

CAPÍTULO NOVENO

ESTADOS CUYA LEGISLACIÓN GUARDA SILENCIO ACERCA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Federico Pablo NOTRICA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Estados latinoamericanos*. III. *Algunos estados de los Estados Unidos de América*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una práctica que se ha desarrollado vigorosamente en todo el mundo, con distintas conceptualizaciones, modalidades, matices y regulaciones. El derecho comparado muestra esa diversidad: en algunos casos se ha prohibido dicho procedimiento; en otros se le ha admitido, regulándolo de manera favorable, aunque con diferentes alcances, sobre todo con respecto a la posibilidad de que tenga carácter oneroso o únicamente altruista.

Asimismo, en algunos otros Estados, la legislación guarda silencio acerca de la gestación por sustitución. Pero, aun sin ley, los tribunales tuvieron o pueden empezar a dar respuestas a la gestación por sustitución como parte de las actividades que, en materia reproductiva, actualmente llevan a cabo algunos integrantes de la población que buscan alternativas para poder procrear. De este modo, a través de la jurisprudencia se ha comenzado o es posible que se comience a hacer camino frente a una realidad en constante evolución. En este capítulo se presentará un panorama de la gestación por sustitución en Estados que se ubican en este último grupo. Se abordará la situación en algunos países latinoamericanos y, posteriormente, en algunos estados de los Estados Unidos de América. La selección efectuada tiene un carácter ejemplificativo —no exhaustivo— y debe tomarse en consideración la posibilidad de que algún país cuya ley hoy no cuenta con disposiciones específicas para la gestación por sustitución, en un futuro más o menos cercano, decida legislar al respecto.

II. ESTADOS LATINOAMERICANOS

En esta sección se estudiará la situación de la gestación por sustitución en varios países latinoamericanos. Se trata de los siguientes: Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú.

1. *Argentina*

En Argentina hubo un intento de regulación de la gestación por sustitución al momento de elaborarse el proyecto de reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial, redactado en 2012 y sancionado, finalmente, sin el artículo que prescribía esta figura, en 2014, y que entró en vigor a partir del 1o. de agosto de 2015.¹

Dicha norma proyectada decía lo 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 veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un 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

¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, *Boletín Oficial de la República Argentina*, núm. 32985, 8 de octubre de 2014, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

² Este artículo fue incluido en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación Unificado en su artículo 562, pero finalmente fue suprimido en la versión

Como se adelantó, el dictamen de la Comisión Bicameral Parlamentaria³ quitó esta norma del texto definitivo del Código y, para ello, se sostuvo lo siguiente:

Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 563 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 562 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 563. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más veces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma.⁴

Sin perjuicio de lo anterior, existen actualmente seis proyectos presentados ante la Cámara de Diputados⁵ y uno más se encuentra en la de Sena-

definitiva para su aprobación. Véase el Anteproyecto en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>.

³ Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, “Dictamen de Comisión”, 2013, disponible en: <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf>.

⁴ *Idem*.

⁵ Proyecto de Ley de regulación de la técnica de gestación solidaria (régimen), Expediente núm. 5700-D-2016, disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Gestación por sustitución” (régimen), Expediente núm. 5759-D-2016, disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5759-D-2016&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Código Civil y Comercial de la Nación” (modificación), sobre filiación y voluntad procreacional, Expediente núm. 3202-D-2017, disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Gestación por sustitución” (régimen), modificación del Código Penal y de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Expediente núm. 3765-D-2017, disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción médicamente asistida” (régimen), modificación de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y del Código Civil y Comercial de la Nación, Expediente núm.

dores.⁶ Todos ellos proponen una regulación favorable de la gestación por sustitución: algunos lo hacen mediante una propuesta de modificación al Código Civil y Comercial, y otros lo realizan a través de una ley especial, con pequeñas diferencias en la conceptualización y los requisitos.

Ahora bien, la diferencia sustancial entre ellos reside en si se requiere o no una intervención judicial. Esto se traduce en que algunos de los proyectos estipulan, al igual que la norma proyectada, una autorización judicial previa, mientras que otros lo dejan al libre acuerdo entre las partes interesadas.

Por otro lado, ningún proyecto cataloga de onerosa a la gestación por sustitución, sino que algunos se refieren a que debe ser altruista —independientemente de poder otorgarle a la gestante una “compensación razonable”—, y otros no le dan dicho carácter, pero sí penalizan cuando existe entre las partes intermediación con ánimo lucrativo.

Dicho todo esto, es menester poner de manifiesto la norma que sí se encuentra vigente en el derecho argentino y que, como regla, determina la maternidad en casos de TRHA.

El artículo 562 de la normativa establece:

Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida *son hijos de quien dio a luz* y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.⁷

En este sentido, la justicia pronunció —hasta diciembre de 2018— veintinueve sentencias, todas a favor de procedimientos de gestación por sustitución;⁸ por otro lado, existen tres casos más que, si bien tuvieron el mismo

5141-D-2017, disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Código Civil y Comercial de la Nación” (modificación), incorporación de la gestación por sustitución, Expediente núm. 0084-D-2018, inédito.

⁶ Proyecto de Ley, Expediente núm. S-825-2018, disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>.

⁷ Las cursivas le pertenecen al autor.

⁸ Para conocer todos estos casos, véanse: 1) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B. M. A. c/ F. C., C. R.”, 14 de abril de 2010, *La Ley online*: AR/JUR/75333/2010, y Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ordinario”, 19 de noviembre de 2013, *Microjuris online*: MJ-JU-M-83567-AR|MJJ83567, que modifica de acuerdo con el pronunciamiento de la Cámara mencionada; 2) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 86, “N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento”, 18 de junio de 2013, *Microjuris online*: MJ-DOC-6401-AR|MJD6401; 3) Tribunal de Familia núm. 7 de Rosario, “F. M. L. y otra s/autorización judicial”, 2 de diciembre de 2014, *Abeledo-Perrot on-*

resultado en la instancia de origen, se encuentran a la espera de resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por distintas apela-

line: AR/JUR/90178/2014; 4) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 102, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, 18 de mayo de 2015, *Abeledo-Perrot online*: AR/JUR/12711/2015; 5) Juzgado Civil núm. 83, “NN O, s/inscripción de nacimiento”, 30 de junio de 2015, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-NAC.-CIVIL-83.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>; 6) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “A. V. O., A. C. G. y J. J. F.”, 29 de julio de 2015, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MEN DOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>; 7) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “C. M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento”, Expediente núm. 796/2015, 15 de diciembre de 2015, disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>; 8) Juzgado de Familia núm. 9 de San Carlos de Bariloche, “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178-14”, 29 de diciembre de 2015, *Infojus*: NV13851, disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrión-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpsedadevon>; 9) Juzgado Familia núm. 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro/a s/medidas precautorias (art. 232 del CPCC)”, 30 de diciembre de 2015, *Microjuris online*: MJ-JU-M-97208-AR; 10) Tribunal Colegiado de Familia núm. 5 de Rosario, “S. G. G. y otros s/filiación”, 27 de mayo de 2016, disponible en: <http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-gestacion-por-sustitucion/>; 11) Juzgado Nacional Civil núm. 7, “A. R., C. y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación”, 23 de mayo de 2016, inédito; 12) Juzgado Unipersonal de Familia núm. 2 de Moreno, “S. P., B. B. c/ S. P., R. F. s/materia a categorizar”, 4 de julio de 2016, inédito; 13) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 8, “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”, 20 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>; 14) Juzgado de Familia núm. 3 de Gral. San Martín, “M., I. M. y otro s/autorización judicial”, 22 de agosto de 2016, inédito; 15) Juzgado de Familia núm. 12 de Lomas de Zamora, “G. M., C y otro c/ W. B., A. V. s/rectificación de partida”, 3 de octubre de 2016, inédito; 16) Juzgado de Familia núm. 7 de Lomas de Zamora, “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”, 30 de noviembre de 2016, inédito; 17) Juzgado de Familia núm. 5 de Viedma, “Reservado s/autorización judicial (f)”, 7 de julio de 2017, inédito; 18) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas”, 6 de septiembre de 2017, inédito; 19) Juzgado de Familia núm. 3 de Córdoba, 22 de noviembre de 2017, *Id SAJ*: FA17160015; 20) Tribunal Colegiado núm. 7 de Rosario, “H., M. E. y otros s/venias y dispensas”, 5 de diciembre de 2017, inédito; 21) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas”, 15 de febrero de 2018, inédito; 22) Juzgado de Familia núm. 6 de San Isidro, “S., M. J. y otro s/autorización judicial”, 2 de marzo de 2018, inédito; 23) Juzgado de Familia y Menores núm. 2 de la Segunda Circunscripción de San Luis, “V., L. J. y otros s/autorización judicial (familia)”, 5 de marzo de 2018, inédito; 24) Juzgado de Familia de Maipú, Mendoza, “A. G., O. C. E. y A. M. D. p/autorización”, 4 de abril de 2018, inédito; 25) Juzgado de Familia de Córdoba, “A., P. A. y otro – medidas urgentes”, 21 de mayo de 2018, inédito; 26) Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2a. Nominación de la ciudad de Villa María, Córdoba, 8 de junio de 2018, inédito; 27) Juzgado de Familia de 1a. Nominación de Córdoba, 6 de agosto de 2018, *Abeledo-Perrot online*: AR/JUR/39379/2018; 28) Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I de San Miguel de Tucumán “P. A. M. y otro s/autorización judicial”, 26 de septiembre de 2018, inédito, y 29) Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de 3a. Nominación de Bell Ville (Córdoba), “D., R. d. V. y otros – solicita homologación”, Expediente núm. 6554133, 6 de diciembre de 2018, *eDial*: AAAF41.

ciones que se han suscitado en aquéllos en particular, en los que la Cámara de Apelaciones entendió en dos casos que la persona que dio o daría a luz sería el/la progenitor/a del niño o niña que nació o nacería, y en el otro asunto siguió la línea de la solución adoptada en la instancia de origen.⁹

Cabe destacar que, en muchos de los casos, la justicia ha declarado como inconstitucional y anticonvencional el referido artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, resulta interesante observar que, al no existir legislación sobre la gestación por sustitución, las partes —junto con sus letrados— han intentado diferentes vías y estrategias. Unos se han presentado luego del nacimiento del niño; otros, durante el embarazo, y la mayoría, de manera previa a la transferencia del embrión al cuerpo de la persona gestante.

En los dos primeros grupos se vislumbran diferentes opciones: acciones de impugnación de la maternidad de la mujer que dio a luz, la interposición de una medida autosatisfactiva, acción declarativa de certeza en la que se determine que el niño nacido es hijo de los comitentes y no de la gestante, o bien impedir la inscripción de quien nace hasta que la jurisdicción determine la filiación.

Por último, antes de la implantación del embrión en la gestante, se observa la autorización judicial previa o el pedido de homologación de acuerdo celebrado entre gestante y comitentes.

Respecto de los casos suscitados por argentinos en el extranjero, es decir, familias o personas sin pareja que llevaron a cabo procesos de gestación por sustitución en Estados en donde está regulada dicha práctica, con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones de derecho internacional privado se encuentra el artículo 2634, que señala:

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

⁹ Éstos son los tres casos: 1) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, 30 de junio de 2016, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 24 de octubre de 2016, que revoca la sentencia anterior, inédito; 2) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 20 de octubre de 2017, inédito, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 15 de marzo de 2018, que confirma la sentencia anterior, inédito, y 3) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 81, “S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”, 14 de junio de 2017, inédito, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 30 de octubre de 2018, que la revoca, inédito.

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

Al establecer la norma el reconocimiento de todo emplazamiento filial de acuerdo con el derecho extranjero, la filiación otorgada consecuente del empleo de la gestación por sustitución también es aceptada y reconocida en territorio argentino. Pero al no encontrar una respuesta definitiva sobre este punto, dado que la figura de la gestación por sustitución —como ya se dijo— fue suprimida del ordenamiento jurídico interno, frente a varios casos que se suscitaron en distintos consulados argentinos en el mundo, se solicitó una opinión a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Ésta estableció en su dictamen lo siguiente:

A criterio de esta Dirección de Asistencia Jurídica, resultaría —de la norma mencionada— la obligatoriedad de reconocer toda filiación constituida de acuerdo al derecho extranjero, en beneficio del interés superior del niño, incluso aquellas filiaciones surgidas de una maternidad subrogada. Ello así, independientemente de que el contrato de maternidad subrogada se encuentre o no regulado por nuestro régimen legal.¹⁰

En definitiva, si un niño o una niña nace en el extranjero, los progenitores argentinos ya no tienen vallas para inscribirlos, al contrario de los que efectúan la práctica en el territorio argentino, que aún no cuentan con una ley que proteja a todos los derechos de los intervinientes. En el “mientras tanto”, la jurisprudencia va ayudando a llenar el vacío legal dejado.

2. *Brasil*

A través de su jurisprudencia, Brasil dio a conocer en 2012 el primer caso en el cual una niña fue inscrita como hija de dos padres —requirentes—, siendo gestada por la prima de uno de ellos, quien actuó de manera altruista y a la que se le transfirió un embrión con el óvulo de una donante

¹⁰ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, Dictamen 15573/15, 14 de diciembre de 2015.

y el espermatozoide de uno de los progenitores. El juez de la ciudad de Recife autorizó la inscripción de la niña como hija de los requirentes.¹¹

Si bien no tiene una ley específica que regule la gestación por sustitución, en 2015, mediante la Resolución 2121 del Consejo Federal de Medicina,¹² se determinó que la gestación por sustitución sólo podrá llevarse a cabo cuando exista un problema médico por parte de la peticionante que le impida o contraindique que sea ella quien lleve adelante la gestación. Asimismo, se estableció la aplicación para uniones homoafectivas. Por otro lado, se señaló la gratuidad con que debe efectuarse dicha técnica y que la gestante deberá ser pariente, hasta el cuarto grado inclusive, de alguno de los requirentes. Finalmente, se estipuló que las partes no pueden superar los cincuenta años.¹³

El problema que reside en esta situación es que la referida resolución es precisamente una resolución, por lo que no tiene fuerza de ley y el incumplimiento por los médicos genera únicamente sanciones administrativas.

Por último, cabe señalar que no existe norma alguna que determine qué sucede en los casos en que ciudadanos brasileños efectúen un procedimiento de gestación por sustitución en el extranjero, con lo cual el silencio legal abunda en este país.

3. Colombia

El Estado colombiano no cuenta con normas que regulen los procedimientos de gestación por sustitución, y el silencio se extiende también respecto de los procedimientos efectuados en el extranjero por nacionales colombianos, pero sí han tenido un caso en el que la justicia ha autorizado la práctica.

En primer lugar, cabe señalar que el artículo 42-6 de la Constitución colombiana prevé que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, razón por la cual se puede deducir que los procedimientos de TRHA se encuentran permitidos en dicho Estado.

¹¹ Caso por “processo de indicação de paternidade”, Requirentes: “M. A. A. y W. A. A.”, 28 de febrero de 2012, Juízo de Direito da 1a. Vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife.

¹² Conselho Federal de Medicina (Brasil), Resolução CFM no. 2.121, 16 de julio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1NW9tTQ>.

¹³ Para comprender con mayor exactitud lo establecido en la Resolución 2121/2015, véase Da Silva Gallo, José Hiran y Lettieri Gracindo, Giselle Crosara, “Reprodução assistida, direito de todos. E o registro do filho, como proceder?”, *Revista Bioética*, Brasília, vol. 24, núm. 2, 2016, pp. 250-259, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242125>.

Sin embargo, en el Código Civil, el artículo 335 establece que “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”, cuestión esta que determina que madre es quien da a luz, no pudiendo separar la maternidad de la gestación; es decir, la norma no deja margen para poder establecer que quien gesta puede no ser la madre de quien nace. Ahora bien, podría la justicia determinar que, en los casos de gestación por sustitución, esta norma sería inconstitucional.

En el caso suscitado en el país analizado,¹⁴ en 2009 la Corte Constitucional refiere que la gestación por sustitución es “el 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 a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. En este caso la madre sustituta no aporta sus óvulos”. Todo es analizado desde el punto de vista de la teoría de los contratos, porque ésta es la naturaleza jurídica que la Corte le otorga a la gestación por sustitución.

Además, la Corte Constitucional establece la necesidad de regular la práctica, teniendo en consideración determinados presupuestos que deben estar presentes al momento de la realización del contrato. Entre estos requisitos aparecen los siguientes:

- 1) Que la mujer contratante tenga problemas fisiológicos para concebir.
- 2) Que los gametos que se requirieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- 3) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- 4) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos, como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etcétera.
- 5) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- 6) Que se preserve la identidad de las partes.
- 7) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- 8) Que los padres biológicos no podrán rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/2009, T-2220700, 18 de diciembre de 2009, inédita.

- 9) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- 10) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

Dicho esto, y luego de varios años, se presentó en 2016 un proyecto de ley, que aún se encuentra vigente, para prohibir los procedimientos de gestación por sustitución,¹⁵ ya que, según sus autores, ésta es una práctica que se encuentra dentro de la categoría de trata de personas y explotación de las mujeres con fines reproductivos, y enumeran los derechos humanos violados, tanto a la gestante como a los niños nacidos producto de ella.

Al respecto, en los fundamentos del proyecto se expresa que

...la maternidad subrogada con fines lucrativos es una explotación al cuerpo de la mujer y de los menores, pues la misma constituye una objetivación del cuerpo de las mujeres convirtiéndolas en máquinas para hacer bebés que se arriendan y se explotan con el fin de satisfacer a terceros y de otra parte convierte a los niños en mercancía que se encarga, se compra, se vende y se devuelven o se cambian si no satisfacen al cliente.¹⁶

Se agrega además que se llegó a un consenso

...sobre la necesidad de prohibir la mediación económica en la práctica de la maternidad subrogada, pero se debatió sobre cuál debería ser la regulación para los casos de infertilidad o esterilidad en el país. Asimismo, si prohibir esta práctica vulneraría la libertad de la mujer de decidir sobre su cuerpo... Luego de considerar y estudiar los diferentes argumentos, se ha concluido que la mejor manera de impedir el tráfico de menores y la explotación a las mujeres de nuestro país, es adoptar una política de PROHIBICIÓN ABSOLUTA frente a esta práctica.¹⁷

En virtud de lo expuesto, una parte de la doctrina ha puesto en tela de juicio el proyecto, ya que deja muchos vacíos, máxime teniendo en cuenta lo dicho por el máximo tribunal nacional al respecto.

Sentado ello, la doctrina se ha preguntado:

Aunque en el proyecto de ley se hace una clara referencia de que se debe de prohibir la maternidad subrogada al ser una forma de trata de personas, esto

¹⁵ Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, Proyecto de Ley 202 de 2016, 9 de marzo de 2016.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

por la explotación del cuerpo de la madre sustituta de manera lucrativa, surgen las siguientes interrogantes[:] ¿se está buscando prohibir la maternidad subrogada en general o sólo aquella con fines económicos? ¿Qué pasa con la maternidad subrogada altruista? ¿También se consideraría trata de personas la maternidad subrogada altruista?¹⁸

Finalmente, la Procuraduría General de la Nación fue consultada acerca de la gestación por sustitución en los siguientes términos:

La maternidad subrogada es un tema que actualmente tiene gran controversia en nuestro País al ser un procedimiento que se lleva a la práctica sin tener una regulación legal. Referente al tema sólo existe la sentencia T-968709, la cual expone que aunque la maternidad subrogada en Colombia no está regulada, tampoco está prohibida expresamente. Por lo anteriormente expuesto, elevamos consulta ante ustedes Procuraduría General de la Nación con el objeto de que se nos exponga de manera clara si el procedimiento de la maternidad subrogada en nuestra legislación se considera permitida y es completamente legal y bajo qué instrumentos nos podemos guiar los Colombianos al momento que decidamos someternos a este procedimiento para que nuestros derechos fundamentales no sean vulnerados —tanto los padres contratantes, como la madre que alquila su vientre y el bebé objeto del contrato—. En caso de que ustedes Procuraduría General de la Nación consideren que la práctica de la maternidad subrogada no está permitida en Colombia, solicitamos se nos exponga de manera clara las razones por las cuales lo consideran así. Fundamentamos la anterior petición en el artículo 23 de la CN y en la ley 1755/2015, petición ésta que aún no fue respondida.¹⁹

Cabe resaltar que este proyecto de ley, último intento para una regulación, fue archivado por el vencimiento del plazo para su tratamiento el 21 de junio de 2016; pero, posteriormente, el 26 de julio de ese mismo año fue presentado de nuevo con los mismos argumentos. Éste fue avanzando de acuerdo con distintos debates; no obstante, al final fue archivado el 29 de agosto de 2017.

Existió otro proyecto de ley, muy distinto al anterior, bajo el núm. 056 de 2016, en el que se buscaba regular la gestación por sustitución, pero se archivó el 20 de junio de 2017. Los principales fundamentos que, en el mar-

¹⁸ Cadavid Pulgarin, Karla Mariana y Barrera Correa, Amalia, “Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema”, Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad CES, 2017, p. 22, disponible en: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

co de dicho proyecto, sustentaban la permisión de la gestación por sustitución radicaban en:

1) el uso solidario de vientre sólo podrá usarse a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad o cuando haya sido histerectomizada. 2) Para el uso solidario de vientre debe existir entre la Madre Gestante Sustituta y la Madre Gestante Sustituida un convenio por escrito, mediante el cual la primera se obliga a practicarse con anterioridad al tratamiento los exámenes necesarios para establecer qué enfermedad padece para la prevención del contagio de cualquier virus al futuro niño; 3) someterse a los cuidados médicos indicados por la institución inseminadora; y a cuidarse y alimentarse durante el desarrollo del embarazo. Y que la pareja o madre gestante sustituida deberá asumir los gastos generados por inseminación y gestación. 4) Que en la práctica del uso solidario de vientre está prohibido el carácter lucrativo o comercial. 5) El acuerdo sobre el uso solidario de vientre deberá expresar en forma consciente y libre por parte de la madre gestante sustituida, la aceptación del hijo por nacer como legítimo, y por parte de la madre sustituta la renuncia al mismo y a cualquier clase de impugnación de la maternidad. Adicionalmente, dicho acuerdo deberá contar con un análisis psicológico previo. 6) El uso solidario de vientre sólo podrá ser realizado por mujeres plenamente capaces, siendo solteras, viudas, separadas legalmente de cuerpos, casadas o en unión marital de hecho con el consentimiento de su cónyuge o compañero permanente, que gocen de buena salud y previo estudio del grupo interdisciplinario de la institución inseminadora.²⁰

4. Chile

En el caso de Chile, no existe una ley que regule en forma integral las TRHA, pero cuenta con un solo artículo en el que se refiere al tema, aunque no aborda específicamente la gestación por sustitución.

El artículo 182 del Código Civil señala que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de TRHA son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, agregando en su inciso 2o. que no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente ni reclamarse una distinta.

Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y la mujer que han consentido en la aplicación de la TRHA no

²⁰ Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, Proyecto de Ley 056 de 2016, 27 de julio de 2016, disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/petitorio-legislativo-2014-2018/2016-2017/article/241-por-medio-de-la-cual-se-prohibe-la-maternidad-subrogada-con-fines-de-lucro-en-colombia-y-se-reglamenta-su-practica>.

podrán impugnar su paternidad o su maternidad bajo el pretexto de no ser los padres biológicos.

Sin embargo, si se analizan los fundamentos de la ley, quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas TRHA, proyecto que no fue sancionado.

En conclusión, la norma mencionada no tiene como fin otorgar validez a las TRHA en cualquier persona o pareja, sino que sólo regula la determinación de la filiación de los niños nacidos en el marco de un procedimiento de fertilidad con gametos donados, y, en estos casos, queda claro que quien actúa en carácter de donante —sea de óvulo o de esperma— no cuenta con una acción para reclamar el vínculo filial con el/la niño/a que nació producto de ella.

Sentada la cuestión normativa, se planteó un caso²¹ en la justicia del país andino, en el que una pareja de personas de diferente sexo había sufrido la pérdida de un embarazo a las veinticuatro semanas de gestación y, posteriormente, una muerte fetal, seguida de una histerectomía que le fue practicada a la señora de la pareja, producto de la cual perdió la capacidad de gestar a los veintiséis años.

Dos años después, ante la imposibilidad de quedar embarazada, la pareja decide concretar su proyecto parental a través de un procedimiento de gestación por sustitución, específicamente mediante la transferencia del embrión conformado con el material genético propio al útero de la madre de ella, quien aceptó actuar como gestante.

Así las cosas, el 27 de noviembre de 2016 nacieron dos niñas, cuya filiación quedó, en principio, determinada por las reglas de la filiación biológica, es decir, aplicando la regla *mater semper certa est*, y del señor miembro de la pareja, quien las reconoció. En los hechos, las niñas, desde el nacimiento, han vivido con la pareja, siendo conocidas socialmente como sus hijas.

En este marco, la señora de la pareja inició una acción de impugnación y reclamación de maternidad de ambas niñas. Por ello, comparecieron al proceso quienes aparecían inscriptos como progenitores de las niñas, manifestando que no se oponían a la acción instaurada.

La jueza interviniente, efectuando un análisis normativo desde una visión constitucional y convencional, se apoyó en dos argumentos: por un lado, en el derecho a procrear y, por el otro, en el derecho a la identidad.

En este sentido, respecto del primero, la jueza sostuvo lo siguiente:

²¹ Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-7246-2017, 8 de enero de 2018, inédito.

Con respecto al derecho a procrear, que fue la facultad que ejerció la demandante, para algunos autores sería una manifestación del derecho a formar una familia, porque la descendencia sería un elemento de la esencia de la misma. Nuestra Constitución no reconoce expresamente este último derecho, sin embargo, varios documentos internacionales sí lo hacen... También hay quienes sostienen que existe el derecho a procrear en nuestro ordenamiento jurídico, el que emanaría del derecho a la vida [,] el cual incluiría el derecho a dar vida. Suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, este correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistida, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida su incapacidad biológica de ser madre, y su voluntad de serlo.²²

En cuanto al segundo derecho implicado, la jueza dijo esto:

El otro derecho que está en juego en esta acción es el derecho a la identidad de las niñas... En esta causa han quedado acreditados una serie de hechos que conforman este derecho a la identidad en las dos fases, de las niñas, en una situación que combina tanto la verdad biológica-genética como social: las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante: el informe genético fue contundente al establecer la maternidad genética acreditada con respecto a la actora, y exclusión de maternidad con respecto a la demandada; las niñas siempre han vivido con la demandante y es esta quien asume todos sus cuidados y crianza en conjunto con el padre de estas, y además socialmente son reconocidas como hijas de ella, es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de este vínculo, que no es más que un vínculo de filiación.²³

Luego del análisis de los derechos en juego, la jueza analizó la figura de la gestación por sustitución desde lo dicho por la doctrina y contraponiéndolo con la cuestión fáctica del caso a decidir.

Al respecto, se sostuvo lo siguiente:

Hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo... hay otros que se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de en-

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

gendar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada... Un tercer criterio es el genético, el cual constituye una alternativa para determinar la maternidad del hijo nacido mediante un contrato de maternidad gestacional subrogada, los autores que defienden esta tesis sostienen que el artículo 182 del Código Civil constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal “someterse” que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos, esta última hipótesis ya fue descartada al referirnos a la historia de dicha norma, y al considerar que tampoco procede una interpretación evolutiva, ya que el legislador expresamente en actas señaló que no abordaría dicho supuesto. Con respecto al primer criterio, es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación... pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente.²⁴

Asimismo, el fallo afirmó:

Por último, es importante señalar que algunos autores han sostenido que el pacto de maternidad gestacional subrogada sería nulo, atendida la ilicitud del objeto, al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio... Sin embargo, estos argumentos[,] considera este tribunal, sólo tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos —como este caso— ya no se estaría transformando en “objetos de comercio” el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas.²⁵

Para resolver favorablemente, se tuvo en cuenta el interés de las niñas nacidas desde el principio del “superior interés del niño” y el derecho que les asiste a crecer y desarrollarse en el seno de su familia. Por ello, se dijo lo siguiente:

El interés superior de las niñas M. J. y M. I. debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de las niñas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad —dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante— se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte,

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.²⁶

Por tal motivo, se resolvió acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad interpuestas y, en consecuencia, declarar a las niñas como hijas de la señora de la pareja y desplazar a la gestante, quien —en la realidad— es la abuela de las niñas.

En este sentido, dable es señalar que encarar un proceso judicial de gestación por sustitución a través de una acción de impugnación de maternidad genera efectos negativos. Por un lado, existe una violación del derecho legal de la filiación y de la identidad, en cuanto el documento nacional de identidad y la partida de nacimiento del niño nacido no se corresponden con su realidad familiar, sino que aparece inscripto como hijo de alguien que efectivamente no es su progenitora, sino que sólo actuó como gestante. Esto vulnera el vínculo filial y se pierde la celeridad en su determinación. Por otro lado, no se permite determinar la filiación respecto de la requirente, sino hasta después de que la sentencia así lo reconoce, y esto genera que, mientras dure el proceso —que podría llevar largos meses o años—, el vínculo sea falso. En conclusión, bajo ningún punto de vista, resulta eficaz y protectorio de los involucrados este tipo de proceso judicial.

5. Perú

En el caso de Perú, que tampoco cuenta con una ley que regule la gestación por sustitución practicada dentro de su territorio ni sobre el reconocimiento de las hechas en el extranjero, se han suscitado dos casos en los cuales la justicia ha dado respuesta favorable a este procedimiento especial de TRHA.

Cabe destacar, en primer lugar, que el artículo 7o. de la LGS establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

²⁶ *Idem.*

Ahora bien, en el caso resuelto el 6 de enero de 2009,²⁷ la señora X y el señor Y, unidos en matrimonio, deseaban tener hijos; sin embargo, debido a que ella padecía una insuficiencia renal grave e hipertensión arterial, un embarazo pondría en riesgo su vida. Por tal motivo, ellos decidieron recurrir a las técnicas de fecundación *in vitro*, para lo cual utilizaron su propio material genético y contaron con el apoyo de la madre de la señora X (la señora A), quien decidió llevar adelante la gestación de su nieta.

Al nacer la niña D, fue inscrita en la clínica como hija de la señora A y su yerno, el señor Y, padre de la pequeña. Debido a ello, la señora X interpuso una acción de impugnación de la maternidad para que se le reconociera el carácter de madre legal de la niña.

La jueza reconoció la legitimación de la señora X para accionar y ordenó, a fin de determinar “con certeza” la maternidad de la niña, una prueba de ADN, dando resultado positivo a su favor. Entonces, ante los resultados, se estimó que como no existía una prohibición respecto de la gestación por sustitución en la legislación peruana, pero tampoco una regulación expresa, debía recurrirse al principio de reserva y, con mayor razón, cuando, además, la gestación asumida por la madre de la accionante había sido un acto altruista y amoroso. Por ello, cabía definir la filiación biológica a favor de la señora X, dando lugar a la acción.

Por otra parte, el 21 de febrero de 2017, la Corte Superior de Justicia de Lima tuvo que resolver un caso²⁸ cuya plataforma fáctica era la siguiente. El 21 de enero de 2015, el señor N y la señora B contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada la señora B, decidieron recurrir a la gestación por sustitución.

Para ello, se procedió a la fecundación *in vitro*, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los miembros del matrimonio L-R se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la señora R, suscribiendo los cuatro un acuerdo privado.

El 19 de noviembre de 2015 nacieron los dos niños, quienes fueron inscritos como hijos de la señora R (por ser ella quien los alumbró) y del señor N, dado que se aceptó la declaración de la señora R en el sentido de que el padre no era el señor L, su esposo.

²⁷ Juzgado Especializado de Familia núm. 15, “C. M. S. A. v. L. A. U. O. y otro s/impugnación de maternidad”, 6 de enero de 2009, inédito.

²⁸ Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, 21 de febrero de 2017, inédito. La Resolución fue confirmada en cuanto al fondo por la Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Civil, Resolución núm. 3 (Ref. Expte. Sala núm. 01071-2017-0), 28 de junio de 2017, inédito.

Posteriormente, se iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, los cuales fueron denegados. En virtud de ello, los señores N-B, los señores L-R y los niños solicitaron ante la justicia que fuera reconocida la filiación de los primeros respecto de estos últimos.

Los principales argumentos de la sentencia recaen en que, por un lado, no existen razones para que el Estado, actuando a través de este juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, y aún más si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores. Asimismo, establece, ante la defensa por parte de la demandada, que la gestación por sustitución estaría prohibida por el artículo 7o. ya mencionado, que bajo ningún punto de vista puede realizarse una interpretación *a contrario sensu* del texto citado para concluir que dicha norma proscribe el uso de la gestación por sustitución, sino que lo único que puede afirmarse es que lo que regula es que la madre gestante comparta carga genética con su bebé. Igualmente, agrega que existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el mencionado artículo tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

Bajo esta premisa, considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva, siendo que el artículo 7o. de la LGS ni ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional imponen limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en los que se aplican las TRHA. Se aseveró que el juzgado debe reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas mientras no exista una clara y expresa prohibición de celebrar acuerdos de gestación por sustitución o de aplicar las TRHA a supuestos distintos a los previstos en la normativa, entendiéndose que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros derechos vinculados.

Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la señora B, desde un inicio, tuvo voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la gestante, que tuvo la voluntad de entregar a los niños a la señora B.

También se aprecia en autos que, al momento de dictar la decisión, la señora B tenía a los niños bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre —lo que no ocurre con la señora R— le otorga una mejor posición para ser considerada como su madre. Y es que este juzgado no sólo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa —los esposos que querían ser padres y no podían, y los esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros—, sino también el interés superior de los niños.

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o duda sobre la posición que ocupan la señora B y su esposo frente a los nacidos, por lo

que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos.

En virtud de ello, los miembros de la Corte resolvieron declarar nulas las resoluciones registrales y anular las actas de nacimiento de ambos niños, y ordenar al Registro Civil que emita nuevas partidas de nacimiento donde consten los apellidos materno y paterno (N-B) de quienes tuvieron la voluntad procreacional.

III. ALGUNOS ESTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dadas las peculiaridades del sistema federal estadounidense, cada uno de los estados que integran los Estados Unidos de América tiene regulaciones específicas para diversas cuestiones, entre las cuales aparece la gestación por sustitución. Frente a esta situación, hay variopintas permisiones y restricciones²⁹ dependiendo de cada legislación local, al igual que existen otros estados que hasta ahora han elegido el silencio legal.

La mayoría de los estados de este país guarda silencio frente a los procedimientos de gestación por sustitución. Esta categoría incluye estados que no tienen legislación específica sobre gestación por sustitución,³⁰ pero que, sin embargo, merecen que acerca de ellos se hagan algunas consideraciones.

En primer lugar, en el estado de Maryland, a pesar de la preocupación del tribunal porque los niños nacidos no tengan vínculo materno, se resolvió —apoyándose en la Equal Rights Amendment—³¹ que la mujer que dio a luz no sea considerada su madre.³²

Así fue como, el 18 de diciembre de 2000, el señor Rob. inició un procedimiento de gestación por sustitución, en el que se realizó la transferencia de dos embriones, los cuales fueron creados con material genético del nombrado y de una donante de óvulos, a una mujer gestante. Tras el nacimiento de los niños, el hospital presentó Información de parto a la División de Registros Vitales de Maryland para que emitiera los certificados de nacimiento.

²⁹ Véanse la sección VI del capítulo sexto de este libro, el apartado 3 de la sección III del capítulo séptimo y la sección VIII del capítulo octavo.

³⁰ Por ejemplo, tenemos a Alaska, Alabama, Colorado, Delaware, Idaho, Georgia, Kansas, Kentucky, Minnesota, Maine, Montana, Mississippi, Missouri, Oregon, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Wisconsin, Wyoming.

³¹ Equal Rights Amendment, 1923, disponible en: <https://www.equalrightsamendment.org/>.

³² *Roberto d. B.*, 923 A.2d 115, 124-25 (Md. 2007), disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1287425.html>.

En estos casos, para que la gestante no figure inscrita como madre, el Registro requiere de una orden judicial. A falta de una, se negó a conceder la solicitud del señor Rob. sobre la omisión de la gestante de los certificados de nacimiento. En consecuencia, el señor Rob. solicitó al Tribunal de Circuito del Condado de Montgomery para que retiraran el nombre de la gestante de los certificados y para que el tribunal autorizara al Registro a expedirla sólo a su nombre, cuestión que también fue peticionada por la mujer gestante.

En primer lugar, fue denegada con base en el mejor interés del niño, traducido éste en el beneficio de tener una madre. Esta sentencia fue apelada y revocada por el Tribunal de Apelaciones de Maryland.

Al respecto, en el fallo se sostuvo que las portadoras gestacionales no necesitan ser listadas como madres en el certificado de nacimiento de los niños y se manifestó que la ley de Maryland puede acomodar un certificado de nacimiento si el niño inscripto no se identifica con la madre. Por último, se estipuló que el “parentesco” de la Sección 4-211 no establece limitaciones en cuanto a qué padre o cuántos padres deben figurar en el acta de nacimiento.

Por su parte, en Wisconsin³³ se establece que un niño que nace tendrá su filiación determinada con quien lo da a luz, excepto que un tribunal establezca otra cosa, es decir, que a través de una decisión judicial podría establecerse vínculos filiales con los progenitores de intención.

En este camino, la Corte Suprema del estado resolvió un caso el 11 de julio de 2013,³⁴ en el que dos matrimonios de personas de distinto sexo acuerdan llevar adelante un procedimiento de gestación por sustitución.

En los hechos, las dos mujeres mantenían una relación de amistad desde la infancia, y una de ellas, luego de sobreponerse a dos etapas de leucemia, había quedado sin posibilidad de llevar un embarazo a término ni poder utilizar sus gametos por los tratamientos altamente invasivos que tuvo que atravesar.

Por tal motivo, su amiga decidió gestar para ellos, acordando las dos parejas que la señora Mo. proporcionaría tanto el óvulo como el útero para el embarazo. La señora Ma. expresó su preocupación por el hecho de que a la señora Mo. le resultaría difícil renunciar a su hijo biológico, pero le aseguraron que podría hacerlo; después de todo, la señora Mo. y su marido ya habían tenido cinco hijos y, como ya no deseaban más, el señor C se había sometido a una vasectomía.

³³ Wis. Stat. Ann., sec. 69.14, disponible en: <https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/69/I/14>.

³⁴ Wisconsin Supreme Court, *Paternity of F. T. R., Rosecky v. Schissel*, 11 de julio de 2013, disponible en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/wisconsin/>.

El acuerdo de gestación por sustitución efectuado por las partes fue inusual en dos aspectos: por un lado, hicieron una llamada “gestación tradicional”, ya que la señora Mo. aportaría también su material genético, y, por otro, había sido de manera gratuita y altruista.

Sin embargo, poco tiempo antes del nacimiento, la señora Mo. manifestó su intención de renunciar al contrato, ya que quería ser la madre del niño que nacería.

Desde el nacimiento, y ya habiendo pasado tres años y medio de ese momento —fecha en que toca a la justicia resolver el conflicto—, el niño residía y era criado por la familia de la señora Ma. —los comitentes—, y la señora Mo. y su marido tenían horarios de visita.

Para resolver la cuestión, la Corte de Wisconsin tuvo en especial consideración si el acuerdo era exigible o no. Por ello, dicho tribunal sostuvo que este contrato era como cualquier otro, con la única diferencia de que, además de la necesidad de cumplir con los otros requisitos para un contrato válido, no se puede hacer cumplir un acuerdo de subrogación si es contrario al interés superior del niño.

Para resolver favorablemente a la ejecutabilidad del contrato, esta corte procedió a aplicar un análisis de contrato ordinario al acuerdo de paternidad. En este sentido, dicho órgano judicial sostuvo que la señora Mo. se ofreció a servir a un sustituto, la familia comitente aceptó su oferta y, por ello, hubo lo denominado “consideración”; pero aquí el tribunal no dice cuál sería la consideración.

Es que, en Estados Unidos de América, en la mayoría de los acuerdos de subrogación, la consideración es el intercambio de dinero dado por el embarazo y el bebé, cuestión que no estuvo presente aquí, ya que —como se dijo— el acuerdo fue altruista.

Por último, un caso interesante de gestación por sustitución se suscitó en el estado de Connecticut. Una pareja de personas de distinto sexo, ambas de nacionalidad venezolana, hizo un acuerdo con otra pareja, oriunda del mencionado estado, para que la señora estadounidense gestara un embrión con el material genético de la pareja sudamericana y que luego el niño fuera considerado hijo de esta última. El Superior Tribunal estatal³⁵ reconoció el acuerdo de gestación por sustitución, otorgándose el certificado de nacimiento a favor de los padres intencionales. Al respecto, el tribunal sostuvo que ninguna de las dos parejas ni el Departamento de Salud estatal ni el hospital se habían opuesto a ello y que, además, muchos otros acuerdos en este sentido habían sido cumplidos y respetados en el estado.

³⁵ *De Bernardo v. Gregory*, No. FA074007658S, 2007 WL 4357736, at *1 (Conn. Super. CT., Nov. 7, 2007).

Finalmente, cabe señalar que, en julio de 2017, la Comisión de Derecho Uniforme aprobó una nueva versión de la Parentage Act, que proporciona a los estados un marco legal uniforme para establecer relaciones entre progenitores e hijos/as, teniendo en cuenta la aprobación a nivel federal de contraer matrimonio por personas del mismo sexo, así como de otras que permiten cambios de identidad de género.

En este sentido, la Parentage Act tuvo en consideración esos cambios y modificó su texto en pos de guardar una coherencia legal en el seno de las familias con respecto a las relaciones jurídicas entre sus integrantes.

Tan fuerte fue su impacto que los estados han comenzado a modificar sus normativas locales, dejando atrás —inclusive— sentencias judiciales que iban a contrapelo de estas nociones.

A modo de ejemplo, la justicia del estado de Vermont,³⁶ con argumentos sumamente discriminatorios, se había pronunciado favorablemente en un caso de gestación por sustitución, pero alegando que el matrimonio, si sólo fuera entre personas de distinto sexo, haría que dicho procedimiento tenga menos complicaciones, dejando entrever aquí que los casos de parejas del mismo sexo quedarían excluidos para llevar adelante una gestación por sustitución.

Ahora bien, luego de muchos años y del impacto de la normativa federal, el estado ha dictado su Parentage Act en 2018,³⁷ en uniformidad de criterios con aquélla.

IV. CONCLUSIONES

En todos los países analizados en este capítulo, la fuerza de la realidad ha movido y mueve el eje de las discusiones, y la legislación proyectada y los fallos jurisprudenciales vendrían marcando un rumbo al colocar sobre el escenario, de manera elocuente, los conflictos que tienen las personas cuando se trata de formar una familia a través de este procedimiento que va en crecimiento.

Es cierto que la problemática se irá profundizando y se tornará aún más compleja en los Estados donde no se regula la gestación por sustitución. Por ello, más allá de los proyectos de ley existentes en la actualidad elevados para su debate y tratamiento en unos, y de los malabares de la justicia en otros, se puede concluir que, independientemente de los aciertos y desaciertos en el

³⁶ Vt. Stat. Ann., tit. 15A, sec. 1-102(b) (2009); *Baker v. State*, 170 Vt. 194 (Vt. 1999), disponible en: <http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/vermont/baker-v-state>.

³⁷ Parentage Act of Vermont, 2018, disponible en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/vermont/>.

abordaje teórico y práctico de los distintos aspectos que involucran la gestación por sustitución, es destacable y esperanzador que se bregue por avances en materia legislativa, porque, en definitiva, se traducen en conquistas en términos de derechos, que ayudan a combatir los prejuicios y las discriminaciones y acercan a escenarios de mayor igualdad, en los que se protege a aquellas personas que recurren a esta técnica.

Por este camino en construcción, sinuoso si lo es, se debe avanzar, procurando siempre generar opciones reales y favorables para que el camino sea recto y con cartel de “llegada”.

V. BIBLIOGRAFÍA

CADAVID PULGARIN, Karla Mariana y BARRERA CORREA, Amalia, “Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema”, Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad CES, 2017, disponible en: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf.

DA SILVA GALLO, José Hiran y LETTIERI GRACINDO, Giselle Crosara, “Reprodução assistida, direito de todos. E o registro do filho, como proceder?”, *Revista Bioética*, Brasília, vol. 24, núm. 2, 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242125>.