



**UNIVERSIDAD
TORCUATO DI TELLA**

ESCUELA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO Y ECONOMÍA

¿PROHIBIR, SILENCIAR O REGULAR?

**ANÁLISIS ECONÓMICO SOBRE LA CONVENIENCIA DE
RECONOCER LEGALMENTE LA VALIDEZ DE LA
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN**

EUGENIA DE LA PUERTA ECHEVERRÍA

LEGAJO: 14U784

TUTOR: DR. DIEGO M. RÍOS

2019

Índice

1. Introducción.....	3
2. Gestación por sustitución.....	4
2.1. Concepto. Tipos.....	4
2.2. Objeciones a la gestación por sustitución. Argumentos a favor.....	5
3. Tratamiento normativo y jurisprudencial.....	10
3.1 Derecho Comparado.....	10
3.1.1 Los primeros casos.....	10
3.1.2 Situación normativa actual.....	12
3.2. Situación en Argentina.....	16
3.2.1 El silencio normativo. Análisis jurisprudencial.....	16
3.2.2. El sistema proyectado en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Proyectos de ley posteriores.....	23
3.3. El turismo reproductivo.....	29
4. Algunos datos.....	33
5. Análisis económico.....	37
5.1 Argumentos económicos para defender el reconocimiento legal expreso de a validez los contratos de gestación por sustitución.....	37
5.2 Propuesta normativa para Argentina: breves consideraciones.....	53
6. Conclusión.....	57
7. Bibliografía.....	58
8. Anexo I.....	62
9. Anexo II.....	81

Introducción

La Gestación por sustitución¹ vino a romper con la presunción heredada del derecho romano “*mater semper certa est*” que atribuye la maternidad por el hecho del parto. Los avances científicos en materia de reproducción humana asistida posibilitaron que la mujer que gesta al bebé y luego lo da a luz no necesariamente tenga una relación genética con el niño nacido.

Esta figura lleva a cuestionar los esquemas clásicos de la filiación, la que hoy ya no necesariamente se deriva de un hecho biológico, sino que también puede resultar del consentimiento y la intención de convertirse en padre y/o madre del nacido.

La gestación por sustitución es una práctica que se realiza con más frecuencia de lo conocido, incluso en aquellas jurisdicciones donde rige una prohibición expresa o en las que se optó por una postura abstencionista, como en el caso de Argentina. Ello es prueba de que prohibir la gestación por sustitución o no regularla no silencian a esta práctica que empieza a ocupar un lugar cada vez más trascendente en la sociedad, presentándose como una alternativa de acceso a la condición de padre o madre para aquellas personas que no pueden hacerlo por razones biológicas o de salud. Y cuando el tratamiento se realiza en contextos de prohibición o silencio legal puede generar conflictos o costos, en desmedro de las partes, debido a la mayor complejidad que implica esta técnica de reproducción humana asistida por la intervención de una tercera persona.

Comenzaré la investigación presentando los argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución. Luego expondré cómo esta técnica está regulada en el mundo. También presentaré algunas cifras, principalmente para entender la experiencia de aquellos países que reconocen legalmente la validez de la gestación por sustitución *versus* la experiencia en Argentina. Por último, más allá de los cuestionamientos éticos y morales que puede suscitar la gestación por sustitución, y teniendo en cuenta que esta técnica se practica en Argentina en un escenario de silencio legal, analizaré, siendo este el objetivo principal del presente trabajo, si el reconocimiento legal expreso de esta técnica de

¹ También se utilizan otros términos para hacer referencia a esta realidad: maternidad subrogada, gestación subrogada, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, maternidad sustituta, maternidad de alquiler o maternidad de encargo. Coincido con Eleonora Lamm cuando dice: “me inclino por la denominación “gestación por sustitución” en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad es incorrecto atento a que engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo”. Ver LAMM, Eleonora, *Gestación por Sustitución*, Revista para el análisis del Derecho, Barcelona (2012).

reproducción humana asistida lleva a resultados eficientes en términos económicos. También realizaré algunas recomendaciones normativas en base a los incentivos que generarían para las partes del contrato.

Gestación por sustitución

Concepto. Tipos.

La gestación por sustitución es una técnica de reproducción humana asistida en virtud de la cual una mujer (conocida como “gestante”) llega a un acuerdo con una persona o pareja (denominados “comitente/s”) para llevar adelante un embarazo con el objeto de que el niño nacido tenga vínculos de filiación únicamente con el/los comitente/s.

Esta práctica aparece como una respuesta para aquellas personas, hombres o mujeres, solos o en pareja, que no pueden llevar adelante un embarazo por motivos médicos o biológicos y que no quieren renunciar a tener un hijo genéticamente propio, por lo que convienen con una mujer para que ella sea quien geste al niño.

La gestación por sustitución presenta dos modalidades: la tradicional, plena o total y la gestacional o parcial.

En la tradicional, la mujer gestante también es la madre genética, ya que aporta su óvulo para que éste sea fecundado con espermatozoides del progenitor comitente o de un donante. Dado que es la mujer gestante la que aporta los gametos femeninos, es suficiente recurrir a la inseminación artificial para lograr el embarazo.

En la gestación por sustitución gestacional la concepción tiene lugar a partir del óvulo de una mujer diferente a la gestante, que normalmente es la comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, aporta una mujer donante que no sea la gestante. La fecundación del óvulo con el espermatozoides del progenitor comitente o de donante se lleva a cabo mediante la técnica de reproducción asistida fecundación in vitro, luego de lo cual se transfiere al útero de la mujer gestante uno o más embriones. Es decir, la mujer gestante no tiene vínculo genético con el niño.

Como consecuencia de los progresos científicos en materia de reproducción humana asistida, la gestación por sustitución gestacional ha avanzado por sobre la tradicional.

Asimismo, la gestación por sustitución puede ser altruista o comercial, según el acuerdo entre la mujer gestante y el/los comitente/s sea gratuito u oneroso. En la altruista, la gestante no recibe ningún pago bajo el contrato, o solo recibe pagos para cubrir los gastos derivados del procedimiento (por ejemplo, gastos médicos). En general, en los acuerdos altruistas, la mujer gestante suele tener un vínculo de parentesco o de amistad con el/los comitente/s. La gestación por sustitución comercial supone un pago a la mujer gestante más allá de la cobertura de los gastos vinculados al procedimiento.

Objeciones a la gestación por sustitución. Argumentos a favor.

Uno de los argumentos más invocados por la doctrina que se opone al reconocimiento de la validez de la gestación por sustitución comercial es el de la explotación económica. Sostienen que los acuerdos de gestación por sustitución comercial permiten que personas adineradas que buscan tener un hijo biológico se aprovechen de las necesidades económicas de mujeres pobres e ignorantes, y mediante la promesa de una contraprestación en dinero las lleven a consentir involuntariamente el acuerdo y a aceptar un precio que es bajo en relación al compromiso que asumen.² También cuestionan la elección de la mujer gestante, alegando que es discutible si está eligiendo libremente o si su voluntad está económicamente influenciada.³

Para refutar este argumento algunos autores mencionan que no hay datos lo suficientemente convincentes que demuestren que los acuerdos de gestación por sustitución comercial necesariamente explotan a las mujeres gestantes.

Además, el solo hecho de que un contrato de gestación por sustitución comercial se celebre entre el/los comitente/s y una mujer de escasos recursos económicos no necesariamente supone la explotación de la gestante, y por lo tanto no justifica por sí la prohibición de este tipo de acuerdos. De todo contrato se deduce alguna forma de aprovechamiento en el sentido de que cada parte obtiene algo de la otra (la gestante la contraprestación y el/los comitente/s la posibilidad de convertirse en padres). La cuestión

² El argumento de la explotación económica fue receptado en el caso *Baby M* por el Tribunal Superior de Nueva Jersey. El Tribunal sostuvo que la subrogante nunca toma una decisión totalmente voluntaria e informada, dado que claramente cualquier decisión previa al nacimiento del bebé no puede ser una decisión informada, y cualquier decisión posterior al nacimiento, influenciada por el compromiso contractual asumido, la amenaza de una acción legal y el incentivo de un pago de US\$ 10.000, no será totalmente voluntaria.

³ En India, por ejemplo, una mujer gestante puede llegar a ganar una suma que es aproximadamente diez veces mayor que la que gana su marido en un año.

a analizar, en todo caso, debe ser qué tipos de aprovechamiento son aceptables⁴. No obstante, a simple vista no pareciera existir explotación cuando el consentimiento de la mujer gestante no está viciado y ésta obtiene un precio que maximiza su bienestar y supera la utilidad que espera obtener de las restantes alternativas a su disposición. En definitiva, es necesario considerar el contexto en el que se celebra cada transacción.

También se cuestiona el argumento de la explotación explicando que además del beneficio económico pueden existir otros motivos no monetarios que guíen la decisión de la gestante de suscribir un acuerdo de gestación por sustitución. Puede, por ejemplo, existir un deseo altruista de ayudar a una pareja infértil, o bien querer experimentar un embarazo sin tener que criar al niño⁵. Así ocurrió en un caso de gestación por sustitución que se planteó ante el Primer Juzgado de Familia de Mendoza en 2015⁶, en el que la gestante motivada por un deseo de ayudar a procrear a una pareja que no pueda tener hijos, encontró, buscando en internet y consultando a distintos profesionales, a la pareja accionante.

Asimismo, no necesariamente la mujer gestante será la parte explotada en el contrato de gestación por sustitución comercial. Podrían darse situaciones de abuso respecto de el/los comitente/s, generalmente desesperados por tener un hijo.⁷ La mujer gestante podría aprovecharse de su situación y, por ejemplo, durante el embarazo exigir la cobertura de gastos extraordinarios no acordados contractualmente, e innecesarios para asegurar el bienestar del niño y de la gestante (como podría ser dinero para cubrir compra de alimentos o actividades recreativas), o bien luego de nacido negarse a entregarles el bebé si no se mejora el precio pactado. Esto sólo podría darse en jurisdicciones que no reconocen la validez de estos acuerdos o no los regulan, ya que la ley no obliga al cumplimiento del contrato, dejando a los comitentes sin recursos para reclamar el cumplimiento de lo efectivamente pactado.

Otra variante del argumento de la explotación es la cosificación de la mujer gestante. Para alcanzar el embarazo, deben practicársele distintos tratamientos (inseminación artificial, fertilización in vitro, etc.). Por ende, hay quienes sostienen que

⁴ HEVIA, Martin, *Surrogacy, Privacy and the American Convention on Human Rights*, Journal of Law and the Biosciences, 1 – 23, (2018).

⁵ LASCARIDES, Denise E., *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, 25 Hofstra L. Rev. 1221 (1997).

⁶ Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “A. V. O., A. C. G. y J. J. F”, 29/7/2015.

⁷ LAMM, E. (2012).

la gestación por sustitución puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino, llevando al usar el cuerpo de las mujeres como un “mero recinto gestador” o una “incubadora humana para el hijo de otro”.⁸ En ese sentido, creen que las mujeres (o mejor dicho, su capacidad reproductiva) se volverán objeto del comercio si se permite el uso de su cuerpo para ganancias financieras, ya sea propias o de otras partes intervinientes, como por ejemplo las agencias intermediarias en aquellas jurisdicciones dónde su actuación está permitida.

Algunos autores rechazan la cosificación de la mujer como fundamento para prohibir la gestación por sustitución y afirman que las mujeres, como cualquier otro ser humano, tienen la libertad para celebrar contratos y tomar decisiones vinculadas al uso de su propio cuerpo.⁹ Por ende, consideran que el argumento de la explotación es paternalista, subestima la capacidad de consentir de la mujer¹⁰ y es incompatible con el derecho a la autonomía reproductiva.¹¹

Hay quienes opinan que la gestación por sustitución comercial promueve un sistema de compra y venta de bebés. Los proponentes de este argumento afirman que como la adopción no puede ser onerosa, tampoco puede serlo la gestación por sustitución. Si lo fuere, importaría la venta de un bebé.¹² También sostienen que recurrir a la gestación por sustitución comercial importa convertir al bebé en objeto de comercio, en cuanto con este procedimiento pasa a ser algo de lo que se puede disponer. Otros afirman que este tipo de contratos importan obligaciones de hacer para la gestante (por ejemplo, no interrumpir voluntariamente el embarazo, facilitar los exámenes ginecológicos y clínicos y realizar los tratamientos que se le indiquen para llevar el embarazo a buen término) y de dar (entregar al niño, una vez nacido, a los dueños del embrión). De ello deducen que la persona nacida se convierte en la cosa debida, en el contenido de una prestación contractual.¹³

⁸ LAMM, E. (2012).

⁹ LASCARIDES, D. (1997).

¹⁰ LAMM, E. (2012).

¹¹ HATZIS, Arístides N., *Just the Oven: A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*, PERSPECTIVES FOR THE UNIFICATION OR HARMONISATION OF FAMILY LAW IN EUROPE, pp. 412-433, Katharina Boele-Woelki, ed., Antwerp: Intersentia (2003). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=381621> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.381621>.

¹² LASCARIDES, D. (1997).

¹³ FAMÁ, Ma. Victoria, *La Gestación por Sustitución en la Argentina: Otro Fallo que Demuestra la Necesidad de Legislar*, DFyP (2015).

No obstante, Denise Lascarides, siguiendo la opinión de la Corte Suprema de California en el caso *Johnson v. Calvert*, afirma que la contraprestación en dinero que recibe la mujer gestante no constituye un precio por la venta del niño nacido, si no que remunera sus servicios.¹⁴ Hugh McLachlan y Kim Swales¹⁵ también afirman que la gestación por sustitución comercial no involucra la venta de un bebé, si no la contratación de servicios de gestación por parte de los padres biológicos del niño por nacer. Richard Epstein sostiene que nadie suscribe un contrato de gestación por sustitución con el fin de tratar al bebé como un *commodity*, es decir, como un bien fungible para ser vendido y consumido.¹⁶

Las objeciones hasta ahora comentadas llevan a muchos a sostener que la gestación por sustitución es inmoral y que ello no hace más que reforzar la necesidad de prohibirla. No obstante, el argumento de la inmoralidad no puede por sí solo justificar la prohibición de esta práctica. Como explica Eleonora Lamm, el argumento de que la ley debe regular la conducta de acuerdo a la moral ha sido refutado por John Stuart Mill, que introdujo el principio del daño. Por lo tanto, la gestación por sustitución deberá prohibirse siempre y cuando se demuestre que causa algún daño a las partes del contrato, al niño o a cualquier otro tercero.

También se argumenta para proponer su prohibición que la gestación por sustitución puede causar daños a los niños que nacen como consecuencia de esa práctica. Entre los potenciales daños se mencionan: los que pueden derivar del quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación, despojar arbitrariamente al niño de su primer entorno natural, las dificultades de aceptación social y los inconvenientes que puede generarle tener que hacer frente a varias figuras maternas (madre biológica *versus* madre gestante). No obstante, aun asumiendo que pueden derivarse efectos negativos de estos contratos¹⁷, estos no deberían examinarse aisladamente. También deben analizarse

¹⁴ LASCARIDES, D (1997).

¹⁵ MCLACHLAN, Hugh V. y SWALES, J. Kim, *Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: A Defense of Legally Enforceable Contracts*, 27 Law and Contemporary Problems 91-108 (2009).

¹⁶ EPSTEIN, Richard A., *Surrogacy: The Case of Full Contractual Enforcement*, 81 Virginia Law Review 2305 (1995).

¹⁷ Aunque, según menciona Lamm, citando a Massanger, ningún estudio científico de gestación por sustitución ha demostrado el potencial daño para el niño, en términos de la psicología prenatal. Ver LAMM, E. (2012). También existen investigaciones sobre los aspectos emocionales de esta práctica que concluyen que la estabilidad emocional que un niño necesita para su bienestar está más relacionada con la historia previa, la personalidad de sus padres y el afecto que les brindan que con la forma en la que fueron concebidos (Ver KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *Regulación de la Gestación por Sustitución*, La Ley (2012).

los efectos positivos: el niño no hubiese nacido si no se hubiese recurrido a la gestación por sustitución, impacto que puede generar en el niño saber que sus padres atravesaron varios tratamientos médicos e invirtieron mucho dinero para traerlo al mundo, impacto pueda generar sobre la mujer gestante el ayudar a una pareja infértil, el efecto sobre los padres comitentes cuando nace el bebé que tanto esperaron.¹⁸

Asimismo, se ha dicho que esta figura atenta contra la salud física y psíquica de la mujer gestante, existiendo además una alteración orgánica, psicológica y espiritual derivada del vínculo que se engendra con el niño en gestación. En particular respecto a la gestación por sustitución entre parientes, existen estudios realizados por el Comité de Ética de la *American Society of Reproductive Medicine* que demuestran que el vínculo en estos casos es dificultoso y que se produce una afectación al orden del parentesco.¹⁹ Pero no hay evidencia que pruebe que todas las mujeres gestantes hayan sufrido algún tipo de trastorno.²⁰

En cuanto a los argumentos a favor de la gestación por sustitución, hay quienes afirman que importa una manifestación del derecho a procrear implícito en el derecho a la libertad, a la dignidad humana, a formar una familia y al libre desarrollo de la personalidad. Es decir, se afirma que todas las personas tienen derecho a elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permitan desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a terceros. Otros fundamentan su admisibilidad en el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico. También se apela a la libertad reproductiva que importa la libertad de procrear o no, elegir cuándo, con quién y cómo hacerlo, y al derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo.²¹ En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* (2012) sostuvo que prohibir las tecnologías de reproducción asistida interfiere con el derecho a la privacidad y a formar una familia.²²

¹⁸ LASCARIDES, D. (1997).

¹⁹ BASSET, Úrsula C., *Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto, ¿es contrario a los derechos humanos?* Cita Online: AR/DOC/1311/2016.

²⁰ Ver LAMM, E. (2012): "...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 niño durante el embarazo, otras no pueden tolerar la gestación y sólo sienten amor por su 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 el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño."

²¹ LAMM, E. (2012).

²² HEVIA, M. (2018).

Otros sostienen que prohibir el acceso a métodos de reproducción asistida es discriminatorio contra personas o parejas infértiles, sobre todo cuando éstas no tienen los medios económicos para recurrir a esos métodos en países que los permiten.

También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de la gestación por sustitución, dado que es la única opción que tiene una pareja de dos varones que quiere tener un hijo que tenga un vínculo genético con alguno de ellos.

El análisis de estos argumentos lleva necesariamente a preguntarse sobre la conveniencia de prohibir la gestación por sustitución, declarando nulo el convenio y reconociendo la maternidad en la mujer gestante, o si, por el contrario, los estados deben admitir y regular esta figura, reconociendo la filiación del/de los comitente/s.

Tratamiento normativo y jurisprudencial

Derecho Comparado

Los primeros casos

La técnica de gestación por sustitución comienza a desarrollarse a fines de la década del 70 principalmente en Estados Unidos y Francia. Hacia fines de 1980 aparecen los primeros casos judiciales en los que los tribunales tuvieron que resolver sobre cuestiones vinculadas a la validez de la gestación por sustitución y a la determinación de la filiación de los niños nacidos como consecuencia de esta práctica.

El primer precedente jurisprudencial sobre gestación por sustitución fue el del Tribunal Supremo de Nueva Jersey en el caso conocido como *Baby M* de 1988. El caso involucró un acuerdo de gestación por sustitución tradicional y comercial, por el que una mujer se comprometió a ser inseminada con el material genético del varón de la pareja comitente y a entregarles el bebé luego del nacimiento, recibiendo como contraprestación U\$S 10.000. El problema entre las partes surge cuando la mujer gestante decide que no quería renunciar a sus derechos de filiación respecto del bebé una vez nacido. El juez de primera instancia se pronunció por la validez del contrato, disponiendo la entrega de la niña al matrimonio una vez nacida y autorizando la adopción integrativa por parte de la esposa del donante del espermatozoide. La decisión fue revocada por el la Corte Suprema de Nueva Jersey, que declaró nulo el contrato, otorgó la guarda de la niña al marido

donante y decretó la nulidad de la adopción otorgada a favor de su esposa, restaurando los derechos parentales de la madre biológica y fijando a su favor un régimen de comunicación con la niña²³. La Corte aplicó análogamente las leyes de adopción que prohíben que la misma sea comercial (en disidencia con la decisión de primera instancia, que había considerado el pago a la gestante como una contraprestación a un servicio), que requieren la renuncia a la filiación para que la adopción sea concedida y que permiten la revocación del consentimiento para la adopción. Además asemejó la gestación por sustitución comercial a la venta de bebés y determinó que las leyes estatales que la prohíben también aplican a esta práctica por razones de políticas públicas.

En el caso *Johnson v. Calvert* de 1993 la Corte Suprema de California tuvo que resolver un conflicto suscitado entre el matrimonio que había aportado el material genético, y la mujer gestante, con quien habían suscripto un contrato oneroso de gestación por sustitución, acordando un pago de U\$S 10.000 y la contratación de un seguro de vida a favor de la gestante. El tribunal estableció, con fundamento en el vínculo genético existente entre el niño nacido y la pareja comitente y en la voluntad procreacional de éstos, la filiación a favor del matrimonio, resaltando que dicha solución “no afecta las constituciones estadual y federal y tampoco el orden público”. El Tribunal también destacó que “si bien la ley reconoce, tanto a la consanguinidad genética como el hecho del parto como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer, entonces debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de criar como propio”.²⁴

En cuanto a los primeros antecedentes europeos, la Corte de Casación francesa, en un caso de 1989 en el que se demandaba a una institución cuyo objeto era proponer “madres sustitutas inseminadas artificialmente a cambio de un precio determinado”, resolvió que “es ilícito el objeto de la asociación que tiende a favorecer la conclusión y ejecución de convenciones que contravienen el principio de orden público e indisponibilidad del estado de las personas a través de una renuncia y cesión, ambas prohibidas, de los derechos de la futura madre. La actividad de la asociación conlleva el alejamiento del espíritu del instituto de la adopción, en tanto crea una situación de

²³ Fallo reseñado por Ma. Victoria Famá. Ver FAMÁ, M. V. (2015).

²⁴ Fallo reseñado por Ma. Victoria Famá. Ver FAMÁ, M. V. (2015).

abandono. El derecho de casarse y fundar una familia no implica el derecho de concluir con un tercero convenciones que versen sobre la suerte del niño por nacer, no siguiéndose, de ello, que se esté instaurando una discriminación en razón del nacimiento”. Esta posición fue reiterada por el Máximo tribunal francés en 1991.²⁵

Situación normativa actual

Desde una perspectiva de política legislativa, la gestación por sustitución puede ser regulada, prohibida o ignorada.

Muchos países (por ejemplo, Francia, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria, España) prohíben la gestación por sustitución, y por ende establecen la nulidad absoluta de este tipo de acuerdos. En Alemania, por ejemplo, la ley de protección al embrión²⁶, sanciona con una pena de prisión de hasta tres años o multa a quien fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento. La ley española²⁷ dispone que “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 a 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”.

Otros ordenamientos jurídicos sólo admiten la gestación por sustitución altruista. Tal es el caso de, por ejemplo, Inglaterra, Canadá, Brasil, Uruguay y Sudáfrica.

En el caso del Reino Unido, por ejemplo, la *Human Fertilisation and Embryology Act* (2008) condena la negociación de contratos de subrogación con fines de lucro, sin prohibir la subrogación en sí, siempre y cuando revista el carácter de contrato gratuito. La filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, y sólo se transfiere (pasado un período de reflexión de seis semanas que se otorga a la gestante) a los comitentes si éstos lo solicitan ante los tribunales. Este sistema es más protector de la mujer gestante, ya que le da derecho a cambiar de parecer. En cambio en los sistemas que exigen la aprobación del acuerdo en forma previa a la implantación de los embriones, esa incertidumbre, si bien no se elimina (pueden surgir controversias luego de la aprobación),

²⁵ Fallo reseñado por Ma. Victoria Famá. Ver FAMÁ, M. V. (2015).

²⁶ Ley 745 de 1990.

²⁷ Artículo 10 de la ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida.

se reduce, ya que el análisis previo tiene por objeto verificar la aptitud de las partes para llevar a cabo y concluir con éxito el procedimiento.

Para citar casos de Latinoamérica, tanto en Brasil²⁸ como en Uruguay²⁹ la gestación por sustitución se permite sólo cuando la mujer comitente no puede llevar adelante un embarazo por razones médicas, y siempre y cuando la mujer gestante tenga relación de parentesco con la mujer comitente.

Aun cuando las legislaciones mencionadas sólo admiten la gestación por sustitución altruista, en general admiten algún tipo de compensación a favor de la gestante, principalmente vinculada a la cobertura de los gastos en los que incurre como consecuencia del tratamiento.

Hay países que admiten la gestación por sustitución altruista y comercial.

Ucrania, Israel, India, Rusia y algunos estados de Estados Unidos de América están entre los países que admiten en forma amplia esta práctica. En Ucrania³⁰, por ejemplo, los comitentes figurarán como padres en el certificado de nacimiento siempre que se cuente con el consentimiento de la mujer gestante en dicho certificado. En Rusia³¹ sólo se admite la gestación por sustitución gestacional.

En Israel, la ley 5756 (1996) que legalizó la gestación por sustitución dispone que estos acuerdos deben ser aprobados por un comité designado a tales fines por el Estado³². El comité analiza la salud física y psíquica de todos los involucrados en el proceso. También analiza toda la documentación presentada por las partes y en caso de verificar el cumplimiento de todas las condiciones exigidas por la ley para este tipo de acuerdos³³, autoriza su celebración. Se permite que el comité autorice pagos mensuales a la mujer gestante en compensación por el “dolor y sufrimiento”, así como el reembolso de sus

²⁸ Resolución N° 1.957/2010 del Consejo Federal de Medicina de la República.

²⁹ Ley 19.167 de Reproducción Humana Asistida del 2013.

³⁰ Artículo 123.3 del Código de Familia.

³¹ Ley federal de salud N° 323-FZ (2012).

³² El comité es administrado por el Ministro de Salud y se compondrá de 2 médicos especialistas en obstetricia y ginecología, un médico especialista en medicina interna, un psicólogo clínico, un asistente social, un jurista y un clérigo de la iglesia a la que pertenezcan las partes del acuerdo.

³³ La ley exige los siguientes requisitos: (i) los comitentes sean una pareja conformada por una mujer y un hombre; (ii) la comitente acredite su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación; (iii) los embriones se creen “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente; (iv) la gestante no esté relacionada, excepto por adopción, a la comitente; (v) la gestante sea soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera; (vi) la gestante profese la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado.

gastos. La Ley no especifica montos mínimos o máximos, dejándolo a la discrecionalidad de las partes y, en última instancia, a la del comité. Tras la concesión de una orden de paternidad, que se concede a través de una orden judicial, la gestante no podrá rescindir el contrato (se permite que lo haga antes, siempre y cuando haya habido un cambio de circunstancias que lo justifique, y siempre haciendo prevalecer el mejor interés del niño). No obstante, según menciona Lamm citando a Shalev, desde la entrada en vigor de la ley en 1996 ninguna gestante trató de rescindir el contrato y convertirse en madre legal.³⁴

En Estados Unidos no existe ley federal que regule la cuestión, por ende el tratamiento de esta técnica quedó bajo la jurisdicción de cada estado. Algunos estados aprobaron leyes que la regulan y otros la regulan a través de la jurisprudencia. Hay estados, como California e Illinois, que expresamente admiten ambos tipos de gestación por sustitución, comercial y altruista. Otros estados expresamente admiten la altruista y prohíben la comercial (por ejemplo, Nebraska y Washington). Otros prohíben ambos tipos y a veces la penalizan: por ejemplo, Michigan, en donde se prevén multas de hasta US\$ 50.000 y pena de hasta 5 años de prisión, o Nueva York, que prohíbe la comercial y establece sanciones civiles para aquellos que participen en, o faciliten, un contrato de gestación por sustitución comercial, y si bien no penaliza la altruista, tampoco obliga al cumplimiento del contrato.

Por último, hay países en los que la gestación por sustitución no está regulada. Es decir, la ley no la prohíbe ni la permite. Este es el caso de gran parte de los países de Latinoamérica, incluyendo a Argentina, cuyo caso se verá más adelante. La incertidumbre normativa implica que la validez de los acuerdos de gestación por sustitución queda librada al arbitrio de los jueces.

En el derecho comparado la regulación y flexibilización parece ser la tendencia que prevalece debido a la necesidad que tienen los estados de dar soluciones a una práctica que es cada vez más frecuente, incluso en países en los que está prohibida, restringida o no regulada.

El número de países que hoy regulan la gestación por sustitución es cada vez mayor. Y otros países que la prohíben, o la regulan pero de manera muy restrictiva, o directamente no la regulan, se están flexibilizando.

³⁴ Ver LAMM, E. (2012): A 2017, nacieron 231 niños de 193 partos resultado de gestación por sustitución en Israel. Esta información surge de los registros del comité legal. Ver <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>.

En el Reino Unido, por ejemplo, en el caso *L (A Minor)* EWHC de 2010 se había celebrado un contrato de gestación por sustitución comercial en Illinois, Estados Unidos, donde este tipo de acuerdos son legales. No obstante, en Inglaterra los pagos efectuados a la mujer gestante por encima de los “gastos razonables” se encuentran prohibidos. El artículo 54 de la *Human Fertilisation and Embryology Act* dispone que uno de los requisitos para que se reconozca al niño nacido como hijo de los comitentes es que éstos no hayan otorgado a la mujer gestante dinero o cualquier otro beneficio en exceso de los gastos razonables en los que deba incurrir la mujer durante el tratamiento y el embarazo. Sin embargo en este caso el juez tuvo en cuenta el interés superior del niño alegando que ésta debe ser la principal cuestión a tener en cuenta, y por ende debe prevalecer sobre la prohibición de pagar a la mujer gestante un monto que exceda lo que la ley entiende por “gastos razonables”. Y en este caso, sostuvo, el interés superior del menor se garantiza estableciendo la filiación del menor respecto de los padres comitentes.³⁵ Esta jurisprudencia fue confirmada en otros fallos³⁶ lo que permite asumir que por la vía jurisprudencial se estaría flexibilizando en Inglaterra la prohibición de la gestación por sustitución comercial.

En otros países se logró flexibilizar la prohibición contenida en la ley, o la no regulación, a través de resoluciones dictadas por los Registros Civiles. En España, por ejemplo, aunque los acuerdos de gestación por sustitución son nulos por estar legalmente prohibidos, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos mediante Gestación por Sustitución (2010) permitió la inscripción en el Registro Civil de los hijos nacidos mediante gestación por sustitución en los países cuya normativa la permita y siempre que al menos uno de los progenitores sea español. Sin embargo, esta directriz fue anulada en 2011 por la Sección 10ma. de la Audiencia Provincial de Valencia. En Argentina, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se dictó la Disposición Nro. 93/DGRC/17 (modificada por la Disposición Nro. 103/DGRC/17) por medio de la cual la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas autorizó a inscribir en términos preventivos los nacimientos de los menores nacidos en la Ciudad de Buenos Aires por el método de gestación solidaria realizada en Argentina, siempre y cuando se

³⁵ Caso reseñado por Lamm, E. Ver LAMM, E. (2012).

³⁶ Por ejemplo *IJ (A Child)* (2011) EWHC 921; *Re K (Minors) (Foreign Surrogacy)* (2010) EWHC 1180, *Re X and Y (Children)* (2011) EWHC 3147 (Fam), mencionados por LAMM, E. (2012).

cumplan los presupuestos previstos en dicha norma³⁷, determinado de esa forma la filiación en favor de los comitentes con exclusión de la mujer gestante.

Situación en Argentina

El silencio normativo. Análisis jurisprudencial.

Argentina no cuenta con una norma que expresamente admita o prohíba la gestación por sustitución. Por ende, esta práctica no se encuentra regulada en nuestro país, el que adoptó una postura abstencionista.

En el sistema legal argentino hoy vigente la filiación puede derivar de tres fuentes: por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida o por adopción (artículo 558 del Código Civil y Comercial de la Nación, en adelante, el “CCyCN”).

Los artículos 560 a 564 del CCyCN establecen reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, como la necesidad de consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a ellas y el derecho a la información de los nacidos bajo éstas técnicas.

El artículo 562 del CCyCN dispone que “los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre [...] con independencia de quién haya aportado los gametos”. La norma registra un avance al reconocer la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida, receptando de esa forma una realidad instalada como es el uso de la ciencia médica para poder engendrar un hijo. No obstante, si bien consagra que la voluntad procreacional es la que determina la filiación cuando se empleen técnicas de reproducción humana asistida, prevé que los niños nacidos mediante ellas también son hijos “de quien dio a luz”.

El artículo 562 CCyCN genera una falta de certeza respecto a la legalidad de la gestación por sustitución en Argentina y a la determinación de la filiación cuando se recurre a esta técnica, ya que su aplicación literal lleva siempre a reconocer a la mujer gestante como madre del nacido. Ello resulta totalmente contrario al principio,

³⁷ Los presupuestos previstos en la norma son: “(i) Que se trate de menores nacidos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por el método de gestación solidaria realizada en el país; (ii) Que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; (iii) Que la gestante previa y fehacientemente hubiera expresado no tener voluntad procreacional; y (iv) Que la inscripción deberá hacerse en términos preventivos, además debiendo los datos de la gestante ser asentados en el legajo.”

consagrado en la norma, de la voluntad procreacional como determinante de la filiación cuando se recurre a técnicas de reproducción humana asistida.

El Anteproyecto de Código Civil y Comercial (el “Anteproyecto”) incluía un artículo que regulaba expresamente esta figura, pero dicha norma fue quitada del texto definitivo al pasar por la Cámara de Senadores. La Comisión Bicameral dijo, para justificar su eliminación, que “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”.

Hoy existen varios proyectos de ley que procuran regular la gestación por sustitución, lo que, junto con el intento de regulación frustrado del Anteproyecto, demuestra que la necesidad de regulación ya fue advertida.

El número de decisiones judiciales que se observan en Argentina vinculadas a la gestación por sustitución pone de manifiesto que el silencio legislativo no ha desincentivado esta práctica, la que por ende queda sujeta a la discrecionalidad judicial.

Los planteos ante los tribunales se han hecho principalmente bajo las siguientes modalidades: (i) acciones tendientes a que la filiación determinada por un contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero produzca efectos jurídicos en el país; (ii) acciones que buscan impugnar la maternidad inscripta a favor de la mujer gestante y determinar la copaternidad (en caso de parejas homosexuales de varones) o la maternidad de la mujer que aportó su material genético y/o expresó su voluntad procreacional; (iii) peticiones de inscripción del nacimiento y filiación del niño nacido gracias a la gestación por sustitución; y (iv) peticiones que tienen por objeto la autorización de la práctica con anterioridad al nacimiento o a la transferencia del embrión.³⁸

Todos los precedentes analizados corresponden a casos de gestación por sustitución gestacional. En gran parte de los casos la pareja comitente había aportado el material genético. Sólo en pocos casos se recurrió a la donación de material genético de un tercero, sea por tratarse de parejas del mismo sexo o, tratándose de parejas heterosexuales, ante la esterilidad de uno de los comitentes. La mayoría son casos de parejas heterosexuales. En seis de los casos analizados los comitentes realizaron el tratamiento en el exterior.

³⁸ FAMÁ, M. V (2015).

Respecto al carácter lucrativo u altruista de los casos de gestación por sustitución planteados ante la justicia argentina, en la mayoría de los precedentes se destaca el vínculo de parentesco o amistad entre la gestante y los comitentes, evidenciando el carácter altruista del acuerdo. No obstante, hay casos en los que no es posible constatar el vínculo entre los comitentes y la gestante, sobre todo en los casos en los que se realizó el tratamiento en el exterior, lo que permite suponer que se trata de acuerdos onerosos.³⁹

La jurisprudencia argentina viene exhibiendo una tendencia favorable al reconocimiento de la validez de los acuerdos de gestación por sustitución, reconociendo asimismo el vínculo de filiación con las personas que han demostrado su voluntad de asumir la responsabilidad procreacional.

Uno de los argumentos más usados por los jueces para justificar su admisibilidad es el principio de legalidad receptado en el artículo 19 de la Constitución Nacional (“C.N.”), en virtud del cual todo lo que no está expresamente prohibido se encuentra permitido. También se afirmó que “borrar la gestación por sustitución el CCyCN no implica prohibición”⁴⁰, aunque parte de la doctrina ha sido bastante crítica de este fundamento, sosteniendo que la eliminación del CCyCN de la regulación que incluía el Anteproyecto sobre gestación por sustitución obliga a concluir que esa práctica no está permitida en Argentina.⁴¹

Otros fallos consideraron que la gestación por sustitución ha sido implícitamente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la incorporación en el CCyCN de las técnicas de reproducción humana asistida (entre las que debe incluirse la gestación por sustitución) y del reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente filiatoria en relación a los nacidos gracias a estas técnicas.

La jurisprudencia también reconoció la validez de la gestación por sustitución con fundamento en el derecho a la autonomía personal (artículo 19 C.N.), entendido como el derecho que poseen todas las personas capaces de poder elegir libremente lo que consideren su mejor plan de vida y adoptar las decisiones que, con ajuste a sus preferencias y valores, les permitan desarrollarlo, teniendo como único límite el daño a

³⁹ FAMÁ, Ma. V, *Filiación por Naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida* (2 tomos, 1449 págs.), La Ley, (2017).

⁴⁰ Juzgado de Familia N° 7 Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H. M. y otro/a s/medidas precautorias (art.232 del CPCC)”, LL 2016-C-89 y Juzgado de Familia N° 7 Lomas de Zamora, 30/11/2016, “B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar (277)”, elDial.com - AA9C05.

⁴¹ SAMBRIZZI, Eduardo A., *La Maternidad Subrogada y la Declaración de Inconstitucionalidad del Art. 562 del Código Civil y Comercial*. DFyP (2016). Cita Online: AR/DOC/1135/2016.

terceros. Visto del lado de la mujer gestante, si no tiene voluntad procreacional, y ejerce su derecho constitucional a disponer de su propio cuerpo, en miras a la satisfacción del deseo filial ajeno, poner contrapisas a su decisión sería entrometerse en su vida privada. En línea con este argumento, algunos jueces consideraron relevante la Ley 25.845 de Protección Integral de las Mujeres, que expresa como uno de sus objetivos que la mujer pueda “decidir sobre la vida reproductiva, número de embarazos y cuándo tenerlos [...]”.

Otro argumento presente en la gran mayoría de los casos analizados es el de la voluntad procreacional de la pareja comitente como elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando la misma es producto de la técnica de reproducción humana asistida. En un fallo de 2013 se la definió como “el querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su educación y crianza, por ello contiene sin dudas el elemento volitivo que tiene en miras adquirir derechos y obligaciones emergentes de la relación paterno-filial que, justamente, en el campo de la reproducción humana asistida -se ha afirmado- es la típica fuente de creación del vínculo”.⁴² Esta definición fue tomada por varios jueces que tuvieron que expedirse sobre el tema en casos posteriores. Se sostuvo que cuando en una persona no coinciden el elemento genético, el biológico y el volitivo, la filiación corresponde a quien desea ser padre, es decir, a quien quiere llevar adelante un proyecto parental, porque así lo ha consentido.

No obstante, existe algún precedente aislado que dispone que en caso de arrepentimiento de la mujer gestante, la voluntad procreacional de los comitentes podrá ceder frente a la necesidad de garantizar el interés del niño en cuestión, ya que es el elemento que resulta prioritario ante intereses contrapuestos de adultos.⁴³

Asimismo, en algunos casos se preponderó la correspondencia genética entre el nacido y el/los comitente/s, aunque en otros fallos se resaltó que el dato genético no es el definitivo para la creación del vínculo jurídico entre una persona y el niño nacido mediante técnicas de reproducción médicamente asistida, sino quién o quiénes han prestado el consentimiento al sometimiento a ellas (es decir, la voluntad procreacional). Es decir, consideraron que prevalece la paternidad/maternidad consentida y querida por sobre la genética.

⁴² Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil N° 86 “N. N. o D. G. M. B. M. s/inscripción de nacimiento”2013-06-18.

⁴³ Juzgado de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario”, ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/89976/2013.

En cuanto a la exteriorización de la voluntad procreacional, la jurisprudencia nacional en general consideró que debe ser puesta de manifiesto mediante el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 560 CCyCN.

En relación al consentimiento de las partes, los jueces que entendieron en este tipo de causas siempre se aseguraron de verificar que la voluntad de las partes no estuviese viciada, con el fin de preservar el interés de todos los involucrados. Incluso en algunos precedentes, con el objeto de verificar la capacidad de decisión para actuar como persona gestante, y si para dicha decisión la mujer se encontraba libre, plena e informada, la jueza interviniente ordenó la conformación de una junta transdisciplinaria, integrada por dos médicos forenses y una psicóloga, a fin de que examinaran a la futura gestante e informaran sobre su estado de salud física y psíquica. También se ordenó el examen de los comitentes. En definitiva, lo que la jurisprudencia viene exigiendo es que las decisiones de los intervinientes sean resultado de un proceso libre, consciente e informado, adoptadas con un dimensionamiento realista de la práctica médica a la que se someterán y sus alcances, con el objeto de asegurar que son aptos para llevar adelante el proceso del embarazo, nacimiento y posterior incorporación del bebé en la familia comitente.

En línea con el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de filiación, varios fallos consideraron inconstitucional e inconvencional el artículo 562 del CCyCN en los casos concretos sometidos a su decisión. Sostuvieron que dicha norma reconoce la maternidad de la mujer gestante, en lugar de la de aquella que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado. También varios jueces consideraron que esta norma avanza sobre derechos subjetivos de los comitentes de jerarquía constitucional (derecho a formar una familia, a la vida privada, a la intimidad, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los beneficios del progreso científico, entre otros), impidiendo que sean madres/padres mediante técnicas de reproducción humana médicamente asistidas, generando un agravio serio a las partes interesadas.⁴⁴ También se argumentó que si los niños que podrían nacer van a ser legalmente considerados hijos de quien solo tiene voluntad gestacional pero no tuvo ni tiene voluntad procreacional, la injusticia que deviene por la aplicación literal del artículo 562 CCyCN es evidente: será

⁴⁴ Juzgado de Familia Nro. 7 de Lomas de Zamora “H. M. y otro s/ medidas precautorias art. 232 del CPCC”, 2015-12-30.

tenida por madre —por el hecho del parto— quien no quiere serlo, ni tiene nexo genético con el/la/s niño/a/s y no serán padres quienes si quieren serlo y además son sus reales progenitores.

Otros fallos sin llegar a una declaración de inconstitucionalidad consideraron inaplicable el artículo 562 a la figura de la gestación por sustitución, dado que resultaría contradictorio aplicarlo a aquéllos casos cuando el propio sistema jurídico reconoce a la voluntad procreacional como determinante del vínculo filial de aquellas personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida. También se sostuvo que esta norma implica una grave vulneración al derecho a la filiación del niño que nace como consecuencia de este tipo de técnicas, al obligarlo a mantener una filiación materna con quien no ha querido asumir ese rol, habiéndolo manifestado fehacientemente, y vulnerando los derechos de la mujer no gestante que hubiera otorgado su voluntad procreacional.

La desigualdad y discriminación que la no admisión de la gestación por sustitución representa para las parejas conformadas por personas de igual sexo también es un argumento que utilizaron los jueces para reconocer la doble paternidad en cabeza de parejas de varones. Asimismo, se reconoció que si la gestación por sustitución es la única técnica de reproducción humana asistida con la que una persona o pareja, de igual o distinto sexo, puede concretizar su voluntad procreacional y si esta voluntad es la que, para cualquier otra técnica de reproducción médicamente asistida, define la maternidad/paternidad del nacido, lo establecido en el artículo 562 CCyCN, al consagrar la maternidad por el hecho del parto, deviene en discriminatorio en el ámbito filiatorio.

En algunos fallos se sostuvo que las limitaciones emergentes de la falta de regulación de la gestación por sustitución resultan discriminatorias, en tanto se aplican mayormente a personas o parejas que no pueden afrontar los costos de realizar en el exterior una práctica compleja como lo es la gestación por sustitución. Por ende, sólo aquellos que tienen los recursos económicos viajan a países donde la técnica está permitida.

Otros fallos argumentaron que la teoría de la explotación o cosificación de la mujer gestante queda desvirtuada cuando se trata de un acuerdo voluntario y libre.⁴⁵ En otros precedentes se destacó la necesidad de legislar porque la prohibición o la falta de

⁴⁵ Juzgado Nacional en lo Civil N° 102, 18/05/2015, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, en ABELEDO PERROT N°: AR/JUR/12711/2015.

regulación potencia o aumenta el número de mujeres que pueden sufrir explotación como consecuencia de la gestación por sustitución, debido a que provoca que la práctica se realice al margen de la ley y, lo que incrementa los posibles abusos e injusticias.

Asimismo, se ha fundamentado jurisprudencialmente la validez de los acuerdos de gestación por sustitución en el interés superior del niño. La idea, casi unánime, receptada por la jurisprudencia la resumen muy bien Lamm, Kemelmajer de Carlucci y Herrera al explicar que “no reconocer la validez del acuerdo, lo que implicaría que el niño no tenga vínculos jurídicos con quienes quisieron que nazca (incluso al menos uno de ellos aportando su material genético) podría generar un daño al niño al que no se le reconocen vínculos de filiación con quienes quisieron asumir el rol de padres desde su concepción.”⁴⁶

Respecto a las dificultades a las que se enfrentan los comitentes a la hora de inscribir a los nacidos por esta técnica, hay fallos que sostuvieron que para evitar una inscripción de nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional expresada y un proceso judicial posterior al nacimiento del niño para determinar el vínculo filial, con el consumo de tiempo y producción de sufrimiento derivado de la incerteza de la resolución judicial pendiente, la regulación de la gestación por sustitución es la solución que mejor satisface el interés superior del niño, porque desde el mismo momento del nacimiento podría ser reconocido por la familia que lo desea. La falta de una normativa de los Registros que asegure la inscripción del niño conforme la voluntad procreacional genera una enorme inseguridad jurídica y falta de certeza respecto a su identidad. Ello a su vez puede privar al niño del acceso a las prestaciones médicas, a la educación y a los beneficios de la seguridad social, entre otros.

Los jueces argentinos también invocaron la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular el ya mencionado caso *Artavia Murillo* y el caso *Atala Riffo y niñas c. Chile*. En el primer caso, la Corte consideró que el derecho a la vida privada y a la libertad reproductiva se encuentra conectado al derecho de acceder a las tecnologías médicas que posibilitan ejercer tales derechos. En el segundo, la Corte resaltó el contenido y alcance del derecho a la igualdad y no discriminación y a la vida privada. Además, la Corte consideró que si bien la protección del interés superior

⁴⁶ KEMELMAJER de CARLUCCI, A., LAMM, E. y HERRERA, M. (2012).

del niño es un fin legítimo, no puede utilizarse para enmascarar una ilegítima y discriminatoria interferencia en la vida privada de las personas.⁴⁷

Asimismo, algunos jueces en sus fallos consideraron que la gestación por sustitución se encuentra implícitamente reconocida en la Ley 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. En su artículo 7 dispone: “Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, toda persona mayor de edad que [...] haya explicitado su consentimiento informado”.

Respecto a la gestación por sustitución comercial, existen precedentes jurisprudenciales que reconocen su validez. Así, el Primer Juzgado de Familia de Mendoza⁴⁸ sostuvo: “Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación. Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación.” No obstante, gran parte de los precedentes judiciales argentinos corresponden a casos de gestación por sustitución altruista, en los que los jueces destacaron la carencia de interés económico de la gestante.

Por último, la jurisprudencia mayoritaria ha reconocido la necesidad de regular la gestación por sustitución para preservar el interés de las partes involucradas, y por sobre todo el interés superior de los niños nacidos como consecuencia de esta técnica.

Se incluye como **Anexo I** una tabla con detalle de la jurisprudencia analizada.

El Sistema proyectado en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Proyectos de ley posteriores.

Gran parte de los proyectos de ley presentados en el Poder Legislativo Nacional con anterioridad al Anteproyecto prohibían la gestación por sustitución.

El Anteproyecto incluía en su artículo 562 un reconocimiento expreso de la gestación por sustitución. Entre las razones invocadas en los Fundamentos del Anteproyecto para regular esta figura se puede destacar lo siguiente: “En primer lugar, la fuerza de la realidad, tanto nacional como internacional. Dado que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros, las personas que cuentan con recursos

⁴⁷ ROUDE, Ma. Laura y CAMMARATA, Martin, *Gestación por Sustitución en Argentina. Entre el Silencio Normativo y el Step in Judicial*, publicado en www.abogados.com.ar (2019).

⁴⁸ Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza, “O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva”, 29/07/2015.

económicos viajan con esos fines (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”.⁴⁹

El mencionado artículo disponía: “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.”

Del texto citado surge que el Anteproyecto admitía únicamente la gestación por sustitución (i) gestacional, en línea con la tendencia jurisprudencial nacional e internacional que atribuye especial transcendencia al elemento genético en la

⁴⁹ <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

determinación de la filiación, y (ii) altruista, dejando la puerta abierta para que la regulación reconozca el pago de gastos razonables a la mujer gestante.

El sistema consagrado por el Anteproyecto requería una intervención judicial previa a la realización del tratamiento para que se reconociera al/ a los comitente/s como padre/s del niño nacido a través de esta técnica. Sin esa autorización, el vínculo de filiación se determinaba por las reglas de la filiación por naturaleza.

Todos los requisitos que incluía el artículo 562 del Anteproyecto tenían como objetivo asegurarse que “la mujer que presta su cuerpo lo hace libremente y que este recurso, tan debatido, no es usado como un mero capricho sino como última alternativa”⁵⁰.

Luego de la entrada en vigencia del CCyCN fueron varios los proyectos de ley que se presentaron con el objeto de regular la gestación por sustitución en Argentina. Sólo mencionaré aquellos que en mi opinión contienen las regulaciones novedosas en relación a la norma proyectada en el Anteproyecto.

El proyecto de ley elevado por la senadora (mandato cumplido) Laura G. Montero⁵¹: (i) admite que ninguno de los comitentes aporte sus gametos siempre que existan “razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos”, (ii) incluye como requisito para la persona o una de las personas comitentes que tengan 3 años de residencia ininterrumpida en el país, con el objeto de evitar que la Argentina se transforme en un foco de turismo reproductivo, (iii) requiere la autorización judicial previa, estableciendo que la solicitud incluya un certificado médico que acredite buena salud física y psíquica de la gestante, otro que demuestre que la persona o las personas comitentes son incapaces de concebir o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer, un certificado que compruebe que todas las partes han recibido asesoramiento médico y psicológico adecuado, y un certificado médico que acredite que al menos uno de los comitentes aporta su material genético, cuando proceda, (iv) prevé la intervención de un equipo multidisciplinario existente en el ámbito del poder judicial local, o el que se cree a los efectos de la ley, conformado por un abogado, un médico clínico, un ginecólogo, un psicólogo y un trabajador social, el que deberá emitir un dictamen en el que evaluará la salud física y psíquica de la gestante y su

⁵⁰ <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁵¹ Expediente S-2574/2015.

aptitud para actuar en ese carácter, la idoneidad de las personas comitentes para ser progenitores a través de la gestación por sustitución, y en el que constatará que las personas comitentes son incapaces de concebir, o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer, (v) en relación a los derechos de la gestante, estipula que las cláusulas del acuerdo que de alguna manera limitan sus derechos sobre su propio cuerpo, o su libertad personal, privacidad, integridad física, seguridad o autonomía, se tienen por no escritas, y que si durante la gestación se produce alguna de las causales de interrupción del embarazo autorizadas por el Código Penal, la gestante puede optar libremente por alguna de las alternativas previstas en esa ley, (vi) prohíbe los acuerdos de gestación por sustitución que tengan un fin lucrativo o comercial, autorizando la compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante siempre y cuando sirva 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 post parto, y los gastos básicos durante los meses de embarazo y post parto, agregando que el Ministerio de Salud de la Nación establecerá la fórmula mediante la cual se calcula el monto de esta compensación, (vii) impone a la parte comitente la obligación de contratar un seguro de vida, a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por sustitución, (viii) dispone que la transferencia embrionaria debe hacerse dentro del año desde la fecha de la autorización judicial, (ix) establece que si el acuerdo ha sido autorizado judicialmente, producido el nacimiento, la parte comitente no puede negar su vínculo filiatorio con la persona nacida, y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente, y (x) tipifica como delito penal el accionar de los intermediarios o agentes, con el fin de evitar que terceros se beneficien económicamente con estas técnicas.

Otro proyecto de ley presentado en 2016⁵² contiene disposiciones similares al proyecto de Montero, aunque, con relación a la gestación por sustitución celebrada en el extranjero, dispone que “todo emplazamiento filial derivado de un procedimiento de gestación por sustitución constituido de conformidad con el derecho extranjero, debe ser reconocido en la República...”. Asimismo, obliga a que tanto la gestante como los comitentes tengan cinco años de residencia ininterrumpida en el país, aunque no exige el

⁵² Presentado por Rach Quiroga, Di Tullio, Mendoza, Carol, Mercado, Volnovich, Carmona, Pedrini, Basterra, y Lotto. Expediente 5759-D-2016.

cumplimiento de dicho plazo a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país.

También en 2016 se presentó un proyecto llamado “Regulación de la técnica de gestación solidaria”⁵³. Lo novedoso de este proyecto es que no exige la intervención judicial para poder llevar adelante la gestación por sustitución. Dispone que deberá concretarse en los centros de salud. En este sentido, prevé el “Instrumento de Gestación Solidaria”, al que define como “el documento legal en el que se expresa el compromiso a través del cual la persona ‘gestante’ y el/la pareja ‘comitente’ acuerdan concretar la técnica de Gestación Solidaria. El Instrumento se debe formalizar con el Centro Médico autorizado y deberá ser posteriormente protocolizado ante escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente de la jurisdicción. Este Instrumento formaliza el consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a la técnica de Gestación Solidaria, y es constitutivo e indispensable para que ésta sea válida y existente”. El proyecto también modifica el artículo 562 del CCyCN, proponiendo el siguiente texto: “Las personas nacidas por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos/as de quienes prestaron su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos; y si fuere mediante Gestación Solidaria, con independencia de la persona ‘gestante’”. El proyecto guarda silencio respecto a la posibilidad de compensar a la mujer gestante más allá de los gastos razonables derivados del procedimiento.

En 2017 se presentó otro proyecto de ley⁵⁴ que propone modificaciones al artículo 8 de la Ley 26.862, con el objeto de lograr la cobertura integral de la técnica de gestación por sustitución por parte de las obras sociales. Este proyecto no requiere autorización judicial previa, si no que propone un Instrumento Legal de Consentimiento de la Gestación por Sustitución a confeccionarse en el centro médico autorizado por el Ministerio de Salud (autoridad de aplicación), en el que deberá constar la voluntad informada y explícita de las partes.

Un proyecto del mismo año⁵⁵ reconoce la posibilidad de que los comitentes paguen a la gestante “una compensación económica razonable [...] para compensar por la

⁵³ Presentado por Ferreyra, Horne, Grosso, Carlotto y De Ponti. Expediente 5700-D-2016.

⁵⁴ Expediente 5141-D-2017.

⁵⁵ Expediente 3765-D-2017.

gestación (el subrayado me pertenece), sus gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por sustitución, y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud de conformidad con el artículo 8 de la Ley 26.862. Al evaluar si corresponde la autorización judicial de la gestación por sustitución, el juez evaluará la razonabilidad de la compensación y asegurará que no conlleve un aprovechamiento indebido de la gestante.” De la redacción pareciera que el proyecto reconoce la posibilidad de hacer pagos a la gestante que excedan los gastos razonables netamente vinculados al procedimiento. También propone una modificación al artículo 2 de la Ley 26.862 para que incluya un reconocimiento explícito de la gestación por sustitución como técnica de reproducción medicamente asistida.

Más recientemente se presentó un proyecto de ley ⁵⁶ para incorporar la gestación por sustitución al CCyCN. Este proyecto tiene como antecedente el proyecto 5759-D-2016 comentado anteriormente, y propone una normativa mínima y básica, centrada en la determinación de la filiación. El proyecto dispone que “En los casos de filiación por técnicas de reproducción asistida de gestación por sustitución, la filiación queda determinada por la sentencia judicial que autoriza la gestación por sustitución, siempre sujeta al nacimiento con vida del niño o niña”. También establece que “En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva de la voluntad procreacional manifestada en un consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros y/o se recurra a la gestación por sustitución, no se genera vínculo jurídico alguno con los terceros ni la gestante, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.”

Otros proyectos de 2018 siguen en líneas generales lo propuesto en los proyectos comentados. Uno de ellos⁵⁷ incluye normas sobre el contenido con el que deben cumplir las partidas de nacimiento, estableciendo que no se debe dejar constancia del nombre de la gestante. También establecen que si el acuerdo fue judicialmente autorizado, producido el nacimiento la parte comitente no puede negar su vínculo filiatorio con la persona nacida y la gestante no puede oponerse a que el niño permanezca con la parte comitente. Es decir,

⁵⁶ Presentado por la Diputada Rach. Expediente 0084-D-2018.

⁵⁷ Expediente 1374-D-2018, basado en el proyecto 2574/15.

dispone la ejecutabilidad de los convenios de gestación por sustitución cuando cuenten con homologación judicial. El otro⁵⁸ también requiere que las personas intervinientes cumplan con las obligaciones pactadas en el acuerdo de gestación por sustitución, y que la gestante lleve adelante el embarazo con la diligencia apropiada que requiere aplicar los mejores esfuerzos para lograr el resultado deseado, independientemente de su éxito. Asimismo, incluye modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo tendientes a que se reconozca la licencia anterior al parto a la persona gestante y la posterior a la gestante y a la parte comitente que tenga a su cargo el cuidado del nacido en forma conjunta.

A partir de los proyectos analizados se puede concluir que la tendencia en Argentina pareciera ser favorecer la gestación por sustitución altruista por sobre la comercial, estimando necesario algún tipo de intervención previa a la realización del tratamiento (sea judicial, administrativa o del centro de salud interviniente) con el objeto de validar o formalizar el consentimiento otorgado por las partes intervinientes, y de esa forma establecer la filiación entre la persona nacida y la/s persona/s comitente/s sobre la base de la voluntad procreacional.

El turismo reproductivo

El “turismo reproductivo” es una expresión que refiere a la situación en la que un individuo o pareja se traslada desde su país de origen, en dónde la técnica de reproducción asistida de que se trate (en nuestro caso, la gestación por sustitución) se encuentra prohibida o no regulada, a otro país en el que existe un marco regulatorio, con el objeto de acceder a dicha técnica.

El turismo reproductivo puede tornarse problemático cuando el/los comitentes desean volver a su país de origen con el niño nacido.

Uno de los problemas que se presenta es la incapacidad de obtener un pasaporte para que el niño pueda volver con el/los comitente/s al país de residencia de éstos. Esta situación se da cuando el niño nace en países (India, Rusia y Ucrania, por ejemplo) que consideran padres a los comitentes pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio. Por lo tanto, para regresar a su país de residencia con el niño, los comitentes tienen que solicitar un pasaporte ante el consulado de su país, el que les puede ser (y en varios casos, fue) denegado con fundamento en la invalidez del acuerdo de gestación por sustitución por ser violatorio al orden público. En consecuencia,

⁵⁸ Expediente S-825/18, presentado por Julio Cobos y basado en el proyecto 2574/15.

el niño queda “atascado” en el país donde nació (dónde los comitentes no pueden permanecer indefinidamente) en condición de apátrida y con filiación incierta.⁵⁹

En Argentina existen precedentes en los que se tuvo que resolver sobre casos similares, como por ejemplo el de un matrimonio homosexual de hombres que recurrió a la gestación por sustitución en la India. India no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. Por lo tanto, el certificado de nacimiento expedido en India no reconoce la nacionalidad india de la persona nacida. En consecuencia, si al niño no se le confiere la nacionalidad argentina, adquiere el status de apátrida. En el caso mencionado, la Representación Consular Argentina de Mumbai sostuvo que no era posible inscribir una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre⁶⁰ (el certificado sólo incluyó el nombre del padre biológico), y concluyó que la única vía posible para inscribir en los registros del Estado Argentino al niño nacido en India era una resolución judicial expedida por juez competente de Argentina que ordenara dicha inscripción.

El matrimonio presentó un recurso de amparo para que el Ministerio de Relaciones Exteriores (a través de la Embajada de Argentina en la India) les confiera la documentación (certificado de nacimiento, pasaporte y documento de identidad) que reconozca la paternidad legal del matrimonio y que permitiera al niño salir de la India. El amparo fue concedido⁶¹, autorizando a las autoridades del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires a proceder a la inscripción del nacimiento ante la solicitud de inscripción de nacimiento que formule la embajada de la República Argentina en la India, estableciendo en dicho momento la copaternidad de ambos padres.

Otros casos de gestación por sustitución internacional lamentablemente no siguieron la misma suerte. Existen antecedentes en los que los comitentes se vieron obligados a dejar a los niños en los países en los que se celebró el acuerdo y tuvo lugar el

⁵⁹ LAMM, E. (2012).

⁶⁰ Porque ello no se ajusta al artículo 36, inciso c), de la Ley 26.413, que impone que dicha inscripción debe contener el nombre y apellido de ambos 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).

⁶¹ Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, C.A.B.A., de 22 de marzo de 2012, “D. C. G. y G. A. M. c G. C. B. A., s/Amparo”.

nacimiento.⁶² En otros casos, los comitentes cometieron delitos penales para sacar al niño de ese país⁶³.

Otro riesgo al que se exponen las personas que recurren al turismo reproductivo es que su país de residencia no reconozca, por razones de orden público, la filiación reconocida en el Estado dónde se celebró el acuerdo de gestación por sustitución.

En España, por ejemplo, el Tribunal Supremo⁶⁴ se expidió en contra de la inscripción del nacimiento y del reconocimiento de la filiación de dos niños nacidos gracias a un contrato de gestación por sustitución celebrado en California, Estados Unidos. La autoridad registral de ese estado había reconocido la condición de padres al matrimonio de dos varones que celebró el contrato. El Tribunal sostuvo para fundamentar su fallo que “la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio comitente que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”.

En Francia, en el caso “Mennesson” (2011)⁶⁵, la Corte de Casación rechazó el pedido de reconocimiento de la filiación matrimonial realizado por un matrimonio heterosexual respecto de una niña concebida mediante gestación por sustitución en Minnesota, Estados Unidos en el año 2001, y que es hija biológica de los comitentes. La Corte consideró que se había violado el orden público internacional francés. La Corte

⁶² Por ejemplo, el caso de *Baby Manji* (2008) en el que un matrimonio japonés suscribió un acuerdo de gestación por sustitución en India, habiendo usado material genético del hombre y óvulos donados. Antes del nacimiento de la niña la pareja se divorcia. La mujer comitente luego de la separación no quiso involucrarse con la crianza de la niña. El padre quiso obtener el pasaporte japonés para que la niña vuelva a Japón, pero la embajada japonesa en India no le concedió ni el pasaporte ni la visa, por reconocer la ley local como madre a la mujer que dio a luz, habiendo sido esta india, no japonesa. El padre recurrió al gobierno indio, también encontrándose con dificultades, ya que la ley india en aquel momento no era clara en relación a la gestación por sustitución, por lo que, aun siendo padre biológico, estaba obligado a adoptar a la niña, y en india no se permite la adopción por parte de hombres solteros. Finalmente, luego de una decisión de la Corte Suprema, se emitió un certificado de identidad a favor de la niña que le permitió viajar a Japón.

⁶³ Por ejemplo, el caso la pareja francesa que intentó sacar a sus hijas mellizas de Ucrania luego que la embajada francesa se negara a reconocer la ciudadanía francesa de niñas, y a otorgarles pasaportes. La pareja fue descubierta en la frontera cuando intentaban pasar con sus hijas escondidas en la parte trasera de una camioneta. La justicia ucraniana les aplicó una multa por dicho acto (disponible en https://www.rferl.org/a/womb_for_hire_ukraine_surrogacy_boom_is_not_risk_free/24215336.html).

⁶⁴ TS, 06/02/2014, “D. R. y D. C. c. Administración General del Estado”, Res. n° 835/2013, disponible en www.poderjudicial.es; La Ley online: ES/JUR/1/2014, reseñado por FAMÁ M. V. (2017).

⁶⁵ Sentencia 371/2011, disponible en www.courdecassation.fr, reseñado por FAMÁ M. V. (2017).

llegó a la misma solución en otro caso similar, “Labasse”, en el que la gestación por sustitución se realizó en California, Estados Unidos.

Ambos precedentes llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (“TEDH”)⁶⁶, que se expidió en 2014 condenando a Francia al pago de 5.000 euros a cada uno de los niños y 15.000 euros a los progenitores por considerar que este país había vulnerado el derecho a la vida familiar de los comitentes y el derecho a la vida privada de los niños.

De los argumentos dados por el TEDH en su decisión se pueden destacar: (i) la necesidad de equilibrar el interés de la comunidad a que se respete la decisión adoptada democráticamente (es decir, la prohibición de la gestación por sustitución) y el interés de los requirentes, incluyendo el mejor interés de los niños, para disfrutar plenamente de sus derechos al respecto de su vida privada y familiar, (ii) el derecho a la vida familiar de los comitentes resulta afectado por las dificultades derivadas de la falta de reconocimiento de su filiación en Francia, vinculadas, por ejemplo, a la seguridad social, la escolaridad de las niñas o a la ayuda financiera, (iii) reconocer la filiación de los niños en Estados Unidos sin reconocer efectos en Francia “socava su identidad dentro de la sociedad francesa... la nacionalidad es un elemento de la identidad de las personas”, “de modo que tal indeterminación afecta negativamente la definición de su propia identidad”, (iv) “el no ser identificados por la legislación francesa como hijos del primer solicitante tiene consecuencias sobre sus derechos sucesorios, pues el nacido por gestación por sustitución en el extranjero no puede heredar a menos que reciba mediante una institución testamentaria, como si fuera un tercero, es decir, menos favorablemente”.

Para citar otros ejemplos, hubo otros dos fallos posteriores del TEDH, “Foulon y Bouvet contra Francia” (2016). Similar a los casos anteriores, fueron dos demandas unificadas por rechazo del reconocimiento del acta de nacimiento en los registros de estado civil francés de los niños nacidos en la India por gestación por sustitución. Las bases fueron el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los niños al respeto a su vida privada que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. El caso “Affaire Laborie contra Francia” fue resuelto en forma similar en 2017. El niño había nacido por gestación por sustitución en

⁶⁶ TEDH, 26/06/2014, “Mennesson c/ France” (Requête no 65192/11) y “Labasse c/ France” (Requête no 65941/11), ambos publicados en www.echr.coe.int/, compulsado el 05/08/2014 y reseñados por FAMÁ M. V. (2017).

Ucrania. El TEDH reitera los casos *Mennesson / Labassee* y *Foulon /Bouvet*, en los que sostuvo que Francia violó el derecho a la privacidad de los niños involucrados.

De los casos comentados surge que los países que prohíben o no regulan la gestación por sustitución no evitan con ello que sus ciudadanos recurran a esta práctica en otros países, resultando ello en problemas sumamente graves: niños que quedan sin nacionalidad y sin registro, comitentes que en una situación de desesperación cometen un ilícito para poder regresar a su país de residencia con su/s hijo/s, etc. A estos problemas se suman los costos en los que deben incurrir aquellos que recurren al procedimiento en el exterior.

Ya son varios los países que advirtieron los problemas del turismo reproductivo y en consecuencia adoptaron una postura más restrictiva respecto a la gestación por sustitución.⁶⁷

Algunos datos

Hay muy pocos datos precisos sobre las tendencias en materia de gestación por sustitución, y en particular sobre el número de personas nacidas como consecuencia de esta práctica. Esto se debe principalmente a que muchos países aun no cuentan con cifras oficiales, o bien llevan estadísticas sobre técnicas de reproducción humana asistida, pero sin distinguir las cifras correspondientes a la gestación por sustitución.

En Argentina se pueden estimar algunas cifras a partir de los casos judiciales en los que se tuvieron que resolver planteos que involucran la gestación por sustitución, que a la fecha son 45.⁶⁸

También la existencia de cada vez más clínicas que ofrecen en Argentina la gestación por sustitución como una técnica alternativa pone en evidencia el creciente interés por la práctica en nuestro país.⁶⁹ Por ejemplo, el Instituto Médico Halitus evaluó a 243 pacientes desde 2011 hasta diciembre del 2017, registrando un incremento de las consultas por gestación por sustitución año a año: 2011 (1 consulta), 2012 (8 consultas), 2013 (28 consultas), 2014 (32 consultas), 2015 (42 consultas), 2016 (51 consultas), 2017

⁶⁷ Por ejemplo, Tailandia, Nepal, India y algunos estados de México prohibieron la gestación por sustitución para extranjeros.

⁶⁸ <https://www.lanacion.com.ar/opinion/gestacion-por-sustitucion-un-debate-todavia-pendientesociedad-nid2289440>.

⁶⁹ Por ejemplo Halitus Instituto Médico o Instituto de Medicina Reproductiva Fecunditas.

(81 consultas). Asimismo, de los tratamientos realizados por este instituto, 25 parejas eran heterosexuales, 6 homosexuales masculinos y un hombre sólo. A junio de 2018, 17 personas habían nacido gracias a tratamientos realizados en este instituto y 11 de los niños ya estaban inscriptos a nombre de los comitentes, mientras que el resto estaba en proceso judicial.⁷⁰

En el caso de Halitus, son los pacientes los que buscan a la gestante (a diferencia de lo que ocurre en otros países, como Estados Unidos, en los que existen agencias que intermedian entre los comitentes y las gestantes). El instituto requiere que sea una mujer mayor de edad, que no tenga más de 45 años y que tenga al menos un hijo nacido a término sin complicaciones durante su embarazo, y no más de 5. Un equipo interdisciplinario evalúa física y psicológicamente a los comitentes y a la gestante con el objeto de definir su aptitud para realizar el procedimiento. También requieren que las partes intervinientes firmen un consentimiento libre e informado.

Otros centros de fertilidad también manifiestan brindar un acompañamiento profesional y psicológico a los intervinientes.

La experiencia comentada por centros médicos en Argentina demuestra que si bien no hay en el país una norma que regule la gestación por sustitución, se toman recaudos consistentes con lo que viene exigiendo la jurisprudencia, es decir, tendientes a asegurar que todas las partes intervinientes participen del procedimiento conociendo su alcance.

En relación a los costos involucrados en la gestación por sustitución⁷¹, estos varían según la jurisdicción y pueden oscilar entre los 2.800 y 400.000 dólares totales. Dentro de los costos en general se incluyen costos médicos, legales, de agencias (cuando la legislación permite su actuación), seguros y compensación a la gestante. En el **Anexo II** se incluye un cuadro comparativo con algunos ejemplos sobre los costos en diferentes países.

Gran parte de los datos sobre gestación por sustitución corresponden a Estados Unidos, probablemente porque es el país donde más se desarrolló.

⁷⁰ INCIARTE, Florencia M, QUAINI, Fabiana, MARTÍNEZ, Patricia, URQUIZA, Fernanda, PISCICELLI, Clara, PASQUALINI (h), Agustín, PASQUALINI, Sergio, *Subrogación Uterina. Una Realidad en la Argentina*, Reproducción. Vol. 33 / N° 2 / 2018.

⁷¹ FINKELSTEIN, Alex, MAC DOUGALL, Sarah, KINTOMINAS, Angela, OLSEN, Anya, *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking* –Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic (2016).

En ese país los datos sobre gestación por sustitución surgen principalmente del *US Department of Health and Human Services Centers for Disease Control and Prevention Clinic*, que desde 1995 por ley está obligado a recolectar datos de las clínicas de fertilidad, y que provee información sobre el número y tipo de servicios ofrecidos por cada clínica.⁷²

Desde 1996 a 2003 el número de clínicas que ofrecían servicios vinculados a la gestación por sustitución creció de 37% a 74%.⁷³ En el mismo período, el número de ciclos de gestación por sustitución se cuadruplicó, estimándose que aproximadamente 18.000 niños nacieron como consecuencia de esa práctica.⁷⁴ En el año 2000 se registró que del total de tratamientos por técnicas de reproducción humana asistida, un 1% correspondía a gestación por sustitución.⁷⁵ En 2015, el número de niños nacidos fue de 2.807 (versus 738 en 2004). Las razones de ese incremento no resultan del todo claras, pero pueden atribuirse al número de estados que regularon la práctica, al número creciente de clínicas que la ofrecen y realizan y a la creciente aceptación social.

Explica Piero Montebruno⁷⁶, a partir de un estudio realizado para explorar los efectos de la legislación sobre gestación por sustitución en los distintos estados de Estados Unidos, que aquellos estados que tienen normas más restrictivas, es decir, penalizan la práctica o no obligan al cumplimiento de los contratos de gestación por sustitución, registraron una baja en el número de casos, mientras que aquellos estados con regulación más permisiva, es decir, que reconocen la validez de este tipo de contratos, se registró un incremento.

Montebruno ofrece un ejemplo concreto de como la legislación puede impactar en el número de casos de gestación por sustitución con el caso de la ley del estado de Illinois en Estados Unidos. En ese estado, la gestación por sustitución está regulada. Se reconoce

⁷² Estos datos reflejan los casos de parejas heterosexuales que recurrieron a esta práctica, por ende excluyendo parejas homosexuales. Ello porque aparentemente las clínicas que brindan la información a los *Centers for Disease Control and Prevention* sólo aportan datos de parejas heterosexuales con problemas de infertilidad. Ver MONTEBRUNO BONDI, Piero Francesco, *Surrogacy in the United States: Exploring the Effects of Legislation and Documenting the Consequences on Marriage, Births, Out-of-wedlock Births and Divorce*, A thesis submitted to the Department of Geography and Environment of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, (2016), LSE Theses Online. Disponible en <http://etheses.lse.ac.uk/3451/>.

⁷³ PEABODY ZIL, Charlene E.C., *The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers*, Economics 191A, Senior Essay Seminar, Vincen Crawford (2006).

⁷⁴ PERKINS, Kiran M., BOULET, Sheree L., JAMIESON, Denise J., KISSIN, Dmitry M., *Trends and Outcomes of Gestational Surrogacy in the United States* (2016). Disponible en [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(16\)61057-9/fulltext#sec2](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(16)61057-9/fulltext#sec2).

⁷⁵ PEABODY ZIL, C. (2006).

⁷⁶ MONTEBRUNO BONDI, P. (2016).

legalmente su validez, definiéndose reglas claras para el procedimiento: se regula un proceso simple para obtener la partida de nacimiento, pudiéndose determinar la filiación entre los comitentes y el niño en forma previa al nacimiento. El autor muestra como luego de aprobarse la ley en enero de 2005 el número de clínicas y el porcentaje de ciclos totales que cada clínica dedica a la gestación por sustitución incrementó. Explica como nuevas clínicas ingresaron al mercado, algunas de ellas especializadas en gestación por sustitución. Destaca que luego de aprobarse la ley hay un incremento abrupto en el número de casos, y que hacia el final del período analizado, es decir, en 2013, se registra una tendencia a la baja, debiendo futuros estudios analizar las causas.

También se registró que entre 2006 y 2013 el 18,5% de los tratamientos de gestación por sustitución fueron realizados por parejas o personas extranjeras, pudiendo ello ser respuesta al hecho de que en gran parte de los estados de Estados Unidos existe un marco regulatorio.⁷⁷

En 2014 el Bureau Permanente de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado realizó un estudio sobre los problemas derivados de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución⁷⁸.

En este estudio se presentan algunos números en base a la información provista por algunos países. Por ejemplo, respecto a los países “receptores” (dónde residen el/los comitentes que realizan el tratamiento en el exterior), en Israel el número de casos en 2012 ascendía a 128, registrándose un aumento del 967% considerando la información existente a 2009 (12 casos). En Australia, se registraron aproximadamente 430 casos en el período desde el 2009 hasta el 2015. La mayoría de los países sostienen que las cifras probablemente sean más altas que las registradas, dado que en muchos casos los comitentes pueden presentar en su país de residencia un certificado de nacimiento que documente al nacimiento como un nacimiento en el extranjero, sin mencionar la intervención de la mujer gestante. El estudio aclara que de la información brindada por agencias y abogados surge que personas de todo el mundo han viajado al exterior para recurrir al tratamiento.

Estados Unidos e India fueron mencionados como los países que más recibieron turismo reproductivo a la fecha del informe, seguidos por Tailandia, Ucrania y Rusia. Los

⁷⁷ PERKINS, K., BOULET, S., JAMIESON, D., KISSIN, D. (2016).

⁷⁸ Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

últimos 2 registraron más casos de comitentes provenientes de Europa, mientras que Tailandia recibió más casos de personas residentes en Australia y Nueva Zelanda. Asimismo, se reportó que estas tendencias también pueden estar relacionadas con la normativa de cada país receptor. Así, por ejemplo, se menciona el caso de India, que prohíbe a parejas del mismo sexo y a parejas no casadas acceder a la gestación por sustitución, aparentemente llevando a que más parejas homosexuales recurrieron al tratamiento en otros países como Tailandia y Estados Unidos.

También se informa que gran parte de los acuerdos son comerciales, involucrando pagos a la gestante por encima de gastos médicos razonables, así como pagos significativos a las agencias involucradas. El número de acuerdos altruistas reportados constituyó una minoría.

Algunos países también reportaron la comisión de ilícitos vinculados a este tipo de acuerdos. Por ejemplo en New South Wales en Australia, a pesar de existir una ley que prohíbe a sus residentes suscribir acuerdos de gestación por sustitución comerciales en el exterior, se registraron casos de personas que viajaron a Tailandia, India o Estados Unidos para suscribirlos. En Ontario, Canadá, en 2013, se registró un caso en el que se acusó a una persona de violar la *Assisted Human Reproduction Act* por aceptar pagos vinculados a la intermediación entre comitentes y mujeres gestantes, y por realizar pagos a mujeres gestantes.

Análisis económico

Argumentos económicos para defender el reconocimiento legal expreso de la validez de los contratos de gestación por sustitución.

Expuestos los argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución, el panorama normativo a nivel internacional, y la situación en Argentina, pretendo adentrarme en el análisis sobre la necesidad de reconocer legalmente la validez de los contratos de gestación por sustitución puramente a la luz de las herramientas del análisis económico del derecho.

Prescindiré en este análisis de toda consideración valorativa, ética o moral. Asimismo, consideraré únicamente la gestación por sustitución gestacional, dado que gracias a los avances científicos en la materia, la tradicional cayó en desuso.

Partiré para este análisis de la hipótesis del individuo como ser racional que toma decisiones con el propósito de maximizar su propia utilidad o bienestar, eligiendo por ende las alternativas que le permiten satisfacer sus preferencias a menor costo de oportunidad. Por lo tanto, cuando las personas toman decisiones se enfrentan a precios (monetarios o no monetarios) que constituyen el costo de abstenerse de su mejor alternativa.⁷⁹

El análisis económico del derecho de los contratos ofrece una teoría sobre qué promesas deben cumplirse, es decir, ejecutarse legalmente, postulando que deben cumplirse aquellos contratos cuyas partes quieren que sean obligatorios al momento de celebrarlos,⁸⁰ porque permiten mejorar su situación al reportarles un beneficio.

Los contratos en general incrementan el bienestar de las partes. Son éstas las que mejor saben si el contrato las dejará en una mejor situación, porque ellas son las que mejor conocen sus intereses y por ende mejor evalúan su bienestar. Por lo tanto, sus preferencias deben prevalecer sobre cualquier intervención del estado, salvo cuando no actúan de forma racional o existan imperfecciones de mercado.

Los contratos, considerados *ex ante*, maximizan el bienestar de las partes contratantes, puesto que cada parte revela al suscribir el acuerdo que valora más lo que recibe de la otra que lo que entrega a cambio. Cada parte recibe algo que valora más, es decir, se verifica un excedente a favor de ambas partes.⁸¹ Por ende, cuando dos personas se comprometen voluntariamente a realizar una transacción, existe la expectativa de obtener beneficios mutuos, lo que hace que las personas estén dispuestas o tengan interés en suscribir contratos.⁸²

Richard Posner fue el primero en hacer un análisis económico de los contratos de gestación por sustitución. Sostiene que este tipo de contratos no se celebrarían si cada una de sus partes no creyese que la gestación por sustitución le traerá algún beneficio.⁸³

Siguiendo un ejemplo similar al que propone Posner, consideremos un contrato de gestación por sustitución comercial en el que los comitentes se comprometen a abonar a

⁷⁹ STORDEUR, Eduardo. *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina (2011).

⁸⁰ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics, 6th edition*, Berkley Law Books, Book 2 8 (2016). Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>.

⁸¹ STORDEUR, E. (2011).

⁸² EPSTEIN, R. (1995).

⁸³ POSNER, Richard A., *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, 5 Journal of Contemporary Health Law and Policy 21 (1989).

la mujer gestante una compensación de US\$ 30.000 (es decir, por encima de los gastos médicos, legales o de intermediarios que pueda originar el contrato). Los comitentes sólo suscribirán el contrato si creen que el convertirse en padres les reportará una utilidad mayor a la que le reportan los US\$ 30.000. La mujer gestante también debe creer que obtendrá un beneficio del uso que hará de los US\$ 30.000 que recibe como compensación que es mayor al costo que ella asigna al esfuerzo físico y psíquico de gestar al bebé de los comitentes y entregárselos luego de nacido. Es decir, la mujer gestante sólo celebrará el contrato si los US\$ 30.000 le permiten satisfacer sus preferencias a un menor costo que otras alternativas que tiene disponibles (por ejemplo, el contrato de gestación por sustitución podría permitirle hacerse de US\$ 30.000 de forma mucho más rápida que si quisiera alcanzar ese nivel de ahorro con el sueldo de su trabajo). Asimismo, los comitentes sólo celebraran el contrato si ésta es la única forma que tienen de satisfacer sus preferencias (asumiendo que sólo quieren un hijo biológico) frente a otras alternativas disponibles (por ejemplo, la adopción). El mismo análisis es aplicable a un caso de gestación por sustitución altruista, en el que el ayudar a que los comitentes puedan tener un hijo le reportará a la mujer un beneficio mayor al costo que asigna a actuar como gestante (de lo contrario, no accedería al contrato).

El hecho que pocas mujeres consideren la gestación por sustitución nada tiene que ver con la posibilidad de que obtengan beneficios a partir de estos contratos. Sólo demuestra que las personas valoran las distintas alternativas disponibles en forma subjetiva.

Muchas mujeres consideran que el costo de la gestación es altísimo y por ende no estarán dispuestas a soportarlo, incluso frente a un ofrecimiento de una compensación significativa. Por ejemplo, estos contratos pueden implicar una limitación a la libertad de actuación de la gestante. Pueden suponer una obligación de la gestante a acatar las sugerencias del médico tendientes a proteger a la persona por nacer y a asegurar un parto exitoso (por ejemplo, necesidad de hacer reposo y por ende no trabajar, no viajar o no continuar con ciertas actividades recreativas, seguir determinada dieta, etc.). Para algunas mujeres esa limitación tendrá un costo tan alto que no estarán dispuestas a aceptar el contrato, aunque otras pueden considerar que el costo de estas restricciones es bastante menor. Todo contrato supone que alguna de las partes renuncie a cierto grado de autonomía, pero sólo a cambio de algo que considera más valioso.⁸⁴ Asimismo, la

⁸⁴ EPSTEIN, R. (1995).

gestante podría acordar el pago de una prima a cambio de adoptar un estilo de vida aún más sano.

La obtención de los beneficios mutuos depende del reconocimiento de la validez de los contratos de gestación por sustitución.

Si no existe un reconocimiento expreso de la validez de los contratos de gestación por sustitución que obligue a su cumplimiento, las personas no podrán hacer promesas creíbles, ya que el sistema no otorga mecanismos que garanticen el cumplimiento de las prestaciones y que por ende hagan costoso el incumplimiento. La consecuencia de este *status quo* es que muchas transacciones que podrían llevar a resultados eficientes en términos económicos quedan sin realizarse debido a la falta de confianza en el cumplimiento de los contratos.

Es decir, si no se reconoce expresamente la validez de los acuerdos de gestación por sustitución, los comitentes no tendrán ninguna garantía que la gestante les entregará (o será obligada a entregar) al bebé una vez nacido. Por ende, probablemente limitarán sus intercambios a allegados (parientes o amigas) que les den la seguridad de que cumplirán con lo pactado. El problema aquí es que no todos tienen una amiga o pariente dispuesta a actuar como gestante, por lo que las posibilidades de quienes quieren recurrir a esta técnica para ser padres se verán muy limitadas. Las mujeres gestantes tampoco tendrán ninguna garantía que una vez logrado el embarazo y/o nacido el niño los comitentes cumplirán con su parte del acuerdo, recibiendo al nacido y/o abonando la compensación. Por lo tanto, posiblemente se reduciría el número de mujeres dispuestas a celebrar estos acuerdos como gestantes.

Además, el reconocimiento de la validez de los contratos de gestación por sustitución que por ende obligue a su cumplimiento desincentivaría a suscribir este tipo de acuerdos a aquellas mujeres que tengan dudas sobre su capacidad cumplirlos. No reconocer su ejecución legal haría que mujeres que no están seguras sobre su fortaleza física y psicológica para transitar el proceso igualmente estén dispuestas a participar en estas transacciones. El grupo de mujeres dispuestas a considerar la gestación por sustitución cambiaría para peor. El número de casos en los que la gestante se arrepienta y no quiera entregar al bebé podría aumentar y consecuentemente impactar en forma negativa en el número de comitentes dispuestos a someterse al procedimiento.⁸⁵ El

⁸⁵ EPSTEIN, R. (1995).

reconocimiento de la validez y por ende de sanciones ante un incumplimiento también desincentivaría a aquellas mujeres oportunistas o que buscan extorsionar a los comitentes. Asimismo, sin un reconocimiento expreso de la validez de estos contratos los comitentes confiarán más en aquellas gestantes con experiencia, creándose así barreras a la entrada para aquellas mujeres más jóvenes que quieran por primera vez actuar como gestantes.⁸⁶

La falta de seguridad jurídica también podrá resultar en que los comitentes estén dispuestos a pagar a la mujer gestante una compensación menor a la que pagarían si se reconociese la validez del contrato, ya que incorporarán el riesgo del arrepentimiento u oportunismo de la gestante a la compensación, lo que hará que disminuya en detrimento de la mujer.⁸⁷ También afecta sus preferencias, ya que la gestante podría acceder a una compensación menor para mantener la posibilidad de arrepentirse.⁸⁸

Asimismo, la falta de certeza sobre si el estado reconocerá el vínculo de filiación de los comitentes con el nacido gracias a esta técnica podría afectar el número de personas dispuestas a recurrir a la gestación por sustitución para tener un hijo. Sin un reconocimiento expreso de la validez, una vez nacido el niño, los comitentes podrán verse envueltos en extensos, costosos y desgastantes procesos judiciales para lograr que los Registros del Estado Civil y Capacidad de las Personas inscriban al menor como hijo suyo, y no de la gestante.

Aún sin un sistema de sanciones legales que asegure el cumplimiento de los contratos y desincentive el comportamiento oportunista de las partes, los incentivos para el cumplimiento de estos contratos podrían darse por otras razones que incentivan la cooperación, como ser la reputación. Por ejemplo, aquellas mujeres que tengan la intención de actuar como gestantes en más de una ocasión tendrán incentivos para cumplir, de lo contrario nadie querrá contratar con ellas en el futuro. Lo mismo ocurre para los comitentes. No obstante, es muy difícil lograr la cooperación de esta forma en contextos en los que la información no está disponible para todos los que deseen participar de este mercado. Es decir, la mujer gestante podría no saber que en otra ocasión los comitentes no cumplieron con la compensación prometida a la gestante, o que se rehusaron a recibir al bebé por el motivo que fuere. De la misma forma, los comitentes podrían no saber que la gestante en el pasado se negó a entregarle al bebé a otros

⁸⁶ HATZIS, A. (2003).

⁸⁷ HATZIS, A. (2003). Ver también POSNER, R. (1989).

⁸⁸ POSNER, R. (1989).

comitentes, o bien no cuidó adecuadamente de él durante la gestación. Por ende, un reconocimiento expreso de la validez de los contratos de gestación por sustitución que responsabilice a las partes en caso de incumplimiento pareciera ser la única manera de tornar costoso el incumplimiento o el oportunismo contractual, y de esa manera generar incentivos para que se celebren contratos con la confianza que se cumplirán.

En definitiva, dado los intereses en juego para cada una de las partes en este tipo de contratos, sin un reconocimiento legal expreso que incentive a las personas a cumplir con sus obligaciones contractuales, los contratos de gestación por sustitución resultarán menos atractivos para aquellas personas o parejas para las que esta técnica es la única forma de tener un hijo biológico y para aquellas mujeres dispuestas a actuar como gestantes, quedando de esa forma transacciones mutuamente beneficiosas (que maximizan valor) sin concretarse.

La hipótesis del beneficio mutuo es insostenible cuando existen problemas de racionalidad y fallas de mercado.

Si el consentimiento de alguna de las partes del contrato se encontraba viciado por la causa que fuere (incapacidad, fraude, coerción, etc.) no debe obligarse al cumplimiento del contrato de gestación por sustitución.

A lo sumo los contratos celebrados bajo esta circunstancia podrán tener un resultado que se considere eficiente bajo el criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks (que explicaré más en detalle luego) si hay razones para considerar que el tamaño de las ganancias de los ganadores es lo suficientemente grande como para eclipsar las pérdidas. No obstante, cuando la pérdida para la parte cuyo consentimiento estuvo viciado es de tal magnitud que supera ampliamente la ganancia obtenida por la otra parte en el contrato, el ganador no podrá compensar al perdedor y a la vez obtener un beneficio de la transacción. Por ende, es necesario desconocer la validez de aquellas transacciones en las que el consentimiento de alguna de las partes se ve afectado, para asegurar que solo se realizarán aquellos contratos que resultan en un incremento neto del bienestar.⁸⁹

Dado que los comitentes tendrán profundo interés en asegurar la salud y el bienestar del bebé que nacerá gracias al contrato, tendrán especial cuidado en la selección de la gestante, buscando elegir a alguien que pueda garantizar el buen cuidado del bebé durante la etapa de gestación y un parto exitoso. Por lo tanto, ninguna persona tendrá incentivos

⁸⁹ EPSTEIN, R. (1995).

para elegir como gestante a una mujer con un historial de abuso al alcohol o a las drogas, o con problemas de salud, o que ya experimentó complicaciones con embarazos anteriores.⁹⁰

El interés de los comitentes en la cuidadosa selección de la gestante ayuda a eliminar las preocupaciones vinculadas a la explotación de la mujer o a los vicios en su consentimiento prestado para celebrar el contrato. Y aun cuando pueda llegar a darse alguna forma de abuso, la mujer gestante podrá recurrir a los remedios previstos en el ordenamiento jurídico para invalidar el contrato ante la existencia de vicios.⁹¹

Algunos oponentes de la gestación por sustitución sostienen que el consentimiento otorgado por la mujer gestante no puede considerarse voluntariamente otorgado dado que ésta no puede verdaderamente predecir cómo la afectará el procedimiento. Sostienen que la gestante no tiene, *ex ante*, información adecuada, porque no puede medir con precisión los efectos que a largo plazo le generará el compromiso que asumió. Por lo tanto, postulan que no debe obligarse al cumplimiento de estos contratos.⁹²

Los costos de información constituyen, en general, una razón para dudar, *ex ante*, si un contrato realmente maximizará valor, ya que en general las prestaciones no se ejecutan inmediatamente, si no luego de firmarse el acuerdo.⁹³ Si bien está ampliamente aceptado que las personas son las que mejor conocen sus intereses, también es cierto que pueden equivocarse debido a la información imperfecta.⁹⁴

Si las mujeres que acceden a ser gestantes no saben *ex ante* cómo las afectará el embarazo, o luego de dar a luz, la entrega del niño a los comitentes, estos contratos pueden no llevar a un incremento neto del bienestar. No obstante, Posner sostiene que no hay evidencia suficiente para afirmar que las mujeres que acceden a ser gestantes en general desconocen o subestiman la responsabilidad que asumen y los efectos que les generará el cumplimiento del contrato. Agrega que muchos niños nacieron gracias a esta técnica y pocos acuerdos se judicializaron, lo que permite presumir que la mayoría de las gestantes

⁹⁰ EPSTEIN, R. (1995).

⁹¹ EPSTEIN, R. (1995).

⁹² WALKER WILSON, Molly J., *Precommitment in Free-Market Procreation: Surrogacy, Commissioned Adoption, and Limits on Human Decision Making Capacity*, Journal of Legislation: Vol. 31: Iss. 2, Article 3. (2005). Disponible en: <http://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol31/iss2/3>. Ver también BRINIG, Margaret F., *A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein's Surrogacy: The Case of Full Contractual Enforcement*, 81 Va. L. Rev. 2377 (1995). Disponible en: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/353.

⁹³ POSNER, R. (1989).

⁹⁴ HATZIS, A. (2003).

no se arrepienten al momento de entregar al bebé a los comitentes. Asimismo, menciona que gran parte de las gestantes ya tienen hijos y pocas son menores de 20 años, lo que permite asumir que la mujer será capaz de evaluar el costo físico y psíquico del procedimiento.⁹⁵

De los datos analizados en este trabajo surge que los argumentos de Posner hoy siguen vigentes. Son pocos los casos en los que se presentan conflictos a la hora de cumplir los contratos de gestación por sustitución. Además, en muchos casos las gestantes no se encuentran en una situación de necesidad extrema a nivel económico y/o hicieron un análisis cuidadoso sobre los beneficios que pueden obtener de la compensación (o del actuar altruista, en caso que se trate de una gestación por sustitución solidaria) y los costos de gestar al niño y luego entregárselos al/a los comitente/s.⁹⁶ Asimismo, los datos de algunos países permiten confirmar que muchas de las mujeres que actúan como gestantes cuentan con un nivel de educación universitario⁹⁷, en general superan los 20 años de edad y ya tienen al menos un hijo, lo que permite presumir que pudieron hacer un análisis adecuado del compromiso asumido.

Podría también pensarse que existe un problema de asimetría de la información en los contratos de gestación por sustitución ya que los comitentes tienen menos información sobre la “calidad” de la gestante, entendiéndose por tal su aptitud física y psíquica para garantizar el cumplimiento del contrato, y el nivel de cuidado que adoptará para asegurar el cuidado adecuado del bebé durante la gestación.

No obstante, los comitentes pueden a un costo razonable evaluar la aptitud física y psíquica de la gestante mediante exámenes médicos y psicológicos. De los datos y casos analizados surge que el procedimiento de gestación por sustitución siempre involucra la realización de este tipo de exámenes a la gestante, sea en forma directa o a través de agencias intermediarias. Por ende, estos son costos que los comitentes siempre consideran

⁹⁵ POSNER, R. (1989).

⁹⁶ Por ejemplo, el caso de una gestante en Ucrania que cuenta que considera la práctica estrictamente laboral, y que la consideró luego de “informarse mucho”. También manifiesta: “desde un principio entendí lo que estaba haciendo, cual era mi rol y que lugar ocupaba [...] en el proceso siempre tuve en claro que para mí eso era un negocio” (Fuente: https://tn.com.ar/sociedad/un-viaje-la-fabrica-de-bebes-como-funciona-la-capital-mundial-del-alquiler-de-vientres_997909). Además, de los precedentes jurisprudenciales en Argentina surge que la gran mayoría de los casos fueron de gestación por sustitución altruista en los que no hubo una explotación económica de la gestante. Asimismo, quedó acreditado en autos que las gestantes hicieron un análisis cuidadoso de las implicancias de gestar el bebé para los comitentes, habiéndose realizado estudios físicos y psicológicos para constatar su aptitud.

⁹⁷ Por ejemplo, en Israel el 32% de las gestantes tiene un título universitario (fuente: <https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>). En Estados Unidos, el 39% fueron a la universidad. Ver también PEABODY ZIL, C. E. C. (2006).

a la hora de decidirse por el procedimiento, y que parecen aceptar, en virtud de los intereses en juego.

En cuanto al nivel de cuidado adoptado por la gestante durante el embarazo, la relación entre el/los comitente/s y la gestante durante esta instancia presenta los problemas derivados de la relación principal-agente. Los comitentes (principal) no pueden controlar perfectamente la conducta de gestante (agente) durante el embarazo. Por ende, la gestante tenderá a esforzarse menos de lo que los comitentes consideran deseable.

Es decir, existe el riesgo de que el interés de la gestante no esté completamente alineado con el del/de los comitente/s, y por ende, de no existir mecanismos de control eficientes, adopte un nivel de cuidado menor al que el/los comitente/s considera/n deseable. Por ejemplo: podrá hacer actividad física cuando no es recomendable, trabajar para tener un ingreso extra aun cuando se le indica reposo, etc. La gestante podría actuar para maximizar su propio beneficio en perjuicio del/de los comitente/, pudiendo ello llevar a una pérdida del bienestar esperado del contrato.

Los problemas de agencia a veces llevan a que las partes introduzcan mecanismos para alinear los incentivos y controlar al agente. Esto obviamente aumenta los costos de la contratación y podría, por ejemplo, impactar negativamente en la compensación de la gestante, en caso que la gestación por sustitución fuese comercial.

El riesgo del comportamiento oportunista de la gestante creo podría disminuirse reconociendo la validez de los contratos de gestación por sustitución responsabilizando, por ende, los incumplimientos. De esta forma, los comitentes pueden, por ejemplo, incorporar en el contrato la obligación para la gestante de adoptar determinado nivel de precauciones, fijando una disminución en el precio acordado si no cumple con dicha obligación. Esto funcionaría bien para cuidados que sean observables. Cuando no lo son, otra solución puede ser la del pago de parte de la compensación luego del parto, generando en la gestante los incentivos para que adopte niveles de cuidado óptimos, ya que de no hacerlo, no recibirá el saldo del precio pactado. En definitiva, el riesgo de una sanción por incumplimiento podría generar incentivos para promover la cooperación y por lo tanto para que la mujer gestante adopte niveles óptimos de cuidado durante la gestación. El reconocimiento de la validez de estos contratos por ende hará más costoso el oportunismo contractual para la gestante.

Swapnendu Banerjee y Sanjay Basu⁹⁸ analizaron el tema del oportunismo de la gestante en los contratos de gestación por sustitución. Concluyeron que si no se obliga al cumplimiento del contrato, la gestante podría no tomar el nivel adecuado de prevención o cuidado durante la gestación para asegurar el nacimiento de un bebé sano, ya que bajo un sistema que no reconoce la validez de los contratos, y por ende no obliga a su cumplimiento, los comitentes no estarán dispuestos a pagarle la compensación que merece para adoptar un nivel óptimo de cuidado. Por ende, anticipándose a esta “explotación”, tomara un nivel de cuidado acorde al pago que recibe, redundando ello es un riesgo para la salud del bebé que está gestando, pudiendo llevar a equilibrios que no son eficientes en términos de Pareto.

Banerjee y Basu también sostienen que no reconocer la ejecución legal de los contratos de gestación por sustitución resultaría en un aumento de la demanda de las gestantes que denominan “*low type*”, que son aquellas que estarán dispuestas a aceptar una compensación menor dado que las alternativas a las que renuncian cuando aceptan desempeñarse como gestante (ejemplo, su actual o potencial trabajo) les representan una utilidad menor. Es decir, tienen un costo de oportunidad menor debido a, por ejemplo, su nivel de educación e ingresos. Las gestantes a las que llaman “*high type*” producen mejores resultados, pero demandarán una compensación mayor ya que sus alternativas son mejores debido a que tienen una mejor educación o mejores oportunidades laborales. Elegir este tipo de gestante obviamente aumentará la compensación para los comitentes. Si no se reconoce la validez del contrato, tenderán a elegir las gestantes *low type*, ya que como mencioné antes, en un escenario de no reconocimiento legal de la validez de estos contratos, los comitentes tenderán a ofrecer una compensación menor. Este análisis sugiere que la prohibición o el silencio legal pueden resultar en un daño para el bebé concebido debido a un incremento en la demanda de gestantes *low type*.

Asimismo, un cambio de circunstancias resultado del paso del tiempo puede afectar el cálculo inicial del costo/beneficio del contrato hecho por cada parte. Por ejemplo, los comitentes podrían tener dudas luego de celebrado el contrato, si por ejemplo se divorciasen antes que la gestante dé a luz, o en el desafortunado caso en el que la persona por nacer tuviese algún tipo de discapacidad. La falta de tiempo y de recursos hará

⁹⁸ BANERJEE, Swapnendu y Sanjay BASU, *Rent a Womb: Surrogate Selection, Investment Incentives and Contracting*, (2006). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=894022> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.894022>.

imposible que las partes puedan prever y alocar cada posible contingencia. Esto es común a todos los contratos y por ello es muy importante contar con reglas claras aplicables a estos contratos, sobre todo en materia de responsabilidad por incumplimiento, además de las reglas supletorias que ofrece el derecho de los contratos y que permiten completar los acuerdos, disminuyendo los costos de las transacciones.

Corresponde también analizar si los contratos de gestación por sustitución producen externalidades negativas (es decir, trasladan costos a personas que no participan de la transacción sin que estas sean recompensadas) que justifiquen no admitir legalmente su validez por llevar a resultados ineficientes en términos económicos.

Hay autores que sostienen que los acuerdos de gestación por sustitución deben prohibirse porque tienen un impacto adverso en la concepción de la sociedad respecto a las mujeres en general. Opinan que este tipo de transacción lleva a concebir a la mujer, o su capacidad reproductiva, como un objeto del comercio, y por ende no constituye una transacción socialmente deseable.

Epstein critica esta postura ya que sostiene que supone establecer una prohibición legal sobre la base de lo que él llama externalidades negativas blandas y selectivas (“*soft selective negative externalities*”). Define este tipo de externalidad por oposición a otra categoría de externalidades negativas, que llama externalidades fuertes (“*hard externalities*”) y que suponen: (i) lesiones causadas a una persona o a su propiedad, o la amenaza de lesiones, o (ii) daño económico consecuencia de ciertas prácticas de mercado que permiten la creación o la explotación del poder de monopolio.⁹⁹

Epstein remarca que el argumento comentado, que asigna tanto peso a una externalidad blanda, es débil porque postula un cambio normativo únicamente sobre la base de una opinión negativa que sólo algunas personas tienen respecto a la gestación por sustitución (en particular, la comercial). Otras personas podrían, y de hecho, tienen, una opinión distinta. Epstein sostiene que la gestación por sustitución permite la continuidad de los lazos de parentesco y si bien el aspecto comercial que a veces adopta este contrato puede ser cuestionado, es un aspecto necesario de la transacción que genera enormes beneficios no cuantificables para el/los comitente/s e incluso para sus allegados que los acompañaron durante todo el largo y angustiante proceso de búsqueda de un hijo.¹⁰⁰

⁹⁹ EPSTEIN, R. (1995).

¹⁰⁰ EPSTEIN, R. (1995).

Epstein considera que únicamente la existencia de externalidades fuertes justifica promover la prohibición de la gestación por sustitución.¹⁰¹

Respecto de otras posibles externalidades negativas, hay quienes opinan que la gestación por sustitución puede generar un daño en el niño nacido como consecuencia de esta técnica debido a los lazos que puede generar con quien lo ha gestado, o sobre la familia de la mujer gestante que también puede verse afectada por el proceso. No obstante, no existe evidencia que demuestre que efectivamente se generen daños para estas terceras partes. El niño no existiría de no ser por la gestación por sustitución y en el caso de la familia de la mujer gestante, de muchos fallos argentinos surge que suelen acompañarla y apoyarla durante todo el proceso.

También podría pensarse que reconocer legalmente la validez de la gestación por sustitución puede generar una disminución en la demanda de adopciones, causando así un daño a aquellos menores que no son adoptados. No obstante, la gestación por sustitución y la adopción no son perfectamente sustituibles. La adopción es un instituto dirigido a la protección de niños ya engendrados, mientras que la gestación por sustitución es un procedimiento que permite la procreación. Y aún si fuese ilegal la gestación por sustitución, muchas personas o parejas podrían no querer recurrir a la adopción por sentir que no pueden establecer un lazo con quien no tiene su biología, o por no estar dispuestos a transitar el proceso, que en algunos países como en Argentina involucra plazos muy extensos (los solicitantes deben esperar un promedio de diez años para estar primeros en la lista del Registro Único de Adoptantes local, ya que existen aproximadamente 40.000 parejas inscriptas en dicho registro).

El reconocimiento expreso de la validez de la gestación por sustitución podría generar externalidades positivas, es decir, beneficios en terceros sin que estos deban pagar por ellos. Como han demostrado algunos trabajos, el reconocimiento legal de la gestación por sustitución genera un aumento en el número de casos, lo que llevaría a incrementar los índices de natalidad en beneficio de la sociedad en general. Asimismo, aumentaría el bienestar de la familia y amistades de los comitentes, que los acompañan en todo el proceso y probablemente también se beneficien del bienestar que les genera a los comitentes convertirse en padres/madres. También podría aumentar el bienestar de la

¹⁰¹ EPSTEIN, R. (1995).

familia de la gestante, si ésta usa la compensación obtenida para, por ejemplo, dar una mejor educación a sus hijos.

La gestación por sustitución pareciera no generar externalidades negativas que justifiquen no reconocer legalmente su validez. Al contrario, pareciera que las ganancias que obtienen las partes del contrato e incluso terceros son suficientes para legitimar estas transacciones.

El reconocimiento de la validez de los contratos de gestación por sustitución también contribuiría a disminuir los altos costos de transacción en los que muchas veces incurren las partes cuando la validez de estos acuerdos no está expresamente reconocida.

Los costos de transacción pueden adoptar diversas formas: costos de búsqueda de información o de la contraparte, costos de negociación y redacción del contrato, costos asociados al control del cumplimiento del contrato, etc.

En muchos de los casos judiciales sobre gestación por sustitución en Argentina las partes buscaron un reconocimiento judicial de la validez del convenio antes de realizar el tratamiento. Ello supone para las partes altos costos vinculados al acceso a la justicia y a los tiempos de los procesos judiciales, que en Argentina son extensos y que en estos casos pueden resultar en un daño, ya que muchas personas o parejas en general recurren a la gestación por sustitución luego de años de tratamientos de fertilidad, lo que implica que por su edad, y para asegurar la fecundación del óvulo con el espermatozoide, no puedan demorar el inicio del tratamiento. Si bien hoy es posible congelar óvulos, espermatozoide o embriones, no todos podrán pagarlo. Por ende, mientras no haya regulación, la autorización judicial previa muchas veces se impone como el único camino que garantiza los derechos de los intervinientes y elimina la incertidumbre sobre si se reconocerá la validez del contrato.

Otros precedentes judiciales en Argentina demuestran que muchas veces los contratos se celebran y el tratamiento se realiza sin pedir la previa homologación judicial del convenio, pero luego los comitentes se encuentran frente al problema del reconocimiento de la filiación, ya que en virtud de las normas hoy vigentes en Argentina, los Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas reconocerán como madre a la mujer gestante. Ello también supone altos costos procesales tendientes al reconocimiento de la paternidad/maternidad en cabeza de los comitentes.

Los precedentes argentinos en la materia también muestran que muchas personas o parejas realizan el tratamiento en países donde existe un reconocimiento legal expreso de la validez de la gestación por sustitución. Más allá de los problemas que involucra el turismo reproductivo, y que ya comenté, recurrir a esta práctica en el exterior obviamente supone altos costos para el/los comitentes.

Asimismo, sin normas claras que obliguen al cumplimiento del contrato, los comitentes gastarán mucho dinero y esfuerzos en verificar la aptitud física y psíquica de la mujer gestante para cerciorarse que contratan con una mujer que no se arrepentirá. Ello puede suponer, por ejemplo, realizar varios exámenes en distintos centros de salud, lo que obviamente incrementa los costos del contrato para los comitentes y puede resultar más gravoso para la gestante, pudiendo ello llevar a una disminución en la oferta de gestantes, ya que aquellas mujeres seguras de sus propias preferencias pueden no estar dispuestas a pasar por tantos exámenes para demostrar su capacidad para transitar el procedimiento.

De los datos de la jurisprudencia argentina sobre gestación por sustitución surge que la incertidumbre jurídica consecuencia del silencio legal genera altos costos de transacción para las partes derivados de la alta demanda de intervencionismo judicial.

Una regulación expresa que contenga reglas claras, obligue al cumplimiento de los contratos y asigne responsabilidad en caso de incumplimiento eliminaría altos costos en los que hoy incurren las personas para asegurarse, ante el silencio legal, que se reconocerá la validez del acuerdo (y por ende la filiación del/de los comitente/s con el nacido) y se obligará a su cumplimiento. También deberían reducirse los casos de turismo reproductivo, evitándose con ello todos los riesgos y costos que de él emanan, permitiendo a aquellos que no pueden afrontar los gastos de realizar el tratamiento en el exterior, hacerlo localmente. La disminución de los costos de transacción facilitaría las transacciones, por lo que sería razonable observar un incremento en la conclusión de contratos de gestación por sustitución.

También analizaré si el reconocimiento de la validez de los contratos de gestación por sustitución es eficiente en términos económicos.

En el campo del análisis económico del derecho el concepto de eficiencia que se emplea es el de la eficiencia en el sentido de Pareto. La eficiencia de Pareto ofrece una guía para examinar si una asignación de recursos contribuye o no al máximo bienestar de todos los participantes en una interacción social. Se considera que una situación es

eficiente en el sentido de Pareto cuando consecuencia del cambio distributivo al menos una persona está mejor y ninguna está peor, desde la perspectiva de sus propias preferencias. Cuando todas las posibles ventajas de una interacción cualquiera han sido aprovechadas de tal manera que es imposible mejorar a un participante sin perjudicar al mismo tiempo el nivel de utilidad de otro, se considera que los recursos se asignaron eficientemente, es decir, a su mejor empleo, llegando a lo que se conoce como el “óptimo de Pareto”.¹⁰²

Podría considerarse que el reconocimiento de la validez de los contratos de gestación por sustitución llevaría a resultados eficientes en términos de Pareto, ya que al ejecutarse estos contratos al menos la utilidad de un individuo mejora (comitente o gestante) sin perjudicar la de otro. Como ya comenté, hay quienes opinan que los contratos de gestación por sustitución tienen efectos negativos sobre terceros, en particular sobre el bebé que nace gracias al acuerdo. Sin embargo, sin el contrato, el bebé no hubiese nacido, y no hay evidencia que demuestre que dichos niños, una vez adultos, hubiesen preferido no haber nacido.¹⁰³ No obstante, también podría considerarse que con el reconocimiento de la validez de estos contratos parte de la sociedad se encontraría en una situación peor, ya que, como también comenté anteriormente, una parte de la doctrina se pronuncia en contra de esta figura, alegando que su reconocimiento puede traer consecuencias graves a nivel social, sobre todo en relación a la concepción del rol de la mujer.

El criterio de eficiencia de Pareto puede resultar limitado ya que no admite perdedores, y en general todas las decisiones sociales implican perdedores o afectan de algún modo a terceros. Bajo el criterio de Pareto, cualquier norma que traiga aparejada algún perjuicio para algún sector social será ineficiente, aun cuando los beneficios para otros sean mucho mayores. Por lo tanto, la regla de eficiencia empleada por economistas que admite perdedores y permite seguir evaluando cuáles cambios son distributivamente eficientes es la de Kaldor-Hicks.¹⁰⁴

El criterio de eficiencia de Kaldor-Hicks establece que una situación (o una norma) es eficiente cuando las personas que se benefician como consecuencia de esa situación (o norma) pueden compensar a aquellos que se perjudican manteniendo su condición de

¹⁰² STORDEUR, E. (2011).

¹⁰³ POSNER, R. (1989).

¹⁰⁴ STORDEUR, E. (2011).

ganadores. No se exige que efectivamente se compense a los perdedores, si no que la ganancia de los beneficiados sea de tal magnitud que continuaría siendo ganancia aun después de una hipotética compensación a los perdedores.¹⁰⁵

Si bien es difícil determinar para cada transacción la magnitud real de las ganancias y las pérdidas, el reconocimiento de la validez de la gestación por sustitución permitirá que las partes obtengan los beneficios esperados del contrato, y que la sociedad en general se beneficie, siendo estos beneficios en mi opinión de tal tamaño que aun si se considera que cierto sector de la sociedad se ve perjudicado por estos contratos, serían suficientes como para compensar a aquellos perdedores. Considerando los estudios hechos en Estados Unidos y comentados en este trabajo, podríamos concluir que el reconocimiento de la validez de la gestación por sustitución en aquellos países en los que aún no se reconoce su validez podría resultar en un incremento en el número de casos, lo que a su vez podría resultar en un aumento en las tasas de natalidad. Asimismo, si la norma obligase, como ocurre con otras técnicas de reproducción humana asistida, a la cobertura total del tratamiento, éste no resultaría privativo para aquellas personas o parejas que no pueden afrontar los costos, o bien no tienen ninguna amiga o familiar dispuesta a ser gestante por razones netamente altruistas. Además, aquellos que hoy recurren a esta técnica en el exterior podrían realizarla en el país de su residencia, evitando así los costos y riesgos inherentes al turismo reproductivo (por ejemplo, comisión de delitos para poder volver con el niño al país de origen, lo que a su vez genera gastos inherentes a mover el aparato de justicia). También, una norma que obligue a tomar resguardos apropiados para evitar que la gestante se vea expuesta a situaciones de explotación redundará en un beneficio para las mujeres que quieran prestar el servicio de gestación. Estos beneficios parecieran ser lo suficientemente relevantes como para compensar a aquellos sectores que se sientan perjudicados.

Por último, desarrollados los argumentos económicos que favorecen el reconocimiento de la validez de los contratos de gestación por sustitución analizaré si, en un escenario de reconocimiento legal de su validez, ante el incumplimiento de alguna de las partes es conveniente exigir el cumplimiento específico de la prestación o la indemnización monetaria.

¹⁰⁵ STORDEUR, E. (2011).

En materia contractual, el reclamo más habitual ante el incumplimiento de alguna de las partes es el de la indemnización por los daños generados por ese incumplimiento que deje a la víctima del incumplimiento contractual en igual posición que si el acuerdo se hubiese cumplido. No obstante, esta pareciera no ser la solución más apropiada para los contratos de gestación por sustitución dada la naturaleza de sus prestaciones.

En primer lugar, ante la negativa de la mujer gestante a entregar al niño al/a los comitente/s, una indemnización por daños podría resultar impracticable si la gestante no tiene los recursos para pagarla. Además, e incluso si la gestante pudiese afrontar el pago de la indemnización, sería muy difícil determinar un monto que permita compensar adecuadamente al/a los comitente/s por el daño que les genera no convertirse en padres. Se trata de una prestación que no cuenta con sustitutos próximos, por ende sería muy difícil para los jueces fijar una indemnización adecuada. Además, la determinación del monto sería muy costosa dado que los tribunales no contarían con información suficiente para fijarla.

Asimismo, no exigir el cumplimiento específico dejaría al/ a los comitente/s, padres biológicos del niño, con obligaciones frente al niño o la gestante (como por ejemplo, el pago de alimentos), y aun cuando se permitiese que la gestante asuma todas las obligaciones derivadas de la patria potestad, el/los comitente/s se verían forzados a cortar todo vínculo con un niño con el que tienen un lazo genético.

El cumplimiento específico también se presenta como el remedio adecuado ante un incumplimiento del/de los comitente/s. Supongamos que los comitentes, luego de embarazarse la gestante, deciden que ya no quieren ser padres del bebé concebido, por el motivo que fuere. La mujer gestante no puede en estos casos ser obligada a quedarse con el bebé luego de nacido. Tampoco puede ser obligada a cargar con los costos y la preocupación de dar al niño en adopción, cuando las obligaciones y derechos inherentes a la patria potestad corresponden al/a los comitente/s como padre/s biológicos. Por estos motivos el reconocimiento del cumplimiento específico ante un incumplimiento o arrepentimiento de los comitentes redundaría en un beneficio para la gestante.

Propuesta normativa para Argentina: breves consideraciones.

Ya mencioné que los individuos buscan maximizar su utilidad y para ello deben elegir entre distintas alternativas, asignando a cada una de ellas un precio, monetario o no monetario. Cualquier decisión implica dejar de lado la segunda alternativa preferida por

el individuo, de modo que toda acción humana tiene un costo que es evaluado por el individuo frente a cualquier actividad que desarrolle.

La hipótesis de la maximización de utilidad permite suponer que las reglas legales introducen precios, tanto implícitos como explícitos, a lo que los individuos responden de manera predecible, del mismo modo que lo hacen respecto de precios monetarios en los mercados de bienes y servicios. En consecuencia, los precios contenidos en las normas incentivan las decisiones de los individuos de manera predecible porque las personas son sensibles a los premios y castigos contenidos en el sistema legal. Dichos precios pueden orientar la conducta hacia comportamientos eficientes o ineficientes.¹⁰⁶

Una ley que reconozca la validez de los contratos de gestación por sustitución y obligue a su cumplimiento - todo lo demás constante - produciría un aumento en el precio de incumplimiento para las partes, y por ende una mayor propensión a cumplir el contrato, en tanto el “precio sombra” o no monetario de llevar adelante una conducta contraria al contrato aumenta.

En la sección precedente desarrollé los argumentos económicos que favorecen el reconocimiento expreso de la validez de los contratos de gestación por sustitución. Pretendo ahora comentar cuales son las reglas que como mínimo debería incorporar una norma que reconozca la validez de la gestación por sustitución de forma de asignar los riesgos inherentes a la contratación a la parte que pueda soportarlos a menores costos, maximizando de ese modo el excedente total derivado de la contratación, reducir los costos de transacción y orientar la conducta de los individuos de forma de alcanzar equilibrios más eficientes.

En primer lugar, creo que sólo debe admitirse la gestación por sustitución gestacional ya que los incentivos para no cumplir el acuerdo en la gestacional son bajos debido a que la ausencia de vínculo genético entre la gestante y la persona por nacer tiende a evitar arrepentimientos o resistencias a la entrega del niño.

En lo que respecta al interés superior del niño, es importante no incluir pautas carentes de contenido. La protección del interés del niño se asegura con un marco legal que le garantice una filiación acorde a la realidad volitiva, es decir, con quienes quisieron concebirlo. También puede garantizarse con normas que exijan comprobar la idoneidad

¹⁰⁶ STORDEUR, E. (2011).

o condiciones personales de los comitentes, quizás de forma similar a como ocurre con la adopción, con estudios socio ambientales y psicológicos de los comitentes.¹⁰⁷

En cuanto a la posible explotación de mujeres que se encuentran en situaciones desventajosas, la prohibición o silencio legal puede provocar que la gestación por sustitución se realice en la clandestinidad, lo que puede incrementar los casos de explotación. Una regulación expresa que exija que la gestación por sustitución se realice dentro de ciertos márgenes puede disminuir la posibilidad de abusos.

La norma debe exigir que se verifique que la gestante tiene plena capacidad y buena salud física y psíquica. Ello para asegurar que el consentimiento que prestó para que se realice la práctica es libre (prestado sin coerción, violencia, intimidación o presiones de ningún tipo), pleno (prestado por alguien capaz de consentir a todas las cuestiones implicadas) e informado (tanto en los aspectos médicos como en los psicológicos, lo que supone un asesoramiento adecuado). Asimismo, asegurar que la gestante tiene buena salud física y psíquica garantiza que la gestación por sustitución no redundará en un perjuicio para la salud de la gestante o del niño. Sin embargo, hay que tener cuidado de no exigir el cumplimiento de requisitos que resulten excesivos y que por ende obstaculicen la transacción bajo el disfraz de dar información completa a la gestante.

También parece sensato a efectos de evitar la explotación y resguardar la integridad física de la gestante que se imponga un límite al número de veces que una mujer puede someterse a un proceso de gestación por sustitución.

Asimismo, para asegurar que el consentimiento que presta la gestante es lo suficientemente informado, podría exigirse que la mujer gestante deba tener al menos un hijo previo propio. Se estima que quien atravesó previamente por un embarazo y un parto comprende los alcances del compromiso asumido bajo el contrato de gestación por sustitución. No obstante, se debe tener cuidado con esta regla, ya que podría generar una disminución en la oferta de gestantes generando una barrera de entrada a aquellas mujeres

¹⁰⁷ De esta forma se evitarían casos como el de un hombre de 26 años que celebró un acuerdo de gestación por sustitución con una gestante en Pennsylvania, Estados Unidos, facilitado por una clínica de fertilidad. La gestante fue inseminada artificialmente con el espermatozoides del comitente quien sería padre soltero. De conformidad con el acuerdo, el niño 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. Caso *Huddleston v. Infertility Clinic of America Inc.* (20 August 1997) (Superior Court of Pennsylvania). Disponible en: www.caselaw.findlaw.com, comentado por Eleonora Lamm (ver LAMM, E. (2012)).

que no tienen hijos pero que quieran desempeñarse como gestantes encontrándose seguras de sus preferencias.

Muchas legislaciones (y la gran mayoría de los proyectos de ley en Argentina) exigen una intervención judicial previa a la realización del tratamiento a los efectos de que se verifique si se reúnen los requisitos que permitan vislumbrar el pleno consentimiento prestado por las partes, y que no habrá inconvenientes en la ejecución del contrato, de modo de garantizar la filiación de quienes quisieron el nacimiento del niño. No obstante, creo que es preferible optar por una autorización a nivel administrativo, a través de por ejemplo un comité especial e interdisciplinario (como prevé la ley de Israel), o bien mediante el centro de salud con intervención de un escribano público. Judicializar el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida, cualquiera fuera su complejidad, resulta reñido con el principio de libertad, de intimidad y de intervención mínima del Estado en las cuestiones familiares en las que no existe conflicto entre sus miembros.¹⁰⁸ Además importaría un incremento importante de los costos de transacción para las partes, fácilmente evitables con una instancia administrativa en la que podrían verificarse los mismos extremos, reduciéndose para las partes los tiempos y costos que implican un proceso judicial, sobre todo en Argentina.

Otros temas que debería considerar una norma que admita la gestación por sustitución son por ejemplo: (i) si se permite la gestación por sustitución “social” (es decir, para comitentes que no tengan problemas de infertilidad), o para casos en los que ninguno de los comitentes aporta su material genético, (ii) si se admite la actuación de intermediarios (agencias), y (iii) si la gestación por sustitución debe ser necesariamente altruista o si se admite la comercial¹⁰⁹. El análisis de los incentivos que generaría sobre las partes admitir o no estas cuestiones, y sobre si llevarían a resultados eficientes o ineficientes en términos económicos excede el alcance de este trabajo, pero sin dudas deberán examinarse para determinar cómo una norma que reconozca la validez de la gestación por sustitución debe regularlos.

¹⁰⁸ FAMÁ, M. V (2015).

¹⁰⁹ Ya existen trabajos que analizan el rol de la compensación en los contratos de gestación por sustitución, cómo diferentes niveles de compensación impactan en la decisión de la gestante de entrar al mercado, y cómo permitir la compensación tiene un efecto positivo en el número de contratos celebrados (ver PEABODY ZIL, C. (2006)). Otros trabajos analizan cuándo la altruista o la comercial son óptimas, concluyendo que la altruista es óptima solo si la subrogante tiene un costo de oportunidad menor y es lo suficientemente altruista. Si las alternativas disponibles para la gestante son más atractivas, la comercial es óptima (Ver BANERJEE, Swapendu, *Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial?*, (2008), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=907271> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.907271>).

Conclusión

La gestación por sustitución es una realidad que evidentemente no se puede silenciar, aun frente a intentos de prohibición o de abstencionismo legal.

Siendo esta la situación actual, y al ser una figura compleja, la gestación por sustitución demanda reglas claras para proteger los intereses en juego, sobre todo los de los niños nacidos gracias a esta técnica.

No existe evidencia convincente que sugiera que la probabilidad de que los contratos de gestación por sustitución maximicen valor sea menor que para otros tipos de contratos cuya validez las leyes sí reconocen.¹¹⁰

El hecho de que de vez en cuando puedan darse casos en los que alguna de las partes no quiera honrar el compromiso asumido, generando algún daño, no es fundamento suficiente para prohibir la gestación por sustitución. Al contrario, la solución debe ser la de reforzar la validez de estos contratos.

Si los derechos, obligaciones y sanciones en caso de incumplimiento están claramente especificadas, los riesgos asociados a este tipo de contratos disminuirán, se generaran mejores condiciones para la coordinación mutua entre las partes, llevando ello a la concreción de más contratos que maximizan valor, incrementando así el bienestar social. Es decir, el reconocimiento expreso de la validez de la gestación por sustitución generará los incentivos a la cooperación y cumplimiento del contrato por ambas partes.

Asimismo, disminuirá la incertidumbre en la que las partes celebran el contrato en un contexto de silencio normativo. Ello llevará a reducir los costos de transacción en los que generalmente las partes incurren cuando no hay seguridad jurídica sobre el reconocimiento de la validez del acuerdo.

Por las razones anteriormente expuestas creo que en Argentina, dónde la ley guarda silencio respecto a los contratos de gestación por sustitución, debe sancionarse una norma que reconozca expresamente la validez de estos acuerdos y obligue a su cumplimiento. De esa forma se crearán condiciones que fomenten (i) la celebración de más acuerdos de gestación por sustitución que maximizan valor, a menores costos, y (ii) el cumplimiento de estos contratos.

¹¹⁰ POSNER, R. (1989).

Bibliografía

Doctrina:

BANERJEE, Swapnendu, *Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial?* (2008), disponible en: <https://ssrn.com/abstract=907271> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.907271>.

BANERJEE, Swapnendu y Sanjay BASU, *Rent a Womb: Surrogate Selection, Investment Incentives and Contracting* (2006). Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=894022> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.894022>.

BASSET, Úrsula C., *Maternidad Subrogada: Determinar la Filiación por el Parto, ¿Es Contrario a los Derechos Humanos?*, Cita Online: AR/DOC/1311/2016.

BRINIG, Margaret F., *A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein's Surrogacy: The Case of Full Contractual Enforcement*, 81 Va. L. Rev. 2377 (1995). Disponible en: http://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/353.

COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *Law and Economics*, 6th edition, Berkley Law Books, Book 2 8 (2016). Disponible en: <http://scholarship.law.berkeley.edu/books/2>.

EPSTEIN, Richard A., *Surrogacy: The Case of Full Contractual Enforcement*, 81 Virginia Law Review 2305 (1995).

FAMÁ, Ma. Victoria, *La Gestación por Sustitución en la Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar*, DFyP (2015).

FINKELSTEIN, Alex, MAC DOUGALL, Sarah, KINTOMINAS, Angela, OLSEN, Anya, *Surrogacy Law and Policy in the U.S.: A National Conversation Informed by Global Lawmaking*, Columbia Law School Sexuality & Gender Law Clinic (2016).

HATZIS, Arístides N., *Just the Oven: A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts*. PERSPECTIVES FOR THE UNIFICATION OR

HARMONISATION OF FAMILY LAW IN EUROPE, pp. 412-433, Katharina Boele-Woelki, ed., Antwerp: Intersentia, (2003).

HEVIA, Martin, *Surrogacy, Privacy and the American Convention on Human Rights*, Journal of Law and the Biosciences, 1 – 23, (2018).

INCIARTE, Florencia M., QUAINI, Fabiana, MARTÍNEZ, Patricia, URQUIZA, Fernanda, PISCICELLI, Clara, PASQUALINI, Agustín (h), PASQUALINI, Sergio, *Subrogación Uterina. Una realidad en la Argentina*, Reproducción. Vol. 33 / N° 2 (2018).

KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, LAMM, Eleonora y HERRERA, Marisa, *Regulación de la Gestación por Sustitución*, La Ley, (2012).

LAMM, Eleonora, *Gestación por Sustitución*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona (2012).

LASCARIDES, Denise E., *A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contracts*, 25 Hofstra L. Rev. 1221 (1997).

MCLACHLAN, Hugh V. y SWALES, J. Kim, *Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: A Defense of Legally Enforceable Contracts*, 27 Law and Contemporary Problems 91-108 (2009).

MONTEBRUNO BONDI, Piero Francesco, *Surrogacy in the United States: Exploring the Effects of Legislation and Documenting the Consequences on Marriage, Births, Out-of-wedlock Births and Divorce*, A thesis submitted to the Department of Geography and Environment of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, (2016), LSE Theses Online. Disponible en <http://etheses.lse.ac.uk/3451/>.

PEABODY ZIL, Charlene E.C., *The Effects of Compensation on the Supply of Surrogate Mothers*, Economics 191A, Senior Essay Seminar, Vincen Crawford (2006).

PERKINS, Kiran M., BOULET, Sheree L., JAMIESON, Denise J., KISSIN, Dmitry M., *Trends and Outcomes of Gestational Surrogacy in the United States*

(2016). Disponible en [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(16\)61057-9/fulltext#sec2](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(16)61057-9/fulltext#sec2).

POSNER, Richard A., *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, 5 Journal of Contemporary Health Law and Policy 21 (1989).

SAMBRIZZI, Eduardo A., *La Maternidad Subrogada y la Declaración de Inconstitucionalidad del Art. 562 del Código Civil y Comercial*. DFyP (2016). Cita Online: AR/DOC/1135/2016.

SELEME, Hugo Omar, *La Maternidad por Subrogación y los límites de la Autonomía*, La Ley (2013).

STORDEUR, Eduardo. *Análisis Económico del Derecho. Una Introducción*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina (2011).

TORRES, Gloria, SHAPIRO, Anne and MACKEY, Tim K., *A Review of Surrogate Motherhood Regulation in South American Countries: Pointing to a Need for an International Legal Framework*. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6350392/>.

WALKER WILSON, Molly J., *Precommitment in Free-Market Procreation: Surrogacy, Commissioned Adoption, and Limits on Human Decision Making Capacity*, Journal of Legislation: Vol. 31: Iss. 2, Article 3. (2005). Disponible en: <http://scholarship.law.nd.edu/jleg/vol31/iss2/3>.

Jurisprudencia:

Ver fallos citados en el Anexo I.

Páginas web:

<https://www.health.gov.il/English/Topics/fertility/Surrogacy/Pages/default.aspx>

<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

https://www.rferl.org/a/womb_for_hire_ukraine_surrogacy_boom_is_not_risk_free/24215336.html.

<https://www.lanacion.com.ar/opinion/gestacion-por-sustitucion-un-debate-todavia-pendientesociedad-nid2289440>.

<https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

https://tn.com.ar/sociedad/un-viaje-la-fabrica-de-bebes-como-funciona-la-capital-mundial-del-alquiler-de-vientes_997909.

<https://www.sensiblesurrogacy.com/surrogacy-in-canada/>.

Anexo I

Tabla de jurisprudencia argentina analizada

	Tribunal	Fecha	Autos	Hechos	Fallo	Principales argumentos invocados para fundamentar la decisión
1	Juzgado de Familia N° 2 de Zárate	1/07/2019	F., F. M. y otros s/ solicita homologación	Se solicita autorización para implantar embriones con material genético del matrimonio comitente en el seno de la gestante y el emplazamiento de la persona por nacer como hijo matrimonial de los comitentes. Gestante altruista.	El juzgado se declara incompetente para entender en el caso.	El juez competente para entender en la autorización para llevar a cabo una gestación por sustitución, cuando los comitentes y la gestante tienen domicilios en localidades diferentes, es el juez del domicilio de esta última. A la mujer gestante debe garantizársele la inmediatez y proximidad de acceso a la justicia para la defensa de sus derechos.

2	Juzgado de Familia de 5° Nominación de Córdoba	25/04/2019	V. A. B. y otros s/ solicita homologación	Los actores (matrimonio heterosexual) solicitan la homologación del acuerdo de gestación por sustitución y la inscripción del niño, cuando nazca, como hijo de los comitentes. Material genético aportado por el hombre comitente. Gametos femeninos de una donante anónima. Vínculo de parentesco entre la gestante y el comitente.	Se admite la pretensión. Se declara la inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN.	Art. 19 C.N. (principio de legalidad). Voluntad procreacional como determinante del vínculo de filiación derivada de la gestación por sustitución (en adelante, la “ <u>voluntad procreacional</u> ”).
3	Juzgado de Familia N° 1 de Pergamino	22/04/2019	C., C. A. y otros s/ materia a categorizar	Matrimonio homosexual de hombres solicita la inscripción de 2 niños nacidos por gestación por sustitución como hijos del matrimonio.	Se admite la pretensión. Se declara la inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN.	Art. 19 C.N. (principio de legalidad). Voluntad procreacional.

				Material genético aportado por los esposos. Gametos femeninos de una donante anónima. Gestante altruista (hermana del peticionante).		
4	Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N° 87	3/04/2019	O. F., G. A. y otro s/ Autorización	Pareja heterosexual solicitó una autorización para realizar la transferencia de dos embriones en el vientre de la hermana del hombre comitente. Material genético aportado por el hombre comitente. Gametos femeninos de una donante anónima.	Se admite la pretensión.	Art. 19 C.N. (principio de legalidad). Voluntad procreacional.
5	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E	30/10/2018	S., I. N. y otro c. A. C. L. s/ impugnación de filiación	Un matrimonio homosexual demanda la impugnación de la filiación extramatrimonial para que se desplace a la mujer gestante del estado de madre.	Se revoca la sentencia de primera instancia que había admitido la pretensión con fundamento en la	Se consideró que los actores no probaron la voluntad procreacional previa al nacimiento del niño, con desmedro a los intereses de la gestante y del niño (se presentó

				Material genético aportado por uno de los esposos. Gametos femeninos de una donante anónima. Gestante altruista (relación de amistad).	voluntad procreacional y en el art. 19 C.N. Se rechaza la demanda.	un instrumento privado exteriorizando los consentimientos que adquirió fecha cierta con posterioridad al nacimiento del niño).
6	Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 1° Nominación de Tucumán	26/09/2018	P. A. M. y otro s/ autorización judicial	Un matrimonio y una mujer — hermana de la esposa— solicitaron la autorización para llevar adelante la práctica de gestación por sustitución. También solicitan que se determine preventivamente la filiación de los niños que nazcan con los comitentes. Material genético de los comitentes.	Se admite la pretensión.	Art. 19 C.N (derecho a la autonomía personal). Voluntad procreacional.
7	Juzgado de 1° Instancia en lo Civil, Comercial y	8/06/2018	R., R. A. y otros s/ autorizaciones	Un matrimonio, junto con la futura mujer gestante, solicita autorización judicial para la	Se admite la pretensión.	Art. 19 C.N (derecho a la autonomía personal). Voluntad procreacional.

	de Familia de 2° Nominación de Villa María			realización de la técnica de gestación por sustitución. También peticionaron que se determine preventivamente que la filiación del niño a nacer le corresponderá a los comitentes. Gestante altruista (relación de amistad). Material genético de los comitentes.		
8	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H	15/03/2018	S.T.V. s/ inscripción de nacimiento	Pareja homosexual solicita la inscripción del niño nacido por gestación por sustitución como hijo de ambos.	Se admite la petición. Se declara la inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN.	Art. 19 C.N (principio de legalidad). Voluntad procreacional.
9	Juzgado de Familia N° 6, San Isidro	02/03/2018	S., M. J. s/ autorización judicial	Un matrimonio solicitó autorización judicial para realizar transferencia de embrión conformado con sus gametos e inscripción del niño nacido en	Se admite la pretensión.	Art. 19 C.N (derecho a la autonomía personal). Voluntad procreacional.

				consecuencia como hijo de la pareja comitente. Gestante altruista (hermana del peticionante).		
10	Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza	15/02/2018	S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. s/ medidas autosatisfactivas	Se solicita autorización judicial para iniciar la técnica de gestación por sustitución y que se determine la filiación del/de los bebé/s que nazcan en favor de los comitentes. Gestante altruista.	Se admite la pretensión.	Art. 19 C.N (derecho a la autonomía personal). Voluntad procreacional.
11	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H	6/02/2018	V., R. C. y Otro c. Registro Civil y Capacidad de las Personas y Otros s/ amparo – familia	La Procuración de GCBA apeló la resolución de 1° instancia que ordenó al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas del GCBA la inscripción de la copaternidad igualitaria de los actores, respecto de una niña y un niño como hijos de éstos, aplicando el instituto de la	Se revocó la medida autosatisfactiva.	A tenor de los derechos e intereses que se encuentran en juego, que involucran normativa (nacional e internacional) de orden público, la pretensión debe ser discutida y evaluada dentro del marco adecuado de un proceso acorde a la pretensión.

				inscripción supletoria conforme lo dispone el art. 98 CCyCN. Gestación por sustitución realizada en México.		
12	Tribunal Colegiado de Familia N° 7 Rosario	5/12/2017	H., M.E. y otros s/ venias y dispensas	Una pareja solicitó autorización para la realización de transferencia de embriones y subsidiariamente que se inscriba en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas al niño concebido a su nombre. Gestante altruista (hermana de la peticonate).	Se admite la pretensión.	Art. 19 C.N (derecho a la autonomía personal). Voluntad procreacional.
13	Juzgado de Familia N° 3 Córdoba	22/11/2017	R., L. S. y otros – solicita homologación	El matrimonio actor solicita que se homologue el acuerdo de gestación por sustitución celebrado entre los actores y la cuñada de la peticionante (gestante), por el que se comprometen a realizar la	Se admite la pretensión.	Voluntad procreacional. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.

				gestación por sustitución en la que el material genético sería aportado por los comitentes.		
14	Juzgado de Familia N° 2 de Mendoza	6/09/2017	M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por Medidas Autosatisfacías	Se solicitó autorización judicial para una práctica de gestación por sustitución y posterior determinación de la filiación del nacido. La práctica se realizó previo al pronunciamiento del juez interviniente. Gestante altruista.	Se admite la pretensión.	Voluntad procreacional.
15	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I	4/08/2017	Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s/ amparo - otros	Una pareja homosexual de varones inició una acción de amparo tendiente a que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas procediera a la inscripción del nacimiento de sus hijos concebidos mediante el método de	La Cámara dejó sin efecto el rechazo y acogió la medida solicitada.	Art. 19 C.N (principio de legalidad).

				<p>gestación solidaria, y que se reconociera y garantizara su copaternidad.</p> <p>Por su parte, el Defensor del Pueblo solicitó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que los niños nacidos mediante tales técnicas fueran inscriptos como hijos de quienes tuvieron la voluntad procreacional. En primera instancia se rechazó la acción iniciada. Frente a esa decisión, los actores dedujeron recurso de apelación.</p>		
16	Juzgado de Familia N° 7 de Viedma	6/07/2017	Reservado s/ Autorización Judicial	Un matrimonio homosexual de varones solicitó una autorización judicial para la implantación de sus embriones logrados mediante	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. Interés superior del niño. Art. 19 C.N (principio de legalidad).

				la técnica de ovodonación en el vientre de una mujer que se había ofrecido como gestante.		
17	Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora	30/11/2016	B. J. D. y Otros s/ materia a categorizar	Los accionantes solicitaron inscripción del niño por nacer, cuando nazca, como hijo de la pareja comitente. Gestante altruista (madre de la peticionante). Material genético aportado por la pareja actora.	Se admitió la pretensión. Se declara la inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN.	La limitación emergente de la falta de regulación resulta discriminatoria. Voluntad procreacional.
18	Juzgado Nacional en lo Civil N° 8	20/09/2016	B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación	Solicitaron la inscripción del niño nacido por gestación por sustitución como hijo de los comitentes. Material genético aportado por el hombre. Gametos femeninos de una donante anónima. Gestante altruista.	Se admitió la pretensión.	Art. 19 C.N (principio de legalidad) Voluntad procreacional. Vínculo biológico entre comitente y el niño. Interés superior del niño.

19	Juzgado de Familia N° 3 de Gral. San Martín	22/08/2016	M., I. M. y otro s/autorización judicial	Una pareja solicitó autorización judicial para la práctica de gestación por sustitución Gestante altruista (hermana del peticionante).	Se rechazó la demanda.	Se considera prematura la deducción de la acción por no haber sido concebido el niño al momento de interponerla. Considera innecesaria la autorización judicial en relación a la práctica de técnicas de reproducción humana asistida, en tanto es una conducta lícita, reconocida legalmente como una tercera fuente de filiación (art. 558 CCyCN).
20	Juzgado Unipersonal de Familia N° 2 de Moreno	4/07/2016	S. P., B. B. c/S. P., R. F. s/ materia a categorizar	Se impugna la maternidad de la gestante. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista (hermana de la peticionante).	Se admite la pretensión.	Voluntad procreacional.
21	Juzgado Nacional en lo Civil N° 7	15/06/2016	A. R., C y otros c/ C., M. J.	El matrimonio actor demanda la impugnación de la maternidad	Se admite la pretensión.	Voluntad procreacional. Interés superior de los niños.

			s/Impugnación de filiación	legal establecida de sus hijos mellizos nacidos por gestación por sustitución y emplazados como hijos de la mujer gestante. Se solicita el reconocimiento de la maternidad de la mujer comitente. Gestante altruista (vínculo de amistad).		Correspondencia biológica entre los comitentes y los nacidos. Derecho a la identidad.
22	Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario	27/05/2016	S. G. G. y otros s/Filiación	Los actores (matrimonio homosexual de varones) solicitan la rectificación del acta de nacimiento del nacido inscripto como hijo de la mujer gestante y uno de los comitentes. Material genético de uno de los comitentes. Gametos femeninos de una donante anónima.	Se admite la pretensión.	Principio de igualdad. Voluntad procreacional. Interés superior del niño.
23	Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	15/12/2015	C. M. E. y J. R. M. por inscripción de nacimiento	Los actores iniciaron una acción declarativa de certeza tendiente a determinar la filiación de tres	Se admite la pretensión.	Voluntad procreacional. Correspondencia biológica entre los nacidos y los comitentes.

				niños recién nacidos concebidos mediante gestación por sustitución, para su inscripción en el Registro Civil como hijos de la pareja. Gestante altruista (madre de la peticionante).		
24	Juzgado de Familia N° 9 de San Carlos de Bariloche	29/12/2015	A.A. s/ autorización	Se solicita autorización para realizar transferencia de embriones. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista.	Se admite la pretensión.	Voluntad procreacional.
25	Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora	30/12/2015	H. M. y otro/a s/ Medidas precautorias	Se solicita inscripción del niño por nacer, cuando este nazca. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista.	Se admite la pretensión. Se declara la inconstitucionalidad del art. 562 CCyCN.	Art. 19 C.N (principio de legalidad). Voluntad procreacional. Principio de no discriminación. Interés superior del niño.

26	Tribunal Superior de Justicia de C.A.B.A.	04/11/2015	X. T. S. y otros - información sumaria - recursos de inconstitucionalidad	Se solicitó la inscripción de dos niños, mellizos, quienes nacieron por el método de maternidad subrogada. Gestante altruista (hermana de la peticionante).	Se determinó la competencia de la Justicia Civil.	No resulta posible ordenar que el Registro Civil procese a la inscripción solicitada sin antes definir judicialmente la relación filial de los niños, para lo cual deben aplicarse las normas del CCyCN.
27	Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	02/09/2015	C. M. E. y J. R. M. c. O.S.D.E. s/ medidas cautelares	Los padres biológicos de tres niños concebidos mediante gestación solicitaron la incorporación cautelar de los menores al plan médico de aquéllos. Gestante altruista (madre de la peticionante).	Se admitió la pretensión. No resuelve sobre la cuestión tendiente a determinar la filiación de los niños.	Interés superior del niño. Derecho a la salud. Vínculo biológico entre niños y comitentes.
28	Juzgado de Familia N° 1 de Mendoza	29/07/2015	O. A. V. p/Medida Autosatisfactiva	Se solicita la determinación de la filiación del niño nacido. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista.	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. Correspondencia genética entre el nacido y los comitentes. Interés superior del niño.

29	Juzgado Nacional en lo Civil N° 83	30/06/2015	N. N. O. s/Inscripción de nacimiento	Se solicita la inscripción del nacimiento de la niña. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista.	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. Interés superior del niño.
30	Cámara Federal de Rosario, Sala B	11/05/2015	Gamaza, Roberto J. y otra s/ medida autosatisfactiva	El matrimonio actor solicita que su hijo nacido por gestación por sustitución realizada en India sea inscripto como argentino en el Consulado. El Consulado requirió una sentencia judicial previa para la inscripción y para poder emitir el documento de viaje para su ingreso y residencia en Argentina.	Se admitió la pretensión.	La negativa a la inscripción lesiona derechos fundamentales del niño y su grupo familiar.
31	Juzgado Nacional en lo Civil N° 102	18/05/2015	C., F. A. y otro c/R. S., M. L. s/Impugnación de maternidad	La niña nacida fue anotada como hija de la mujer gestante. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista.	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. La gestante no desea mantener el vínculo materno filial con la niña nacida.

						Inexistencia de fin lucrativo que desvirtúa la teoría de la explotación. Consentimiento libre y espontáneo de la mujer gestante
32	Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala III	9/03/2015	B. F., M. A. y otros c. GCBA s/ amparo	Se solicitó la inscripción registral de la copaternidad de dos bebés nacidos en México mediante la gestación por sustitución, a fin de tramitar sus pasaportes. Gestante altruista. La Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se declaró competente para entender en el asunto y permitió el viaje de los niños de México a Argentina. El Ministerio Público Fiscal apeló el decisorio y afirmó que, al	Se confirma el pronunciamiento de primera instancia.	Argumentos de forma.

				tratarse de un tema de familia, ese fuero resultaba incompetente.		
33	Tribunal de Familia de Rosario N° 7	2/12/2014	F. M. L. y otras/Autorización judicial	Se solicitó autorización para realizar transferencia de embriones e inscripción del niño que así resulte concebido como hijo de los peticionantes. Material genético aportado por el peticionante. Gametos femeninos donados anónimamente. Gestante altruista.	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. Principio de no discriminación.
34	Cámara Civil y Comercial Federal, Sala 1	23/12/2013	B. C. R. y otro c. Dirección General de Asuntos Consulares s/ medida autosatisfactiva	Una pareja que suscribió un contrato de gestación por sustitución bajo la legislación de un país extranjero (Georgia) promovió una medida autosatisfactiva a fin de que se ordenara a la Dirección General de Asuntos Consulares que otorgara la documentación	La Cámara declaró competente a la Justicia Nacional en lo Civil.	La Justicia Nacional Civil es competente para entender en una medida autosatisfactiva pues, si bien los actores quieren limitar el tema al otorgamiento de la nacionalidad, este punto es la consecuencia de la atribución del estado filial con todas sus derivaciones.

				argentina a sus hijos y toda aquella que fuera necesaria para salir del país en de nacimiento. Se suscitó un conflicto negativo de competencia entre la Justicia Nacional Civil y la Justicia en lo Civil y Comercial Federal.		Los tribunales ordinarios son competentes para entender en las cuestiones relativas al estado civil de las personas.
35	Juzgado de Familia de Gualeguay	19/11/2013	B., M. A. v. F. C., C. R. – ordinario	Se accionó para impugnar la maternidad de la gestante dado que la niña nacida fue anotada como hija de ésta. Material genético aportado por los accionantes.	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. Interés superior del niño. No hubo arrepentimiento de la mujer gestante.
36	Juzgado Nacional en lo Civil N° 86	18/06/2013	N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento	Se solicitó la inscripción del nacido como hijo de los accionantes. Material genético aportado por los accionantes. Gestante altruista.	Se admitió la pretensión.	Voluntad procreacional. Vínculo biológico entre la nacida y el matrimonio comitente.

37	Juzgado de 1a Instancia de Distrito de Familia, San Lorenzo (Santa Fe)	02/07/2012	S.G.E.F.y.G.C.E.	La actora promovió medida autosatisfactiva a fin de obtener en el Consulado argentino en India la inscripción como argentina de su hija nacida en aquel país mediante la técnica de gestación por sustitución.	Se admitió la pretensión.	Interés superior del niño. Derecho a la identidad y nacionalidad.
38	Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	22/03/2012	D., C. G. y G., A. M. v. GCBA s/ Amparo	Gestación por sustitución celebrada en India por los actores (matrimonio homosexual de varones). Material genético aportado por uno de los comitentes. Gametos femeninos de donante anónima. Se solicitó el reconocimiento de la inscripción del nacimiento y de la doble paternidad del niño por nacer.	Se admitió la pretensión.	Principio de igualdad y no discriminación. Voluntad procreacional. Interés superior del niño.

Anexo II

	Estados Unidos	Canadá	India	Ucrania
Médicos⁽¹⁾	\$20.000 - \$271,099	\$2.818	\$31.176	\$11,600
Legales⁽²⁾	\$3.000 – \$30.000	\$20.000	\$7000	No se encontraron datos confiables.
Agencias⁽³⁾	\$6.000 – 55.000	\$5.000 – \$7.500	No se encontraron datos confiables.	No se encontraron datos confiables.
Compensación de la gestante	\$1.316 - \$ 69.000 ⁽⁴⁾	\$20.000	\$800 - \$11.700	\$13.800 - \$37.120

Cifras en dólares estadounidenses

Fuentes:

- <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- PERKINS, K., BOULET, S., JAMIESON, D., KISSIN, D. (2016).
- <https://www.sensiblesurrogacy.com/surrogacy-in-canada/>.

- (1) Pueden variar dependiendo del tipo de tratamiento (ej. si se requiere donación de gametos, número de ciclos requeridos, nacimientos múltiples)
- (2) Pueden variar dependiendo de la necesidad de asesoramiento en sólo un estado, o en el estado donde se realiza el tratamiento y el estado de residencia de los comitentes.
- (3) A veces son difíciles de determinar porque hay agencias que incluyen un costo total por varios servicios (tratamiento, asesoramiento legal, etc.).
- (4) La mayoría recibe una compensación superior a \$30.000.