

El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas

*Luciana B. Scotti**

I. Introducción

En la sociedad internacional, globalizada, intercultural del siglo XXI conviven diversas concepciones, nuevos paradigmas, múltiples modelos de familia: uniones de hecho, familias monoparentales, matrimonios heterosexuales con o sin hijos biológicos, matrimonios homosexuales, matrimonios o parejas con hijos adoptivos, matrimonios poligámicos, matrimonios islámicos, matrimonios “solo consensu”, familias formadas por diversos vínculos de parentesco, las denominadas “familias ensambladas”, entre otras.

Todas las formas existentes, desde la familia monoparental hasta los matrimonios entre homosexuales conforman una familia.

Así lo reconocen los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos: “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”, reza el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de

* Doctora en Derecho UBA. Coordinadora y Profesora de la Maestría en Derecho internacional Privado, Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora e integrante de Proyectos de Investigación DECYT y UBACYT. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, UBA. Miembro del comité editorial de *Pensar en Derecho*.

1966. En igual sentido, se pronuncian el art. 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el artículo VI de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre del mismo año, el artículo 17.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) de 1969, entre los principales, todos con rango constitucional en la República Argentina.

La regulación jurídica de los distintos tipos de familia está en proceso de transformación, en permanente evolución, “no sólo porque ellas están cambiando y ahora se reconocen muchas más formas familiares que antes, sino porque el ordenamiento internacional le presta cada vez más atención al entorno familiar. Los individuos pertenecemos a núcleos familiares, sean extensos, restringidos, monoparentales, de parejas sin hijos, e incluso de una sola persona, que forma una familia digna de ser entendida como tal”.¹

Hoy no existe un único modelo de familia, ni siquiera uno que podamos calificar de preponderante. En efecto, “el modelo hasta hace poco dominante de la familia quiso ser eterno pero no pudo, debido a que es imposible desligar a las familias de la cultura subyacente. Las instituciones que sociólogos y antropólogos de Occidente han designado con el nombre de familia alrededor del mundo carecen de esencia identificable. Por lo tanto, solo existen tipos particulares de ordenamientos domésticos y de sistemas de parentesco.”²

Por otra parte, no podemos soslayar que “el modelo de organización de la familia es uno de los puntos cruciales que diferencian a estos dos mundos, el occidental y el oriental”.³ Mientras que el modelo de derecho de familia en Occidente se caracteriza por la monogamia, y por los principios de igualdad,

1. Cfr. G. ACOSTA VARGAS, *Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada de contexto. Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros*. CEPAL, 2005. Disponible en: http://www.eclac.org/dds/noticias/paginas/2/21682/Gladys_Acosta.pdf

2. Cfr. R. SANTOS BELANDRO, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Montevideo, Asociación de Escribanos de Uruguay, 2009, p. 91.

3. Cfr. A. DURAN AYAGO, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en: A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, COLEX, 2004, p. 298.

laicidad, y libertad, que desde hace varias décadas permiten la disolución del vínculo a través de ciertas formalidades; los ordenamientos islámicos⁴ se definen como regímenes poligámicos, patriarcales, que consagran la desigualdad entre hombre y mujer y se encuentran consustanciados con la religión musulmana.

En efecto, “las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre valores fundamentales, aceptados unánimemente, y que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas referentes a los derechos humanos y sus correspondientes secuelas: igualdad de sexos, libre manifestación del consentimiento, interés superior del y de la menor... Sin embargo, tales valores no son admitidos en otros ámbitos culturales. Esto es lo que ocurre precisamente respecto del mundo islámico. La configuración de la sociedad musulmana se apoya en algunos principios inaceptables desde una perspectiva occidental actual: la institución patriarcal del mundo árabe y la clara desigualdad de sexos no son más que dos ejemplos de ello.”⁵

Dentro de este contexto posmoderno, en donde la noción de familia ha cambiado radicalmente, mención y tratamiento especial merece el dispar reconocimiento de las técnicas de fertilización asistida⁶ y sus efectos jurídicos. Los países musulmanes desconocen totalmente estas prácticas. Mientras que en Occidente, se han popularizado en los últimos años en los hechos,

4. Debemos tener presente que el mundo islámico es plural. Los Estados de raíces musulmanas han receptado e interpretan el Corán de diversas formas, con múltiples matices que derivan de la dispar influencia de sociedades y legislaciones laicas. Por ejemplo, mientras que Marruecos y Argelia permanecen firmemente apegadas en su regulación positiva al *Sharia* y a los principios de la doctrina musulmana jurídica, Túnez ha modernizado su regulación. En efecto, el Código del Estatuto Personal de Túnez se encuentra a la vanguardia del Islam jurídico en materia matrimonial.

5. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español” en *Aqualitas. Revista jurídica de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, N° 6, 2001, pp. 10 y ss.

6. Tales técnicas son variadas. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado (lo que motiva los arrendamientos o alquileres de vientres, o también llamado subrogación de vientre).

pero jurídicamente, cuentan con legislaciones que, en general, no consagran normas adecuadas a la nueva realidad. Del particular caso de la vulgarmente llamada “maternidad subrogada”, nos ocuparemos en esta ocasión.

I. El Derecho Internacional Privado en el Siglo XXI

El Derecho es parte, es expresión de la Cultura. En efecto, tal como afirma Erik Jayme, nuestro derecho actual es la reproducción de la cultura contemporánea, de nuestra civilización posmoderna, que se caracteriza por un pluralismo de estilos de vida.⁷ Por ende, esta diversidad cultural trae consigo la diversidad jurídica.

El contacto entre culturas diversas genera el contacto entre ordenamientos jurídicos que responden a valores, principios, religiones diferentes.

En tanto la finalidad principal del Derecho Internacional Privado del siglo XXI es la protección de la persona humana y la solución de los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural, en respeto de la diversidad y de la identidad cultural de los individuos, el rol de nuestra disciplina es central en el mundo globalizado, multicultural, posmoderno, en el que vivimos.⁸

Nuestra disciplina “tiende a hacerse multicultural, procurando aceptar , en mayor o en menor grado, los fenómenos e instituciones procedentes de civilizaciones distintas e intentando evitar el rechazo sistemático de la aplicación del Derecho extranjero que responde a valores distintos a los occidentales... Es más, este Derecho Internacional Privado multicultural tiende a convertirse en intercultural, puesto que se trata de regular una “nueva cultura social” resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de emigrantes y de países de emigración”.⁹

7. Cfr. E. JAYME, “Direito internacional privado e Cultura pós-moderna”, en: *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Selección de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, p. 60

8. En igual sentido, E. JAYME, “O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da Pessoa Humana face à Globalização”, en: *Cadernos do Programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Universidad Federal do Rio Grande do Sul. Selección de Textos da obra de Erik Jayme, volumen 1, número 1, Porto Alegre, Marzo de 2010, pp. 86 y 87.

9. Cfr. A. DURAN AYAGO, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos

En efecto, “los fenómenos migratorios y la sociedad de la comunicación se combinan para poner en relación las diversas culturas, que, una vez terminada la era colonizadora, aspiran a dialogar en un plano de igualdad... Pero, sobre todo, convierte al Derecho Internacional Privado en una pieza clave del diálogo jurídico intercultural, convirtiéndose en una suerte de *ius communicationis* o, si se quiere, en un canal de comunicación jurídica.”¹⁰

En suma, la Multiculturalidad convoca al Derecho Internacional Privado, por medio de sus variadas fuentes y guiado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a procurar soluciones para resolver nuevos “conflictos de leyes”, “conflictos de jurisdicciones”, “conflictos de calificaciones”, en definitiva, “conflictos de civilizaciones”.

En efecto, al decir de Erik Jayme, los Derechos Humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes, propios del Derecho Internacional Privado.¹¹

Se observa que básicamente los principios, los valores de la cultura jurídica occidental, y por ende de los derechos estatales que en ella se insertan, se encuentran recogidos por las Constituciones Nacionales, así como en los tratados de derechos humanos y libertades fundamentales. En esos instrumentos jurídicos, se reflejan y garantizan determinados derechos que configuran el modelo de sociedad occidental, entre los que obviamente figuran el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, el derecho de libertad religiosa, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la igualdad jurídica entre los cónyuges, el derecho a no ser discriminado, derecho a la identidad cultural de la persona humana.

Los derechos fundamentales dan contenido, al menos en el mundo Occidental, al orden público internacional, al operar como límites a la aplicación de un derecho extranjero que los avasalle.

para su concreción en un contexto intercultural”, en: A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, COLEX, 2004, pp. 296-297.

10. Cfr. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Estado democrático, postmodernismo y el Derecho Internacional Privado”, en: *Revista de Estudios Jurídicos* N° 10/2010 (Segunda Época), Universidad de Jaén (España), p. 7. Disponible en línea en: <http://www.rej.ujaen.es/>

11. Cfr. E. JAYME, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des cours*, Volume 251 (1995), p. 49.

Sin embargo, no podemos olvidar que las Constituciones reflejan la cultura y la tradición de cada país. Por otro lado, muchos de los tratados internacionales de derechos humanos no han sido ratificados por varios Estados, gran parte de ellos, islámicos. Aún más: la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que ha sido la más exitosa en relación con el número de Estados ratificantes, 193 a la fecha,¹² cuenta con divergentes interpretaciones dado que tales derechos no tienen idéntico reconocimiento y alcance en todos ellos.

Asimismo, se ha señalado que “la tendencia a menoscabar el alcance universal de los textos internacionales sobre derechos humanos –asociada a la crítica de ciertos valores de la cultura occidental– no debe tener una incidencia sobre la configuración y funcionamiento de las reservas de orden público del Derecho Internacional Privado, cuya finalidad es garantizar el respeto a los valores y principios esenciales de nuestro ordenamiento en buena medida plasmados en la normativa internacional sobre derechos humanos”.¹³ Se afirma, en apoyo de esta idea, que el Derecho Internacional Privado ha de respetar el “derecho a la diferencia”, siempre que la misma no resulte intolerable.¹⁴

En definitiva, la remisión a los derechos humanos y garantías fundamentales, aún bajo su apariencia de universalidad, no soluciona, en todos los casos, los conflictos de jurisdicciones y leyes. Tal como sostiene Jayme, “lo que caracteriza verdaderamente el Derecho Internacional Privado actual son los conflictos de culturas. Una norma incompatible con el principio de igualdad de un sistema jurídico determinado puede ser justificada por otro principio, por ejemplo, el de la libertad de religión”.¹⁵

A este Derecho Internacional Privado del siglo XXI le corresponde hacerse cargo de numerosas situaciones y relaciones jurídicas inimaginables cuando se gestó la disciplina. Una de ellas es la filiación internacional deri-

12. No la han ratificado, a la fecha, Estados Unidos de América y Somalia.

13. P. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho Internacional Privado”, en: *Revista de Derecho Privado*, vol. 82, 1998, pp. 541-558.

14. S. ALVAREZ GONZALEZ, “Adopción internacional y sociedad multicultural”, en: *Cursos de Derecho Internacional* de Vitoria Gasteiz, 1998, pp. 179-211.

15. E. JAYME “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en *Recueil des cours*, Volume 251 (1995), pp. 52-53.

vada de la utilización de técnicas de reproducción asistida que han conmovido a los clásicos principios en la materia.

III. El régimen internacional de la filiación: impacto de las técnicas de reproducción asistida

La filiación internacional es el vínculo paterno filial (biológico, con o sin intervención de técnicas de fertilización asistida, o adoptivo), que presenta elementos extranjeros. La filiación puede presentarse como una cuestión principal en el Derecho Internacional Privado cuando se trata de determinar, fijar, contestar o desconocer este vínculo, esto es, en materia de “acción de filiación” o acción de investigación de paternidad o maternidad, o de impugnación de esta maternidad o paternidad; o bien como cuestión previa, como en el caso de sucesiones, alimentos para menores, etcétera.

Dicho vínculo, ya sea biológico o adoptivo, puede ser tanto matrimonial como extramatrimonial. Sin embargo, en la actualidad, es pacífica la tendencia hacia la unidad de régimen, de tratamiento, pues lo contrario, importaría un trato discriminatorio.

Pero, tal como afirma Santos Belandro, “el verdadero reto actual no consiste en esta tendencia hacia la unicidad de régimen o nivelación de tratamiento de las diferentes formas de filiación ya conocidas y reguladas. Al derecho internacional privado hoy día, le interesan las nuevas formas de filiación que se están obteniendo con las técnicas más modernas que nos proporciona la biotecnología. Y ese reto para una regulación adecuada –que se siente actualmente en el derecho interno– también se presenta con la misma presión, en el derecho internacional privado. Ello se debe, sobre todo, al desmantelamiento de los sistemas jurídicos internos, provocados por los adelantos científicos, sobre los que se han elaborado tradicionalmente las reglas de derecho internacional privado, las que inevitablemente también tendrán que cambiar”.¹⁶

Tales técnicas de reproducción humana asistida o técnicas de fertilización asistida pueden ser definidas como todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre

16. R. SANTOS BELANDRO, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Asociación de Escritores de Uruguay, Montevideo, 2009, p. 191.

sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a las gametas femenina (óvulos) y masculina (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo. Las más conocidas son: la inseminación artificial homóloga (los componentes genéticos pertenecen a los cónyuges o pareja), la inseminación artificial homóloga cuando el marido ha fallecido, inseminación artificial heteróloga (cuando el hombre es estéril y por ende el semen pertenece a un donante); fecundación extrauterina o in vitro, que permiten que el embrión sea implantado en una mujer distinta a la madre genitora, o sea quien aportó el ovulo fecundado.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos estatales pueden reconocer efectos extraterritoriales (una filiación declarada en un Estado será reconocida en todos los demás) o bien meramente territoriales (solo tendrá efectos en el Estado que la declaró o reconoció).

En un sistema estrictamente territorial, precisamente, podemos caer – en contrasentido al principio de extraterritorialidad del derecho, fundamento básico para la operatividad de Derecho Internacional Privado– ante el temor de reconocer todas o ciertas técnicas que nos provee la biotecnología, ya implementadas legalmente y utilizadas en muchos Estados.

IV. El caso de la llamada “maternidad subrogada”

La maternidad subrogada o “gestación por sustitución”, “vientre de alquiler”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “madre sustituta” o “madre de alquiler” es el compromiso entre una mujer, llamada “mujer gestante”, a través del cual ésta acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación en favor de una persona o pareja comitente, llamados él o los “subrogantes”, a quien o a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con él o los subrogantes.

En efecto, el recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, “madre de alquiler” o “madre portadora”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.

En los ordenamientos donde el recurso a la maternidad subrogada está más generalizado se instrumenta a través de acuerdos comerciales, por los cuales el individuo o pareja comitente paga a la madre subrogada una suma dineraria, dirigida a compensar los gastos razonables y básicos derivados de la gestación, más una cantidad adicional a la agencia que actúa de intermediaria, que es la encargada de buscar la candidata idónea a madre subrogada y de formalizar el acuerdo entre las partes.

En general, la maternidad subrogada presenta dos modalidades, la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la madre subrogada también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermia del padre comitente o de un donante. Puesto que es la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, es suficiente el recurso a la inseminación artificial. En la maternidad subrogada gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que normalmente es la madre comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco o bien, una donante anónima.

Múltiples son las voces que se manifiestan en contra de esta práctica. En efecto, la maternidad subrogada ha sido considerada inmoral por un sector significativo de nuestra doctrina, que ha entendido que de celebrarse un convenio de esa naturaleza, sería nulo, de nulidad absoluta, por estar las personas fuera del comercio, no pudiendo las mismas ser objeto de relaciones jurídicas, ya que a ello se opone su dignidad y el respeto al ser humano.¹⁷ Por su parte, se ha invocado que constituye una manifiesta violación del derecho constitucional del niño a la identidad y una grave cosificación de la mujer. Asimismo, se asocian estas prácticas con el tráfico internacional de niños.

Sin embargo, más allá de que se esté en contra o a favor de la gestación por sustitución, lo cierto es que ella se lleva a cabo tanto en el exterior como

17. Se alega que tales convenios serían nulos por aplicación del art. 953 del Código Civil, que los considera tales por ser de objeto ilícito, contrario a las buenas costumbres y por recaer sobre cosas que no se hallan en el comercio.

en el país. Por lo cual la falta de una ley que controle y regule este tipo de prácticas crea un clima de alta inseguridad jurídica.

V. Los problemas de Derecho Internacional Privado y la “maternidad subrogada”

El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en crisis. Además de estos dos tipos filiales que observan características propias, la realidad nos pone de manifiesto otra manera de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuente independiente: la voluntad procreacional.¹⁸

De esta revolución biotecnológica que impacta en el ordenamiento jurídico, no escapa el Derecho Internacional Privado.

En efecto, la facilidad, sin perjuicio de la onerosidad, para celebrar un acuerdo de maternidad subrogada en los estados que le otorgan efectos jurídicos ha incrementado los casos internacionales de gestación por sustitución. Piénsese que, en tales países, tanto la pareja comitente como las candidatas a madre subrogada ya pueden cursar su solicitud online en las páginas web de las agencias o de los centros de reproducción asistida que actúan de intermediarios y comenzar así el “trámite”.

Las consultas en materia de maternidad subrogada, tanto por parejas homosexuales como heterosexuales, aumentan día a día y se mediatizan casos que demuestran la importancia de prever estas situaciones que ya están sucediendo y que proyectan efectos en nuestro país.

Tal como ha reconocido la Conferencia de La Haya, la maternidad subrogada es un “negocio global”. En efecto, la dispar regulación en los derechos nacionales, motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar incluso a lo que se denomina “turismo procreativo”.

18. Cfr. M. HERRERA y E. LAMM, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: técnicas de reproducción humana asistida (Bleu). Segunda parte”, 13-abr-2012, en *Microjuris.com*. Cita: MJ-DOC-5752-AR | MJ5752.

Principalmente, son tres las grandes cuestiones que se encuentran involucradas, propias del Derecho Internacional Privado: el problema de la jurisdicción competente, la determinación del derecho aplicable a la relación jurídica y el reconocimiento y ejecución de sentencias.¹⁹

Asimismo, la inexistencia de la institución en el país, aun cuando no está prohibida expresamente, podría motivar el recurso al orden público internacional.

En efecto, para interponer la excepción de orden público internacional en las hipótesis de maternidad por sustitución consagrada en el extranjero, se han hecho valer las siguientes consideraciones: “la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial; afecta además, a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos –tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida– y no como fines en sí mismos; generaría “un derecho al niño”, como si fuera una cosa; la gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas, en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etc.; sería un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por

19. Sin embargo, son pocos los ordenamientos jurídicos que exigen una intervención judicial para la consagración del vínculo; por lo general, los magistrados realizan una supervisión con la finalidad de conducir el embarazo hacia el parto de acuerdo a las pautas establecidas por la legislación local, algunos de ellos homologándolas. Por ende, en general, no estamos ante una decisión o resolución judicial sino ante documentos públicos, generalmente partidas de nacimiento. Por ello, tal como afirma Santos Belandro, ello conduce a resolver esta cuestión sobre dos planos: respecto del reconocimiento y ejecución de las sentencias judiciales extranjeras en primer lugar; y en segundo término, la circulación internacional de los documentos extranjeros. Cfr. R. SANTOS BELANDRO, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, Cita: elDial.com - DC1762.

sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables, y al esposo de la mujer gestante. Se saldría del derecho de las personas para ingresar al derecho de los contratos, o al de los bienes.”²⁰

Por otro lado, la excepción de fraude a la ley también puede ser invocada. En efecto, el sometimiento a los procedimientos médicos necesarios se torna factible sólo en los sistemas jurídicos que lo autorizan, y es en virtud del paraguas de legalidad brindado por dichos ordenamientos que la maternidad subrogada se viabiliza. Es por ello que, resulta esencial distinguir los supuestos en los que el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados (sea en función de su domicilio, residencia o nacionalidad), de aquellas hipótesis en las que el traslado de los particulares se lleva a cabo con la única finalidad de celebrar y cumplir un contrato de estas características.²¹

En suma, frente los casos de gestación por sustitución, desde la perspectiva del Derecho, podemos reflexionar sobre una serie de interrogantes:

- ¿Qué problemas presentan en el ámbito del Derecho Internacional Privado los acuerdos internacionales de maternidad subrogada?,
- ¿Qué dificultades se presentan en torno al establecimiento/reconocimiento de la filiación en estos casos?,
- ¿Cómo se calificaría esta institución en el Derecho Internacional Privado argentino?
- ¿Qué otros problemas se encuentran involucrados: migratorios, establecimiento de la nacionalidad, preocupación relativa a las partes vulnerables, aspectos contractuales incluyendo compensación

20. Cfr. R. SANTOS BELANDRO, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, en *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, del 25 de noviembre de 2011, Cita: eDial.com - DC1762.

21. Cfr. A. DREYZIN DE KLOR Y C. HARRINGTON, “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, en *Revista de Derecho de Familia*, octubre de 2011, pp. 301-329.

- financiera, procedimientos criminales, regulación de las agencias intermediarias?, ¿Cómo pueden ser solucionados?
- ¿Qué ley resulta aplicable?, ¿Es posible aplicar un derecho extranjero que reconoce efectos jurídicos a la llamada maternidad subrogada si el derecho del foro los prohíbe? ¿Y si nos los contempla expresamente? O bien ¿configuran la institución con requisitos divergentes (ej. onerosidad vs. gratuidad del acuerdo)?
 - ¿Un juez nacional reconocería los efectos de un acuerdo de maternidad subrogada?
 - ¿Un juez argentino podría reconocer un acto, documento (por ejemplo, un certificado de nacimiento) o sentencia proveniente de un país que recepta dicha institución?
 - ¿Resultaría conveniente, necesario, factible un instrumento relativo a los aspectos de Derecho Internacional Privado sobre el establecimiento, impugnación y reconocimiento de la filiación?
 - ¿En qué medida las dificultades experimentadas en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional demandan un tratamiento específico?
 - ¿Qué cuestiones deberían ser incorporadas en un instrumento de alcance universal en la materia?
 - ¿Cuál es el rol que desempeña el fraude a la ley a la hora de proceder al reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos casos?
 - ¿Qué rol desempeña el orden público internacional en el pedido de reconocimiento de un acto o decisión extranjera en estos supuestos?
 - En definitiva, ¿es necesario celebrar un tratado que exprese un consenso internacional en torno a estas cuestiones?; o ¿es suficiente una regulación de fuente interna?

Es por todo ello que, a nuestro criterio, se requiere de manera urgente una regulación que contemple este acuciente problema socio jurídico que es una realidad en nuestros días. Máxime cuando, ante la falta de reglas, estos acuerdos se realizan de todos modos, aún fuera de la ley.

VI. Tratamiento en el Derecho Comparado

En el derecho comparado, encontramos que la mayoría de los países europeos prohíben la maternidad subrogada (Alemania,²² Austria,²³ España,²⁴ Francia,²⁵ Italia,²⁶ Suiza,²⁷ entre otros).

22. El Ministro Federal de Justicia y el Ministro Federal de Investigación y tecnología constituyeron, en 1984, una Comisión encargada de analizar los nuevos métodos de fertilización in vitro. En vista de estas previsiones, el Congreso Médico alemán acordó que la maternidad de sustitución debía ser rechazada por los inconvenientes que presenta para el niño y el peligro de la comercialización. Estas recomendaciones fueron volcadas a una ley cuya vigencia data de 1990. En el artículo 1, párr. 7 de la Ley Federal sobre la protección del embrión, de 13 de diciembre de 1990 (Embryonenschutzgesetz, EschG) prevé que el embrión ha de ser implantado en el vientre de la mujer de la que se ha obtenido el óvulo. El contrato de maternidad subrogada sería contrario a las buenas costumbres y al orden público (artículo 138 BGB).

23. Ley de 1 de julio de 1992 sobre medicina reproductiva.

24. En España está en vigor la Ley N° 14/2006 de 26 de mayo.(arts.10, 27 y 28), donde el art. 10 establece que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por medio del cual se ha convenido la gestación, a título oneroso o gratuito, de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del co-contratante o de un tercero. 2. La filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución se determinará por el parto. 3. El padre biológico puede reivindicar la paternidad conforme a las reglas del derecho común.”

25. En Francia se aplica la Ley N° 94-653 de 29 de julio de 1994 relativa al respeto del cuerpo humano, que ha agregado el art. 16-7 al Código Civil: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro”. Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés. En todos los casos, el niño o los niños nacieron en un estado de Estados Unidos, donde la práctica es legal. Fundamentalmente, el Tribunal expuso que de acuerdo a la legislación francesa actual (“en l'état du droit positif”), los acuerdos de subrogación violan un principio fundamental del Derecho francés: el estado civil es inalienable. De conformidad con este principio, no se pueden establecer excepciones a la ley de la paternidad mediante un mero contrato (art. 16-7 y 16-9 del Código Civil).

26. Rige la Ley N° 40 de 19 de febrero de 2004 sobre procreación médica asistida. Si bien no aborda el tema, existen decisiones de los tribunales en su contra sobre la base de la dignidad de la persona, de la no patrimonialidad del cuerpo humano y de las cosas fuera del comercio.

27. En Suiza, la prohíbe el artículo 119.2, letra d) de la Constitución Federal y el artículo 4 de la Ley Federal sobre Procreación Médica Asistida (1989, reformada en 2006) en todas

Dentro de nuestro continente, Uruguay en el art. 135 del Código de la Niñez y de la Adolescencia de Uruguay, advierte que: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que esta por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento.”

Pocos son los países que cuentan con una regulación especial al respecto. Así, en EE.UU., algunos estatutos y propuestas de legislación uniforme mantienen un esquema similar al de la adopción para otorgar eficacia a los acuerdos de maternidad subrogada. En particular, en California es donde existen las leyes más favorables sobre alquiler de vientre.

Israel, a partir de la Ley 5746 de 1996, cuenta con uno de los sistemas más sofisticados de acceso a la maternidad subrogada, basado en el establecimiento de la filiación mediante la adopción, previa acreditación por un Comité gubernamental que el acuerdo es válido y que las partes cumplen los requisitos subjetivos que fija la ley.

En el Reino Unido, desde la entrada en vigor de la Surrogacy Arrangements Act (1985), los acuerdos de maternidad subrogada son homologables judicialmente si no persiguen fines lucrativos, no se publicitan y se realizan sin la intervención de intermediarios o agencias.²⁸

Por su parte, el ordenamiento griego establece una presunción de maternidad a favor de la madre comitente que obtuvo autorización judicial para acceder a la maternidad subrogada, previa acreditación de los requisitos legales.²⁹

sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito). Así, el contrato de maternidad subrogada es nulo (artículo 20 Código de obligaciones) y es considerado contrario al orden público internacional (Artículo 27 LFSDIP).

28. La ley de 1985 declara que los convenios de maternidad por sustitución no son ejecutorios, y que la madre por sustitución será siempre la madre legal del menor, pero que luego con su acuerdo la filiación podrá ser modificada. Impide toda remuneración de los intermediarios, y la publicidad para poner en relación a las personas, ofrecimiento de consejo jurídico o listas de voluntarias para celebrar un acuerdo gratuito. Y si la madre por sustitución no cambia de opinión y respeta el acuerdo, los padres biológicos pueden solicitar la adopción del menor. Una ley posterior de 1990 considera que no hay necesidad de pasar por la adopción, basta que con que se reúnan los siguientes requisitos: la pareja comitente debe ser casada, uno de sus integrantes debe ser padre del menor, uno de ellos debe estar domiciliado en el Reino Unido, y todos los involucrados deben tener más de 18 años cumplidos de edad.

29. En Grecia, la ley N° 3089/2002 sobre la Asistencia Médica a la Reproducción Hu-

Una solución aún más sencilla, puesto que prescinde de la resolución judicial, es la prevista en Bélgica, que desde el año 2007 permite establecer la filiación a favor de la madre comitente a partir de un sistema mixto basado en el reconocimiento corroborado por la posesión de estado.

La Federación Rusa contempla en el art. 51.4 del Código de Familia que los cónyuges que hayan dado sus consentimiento escrito para la implantación del embrión en el útero de otra mujer, con el fin de que lo gestee, sólo serán inscritos como los padres del niño, con el consentimiento de la mujer que lo haya parido (madre subrogada).³⁰

Por su parte, la normativa de la India tiene una particularidad: no otorga nacionalidad a los hijos de extranjeros que nacen en su territorio. A los niños nacidos a través de gestación por sustitución se les extiende un certificado de nacimiento en el que figura el nombre del padre –quien aportó el gameto masculino– y como nombre de la madre la leyenda “madre subrogante” o “madre sin estado”. El certificado no reconoce la nacionalidad india, por lo cual si al niño no se le reconoce otra nacionalidad adquiere el estatus de “apátrida”. Sin embargo, muchas parejas acuden a este país porque los costos son mucho más accesibles.

Ucrania, Sudáfrica, Australia también tienen leyes que aceptan esta práctica.

mana estableció las pautas para la maternidad por sustitución, que se incorporaron al Código Civil:

“Art. 1458. La transferencia de embriones en el cuerpo de otra mujer, extraños a ésta, y la gestación por ella, son permitidos mediante autorización judicial acordada antes de la transferencia si existe un acuerdo escrito y sin contrapartida, entre las personas que deseen tener un hijo y la mujer que lo gestará, así como su cónyuge, cuando ella sea casada. La autorización judicial se acordará luego del pedido de la mujer que desee tener un hijo, si se comprueba que la gestación le es médicamente imposible y que la mujer que se preste a la gestación es apta teniendo en cuenta su estado de salud.”

“Art. 1459. Las personas que recurran a la procreación artificial decidirán mediante una declaración conjunta realizada por escrito, ante el médico o el responsable del centro médico, antes del comienzo de la asistencia médica, que los gametos congelados o los embriones congelados que no les sirvan a la procreación.”

30. El Código de Familia ruso ha sido complementado con la Orden del Ministerio de Salud Pública N° 67 de 26 de febrero de 2003. Anexo 1. Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina, inscrita en el Ministerio de Justicia el 24 de abril de 2003 con el N° 4452.

Sin embargo, la mayoría de estas normas, no contienen disposiciones específicas de Derecho Internacional Privado en la materia.

VII. La situación en el Derecho argentino

a) Ausencia de normas en vigor

En la fuente interna, Argentina nunca ha tenido disposiciones sobre filiación internacional. Tampoco nos encontramos con normas de fuente convencional que contemplen la nueva realidad. Si bien, tanto el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 como el de 1940 contienen reglas de conflicto en materia de filiación,³¹ no sólo no se ocupan de los nuevos problemas a su respecto, sino que brindan soluciones propias de un contexto jurídico que distinguía en denominación y efectos la filiación matrimonial y la extramatrimonial.

Ante este vacío legal, es importante destacar que las tendencias doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias entienden que se debe aplicar el derecho más favorable a la validez de la filiación (principio del favor negotii, art. 14, inc. 4° de nuestro Código Civil) en resguardo del interés superior de los niños.

b) Proyectos de reforma

En esta inteligencia, los últimos proyectos de reforma han contemplado dichas tendencias. Efectivamente, el Proyecto de Código de Derecho

31. El Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 (Título VI: De la filiación) establece: “Artículo 16.- La ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio.” Es decir que la validez del matrimonio resulta, en este supuesto, una cuestión previa, incidental o preliminar con respecto a la validez de la filiación o legitimación.

“Artículo 17.- Las cuestiones sobre legitimidad de la filiación ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo.”

“Artículo 18.- Los derechos y obligaciones concernientes a la filiación ilegítima, se rigen por la ley del Estado en el cual hayan de hacerse efectivos.”

El Tratado de Montevideo de 1940 reproduce las mismas soluciones en los artículos 20, 21 y 22, que no se adaptan a las nuevas realidades ni a las normas protectorias de los derechos humanos de los niños.

Internacional Privado de 2003,³² en su artículo 113 establece que: “La existencia, la determinación y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio o de la residencia habitual del hijo, del progenitor de que se trate, o del lugar de celebración del matrimonio, el que fuere más favorable al vínculo.”

Por otro lado, el reciente proyecto de Código Civil y Comercial (2012), además de prever normas sobre la filiación por técnicas de reproducción asistida, incluyendo disposiciones especiales sobre gestación por sustitución, incluye normas de Derecho Internacional Privado sobre “Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida” (artículos 2631 a 2634).

En similar sentido a la norma proyectada en 2003, el artículo 2632 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 dispone que: “El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo. El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.”

A su turno, según el artículo 2633, “las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto...”

En particular, destaca el artículo 2634 sobre “Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero”, según el cual: “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden

32. Elaborado por la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado designada por las Res. M.J.y D.H.191/02 y Res. M.J.S.y D.H.134/02 integrada por los Dres. Miguel Ángel Ciuro Caldani, Eduardo L. Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, María Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Mariana Perugini Zanetti, Horacio Daniel Piombo, Julio César Rivera, Amalia Uriondo de Martinioli e Inés M. Weinberg de Roca. Presentado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003.

público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior de los niños. Los principios que reglan el uso de técnicas de reproducción humana asistida son de orden público y deben ser verificados por la autoridad competente en caso de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado y/o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

Al respecto, en los fundamentos de la norma, se advierte que “...el derecho de fondo en cuestiones de filiación se encuentra en plena evolución, con grandes diferencias en las legislaciones nacionales. Por ello, se ha incluido una norma específica que sienta el principio del reconocimiento de todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero, en tanto sea compatible con los principios de orden público de nuestro país, especialmente los que imponen la consideración del interés superior de niños y niñas. Esta norma tiende a la estabilidad del vínculo filial, permitiendo el control del orden público internacional que el juez apreciará en el caso concreto.”

c) Soluciones jurisprudenciales

Recientemente, tomaron estado público algunos casos concretos sobre el tema que nos ocupa. Nos referimos por un lado, a un precedente dictado por un juzgado contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires el 22/3/2012. Se trataba de una pareja conformada por dos hombres que ya convivían desde el año 2000 y tras la sanción de la Ley 26.618 decidieron contraer matrimonio. A los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India.

El 28/6/2011, el jefe de la Sección Consular de la embajada argentina en India le comunicó al matrimonio que no es posible dar curso a la inscripción de una partida de nacimiento en la que no figure el nombre de la madre, dado que ello no se ajusta al art. 36 inc. 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 hace mención del padre (art. 38 Ley 26.413).

Ante este panorama, el matrimonio presentó un recurso de amparo el 15/12/2011 para que el Ministerio de Relaciones Exteriores –a través de la

Embajada de Argentina en la India– otorgue la documentación pertinente reconociendo la paternidad legal o copaternidad por parte de ambos integrantes del matrimonio. El 22/3/2012 se hizo lugar al amparo incoado, autorizándose al Registro Civil a proceder a inscribir el nacimiento del niño/a de los actores ante la solicitud que formule la Embajada Argentina en la India a favor de ambos integrantes (hombres) de la pareja matrimonial, fundado en el derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, el derecho a la identidad, la protección de las relaciones familiares y el principio rector en todo asunto que involucre a personas menores de edad: el interés superior del niño.

En efecto, el 31/07/2012, a tres semanas de su nacimiento, fue inscripto el primer hijo, Tobías, de dos papás en el Registro Civil porteño.

Por otro lado, tuvo gran repercusión mediática el caso de Cayetana, la niña de madre argentina y padre español, ambos residentes en Madrid, España, que nació en la India por medio del alquiler de un vientre, y a la que ninguno de los países involucrados quería darle la ciudadanía. Finalmente, a través de una medida “autosatisfactiva”, un juez de familia de San Lorenzo, localidad santafesina de la que es oriunda la madre, reconoció la nacionalidad argentina de la niña, quien pudo ser inscripta en el consulado de Nueva Delhi.

Las autoridades indias habían rechazado conceder la nacionalidad porque los padres eran extranjeros. En España, argumentaron que Elsa Saint Girons no podía figurar como madre porque existe otra con la categoría de subrogada: la mujer que aceptó alquilar su vientre, y en ese país está vedada esta práctica. La embajada argentina había rechazado, en un primer momento, la solicitud al alegar que la mujer no tiene residencia actualmente en el país.

VIII. La labor de los foros de codificación internacional

Son pocos los foros de codificación internacional que, hasta el momento, se han ocupado de esta delicada cuestión. Destaca la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Unión Europea.

En este sentido, en 2001 se realizaron consultas informales con relación al trabajo futuro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Durante el proceso de consultas, se sugirieron como posible tema de trabajo las “cuestiones de derecho internacional privado relativas al

estatus de los niños y en particular el reconocimiento de la filiación”.³³ Sin embargo, en ese entonces y por un buen número de años, no hubo Miembros interesados en incorporar este tema como un área de trabajo. Pero en 2009-2010, varios Estados expresaron su preocupación por el creciente número de acuerdos de maternidad subrogada que eran presentados ante las autoridades de sus Estados y la complejidad jurídica de esos casos.

En virtud de ello, en un reciente comunicado de prensa, del 11 de abril de 2011, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado anunció que tiene intenciones de añadir a su programa de trabajo el delicado tema del alquiler o subrogación de vientres transfronterizo, que incluye generalmente problemas relativos al reconocimiento de la paternidad legal del niño y las consecuencias jurídicas que se derivan de tal determinación (por ejemplo, la nacionalidad del niño, estado de inmigración, la responsabilidad de los padres respecto del niño, etc.). El comunicado reconoce que actualmente “es un hecho que la subrogación es un gran negocio, global, que ha creado una serie de problemas, particularmente cuando los acuerdos de subrogación afectan a partes de diferentes países del mundo.”

La conclusión del Documento Preliminar N° 11³⁴ estableció que, a los fines de evaluar la posibilidad de una regulación internacional futura, los asuntos derivados de los acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional podrían ser considerados, o como parte de un marco más amplio sobre derecho internacional privado relativo al estatus del niño, o bien como un asunto de singular importancia en sí mismo.

Por su parte, en cuanto a la subrogación internacional, un documento de investigación elaborado para la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo ha recomendado que “la UE debe poner esfuerzos en la elaboración de una convención internacional sobre los aspectos de derecho internacional privado de la subrogación transfronteriza en una estrecha

33. “Observaciones relativas a la Estrategia de la Conferencia de La Haya – Observaciones realizadas por otras organizaciones internacionales y observaciones realizadas a nivel personal en respuesta a la carta del Secretario General del 30/31 de julio de 2001”, Doc. Prel. N° 20 a la atención de la Décimo Novena Sesión.

34. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>

comunicación con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”.³⁵

IX. Reflexiones finales

El Derecho Internacional Privado, en general, y el régimen internacional de la familia y la protección internacional de la minoridad, en especial, han sufrido, en los últimos años, el impacto de fenómenos que exceden los límites del mundo de lo jurídico, pero inciden en forma directa y trascendente en él. Nos referimos a la incesante globalización, la integración regional, la fragmentación, la multiculturalidad, la interculturalidad, los avances tecnológicos, la biotecnología, entre otros.

Como consecuencia de ello, el Derecho Internacional Privado de Familia se encuentra inmerso en nuevos escenarios, renovados y complejos problemas, y ante esta realidad, se halla en permanente evolución.

En efecto, la noción de familia ha cambiado y es un elemento distintivo de cada cultura. Sin embargo, a nuestro criterio, el Derecho Internacional Privado sigue siendo un instrumento eficaz y justo para indicar la ley aplicable a los casos multiconectados y multiculturales.

A fin de contribuir en tal sentido, esta disciplina debe hacerse eco de las nuevas modalidades de filiación, en donde el debate hoy gira en torno a la utilización de técnicas de reproducción asistida y en particular, por las características y complejidad que reviste, la denominada maternidad subrogada que, ante la dispar recepción que tiene en los ordenamientos jurídicos, promueve el turismo reproductivo y la consecuente internacionalización de la cuestión.

En todo caso, las soluciones que puede aportar el Derecho Internacional Privado deben estar en consonancia con la garantía y respeto de los Derechos Humanos. En efecto, a nuestro entender, las sociedades multiculturales deben encaminarse hacia la búsqueda del balance, del equilibrio en-

35. Ver “Recognition of Parental Responsibility: Biological Parenthood v. Legal Parenthood, i.e. Mutual Recognition of Surrogacy Agreements: What is the Current Situation in the MS? Need for EU Action?”, por Velina TODOROVA (Institute for Legal Studies, Bulgarian Academy of Sciences, Bulgaria) , 15-10-2010. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>

tre la protección de los derechos humanos y la salvaguardia de la identidad cultural.

En consecuencia, las respuestas jurídicas provenientes de nuestra disciplina deben ser lo suficientemente flexibles y brindar opciones al juez para que pueda disponer de las herramientas, los caminos necesarios para reconocer la filiación en estos casos, salvo que los principios fundamentales del derecho del foro se lo impidan de un modo manifiesto, serio e inevitable.

Tales principios fundamentales están representados, a nuestro criterio, exclusivamente por las garantías y derechos humanos de los niños, los sujetos más vulnerables en nuestra sociedad posmoderna e intercultural, que requieren, por ello, de una esmerada protección jurídica. Ese es uno de los principales desafíos del Derecho del siglo XXI.