII. De los efectos de la resolución judicial

Artículo 16. Resolución judicial. Efectos. 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 la o las personas comitentes, con independencia del aporte genético, sobre la base de la voluntad procreacional, y mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o de los comitentes y la resolución judicial que apruebe el acuerdo de gestación por sustitución.

La persona o personas comitentes no podrán impugnar la filiación del niño nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, cuando ha mediado su consentimiento y el acuerdo ha sido autorizado judicialmente.

Artículo 17. Deberes de los centros de salud y plazo de ejecución. El centro de salud interviniente no puede proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la correspondiente autorización judicial que aprueba el acuerdo de gestación por sustitución. La transferencia embrionaria no puede realizarse si ha transcurrido el plazo de un año desde la fecha de la autorización judicial.

Artículo 18. Partida y certificado de nacimiento. En todos los casos en que el acuerdo de gestación por sustitución ha sido autorizado judicialmente, el certificado y la partida de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con la o las personas comitentes, sin dejar constancia del nombre de la gestante.

En ningún caso, la partida o el certificado puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución

Artículo 19. Cumplimiento del acuerdo. Si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiativo con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente.

Artículo 20. Intervención judicial. Sin perjuicio de los medios alternativos de resolución, cualquier conflicto derivado del acuerdo de gestación por sustitución

ción debe resolverse ante el mismo juez que intervino en el procedimiento para autorizar la gestación por sustitución.

En todo caso, se debe atender al interés superior del niño en la situación concreta y a la voluntad libremente expresada por las partes.

Título VIII. Del derecho a conocer

Artículo 21. Derecho a conocer. La persona nacida como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución tiene derecho de acceder al expediente judicial, alcanzada la edad y madurez suficiente.

Título IX. De los efectos de la falta de autorización judicial

Artículo 22. Normas aplicables. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Bibliografía

- ALBERT MÁRQUEZ, M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil». *Diario La Ley*, núm. 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, año XXXIII, pp. 1-14.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. *Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado*. Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- ALLEN, A. L. «Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life». *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 13(1), 1990, pp. 139-149.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, pp. 339-377.
- AMERICAN PSYCHOLOGY ASSOCIATION. *Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children*. Adoptado por el APA Council of Representatives realizado el 28-30 de julio de 2004.
- ANDERSON, E. S. *Value in ethics and economics*. Harvard University Press, Cambridge, 1993.
- ANDERSON, L. S. «Redefining “parent”: Avoiding the Fatal Flaw in Analysis of Assisted Reproductive Technology Disputes». *Stetson University College of Law Research Paper*, 29, 2009, pp. 20 y ss.
- , «Adding players to the game: parentage determinations when assisted reproductive technology is used to create families». *Arkansas Law Review*, vol. 62, núm. 1, 2009, pp. 52 y ss.
- ANDRE, M., MILON, A., DE RICHEMONT, H. «Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui». *Rapport d'information*, núm. 421, Sénat, 2008.
- ANDREWS, L. B. «My body, my property». *Hastings Center Report*, vol. 16, núm. 5, 1986, pp. 28-38.
- , «Surrogate motherhood: The challenge for feminists». En: GOSTIN, L. (ed.). *Surrogate motherhood: Politics and privacy*. Indiana University Press, Bloomington e Indianapolis, 1990, pp. 168 y ss.
- ANDREWS, L. B., DOUGLASS, L. «Alternative Reproduction». *South California Law Review*, 65, 1991, pp. 623-626.
- APARISI, A., LÓPEZ GUZMÁN, J. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuadernos de Bioética*, 78, vol. XXIII, mayo-agosto de 2012, pp. 253-267.
- APEL, S., A. «Why Compensating Surrogate Mothers is the Right Thing to Do». *Bioethics forum*, 03/08/2011. Disponible en: <http://www.thehastingscenter.org/Bioethicsforum/Post.aspx?id=5149&blogid=140#ixzz2B5bCycdP>, compulsado el 26/08/2013.

- APPLETON, S. F. «Presuming Women: Revisiting the Presumption of Legitimacy in the Same-Sex Couples Era». *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, pp. 228-293.
- ARCHER, C. «Scrambled Eggs: Defining Parenthood and Inheritance Rights of Children Born of Reproductive Technology». *Loyola University New Orleans*, 3, 2002, pp. 152 y ss.
- ARIAS DE RONCHIETTO, C. «La familia matrimonial: indisponible bien jurídico del varón y la mujer». *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad, 18/12/2009, pp. 1 y ss.
- BAKER, H. «A Possible Future Instrument on International Surrogacy Arrangements: Are There “lessons” to be Learnt from de 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 411- 427.
- BASSET, U. C. «Parejas de personas del mismo sexo, derechos humanos y derecho civil». *Revista La Ley*, Suplemento Actualidad, 01/12/2009, pp. 1 y ss.
- BENDER, L. «Genes, Parents, and Assisted Reproductive Technologies: ARTs, Mistakes, Sex, Race, & Law». *Columbia Journal of Gender and Law*, 43, 2003. Disponible en: http://www.law.syr.edu/faculty/bender/bioethics/legalnews/genes_parents_arts.pdf, compulsado el 26/08/2013.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. «Delitos relativos a la reproducción asistida». En: VIDAL MARTÍNEZ, J. (coord.). *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*. Comares y Ministerio de Sanidad y Consumo, Granada, 1998, pp. 178 y ss.
- BENSHUSHAN, A., SCHENKER, J. G. «Legitimizing surrogacy in Israel». *Human Reproduction*, 12, 1997, pp. 1832-1834.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. «Hijos made in California». *Aranzadi Civil*, núm. 3/2009 (Tribuna), pp. 1-2.
- BERGER, S. M. «Maternidad Subrogada: un contrato de objeto ilícito». *La Ley*, Sección Actualidad, 10/08/2010, pp. 1 y ss.
- BELLUSCIO, A. C. *Manual de derecho de familia*. 8.ª ed. actual. y ampl. Astrea, Buenos Aires, 2006, t. II.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. «Análisis de la nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. Una primera aproximación a su contenido». *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, enero de 2007, pp. 42.
- BÍSCARO, B., GARCÍA DE GHIGLINO, S. S. «Desconocimiento o impugnación de la paternidad en los casos de inseminación artificial heteróloga». *La Ley*, 1987-B, 802.
- BLACKBURN, C. «Family Law-Who is a Mother? Determining Legal Maternity in Surrogacy Arrangements in Tennessee». *University of Memphis Law Review*, vol. 39, iss. 2, 2009, pp. 349-382.
- BLAKE, L., CASEY, P., READINGS, J., JADVA, C., GOLOMBOK, S. «“Daddy ran out of tadpoles”: how parents tell their children that they are donor conceived, and what their 7-year-olds understand». *Human Reproduction*, 25(10), 2010, pp. 2527-2534.
- BLASCO GASCÓ, F. «Técnicas de reproducción asistida y competencia legislativa autonómica». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, 1991, pp. 65 y ss.
- , «La Ley sobre técnicas de reproducción asistida: constitucionalidad y aplicación». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, núm. 2, 1991, pp. 716 y ss.

- BLYTH, E. «I wanted to be interesting. I wanted to be able to say “I’ve done something interesting with my life”». Interviews with surrogate mothers in Britain». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 12, iss. 3, 1994, pp. 189-198.
- , «Not a primrose path: commissioning parents’ experiences of surrogacy arrangements in Britain». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 13, 1995, pp. 185-196.
- BLYTH, E., POTTER, C. «Paying for It? Surrogacy, Market Forces and Assisted Conception». En: COOK, R., SCLATER, S. D., KAGANAS, F. (eds.). *Surrogate Motherhood: International Perspectives*. Hart Publishing, 2003, pp. 227-232.
- BONILLO GARRIDO, L. «El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución». *Diario La Ley*, núm. 8070, Sección Tribuna, 25 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-2.
- BORDA, G. A. *Tratado de derecho civil. Familia*. 10.^a ed. La Ley, Buenos Aires, 2008.
- BOS, H. M. W., VAN BALEN, F., VAN DEN BOOM, D. C. «Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 45, 2004, pp. 755 y ss.
- BOSSERT, G., ZANNONI, E. *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1986.
- BRAZIER, M., CAMPBELL, A., GOLOMBOK, S. *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation* (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998.
- BREWAEYS, A. «Donor insemination: The impact on family and child development». *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, 17, 1996, pp. 1-13.
- , «Review: Parent-child relationships and child development in donor insemination families.» *Human Reproduction Update*, 7, 2001, pp. 38-46.
- BREWAEYS, A., PONJAERT, I., VAN HALL, E. V., GOLOMBOK, S. «Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families». *Human Reproduction*, 12, 1997, pp. 1349-1359.
- BRINDEN, P. R. «Gestational surrogacy». *Human Reproduction Update*, vol. 9, núm. 5, 2003, pp. 483-491.
- BRITISH MEDICAL ASSOCIATION. *Changing conceptions of motherhood. The practice of surrogacy in Britain*. British Medical Association, Londres, 1996.
- BROWNE-BARBOUR, V. «Bartering for Babies: Are Preconception Agreements in the Best Interests of Children?». *Whittier Law Review*, 26, 2004, pp. 429-486.
- BRUNET, L., CARRUTHERS, J., DAVAKI, K., KING, D., MARZO, C., MCCANDLESS, J. A. *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*. Unión Europea, 2013.
- BURPEE, A. L. «Momma Drama: A Study of How Canada’s National Regulation of Surrogacy Compares to Australia’s Independent State Regulation of Surrogacy». *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 37, 2009, pp. 305 y ss.
- BUSTER, J. E., BUSTILLO, M., THORNEYCROFT, I. et al. «Non-surgical transfer of in-vivo fertilized donated ova to five infertile women: Report of two pregnancies». *Lancet*, núm. 22, 1983, pp. 2223-2244.
- BUXÓ I REY, M. J. «Familia en plural». En: *Reinventar la Familia*. VI Jornada del Centre Alberto Campo. Edición CRIPS, Barcelona, 2004.

- CADORET, A. «Parentesco y figuras maternas. El recurso a una gestante subrogada por una pareja gay». *Revista de Antropología Social*, núm. 18, Madrid, 2009, pp. 67-82.
- CAFFERATTA, J. I. «Las nuevas técnicas de reproducción humana y el derecho positivo argentino». *El Derecho*, pp. 130-740.
- CAHN, N. R. *Test tube families. (Why the fertility market needs legal regulation)*. New York University Press, Nueva York y Londres, 2009.
- CALLAHAN, J. «Feminism and reproductive technologies». *The Journal of Clinical Ethics*, 5(1), 1994, pp. 75-85.
- CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas en torno a la Instrucción de la dirección general de los registros y del notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 1, marzo de 2011, pp. 247-262.
- CAMACHO, J. M. *Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores*, 2009. Disponible en: <http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>, compulsado el 27/08/2012.
- CAMPIGLIO, C. «Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità». *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 45, 2009, pp. 589-604.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*. Bosch, Barcelona, 1995.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Filiación». En: CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, II.^a edición. Comares, Granada, 2010, pp. 193-212.
- CASINI, C., DI PIETRO, M. L., CASINI, M. «La normativa italiana sulla “procreazione medicalmente assistita” e il contesto europeo». *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 17-52.
- CERDÀ SUBIRACHS, J. «La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN». *La Ley*, núm. 4893, Sección Tribuna Abierta, segundo trimestre de 2011, pp. 1-9.
- CHAVES DE FARIAS, C., ROSENVALD, N. *Direito das Familias*. Lumen Juris, Río de Janeiro, 2008.
- CHEN, M. «Wombs for Rent: an Examination of Prohibitory and Regulatory Approaches to Governing Preconception Arrangements». *Health Law in Canada*, vol. 23, núm. 3, 2003, pp. 45 y ss.
- CHLIAOUTAKIS, J., KOUKOULI, S., PAPADAKAKI, M. «Using attitudinal indicators to explain the public's intention to have recourse to gamete donation and surrogacy». *Human Reproduction*, 17, 2002, pp. 2995-3002.
- CIFUENTES, S. *Derechos personalísimos*. 2.^a ed. actual. y ampl. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- CIRUZZI, M. S. «La Ley Nacional de Fertilización Asistida: algunos apuntes desde la bioética». En: *Microjuris*, 19/06/2013, cita online MJ-DOC-6326-AR | MJJD6326.
- COHEN, E. «Surrogate offered \$10,000 to abort baby». *CNN*, March 5, 2013. Disponible en: <http://edition.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legal-battle/>, compulsado el 26/08/2013.

- COHEN, I. G. «S.H. and Others v. Austria and circumvention tourism». *Reproductive Bio-Medicine Online*, 25, 2012, pp. 660.
- COHEN, J. «Le tourisme procréatif: un pis-aller». *Gynécologie Obstétrique & Fertilité*, vol. 34, núm. 10, 2006, pp. 881-882.
- COLEMAN, P. «Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions». *Tennessee Law Review*, 50, 1982, pp. 71-118.
- COLEMAN, M. «Gestation, Intent, and the Seed: Defining Motherhood in the Era of Assisted Human Reproduction». *Cardozo Law Review*, 17, 1996, pp. 497-529.
- COMITÉ CONSULTATIF DE BIOÉTHIQUE. Avis n.º 30 du 5 juillet 2004 relatif à la gestation-pour-autrui (mères porteuses). Ministère de la Santé publique et des Pensions, Belgique, 2004.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D'ÉTHIQUE DE FRANCIA. Opinión núm. 90 sobre «Acceso a los orígenes, anonimato y confidencialidad de la filiación», noviembre de 2005. Disponible en: <http://www.ccne-ethique.fr/docs/en/avis090.pdf>, compulsado el 27/08/2012.
- COOK, R., DICKENS, B., FATHALLA, M. *Salud reproductiva y derechos humanos*. Oxford University Press, Profamilia, Bogotá, 2003.
- CORRAL DUEÑAS, F. «La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, de Marina Pérez Monge». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 677, 2003, pp. 1954-1956.
- CORREA, M. «Ética y reproducción asistida: a medicalização do desejo de filhos». *Bioética*, vol. 9, núm. 2, 2001, pp. 71-82.
- DANIELS, K., GILLET, W., GRACE, V. «Parental information sharing with donor insemination conceived offspring: a follow-up study». *Human Reproduction*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 1-7.
- DANIELS, K., TAYLOR, K. «Secrecy and openness in donor insemination». *Politics and the Life Sciences*, 12, 1993, pp. 155-170.
- DAMELIO, J., SORENSEN, K. «Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy». *Bioethics*, 22, 2008, pp. 269-277.
- DA SILVA SAPKO, V. *Do direito a paternidade e maternidade dos Hommossexuais*. Juruá Editora, Curitiba, 2005.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J. «Los consentimientos relevantes en la fecundación asistida. En especial, el determinante de la asunción de una paternidad que biológicamente no corresponde». En: VV.AA. *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Mundial Vasco). Trivium, Madrid, 1988, pp. 227 y ss.
- DELENSKI, J. C. *O novo direito da filiação*. Dialética, São Paulo, 1997.
- DELLENBACH, P., NISAND, I., MOREAU, L., FEGER, B., PLUMERE, C., GERLINGER, P. «Transvaginal sonography controlled follicular puncture for oocyte retrieval». *Fertility Sterility*, núm. 44, 1985, pp. 656-662.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)». En: *Diario La Ley*, núm. 7501, Sección Tribuna, 3 de noviembre de 2010, pp. 1-7.

- DE WERT, G., DONDORP, W., PENNING, G., SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., DEVROEY, B., TARLATZIS, P., BARRI, P., DIEDRICH, K. «Intrafamilial medically assisted reproduction». *Human Reproduction*, vol. 26, núm. 3, 2011, pp. 504-509.
- DIAS, M. B. «Filiación socioafectiva: nuevo paradigma de los vínculos parentales». *Revista Jurídica*, 13, UCES, 2009, pp. 83-90.
- , *Manual de Direito das Familias*. 6.^a ed. Revista Dos Tribunais, São Paulo, 2010.
- DÍAZ HERNÁNDEZ, H. «Análisis jurídico de la iniciativa que propone la creación de la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal». Disponible en: <http://www.scribd.com/doc/35524156/ANALISIS-JURIDICO-DE-LA-INICIATIVA-QUEPROPONE-LA-CREACION-DE-LA-LEY-DE-MATERNIDAD-SUBROGADA-EN-EL-DISTRITO-FEDERAL>, compulsado el 26/08/2013.
- DÍAZ ROMERO, M. R. «La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico». *Diario La Ley*, núm. 7527, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2010, año XXXI, pp. 1-15.
- DILL, S. «Consumer perspectives». En: *Current practices and controversies in assisted reproduction*. WHO, 2001, pp. 255-271.
- DREYZIN DE KLOR, A., HARRINGTON, C. «La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 5, octubre de 2011, pp. 301-329.
- DRUZENKO, G. «Ukraine». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 357-365.
- EDELMANN, R. «Surrogacy: the psychological issues». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 22, iss. 2, 2004, pp. 123-136.
- FÁBREGA RUIZ, C. F. *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*. Comares, Granada, 1999.
- FAMÁ, M. V. «Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación». *La Ley*, 21/06/2011, pp. 1204-1225.
- , «Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas». *Derecho de Familia y de las Personas*, 20/08/2013, pp. 104.
- FARNÓS AMORÓS, E. «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009». En: *Indret*, 1/2010, pp. 1-25. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/711_es.pdf, compulsado el 26/08/2013.
- , «European Society of Human Reproduction and Embryology 26th Annual Meeting Roma, 27-30 de junio, 2010». En: *Indret*, 3/2010, pp. 1-17. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/751_es.pdf, compulsado el 27/08/2012.
- , «Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 49, Mayo 2011, pp. 153-181.
- , *Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones*. Atelier, Barcelona, 2011.

- , «Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain». *International Family Law*, marzo de 2013, pp. 68-72.
- FERGUS, V. L. «An Interpretation of Ohio Law on Maternal Status in Gestational Surrogacy Disputes: Belsito v. Clark, 644. N.E.2d 760 (Ohio CP. Summit County 1994)». *Dayton Law Review*, 21, 1995, pp. 229-237.
- FERNÁNDEZ-PACHECO, M. T. «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de baby M». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1988, pp. 647 y ss.
- FERNÁNDEZ RUIZ-GALVEZ, E. «Mujeres y técnicas de reproducción artificial. ¿Autonomía o sujeción?». En: BALLESTEROS, J. (coord.). *La humanidad in vitro*. Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C. *Derecho a la Identidad Personal*. Astrea, Buenos Aires, 1992.
- FISCHER, S., GILLMAN, I. «Surrogate motherhood: attachment, attitudes and social support». *Psychiatry*, 54, 1991, pp. 13-20.
- FRANK, D., VOGEL, M. *The baby makers*. Carroll & Graf Publishers, Nueva York, 1988, pp. 189.
- FREEMAN, T., JADVA, V., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «Gamete donation: parents' experiences of searching for their child's donor siblings and donor». *Human Reproduction*, 24, 2009, pp. 505-516.
- GAFO, J. *Las nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986.
- GALLIFANT, M. M. «Gestación por sustitución. Con los ojos abiertos y los pies sobre la tierra». En: *Microjuris*, 11/03/2013, cita online MJ-DOC-6195-AR | MJD6195.
- GAMBLE, N. «Surrogacy: creating a sensible national and international legal framework». *International Family Law*, septiembre de 2012, pp. 308-312.
- , «Surrogacy law: court awards parenthood to deceased father following Indian surrogacy». Disponible en: <http://www.nataliegambleassociates.co.uk/blog/2011/07/12/court-awards-parenthood-to-deceased-father-in-surrogacy-case>, compulsado el 26/08/2013.
- , «Should surrogate mothers still have an absolute right to change their minds?». *BioNews*, 678, octubre de 2012.
- GARAY, O. E. «Cobertura, igualdad e inclusión en la ley de fertilización humana asistida». En: *La Ley*, 01/07/2013, pp. 1 y ss.
- GARCÍA RUBIO, M. P. «La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto del derecho civil español». *Revista Tapia*, año VII, núm. 36, 1987, pp. 68.
- GARGALLO, F. «Nuevas técnicas reproductivas: el debate de las italianas». *Debate Feminista*, año 4, vol. 8, 1993, pp. 86-100.
- GARRISON, M. «Law Making for Baby Makings: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage». *Harvard Law Review*, 113, 2002, pp. 835-909.
- GARTLAND, F. «Calls made for surrogacy legislation». *The Irish Times*, 6 de marzo de 2013. Disponible en: <http://www.irishtimes.com/newspaper/ireland/2013/0306/1224330830470.html>, compulsado el 26/08/2013.

- GIL DOMÍNGUEZ, A. «No discriminación, copaternidad y comaternidad en la Ciudad de Buenos Aires». 28 de febrero de 2012. Disponible en: <http://underconstitucional.blogs.pot.com.ar/2012/02/no-discriminacion-copaternalidad-y.html>, compulsado el 26/08/2013.
- , «Fecundación asistida: una norma igualitaria». *Diario Clarín*, 23/07/2013. Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/Fecundacion-asistida-norma-igualitaria_o_961103929.html, compulsado el 26/08/2013.
- GIL DOMÍNGUEZ, A., FAMÁ, M. V., HERRERA, M. *Derecho Constitucional de Familia*, t.I. Ediar, Buenos Aires, 2006.
- , *Matrimonio Igualitario y Derecho Constitucional de Familia*. Ediar, Buenos Aires, 2010.
- , «La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales». *Derecho de Familia y de las Personas*, 20/08/2013, pp. 24.
- GIROUX, M. «L'encadrement de la maternité de substitution au Québec et la protection de l'intérêt de l'enfant». *Revue générale de droit*, vol. 28, núm. 4, 1997, pp. 535-547.
- GOLOMBOK, S., COOK, R., BISH, A., MURRAY, C. «Families created by the new reproductive technologies: Quality of parenting and social and emotional development of the children». *Child Development*, 66, 1995, pp. 285-298.
- GOLOMBOK, S., BREWAEYS, A., COOK, R., GIAVAZZI, M. T., CROSIGNANI, P. G., DEXEUS, S. «The European Study of Assisted Reproduction Families: Family functioning and child development». *Human Reproduction*, 11, 1996, pp. 2324-2331.
- GOLOMBOK, S., MURRAY, C., BRINDEN, P., ABDALLA, H. «Social versus biological parenting: Family functioning and the socioemotional development of children conceived by egg or sperm donation». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 40, 1999, pp. 519-527.
- GOLOMBOK, S. «Parenting and contemporary technologies.» En: BORNSTEIN, M. H. (ed.). *Handbook of parenting*, vol. 3, 2002, pp. 339-360.
- GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Families created through surrogacy: parent child relationships in the first year of life». *Fertility and Sterility*, vol. 80, supl. 3, 2004, pp. 50-63.
- GOLOMBOK, S., LYCETT, E., MACCALLUM, F., JADVA, V., MURRAY, C., RUST, J., ABDALLA, H., JENKINS, J., MARGARA, R. «Parenting infants conceived by gamete donation». *Journal of Family Psychology*, 18, 2004, pp. 443-452.
- GOLOMBOK, S., JADVA, V., LYCETT, E., MURRAY, C., MACCALLUM, F. «Families created by gamete donation: follow up at age 2». *Human Reproduction*, 20, 2005, pp. 286-293.
- GOLOMBOK, S., MACCALLUM, F., MURRAY, C., LYCETT, E., JADVA, V. «Surrogacy families: parental functioning, parent-child relationships and children's psychological development at age 2». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, vol. 47, núm. 2, 2006, pp. 213-222.
- GOLOMBOK, S., MURRAY, C., JADVA, V., LYCETT, E., MACCALLUM, F., RUST, J. «Non-genetic and non-gestational parenting: consequences for parent-child relationships and the psychological well-being of mothers, fathers and children at age 3». *Human Reproduction*, 21, 2006, pp. 1918-1924.

- GOLOMBOK, S., OWEN, L., BLAKE, L., MURRAY, C., JADVA, C. «Parent-Child Relationships and the Psychological Well-Being of 18-year-old Adolescents conceived by IVF». *Human Fertility*, 12, 2009, pp. 63-72.
- GOLOMBOK, S., READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., MARKS, A., JADVA, V. «Families created through surrogacy: mother-child relationships and children's psychological adjustment at age 7». *Developmental Psychology*, 47(6), 2011, pp. 1579-1588.
- GOLOMBOK, S., READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., MELLISH, L., MARKS, A., JADVA, V. «Children Conceived by Gamete Donation: Psychological Adjustment and Mother-child Relationships at Age 7». *Journal of Family Psychology*, vol. 25(2), abril de 2011, pp. 230-239.
- GOLOMBOK, S., BLAKE, L., CASEY, P., ROMAN, G., JADVA, V. «Children born through reproductive donation: A longitudinal study of psychological adjustment». *Journal of Child Psychology and Psychiatry*, 54(6), 2013, pp. 653-660.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Marcial Pons, Madrid, 1994.
- GÖSSL, S. L. «Germany». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 131-142.
- GROSMAN, C. «De la filiación». En: BUERES, A. J. (dir.) y HIGHTON, E. I. (coord.). *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1-B, 3.^a reimpr. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 327.
- GROSSO, C. «El alquiler de vientre: su ilegitimidad». En: *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (abril), pp. 217 y ss.
- GUPTA, J. A. «Towards Transnational Feminisms: Some Reflections and Concerns in Relation to the Globalization of Reproductive Technologies». *European Journal of Women's Studies*, vol. 13, iss. 1, 2006, pp. 23-38.
- GUZMÁN ZAPATER, M. «Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, pp. 51-55.
- HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. Hague Conference Permanent Bureau, «Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements». General Affairs and Policy: Doc. Prel. Núm. 11, marzo de 2011.
- , Hague Conference Permanent Bureau, «Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements». General Affairs and Policy: Doc. Prel. Núm. 10, marzo de 2012.
- , Permanent Bureau, «Conclusions and Recommendations adopted by the Council, Council on General Affairs and Policy of the Conference». 1720, abril de 2012.
- HANAFIN, H. «Surrogate Parenting: Reassessing Human Bonding». Presentation at the annual meeting of the American Psychological Association, NYC, NY, 28 de agosto de 1987.
- HANNA, J. K. M. «Revisiting Child-Based Objections to Commercial Surrogacy». *Bioethics*, vol. 24, núm.7, 2010, pp. 341-347.

- HARMATIUK MATOS, A. C. «Aspectos Jurídicos da Homoparentalidade». En: DA CUNHA PEREIRA, R. (coord.). *Família e Responsabilidade*. IBDFAM-Magister, Porto Alegre, 2010, pp. 39 y ss.
- HATZIS, A. N. «From soft to hard paternalism and back: the regulation of surrogate motherhood in Greece». *Portuguese Economic Journal*, vol. 49, núm. 3, 2009. Disponible en: <https://student.cc.uoc.gr/uploadFiles/1110-AE09K/Hatzis%20From%20soft%20to%20hard%20paternalism.pdf>, compulsado el 28/08/2013.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. «La filiación en la fecundación asistida: consecuencias jurídicas en torno a la misma». En: BARBERO SANTOS, M. *Ingeniería genética y reproducción asistida*. Autor, Madrid, 1989, pp. 259.
- , «La atribución de la maternidad en la gestación contratada». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, pp. 445.
- HERRERA, M. «Filiación, adopción y distintas estructuras familiares en los albores del siglo XXI». En: FERREIRA BASTO, E., DIAS, M. B. (eds.). *A família além dos mitos*. Del Rey, Belo Horizonte, 2008, pp. 186.
- , «La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas». *Revista La Ley*, 10/06/2013, pp. 1 y ss. Cita on line: AR/DOC/2256/2013.
- HERRERA, M., SPAVENTA, V. «La filiación adoptiva como causa-fuente de monoparentalidad-desmonoparentalidad». En: GROSMAN, C. P. (dir.) y HERRERA, M. (comp.). *Familia monoparental*. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, pp. 237 y ss.
- HERRERA, M., LAMM, E. «¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución». En: *Micorujuris*, 19/09/2012, cita online MJ-DOC-5971-AR | MJD597.
- , «Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia». *La Ley*, 31/07/2013, pp. 1 y ss.
- HIGUERA, G. «Maternidad subrogada». En: GAFO, J. (dir.). *Las Nuevas técnicas de reproducción humana. Biomedicina, ética y derecho*. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1986, pp. 93.
- HILL, J. L. «What Does It Mean to Be a “Parents”? The Claims of Biology as the Basis for Parental Rights». *New York University Law Review*, 66(2), 1991, pp. 353-420.
- HINSON, D. S., MCBRIEN, M. «Surrogacy Across America». *Family Advocate*, vol. 34, iss. 2, 2012, pp. 32.
- HOOFT, P. F. *Bioética y derechos humanos*. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- HORSEY, K. «Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements». *Child and Family Law Quarterly*, 22(4), 2010, pp. 449-474.
- HURWITZ, L. «Collaborative Reproduction: Finding the Child in the Maze of Legal motherhood». *Connecticut Law Review*, 33, 2000, pp. 171-72.
- IMRIE, S., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Children of surrogate mothers: an investigation into their experiences and psychological health». En: *Annual meeting of the British Fertility Society*. Leeds, enero de 2012.

- ÍÑIGO, D., WAGMAISTER, A., LEVY, L. «Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (esquema comparativo de tres legislaciones vigentes)». *La Ley*, 1991-B, pp. 1135-1140.
- JADVA, V., MURRAY, C., LYCETT, E., MACCALLUM, F., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». *Human Reproduction*, 18, 2003, pp. 2196-2204.
- JADVA, V., FREEMAN, T., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: Comparisons by age of disclosure and family type». *Human Reproduction*, 24, 2009, pp. 1909-1919.
- JADVA, V., FREEMAN, T., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «Offsprings' experiences of searching for and contacting their donor siblings and donor». *Reproductive BioMedicine Online*, 20(4), 2010, pp. 523-532.
- JADVA, V., FREEMAN, T., KRAMER, W., GOLOMBOK, S. «Sperm and oocyte donors' experiences of anonymous donation and subsequent contact with their donor offspring». *Human Reproduction*, 26, 2011, pp. 638-645.
- JADVA, V., BLAKE, L., CASEY, P., GOLOMBOK, S. «Surrogacy families 10 years on: relationship with the surrogate, decisions over disclosure and children's understanding of their surrogacy origins». *Human Reproduction*, 27(10), 2012, pp. 3008-3014.
- JADVA, V., IMRIE, S., GOLOMBOK, S. «Children of surrogate mothers: psychological well-being, family relationships and experiences of surrogacy». *Human Reproduction*, 28 (suppl. 1), 2013, pp. 32-35.
- JACKSON, E. «S.H. and Others v. Austria». *Reproductive BioMedicine Online*, 25, 2012, pp. 663.
- JONES, B. «Gay couple win "surrogate twins" parenting case in Australia». *BioNews*, 594, 07/02/2011. Disponible en: http://www.bionews.org.uk/page_87623.asp, compulsado el 26/08/2013.
- KEEN, J. «Surrogate relishes unique role». *USA Today*, 23/01/2007. Disponible en: http://usatoday30.usatoday.com/news/health/2007-01-22-surrogate-role_x.htm, compulsado el 12/02/2013.
- KEES, J. S. «European private international law on legal parenting? Thoughts on a European instrument implementing the principle of mutual recognition in legal parenting». 2010. Disponible en: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=19540>, compulsado el 26/08/2013.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M. «Matrimonio, Orientación sexual y familias. Un aporte colaborativo desde la dogmática jurídica» (LL2010-E-977).
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., HERRERA, M., LAMM, E. «Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual». *La Ley*, 20/09/2010, pp. 1.
- , «Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico». *La Ley*, 09/10/2012, pp. 1.
- , «Los criterios de la determinación de la filiación en crisis». En: GÓMEZ DE LA TORRE, M. (dir.) y LEPIN, C. (coord.). *Reproducción Humana Asistida*. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Chile, Santiago, 2012, pp. 127 y ss.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., LAMM, E., HERRERA, M. «Regulación de la gestación por sustitución». (LL2010-E-960).
- , «Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional». *La Ley*, 11/07/2013, pp. 3.

- KHAZOVA, O. «Russia». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 311-323.
- KIRKMAN, M. «“Parents” Contributions to the Narrative Identity of Offspring of Donor-Assisted Conception». *Social Science and Medicine*, vol. 57, 2003, pp. 2229-2242.
- KNOWLES, G. «Parental Orders in Cases of International Surrogacy: Practical Considerations». 16/05/2012. Disponible en: <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed97868>, compulsado el 26/08/2013.
- KOVACS, G. T., WISE, S., FINCH, S. «Functioning of families with primary school-age children conceived using anonymous donor sperm». *Human Reproduction*. Primera publicación on-line, 23 de noviembre de 2012.
- LABRUSSE-RIOU, C. «Procreation, filiation et volonté individuelle». En: *Droit de la filiation et progrès scientifiques*. Economica, París, 1982, pp. 71.
- LACRUZ, J. L. «Hijos artificiales y madres de alquiler». *Surgam. Revista de Orientación Psico-pedagógica*, núm. 395, 1987, pp. 31 y ss.
- LAFERRIERE, J. N. «¿Cobrará la mujer gestante por el alquiler de vientre en el Proyecto de Código Civil?». En: *ED*, 15/10/2012, núm. 13, 099.
- LAFERRIERE, J. N., BASSET, Ú. C. «Dos madres, padre anónimo, presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un niño con identidad paterna pretorianamente silenciada». *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, núm. 6, julio de 2011, pp. 47-63.
- LAJE, A. «Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial. Gestación por sustitución en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil». En: *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (julio), pp. 136 y ss.
- LAMM, E. «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 50, julio 2011, pp. 107 y ss.
- , «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil». JA2012-II-1340.
- , «Gestación por sustitución. Realidad y derecho». *Indret*, 3/2012.
- , «Mexico». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 225-271.
- LARKEY, A. M. «Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements». *Drake Law Review*, 51, 2003, pp. 605 y ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*. Marcial Pons, Madrid, 2010.
- , «La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria». *Diario La Ley*, núm. 7777, 17 de enero de 2012, pp. 1-15.
- LEMA AÑON, C. «El futuro de la regulación jurídica española sobre reproducción asistida y embriones: problemas pendientes y Constitución». En: CAMBRON INFANTE, A. (coord.). *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*. Trotta, Madrid, 2001, pp. 43.

- LIEBER, K. B. «Selling the Womb: Can the Feminist Critique of Surrogacy Be Answered?». *Indiana Law Journal*, vol. 68, iss. 1, artículo 7, 1992. Disponible en: <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol68/iss1/7>, compulsado el 26/08/2013.
- LLEDÓ YAGÜE, F. «El alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, pp. 325.
- , *Fecundación artificial y derecho*. Tecnos, Madrid, 1988.
- , «La Ley sobre las Técnicas de Reproducción Humana Asistida». *Anuario de Derecho Civil*, 1998, tomo II, pp. 1256 y ss.
- , «Reflexiones personales en torno a la fecundación post mortem y la maternidad subrogada: el examen de algunos supuestos de la práctica jurídica». En: DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.). *Régimen jurídico-privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 175 y ss.
- LOBO, P. «Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental». En: DIAS, M. B., FERREIRA BASTOS, E., MARTINS MORAES, N. M. (coords.). *Afetos e Estruturas Familiares*. IBDFAM, Del Rey, Belo Horizonte, 2010, pp. 453 y ss.
- , *Direito ao Estado de Filiação e Direito à origem Genética: uma distinção necessária*. Disponible en: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>, compulsado el 27/08/2012.
- LUNA, F. «Las paradojas de la reproducción asistida y el género. Dejando de lado fotografías anacrónicas». En: CASADO, M., LUNA, F., VÁZQUEZ, R. (eds.). *Género y Bioética*. Editorial Fontamara y Suprema Corte de la Nación, México (en prensa).
- LUTJEN, P., TROUNSON, A., LEETON, J., FINDLAY, J., WOOD, C., RENOU, P. «The establishment and maintenance of pregnancy using in-vitro fertilization and embryo donation in a patient with primary ovarian failure». *Nature*, 307, 1984, pp. 174-175.
- LYCETT, E., DANIELS, K., CURSON, R., GOLOMBOK, S. «Offspring created as a result of donor insemination: a study of family relationships, child adjustment, and disclosure». *Fertility Sterility*, 82, 2004, pp. 172-179.
- MACCALLUM, F., LYCETT, E., MURRAY, C., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Surrogacy: The Experience of Commissioning Couples». *Human Reproduction*, 18, 2003, pp. 1334.
- MALAUERIE, P. «La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines. L'affaire Odièvre». *La semaine juridique*, núm. 26, 2003, pp. 546.
- MARIÑO, M. «La situación legal en España de los niños de "vientre de alquiler": ¿pueden o no ser registrados?». *20 minutos*, 04/04/2013. Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/1775366/0/vientre-de-alquiler/registro-civil/bebes/>, compulsado el 26/08/2013.
- MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M., MASSIGOGUE BENEGIU, J. M. *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho Español*. Dykinson, Madrid, 1994, pp. 22.
- MASSAGER, N. «Gestation pour autrui». En: HOTTOIS, G., MISSA, J. N. (eds.). *Nouvelle encyclopédie de bioéthique*. De Boeck Université, Bruselas, 2001, pp. 482 y ss.
- MAZZINGHI, J. A. *Tratado de derecho de familia*, 4.^a ed., La Ley, Buenos Aires, 2006, t. 4.

- McLACHLAN, H. C. «Defending commercial surrogate motherhood against Van Niekerk and Van Zyl». *Journal of Medical Ethics*, 23, 1997, pp. 344-348.
- McLACHLAN, H. V., SWALES, J. K. «Commercial surrogate motherhood». *Contemporary Review*, 272, 1998, pp. 113.
- , «Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts». *Law and Contemporary Problems*, vol. 72, 1991, pp. 91-107.
- , «Babies, child bearers and commodification: Anderson, Brazier et al., and the political economy of commercial surrogate motherhood». *Health Care Analysis*, 8, 2000, pp.1-18.
- , «Surrogate Motherhood, Rights and Duties: A Reply to Campbell». *Health Care Analysis*, 9, 2007, pp. 101.
- McMAHON, C. A., UNGERER, J. A., BEAUREPAIRE, J., TENNANT, C., SAUNDERS, D. «Psychosocial outcomes for parents and children after in vitro fertilization: A review». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 13, 1995, pp. 1-16.
- McNAIR, R., DEMPSEY, D., WISE, S., PERLESZ, A. «Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges». *Family Matters*, vol. 63, 2002, pp. 40.
- McWHINNIE, A. «Gamete donation and anonymity. Should offspring from donated gametes continue to be denied knowledge of their origins and antecedents?». *Human Reproduction*, 16, 2001, pp. 807-817.
- MEDINA, G. «Un juez no puede condenar a que se cambie el concepto de matrimonio». *La Ley*, 2010-A, pp. 1233.
- , «Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado». *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, año IV, núm. 8, septiembre de 2012, pp. 17.
- MEDINA, G., GONZÁLEZ MAGAÑA, I. «Ley nacional sobre fertilización asistida. Análisis doctrinario y jurisprudencial». En: *La Ley*, 17/06/2013, pp. 1 y ss.
- MÉNDEZ COSTA, J., D'ANTONIO, D. *Derecho de familia*, t. III. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009, pp. 710.
- MILL, J. S. *On liberty*. Parker, Londres, 1859.
- MILLBANK, J. «Unlikely Fissures and Uneasy Resonances: Lesbian Co-Mothers, Surrogate Parenthood and Fathers' Rights». *Feminist Legal Studies*, 16, 2008, pp. 141.
- , «De Facto Relationships, Same-Sex and Surrogate Parents: Exploring the Scope and Effects of the 2008 Federal Relationship Reforms». *Australian Journal of Family Law*, 23, 2009, pp. 171-176.
- , «The New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or “25 Brick Walls”?». *Melbourne University Law Review*, vol. 35, 2011, pp. 166 y ss.
- MILLER, C. «Who's your daddy?». *Reason*, vol. 40, iss. 9, 2009, pp. 40-46.
- MINYERSKY, N. «¿Derecho al hijo/ hija?». En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. (dir.) y HERRERA, M. (coord.). *La familia en el nuevo derecho. Libro homenaje a la Profesora Dra. Cecilia P. Grosman*, t. II. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009.
- MIR CANDAL, L. «La maternidad intervenida. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada». *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 1, núm. 1, julio 2010, pp. 174-188.

- MONTÉS PENADÉS, V. «El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana». En: VV.AA. *La filiación a finales del siglo xx. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana* (II Congreso Mundial Vasco). Trivium, Madrid, 1988, pp. 176.
- , «La reproducción humana asistida en la experiencia jurídica española». *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, 7, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 5-22.
- MORGENSTERN KATZ, D. «Why More and More Infertile Women Are Turning to Others to Bear Their Babies». *Parenting Magazine*, diciembre/enero de 2002, pp. 88.
- MOORE, B. «Les enfants du nouveau siècle (libres propos sur la réforme du droit de la filiation)». En: *Développements récents en droit familial*. Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2002, pp. 97.
- MORO ALMARAZ, M. J. *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación «in vitro»*. Bosch, Barcelona, 1988.
- MUNRO, V. «Surrogacy and the construction of the maternal-foetal relationship: the feminist dilemma examined». *Res Publica*, vol. 7, núm. 1, 2001, pp. 26-35.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. F. «¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 34, 2010, pp. 45-50.
- MURPHY, M., JONES, D., HALLAM, Z., MARTIN, R., HAKIN, R., VAN DEN AKKER O. B. A. «Infertility in focus: how far would you go?». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, núm. 20, 2002, pp. 192.
- NADAUD, S. «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale». En: M. GROSS, *Homoparentalités, état des lieux*. ERES «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005.
- NEIRINCK, C. «La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi». *Droit de la famille*, núm. 3, marzo 2013, pp. 29 y ss.
- NEWMAN, A. «What Happens When Surrogacy Meets Abortion?». *RH Reality Check*, 7/10/2010. Disponible en: <http://www.rhrealitycheck.org/blog/2010/10/06/what-happens-when-surrogacy-meets-abortion>, compulsado el 26/08/2013.
- NIETO ALONSO, A. «El principio de prevalencia de la verdad biológica en materia de filiación y su superación en el ámbito de la reproducción humana asistida». En: DÍAZ MARTÍNEZ, A. (coord.). *Régimen jurídico privado de la reproducción asistida en España: el proceso legal de reformas*. Madrid, Dykinson, 2006, pp. 57.
- O'BRIEN, S. «Commercial Conception: A Breeding Ground for Surrogacy». *North Carolina Law Review*, 65, 1986, pp. 127 y ss.
- OLIVEIRA, F. «As novas tecnologias reprodutivas conceptivas a serviço da materialização de desejos sexistas, racistas o eugénicos?». *Bioética*, 2001, vol. 9, núm. 2, pp. 99-112.
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. «Spain». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 347-355.
- PALACIOS ALONSO, M. «Ley sobre técnicas de reproducción asistida (35/88): de 1988 a 2005». En: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., ROMEO CASABONA, C. M. *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*. Dykinson, Madrid, 2005, pp. 33-69.
- PALAZZANI, L. «La legge italiana sulla "procreazione medicalmente assistita": una rilettura biogiuridica». *Medicina e Morale*, 2004, 1, pp. 77-90.

- PANTALEÓN, A. F. «Contra la ley sobre técnicas de reproducción asistida». *Jueces para la democracia*, núm. 5, 1988, pp. 25 y ss.
- PARASZCZUK, J. «Judge: Biological mom of surrogate twins born abroad doesn't have to adopt them. Tel Aviv court rules mother can undergo DNA testing to prove maternity». *Jerusalem Post*, 08/03/2012, pp. 5.
- PARKINSON, J., TRAN, C., TAN, T., et al. «Perinatal outcome after in-vitro fertilization-surrogacy». *Human Reproduction*, 14, 1999, pp. 671-676.
- PENNINGS, G., DE WERT, G., SHENFIELD, F., COHEN, J., TARLATZIS, B., DEVROEY, P. «Equity of access to ART». *Human Reproduction*, vol. 23, 2008, pp. 772-774.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. En: *Derecho de Familia*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1989.
- PÉREZ MONGE, M. *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*. Centro de estudios Registrales, Fundación Beneficencia et Peritia Iuris, Madrid, 2002.
- , «Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad». *Revista de Derecho Privado*, vol. 94, 2010, pp. 41-64.
- PERRINO, J. O. *Derecho de familia*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2006.
- POOTE, A. E., VAN DEN AKKER, O. B. A. «British women's attitudes to surrogacy». *Human Reproduction*, vol. 24, núm. 1, 2009, pp. 139-145.
- PRETORIUS, D. «Practical aspects of surrogate motherhood». *De Jure*, 24, 1991, pp. 59-61.
- , «Surrogate motherhood: A detailed commentary on the draft bill». *De Rebus*, 114, 1996, pp. 117-119.
- PUIGPELAT MARTÍ, F. «Feminismo y las técnicas de reproducción asistida». *Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla*, núm. 32, 2004, pp. 63 y ss.
- PURDY, L. M. «Another look at contract pregnancy». En: HOLMES, H. B. (ed.). *Issues in reproductive technology: An anthology*. Garland Publishing, Nueva York y Londres, 1992, pp. 309-311.
- PYTON, E. «Is surrogate motherhood moral?». *The Humanist*, vol. 61, núm. 5, 2001, pp. 20-21.
- QUANI, F. «Leading case sobre maternidad subrogada: primer fallo en la Argentina». En: *Microjuris*, 26/06/2013, cita online MJ-DOC-6332-AR|MJD6332.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009». *Indret*, 3/2009, pp. 1-42. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf, compulsado el 27/08/2012.
- RAGONE, H. *Surrogate motherhood: conception in the heart*. Oxford Westview Press, San Francisco, 1994.
- , «Incontestable Motivations». En: FRANKLIN, S., RAGONE, H. (eds.). *Reproducing Reproduction: Kinship, Power, and Technological Innovation*. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 1998.
- , «Of likeness and difference: How race is being transfigured by gestational surrogacy». En: RAGONE, H., WINDDANCE TWINE, F. (eds.). *Ideologies and Technologies of Motherhood*, Routledge, Nueva York, 2000.

- RAMÍREZ NAVALÓN, R. M. «Problemas jurídicos de las nuevas formas de reproducción humana. Ámbito de aplicación y filiación de los nacidos mediante estas técnicas». *Revista General de Derecho*, núm. 519, 1987, pp. 6537 y ss.
- RAYMOND, J. *Women as Wombs: Reproductive technologies and the battle over women's freedom*. Harper Collins, San Francisco, 1993.
- READINGS, J., BLAKE, L., CASEY, P., JADVA, V., GOLOMBOK, S. «Disclosure and Everything In-between: Decisions of Parents of Children Conceived by Donor Insemination, Egg Donation and Surrogacy». *Reproductive BioMedicine Online*, 22 (5), 2011, pp. 485-495.
- , «Secrecy, disclosure and everything in-between: decisions of parents of children conceived by donor insemination, egg donation and surrogacy». *Reproductive BioMedicine Online*, 22 (6), 2011, pp. 653-654.
- REICHMAN SCHIFF, A. «Solomonic Decisions in Egg Donation: Unscrambling the Conundrum of Legal Maternity». *Iowa Law Review*, 80, 1995, pp. 265-276.
- REILLY, D. «Surrogate pregnancy: a guide for Canadian prenatal health care providers». *Canadian Medical Association Journal*, núm. 176 (4), 13 de febrero de 2007, pp. 483.
- RIVARD, G., HUNTER, J. *The law of assisted human reproduction*. LexisNexis Canada, Markham (ON), 2005.
- RIVAS RIVAS, A. M. «Pluriparentalidades y parentescos electivos. Presentación del volumen monográfico». *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, pp. 7-19.
- RIVERA, J. C. *Instituciones de derecho civil*. 4.^a ed. LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., «La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial». Ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Vitoria (28-IX a 2-X-1987). En: *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*. Trivium, Madrid, 1988, pp. 146.
- , «Las acciones de filiación y las técnicas de reproducción asistida». En: LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.). *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994, pp. 281.
- , *Las acciones de filiación en el Código de Familia catalán*. Atelier, Barcelona, 2001.
- , «Elementos...». En: LACRUZ BERDEJO, J. L. (dir.)...
- ROCA TRÍAS, E. *Familia y cambio social: (de la «casa» a la persona)*. Civitas, Madrid, 1999.
- , «Comentari a l'article 92 CF». En: EGEA I FERNÁNDEZ, J., FERRER I RIBA, J. (dirs.) y LAMARCA I MARQUÈS, A., RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C. (coords.). *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Madrid, Tecnos, 2000, pp. 439.
- ROKAS, K. A. «Greece». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 143-166.
- RUBIO TORRANO, E. «Inscripción como hijos de un matrimonio de varones, nacidos mediante gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, núm. 9/2011 (Tribuna).

- RUPP, M. *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*. Ministerio Federal de Justicia de Alemania, 2009, pp. 27.
- SALAS CARCELLER, A. «El registro civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución». *Aranzadi Civil*, 10/2011 (Tribuna).
- SALVADOR GUTIÉRREZ, S. «Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución». *Boletín de derecho de familia*, 01/09/2012. Disponible en: http://www.elderecho.com/civil/Reconocimiento-determinacion-extranjero-gestacion-sustitucion_II_455680009.html, compulsado el 26/08/2013.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A. «La feminización del derecho privado y las técnicas de reproducción asistida». En: LÓPEZ DE LA CRUZ, L., OTERO CRESPO, M. (coords.) y GARCÍA RUBIO, M. P., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (dirs.). *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*. Valencia, Tirant lo blanch, 2011, pp. 681-693.
- SAMBRIZZI, E. A. «No puede haber matrimonio entre dos personas del mismo sexo», *La Ley*, 2009-F, pp. 1409.
- , «El pretendido derecho a tener un hijo y la maternidad subrogada». *La Ley*, 03/08/2010, pp. 1.
- , «Maternidad subrogada. Reforma proyectada». *La Ley*, 06/12/2011, pp. 1.
- , «Apuntes varios sobre distintos aspectos de la procreación asistida en el Proyecto de reformas». En: *La Ley, Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2012 (diciembre), pp. 187 y ss.
- SELEME, H. O. «La maternidad por subrogación y los límites de la autonomía». En: *La Ley*, 2013-A, 647. *La Ley*, 21/01/2013, pp. 1 y ss.
- SERRANO, M. «Atrapada en la India con dos bebés». *Opinión La Coruña*, 26/08/2013. Disponible en: <http://www.laopinioncoruna.es/contraportada/2013/08/26/atrapada-india-bebes/755712.html>, compulsado el 26/08/2013.
- SHAKARGY, S. «Israel». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 231-245.
- SHALEV, C. «Israel». En: MONÉGER, F. (dir.). *Gestation pour autrui: Surrogate Motherhood, Société de législation compare*. París, 2011, pp. 179-192.
- , *Birth power: the case for surrogacy*. Yale University Press. New Haven (CT). 1989.
- SHANLEY, M. L. ««Maternidad subrogante» y libertad femenina. Nos asiste el «derecho» de alquilar nuestro vientre?». Seminario: Diálogos sobre la familia, la justicia, y el derecho. Programa de Democratización de las Relaciones Sociales. Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Martín, 2-4 diciembre de 2003. Disponible en: <http://www.unsam.edu.ar/escuelas/humanidades/centros/cedehu/material/Shanley%20Maternidad%20subrogante.pdf>, compulsado el 26/08/2013.
- SHARMA, R. B. «Forensic considerations of surrogacy – an overview». *Journal of Clinical Forensic Medicine*, vol. 13, núm. 2, 2006, pp. 82 y ss.
- SHELTON, K. H., BOIVIN, J., HAY, D., VAN DEN BREE, M. B. M., RICE, F. J., HAROLD, G. T., THAPAR, A. «Examining differences in psychological adjustment problems among children conceived by assisted reproductive technologies». *International Journal of Behavioral Development*, 33, 2009, pp. 385-392.

- SHENFIELD, F., PENNINGS, G., COHEN, J., DEVROEY, P., DE WERT G., TARLATZIS, B. «ESHRE Task Force on Ethics and Law including». *Human Reproduction*, vol. 20, núm. 10, 2005, pp. 2585-2588.
- SHENFIELD, F., DE MOUZON, J., PENNINGS, G., FERRARETTI, A. P., NYBOE ANDERSEN, A., DE WERT, G., GOOSSENS, V. «Cross border reproductive care in six European countries». *Human Reproduction*, vol. 25, núm. 6, 2010, pp. 1361-1368. Disponible en: <http://hum-rep.oxfordjournals.org/cgi/reprint/25/6/1361>, compulsado el 26/08/2013.
- SHENFIELD, F., PENNINGS, G., DE MOUZON, J., FERRARETTI, A. P., GOOSSENS, V. «ESHRE's good practice guide for cross-border reproductive care for centers and practitioners». *Human Reproduction*, vol. 26, iss. 7, 2011, pp. 1625- 1627.
- SHIFFRIN, S. V. «Wrongful life, procreative responsibility, and the significance of harm». *Legal Theory*, vol. 5, 1999, pp. 117-148.
- SHULTZ, M. M. «Reproductive Technology and Intent-Based Parenthood: An Opportunity for Gender Neutrality». *Wisconsin Law Review*, 1990 (2), pp. 297-398.
- , «Taking Account of Arts in Determining Parenthood: a Troubling Dispute in California». *Washington University Journal of Law & Policy*, vol. 19, 2005, pp. 77-128.
- SIDDIQUI, A., HAGGLOF, B., EISEMANN, M. «An exploration of prenatal attachment in Swedish expectant women». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 17, iss. 4, 1999, pp. 369-380.
- SIMÓ SEVILLA, D. *La medicina moderna de la procreación en el derecho de Familia y en el derecho sucesorio*. Junta de Decanos de los Colegios Notariales. Consejo General del Notariado, Madrid, 1995.
- SIMONSTEIN, F. «Artificial reproduction techniques – all the way to the artificial womb?». *Medicine, Health care and Philosophy*, vol. 9, núm. 3, 2009, pp. 359-365.
- SKOOG SVANBERG, A., SYDSJÖ, G., EKHOLM SELLING, K., LAMPIC, C. «Attitudes towards gamete donation among Swedish gynaecologists and obstetricians». *Human Reproduction*, vol. 23, núm. 4, 2008, pp. 904-911.
- SMITH, M. K., WILLMOTT, L., TROWSE, P., WHITE, B. P. «Back to the future: prohibiting surrogacy for singles, same-sex and shorter-term heterosexual couples in Queensland». *Journal of Law and Medicine*, 20(3), 2013, pp. 638-654.
- SNYDER, S. «United States of America». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 387-395.
- SNYDER, S. H., BYRN, M. P. «The Use of Pre-Birth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings». *Family Law Quarterly*, 35, 2005, pp. 633.
- SODERSTROM-ANTTILA, V., BLOMQUIST, T., FODILA, T., et al. «Experience of in vitro fertilization surrogacy in Finland». *Acta Obstetricia Gynecologica Scandinavica*, 81, 2002, pp. 747-52.
- SOLARI, N. E. «El derecho de las personas del mismo sexo a casarse. Un fallo necesario», *La Ley*, 2009-F, pp. 796.
- SOMERVILLE, M. «Why fertility should not be commercialized; Sale of sperm, ova and embryos, and the hiring of surrogate mothers is a \$3B-a-year industry in the U.S. But it raises huge ethical questions». *Edmonton Journal*, 2007, pp. 15.

- SOMMER, S. *De la cigüeña a la probeta*. Editorial Planeta, Buenos Aires, 1994.
- SOMMER, S. «Mujeres y reproducción: las nuevas tecnologías». *Debate Feminista*, 4: 8, 1993, pp. 76-85.
- SOUTO GALVÁN, B. «Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho». *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292.
- , «Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución». Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante. Disponible en: www.rua.ua.es, 2006, pp. 181-195.
- STILERMAN, M. N. «Maternidad subrogada. Comentario al caso “N.N. o DGMB s/ inscripción de nacimiento”». 28 de agosto de 2013. Cita online: MJ-DOC-6401-AR | MJD6401.
- STORROW, R. F. «Parenthood By Pure Intention: Assisted Reproduction and the Functional Approach to Parentage». *Hastings Law Journal*, 53, 2002, pp. 597-679.
- , «Quests for Conception: Fertility Tourists, Globalization and Feminist Legal Theory». *Hastings Law Journal*, vol. 57, 2006, pp. 295-330.
- TASKER, F., GOLOMBOK, S. «Adults Raised as Children in Lesbian Families». *American Journal Orthopsychiatry*, vol. 65, 1995, pp. 203.
- TEMAN, E. «The Birth of Surrogacy in Israel». *Journal of Middle East Women's Studies*, vol. 2, iss. 3, 2006, pp. 114-115.
- THÉRY, I. «El anonimato en las donaciones de engendramiento: filiación e identidad narrativa infantil en tiempos de descasamiento». *Revista de Antropología Social*, núm. 18, 2009, pp. 21 y ss.
- TOBIÁS, J. W. *Derecho de las Personas*. Buenos Aires, 2009.
- TRABUCCHI, A. «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista». *Rivista di Diritto Civile*, xxxii, núm. 5, 1986, pp. 495-511.
- , «Procreazione artificiale e genetica umana nella prospettiva del giurista». *Rivista di Diritto Civile*, XXXII, Núm. 5, 1986, pp. 495-511.
- TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. «General report on surrogacy». En: TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P. (eds.). *International Surrogacy Arrangements*. Hart Publishing, Reino Unido, 2013, pp. 439-550.
- TROUNSON, A., LEETON, J., BESANKO, M., WOOD, C., CONTI, A. «Pregnancy established in an infertile patient after transfer of a donated embryo fertilised in vitro». *British Medical Journal*, 1983, pp. 835-838.
- TURNER, A., COYLE, A. «What does it mean to be a donor offspring? The identity experiences of adults conceived by donor insemination and the implications for counselling and therapy». *Human Reproduction*, 15, 2000, pp. 2041-2051.
- UTIAN, W. H., SHEEAN, L., GODFARB, J., KIWI, R. «Successful pregnancy after *in vitro* fertilization – embryo transfer from an infertile woman to a surrogate». *New England Journal of Medicine*, núm. 313, 1985, pp. 1351-1352.
- VALERIO, M. «Los especialistas, favorables a la legalización de las “madres de alquiler”». *El mundo*, 07/07/2008. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2008/07/07/mujer/1215451377.html>, consultado el 27/08/2013.

- VAN BALEN, F. «Development of IVF children». *Developmental Review*, 18, 1998, pp. 30-46.
- VAN DEN AKKER, O. B. A. «The importance of a genetic link in mothers commissioning a surrogate baby in the UK». *Human Reproduction*, 15, 2000, pp. 1849-1855.
- , «Genetic and gestational surrogate mothers' experience of surrogacy». *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, vol. 21, núm. 2, 2003, pp. 145-161.
- , «A Longitudinal Pre-Pregnancy to Post-Delivery Comparison of Genetic and Gestational Surrogate and Intended Mothers: Confidence and Genealogy». *Journal of Psychosomatic Obstetrics and Gynecology*, 26, 2005, pp. 277.
- , «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». *Human Reproduction Update*, vol. 13, núm. 1, 2007, pp. 53 y ss.
- VANFRAUSSEN, K., PONJAERT-KRISTOFFERSON, J., BREWAYS, A. «Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination». *American Journal of Orthopsychiatry*, vol. 73, 2003, pp. 78.
- VAN NIEKERK, A., VAN ZYL, L. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». *Journal of Medical Ethics*, núm. 26, 2000, pp. 405.
- , «Commercial surrogacy and the commodification of children: An ethical perspective». *Medicine and Law*, 14 (3/4), 1995, pp. 163-170.
- , «The ethics of surrogacy: women's reproductive labour». *Journal of Medical Ethics*, núm. 21, 1995, pp. 345-349.
- VAQUERO LÓPEZ, C. *Maternidad subrogada, orden público y Ley del Registro Civil*. 27 de abril de 2012. Disponible en: <http://civil.blogs.lexnova.es/2012/04/27/maternidad-subrogada-orden-publico-y-ley-del-registro-civil/>, compulsado el 26/08/2013.
- VELARDE D'AMIL, Y. «Comentario a la sentencia de la Audiencia provincial de Valencia núm. 949/2011: no inscripción en el registro civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución». *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, 3, septiembre de 2012, pp. 61-70.
- VELA SÁNCHEZ, A. J. «El derecho a elegir el sexo de los hijos». *Diario La Ley*, 2007, vol. 1, D-34, pp. 1697 y ss.
- , «La gestación de sustitución o maternidad subrogada: El derecho a recurrir a las madres de alquiler». *Diario La Ley*, núm. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, año XXXII, pp. 1-15.
- , «De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011». *Diario La Ley*, núm. 7815, Sección Doctrina, 9 de marzo de 2012, año XXXIII, pp. 1-12.
- , *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares, Granada, 2012.
- , «La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia». *Diario La Ley*, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-9.
- VÉLEZ CORREA, L. A. *Ética médica*. Corporación para investigaciones biológicas, Colombia, 3.^a ed., 2003.

- VERDERA IZQUIERDO, B. «Anotaciones a la Ley de Reproducción Asistida». *Actualidad Civil*, núm. 10, mayo de 2007, pp. 1117.
- VERDERA SERVER, R. «Artículos 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida». En: COBACHO GÓMEZ J. A. (dir.) y INIESTA DELGADO J. J. (coord.). *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 215 y ss.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. *Las nuevas formas de Reproducción Humana*. Civitas, Madrid, 1988.
- VILA CORO, A. «Madre no hay más que cinco». *El Huffington Post*, 27/10/2012. Disponible en: http://www.huffingtonpost.es/antonio-vila-coro/madre-no-hay-mas-que-cinc_b_1967162.html, compulsado el 26/08/2013.
- , «Argumentario en defensa de la gestación subrogada». Disponible en: <http://sonnuestroshijos.blogspot.com.es/2010/11/argumentario-en-defensa-de-la-gestacion.html>, compulsado el 26/08/2013.
- WAGMAISTER, A. «Maternidad subrogada». *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, 1990, pp. 20.
- WAGMAISTER, A., LEVY, L. «La intención de ser padres y los mejores intereses de los hijos. Trascendencia jurídica». *Jurisprudencia Argentina*, núm. 1, 1995, pp. 440.
- WELTER, B. P. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. Editora Dos Tribunais, São Paulo, 2003.
- WERTHEIMER, A. «Exploitation and commercial surrogacy». *Denver University Law Review*, núm. 74, 1997, pp. 1215-1229.
- WILKINSON, S. «The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy». *Bioethics*, 17, 2003, pp. 169-187.
- ZURITA MARTÍN, I. «Reflexiones en torno a la determinación de la filiación derivada de la utilización de las técnicas de reproducción asistida por una pareja de mujeres». *La Ley*, año XXVII, núm. 6427, 2006, pp. 1475-1479.
- ZANNONI, E. *Inseminación artificial y fecundación extrauterina*. Astrea, Buenos Aires, 1978.
- , «La genética actual y el derecho de familia». Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987. *Revista Tapia*. Número monográfico de Derecho de Familia, núm. 11, 1987, pp. 54.
- , *Derecho civil. Derecho de familia*. Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 533.

La gestación por sustitución es una forma alternativa de acceder a la maternidad o paternidad, en el marco de las técnicas de reproducción humana asistida. Se trata de una opción cada vez más frecuente, pues se estima que en la actualidad nacen unos veinte mil niños cada año como consecuencia de un acuerdo de este tipo.

Esta obra expone la realidad de esta práctica, la gran cantidad de jurisprudencia nacional e internacional existente, las distintas opciones legales que recoge el derecho comparado y los conflictos que pueden suscitarse debido a la falta de regulación. Al mismo tiempo, propone una legislación que permita y regule explícitamente dicha práctica, que concilie los derechos en juego y sea acorde al interés superior del niño nacido bajo esas circunstancias.

El libro analiza en profundidad la gestación por sustitución, sus orígenes, modalidades y tendencias, haciendo especial hincapié en los distintos tipos de familia que genera y en los importantes cambios que comporta en materia de filiación.



B Universitat de Barcelona

Publicacions i Edicions