



UNIVERSIDAD  
DE LA REPÚBLICA  
URUGUAY



**UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**LICENCIATURA EN RELACIONES INTERNACIONALES**

**La maternidad a través de fronteras: un estudio de la  
gestación subrogada y su regulación internacional**

**TRABAJO FINAL DE GRADO**  
**TUTOR: Dr. Lic. Marcos Dotta Salgueiro**

**Montevideo, 20 de octubre de 2020**

**María Pepe Burgos**

C.I: 4.650.892-5

## **Agradecimientos**

El final llegó y en el camino estuve acompañada de personas muy especiales que siempre voy a tener en mi corazón. Por eso, quiero agradecerles a cada una de ellas por su confianza, amor e incondicionalidad:

A mi Padre, mi ejemplo a seguir, quien me contagió su pasión por el derecho y que desde donde está me guía. A mi madre por su apoyo y amor incondicional.

A mi compañero de ruta, con quién he compartido todo el camino, quién festejó como suyo cada uno de mis logros.

A mis amigas de toda la vida por siempre estar. A Josefina, mi mejor amiga, por ayudarme, apoyarme y calmar mis crisis. A mis compañeras de facultad ya que sin ellas nada hubiese sido posible, hicieron mucho más ameno y especial toda la carrera. Y a todos mis amigos y amigas que aportaron su granito de arena en este camino.

En especial quiero agradecer y dedicar este trabajo a mis profesores de derecho internacional privado que me transmitieron su pasión y compartieron su sabiduría sin límite.

Por último, a mi tutor Marcos que con mucha paciencia y dedicación desde el principio confió en mí y me ayudó a llegar hasta la meta.

<b>1. INTRODUCCIÓN</b>	<b>3</b>
1.1 OBJETIVOS DEL TRABAJO	4
<b>2. CONTEXTO y MARCO TEÓRICO</b>	<b>5</b>
2.1 CONTEXTO: La ausencia de normativa específica	5
2.2 CONCEPTO : ¿Qué es la Gestación Subrogada?	5
2.3 Partes Intervinientes	6
2.4 Modalidades	6
<b>3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO</b>	<b>8</b>
3.1 Países donde la Gestación Subrogada está permitida y aceptada	8
3.2 Países donde la Maternidad Subrogada está prohibida y rechazada	10
3.3 Países donde la Maternidad Subrogada no está regulada.	11
3.4 Argumentos a favor y en contra de la Gestación Subrogada.	12
<b>4. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN URUGUAY</b>	<b>14</b>
4.1 Derecho Interno	14
4.2 Derecho Internacional Privado: ¿En qué categoría califica y cuál es la ley aplicable?	15
4.3 ¿Es posible que se configuren excepciones a la aplicación de la ley extranjera en materia de Gestación Subrogada?	16
4.4 Maternidad Subrogada en el Derecho internacional privado uruguayo ¿existe?	18
4.5 La filiación como derecho adquirido	21
<b>5. HACIA UN ACUERDO INTERNACIONAL</b>	<b>23</b>
5.1 ¿Por qué un acuerdo internacional?	23
5.2 Reuniones del Grupo de Expertos: Conferencia de La Haya	24
5.3 Puntos claves que debería regular el acuerdo	30
<b>6. POSIBLE SOLUCIONES NORMATIVAS PARA EL DIPR URUGUAYO</b>	<b>33</b>
6.1 Tratamiento y calificación: Derecho aplicable y juez competente	33
6.2 Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras	34
6.3 Otros aspectos para regular	34
<b>7. CONCLUSIONES</b>	<b>36</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>40</b>

## 1. INTRODUCCIÓN

A menudo nos cuestionamos sobre la paternidad o la maternidad<sup>1</sup> ¿es un deseo, un derecho o una obligación impuesta por la sociedad o todo al mismo tiempo? El deseo de ser padre o madre, ¿está avalado por el derecho privado uruguayo? Y de ser así, si se imposibilita por una enfermedad o por un problema biológico el quedar embarazada o simplemente por decisión propia no gestar el bebé, ¿el Estado ampara ese deseo? ¿y el derecho (en ocasiones internacional) privado? ¿qué sucede en la situación de las parejas homosexuales que tienen el deseo de la paternidad/maternidad? ¿están excluidos y condenados a no ser padres biológicos? A raíz de estas cuestiones y con el avance de la ciencia de la medicina y de la tecnología, se ha llevado a la realidad variadas posibilidades que sustituyen el contexto tradicional de paternidad/maternidad; y entre estas, aparece una nueva técnica para cumplir con ese deseo: **la gestación subrogada o alquiler de vientre**. Este procedimiento da la posibilidad de llevar a cabo la gestación de un niño en el útero de otra mujer, diferente a la madre biológica.

Gracias a la globalización, la maternidad subrogada va más allá del nivel nacional, excede espacios y tiempos, atravesando ordenamientos jurídicos. Rompiendo con la máxima del derecho romano *mater semper certa est*<sup>2</sup> e instando al derecho internacional privado una actualización.

Actualmente, son pocos los ordenamientos jurídicos que permiten esta práctica y son muchos más donde no se permite o no hay una posición clara. Esto genera, que familias viajen al exterior para cumplir con el deseo de la maternidad/paternidad, poniendo en cuestionamiento cuál es el derecho que los ampara, aumentando los riesgos de las garantías jurídicas sobre los derechos y así fomentando el “turismo reproductivo” lucrando con el deseo de formar una familia.

En nuestro país, la subrogación se encuentra regulada por la ley N° 19167 del 29 de noviembre de 2013 en la que se prohíbe esta práctica. A pesar que en su artículo 25 elimina esta prohibición para casos en que existan problemas de fertilidad y haya una relación hasta un segundo grado de consanguinidad, pero ¿qué pasa si una pareja o una

---

<sup>1</sup> En adelante en esta investigación, se utiliza el término MATERNIDAD incluyendo paternidad y maternidad a los efectos de dar una perspectiva de género al tema.

<sup>2</sup> La madre es siempre conocida.

persona soltera domiciliada en Uruguay viaja hacia un país donde está permitida la práctica de la maternidad subrogada para tener un hijo? Estas situaciones son de competencia de nuestro derecho internacional privado, ya que en los casos en que no se cumplan con uno de los requisitos de la ley de reproducción asistida (como ser una pareja heterosexual con problemas de fertilidad y contar con un pariente de hasta segundo grado de consanguinidad que se ofrezca gratuitamente a hacerlo) no se podría optar por ser madre o padre por subrogación en Uruguay.

Por esto, como estudiante de la licenciatura en Relaciones Internacionales en donde se analiza el sistema internacional desde una perspectiva multidisciplinaria que incluye una visión tanto humana como jurídica, se propone hacer un estudio de este asunto internacional tan peculiar: las regulaciones de la gestación subrogada en el derecho comparado y se plantea formular una posible propuesta para su regulación en el derecho internacional privado uruguayo, estudiando cada una de las aristas del tema desde una perspectiva de derecho internacional y evaluando la importancia de un acuerdo o tratado.

**Palabras claves:** *maternidad, subrogación, acuerdo internacional, derecho internacional privado.*

### *1.1 OBJETIVOS DEL TRABAJO*

Objetivo general: Analizar las regulaciones de Gestación Subrogada en el derecho comparado, con énfasis en América Latina, formulando posibles propuestas para su regulación en el derecho internacional privado de Uruguay.

Objetivos específicos:

- Estudiar cómo está regulado el fenómeno de la Gestación Subrogada en distintos ordenamientos jurídicos, principalmente de América Latina.
- Evaluar la importancia de un acuerdo internacional sobre la gestación subrogada y el reconocimiento de las filiaciones establecidas en el extranjero.
- Formular sugerencias de ajustes para la regulación de gestación subrogada en el derecho internacional privado Uruguayo.

## 2. CONTEXTO y MARCO TEÓRICO

### 2.1 CONTEXTO: *La ausencia de normativa específica*

Es evidente la ausencia de una normativa internacional que guíe a los Estados a la hora de regularizar las distintas situaciones que derivan del contrato de subrogación y del vínculo filiatorio subsiguiente. En Uruguay, en el derecho interno la gestación subrogada se encuentra prohibida excepto en el caso de infertilidad regulada en el artículo 25 de la ley de técnica de reproducción asistida N° 19167 del año 2013. Las prohibiciones normativas provocan que muchas familias viajen a Estados<sup>3</sup> donde sí está permitida esta práctica. En el derecho internacional privado de Uruguay no encontramos normativa que regule los casos de gestación subrogada. De hecho, la subrogación no tiene una categoría propia y podría llegar a abarcar más de una como es el caso del contrato o de responsabilidad extracontractual o de filiación.

### 2.2 CONCEPTO : *¿Qué es la Gestación Subrogada?*

Para comenzar, parece pertinente hacer una aclaración del uso del término “maternidad subrogada”, como comunmente se le llama, y a efectos de no dejar ninguna hipótesis afuera parece más acertado hablar de “*gestación subrogada*” o “*subrogación*”.

La gestación subrogada es una técnica de reproducción humana asistida (TRHA), muy reciente, que se caracteriza porque la mujer que gesta al bebé no será la madre legal. A los efectos legales, el proceso consiste en que una persona o una pareja (de distinto o mismo sexo) que por alguna razón natural o enfermedad o por decisión propia no pueda llevar a cabo el proceso de la gestación, y se decida contratar a una mujer -conocida como “gestante”- para que actúe como instrumento para completar el proceso de la gestación, renunciando al derecho de maternidad. La situación ideal es

---

<sup>3</sup> Según un estudio realizado por el Gobierno español.  
[https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337\\_622133.html](https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html)

que la “gestante” solo aporte el útero y de “a luz” mientras que la pareja o persona que contrata aporta el material genético (propio o donado). Luego del parto, el bebé es entregado al o a los contratantes como hijo a todos los efectos legales.

Desde un punto de vista jurídico, a priori, se entiende que estamos frente a un acto jurídico con dos caras, una de naturaleza contractual -oneroso o gratuito- en el que por una parte la madre gestante se obliga a gestar el embrión renunciando a los derechos *post natus* y por otra parte, la pareja o individuo se obliga a hacerse cargo del pago de lo que se convenga y además, obtiene los derechos filiatorios sobre el nacido.

### *2.3 Partes Intervinientes*

En el proceso de subrogación tenemos dos protagonistas intervinientes. Por un lado tenemos a los “padres de intención” y por otro a la madre gestante.

Los padres de intención pueden ser una pareja heterosexual con problemas para concebir, una pareja homosexual, una padre soltero o madre soltera que tenga el deseo de la maternidad. Esta parte es quien obtiene los derechos de paternidad-maternidad sobre el nacido y quien se obliga -dependiendo el contrato y el país- a pagar los gastos de gestación, incluidos los seguros correspondientes.

La madre gestante es a quien se contrata para completar el proceso de gestación en su útero, de manera onerosa o gratuita.

A su vez, dependiendo de la modalidad de subrogación se puede encontrar un tercer participante quien cede el material genético para concebir.

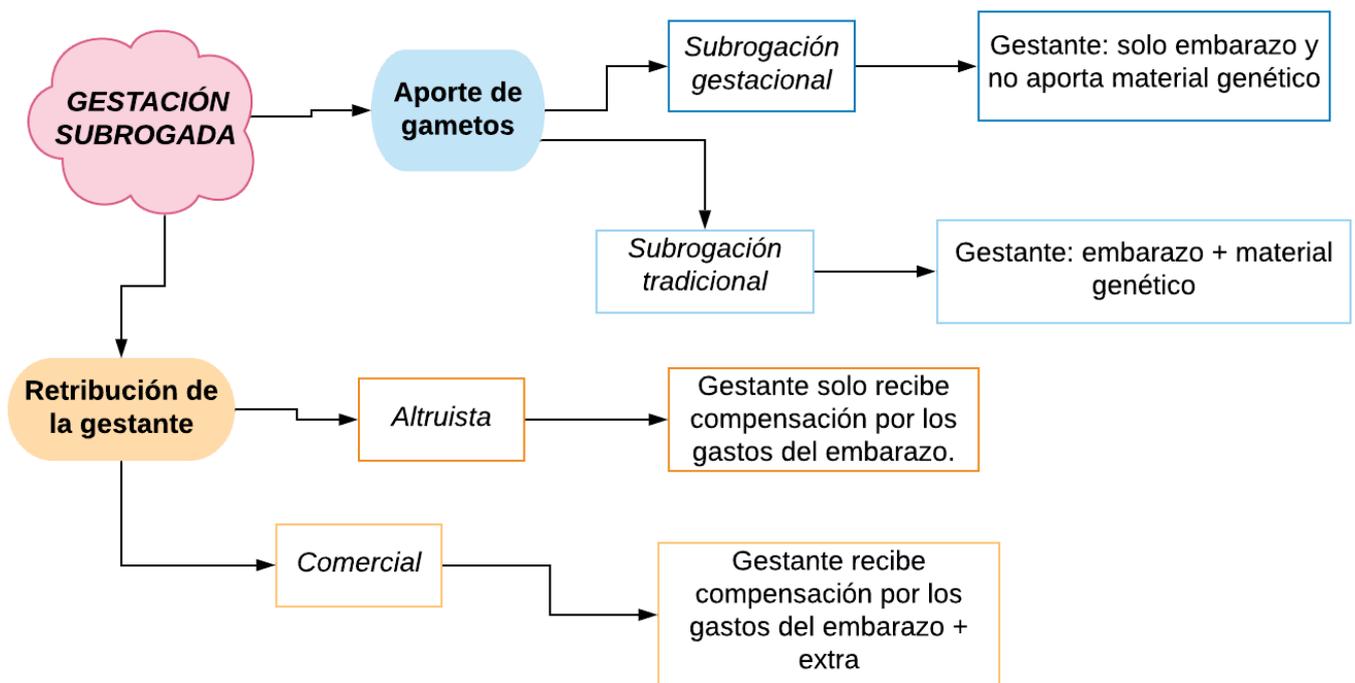
Por su parte también participan profesionales fundamentales en el proceso como son los que participan en las agencias y/o clínicas médicas de reproducción asistida. Generalmente intervienen doctores en medicina, abogados especialistas, psicólogos y escribanos.

### *2.4 Modalidades*

Al momento de hablar de subrogación se pueden encontrar dos tipos de clasificaciones diferentes, lo clasificaremos dependiendo del aporte de gametos y en función de la retribución que recibe la gestante.

La primera se divide en subrogación gestacional o plena y subrogación tradicional o parcial. La subrogación gestacional es cuando la madre gestante solo aporta su capacidad de concebir y no su material genético, sino que proviene de la madre de intención o de una donación. Mientras que en la subrogación tradicional la gestante además de gestar el bebé, aporta su material genético (óvulos). Este tipo de subrogación actualmente no se hace en ninguna parte del mundo, ya que de esa forma la implicación de la madre gestante es mayor<sup>4</sup>.

La segunda clasificación se define si es altruista o comercial. En la subrogación altruista, la gestante solo recibirá compensación por los gastos ocasionados por el embarazo. En la subrogación comercial encontramos un panorama diferente (y hasta conflictivo en sentido ético por muchos ordenamientos jurídicos) ya que la mujer además de recibir compensación por los gastos de embarazo, recibirá una retribución pactada previamente con los contratantes.



Cuadro 1. Elaboración Propia.

<sup>4</sup>BABYGEST. “Tipos de subrogacion” Web: <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/#gestación-subrogada-tradicional>

### 3. LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL DERECHO COMPARADO

No son muchos los países en donde la gestación subrogada está permitida y mucho menos aceptada, ya que pone en juego conceptos y principios del derecho tradicionales, morales y filosóficas. No todos los ordenamientos jurídicos están preparados para enfrentar una nueva manera de procrear, que revoluciona el concepto tradicional de familia en donde la madre gesta al hijo de su esposo. La discusión sobre la subrogación va más allá del punto de vista jurídico, trasciende a lo ético y cultural. En la mayoría de los Estados (donde no está regulada o permitida la práctica) se asume que no es ética ni culturalmente aceptado -aún- que en la conformación de familias haya una retribución monetaria de por medio; como es la contratación de una “incubadora humana” para tener un hijo.

En este apartado, se desarrollará una breve descripción sobre los países de América Latina que tienen regulada o no esta práctica.

#### *3.1 Países donde la Gestación Subrogada está permitida y aceptada*

América Latina no se caracteriza por la cantidad de ordenamientos jurídicos que tenga permitida y aceptada legalmente la gestación subrogada. Sin embargo, en el Estado Mexicano de Tabasco la gestación subrogada es legal desde finales del siglo XX, encontrándose regulada en el artículo 92 del Código Civil para el mismo. Otros estados Mexicanos siguen estudiando y avanzando en regulaciones favorables a la gestación subrogada.

A partir de modificaciones en la normativa de otros países, se derivó a que Tabasco fuera un destino popular en la gestación subrogada a nivel nacional como internacional.

Asimismo, la legislación en el Estado Mexicano era bastante escueta y si bien se limitaba a definir y establecer la posibilidad de registro de los niños y niñas nacidos bajo este contrato, la normativa no establecía mayores protecciones para la gestante ni requisitos o restricciones para llevar a cabo la práctica.

En 2016 se decretó una reforma para regularizar las situaciones que no se encontraban contempladas y perfeccionar la normativa vigente. En principio, esta reforma se presentó en 2013 con esperanzas de mejorar y seguir siendo pioneros en la regulación de los contratos de subrogación, pero desde una mirada subjetiva, los cambios que introdujo no fueron del todo acertados. En primer lugar, se delimita la edad en la cual una persona puede ser “gestante” entre los 25 y 35 años, condicionando a una buena salud bio-psico-somática. En segundo lugar se exige que hayan sido voluntarias al momento de dar su consentimiento como gestante. Si bien la doctrina mexicana encuentra la limitación de edad discriminatoria e innecesaria, se entiende que el objetivo es preservar la buena salud de la gestante y del futuro embrión. Entiendo que esta delimitación ayuda a proteger a que la libertad etaria fomente un comercio ilícito de mujeres como incubadoras humanas. Por otro lado, también se delimita la edad de la contratante entre mayores de 25 y 40 años y no estableciendo el mismo requisito para la figura paterna, exponiendo una clara discriminación de género para las madres de intención. A su vez, forma parte como requisito, para acceder a este tipo de contratos, ser ciudadano mexicano. En relación con esta cláusula, se agregó que es de utilidad para controlar el “*turismo reproductivo*” debido a que el Estado Mexicano se había convertido en un destino internacional para realizar esta práctica y por esto, se decidió limitar el acceso únicamente a los nacionales.

En segundo lugar, se establece que la mujer gestante no haya estado embarazada en los 365 días previos y que no haya participado más de dos veces consecutivas en el procedimiento, cláusula que denota seguridad jurídica y control *a priori y posteriori* del tratamiento; y que también ayuda a combatir con el mercado de “incubadoras humanas” y la mercantilización de la mujer.

En tercer lugar, como cambio a la disposición sobre gestación subrogada se dispone la nulidad de los contratos en caso de que haya intervención de agencias, despachos o terceras personas. Por último, el artículo 380 inciso 7 del Código Civil del Estado de Tabasco expresa que la gestante podrá demandar a los contratantes por el pago de gastos médicos.

Sinaloa es otro Estado de México donde también está permitida la práctica pero con sus ajustes particulares que no parece apropiado desarrollar.

Es pertinente mencionar otros ordenamientos jurídicos, aunque fuera de la región, donde está legalizada y permitida la Gestación subrogada como: Rusia, Reino Unido, Ucrania, Canadá, Grecia, Australia y en algunos Estados de Estados Unidos como California, Illinois, Arkansas, etc.

Canadá y Estados Unidos son los ordenamientos jurídicos que permiten el embarazo subrogado con independencia de su género o estado civil (heterosexual, homosexual, otros, soltero o soltera). Mientras que Ucrania si bien es uno de los destinos más famosos para contratar esta técnica, también es uno de los destinos más restrictivos; ya que solo permite a parejas heterosexuales independientemente de su nacionalidad.

Es de destacar a Ucrania, destino que se ha posicionado como “número 1” en turismo reproductivo. Cientos de personas de todo el mundo viajan para concretar el sueño de la maternidad. Este destino es conocido por su bajo costo en comparación a otros Estados donde está permitida la práctica, costando menos de la mitad de lo que se cotiza en California por ejemplo y además por la facilidad de acceso a esta práctica. Durante la pandemia COVID19 que estamos cursando actualmente -2020-, el país ha sido noticia sobre gestación subrogada debido a que cientos de bebés yacen en un hotel a la espera de sus familias que, por las restricciones fronterizas de los ministerios de relaciones exteriores como medida frente a la emergencia sanitaria mundial, no han podido llegar<sup>5</sup>.

### *3.2 Países donde la Maternidad Subrogada está prohibida y rechazada*

Como Estados Unidos es un sistema federal, cada Estado tiene una independencia jurídica que le permite tener sus propias leyes. Tan así que en California la maternidad subrogada está permitida y es uno de los destinos más famosos para asistir mientras que en el Estado de Nueva York se considera delito y llegando a imponer multas de hasta 10 mil dólares americanos a los padres de intención. En

---

<sup>5</sup> Sahuquillo, M. Sevillano, E. “Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarentena el negocio de los vientres de alquiler” Para El País, disponible en web: <https://elpais.com/sociedad/2020-05-15/bebes-varados-en-ucrania-la-pandemia-pone-en-cuarentena-el-negocio-de-los-vientres-de-alquiler.html>

Michigan sucede algo similar, pero la multa asciende a 50 mil dólares con la probabilidad de tener que cumplir una pena de cárcel hasta un año.

En otros países como España, Estonia, Francia o China también se encuentra prohibida por ley. La gestación subrogada constituye un delito con penas monetarias como de privación de libertad. La diferencia entre estos países es a quién se responsabiliza. En Francia se considera delito que se simule un nacimiento y que la gestante oculte el embarazo. Para los padres de intención existen multas de hasta 45 mil euros (53 mil dólares americanos aproximadamente) y penas de 3 años de cárcel. En China se considera nulo el contrato y se castiga con hasta 30 mil yuanes (4300 dólares americanos aproximadamente) de multa y procesamiento penal al personal sanitario que intervenga en la gestación subrogada

En el caso de Uruguay la maternidad subrogada está prohibida por ley. Únicamente se admite una excepción que permite la gestación subrogada en los casos que por una enfermedad se le imposibilite a la mujer gestar su embarazo. Más adelante se desarrollará un apartado profundizando sobre el derecho interno uruguayo.

### *3.3 Países donde la Maternidad Subrogada no está regulada.*

La mayoría de los ordenamientos jurídicos en nuestra región no tienen una regulación sobre el tema. Los vacíos legales de estos ordenamientos jurídicos llevan a que la práctica se desarrolle sin las correctas garantías del proceso y muchas veces obstaculizando el futuro del niño o niña; por ejemplo que no se le reconozca la filiación y esto no le otorgue los derechos que le corresponden. Lo que ocurre en estos casos, es que la justicia termina fallando y decidiendo al caso concreto y de manera -muchas veces- arbitraria.

En Brasil la subrogación no está regulada en la ley pero el Consejo Federal de Medicina ha establecido una serie de condiciones para que se pueda acceder a este tratamiento. Estos requisitos se encuentran contemplados en la Resolución 2121/2015 que establece 7 puntos: En primer lugar que el contrato debe de ser de la modalidad altruista y la gestante debe ser familiar de primer a cuarto grado de consanguinidad de uno de los padres de intención. En segundo lugar, ninguna de las mujeres participantes (ni la gestante ni la de intención) puede superar los 50 años de edad. En tercer lugar, la

madre de intención debe tener algún problema médico por el cual no pueda llevar a cabo un embarazo. Y por último, los homosexuales están contemplados en esta resolución. El problema de Brasil es que al carecer de una ley que regule esta Técnica de Reproducción Humana Asistida (TRHA) no hay garantías jurídicas ni legales para los padres de intención<sup>6</sup>.

Otros ejemplos de ordenamientos jurídicos que no regulen expresamente la Gestación subrogada en América Latina son: Argentina, Guatemala, Costa Rica, Honduras, Perú y Paraguay.

Tanto Argentina como Guatemala, poseen un vacío legal sobre el tema. Ambos Estados consagran como “madre” a la mujer que da a luz al bebé y como padre al esposo de la madre. Para acceder a la gestación subrogada, en ambos países lo que se realiza es un acuerdo verbal entre los padres de intención y la madre gestante y que luego, esta última, anotará como hijo de los padres de intención al bebé. Entre estos ordenamientos jurídicos, la diferencia yace en que en Guatemala se considera un delito y fraude a la ley, además de que la adopción directa está prohibida<sup>7</sup> y por lo tanto no puede la gestante dar en adopción a los padres de intención al bebé.

En Argentina, el medio por el que se anotó como hijo de los padres de intención al bebé es por la vía de "adopción del hijo del cónyuge". Para esto, el padre debe aportar el material genético que será implantado en la madre gestante y luego de nacido, el padre de intención reconoce al hijo como suyo. La madre gestante, no debe estar casada ya que si no el padre -jurídicamente hablando- será su esposo.

### *3.4 Argumentos a favor y en contra de la Gestación Subrogada.*

La novedad del tema hace que se encuentren tanto argumentos a favor como en contra sobre la gestación subrogada. El concepto de familia tradicional está en nuestro sistema hace décadas y es difícil poder ajustarse a una nueva normalidad que avanza y cambia constantemente.

---

<sup>6</sup>Salgado, S. “La gestación subrogada en Brasil: ¿cuáles son las condiciones?” Para BABYGEST disponible en web: <https://babygest.com/es/brasil/>

<sup>7</sup> Guatemala, Decreto 77/2007,

El primer argumento a favor que aparece es la ayuda de la técnica a cumplir con el deseo de ser madre o padre, por infertilidad de la pareja o sea por una cuestión biológica (como puede ser una pareja del mismo sexo) o por una cuestión de enfermedad, no puedan ser padres por los métodos tradicionales.

En segundo lugar, evitar la transmisión de enfermedades -hereditarias- es otro de los motivos por el que las familias optan por esta técnica de reproducción. Se evitaría que los niños o niñas puedan heredar enfermedades crónicas que los condicionen a una vida no del todo plena.

Además, otra de las posturas que defiende la gestación subrogada, lo hace con el argumento de comparar las partes del cuerpo que pueden ser donadas como es en el caso de la leche, los órganos, material genético con la prestación del útero. Entonces plantean ¿por qué no se podría “prestar” el útero para gestar vida? Se fundamenta que el útero es parte del cuerpo y la decisión de prestarlo o no debería ser personal.

Pero también, ¿por qué hay tanto rechazo por esta técnica? En principio se tiene que entender que el medio cultural y social de algunos Estados no está preparado para modificar el concepto de familia tradicional en donde existe: madre, padre e hijo. Por otro lado existe el argumento de que el tratamiento mercantiliza el cuerpo de la mujer. En tiempos donde se lucha contra la trata de personas y objetivización del cuerpo de la mujer, esta técnica parece impensable y contraria a la lucha. Los contratos onerosos en donde se dispone que una mujer “alquila” su útero para cumplir el deseo de maternidad de otros, desprende que el cuerpo pasa a ser una “incubadora humana” y por lo tanto, da la posibilidad de fomentar el mercado negro o la trata de mujeres para que sean esclavas de este procedimiento. La mujer es la parte débil de la relación y muchas veces coincide en que estas mujeres provienen de contextos económicos carenciados en donde pareciera que no se encuentra otra salida y se le da una opción “laboral” para salir adelante.

Sumándose, hay quienes argumentan que la adopción parece una alternativa natural. Criticando que la subrogación desplaza la opción de adoptar, habiendo muchas veces una gran cantidad de bebés, niños y/o niñas que esperan una familia. Este último es el que encabeza los argumentos en contra. Aunque entiendo que está claro que un sistema no sustituye al otro, y con una buena regulación pueden ser compatibles.

## 4. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN URUGUAY

### 4.1 Derecho Interno

En Uruguay en materia de reproducción asistida existe la ley N° 19167 aprobada en 2013. El objetivo de la misma es regular las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), así como los requisitos que deben cumplir las instituciones que las realicen. Para la investigación es competente lo establecido en el capítulo IV de la misma; los artículos número 25 y siguientes.

En el artículo 25 se establece la nulidad de los contratos entre una pareja o una mujer que provea el material genético y se acuerde la gestación en el útero de otra mujer que obligue a entregar al nacido a la otra parte, disponiendo:

*“ Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.”*

Pero a continuación del artículo se funda la excepción de lo desarrollado anteriormente:

*“Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.”*

El artículo finaliza estableciendo los medios de prueba y requisitos para su aprobación.

En el artículo 26 se ordenan las pautas de qué manera se suscribe al acuerdo:

*“El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.”* En otras palabras, se acepta únicamente de la modalidad altruista.

El artículo 27 determina la filiación del nacido bajo este método. El nacido será hijo natural de quienes lo hayan solicitado y acordado en la subrogación.

El último artículo de este capítulo establece sobre la filiación materna que *“estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la*

*mujer cuya gestación ha sido subrogada”*

La ley permite que la gestación subrogada sea solamente a título gratuito y entre familiares de no más de segundo grado de consanguinidad, siempre que se cumpla la condición de que existiese una enfermedad genética o adquirida que le impida la gestación del propio bebé, siendo probada por la Comisión Honoraria Asistida quién es la responsable de la evaluación de las condiciones establecidas.

#### *4.2 Derecho Internacional Privado: ¿En qué categoría califica y cuál es la ley aplicable?*

El derecho internacional privado tiene tres funciones primordiales: determinar la ley aplicable, determinar al juez competente y el reconocimiento dado a las sentencias en un caso de derecho extranjero. Existen diferentes corrientes sobre el objeto del derecho internacional privado en que se discute si el objeto es resolver el conflicto de leyes o si es además, crear un derecho material uniforme que resuelva los casos directamente. Ambos coinciden en resolver el conflicto de la ley aplicable sea creando una ley o resolviendo cuál de las leyes ya existentes es aplicable. En síntesis, lo que compete, es resolver el tratamiento de gestación subrogada en el derecho internacional privado uruguayo.

En el derecho internacional privado, en la actualidad, la gestación subrogada no es una categoría propia y no hay ninguna convención o tratado específico que trate el tema. Al encontrarnos frente a este problema se puede, a la gestación subrogada, calificar en dos categorías: en primer lugar sobre hasta dos **contratos** (dependiendo de la situación), uno que versa la gestación subrogada entre las partes intervinientes (padres de intención + agencia), otro sobre la agencia y la madre gestante y por otro lado sobre la **filiación** del nacido.

Dependiendo de cuales son los ordenamientos jurídicos intervinientes, dependerá cuál es la fuente aplicable y la ley dependerá de cómo está prevista en ella. Por el momento, se detalla que las categorías que se involucran en el tema son contrato y filiación. Más adelante en el apartado de gestación subrogada en el derecho internacional privado uruguayo se desarrollará el tema en profundidad.

### 4.3 ¿Es posible que se configuren excepciones a la aplicación de la ley extranjera en materia de Gestación Subrogada?

Generalmente el derecho extranjero se aplica de oficio y de forma obligatoria cuando la norma de conflicto lo remite, pero existen excepciones en las cuales no se aplica. Estas excepciones son por orden público internacional, institución desconocida o por fraude a la ley. En la materia de gestación subrogada la excepción que se podría aplicar es *orden público internacional*.

En materia de gestación subrogada entiendo que podría aplicar en ciertos casos la excepción de orden público internacional, que funciona cuando la aplicación del derecho extranjero vulneraría los principios fundamentales que en general están contenidos en normas positivas. Estos principios fundamentales son aquellos en que los Estados asientan<sup>8</sup> su individualidad jurídica. Es un control a posteriori que funciona en la etapa de aplicación del derecho extranjero por el juez y se aplica al caso concreto. La excepción debe ser declarada por un juez y se aplica al caso concreto. Se podría interpretar que la gestación subrogada (respecto al contrato en sí y no en la filiación) contraviene el orden público internacional pero ¿por qué? Porque dentro de nuestro derecho interno, existe una normativa vigente que la prohíbe y que prohíbe la práctica con fines comerciales. La excepción de orden público internacional sólo podría aplicarse frente a un contrato de gestación subrogada comercial (por ejemplo si se

---

<sup>8</sup> Declaración de Uruguay hecha al firmar la Convención Interamericana de Normas Generales de derecho internacional privado:

Alcance que le otorga al Orden Público:

La República Oriental del Uruguay manifiesta que ratifica de modo expreso la línea de pensamiento sostenida en Panamá--CIDIP-I-- reafirmando su acendrado espíritu panamericanista y su decisión clara y positiva de contribuir con sus ideas y su voto, al efectivo desenvolvimiento de la comunidad jurídica.

Esta línea de pensamiento y conducta ha quedado patentada en forma indubitable con la ratificación sin reservas por parte del Uruguay de todas las Convenciones de Panamá aprobadas por Ley No. 14.534 del año 1976.

En concordancia con lo que antecede, la República Oriental del Uruguay da su voto afirmativo a la fórmula del orden público, sin perjuicio de dejar expresa y claramente señalado, de conformidad con la posición sustentada en Panamá, que, según su interpretación acerca de la prealudida excepción se refiere al orden público internacional, como un instituto jurídico singular, no identificable necesariamente con el orden público interno de cada Estado.

Por consecuencia, a juicio de la República Oriental del Uruguay, la fórmula aprobada comporta una autorización excepcional a los distintos Estados Partes para que en forma no discrecional y fundada, declaren inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando éstos ofendan en forma concreta, grave y manifiesta, normas y principios esenciales de orden público internacional en los que cada Estado asiente su individualidad jurídica.

reclamara judicialmente el cumplimiento de un contrato de este tipo) ya que en nuestro derecho interno no está admitida esta ni ningún contrato intrafamiliar con estos fines. Haciendo una analogía con la poligamia en donde no se reconoce el instituto que le da origen a la situación, la filiación se reconoce a pesar de ello.

Sin embargo, si la gestación subrogada es altruista no se podría aplicar esta excepción, ya que en la ley de reproducción asistida es uno de los requisitos por la cual se permitiría la gestación subrogada. Rubén Santos<sup>9</sup> enumeró otras razones para interponer esta excepción: el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de derechos patrimoniales, pudiendo afectar directamente sobre la dignidad humana (el ser considerados objetos). Además, esto crearía derechos al niño como si fuera una propiedad o bien. Otra razón popular, es la confusión mental del niño acerca de su familia y cómo puede repercutir esto en la salud psicológica.

Por otra parte cabe mencionar el por qué no se podría aplicar la excepción de fraude a la ley e institución desconocida. En el caso de fraude a la ley, cuando una pareja / hombre / mujer domiciliada en Uruguay viaja al exterior, a un país donde la Gestación Subrogada está permitida y vuelve con su hijo o hija, y solicita hacer valer esa filiación, no existe ni computa fraude a la ley.

En primer lugar porque Uruguay no reconoce al fraude a la ley como excepción de aplicación de la ley extranjera<sup>10</sup> y porque tampoco existen los elementos del mismo.

---

<sup>9</sup> Santos, R. Eficacia extraterritorial de las filiaciones en el caso de maternidad subrogada. pág 24.

<sup>10</sup> Uruguay reserva el artículo 6 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado expresándose: El Gobierno de la República Oriental del Uruguay hace reserva del Artículo seis de la Convención Interamericana sobre Normas

Generales de Derecho Internacional Privado por entender:

Primero - Que su admisibilidad significaría introducir una nueva excepción a la normal aplicación del derecho extranjero regularmente competente según la regla de conflicto,

Segundo - Que la excepción sólo podría funcionar cuando se haya afectado la aplicación de la ley propia,

Tercero - Se introduce un elemento de subjetividad difícilmente discernible, dándose seguramente entrada a presunciones de dudosa validez ante el texto claro de la norma de conflicto,

Cuarto - Se iría en muchas circunstancias contra la autonomía de la voluntad de las partes y dado el carácter claramente objetivo de muchos puntos de conexión, como el domicilio, se estaría eliminando los textos aprobados en la Conferencia acerca de tal punto de conexión como el Artículo dos de la Convención sobre el Domicilio de las Personas Físicas,

Quinto - El Uruguay admitiría el fraude a la ley en los casos en que se pueda perjudicar los intereses del país y no frente a relaciones meramente privadas,

Sexto - En el caso del establecimiento fraudulento del punto de conexión no existiría fraude a la ley sino fraude y en consecuencia no se habría establecido el punto de conexión.

Pero si bien en la Convención de Normas Generales Uruguay se reserva el fraude a la ley como excepción de aplicación de la ley extranjera, en el artículo 7 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Uruguayo se establece que si se admite el fraude a la ley “No se aplicará el derecho designado por una

En el caso de Institución Desconocida, no se podría alegar esta excepción ya que en nuestro ordenamiento jurídico existe la institución: en la ley de reproducción asistida en donde se prohíbe el proceso, exceptuando al caso de segundo grado de consanguinidad. El artículo 3 de la Convención Interamericana de Normas Generales del Derecho Internacional Privado establece que *“cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.”* El artículo resume la excepción de una institución desconocida, la cual no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

#### *4.4 Maternidad Subrogada en el Derecho internacional privado uruguayo ¿existe?*

Como ya se ha mencionado anteriormente en el derecho internacional privado uruguayo (en adelante DIPrUy) no existe regulación específica para la figura de gestación subrogada, no hay ni tratados ni convenciones que traten el tema. Entonces, ¿cómo se puede regular algo que no está establecido en nuestro derecho?

En el DIPrUy, el contrato internacional, como acto jurídico se encuentra regulado en el artículo 2399 del Apéndice Código Civil Uruguay (cuando no hay tratado internacional específico aplicable). El artículo dispone que *“los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889.”* Esta disposición hace una remisión directa al Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889. Se entiende que la gestación subrogada comprende una *obligación de hacer* por ende estamos frente a un contrato de *servicio*. La razón porque el fin perseguido por el contratante es de “alquilar” un vientre para que se geste el hijo. El tratamiento de esta causa se encuentra regulado en el artículo 34 inciso B<sup>11</sup> del mismo tratado. Se resuelve

---

*norma de conflicto cuando artificiosemente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República”.*

<sup>11</sup>Art. 34. - En consecuencia, los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas se rigen por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.

Los que recaigan sobre cosas determinadas por su género, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo en que fueron celebrados.

que la ley aplicable será la del Estado en donde el contrato se desarrolle, es decir, donde la gestante desarrolle el embarazo y lo lleve a término. Una vez finalice el proceso de gestación del bebé y con la entrega del bebé, el contrato se extingue.

En gestación subrogada pueden convivir dos contratos; el primero es el que acuerdan las partes gestantes, es decir, la agencia y la madre gestante. El otro negocio jurídico que se constata es entre los padres de intención y la agencia de gestación subrogada. Ambos contratos llegan a la misma solución y misma ley aplicable por el lugar donde *se haya de producir sus efectos*: es decir, en donde nace el bebé. Lugar especial es el lugar de nacimiento.

Por otro lado, se puede llegar al mismo resultado en que el contrato de la madre gestante, calificando el acto en el artículo 34 inciso C del Tratado de Montevideo de 1889, por el que, la ley aplicable será la del domicilio de la gestante. Generalmente coincidirá en donde se desarrolle el embarazo.

La filiación por su parte, tampoco se encuentra regulada con una categoría autónoma. Autores como Alfonsín o Vargas Guillemette difieren como regular. Vargas Guillemette sostiene que el artículo aplicable en el Apéndice del Código Civil en el artículo 2393<sup>12</sup> que regula al estado y capacidad por la ley de domicilio. Este autor, entiende que la filiación se debe regular por esta norma, ya que es una amplia categoría “estado”. Nuestra jurisprudencia se ha atendido a esta calificación, entendiendo al estado como categoría donde se incluye relaciones jurídicas filiatorias. La ley aplicable siguiendo esta línea, se desprende que será la del domicilio de la madre gestante.

Alfonsín no comparte esta posición e impulsa que la laguna normativa debe llenarse con la doctrina más recibida, es decir con los artículos 12 a 18 de los Tratados de Derecho Civil de Montevideo. Pero ante esta solución aparece la cuestión, al igual que lo planteó Santos, si el hijo nacido por maternidad subrogada se considerará *¿como hijo*

---

Los referentes a cosas fungibles, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de su celebración.

Los que versen sobre prestación de servicios:

- a) Si recaen sobre cosas, por la del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración;
- b) Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel donde hayan de producir sus efectos;
- c) Fuera de estos casos, por la del lugar del domicilio del deudor al tiempo de la celebración del contrato.

<sup>12</sup> Artículo 2393. El estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio. Al tiempo de elaborar esta monografía se aprobó en el Senado el proyecto de ley general de DIPR.

*matrimonial o extramatrimonial de los comitentes o como hijo matrimonial o extramatrimonial de la madre por sustitución?*<sup>13</sup> Ruben Santos encuentra solución en la armonización de los conceptos de *lex fori* y *lex causae*. Entonces, se desprende que si el niño es considerado un hijo matrimonial, la ley aplicable será la del domicilio conyugal al momento del nacimiento del hijo. Sin embargo, si se considera al hijo como hijo extramatrimonial, *la ley de cada Estado tiene libertad para decidir si reconoce esa filiación o no.*<sup>14</sup>

Por su parte, si nos centramos en el reciente proyecto de ley de derecho internacional privado uruguayo, aprobado en el Senado el 1ero Septiembre del 2020 y estudio de la Camara de Representantes, se regula la filiación en el artículo 28. El mismo establece que: *“La filiación se rige por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo.*

*En su defecto, se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo.*

*Sin perjuicio de lo anterior, la filiación puede también determinarse, indistintamente:*

- a. Conforme con la ley del Estado de su residencia habitual si la persona de cuya filiación se trata es menor de edad.*
- b. Conforme con la ley de su domicilio si la persona de cuya filiación se trata es mayor de edad.*
- c. Conforme a la ley del Estado del domicilio del demandado o la del último domicilio de éste si ha fallecido. “*

Según esta normativa, se llega a la misma conclusión; la filiación se regula por la ley de domicilio de la madre, en este caso, gestante según el inciso 2 del artículo. Por tanto si la ley lo acepta, la maternidad será determinada por el domicilio de la gestante.

Desde el punto de vista de filiación surgen varias cuestiones *¿Se reconoce la filiación que surge de la maternidad subrogada fuera de los límites del estado? ¿Cuál es el status legal de los padres/madres? ¿y de los niños nacidos por maternidad subrogada? ¿Puede la filiación calificarse como un derecho adquirido?* En primer lugar, la filiación que surge a partir de la gestación subrogada -o de cualquier forma

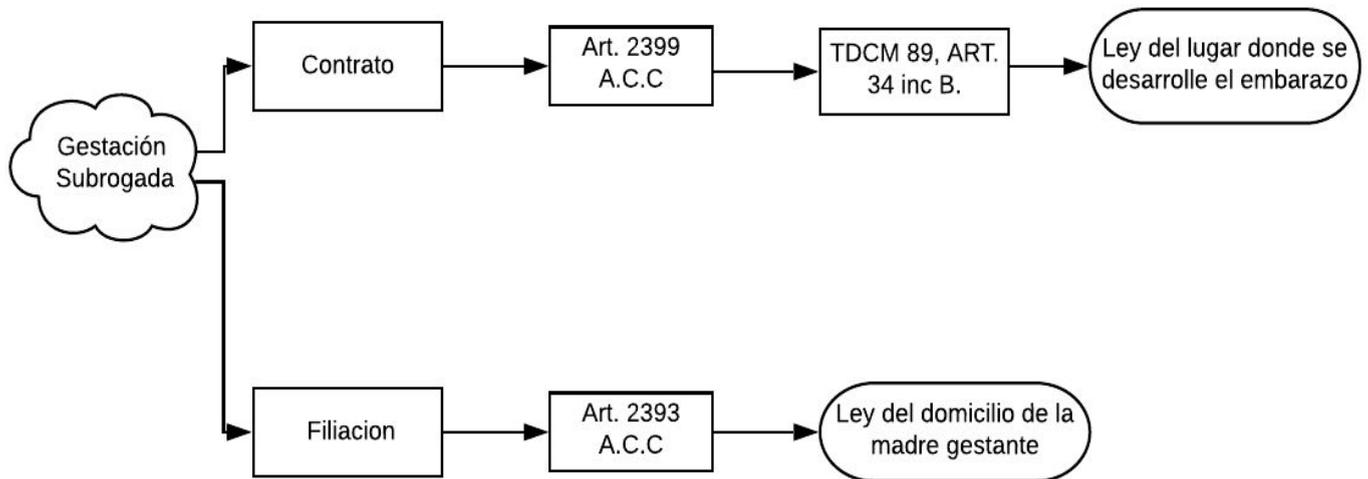
---

<sup>13</sup> Santos Belandro, R.” Eficacia Extraterritorial de las filiaciones en el caso de Maternidad Subrogada” Pág 15.

<sup>14</sup> Santos Belandro, R.” Eficacia Extraterritorial de las filiaciones en el caso de Maternidad Subrogada” Pág 16.

reconocida por el derecho- sí se reconoce fuera de los límites del Estado. Se puede afirmar que los padres *son padres* en cualquier lugar del mundo.

Sobre quién es el juez competente, se resolverá por el artículo 2401 del Apéndice del Código Civil<sup>15</sup>A, es decir por el criterio *ASSER*. El juez competente será el del Estado cuya ley corresponde aplicar.



Cuadro 2. Elaboración propia.

#### 4.5 La filiación como derecho adquirido

La filiación se puede entender como un derecho adquirido siempre que esté la filiación constatada de acuerdo a la ley que otorgó la filiación. Si por gestación subrogada en un Estado “A”, “X” se convierte en madre (siguiendo la ley de ese estado); cuando viaje a un Estado “B”, “X” seguirá siendo tan madre como en el primer Estado. Parece extraño pensar en otra cosa, ya que el derecho es opuesto ante cualquier persona y Estado. Siguiendo la Convención Interamericana sobre normas generales del Derecho Internacional privado, en su artículo 7 establece que “*las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tenga una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás*

<sup>15</sup> Artículo 2401. Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones

*Estados Partes, siempre que no sean contrarias al orden público*”. Santos<sup>16</sup> asegura que no es un buen argumento para quienes quieren defender la postura, ya que en los Estados donde exista una conexión con la situación jurídica debe aceptar esta práctica como productor de una relación filiatoria.

---

<sup>16</sup> Santos Belandro, R.” Eficacia Extraterritorial de las filiaciones en el caso de Maternidad Subrogada” Pág 21.

## 5. HACIA UN ACUERDO INTERNACIONAL

### 5.1 *¿Por qué un acuerdo internacional?*

La globalización y la interconexión entre los ordenamientos jurídicos ha acercado los países en todo contexto. Las ganas de formar una familia y ser padres o madres no ha sido la excepción, ante esto y la ausencia normativa se han producido muchos problemas al momento de regular la gestación subrogada, acarreando fuertes inconvenientes tanto en los derechos como a las obligaciones de los nuevos padres con respecto a sus hijos nacidos bajo este método.

Los acuerdos internacionales son acuerdos o convenciones en los que los Estados u organizaciones internacionales con personería jurídica internacional asumen obligaciones y adquieren derechos en el ámbito internacional, además de regular intereses mutuos. Estos acuerdos se negocian, discuten y evalúan con mucha cautela entre los miembros que quieran adherirse y así seguir un código de principios y normas horizontalmente. Estos documentos sirven para orientar reglas concretas en áreas específicas; en el caso de la gestación subrogada para establecer criterios de reconocimiento de paternidad, transmisión de ciudadanía, registro del menor, entre otras. A través de un acuerdo internacional se concreta un compromiso jurídico entre los Estados; es una forma de cooperación actual y futura.

En el objeto de estudio, se entiende la necesidad de un acuerdo internacional para evitar posibles lagunas en el derecho y que eso perjudique a las partes intervinientes, tanto a padres como a los niños. Un acuerdo internacional ayudaría a resolver el conflicto de leyes en los temas no regulados de la gestación subrogada, dentro de una misma línea y no dejando la situación librada por completo a los jueces. A falta de acuerdo internacional, cada caso es único y se regula de la manera que que el juez crea más conveniente; dejando una incertidumbre para los y las involucradas en el caso.

El incremento de desplazamientos transfronterizos como una de las consecuencias de la globalización, las nuevas formas familiares (muchas veces no reconocidas en todos los Estados) sumado al avance de la tecnología y de la

biomedicina marcan un auge y progresividad para el derecho internacional privado, dejando a la vista un nuevo abanico de conflictos que se solucionan mediante un instrumento normativo entre Estados. Albornoz y Rubaja expresan que *“La necesidad, posibilidad y viabilidad de desarrollar un instrumento internacional a los fines de hallar soluciones para los conflictos que se suscitan en casos de filiación transfronteriza, incluida la Gestación Subrogada internacional”*<sup>17</sup>. Y continúa que el instrumento internacional deberá *“asegurar los derechos de todos los involucrados en estos conflictos, especialmente los de los niños”*<sup>18</sup>.

## 5.2 Reuniones del Grupo de Expertos: Conferencia de La Haya <sup>19</sup>

Desde principios del 2016, el grupo de expertos sobre el proyecto de gestación subrogada se reúne para llegar a un acuerdo sobre el tratamiento transfronterizo del tema. Hasta el momento se han desarrollado 6 reuniones, las cuales han profundizado ciertos puntos en el correr del tiempo. En este apartado se desarrollará lo principal de cada reunión a criterio propio.

En la reunión número uno<sup>20</sup>, de febrero 2016 se comenzó a estudiar la factibilidad del trabajo avanzado sobre derecho internacional privado relacionado al *status* del niño o niña nacido por un tratamiento de reproducción humana asistida. En esta primera reunión, el grupo de expertos se dedicó a estudiar casos específicos. El grupo de expertos logró identificar y reconocer posibles problemas a la hora de tratar los casos transfronterizos de reproducción asistida como puede ser la continuidad legal del parentesco. Los problemas surgen por la ausencia de una norma general uniforme de derecho internacional privado generando grandes disyuntivas sobre el *status* de padres e hijos a través de las fronteras. El grupo reconoció que soluciones comunes son necesarias para tratar estos problemas e identificó el asunto de la paternidad legal del

---

<sup>17</sup> Albornoz, M. Rubaja, N. 2019. “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado sobre filiación internacional y gestión por sustitución” . Jornadas 130 años de los Tratados de Montevideo. FCU. Pág 668.

<sup>18</sup> ídem anterior.

<sup>19</sup> En la Conferencia de La Haya, el término utilizado sobre el tema es paternidad.

<sup>20</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2016. Report of the February 2016 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy (1st meeting).

niño es un tema de cuestión internacional y que ninguna de las existentes convenciones de La Haya lo tratan.

La segunda reunión<sup>21</sup> se llevó a cabo un año después. El grupo de expertos se dedicó principalmente a estudiar la continuidad transfronteriza de la paternidad legal de los niños que se definió como una preocupación internacional. Asimismo, tuvo lugar el reconocimiento de las decisiones judiciales sobre la paternidad legal. Se determinó que las decisiones judiciales extranjeras deben ser finales y deben tener efecto legal en el Estado donde fue entregada pero con condiciones limitadas. Las decisiones judiciales extranjeras sobre paternidad son diferentes a los documentos públicos extranjeros y al término de parentesco legal. Sobre los documentos públicos extranjeros se cuestionó la necesidad de tener una especie de nuevo documento o sello que confirme la paternidad legal ya que no todos los Estados prueban - la paternidad - con los mismos documentos, en algunos el certificado de nacimiento es suficiente para confirmar y en otros se hace por medio de un juez. Es por esto que se recomienda que la paternidad legal deberá tener una ley uniforme.

En febrero de 2018 se desarrolla la tercera reunión<sup>22</sup>, en la que se continúan y profundizan algunos temas de las reuniones anteriores. En el tema del reconocimiento de las decisiones judiciales sobre paternidad legal se desarrolla la importancia de la paternidad legal como un *status* de donde derivan importantes derechos para los niños. Aparece un nuevo *ítem* sobre el tema: el *no reconocimiento*. Se examina el no reconocimiento de la paternidad legal en situación de TRHA -como en gestación subrogada- por orden público internacional (a pesar de que algunos expertos niegan esta excepción ya que no se debe dejar a ningún niño sin padres), por formalidades del procedimiento o por procedimientos paralelos que involucren a los padres. En la reunión también se trató el procedimiento de reconocimiento en caso de dudas o disputas y los efectos del reconocimiento, preguntando si cualquier reconocimiento por aplicación de la ley debería extenderse al reconocimiento de efectos de la paternidad legal. Se hizo un apartado sobre la paternidad legal, la búsqueda de una herramienta

---

<sup>21</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2017. Report of the January/February 2017 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (2nd meeting)  
<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

<sup>22</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2018. Report of the February 2018 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (3rd meeting).  
<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

para facilitar la previsibilidad transfronteriza, la certeza y la continuidad de la paternidad legal cuando no haya una decisión judicial sobre la filiación. El grupo encuentra tres soluciones posibles: normas uniformes de derecho internacional privado aplicables, la aceptación del certificado de nacimiento extranjero como evidencia irrefutable de paternidad y el reconocimiento por ley (“*by operation of law*”). Se resuelve que la ley aplicable, en el caso de tener una norma uniforme aplicable sería por *lex fori*. Además que la aceptación de certificados de nacimiento extranjeros resulta evidencia suficiente para comprobar la paternidad legal. Por último parece pertinente mencionar que sobre la paternidad legal en contexto de subrogación internacional, el grupo discutieron tres puntos de cómo regular el tema. Existió una postura encontrada en la cuestión de si las normas generales de derecho internacional privado sobre la paternidad podrían aplicarse también a los casos relacionados con los Acuerdos de Subrogación Internacional (en adelante ASI). Algunos expertos creen que sería preferible tener un solo conjunto de reglas y otros defienden que sería mejor tener reglas internacionales generales para solucionar esto. Otros expertos, creen que sería necesario tener un conjunto separado de reglas para las ASI.

En septiembre del mismo año se desarrolla la cuarta reunión<sup>23</sup> en la que se afirma la necesidad de un derecho internacional privado especializado en paternidad subrogada y se deja pactada una quinta reunión con el fin de enfocarse especialmente en la paternidad legal en casos de gestación subrogada internacional. Los puntos tratados durante esta cuarta reunión fueron la posibilidad de aceptar documentos públicos extranjeros sobre paternidad legal, la posibilidad del reconocimiento legal de la paternidad establecida en el extranjero en donde no hay una decisión judicial de por medio, la necesidad de llegar a un acuerdo sobre un derecho uniforme aplicable sobre paternidad legal.

El grupo en esta reunión resalta la necesidad de soluciones en común. Se insistió en que la ausencia de leyes uniformes del derecho internacional privado sobre la paternidad legal puede arrastrar y crear problemas significativos tanto para las familias como para los niños. Una normativa uniforme de DIPR puede además de resolver conflictos, introducir salvaguardas para prevenir el fraude en documentación pública y

---

<sup>23</sup> Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2018. Report of the September 2018 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy (4th meeting). <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>

asegurar que se respeten las normas de los diferentes estados sobre la paternidad legal. Cualquier instrumento legal debería proveer predictibilidad, certeza y continuidad legal sobre la paternidad en situaciones internacionales para todas las personas involucradas teniendo en cuenta los derechos fundamentales, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño -de las Naciones Unidas- y particularmente respetando el principio del interés superior del menor. Asimismo se confirmó que indiferentemente del instrumento internacional, este debe ir acompañado de las ya existentes convenciones sobre familia de La Haya y atraer la mayor cantidad de países ratificantes.

Por otro lado, discutieron dos de los posibles métodos para asegurar la continuidad legal extraterritorial de la paternidad legal en caso de ausencia de una decisión judicial. Primero, la aceptación por los países ratificantes del documento público como evidencia irrefutable del parentesco legal registrado en él (como puede ser una partida de nacimiento en el caso de Uruguay). La segunda el reconocimiento extraterritorial de la paternidad legal establecida por ley o por acto individual. A su vez, el grupo acordó que debe haber reglas para la validez formal de los documentos públicos en un posible documento futuro. Se habló sobre un futuro instrumento de ley uniforme del derecho internacional privado, los Estados que consideran la paternidad legal aplicarían una ley acordada para determinar quién es el o los padres legales del niño o niña. Para este punto de conexión, se discute si debe ser la ley del estado de nacimiento del niño, la ley de residencia habitual del niño al momento de nacer o la ley del estado en el que niño tiene una conexión real y substancial. En el primer caso se afirma sobre la conexión fuerte que deberían tener el niño como el o los padres en ese estado ya que se presume que posiblemente sea el estado de la nacionalidad de los padres. En el segundo caso se asegura que ayuda a afianzar la proximidad entre el niño y el estado cuya ley sobre paternidad se aplicará. Aunque, contrariamente, también se considera que es confuso y problemático determinar cuál es la residencia habitual de un recién nacido. Y en el último caso se sugiere que el Estado en el que el niño tiene o tendrá una real y substancial conexión será fácil de presumir. Por otra parte, en esta reunión se debatió sobre un posible método para asegurar la eficacia extraterritorial del status legal de los padres establecidos por decisión judicial.

En la quinta reunión datada a principios del 2019, se volvió a insistir sobre la necesidad de una solución común que evite el *“limping legal parentage”*, es decir

cuando uno de los padres -o ambos- no son legalmente reconocidos como padres del hijo<sup>24</sup>. El grupo retomó lo discutido en las reuniones anteriores sobre la necesidad de un derecho privado internacional uniforme que regule los aspectos de la paternidad legal a partir de un contrato de subrogación, ya que han aumentado los casos de “limping legal parentage” a través de las fronteras acarreado grandes problemas para las familias. Se marcó el aumento considerable de las TRHA en un contexto de nueva tecnología médica que ha desarrollado nuevos “challenges” sobre la paternidad en el futuro próximo, sobre todo desarrollando problemas en la movilidad familiar. Se insistió sobre un instrumento que complemente los acuerdos internacionales de la Haya ya existentes y que regule y resuelva estas situaciones asegurando leyes aplicables y reglas para que los estados respeten. La paternidad legal es un estado en el que derivan importantes derechos para el niño y obligaciones para el adulto. Aparece en esta reunión un nuevo objetivo general sobre la realización de un instrumento que se dirija a regular el “limping parentage” producido por los ASI.

En la sexta y última -por ahora- reunión del grupo de expertos en La Haya se retoma la búsqueda de una solución en común para evitar lo que ya se mencionó como “limping legal parentage” a partir de la ausencia de normativa que regule el tema de la paternidad derivada de un ASI. El grupo se encamina a una convención y se recuerda la importancia de un instrumento que ayude al reconocimiento extraterritorial de decisiones judiciales sobre la paternidad legal, aparece la idea de un protocolo separado de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre el tema (ASI). Se insiste en que:

*“The aim of any future instrument would be to provide predictability, certainty and continuity of legal parentage in international situations for all individuals concerned, taking into account their rights, the United Nations Convention on the Rights of the Child and in particular the best interests of the child”*<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Limping legal parentage: Traducción libre.

<sup>25</sup>Traducción libre: El objetivo de cualquier futuro instrumento internacional debería proveer predictibilidad, certeza y continuidad legal de la paternidad en situaciones internacionales para todos los individuos que les compete tomando en cuenta sus derechos, los derechos emanados de la convención de los derechos del niño de las naciones unidas y particularmente pensando en el mejor interés del menor.

En esta reunión se progresa con el armado de un borrador de una posible futura convención de La Haya sobre el reconocimiento extraterritorial de decisiones judiciales sobre la paternidad legal. Se objetó que el reconocimiento extraterritorial de decisiones judiciales no involucra la enumeración de derechos y obligaciones que derivan de la paternidad, dejando afuera asuntos como la nacionalidad, obligaciones alimentarias o sucesiones. En el ámbito de aplicación de ley sobre el tema de reconocimiento de sentencias extranjeras, el grupo acordó que el régimen del reconocimiento debe ocurrir en virtud de la ley aplicable y estar sujeto a la suposición de ciertos motivos de jurisdicción en el estado donde se emitió el fallo. El grupo acordó la necesidad de limitar la jurisdicción indirecta para asegurar que hay suficiente proximidad entre el sujeto de hecho y el Estado del juez competente. Asimismo, se vieron dos alternativas sobre la residencia habitual del niño. En esta reunión - a diferencia de las anteriores- se hizo un espacio exclusivo sobre la gestación subrogada.

En el caso de reconocimiento de sentencia sobre paternidad legal en subrogación, el protocolo tiene por objetivo solamente cubrir los casos de subrogación. A su vez, el grupo se concentra en términos de subrogación, que el contrato debe ser por escrito para promover transparencia y protección de las partes involucradas. Además que estos acuerdos de subrogación deben realizarse antes de la concepción y se hace mención al cambio de vocablo de “madre subrogada” a “subrogada” o “mujer subrogada”. En segundo término, se hace referencia al reconocimiento extraterritorial de sentencias sobre paternidad legal producidas por ASI en virtud de la ley. Se coincidió en que las sentencias post-nacimiento en el Estado de origen de la ASI deben ser reconocidas por todos los estados contratantes previendo ciertas condiciones en el protocolo. Se retoma la idea manejada en la quinta reunión sobre un mínimo de estándares o salvaguardas para proteger los derechos de las partes involucradas y particularmente, el interés superior del niño. En tercer término se hace particular atención a las condiciones y certificados de las ASI. Se discute, para facilitar el reconocimiento, la posibilidad de un certificado para verificar que se hayan dado las condiciones que el protocolo prevé. Por ejemplo, el certificado podrá incluir que la ASI se hizo bajo los estándares de la ley en el Estado que se desarrolló. Se reafirmó la importancia de un consentimiento libre e informado de la madre subrogada sobre las condiciones de la ASI sobre paternidad y la importancia de que se preserve la

información sobre los orígenes del niño y en algún momento se pueda dar el acceso a dicha información. También se discute sobre un estándar mínimo sobre la elegibilidad e idoneidad tanto de la madre subrogada como de los padres de intención. En el punto número 37 de la reunión, se trató un tema nuevo: la prevención de secuestro, venta o de trata de mujeres y niños en el contexto de gestación subrogada, teniendo en cuenta el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Se acordó la necesidad de un marco de referencia en tanto el reconocimiento de la paternidad podría operar de alguna forma que no facilite la venta de niños.

De las reuniones de la *HCCH* se desprende la importancia y urgencia de un acuerdo internacional para regular diferentes aspectos de la gestación subrogada y evitar los problemas -recientes y futuros- ocasionados por la ausencia normativa sobre reconocimiento de la paternidad legal, librando al azar la protección y garantías de los derechos de niños y de padres e imposibilitando que se cumpla debidamente con la obligación que acarrea la paternidad. Los conflictos que se enumeran en las distintas reuniones se resumen a la filiación cuando hay más de un Estado involucrado y por falta de uniformidad legal no se despliegan derechos en todos ellos y específicamente en el caso de Gestación Subrogada en el que un niño nace en un Estado y debe vivir en otro, a causa del posicionamiento de los estados sobre las nuevas formas familiares. Así como también evitar que exista una discriminación a los nacidos sea cual sea la forma en la que fueron gestados. Por último un acuerdo internacional como se plantea ayudará a combatir el turismo reproductivo que presenta un gran problema al sistema internacional.

### *5.3 Puntos claves que debería regular el acuerdo*

Es evidente que la ausencia normativa sobre gestación subrogada es inmensa y que no se posee ningún recurso ni instrumento para regular y solucionar problemas que puedan aparecer.

El instrumento multilateral al que se debe llegar y atraer a la mayor cantidad de países contratantes debe ser “hard law”, es decir un tratado que sea adoptado por los Estados y vinculados por ley, que recurra a un pluralismo metodológico donde convivan

normas de conflicto y normas sustanciales internacionales. Deberá también tratar todas las filiaciones en general, no sólo las resulten por Gestación subrogada, ya que se busca la protección del niño.

Específicamente para Gestación Subrogada, los puntos claves que debería regular un acuerdo internacional entiendo que son: cuál es ley aplicable para reconocer extraterritorialmente la maternidad subrogada, en qué categoría encuadra dicha relación (padres de intención - hijo nacido por gestación subrogada) o si es necesario una categoría propia, cuál es el tratamiento de la filiación y el tratamiento del registro del hijo.

El ámbito material de aplicación debe limitarse a la filiación. Quedará excluido del ámbito de aplicación lo ya regulado por convenios existentes como el nombre/apellido, las obligaciones alimentarias, la responsabilidad parental, responsabilidad respecto a los bienes del menor, sucesiones, nacionalidad entre otros. Es necesario disponer modos de establecer la filiación general y específicamente la filiación resultante de la gestación subrogada internacional. Tiene que tener una regulación uniforme ya que en los diferentes ordenamientos jurídicos hay un tratamiento diferente a la temática.

Aparece también la pregunta qué hacer en caso de fuerza mayor que la familia de intención no pueda trasladarse o llegar en el día del nacimiento del bebé (momento en que el contrato se termina y se cae la responsabilidad de la gestante). Este último punto parece pertinente agregar - ya que no se ha hablado en ninguna reunión- a raíz de lo sucedido en Ucrania<sup>26</sup>, ya explicado anteriormente, en donde cientos de bebés quedaron varados en un hotel (que se transformó en guardería) debido a que por la pandemia, las fronteras de decenas de países cerraron imposibilitando la llegada de esos padres de intención a la búsqueda de su hijo, mientras que el contrato con la gestante había culminado una vez que dio a luz al bebé.

Asimismo, es importante que el acuerdo internacional prevea mecanismos de protección para niños y mujeres que puedan ser objeto de venta, prostitución o explotación.

---

<sup>26</sup> BBC. 2020. “Coronavirus | Los bebés nacidos por gestación subrogada varados en un hotel en Ucrania” <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52679424>

En resumen, se debe ofrecer soluciones para todas las familias, para todos los niños nacidos por TRHA -sin perder de vista la protección de los derechos humanos y del interés superior del menor- y para los Estados.

## 6. POSIBLE SOLUCIONES NORMATIVAS PARA EL DIPR URUGUAYO

La necesidad de un derecho ordenado y coherente sobre la Gestación Subrogada en el derecho internacional privado es evidente. El vacío legal es absoluto, se requiere tratarlo por ser un tema nuevo; no hay una norma especial de Derecho Internacional Privado que regula la gestación subrogada en donde se involucran más de un Estado. Se desprenden distintas hipótesis lo que generan problemas e incertidumbre jurídica, porque como se ha mencionado anteriormente, los Tratados de Montevideo y el Apéndice del Código Civil resultan insuficiente para regular. En palabras de autores del Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM se busca la creación de “...normas que permiten tender puentes con otros sistemas jurídicos en situaciones internacionales, brindando un marco de certeza y de protección a las familias.”<sup>27</sup> En principio, se plantea crear una norma que regule los casos de gestación subrogada internacional en el ordenamiento jurídico, es decir, ¿qué hacer con las familias que viajan al exterior para llevar a cabo la Gestación Subrogada y vuelven a residir a Uruguay? ¿y con los extranjeros (con hijos por subrogación) que vienen a vivir a Uruguay? Se buscará resolver tres cuestiones que resultan coincidentes con los tres pilares del derecho internacional privado: derecho aplicable, juez competente y reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero.

### - 6.1 Tratamiento y calificación: Derecho aplicable y juez competente

En primer lugar entiendo que sería necesario definir cuál es la ley aplicable y el juez competente en el caso de filiación por gestación subrogada. El derecho aplicable para la determinación de la filiación y todo lo concerniente a ella, debería aplicarse la ley del lugar de nacimiento del niño o a lo sumo, la ley del lugar de residencia de la gestante. Sobre el contrato, se coincide con la doctrina que la ley aplicable será la del lugar de celebración o cumplimiento del contrato según el sistema de Dipr aplicable.

---

<sup>27</sup>Virginia, M., Mercedes, M., Martín, G., Martínez, R., Elvira, R. (2020). *PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO*. pág 2. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/20a.pdf>

Con respecto al juez competente, la solución iría por el criterio *ASSER* en donde el juez competente será el del lugar de aplicación de ley.

Se recomienda la ley del lugar de nacimiento del niño o la del residencia de la gestante por la proximidad con el asunto. Se proponen alternativamente porque si bien “*se verifica una coincidencia entre el lugar donde quien gesta reside habitualmente y el lugar donde esa persona da a luz, también es posible —y ha sucedido— que no coincidan*”<sup>28</sup> A su vez, se pretende proteger a la gestante y por esto la residencia es tan importante como el lugar de nacimiento. Se coincide con el grupo de expertos que los aspectos que se deriven de la maternidad o paternidad como la nacionalidad, obligaciones alimentarias o sucesiones, quedan fuera de esta normativa.

#### - 6.2 *Eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras*

Se cuestiona cuál es la eficacia extraterritorial de las sentencias y documentos públicos provenientes del ordenamiento jurídico donde se realizó la subrogación. En la práctica, el *boom* de la gestación subrogada ha llenado de ejemplos de niños nacidos por gestación subrogada en un Estado que cuando viajan a residir a otro, las autoridades no reconocen la filiación. Como para la acreditación de un documento en el extranjero, la cooperación internacional juega un rol esencial, sin perjuicio de ello, se recomienda que en la normativa se haga mención a aceptar como válidos todas las sentencias y/o documentos que acrediten el vínculo filial y hayan sido emitidos conforme a la ley del lugar.

#### - 6.3 *Otros aspectos para regular*

Al mismo tiempo se cree conveniente determinar cuál será la participación de las autoridades centrales en el tema y recomendar medios de prevención para evitar la trata o explotación de mujeres como el tráfico de menores. Por ejemplo una de las recomendaciones de los expertos en el tema puede ser establecer un límite de veces que

---

<sup>28</sup> Aguilar, M., Albornoz, M., Martín, G., Martínez, R., Vargas, R. (2020). *PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO*. 9. pág 7. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/20a.pdf>

una mujer puede ser gestante para protegerlas a que se transformen en incubadoras humanas.

De igual modo aparecen cuestiones como ¿cuáles son las hipótesis en las que se reconocerá la maternidad por subrogación? ¿será igual para todos los hombres y mujeres que recurrieron al método o sólo para aquellos que tengan una razón fundada podrán acceder al reconocimiento internacional? Asimismo se cuestiona la necesidad de establecer la obligación de un seguro internacional y cobertura médica en el país que residan, y determinar qué se entiende como residencia habitual del niño nacido por subrogación.

## 7. CONCLUSIONES

A partir de la incertidumbre que me generó el tema desde un principio es que me he motivado a investigar sobre la gestación subrogada. Lo primero que aparece es que es una técnica de reproducción asistida en donde la madre o padre de intención contrata por medio de una agencia o clínica, con una madre gestante para que la misma, geste el embarazo. Esta tiene diferentes modalidades y precios. Hasta el momento parecía todo sencillo y simple, pero al estudiar Relaciones Internacionales la curiosidad fue más allá de los límites territoriales con una visión interconectada del mundo. Parecía surreal que familias tengan que viajar lejos - muy lejos - para cumplir con el deseo de tener un hijo. Pero más surrealista parecía que en algunos ordenamientos jurídicos no se reconociera los derechos que emanan de la paternidad y de la maternidad, dejando a niños y niñas sin padres ni madres y padres y madres sin hijos de niños y niñas ya nacidos. No entendía cómo la soberanía y el nacionalismo de un país podía más que el reconocimiento de una familia. Así mi primera aproximación sobre el tema fue que América Latina se encuentra dividida entre los países que la permiten y la regulan y los que la prohíben y la rechazan. Entre estos se encuentran los que no la tienen contemplada en su ordenamiento jurídico generando un vacío legal sobre el tema. Se halla México como pionero en la región por su regulación a pesar de que se lo critica por discriminar en aspectos edad y género y nacionalidad. Por su parte, Uruguay es un ejemplo en donde la gestación subrogada está prohibida salvo la excepción que se presenta en el artículo 25 de la ley de reproducción asistida que se desarrolló anteriormente. Otros países como Brasil y Argentina tienen un vacío legal sobre la subrogación.

En la actualidad el tema hace que se encuentren muchos argumentos tanto positivos como negativos sobre la regulación de esta práctica. Entre los argumentos a favor aparece la posibilidad de la técnica en cumplir el deseo de ser madre o padre, cuando por una razón biológica no se puede cumplir. En contra aparecen muchos más, algunos comparado a otros institutos como la adopción, otros se preocupan en extremo sobre la mercantilización del cuerpo de la mujer.

Por su parte, en el derecho interno de Uruguay en la ley citada anteriormente sobre técnicas de reproducción asistida, se prohíbe la práctica aunque en el artículo 25 encontramos una excepción, admitiendo esta práctica si la madre gestante es hasta un segundo grado de consanguinidad. En cambio, en el derecho internacional privado uruguayo no se encuentra regulada llevando a la doctrina a dividir las relaciones y clasificarlas en dos: en contrato y en filiación. Esta falta de regulación, genera problemas a la hora de regular los contratos y filiaciones establecidos fuera de nuestro ordenamiento jurídico por gestación subrogada. Igualmente, la doctrina entiende que los contratos se deben calificar en actos jurídicos y quedan regulados bajo la ley del estado en donde el embarazo se desarrolle. Esta conclusión se desprende del artículo 34 inciso B del Tratado de Montevideo de 1889. La filiación, si bien no fue tan claro el desarrollo y conclusión de la misma, se finaliza optando que se regule por la ley del domicilio de la madre gestante. No parece acertado apelar a las excepciones de aplicación del derecho extranjero como se puede justificar en Uruguay por orden público internacional. Citado anteriormente, en un matrimonio poligámico, los hijos conservan su calidad como tal desde el derecho sin importar que el contrato de matrimonio de sus padres es ineficaz en nuestro territorio. Los jueces no ponen en duda que esos menores son hijos habidos dentro del matrimonio, sin importar el contrato que le da nacimiento a esa relación. Con la subrogación, debería pasar lo mismo. No es adecuado desconocer la filiación por no estar de acuerdo -jurídicamente- con la forma en la que fueron concebidos.

En otro orden, me parece importante recalcar la necesidad de un acuerdo internacional. Entiendo que la aprobación de un acuerdo internacional es de extrema urgencia, en el que se regule y se contemple las situaciones de las familias y de hijos e hijas nacidos bajo este procedimiento. Concluyo que es inconcebible creer que niños y/o niñas no tengan protegidos sus derechos, y más aún que se vulneren los derechos humanos. A partir de esta ausencia, existen -desde lo jurídico- niños sin padres, padres sin hijos y familias sin garantías legales. El mayor problema de la gestación subrogada -internacional- es no tener una serie de reglas y pautas coherentes, uniformes y determinadas sobre cómo regular las situaciones transfronterizas. Cada país toma decisiones arbitrarias sobre el futuro de una familia, muchas veces vulnerando los

derechos humanos, los derechos de los niños y el interés del menor, que tanto se procura proteger.

Desde hace años el grupo de expertos de La Haya se reúne en busca de una solución a los problemas que acarrea la gestación subrogada en la que se involucran más de un Estado. En las reuniones se concluye que el objetivo de cualquier instrumento futuro deberá proveer predictibilidad, certeza y continuidad jurídica de la paternidad tomando en cuenta los derechos humanos y los derechos de los niños.

Entiendo que, indistintamente de cómo se sancione, el acuerdo deberá de ser de “hard law” y deberá regular cuál es la ley aplicable, en qué categoría se encuadra la relación padres e hijos y acerca del reconocimiento extraterritorial de la paternidad subrogada, es decir la filiación.

Por último, para el derecho internacional privado uruguayo se propone una solución normativa para regular ese vacío legal. Estimo importante que la normativa defina cuál es la ley aplicable y el juez competente. Siguiendo la doctrina, la filiación se debe regular por la ley del lugar de nacimiento del niño o a lo sumo, la ley del lugar de residencia de la gestante. Sobre el contrato, coincido que la ley aplicable será la del lugar de celebración o cumplimiento del contrato mientras que la jurisdicción internacional se resolverá por el criterio ASSER. Los documentos extranjeros que acrediten la paternidad deberían ser aceptados siempre y cuando se hayan hecho conforme con la ley del lugar de otorgamiento. En el proyecto de ley de derecho internacional privado (texto aprobado en Senadores), se hubiese podido - desde mi humilde punto de vista - agregar un apartado sobre gestación subrogada, al menos un artículo específico que oriente el tema. También, como siguiente opción, se podría proyectar en una ley de derecho internacional privado específica que regule el tema. Asimismo, cabe destacar lo que se establece en el artículo 9 de la Convención sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado: *“Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”*. El artículo permite una herramienta para el juez para flexibilizar situaciones cuando la norma de conflicto se remite a una norma que se puede

considerar injusta o absurda. Busca “*satisfacer las exigencias de la justicia en la controversia individual*”<sup>29</sup>.

Se ha recorrido un largo camino hacia el acuerdo internacional y que si bien aún no se ha concretado, se va materializando en una idea cada vez más cercana. El “*boom*” de la gestación subrogada va en crecimiento y cada vez es más necesario que haya garantías de los derechos humanos de las partes intervinientes.

---

<sup>29</sup> Parra Aranguren, G. “Recientes tendencias en el Derecho Internacional Privado Norteamericano: CAVERS, CURRIE, EHRENZWEIG”. Pág 25.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Albornoz, M. 2020. “La Gestación Por Sustitución En El Derecho Internacional Privado y Comparado” México.
- Albornoz, M. Rubaja, N. 2019. “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la conferencia de La Haya de derecho internacional privado sobre filiación internacional y gestión por sustitución” . Jornadas 130 años de los Tratados de Montevideo. FCU.
- Bayona, A. 2018. La Maternidad Subrogada. Universitat de Lleida. España
- Babygest. 2020. <https://babygest.com/es/>
- Cabrera Rodriguez, A. 2016. Maternidad subrogada: antecedentes y consecuencias en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Universidad de la Laguna. España
- Cáceres, M. Octubre 2018. “Legislación comparada sobre gestación subrogada en el continente americano” disponible en web: [https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN\\_gestacion\\_subrogada.pdf](https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/26024/1/BCN_gestacion_subrogada.pdf)
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2019. Report of the October/November 2019 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy (6th meeting). <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2019. Report of the January/February 2019 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy (5th meeting). <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2018. Report of the September 2018 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy (4th meeting). <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2018. Report of the February 2018 meeting of the Experts’ Group on Parentage / Surrogacy (3rd

- meeting)<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2017. Report of the January/February 2017 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (2nd meeting)  
<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
  - Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. 2016.: Report of the February 2016 meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy (1st meeting)  
<https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>
  - DCIP Consulting Solutions. 2020. *Reproducción Asistida ORG.*  
<https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/>
  - Grupo de Información en Reproducción Elegida.. 2017. México.  
<https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>
  - Fresnedo de Aguirre, C (2003). “Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Volumen I”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.
  - Fresnedo de Aguirre, C (2003). “Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo II, Volumen I”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.
  - Fresnedo de Aguirre, C (2003). “Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo II, Volumen II”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay.
  - Fresnedo de Aguirre, C. Lorenzo Idiarte, G. 2019. “Jornadas 130 Aniversario, Tratados de Montevideo 1889; legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual”. Montevideo, Uruguay. FCU.
  - Rojas Pascual, J.P. 2017. *Maternidad subrogada en Uruguay.*  
<http://www.maternidadsubrogada.uy/>
  - Santos Belandro, R. Eficacia extraterritorial de las filiaciones en el caso de maternidad subrogada. Recuperado de
  - Scotti, L. B. 2015. La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de  
<https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/511/752>

- Scotti, L. B. El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>
- Aguilar, M., Albornoz, M., Martín, G., Martínez, R., Vargas, R. (2020). *“Propuesta Para La Regulación De La Gestación Por Sustitución Transfronteriza En El Derecho Internacional Privado Mexicano”*. 9. Disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6030/20a.pdf>