

XIX JORNADA DEL NOTARIADO NOVEL DEL CONO SUR

23, 24 y 25 de noviembre de 2017

San Salvador de Jujuy, Argentina

TEMA I: SUCESIONES INTERNACIONALES

“VIDA, SUCESIONES Y CONFLICTOS INTERNACIONALES”

Seudónimo:

Estudioso del Derecho

INDICE

1) Introducción-----	Página 3
2) Técnicas de reproducción humana asistida-----	Página 3
3) Cuestiones médicas-----	Página 4
4) Estatuto jurídico del embrión-----	Página 6
5) Desarrollo legislativo extranjero-----	Página 8
6) Capacidad para suceder post mortem-----	Página 9
6.1 Análisis del artículo 214 del Código Civil Uruguayo-----	Página 9
6.2 Dos posiciones sobre capacidad para heredar-----	Página 11
7) Situación especial del artículo 9 de la Ley 19.167-----	Página 13
7.1 Requisitos-----	Página 13
8) Maternidad subrogada-----	Página 14
8.1. Requisitos-----	Página 14
8.2. Sucesión y maternidad subrogada-----	Página 15
9) Aspectos de derecho internacional privado necesarios-----	Página 16
I) Estructura de las normas-----	Página 16
II) Orden Público Internacional-----	Página 17
1. Características-----	Página 18
2. Diferencia entre orden público interno y orden público internacional-----	Página 19
3. Efectos de la excepción de orden público internacional-----	Página 19.
III) Fraude a la ley-----	Página 20.
1. Elementos del fraude a la ley-----	Página 20
2. Consecuencias del fraude a la ley-----	Página 21
10) Técnicas de reproducción humana asistida en el ámbito internacional-----	Página 22
9.5.1 Caso 1-----	Página 22
9.5.2. Caso 2-----	Página 24
9.5.3. Algunas preguntas-----	Página 24
11) Conclusión-----	Página 27
12) Ponencia-----	Página 27
13) Bibliografía-----	Página 28

VIDA, SUCESIONES Y CONFLICTOS INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN

La legislación del Uruguay ha avanzado enormemente en el tema de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida con la promulgación de la Ley 19.167 y su Decreto Reglamentario 84/015. Ha tenido desde el dictado de esas normas impacto en la sociedad uruguaya. Especialmente en que se legisló por primera vez este tema que ya se venía desarrollando en la práctica hacía algunas décadas.

Esta ley tiene influencia o relación, si se hace un complejo análisis jurídico, en determinar si un embrión congelado tiene derechos sucesorios o no. Si tiene derecho a heredar un embrión, que es vida, pero que aún no está implantado en el útero materno. Si se puede realizar una fecundación postmortem y qué relación tiene con el derecho sucesorio.

Lo mismo sucede cuando el lector se pregunta por la maternidad o gestación subrogada, intentando determinar quién será la madre de ese niño y que derechos tiene.

Y si pasamos al plano del derecho internacional privado, la cuestión de los embriones congelados y la maternidad subrogada se complejiza enormemente. El análisis se debe agudizar para determinar la norma de conflicto a aplicar a esa relación jurídica.

En el presente trabajo intentaremos esbozar algunas ideas. Probablemente surjan más dudas y preguntas que respuestas. Será el avance tecnológico y científico será quien determine el avance legislativo y proporcione las respuestas a lo largo del tiempo. En cuestiones donde interviene la ciencia médica, la legislación de los Estados va atrás de la ciencia, intentando regular la nueva ciencia.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

En Uruguay las Técnicas de Reproducción Humana Asistida están reguladas por la Ley Nº 19.167 y su Decreto Reglamentario 84/015 con modificaciones realizadas por el decreto 46/017. En la normativa se divide entre técnicas de baja y alta complejidad. El

artículo 5 de la ley señala que las técnicas de baja complejidad son aquellas en donde la unión del ovulo y espermatozoide se realiza dentro del aparato genital femenino.

Las técnicas de alta complejidad son aquellas donde la unión de óvulo y espermatozoide se da fuera del aparato reproductor femenino, es decir “*in vitro*”, y luego se transfieren el o los embriones al aparato reproductor de la mujer. Dichos embriones pueden estar crioconservados o no.

Las Técnicas reguladas en el artículo 1º de la Ley 19.167 son: inducción a la ovulación, la inseminación artificial, la microinyección espermática (ICSI), el diagnóstico genético preimplantacional, Fecundación In Vitro, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de gametos y embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada.

La ley al igual que el decreto, señala que la aplicación de cualquier técnica no incluida en la enumeración detallada en la misma requerirá la autorización del Ministerio de Salud Pública, previo informe favorable de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.

Las técnicas de alta complejidad están detalladas en el artículo 2 del Decreto reglamentario y son: la inducción a la ovulación, la microinyección espermática (ICSI), la fecundación in vitro, la transferencia de embriones, la crioconservación de embriones, la donación de gametos y embriones y la gestación subrogada.

CUESTIONES MÉDICAS

- A) **Inducción a la ovulación:** Favorecer la ruptura de folículos para que se liberen los ovocitos (óvulos). Se realiza inyectando hormonas.
- B) **Inyección Intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) o también llamada microinyección espermática:** Es una técnica empleada “*in vitro*” en el laboratorio de embriología para conseguir la fecundación de los ovocitos y consiste en introducir o microinyectar a través de una micropipeta (aguja muy pequeña) un solo espermatozoide en el interior de un solo ovocito. Se realiza cuando el hombre casi no tiene espermatozoides normales y además son de

muy baja calidad y que imposibilitan concebir en forma natural. Se introduce el espermatozoide seleccionado, dentro del óvulo, en un laboratorio.

- C) **Fecundación In Vitro:** Tratamiento de reproducción asistida que consiste en la unión de varios óvulos y espermatozoides extracorpórea es decir “in vitro”, para que den lugar a varios embriones que serán devueltos posteriormente al tracto genital de la mujer a efectos de que anide en el útero y se produzca el embarazo.
- D) **Transferencia de embriones:** procedimiento mediante el cual uno o más embriones son colocados en el útero o en la trompa de Falopio.
- E) **Crioconservación o congelación de embriones:** procedimientos utilizados para conservar y almacenar embriones a bajas temperaturas, generalmente en nitrógeno líquido, a una temperatura de 196 grados bajo cero.
- F) **Donación de gametos:** Cesión voluntaria, anónima y altruista de óvulos o espermatozoides a centros autorizados para que sean utilizados en tratamientos de reproducción humana asistida.
- G) **Donación de embriones:** Transferencia de embriones resultantes de gametos (espermatozoides y óvulos) que no se originaron de la receptora y su pareja.
- H) **Gestación subrogada:** en el caso que la mujer no pueda gestar un embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, 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.
- I) **Banco de Gametos:** Laboratorio que almacena muestras de espermatozoides u ovocitos (óvulos) de donantes y muestras de pacientes. Son los responsables de seleccionar a los donantes y preparar, almacenar y distribuir las muestras.
- J) **Banco de Embriones:** Es el laboratorio que almacena embriones, los cuales están preparados y congelados mediante el proceso de vitrificación para poder ser implantados en el útero de una mujer.

Las técnicas de reproducción humana asistida se aplicarán a las mujeres que tengan hasta 40 años de edad. Se hace la salvedad de las mujeres que sean mayores a 40 años y hasta que cumplan 60 años de edad, las cuales tendrán derecho a la realización del tratamiento por 24 meses siguientes a la promulgación de la ley que se reglamentó y cuyo derecho se hará efectivo a partir de la vigencia del decreto 84/015. Las mismas

serán financiadas por el Fondo Nacional de Recursos, que es una persona pública no estatal que financia tratamiento de alto costo.

Destaca la normativa que las técnicas se aplicaran a las parejas que sea infértiles y las define como aquellas que no hayan logrado un embarazo en el plazo de doce meses o más de relaciones sexuales.

¿Quiénes pueden recurrir a Bancos de Gametos o Embriones? A) Parejas heterosexuales donde uno o ambos son infértiles. B) Parejas homosexuales femeninas. C) Mujeres solteras.

La ley no contempla los casos de parejas homosexuales masculinas que quieren hacer uso de la maternidad subrogada.

Hay que distinguir entre la fecundación Homologa o Heterologa:

Fecundación homologa

La fecundación homologa es cuando el material reproductor, ya sea ovulo o espermatozoide provenga de la pareja y que se fecunda por una técnica de reproducción humana asistida.

Fecundación heterologa

Es cuando uno de los miembros de la pareja no puede concebir y recurren al material reproductor de un donante. Es decir el ovulo o espermatozoide proviene de un donante. En el Uruguay el primer niño que nació por fecundación heterologa en aplicación de técnicas de reproducción asistida fue en el año 1989 y por fecundación homologa en aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida fue en el año 1990.¹

ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN

El embrión es el término usado para describir las primeras etapas del feto. Corresponde al producto de la división del cigoto desde la primera división celular hasta la semana ocho después de la fecundación. Suele diferenciarse del pre-embrión, siendo éste el conjunto de células totipotenciales desde la fecundación hasta el día catorce, ya que

¹ La Información sobre el funcionamiento de los Banco de Gametos y Embriones, fue brindada por el Dr. José María Montes, director del Banco de Gametos en Uruguay. <http://www.bancodegametos.com.uy/pc/index.php#>

desde un punto de vista biológico, la diferenciación celular embrionaria comienza a partir del día 14.

VARELA DE MOTTA² al igual que VAZ FERREIRA³ escribieron sobre el Estatuto Jurídico del Embrión. Esto se relaciona directamente a cuando comienza la personalidad.

Señala VARELA DE MOTTA que “Si se considera que la persona humana es tal desde la concepción, el embrión, en todas sus etapas, debe recibir el tratamiento y respeto debido a la persona ya nacida.” La autora destaca que Uruguay ha ratificado el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana de Derechos Humanos. Luego señala que “(...) en nuestro país, la discusión ha finalizado, ya que de acuerdo a la legislación vigente, la personalidad comienza con la concepción. Como consecuencia de esta afirmación legal, no corresponde distinguir entre pre embrión y embrión, ya que tanto uno como otro deben recibir el respeto debido a la persona humana.”

EDUARDO VAZ FERREIRA⁴ señala que en la legislación de algunos países europeos se denomina pre embrión “(...) para designar el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero – acabado el proceso de implantación que se inició días antes – y aparece en él la línea primitiva.”

La discusión doctrinaria y médica sobre el pre embrión y el embrión es siempre que la fecundación haya sido “*in vitro*”, es decir extracorpórea: A) Se considera que es pre embrión desde la fecundación y hasta 14 siguientes o hasta que se hayan desarrollado determinada cantidad de células suficientes para ser implantado en el útero de una mujer. B) Embrión se llamaría luego de esos 14 días que es cuando hay anidación.

Desde el punto de vista médico si la técnica aplicada es la Fertilización In Vitro (FIV) no es posible que el pre embrión con menos de 14 días sea implantado en el útero de una mujer y pueda anidar. La Ley española de Técnicas de Reproducción Humana Asistida ley 14/2006 permite en sus artículos 14, 15 y 16 la investigación científica de pre embriones que fueron obtenidos por una técnica de reproducción humana asistida, ya

² VARELA DE MOTTA, MARÍA INÉS. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIV, página 647 a 649.

³ VAZ FERREIRA, EDUARDO. Tratado de las sucesiones, Tomo IV, página 135 y siguientes.

⁴ VAZ FERREIRA, EDUARDO. Obra citada, páginas 186 y siguientes.

sea que estén crioconservados o no. La Ley uruguaya N° 19.167 prevé en su artículo 1º el diagnóstico genético preimplantacional como una técnica de reproducción humana asistida. Por dicha técnica se hace un análisis genético a un pre embrión para por ejemplo detectar posibles enfermedades genéticas y determinar si puede ser implantado o no. La Ley de Investigación Biomédica de España Ley 14/2007 en su artículo 32 permite la donación de ovocitos y pre embriones sobrantes de una técnica de reproducción humana asistida con fines de investigación. Dicha ley prohíbe la creación de pre embriones o embriones con fines de investigación.⁵ Es por ello, y porque el Decreto Reglamentario 84/015 de Uruguay que habla de pre embrión (la ley no lo hace) y asimismo habiéndome asesorado desde el punto de vista médico, es que entiendo que el pre embrión no puede ser tratado de la misma forma que un embrión. Porque si el pre embrión no llega a tener 14 días o el equivalente celular, nunca podría anidar en el útero de una mujer y nunca podría nacer. No comparto la opinión de VARELA DE MOTTA al respecto.

DESARROLLO LEGISLATIVO EXTRANJERO

En Suecia se dictó la primera ley sobre inseminación artificial en el año 1984 y otra ley de 1988 sobre fecundación in vitro.⁶

En el caso de España, tuvo su primera Ley N° 35/1988. Más adelante se promulgó la ley 45/2003 que introdujo algunas modificaciones. Actualmente rige la ley 14/2006. Esta última en su artículo 9 permite la fecundación post mortem. Bajo el nombre de Premoriencia del marido, admite la paternidad del hombre siempre y cuando su material reproductor se hallare en el útero de la mujer al momento de su muerte, o si dio su consentimiento antes de su fallecimiento en escritura pública, en testamento o en documento de instrucciones previas para que su material reproductor sea utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Surge de la ley española que ese hijo tendrá filiación matrimonial.⁷

⁵ GODOY, M. OLAYA, Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con Material Humano Embrionario, páginas 174 y 175.

⁶ VAZ FERREIRA, EDUARDO. Obra citada, páginas 135 y siguientes.

⁷ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2006-9292

Gran Bretaña tuvo su primera ley de reproducción asistida en 1990. Luego en el año 2008 dictó su nueva ley “Human Fertilisation and Embryology Act 2008”. Prevé la fecundación post mortem en su artículo 39, donde permite el uso del material reproductor del hombre luego de su fallecimiento o si el embrión es fecundado antes del fallecimiento del marido e introducido en el útero de la mujer luego del fallecimiento del hombre. La ley señala que el hombre deberá haber dado su consentimiento y no haberse retractado antes de su fallecimiento para estas circunstancias.⁸

En Estados Unidos, cada estado tiene su propia legislación sobre el tema.⁹ Básicamente estados como Illinois tienen una legislación muy desarrollada sobre el tema de maternidad subrogada. Así surge de la “Gestational Subrogacy Act”. Hay estados que no tienen legislación y queda a criterio de la jurisprudencia, la que es fuente de derecho, para la resolución de las cuestiones planteadas.¹⁰

En Estados Unidos el primer niño concebido por una técnica de reproducción asistida fue en 1981.¹¹

CAPACIDAD PARA SUCEDER POSTMORTEM

Análisis del artículo 214 del Código Civil Uruguayo

El artículo 214 del Código Civil actualmente dice: *“Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.*

Las personas legitimadas por la ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico no existe.

Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior, las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial.

El consentimiento para la concepción con persona ajena al matrimonio, será revocable con las mismas formalidades, hasta el momento de la concepción.

⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/39>

⁹ <http://www.thesurrogacyexperience.com/surrogate-mothers/the-law/u-s-surrogacy-law-by-state/>

¹⁰ <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613>

¹¹ <http://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/ss6310a1.htm>

Es nulo todo acuerdo firmado entre cónyuges o concubinos referido a la concepción de una criatura fruto de la unión carnal entre hombre y mujer, sin perjuicio de las obligaciones que la ley prevé para el cónyuge no concibiente respecto del hijo concebido.”

La primera posición es la que señalan RIVERO DE ARHANCET y RAMOS, antes de la Ley 19.075 de matrimonio igualitario, la filiación se basaba en la certeza de la maternidad y la presunción de paternidad dispuesta por el artículo 214 del Código Civil. Dicha ley modifica el artículo 214 del Código Civil. Introduce el concepto de personas imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción. Hay una presunción de filiación en el caso del artículo 214 incisos 1 y 2. Si se tratare de personas biológicamente imposibilitadas entre sí de concebir, ya no se recurre a una presunción sino a una ficción, artículo 214 inciso 3 del C.C.¹²

Para estas autoras la modificación del artículo 214 del C.C. produce un cambio en lo que respecta a la certeza de quien es el padre y la madre. Se modifica el postulado de “*mater sempre certa est*”. Se crea una ficción jurídica en la propia ley de matrimonio igualitario, modificando el artículo 214 del C.C., para de esa manera dar lugar a otros tipos de presunciones respecto del nacimiento.

La segunda posición es sostenida por CAROZZI quien señala que hay una presunción de paternidad, artículo 214 incisos 1 y 2 del C.C. y una ficción legal artículo 214 inciso 3 del C.C. Luego señala que “Dentro del artículo 214 CC puede distinguirse claramente la presunción de paternidad del marido, de la atribución legal de la calidad de progenitor jurídico. La denominación legal en este último caso, no afecta la naturaleza jurídica del instituto. Sostenemos que el inciso 3º del artículo 214 CC no regula una presunción, ya que ésta implica que el hecho presumido no solo debe ser posible, sino probable. La atribución de la calidad de progenitor jurídico responde a lo que la doctrina califica como una ficción jurídica.”¹³

¹² RIVERO DE ARHANCET, MABEL y RAMOS, BEATRIZ. El derecho sucesorio después de las Leyes 19.075 (Matrimonio Igualitario) y 19.167 (Técnicas de Reproducción Humana Asistida): Hijo póstumo y maternidad subrogada. Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, Nº 2, página 174.

¹³ CAROZZI, EMA, La denominada “presunción” de progenitura jurídica en caso de reproducción humana asistida: Límites de su carácter inimpugnable. Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año 3, Tomo 3, 2015, página 62.

CAROZZI, señala que la presunción de progenitor jurídico del cónyuge no concubiente que regula el artículo 214 inciso 3º del C.C., no es una presunción jurídica sino una ficción jurídica.¹⁴ Para esta autora en el artículo 214 del Código Civil en su redacción actual queda comprendida la presunción legal histórica de paternidad que era anterior a su redacción actual y la ficción legal del inciso 3º del artículo 214.¹⁵

RIVERO DE ARHANCET Y RAMOS señalan que actualmente el emplazamiento filiatorio del hijo matrimonial se origina en dos situaciones: 1) Una presunción de paternidad porque los cónyuges están en una relación matrimonial y 2) Porque la ley lleva adelante una ficción jurídica como es el caso de la adopción plena o la del hijo nacido en virtud de la aplicación de una técnica de reproducción asistida. Señalan la salvedad de que cuando se recurre a una técnica de reproducción asistida, utilizando material genético de ambos cónyuges, ahí hay una certeza de la filiación.¹⁶

Estas ficciones jurídicas señaladas por las autores antes citadas, tiene importancia desde el momento que la ley establece quien puede ser hijo y por lo tanto quien puede heredar. Por ejemplo, se aplican también a personas biológicamente imposibilitadas de concebir entre sí, como es el caso de dos cónyuges mujeres que quieren tener un hijo a través de la aplicación de una técnica de reproducción asistida. Una de ellas será la madre biológica y la otra la madre jurídica. O el caso de una pareja heterosexual que no puede concebir y recurre a un donante de material genético de un hombre, en un banco de gametos (reproducción asistida heteróloga). En ese caso la mujer será progenitora biológica y jurídica y el hombre será el progenitor jurídico. Por la Ley de Reproducción Humana Asistida, no existirá en este caso vínculo filiatorio de ningún tipo con el donante.

Dos posiciones sobre capacidad para heredar

La primera posición doctrinaria es la de CAROZZI, señala que la capacidad para suceder por testamento está impedida para aquellos que no han sido concebidos al tiempo de abrirse la sucesión que habiendo sido concebidos no nacieron viables, citando el artículo 835 del Código Civil. “Conforme con nuestro Código Civil no puede adquirir por herencia ni por legado, quien no es sujeto de derecho al momento de la

¹⁴ CAROZZI, EMA, obra citada, página 63.

¹⁵ CAROZZI, EMA. Obra citada, página 64.

¹⁶ RIVERO DE ARHANCET, MABEL y RAMOS, BEATRIZ, obra citada, página 176.

apertura legal de la sucesión.” “Se requiere “existir” jurídicamente, esto es: ser sujeto de derecho actual al momento de la apertura de la sucesión, a efectos de poder ser sucesor a título universal o particular (artículo 1038 CC y artículo 835 numeral 1 del CC). La existencia jurídica respecto de la persona física comienza con la concepción, sin perjuicio de que la capacidad sucesoria quede sujeta a la condición de nacer vivo.” Señala luego “Tratándose de disposición testamentaria sujeta a condición se exige asimismo que el beneficiario exista al momento en que dicha condición se cumpla (artículos 845 y 955 del Código Civil).”¹⁷ No es admisible sortear la imposibilidad legal de suceder al causante por carecer de existencia jurídica, mediante el recurso de la interposición de personas (artículo 841 CC).”¹⁸

La segunda posición es la de RIVERO DE ARHANCET Y RAMOS, quienes por el contrario señalan “Si aceptamos la posición, que es la nuestra, de que la concepción opera con la fecundación, entendemos que el donante que autorizó la transferencia del embrión a su cónyuge, es el progenitor biológico y jurídico del niño que nazca. En tal situación entendemos se cumple con la exigencia prevista en el artículo 835 numeral 1º del CC y por lo tanto la criatura que nazca tendrá capacidad sucesoria respecto del causante, su padre.

De entenderse que la concepción tiene lugar con la implantación del embrión, la certeza en cuanto a la filiación biológica paterna existiría por lo que hemos señalado que la criatura así nacida podría accionar reclamando su filiación legítima de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 225 del CC. En caso de hacerse lugar a su reclamación el hijo tendría filiación legítima pero su situación no encuadraría en lo previsto en el artículo 835 inciso 1º por lo que no tendría capacidad sucesoria.”¹⁹

Compartimos plenamente la posición sostenida por las profesoras Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos. Entiendo que la vida comienza con la concepción y que si el embrión está congelado esperando ser trasplantado al útero de la madre, y ante el fallecimiento del padre, ese embrión ya es vida, ya es hijo del causante. Por lo cual siguiendo la posición de las autoras, comparto que tiene capacidad para heredar. Si

¹⁷ CAROZZI, EMA, El hijo póstumo de la Ley Nº 19.167 de reproducción asistida, ¿es capaz de suceder al progenitor pre fallecido? Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo 44, página 820.

¹⁸ CAROZZI, EMA, obra citada, página 820

¹⁹ RIVERO DE ARHANCET, MABEL y RAMOS, BEATRIZ. Obra citada, página 180.

hubiere dudas de la filiación del nacido, ese hijo podrá reclamar su filiación legítima acorde a lo dispuesto por el artículo 225 del C.C.

Si se hubiera realizado el proceso sucesorio, una vez que ese embrión nazca conforme a lo que establece el artículo 9 de la Ley 19.167, implantado en el útero de la madre dentro del año del fallecimiento del padre y habiéndolo éste acordado por escrito, ese niño tendrá derechos en la sucesión de ese padre. Si el proceso sucesorio no se hubiera realizado, ese niño que nazca por la técnica de reproducción humana asistida podrá iniciar ese proceso sucesorio y heredar a su padre fallecido.

SITUACIÓN ESPECIAL DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 19.167

El artículo 9 de la Ley 19.167 dice: *“Podrá realizarse fertilización de gametos o transferir embriones originados en una persona que hubiere fallecido, siempre que esta hubiera otorgado previamente por escrito su consentimiento para ello y dentro de los 365 días posteriores a su fallecimiento.”*

Requisitos

- 1) Que la persona otorgue previamente por escrito su consentimiento.

Para que se pueda fertilizar gametos (óvulo o espermatozoides crioconservados) o embriones luego de la muerte de la persona, la ley exige que el consentimiento sea otorgado por escrito y de forma previa. El decreto reglamentario 84/015 señala que ese consentimiento informado sea ante escribano público o en documento privado suscrito por dos testigos. No exige escritura pública pero se puede deducir que se quiso referir a la misma. Más allá de que la solemnidad de la escritura pública debe exigirse por ley, igualmente siempre puede realizarse la misma si la parte lo solicita.

En el caso de una pareja homosexual femenina que congeló embriones con material genético de un hombre donante, también deben esas dos mujeres dejar su consentimiento escrito como lo exige la ley.

- 2) Dentro de los 365 días posteriores a su fallecimiento.

La ley al igual que el decreto pone un plazo de 365 días para que se lleve a cabo la fertilización de los gametos del fallecido o que se implante el embrión fruto del material

genético de los contratantes. Debemos tener presente que luego de ese plazo no se puede fertilizar gametos o transferir embriones.

MATERNIDAD SUBROGADA

La ley 19.167 prevé la maternidad subrogada en los artículos 25 a 28 de la Ley 19.167 y en los artículos 27 a 31 del Decreto 84/015.

El artículo 25 inciso 1 de la Ley señala: *“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.*

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.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.”

El artículo 26 de la Ley señala *“El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.”*

Requisitos:

- 1) Es una técnica de reproducción humana asistida.
- 2) La gestación subrogada en Uruguay está prohibida. La excepción es que solo se admite cuando la mujer no pueda gestar un embarazo por enfermedad genética o adquirida.

3) La mujer podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, es decir la hermana, o de segundo grado de afinidad, es decir la cuñada. Fuera de esos casos no se puede practicar la maternidad subrogada. El acuerdo no exige ningún tipo de formalidad, debe ser gratuito y suscripto por todas las partes intervinientes: padre, madre y gestante por ejemplo. Si la gestante estuviera casada podría participar del contrato su cónyuge.

4) Se implantará en la madre gestante el embrión propio. Eso deja afuera varias situaciones previstas en legislaciones internacionales. No se podría aplicar el caso en que el óvulo y espermatozoide sea de donante.

RIVERO DE ARHANCET y RAMOS señalan que el embrión será propio cuando esté formado como mínimo por un gameto de la pareja o por su propio óvulo si la enferma que lo requiere se trata de mujer sola.”²⁰

Queda claramente excluido de la ley la posibilidad de que una pareja homosexual de varones realice un acuerdo con una mujer para realizar la maternidad subrogada.

Sucesión y maternidad subrogada

En caso de fallecimiento de alguno de los padres biológicos, el niño los heredará a ellos.

La vocación hereditaria está dada por lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 19.167 que señala: *“En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.”*

Según surge del artículo 27 de la ley 19.167 la madre que no podía procrear conforme a lo dispuesto en el artículo 25 inciso 2 de la ley 19.167 y su cónyuge en caso que esté casada o concubino, serán los padres de ese niño. No será la madre gestante la que establezca la filiación. Previamente debieron haber celebrado un acuerdo como señala el artículo 25.

²⁰ RIVERO DE ARHANCET, MABEL y RAMOS, BEATRIZ, obra citada, página 812 y 813.

RIVERO DE ARHANCET y RAMOS señalan “En lo referido al derecho sucesorio, entendemos que en forma excepcional el hijo que nazca de esta situación no será heredero de la mujer que lo da a luz sino de quien pactó con esta la subrogación.”²¹

La ley hace para el caso de la maternidad subrogada una ficción jurídica, ya que la madre gestante no es la madre por más que lleve el embarazo durante nueve meses.

ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO NECESARIOS

I) ESTRUCTURA DE LAS NORMAS

Las normas de Derecho Internacional Privado tienen dos momentos para su aplicación: la calificación y la determinación del derecho material aplicable.²² **La calificación**, es ubicar la relación jurídica dentro de una categoría, ejemplo matrimonio, filiación. **La determinación del derecho material aplicable**, se realizará luego de realizada la calificación, y nos llevará a determinar que norma de jurídica DIP se le va a aplicar a esa relación jurídica.

Dentro de estas situaciones debemos determinar dos tipos de normas de Derecho Internacional Privado: **a) norma de DIP material** – está regulado el tema en el derecho internacional, por ejemplo por un tratado; **b) norma de DIP indirecta o de conflicto** – la situación jurídica no está regulada en forma directa, por lo cual hay que determinar el derecho aplicable para saber cuál será la regulación material aplicable a la relación jurídica internacional. Este último tipo normativo - norma indirecta o de conflicto - es aquella que no regula en sí misma la relación jurídica sino que indica un punto de conexión y señala cual es el derecho material aplicable.²³

Estructura de la norma de conflicto²⁴

La norma de conflicto, también llamada formal o indirecta, tiene dos elementos fundamentales: a) la categoría y b) la disposición.

²¹ RIVERO DE ARHANCET, MABEL y RAMOS, BEATRIZ, obra citada, página 181.

²² FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo I, Parte General, página 182.

²³ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 184.

²⁴ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 184.

- a) **La categoría** que es el supuesto de hecho o tipo legal, enuncia el objeto de la norma y es el conjunto de relaciones jurídicas regulado por la disposición. Ejemplo: la capacidad de las personas, la filiación, el matrimonio.
- b) **La disposición** es la consecuencia jurídica, y enuncia la regulación o derecho inherente a la categoría. Ejemplo: se rige por el lugar de cumplimiento, por el domicilio.

b.1) Dentro de la disposición aparece un elemento llamado **Punto de Conexión**. Señala FRESNEDO “El punto de conexión contiene la circunstancia del caso gracias a la cual podemos identificar el derecho aplicable.”²⁵ Es quien determinará el derecho material aplicable a esa categoría. Ejemplo: **El punto de conexión que está dentro de la disposición puede ser específicamente “el domicilio”**. Es el elemento clave para determinar el derecho privado nacional aplicable. Nos remite al derecho a aplicar.

Puede suceder entonces que haya que aplicar el derecho extranjero. Por ejemplo en un caso de derecho de familia: de matrimonio, divorcio, filiación, sucesiones, entre Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay será de aplicación el Tratado de Montevideo 1889. Si el caso fuera de la misma materia de familia entre Argentina, Paraguay y Uruguay, sería aplicable el tratado de Montevideo de 1940. Si es con respecto a otros países latinoamericanos, pero de temas puntuales, por ejemplo alimentos, exhortos y cartas rogatorias, personas jurídicas, entre otros serán de aplicación las Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) correspondiente a ese tema y ratificada por los países firmantes de dicho tratado.

También puede ser aplicable con otros países mediante Tratados Bilaterales, por ejemplo de temas impositivos, u otras cuestiones de familia. Citamos como ejemplo el Convenio de Cooperación Jurídica entre España y Uruguay o el Convenio sobre Cooperación Judicial en materia civil y comercial entre Francia y Uruguay. En caso de que no exista Tratado entre el Uruguay y el país donde se da el conflicto de intereses, entonces será de aplicación el apéndice del Código Civil Uruguayo que va desde los artículos 2393 a 2405.

II) ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

²⁵ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, Obra citada, página 184.

El orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del derecho extranjero, que resulta competente en virtud de la norma de conflicto del juez. No es una manera de resolver el conflicto de leyes, sino que opera una vez identificado el derecho material remitido por la norma de conflicto, a los efectos de controlar si los contenidos y consecuencias de la ley material remitida son conciliables, son aceptables para el Estado del juez.²⁶

En otras palabras, se trata de un control a posteriori, que funciona cuando ya está determinada cual es la ley aplicable a la relación jurídica concreta de que se trata, como una barrera para rechazar aquellos aspectos o efectos del Derecho extranjero inconciliables con el orden jurídico del juez.

Es una excepción a la aplicación del derecho extranjero que viola el orden público del estado donde se pretende aplicar.

Características:²⁷

- A) Funciona en la etapa de la aplicación del derecho extranjero.
- B) Solo tiene alcance para el caso particular y concreto.
- C) Opera desde el Estado hacia los particulares. El Estado es quien determina cuando se debe aplicar el orden público internacional, y será el juez del proceso quien lo aplique en la sentencia.
- D) Implica un acto judicial no discrecional, responsable y fundado. Cuando se llega a la conclusión que se debe aplicar el derecho extranjero por el debido análisis de la norma de conflicto, el juez determinará que ese derecho lesiona el principio de orden público internacional.
- E) Defiende los valores del orden jurídico del juez. Se aplica para proteger el orden público de un estado. No solamente la excepción de orden público internacional se encuentra en el derecho interno sino también en los tratados ratificados por los estados, dado que al firmarlo se impone la cláusula de que “las normas de la presente Convención no serán aplicadas cuando sean manifiestamente contrarias al orden público.”

²⁶ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, Obra citada, 256.

²⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 257 y 258.

- F) Afectación del orden público internacional por la ley extranjera o por su aplicación concreta. Lo que afecta al orden público internacional del juez no es entonces la “ley extranjera”, sino su “repercusión en nuestro territorio”, y es por eso que el juez deberá examinar el contenido del derecho extranjero remitido, y su aplicación concreta al caso particular de si vulnera o no el orden público interno.
- G) La excepción de orden público internacional no opera “ipso iure”. En un caso donde se debe aplicar el derecho extranjero, debe ser invocado en el proceso judicial.

Diferencia entre orden público interno y orden público internacional

El derecho extranjero debe contravenir principios o normas esenciales de un Estado. Como señala FRESNEDO²⁸ “El orden público interno lo conforman todas aquellas normas del orden jurídico del Estado que no pueden ser modificadas por la voluntad de las parte. El orden público internacional es mucho más restringido que el interno.” Y más adelante señala la autora: “Por ejemplo, la norma interna uruguaya que establece que la capacidad se adquiere a los 18 años (artículo 280 inciso 2 del Código Civil Uruguayo) es de orden público interno (las partes no pueden pactar en contrario); pero no impide la aplicación de una norma extranjera que resultare aplicable en el caso en virtud de la norma de conflicto, que fijara esa edad en 17 o en 21 años, ya que ella no contravendría ningún principio fundamental del orden público internacional uruguayo.” Y luego continua explicando: “Sí se daría esa afectación de principios fundamentales si la norma extranjera regulara la capacidad en base a algún criterio discriminatorio, no objetivo, basado en condiciones de sexo, raza, o religión de las personas.”

Efectos de la excepción de orden público internacional²⁹

- A) Ineficacia y no invalidez. La excepción de orden público internacional es la ineficacia de la norma que se pretende aplicar.
- B) Relatividad espacial y temporal. No va a tener eficacia en otro estado donde atente contra el orden público internacional y por un tiempo, dado que el mismo es para el caso en concreto.

²⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 260.

²⁹ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 262 y 263.

- C) ¿Aplicación subsidiaria de la lex fori? Una vez que el juez rechaza el derecho extranjero que se opongan al orden público internacional, aplicará la ley de su Estado (lex fori) en todos los aspectos que contravienen sus principios fundamentales. Pero en aquellos aspectos que la norma extranjera no contravienen sus principios fundamentales podrá aplicar la norma extranjera.

III) FRAUDE A LA LEY

La excepción de fraude a la ley es una excepción a la aplicación el Derecho extranjero remitido por la norma de conflicto aplicable. La norma de conflicto nos remite a una derecho material nacional aplicable, que puede ser el del Estado del juez, o un derecho extranjero, según donde se realice el punto de conexión. Frente a ese mecanismo normal del funcionamiento del sistema de conflicto, el juez tiene ese instrumento que son las excepciones a la aplicación del Derecho extranjero, que le permiten en casos excepcionales no aplicar el Derecho extranjero remitido por la norma de conflicto.³⁰

Elementos del fraude a la ley³¹

- 1) El punto de conexión de la norma de conflicto aplicable debe ser de realización voluntaria. Debe tratarse de una norma de conflicto, formal o indirecta con un punto de conexión cuya realización dependa de la voluntad de las partes. Debe haber una maniobra artificiosa sobre el punto de conexión.
- 2) El punto de conexión debe realizarse efectivamente, pero en forma artificiosa. El punto de conexión debe realizarse efectivamente, lo cual lo distingue del mero fraude. En el fraude a la ley el punto de conexión se realiza, por ejemplo, las partes se mudan a otro Estado cuya ley quiere que se aplique. El punto de conexión se aplica pero manipulado, de manera no espontánea, mediante una maniobra artificiosa de los interesados.
- 3) Debe haber abuso en la utilización del punto de conexión. Hay un abuso en el punto de conexión que lleva a una alteración del normal funcionamiento de la

³⁰ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 269.

³¹ FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA, obra citada, página 270 a 276.

norma de conflicto. En el fraude a la ley hay mala fe de las partes en la realización del punto de conexión. La norma de conflicto exige la existencia de buena fe cuando el punto de conexión depende de la voluntad de las partes.

- 4) Debe haber una tergiversación de la finalidad de la norma de conflicto. Se debe eludir la ley del Estado. Ejemplo, en Uruguay se regula el divorcio internacional según el Código Civil artículo 2396, por la ley del lugar del domicilio conyugal. Si las partes mediante una maniobra artificiosa manipulan el punto de conexión, por ejemplo se mudan de domicilio a los solos efectos de obtener el divorcio en otro estado, se estaría frente a la situación de fraude a la ley. Toman esa decisión, por ejemplo, porque en ese estado donde viven está prohibido el divorcio. Diferente es si ese, matrimonio decide abandonar su domicilio anterior y se radica en otro Estado y hace su vida allí y estando en ese estado decide divorciarse, en ese caso no habría fraude a la ley. Son importantes las pruebas que surjan cuando se lleve adelante por ejemplo el proceso de divorcio y luego se interponga la excepción de fraude a la ley.
- 5) Funciona en el campo del orden público interno. No puede admitirse que las partes cambien el punto de conexión cuando el tema afecta el orden público interno. Las partes pueden elegir donde casarse pero no donde divorciarse. No hay fraude a la ley si la ley deja a las partes librado la realización del punto de conexión.
- 6) No es un requisito que haya un perjuicio para que haya fraude a la ley. Quien invoca el fraude a la ley debe probarlo.

El fraude a la ley está consagrado en la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP–II, Montevideo 1979) que en su artículo 6 señala: *“No se aplicará el derecho extranjero de un Estado parte cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte.*

Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.”

Consecuencias del fraude a la ley

La consecuencia es la invalidez y no la ineficacia como sucede en el orden público internacional. Al haber fraude eso tiene como consecuencia la invalidez. Por lo tanto

eso conlleva a que se corrija el defecto de funcionamiento de la norma de conflicto, determinando donde se realiza el punto de conexión. De esa forma se aplica el derecho que debería haberse aplicado de no haber habido maniobra artificiosa. Se aplica luego de demostrado el fraude a la ley, el punto de conexión que corresponde.

TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Hay países que han sido de vanguardia en las técnicas de reproducción humana asistida. Así es el caso de Suecia, del Reino Unido, Estados Unidos o España. Estos países fueron quienes primero consagraron sus técnicas.

El médico pionero en Fertilización In Vitro fue el Dr. Patrick Steptoe en el Reino Unido, ginecólogo y obstetra, junto al fisiólogo Robert Edwards, quienes por primera vez desarrollaron la técnica de FIV. El primer niño que nació mediante esta técnica, llamado Louise Joy Brown, fue en Manchester, Reino Unido el 25 de junio de 1978.

A partir de ahí se empezaron a desarrollar esa y otras técnicas de reproducción humana asistida. Entre ellas la maternidad subrogada. Eso ha generado algunos problemas internacionales, debido a que a veces las técnicas de reproducción humana asistida se llevan a cabo en un Estado y luego las personas se trasladan a otro o quieren hacer valer esa filiación en un Estado diferente. Eso mismo genera problemas en el derecho sucesorio internacional. Es por ello que explicamos ut supra lo que es el orden público internacional y el fraude a la ley. Los mismos operan como un “freno” para los Estados.

Hay algunos sistemas jurídicos que prohíben la maternidad subrogada como es el caso de España o Francia.

Caso 1

Un matrimonio homosexual de hombres español, de la región de Valencia, va a California, Estados Unidos para mediante gestación subrogada, tener un hijo. Al nacer les dieron un certificado de nacimiento, y al querer inscribirlo en el Consulado Español en Estados Unidos, la solicitud les fue denegada. En España se prohíbe la gestación subrogada, señalando que será nulo todo acuerdo por el que se convenga la gestación con o sin precio. Y señala que la gestación será determinada por el parto. El matrimonio

homosexual regresa a España con su hijo y comienza una batalla legal que llevó años, ya que la legislación española no aceptaba la inscripción y reconocimiento de ese niño.

La a Dirección General de Registro y del Notariado, dictó una Instrucción de fecha 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución. De la misma surge que en España estará permitida la inscripción registral y el reconocimiento de la filiación “conforme a la legislación extranjera” que consiente el recurso a la subrogación uterina y reconoce efectos legales a la renuncia de la filiación formulada por la madre gestante.³² La citada Instrucción permite la inscripción del recién nacido por maternidad subrogada siempre y cuando uno de los progenitores sea español. Se desarrollaron varias instancias judiciales donde se pretendía hacer valer un certificado registral de California, el cual no era admitido. La Instrucción de la Dirección General de Registro y el Notariado estableció la validez de la inscripción del niño, basando su exposición de motivos en el “interés superior del menor” entre otras cuestiones.³³

Posteriormente el 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo de España, declaró que no cabe reconocimiento incidental, ni de la intención, de la resolución que reconoció la filiación por sustitución de la pareja homosexual que había contratado una maternidad subrogada fuera de España. La sentencia se basa en que en España es contrario al orden público, ya que vulnera la norma imperativa del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La Sala no deniega la inscripción de los niños en el Registro Civil Español, pero si la constancia de su filiación, al no estar contemplado en la legislación española. La sentencia no admite el argumento del interés superior del menor. El 2 de febrero de 2015 la Sala Civil del Tribunal, dicta otra sentencia a raíz de un incidente de nulidad interpuesto contra la sentencia anterior, donde señala que no vulneró los derechos fundamentales de los menores, ni de quienes pretendían ser inscriptos como progenitores. Señala en la misma que respeta la doctrina de tres sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.³⁴

³² GODOY, M. OLAYA, obra citada, página 311 y 312.

³³ GODOY, M. OLAYA, obra citada, páginas 313 a 321.

³⁴ MACÉ SILVA, GABRIELA y PORTELLA, ANA, Maternidad o Gestación Subrogada, Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado N° 8, página 99.

Caso 2

Un matrimonio francés Dominique y Sylvie Mennesson contacta a una mujer residente en California, Estados Unidos para “alquilar su vientre”. De esa gestación subrogada, nacieron gemelas, las cuales se inscribieron en el Registro de California. Al querer inscribirlas en el consulado de Francia, la inscripción no fue admitida. Después de varias instancias judiciales, la Corte de Casación Francesa consideró que un contrato de maternidad por sustitución no puede inscribirse en el Registro Civil Francés. La Corte declaró que era contraria al orden público internacional francés la decisión extranjera, en tanto comportaban disposiciones que chocaban con principios esenciales del derecho francés. Las gemelas no estaban privadas de filiación, es decir la californiana, ni tampoco estaban impedidas de vivir con sus padres en Francia. El matrimonio francés sostiene que la filiación de un niño nacido en el extranjero por maternidad subrogada no es contrario al orden público internacional francés. Sostienen que se debe tener en cuenta el “interés superior del menor” de acuerdo a los Convenios internacionales que lo consagran. Lo decidido por la justicia francesa ocasionaría privar a los niños de la posibilidad de establecer su filiación en Francia, donde tienen su residencia. La Corte de Casación confirmó la sentencia en el año 2010, basándose en la violación del orden público internacional francés al chocar con el principio de indisponibilidad sobre el estado de las personas. Les permitía tener filiación de acuerdo al derecho californiano y les permitía vivir en Francia. El matrimonio francés recurre al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal puso fin al conflicto el 26 de junio de 2014 condenando a Francia a reconocer a las niñas nacidas por gestación por sustitución.³⁵ El Tribunal entendió que Francia había violado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que regula el respeto por el derecho a la vida privada respecto de niñas nacidas por gestación por sustitución en el extranjero.³⁶

Algunas preguntas

¿Qué pasaría en el caso de Uruguay, si una mujer infértil no tiene ni hermana ni cuñada y decide ir al estado de California, en Estados Unidos y alquilar un vientre?

³⁵ MACÉ SILVA, GABRIELA y PORTELLA, ANA, obra citada, páginas 96 y 97.

³⁶ MACÉ SILVA, GABRIELA y PORTELLA, ANA, obra citada, página 97.

¿Qué pasaría si una pareja homosexual masculina se traslada a California, Estados Unidos y ahí alquila un vientre?

¿Qué sucede si una mujer española viene a Uruguay en donde tiene una hermana viviendo, a efectos de realizarse una gestación subrogada y luego decide volver a España?

¿Y si esa mujer fuera francesa? ¿Cómo afecta eso desde el punto de vista sucesorio?

Son cuestiones en donde está en juego el orden público internacional de los Estados o la excepción del fraude a la ley.

El Registro Civil de Uruguay admite la inscripción de un niño hijo de una pareja homosexual, pero hay un vacío en cuanto a que si viene del extranjero, si eso estaría permitido o no. Porque para la legislación uruguaya no está permitido que una pareja homosexual masculina tenga un hijo bajo “vientre de alquiler” o una pareja heterosexual donde la mujer no tiene ni hermana ni cuñada realice gestación subrogada especialmente en otro estado y bajo un sistema diferente al del Uruguay.

En el caso de la mujer española que cambia de domicilio para mudarse al Uruguay a efectos de que su hermana pueda gestar al niño, se estaría ante la aplicación del fraude a la ley. Por los casos antes relatados, volvería con el niño a España y según la Instrucción de la Dirección General del registro Civil y del Notariado sería inscripto siempre que uno de los progenitores sea español.

Y si esa mujer fuera francesa entonces deberá apelar al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como antecedente para hacer valer ese nacimiento. Y en cuanto a lo sucesorio se deberá estar a que si es por ejemplo por una fertilización postmortem se estará a lo que señale el Código Civil de Uruguay y a si está permitido en el Estado donde se quiere hacer valer el derecho sucesorio.

¿Son casos de filiación o de contratación? SANTOS BELANDRO cuestiona si la maternidad subrogada se debe calificar desde el punto de vista del derecho internacional privado como “contrato” o como “filiación”.³⁷

³⁷ SANTOS BELANDRO, RUBEN, ¿La filiación proveniente de una maternidad por sustitución goza de eficacia internacional? En Revista de Derecho y Tribunales N° 17 (octubre de 2011), páginas 109 y 110.

Si fuera calificada como contrato y fuera de aplicación el Código Civil Uruguayo, lo sería a través del artículo 2399 y sería de aplicación el lugar del cumplimiento del contrato.

Si fuera calificada como filiación, primero habría que determinar los conceptos de hijo matrimonial o no matrimonial conforme a lo que señala el Tratado de Montevideo de 1940. Señala que deberá hacer una calificación que permita recoger los conceptos de *lex fori* y *lex causae*. Señala que esa armonización puede ser infructuosa dependiendo del Estado de que se trate. Señala que en caso de ser entendida la maternidad subrogada como filiación, en ese caso si aplicamos el artículo 2401 del Código Civil Uruguayo corresponde que se aplique la ley del domicilio cónyuge al momento del nacimiento. Eso es lo mismo que señalan los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940.

MACÉ y PORTELLA³⁸ señalan que si la calificación fuera actos jurídicos la ley aplicable sería la del domicilio del deudor al tiempo de celebración del contrato. También puede calificarse como filiación en donde deberá analizarse qué tipo de pareja son: pareja comitente (voluntad procreacional) o los que aportaron su material genético o la madre subrogada (verdad biológica) que puede o no aportar su material genético.

Señalan MACÉ Y PORTELLA³⁹ que si bien hay un gran avance con la regulación a nivel nacional sobre el tema de maternidad subrogada no hay una norma de derecho internacional privado que la regule. Señalan las autoras que eso genera un problema de calificación del instituto.

Las autoras señalan que lo más habitual es que se expida una partida de nacimiento a nombre de los padres contratantes, por lo que el punto a analizar sería la eficacia internacional de los documentos públicos. Luego indican que debería analizarse en el supuesto de hecho de que se pretenda inscribir una maternidad subrogada en Uruguay de un niño nacido en el extranjero que documentos se necesitan para ser inscripto en la Dirección General de Registro Civil.⁴⁰

Entiendo que la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida entraría también en la calificación de filiación. Y si se trata de una fecundación postmortem

³⁸ MACÉ SILVA, GABRIELA y PORTELLA, ANA, obra citada, página 105.

³⁹ MACÉ SILVA, GABRIELA y PORTELLA, ANA, obra citada, página 111.

⁴⁰ MACÉ SILVA, GABRIELA y PORTELLA, ANA, obra citada, página 106.

también entraría en la calificación de filiación. Luego se abrirá la puerta para analizar el tema de los derechos sucesorios, que a mi entender no cabe ninguna duda que los tiene en Uruguay, conforme a nuestra Ley 19.167.

¿Qué pasa si el contrato para que se realice la fecundación postmortem es firmada en España por el marido y la mujer dentro del año se fecunda con ese material genético en Uruguay? A mi entender ambos institutos están previstos en Uruguay y no habría violación al orden público internacional del Uruguay. ¿Y cómo aplica a las sucesiones en ese caso? Se deberá observar si no viola el orden público internacional o el fraude a la ley y se estará a la aplicación normativa.

CONCLUSIÓN

Hemos tratado de exponer en este trabajo algunas ideas sobre cómo se desarrollan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Uruguay, su influencia en el ámbito sucesorio y su dimensión desde el punto del derecho internacional privado.

Entendemos que hay puntos que no son claros. No hay tratados específicos que permitan resolver las dudas que genera la aplicación en el ámbito internacional privado sobre la maternidad subrogada. Uruguay tiene su ley pero la casuística es inmensa.

Es muy interesante ver como otros Estados, como España y Francia han resuelto el tema de la maternidad subrogada cuando se produjo en aplicación del derecho internacional privado. Pero quedan dudas de cómo se resolvería en Uruguay o en otros países por ejemplo en un caso Fertilización in Vitro postmortem. O como se resolvería el tema sucesorio en el ámbito internacional de un embrión congelado y transferido a una mujer en otro estado. Se tendrá siempre en cuenta para todos los casos, las excepciones de orden público internacional o el fraude a la ley de cada Estado.

El tema es complejo, y este trabajo solo pretende introducir algunas ideas para pensar y resolver con el tiempo y a medida que la casuística se vaya produciendo, especialmente en Uruguay y los países de la región se estará a la resolución jurisprudencial y al asesoramiento notarial.

-----oOo-----

PONENCIA

- 1) Uruguay tiene reguladas las técnicas de reproducción humana asistida. Se admite la maternidad subrogada y la fecundación postmortem.
- 2) Hay diferentes doctrinas a nivel interno de si puede heredar o no el niño que hace postmortem.
- 3) Se plantean casos de otros Estados sobre maternidad subrogada donde el tema se terminó resolviendo desde el punto de vista registral o por el tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- 4) Se deberá tener presente por parte de Uruguay cuando se presente un caso similar a los expuestos en este trabajo, las excepciones de orden público internacional y de fraude a la ley.
- 5) Uruguay debería celebrar tratados internacionales con otros Estados para tener resuelto los problemas que puedan darse con las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y el derecho sucesorio.

BIBLIOGRAFÍA

-ALFONSIN, QUINTIN

Teoría del Derecho Privado Internacional, 690 p.

-ALMIRATI, ALEJANDRA

La ley canadiense sobre reproducción humana asistida e investigación científica vinculada

Revista Uruguaya de Derecho de Familia Año 15 Número 18, set. 2005, p. 307-315.

-CAROZZI FAILDE, EMA

El hijo póstumo de la Ley no. 19.167 de reproducción humana asistida ¿es capaz para suceder al progenitor prefallecido?

Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Tomo 44, 2013, p. 819- 830.

-CAROZZI FAILDE, EMA

La denominada “presunción” de progenitura jurídica en caso de reproducción humana asistida: Límites de su carácter inimpugnable

Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil Año 3 Tomo 3, 2015, p. 61-71.

-CID, ALBERTO

Técnicas de reproducción humana asistida: proyecto de ley con exposición de motivos
Revista Uruguaya de Derecho de Familia Año 11 Número 13, mayo 1998, p. 133-1.

- FRESNEDO DE AGUIRRE, CECILIA

Curso de Derecho Internacional Privado Tomo 1, Parte General, 312 p.

-GODOY, M. OLAYA

Régimen Jurídico de la Tecnología Reproductiva y la Investigación Biomédica con Material Humano Embrionario, Año 2014, 385 p.

-MACÉ SILVA GABRIELA – PORTELLA, ANA

Maternidad o gestación subrogada.

Revista de Derecho Internacional Privado Nº 8, p. 89-112

-PERDOMO POLCINO, NELLY

La procreación medicamente asistida y el derecho de familia en el Uruguay actual

Revista Uruguaya de Derecho de Familia Año 8 Número 10, jun.1995, p. 123-140.

-RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ

El derecho a la vida, el concepto de concepción, y las técnicas de reproducción humana asistida en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica”

Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil Año 2 Tomo 2, 2014, p. 157-167.

-RIVERO DE ARHANCET, MABEL

El desafío a la naturaleza en la procreación asistida

Revista Crítica de Derecho Privado Número 10, 2013, p. 1207-1217.

-RIVERO DE ARHANCET, MABEL

En torno al derecho a la identidad

Revista Crítica de Derecho Privado Número 9, 2012, p. 1199-12.

-RIVERO DE ARHANCET, MABEL; RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ

Acerca de la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida e incidencia de la ley 17.250 sobre la misma.

Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 44, 2013, p. 807-817.

-RIVERO DE ARHANCET, MABEL; RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ

El derecho sucesorio después de las leyes 19.075 (matrimonio igualitario) y 19.167 (técnicas de reproducción humana asistida): Hijo póstumo y maternidad subrogada.

Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones Número 2, 2014, p. 173-181.

-RIVERO DE ARHANCET, MABEL; RAMOS CABANELLAS, BEATRIZ

Los frecuentes cambios legislativos en el derecho de familia y su incidencia en el sistema

Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones Número 1, 2013, p. 201-2.

-RIVERO DE ARHANCET, MABEL

Hijos de técnicas de reproducción humana asistida: su reconocimiento por parejas de igual sexo.

Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo 4, Año 2014, p. 185-188.

-SANTOS BELANDRO, RUBEN

¿La filiación proveniente de una maternidad por sustitución goza de eficacia internacional?

Revista De Derecho y Tribunales, p. 95-133.

-SANTOS BELANDRO, RUBEN

Derecho Civil Internacional y de Familia, p. 192-221.

-SANCHEZ CASAL, SUEVIA

Régimen jurídico de la filiación: sus diferentes dimensiones

Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil, Año 4, Tomo 4, p. 171-182

-SZAFIR, DORA; CARRETTO PEREIRA, SILVIA

Ley 19.167: Reproducción humana asistida: Consentimiento informado

Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones Número 2, 2014, p. 189-2.

-SZAFIR, DORA, BAGNASCO, JOAQUÍN Y MARKS, HILLARY

Gestación subrogada solo por hermanas. ¿Constitucional?

Anuario Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo 4, Año 2016, p. 189-199.

-VAZ FERREIRA, EDUARDO; RIVERO DE ARHANCET, MABEL; BRIAN NOUGRERES, ANA

Manifestaciones formuladas por los Dres. Eduardo Vaz Ferreira, Mabel Rivero de Arhancet, María Inés Varela de Motta y Ana Brian Nougres

Revista Uruguaya de Derecho de Familia Año 11 Número 13, mayo 1998, p. 142-154.

-VARELA DE MOTTA, MARÍA INÉS

Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo XXIV, página 647 a 649.

-VAZ FERREIRA, EDUARDO

Tratado de las sucesiones, Tomo 4, 283 p.

-VAZ FERREIRA, EDUARDO

Tratado de las sucesiones, Tomo 7, 328 p.

-VENTURINI, BEATRIZ y TABAKIAN

Consentimiento informado en procesos de fertilización asistida ¿cuál es el daño resarcible?

Doctrina y Jurisprudencia de Derecho Civil Año 3, Tomo 2, p. 247-252.