

MATERNIDAD SUBROGADA: ANÁLISIS JURÍDICO DE UNA PROBLEMÁTICA ACTUAL¹

Analía G. Pastore²

SUMARIO: A) Introito. B) Variantes del acuerdo de maternidad subrogada. C) La respuesta del derecho comparado. D) Subrogación materna internacional. E) Razones que justifican la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada. 1) Cosificación del niño. 2) Vulneración del principio de indisponibilidad del estado de las personas. 3) Mercantilización del hijo. 4) Tráfico de niños. 5) Fragmentación de la filiación. 6) Desmembración de la identidad del niño. 7) Instrumentalización de la mujer gestante. 8) Explotación de la mujer. 9) Vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano. 10) Negación de la importancia del vínculo intrauterino materno filial. 11) Inconsideración de riesgos para la salud y el bienestar del niño. 12) Existencia de un conflicto de intereses. F) La posición de diversos organismos intergubernamentales. G) El contexto normativo en el derecho argentino. H) Reflexión final.

A) Introito.

La subrogación materna impacta sobre la regulación normativa del hecho procreativo en miras a la determinación legal del vínculo filial. Surge, entonces, la necesidad de establecer si el ordenamiento jurídico debe reconocer y respetar ciertas condiciones mínimas para resguardar el bien de las personas y el orden social.

Si bien tradicionalmente se ha considerado que la preservación del nexo que liga sexualidad, gestación y filiación –causa fuente principal del sistema de parentesco- era la clave de la estructuración social, fundada en la naturaleza del hombre y orientada al bien común, la irrupción de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) primero, y la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo después, fueron desdibujando aquella realidad entronizando el deseo individual de tener un hijo como la directriz sobre la que debía erigirse el entramado filiatorio.

La sustitución del vínculo biológico por la voluntad procreativa en la ordenación de las relaciones filiales no es socialmente indemne³. Muy por el contrario, debilita al extremo

¹ Conferencia pronunciada en el Seminario “Maternidad subrogada: Enfoque interdisciplinario de una problemática actual”, Instituto de Bioética, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 80^a. Aniversario, Buenos Aires, 15-06-18.

² Abogada graduada con Diploma de Honor (PUCA), Especialista en Derecho de Familia (PUCA), Profesora Ordinaria (PUCA), Coordinadora Académica de la Carrera de Posgrado Especialización en Derecho de Familia (PUCA), Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Miembro de la Sección Bioderecho y Familia del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

de aniquilar la noción de procreación como un hecho natural de máxima relevancia a partir del cual se atribuye la responsabilidad parental a los progenitores; transforma las condiciones biológicas naturales para procrear en valladares que deben ser sorteados, y desnaturaliza el vínculo materno filial propiciando la ruptura entre gestación y maternidad legal por considerarla menos significativa que la satisfacción del deseo de tener un hijo por parte de quien no puede o no quiere gestarlo.⁴

Si bien es muy difícil dimensionar con precisión la envergadura de esta problemática en la actualidad⁵, confluyen una serie de factores indicadores de un aumento de la práctica que son útiles para alertarnos sobre esta cuestión. Entre ellos pueden señalarse la cantidad de agencias y clínicas que ofrecen el servicio de subrogación materna por internet⁶; la creciente frecuencia con que los medios de comunicación dan cuenta sobre niños nacidos por subrogación materna⁷; el aumento de jurisprudencia relativa al tema en diversas jurisdicciones, suscitada alrededor del reconocimiento formal de emplazamientos filiales foráneos basados en acuerdos de subrogación⁸; el impulso de proyectos de ley tendientes a

³ El Comité de Bioética de España así lo manifestó: “Se trata, pues, de una práctica inédita hasta los tiempos recientes y con un enorme impacto en todos los planos de la vida humana: cultural, social, ético y jurídico”. Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 2.

⁴ Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 21-22.

⁵ Debido, principalmente, a que la subrogación tradicional no requiere necesariamente intervención médica pudiendo desarrollarse de modo informal entre las partes interesadas; en los casos de subrogación gestacional las estadísticas comunicadas oficialmente no registran necesariamente el acuerdo de subrogación sino sólo el procedimiento de fecundación *in vitro* (FIV); en muchos países no existe ninguna disposición legal, reglamentaria ni régimen de licencias para los tratamientos de fertilidad y/o subrogación, con la consecuente inexistencia de mecanismos formales de información, y en los países donde está legalmente prohibida, el riesgo de enfrentarse a acciones penales dificulta aún más la recopilación de datos fidedignos. Cfr. PARLAMENTO EUROPEO, Dirección General de Políticas Interiores, “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, Unión Europea, 2012, p. 3. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

⁶ Entre ellas, se destaca el Centro de Reproducción Humana BioTexCom que ofrece el servicio de maternidad subrogada en Kiev, Ucrania, con tres paquetes alternativos de subrogación: Económico (€29.900), Estándar (€39.900) y VIP (€49.900).

⁷ PARLAMENTO EUROPEO, Dirección General de Políticas Interiores, “El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE”, Unión Europea, 2012, p. 3. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

⁸ Mientras que algunos países como Francia han negado efectos jurídicos a la subrogación realizada en el extranjero con fundamento en las políticas públicas; en otros como Austria, Bélgica, Dinamarca, Italia, Irlanda, los Países Bajos, Suecia y Reino Unido se ha recurrido a la adopción o a otras medidas previstas por el Derecho de Familia para garantizar la seguridad jurídica del niño. Por ejemplo, los tribunales británicos pueden conceder una “orden de residencia” no parental en virtud de la *Children Act 1989*, si se cumplen ciertos requisitos, que otorga automáticamente la responsabilidad parental, pero no la paternidad legal. En Australia también se han concedido “órdenes de responsabilidad parental” a los comitentes, mientras que la paternidad legal no fue reconocida en *Dudley y Chedi* (2011) FamCA 502; *Hubert y Juntas* (2011) FamCA 504; *Findlay y Punyawong* (2011) FamCA 503, y *Johnson y Anor & Chompunut* (2011) FamCA 505. Cfr. MILLBANK, J., “The

regular la práctica en aquellos países donde no existen previsiones expresas o el procedimiento se encuentra prohibido; así como el aumento de informes e investigaciones en el ámbito del Derecho Internacional Privado sobre las dificultades jurídicas que presentan los acuerdos de subrogación materna transfronterizos.

B) Variantes del acuerdo de maternidad subrogada.

La maternidad subrogada⁹ supone que una mujer acepta gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado para asumir su paternidad/maternidad.¹⁰ Se distingue la subrogación materna tradicional –cuando la mujer gestante es además aportante del óvulo- de la gestacional¹¹ -cuando la embarazada no tiene vínculo genético con el niño-, esta última con predominante ocurrencia.¹²

La diversidad de criterios identificables permite categorizar las distintas formas que puede asumir el acuerdo de maternidad subrogada. Así, la finalidad con la que actúa la gestante puede ser altruista o lucrativa¹³; entre la gestante y los comitentes puede existir o no un vínculo familiar o afectivo¹⁴; las condiciones de entrega del niño pueden suponer que la gestante haya renunciado a la maternidad antes del nacimiento o que la decisión deba ser

New surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or '25 brick walls'?", 2012, 35 (2) *Melbourne University Law Review*, pp. 1-44.

⁹ Si bien se la denomina de diversos modos, descartamos “alquiler de vientre” porque el acuerdo involucra a la mujer gestante en todo su ser integral. Tampoco nos parece apropiado “maternidad por sustitución” porque la maternidad no es sustituible sino que es genética y biológica. Finalmente, referirse a ella como “gestación subrogada” oculta una parte fundamental de la esencia de la maternidad. Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 9.

¹⁰ En el Diccionario de la Real Academia Española la primera acepción de “maternidad” es “estado o cualidad de madre”, y de “madre” es “mujer o animal hembra que ha parido a otro ser de su misma especie”.

¹¹ Cuando la madre gestante también es aportante del óvulo se suele hablar de maternidad subrogada “de baja tecnología” (*partial surrogacy*), mientras que cuando es tan solo gestante se denomina maternidad subrogada “de alta tecnología” (*full surrogacy*). Cfr. MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 224.

¹² GUZMÁN, Victoria R., “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: Should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, *Houston Journal of International Law*, 2016, Vol. 38:2, p. 623.

¹³ Es altruista cuando la mujer no percibe retribución por gestar si bien podría recibir alguna compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que pudiera ocasionarle el embarazo; en la lucrativa, en cambio, se retribuye la prestación de un servicio. Cfr. GUZMÁN, Victoria R., “A comparison of surrogacy laws of the U.S. to other countries: Should there be a uniform federal law permitting commercial surrogacy?”, *Houston Journal of International Law*, 2016, Vol. 38:2, p. 624.

¹⁴ Si fueran familiares el niño tendría un doble vínculo con la gestante, derivado de la gestación y del parentesco surgido de la filiación legal.

tomada en los días subsiguientes al parto¹⁵; el origen genético del niño puede vincularlo con ambos comitentes, con uno de ellos o con ninguno, del mismo modo que el óvulo pudo o no ser aportado por la gestante¹⁶; el emplazamiento filial puede ser con madre y padre, dos padres, dos madres, una madre o un padre; la causa del recurso a la maternidad subrogada puede ser o no médica, incluyéndose razones biológicas, profesionales, sociales o personales; de acuerdo a la localización geográfica de la gestante y los comitentes puede ser o no internacional; el nivel de conocimiento y libertad de la gestante no siempre garantiza su consentimiento¹⁷; en la relación jurídica entre comitentes y gestante suele intermediar una agencia o agente; puede existir o no un marco legal que garantice la seguridad jurídica en el proceso¹⁸; puede originarse en una inseminación artificial o en una fecundación *in vitro*; la gestante puede ser o no primípara y reincidente; puede preverse o no la reducción embrionaria para el supuesto de gestación múltiple o la eliminación de embriones con afecciones detectadas durante el embarazo.¹⁹

C) La respuesta del derecho comparado.

La regulación de la maternidad subrogada en el mundo es diversa, compleja y variable. Algunos países la permiten para personas solas, o parejas de igual o distinto sexo; otros, en cambio, restringen la oferta a parejas heterosexuales infértiles. Unos aceptan sólo la subrogación gestacional y otros también la tradicional. Algunos permiten contratos por los que los comitentes se convierten en padres desde el inicio del embarazo y otros establecen que la gestante es la madre y sólo después del nacimiento puede renunciar al hijo. En algunos países se ofrecen los servicios de maternidad subrogada a los extranjeros y en otros sólo a los nacionales. Algunos cuentan con regulaciones más minuciosas y otros con

¹⁵ Los modelos lucrativos conllevan la renuncia de la maternidad antes del nacimiento y si la gestante incumpliera incurriría en responsabilidad.

¹⁶ Los padres genéticos del niño podrían ser el varón y la mujer comitentes de la gestación subrogada, el varón comitente y la mujer gestante, el varón comitente y una donante del óvulo, un donante de esperma y la mujer comitente, un donante de esperma y la mujer gestante o donantes de esperma y óvulo.

¹⁷ Aún cuando suele suponerse que la gestante ha prestado consentimiento informado y libre, son escasas las garantías jurídicas que lo resguardan.

¹⁸ Cuando se trata de subrogaciones internacionales se entrecruzan regulaciones de dos o más países generándose graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica, especialmente para los niños.

¹⁹ Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, pp. 6-9.

márgenes mayores para la libertad de los contratantes.²⁰ Una considerable cantidad de países, por su parte, prohíben expresamente los acuerdos de maternidad subrogada, en tanto que otros carecen de regulación específica.

Por otro lado, en los últimos años se ha observado que algunos de los principales países proveedores de subrogación materna restringieron sus servicios. Tal es el caso de India²¹ que prohibió la maternidad subrogada a extranjeros en noviembre de 2015 al igual que Tailandia²², Nepal y Camboya en 2016.²³

En cuanto al emplazamiento filial, las diversas tendencias regulatorias permiten distinguir tres grupos de países. Los que consideran que los nacidos por maternidad

²⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 45.

²¹ Fue emblemático impulsor del cambio el reconocido caso “Baby Manji”. Se trataba de una pareja japonesa que había celebrado un acuerdo de maternidad subrogada en India que no reconocía la legislación japonesa. Como la niña –Manji- había sido concebida con el esperma aportado por el pretense padre y una donante anónima de óvulo, no tenía madre registrada en su certificado de nacimiento. Antes de que Manji naciera los comitentes se separaron y la mujer comitente decidió que ya no quería criar a la niña. De acuerdo a los términos del convenio, en caso de separación, la custodia de la niña correspondía al padre. El problema surgió porque el padre y la abuela paterna de Manji no lograban regresar a Japón con la niña debido a que no podía obtener su pasaporte por carecer de emplazamiento materno. Manji no tenía nacionalidad. No podía adquirir la ciudadanía japonesa porque, de acuerdo a la ley japonesa, como los comitentes no estaban casados se establecía de acuerdo a la nacionalidad de la madre gestante. Tampoco podía ser ciudadana india porque para la legislación india resultaba necesario que al menos uno de los padres –comitentes- fuera ciudadano indio, resultando intrascendente que la mujer gestante lo fuera. Por otra parte, el padre tampoco podía adoptarla porque en India la ley prohibía a los hombres solteros adoptar niñas. Finalmente, el caso fue resuelto por la Corte Superior de India. A la niña se le otorgó, excepcionalmente, un certificado de identidad y con ese documento legal el padre logró obtener una visa japonesa. Cfr. “Baby Manji Yamada v. Union of India” ARI (2008), SC 1554. Al año siguiente, se planteó otro caso similar –“Balaz”- en el que un padre alemán comitente que se hallaba relacionado biológicamente con los gemelos nacidos en India mediante maternidad subrogada estuvo durante dos años intentando volver a su país con los niños. Ambos países involucrados se negaban a otorgar los pasaportes a los niños. Alemania no reconoce los acuerdos de maternidad subrogada en tanto que para la legislación india los niños no se hallaban relacionados con un ciudadano indio. Como medida excepcional, el caso se resolvió autorizando la adopción de los niños. Cfr. “Balaz v. Anand Municipality”, LPA (2009), 2151, Gujarat HC 2009.

²² En febrero de 2015, la legislatura tailandesa aprobó una ley que prohibió la subrogación materna comercial y los acuerdos con extranjeros. Uno de los antecedentes que motivó el cambio legislativo fue el caso de la pareja australiana que contrató una gestante tailandesa que dio a luz a gemelos, una niña y un niño, este último con síndrome de Down. La pareja que, en el sexto mes de embarazo, le había pedido a la gestante que se practicara un aborto selectivo –al que se opuso- decidió, entonces, volver a Australia sólo con la niña, abandonando al niño. La gestante obtuvo la custodia del niño. Luego fue revelado que el padre había sido condenado a prisión en los ‘90 por 22 casos de abuso sexual infantil. Otro caso influyente fue el de un hombre japonés que habría tenido alrededor de una docena de hijos por acuerdos de subrogación materna cuyos nacimientos se hallaban distanciados entre sí por algunas semanas o meses. Cfr. FULLER, Thomas, “Thailand’s Business in Paid Surrogates May Be Foundering in a Moral Quagmire”, *New York Times*, Aug. 26, 2014. Disponible en http://www.nytimes.com/2014/08/27/world/asia/in-thailands-surrogacy-industry-profit-and-a-moral-quagmire.html?_r=0.

²³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 46.

subrogada son hijos de los comitentes –Rusia²⁴, Reino Unido²⁵, Escocia, Grecia²⁶, Ucrania²⁷, Vietnam, Tailandia, India²⁸, Nueva Zelanda, Israel²⁹, Sudáfrica³⁰, entre otros-; aquellos que entienden que el niño es hijo de la mujer que da a luz y que los contratos de subrogación materna son nulos de pleno derecho - Alemania³¹, Noruega, Bulgaria, Québec, Portugal³², China, Italia³³, Francia³⁴, Austria³⁵, Estonia, Finlandia, Islandia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza³⁶, Turquía y España³⁷-, y, finalmente, los que carecen de

²⁴ Código de Familia ruso, arts. 51-52 y Ley rusa del Estado Civil, art. 16.

²⁵ *Human Fertilization and Embryology Act 2008* y *Surrogacy Arrangements Act 1985*, c. 49, § 2. En el caso “X & Y” una pareja británica había suscripto un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer ucraniana que dio a luz a gemelos. Debido a la dificultad en obtener la ciudadanía inglesa el tribunal valoró el riesgo en el que se encontraban los niños de que fueran abandonados sin estado ni emplazamiento filial dado que los comitentes no podían permanecer en Ucrania ni regresar con los niños a Gran Bretaña. Entonces, basado en el interés superior del niño, el tribunal los reconoció como hijos legítimos de los comitentes y, consecuentemente, ciudadanos británicos. Asimismo, la corte aprobó los pagos a la gestante por €27.000. Cfr. In re “X & Y” (Foreign Surrogacy) [2008] EWHC (Fam) 3030.

²⁶ Ley de 19/12/2002.

²⁷ Código de Familia ucraniano, art. 123.

²⁸ *INDIAN COUNCIL OF MED. RESEARCH, NAT’L COUNCIL OF MED. SCIENCES, NATIONAL GUIDELINES FOR ACCREDITATION, SUPERVISION & REGULATION OF ART CLINICS IN INDIA* (2005). La maternidad subrogada se legalizó en 2002. Sin embargo, en 2013 se aprobó una ley que restringió la subrogación a parejas heterosexuales que tuvieran al menos dos años de casados y provinieran de países donde la maternidad subrogada fuera legal.

²⁹ *Memorandum of Surrogacy Agreements Law*, 23/07/2014.

³⁰ *Children’s Act 38 of 2005* (S. Afr.). La ley especifica que el acuerdo será inválido si el niño no estuviera relacionado genéticamente con al menos uno de los comitentes. Sin embargo, esta norma fue declarada inconstitucional por violar el derecho de las personas infértiles en “*AB v. Minister of Social Development As Amicus Curiae: Centre for Child Law*”, 2015 (4) SA 24 (N. Gauteng H.C., Pretoria).

³¹ Sentencia BGH Alemania, 10/12/2014, caso XII ZB 463/13. En un supuesto de reconocimiento de filiación tras maternidad subrogada en USA, el BGH alemán indicó que la presunta solución de no reconocer en Alemania la filiación del menor establecida en California y recomendar que el menor sea adoptado por los comitentes, y en especial, por el varón que no es padre biológico del niño, es una solución que perjudicaría al menor.

³² Ley Nro. 32/2006, 26/07/2006.

³³ Ley Nro. 40, 19/02/2004, en G.U. 24/02/2004, Nro. 45. El art. 12.6. prevé una pena de reclusión de tres meses a dos años y multa de €600.000 a €1.000.000 para quien, de cualquier modo, realice, organice o publicite la subrogación de maternidad. La nulidad del contrato de subrogación implica que la filiación se determinará por el parto de modo que la gestante siempre será considerada madre.

³⁴ Código Civil francés, art. 16.7. La maternidad subrogada está prohibida, los contratos son nulos debiendo entenderse que tal nulidad es de orden público (art. 16.7 del Código Civil francés) y se prevén penas de encarcelamiento y multas para los intermediarios (arts. 227.12 y 227.13 del Código Penal francés).

³⁵ La Corte Constitucional de Austria resolvió un caso sobre un acuerdo de subrogación materna celebrado entre comitentes austríacos y una gestante ucraniana que dio a luz a gemelos. El tribunal no pudo determinar la filiación de los niños porque la única prueba era foránea consistente en certificados de nacimiento ucranianos poco fiables. El tribunal denegó la validación de los certificados de nacimiento desconociendo el emplazamiento filial con los comitentes.

³⁶ *BUNDESGESETZ ÜBER DIE MEDIZINISCH UNTERSTÜTZTE FORTPFLANZUNG [FEDERAL ACT ON MEDICALLY ASSISTED REPRODUCTION]*, Dec. 18, 1998, SR 810.11, art. 4

³⁷ Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, art. 10 (B.O.E. 2006, 126). Desde hace casi treinta años España cuenta con regulación porque ya la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida disponía en su art. 10 la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se conviniera la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor del contratante o de un

legislación concreta, si bien establecen la determinación de la maternidad por el parto – Argentina-.

Dentro del primer grupo, México³⁸, Rusia³⁹, Ucrania⁴⁰, India⁴¹ e Israel regulan las formas altruista y comercial, si bien los dos últimos países sólo para parejas heterosexuales.

tercero, estableciendo que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución sería determinada por el parto. Esta ley fue parcialmente modificada por la ley 45/2003 que, luego, fue derogada por la Ley 14/2006 que en su art. 10.1. declara nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, y en el art. 10.2. establece que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Por otra parte, el Convenio de Biomedicina establece en su artículo 21 que el cuerpo humano y sus partes como tales no deben ser objeto de lucro, y el art. 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 dispone que sólo se puede inscribir la filiación mediante certificación extendida en Registro extranjero “siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española”. A pesar de este marco legal, debido a que los españoles recurren a gestantes extranjeras, se han suscitado reclamos de inscripción de las filiaciones habidas por maternidad subrogada en otros países. Para estos supuestos, el derecho español no ofrece una respuesta uniforme presentándose una diversidad de criterios entre la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el Tribunal Supremo (Sentencia del 06/02/2014). El Tribunal Supremo consideró que la decisión de la autoridad registral de atribuir la condición de padres a la pareja –matrimonio de varones- que había contratado la maternidad subrogada era contraria al orden público internacional español por ser incompatible con las normas que regulan las relaciones familiares, en concreto con el artículo 10.1. de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, el cual forma parte del orden público, ya que trata de evitar que los avances en estas técnicas vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a la mujer gestante y al niño y permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos. Por ello, el Tribunal Supremo denegó la trascripción al Registro Civil de las actas extranjeras de nacimiento que establecen la filiación de los niños respecto de los sujetos comitentes en este tipo de contratos, por ser contrarios al orden público internacional español. Además, recomendó la posibilidad de buscar, por el bien del menor, algún vínculo familiar entre este y los comitentes. De acuerdo con el artículo 10.3 de la ley referida, permitió la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales advirtiendo que, paralelamente, se podría completar la integración del menor en la familia mediante el acogimiento familiar o la adopción que permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en el núcleo familiar. En el supuesto de que los recurrentes no hubieran aportado sus gametos, señaló que deberían acudir a la Ley 54/2007 de Adopción Internacional. Asimismo, admitió la posibilidad de que los menores adquirieran la nacionalidad, una vez que estuviere determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro miembro de la pareja, mediante la adopción. Tras las sentencias del TEDH en las que se condenaba a Francia a inscribir la filiación de los hijos habidos por gestación subrogada en el extranjero, el matrimonio al que el Tribunal Superior había denegado la inscripción de la filiación interpuso recurso de nulidad de esas actuaciones. En febrero de 2015 el Tribunal Supremo español dictó un auto en el que afirmó que la negativa a la inscripción de la filiación directa a nombre de ambos varones no vulneraba el derecho a la vida privada de los niños. Los recurrentes acudieron entonces al Tribunal Constitucional y presentaron recurso de amparo que en julio de 2016 no fue admitido a trámite.

³⁸ En México, el Código Civil de Tabasco legalizó la maternidad subrogada en 1998.

³⁹ En Rusia, la maternidad subrogada es legal para matrimonios heterosexuales y mujeres solteras. Sin embargo, como la previsión legal en torno a las parejas del mismo sexo, los convivientes y las personas solteras no es clara, en la práctica los supuestos se han expandido de manera irrestricta. De acuerdo a la Ley Federal 323-FZ del 21/11/2011 la subrogación materna es uno de los métodos permitidos para el tratamiento de la infertilidad (Cl. 9, art. 55) que puede ser prescripto por un médico (Cfr. Order No. 107n del Ministerio de Salud de la Federación Rusa, 30/08/2012, “*On the use of assisted reproductive technologies, contraindications, and restrictions on their use*” (Ministerstvo zdravookhraneniya, 2012). La gestante puede ser una mujer de entre veinte y treinta y cinco años que haya tenido al menos un hijo saludable propio, cuente con certificado que acredite su estado de salud satisfactorio y haya prestado el consentimiento informado escrito para la

Ucrania y Rusia, además, atribuyen la maternidad legal a la comitente desde la celebración del acuerdo. Sudáfrica, por su parte, sólo legalizó la subrogación altruista especificando en detalle quiénes pueden celebrar el acuerdo, al igual que el Reino Unido que desconoce validez a los acuerdos de subrogación comercial, si bien reconoce efectos a los celebrados en el extranjero⁴². En esta misma línea se encuentran las legislaciones de Canadá, Irlanda, Dinamarca, Nueva Zelanda, Bélgica, Holanda y Australia⁴³.

En Estados Unidos⁴⁴, dado que no existe una ley federal que regule la maternidad subrogada, la cuestión queda circunscripta a lo que cada estado establezca. Washington⁴⁵, el Distrito de Columbia⁴⁶, Arizona⁴⁷, Michigan⁴⁸, Dakota del Norte⁴⁹ e Indiana⁵⁰ cuentan con

intervención. Si la mujer está casada se requiere, además, el consentimiento de su cónyuge. La gestante no puede ser aportante del óvulo (Cl. 10, art. 55).

⁴⁰ Código de Familia ucraniano, art. 123 (según reforma Nro. 524-V, 22/12/2006). La subrogación materna también es regulada por las Órdenes 24 y 771 del Ministerio de Salud de Ucrania, referidas a los procedimientos médicos de inseminación artificial e implantación embrionaria. La legislación ucraniana permite a los padres comitentes tener la guarda legal del niño desde la concepción y como el nombre de la gestante no aparece listado en el certificado de nacimiento ésta no puede rescindir el acuerdo de subrogación. De acuerdo con las normas ucranianas, los ciudadanos extranjeros pueden solicitar la inscripción de un nacimiento en la Oficina de Estadísticas Vitales de Ucrania acompañando un certificado médico que pruebe que los comitentes se encuentran genéticamente relacionados con el niño y el consentimiento informado de la gestante para que los nombres de los comitentes sean consignados en el certificado de nacimiento del niño que dio a luz. Sólo los matrimonios heterosexuales infértiles pueden celebrar acuerdos de subrogación materna y se reconoce legalmente la subrogación comercial.

⁴¹ El Consejo Indio de Investigación Médica promulgó algunas recomendaciones para que siguieran las agencias de subrogación materna, entre las cuales se encuentra la limitación a los matrimonios de personas de diverso sexo. Cfr. MORTAZAVI, Sarah, "It Takes a Village To Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy", *Geo L. J.*, 100, 2012, pp. 2249-2272. No obstante, las agencias de subrogación y las clínicas de fecundación in vitro operan actualmente bajo un sistema de autorregulación, creando sus propias reglas y prácticas sin tener que responder frente a autoridad alguna. Cfr. SCHANBACHER, Kristine, "India's Gestational Surrogacy Market: An Exploitation of Poor, Uneducated Women", *Hastings Women's L. J.*, 25, 2014, pp. 201-218.

⁴² *Surrogacy Arrangements Act* 1985, c. 49, § 2.

⁴³ COOPERMAN, Jamie, "International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers' Participation in International Commercial Surrogacy Contracts", *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, pp. 168-169.

⁴⁴ El debate sobre los acuerdos de subrogación materna se inició hace aproximadamente treinta años con el reconocido caso "Baby M" (1988), suscitado a partir del acuerdo celebrado entre William y Elizabeth Stem y Mary B. Whitehead por el que esta última sería inseminada artificialmente, llevaría el embarazo a término y luego entregaría el niño al matrimonio Stem. Luego del nacimiento, Whitehead no pudo cumplir con lo convenido y desapareció con el bebé que sólo fue entregado a la familia Stem con orden judicial y arresto de por medio. El matrimonio Stem reclamó la filiación legal del niño y, finalmente, la Suprema Corte de Nueva Jersey revocó la validación del contrato resolviendo que William Stem era el padre legal del niño en tanto que Elizabeth Stem debía adoptarlo para ser reconocida legalmente como madre. A Whitehead, por su parte, se le reconocieron algunos derechos parentales como el de comunicación con el niño. Cfr. *In re "Baby M"*, 537 A. 2d 1227 (N.J., 1988).

⁴⁵ WASH. REV. CODE §§ 26.26.230-.240 (2012).

⁴⁶ D.C. CODE § 16-402 (2012).

⁴⁷ ARIZ. REV. STAT. ANN. § 25-218(A) (2006).

⁴⁸ MICH. COMP. LAWS § 722.855 (2014).

estatutos que prohíben la subrogación por contrariar la política pública previendo sanciones penales y civiles para quienes violen la prohibición. Kentucky prohíbe compensar a la madre gestante o a la agencia que haya acordado la extinción de derechos parentales⁵¹. Luisiana⁵², Nebraska⁵³ y Nueva York⁵⁴, si bien no prohíben la maternidad subrogada ni la tipifican como delito, desconocen efectos a los acuerdos. Algunos estados como Illinois y Texas cuentan con estatutos que identifican estrictamente quiénes pueden celebrar los acuerdos de subrogación⁵⁵. Florida⁵⁶, Illinois⁵⁷ y California⁵⁸ establecen requisitos que deben ser satisfechos antes de juzgar la validez del acuerdo. En California, además, la maternidad legal es atribuida a la comitente desde la celebración del acuerdo de subrogación⁵⁹. En Arkansas el reconocimiento de derechos parentales de los comitentes depende de su estatus marital⁶⁰. Los demás estados no cuentan con regulación específica⁶¹.

En el escenario regulatorio, entonces, pueden diferenciarse tres categorías de legislaciones específicas –además de las que carecen de referencia concreta-. Las que aceptan la maternidad subrogada como una manifestación de la autonomía de las mujeres y recurso idóneo para satisfacer el deseo de tener un hijo⁶²; las que sólo aceptan la modalidad altruista como medio adecuado para la satisfacción del deseo de tener un hijo de quien no puede gestarlo⁶³, y las que prohíben la práctica, previendo la nulidad de los acuerdos

⁴⁹ N.D. CENT. CODE ANN. § 14-18-05 (2012).

⁵⁰ IND. CODE § 31-20-1-2 (2015).

⁵¹ KY. REV. STAT. ANN. § 199.590(4) (West, Westlaw through 2015 Sess.).

⁵² LA. STAT. ANN. § 9:2713 (West, Westlaw through 2014 Sess.).

⁵³ NEB. REV. STAT. § 25-21,200 (2008).

⁵⁴ N.Y. DOM. REL. LAW § 122 (McKinney 2010).

⁵⁵ TEX. FAM. CODE ANN. § 160.754(b) (West 2014) (requiere que los comitentes se encuentren casados); FLA. STAT. § 742.15 (2012) (exige que los comitentes estén casados y ambos cónyuges sean mayores de 18 años); 750 ILL. COMP. STAT. 45/6 § 6(E) (2014) (requiere que al menos uno de los comitentes esté genéticamente relacionado con el niño).

⁵⁶ FLA. STAT. §§ 63.212-.13, 742.15-.16 (2012).

⁵⁷ 750 ILL. COMP. STAT. 47/25 (2014).

⁵⁸ CAL. FAM. CODE § 7962 (West, Westlaw through 2015 Reg. Sess.)

⁵⁹ Caso “Baby M” (1988) 537 A. 2d 1227; reforzado por “Johnson/Calvert” [1993].

⁵ CAL. 4th 84 y “Buzzanca v. Buzzanca” [1998] 72 CAL. Rptr. 2^o 280.

⁶⁰ ARK. CODE ANN. § 9-10-201(b)(1)-(3) (2009).

⁶¹ Veinte estados entran en esta categoría.

⁶² COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 64-65.

⁶³ Habitualmente sólo se permite que se compense a la gestante por los gastos o las molestias ocasionadas; se suele exigir que haya tenido previamente un hijo y que el niño que geste no tenga ningún vínculo genético con ella, debatiéndose si la gestante podría tener o no algún tipo de vínculo familiar con los comitentes, que los comitentes no cuenten con otras alternativas sin que resulte obligatorio que el niño tenga relación genética con alguno de ellos; la filiación puede ser declarada a favor de los comitentes una vez nacido el niño (sistema británico) o se les otorga desde el inicio del embarazo, previa autorización judicial (sistema griego); suele

celebrados en el país. La coherencia de este sistema prohibitivo, sin embargo, se ve empañada por el consecuente reconocimiento del estado filial derivado de acuerdos celebrados en el extranjero. De este modo, se fomentan conductas para vulnerar la ley –en fraude a la ley nacional- valiéndose del denominado *by-pass* internacional⁶⁴.

D) Subrogación materna internacional.

Suele ocurrir que quienes se encuentran en países con regulaciones restrictivas -y cuentan con recursos económicos suficientes- se trasladan a otros más permisivos para celebrar los acuerdos de subrogación materna y retornar nueve meses más tarde con el niño en brazos. Si el emplazamiento filial resulta reconocido en el país de origen, de tal forma, logran neutralizar la legislación interna.

Este mecanismo no es exclusivo de ciudadanos provenientes de países con normas que prohíben esta práctica sino que también se ha observado que, incluso en aquellos donde está legalizada, se opta por contratarla en el extranjero, ya sea por la imposibilidad de encontrar una gestante desinteresada –se trasladan, entonces, hacia alguno de los países que regulan la modalidad comercial-, o bien en busca de menores costos.⁶⁵

Como en cualquier otro mercado, el precio se encuentra en gran parte delineado por la necesidad del oferente. En Estados Unidos, la donante de óvulos percibe una compensación de entre U\$5.000 y U\$10.000⁶⁶, mientras que las agencias cobran a los comitentes montos que van desde los U\$100.000 a los U\$150.000 por el proceso completo de subrogación que, usualmente, incluye los honorarios de la agencia, abogados,

requerirse el informe favorable de un comité de bioética y control judicial previo; se prevé la intervención de un órgano administrativo a cargo del registro de gestantes para controlar la cantidad de subrogaciones y que resulta encargado de determinar las compensaciones resarcitorias. Cfr. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 67-68.

⁶⁴ La Corte de Casación italiana (Sentencia 26/009/2014, Nro. 24001/14) también ha aludido a este “discurso del fraude”. Cfr. CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por Sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p. 73.

⁶⁵ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 19.

⁶⁶ EGG DONOR AMERICA, *Egg Donor Compensation*. Disponible en <https://www.eggdonoramerica.com/become-egg-donor/egg-donor-compensation>.

procedimiento médico y asistencia migratoria⁶⁷. En cambio, la tarifa en Ucrania para un servicio *all inclusive* oscila los U\$50.000⁶⁸, y en India la madre gestante percibe U\$5.900⁶⁹.

El siguiente relato es prueba cabal de la dimensión transnacional que se va entretejiendo a medida que se sortean los obstáculos legales que cada país presenta a esta práctica. En 2015 una pareja de varones israelíes -Gilad y Amir Vogel Greengold- recurrió a la agencia internacional de subrogación Tammuz para concretar su deseo de tener un hijo. El procedimiento conllevó el envío del espermatozoides a Tailandia para fecundar óvulos donados por una mujer sudafricana. Una vez concebido el embrión fue enviado a Nepal y transferido a la gestante, una mujer india. Cada uno de los países involucrados tiene una legislación diferente. Si bien Sudáfrica prohíbe la subrogación comercial permite la altruista así como la donación de óvulos destinados a la subrogación⁷⁰. Por otra parte, Nepal prohíbe que una mujer nepalí sirva como gestante pero no impide que lo haga una india⁷¹.

En este contexto del turismo reproductivo⁷², los acuerdos internacionales conllevan serios problemas relacionados con el establecimiento filial del niño, afectando su nacionalidad, estado migratorio y la atribución de la titularidad de la responsabilidad parental; los derechos parentales de los comitentes, y los derechos de la mujer gestante.⁷³

Basta mencionar como ejemplo el caso “Baby Manji” resuelto por el Tribunal Superior de India en 2008. Una pareja japonesa había celebrado un acuerdo de subrogación materna en India fruto del cual nació Manji, concebida con los gametos aportados por el comitente y una donante de óvulos. Antes del nacimiento los comitentes se separaron motivando que la niña careciera de emplazamiento materno y de nacionalidad. Según la ley

⁶⁷ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, pp. 167-168.

⁶⁸ Vid. <https://biotexcom.es/servicios/>. Consultado el 14/06/2018.

⁶⁹ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, pp. 167-168.

⁷⁰ *Children’s Act* 2005, No. 38, 2005, part 295(c)(v) (2006). Disponible en http://www.gov.za/sites/www.gov.za/files/a38-05_3.pdf.

⁷¹ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, p. 162.

⁷² También conocido como “cuidado reproductivo transfronterizo” (*cross-border reproductive care*, CBRC) se define como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro para acceder a las TRHA. Cfr. FERRARETI, A.P., PENNING, G., GIANAROLI, L., NATALI, F., MAGLI, M. C., “Cross-border reproductive care: A phenomenon expressing the controversial aspects of reproductive technologies”, *Reprod. Biomed. Online*, 2010, 21 (4), pp. 496-500.

⁷³ COOPERMAN, Jamie, “International Mother of Mystery: Protecting Surrogate Mothers’ Participation in International Commercial Surrogacy Contracts”, *Golden Gate University Law Review*, 2018, Vol. 48, p. 163.

japonesa cuando los padres no estaban casados la nacionalidad se establecía conforme a la de la gestante, dato que resultaba, en cambio, indiferente para la legislación india que requería que al menos uno de los progenitores –categoría para la que, en el marco del acuerdo, no calificaba la gestante- fuera indio.⁷⁴

La cuestión atinente a la inscripción de la filiación de los hijos establecida por acuerdos internacionales dio lugar a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunciara en cuatro ocasiones. La primera fue cuando resolvió conjuntamente los recursos “Mennesson c. Francia” y “Labassee c. Francia” en 2014⁷⁵. Luego, en 2015 el TEDH volvió a expedirse en “Paradiso y Campanelli c. Italia”, sentencia que fue recurrida ante la Gran Sala por Italia, resultando revocada en enero de 2017. En 2016, por su parte, el Tribunal se expidió a través de una sentencia conjunta en los asuntos “Foulon c. Francia”⁷⁶ y “Bouvet c. Francia”⁷⁷.

Los dos primeros casos franceses presentan caracteres similares. Se trataba de matrimonios de ciudadanos franceses, marido y mujer, que se habían trasladado a Estados Unidos para contratar los servicios de una madre subrogada a causa de la infertilidad padecida por las mujeres. En el caso “Mennesson” la mujer había gestado y alumbrado a dos niñas gemelas en California en 2000, en tanto que en “Labassee” la madre gestante había dado a luz una niña en Minnesota en 2001. En ambos, el material genético paterno correspondía al marido de la pareja francesa y los tribunales de California y Minnesota, respectivamente, habían declarado que cada una de las parejas francesas eran los padres legales de las respectivas niñas.

Cuando los ciudadanos franceses requirieron la inscripción de esta filiación en el Registro Civil francés, la Corte de Casación francesa la denegó considerando que la maternidad subrogada era un contrato afectado de nulidad absoluta por vulnerar una norma de orden público, de conformidad con lo normado por los arts. 16.7 y 16.9 del Código Civil francés que dispone que cualquier convención para la procreación o gestación por

⁷⁴ Ver Nota al pie Nro. 21.

⁷⁵ STEDH, “Mennesson v. Francia” (26/06/2014), As. 65192/11 y STEDH, “Labassee v. Francia” (26/06/2014), As. 65941/11.

⁷⁶ STEDH, “Foulon v. Francia”, (21/07/2016), As. 9063/14.

⁷⁷ STEDH, “Bouvet v. Francia”, (21/07/2016), As. 10410/14.

cuenta de otro es nula y establece que dicha prohibición es materia de orden público⁷⁸, recogiendo los principios morales que impiden que el cuerpo humano sea objeto de transacción y que el niño quede reducido a objeto de un contrato.⁷⁹

Ambos matrimonios, luego de agotar sin éxito la vía judicial francesa, recurrieron al TEDH invocando la violación del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁸⁰ por entender que la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación requerida constituía una injerencia al respeto de su vida familiar.

El Tribunal resolvió simultáneamente ambos recursos y dictó ambas sentencias en el mismo día basado en los mismos argumentos. Si bien declaró que no había existido violación del artículo 8 CEDH en relación con el derecho a la vida familiar del matrimonio recurrente, en cambio, consideró que se había producido la infracción del derecho a la vida privada de las hijas en base, entre otras razones, al principio del superior interés del niño⁸¹. El Tribunal descartó la invocada violación del derecho a la vida familiar de los padres porque

⁷⁸ El primer precepto indica que “[t]oute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d’autrui est nulle”, en tanto que el segundo deja claro que aquella norma es imperativa, no disponible por las partes y de observancia obligatoria en todos los casos (“disposition d’ordre public”).

⁷⁹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 56.

⁸⁰ “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia”.

⁸¹ El Tribunal constató que los cónyuges Mennesson se ocupaban de sus hijas “como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual”. El derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestión por sustitución y la determinación jurídica de la filiación. El art. 8 de la CEDH prevé la posibilidad de injerencia por parte de la autoridad pública siempre que “esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. El Tribunal entendió que el “margen de apreciación” del que disponen los Estados para determinar lo que es “necesario” en una “sociedad democrática” para alcanzar esos objetivos debía ser restringido cuando el problema se refería a la filiación, en la medida en que constituye un aspecto esencial de la identidad del niño. Advirtió que la ausencia de reconocimiento por el derecho de un Estado del vínculo de filiación con los padres intencionales podía tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño. Además, reconoció que, en ausencia de inscripción registral o del libro de familia, los padres intencionales se veían obligados a mostrar el acta del Registro civil extranjero, acompañada de una traducción jurada, cada vez que era necesario demostrar la filiación para ejercer un derecho o acceder a un servicio. Por otra parte, se consideró que el hecho de no reconocer la filiación tenía como efecto añadido la no atribución al niño de la nacionalidad de los padres, lo que complicaba los desplazamientos de la familia y podía suscitar dudas en las autoridades respecto de la legalidad de la estancia del menor en el territorio nacional -y la estabilidad de la propia familia- especialmente tras obtener aquél la mayoría de edad. El Tribunal concluyó que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tenía consecuencias sobre ellos sino sobre el menor resultando afectado su derecho a que se respetara su vida privada que implicaba que cada uno pudiera configurar la “sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación, originándose de esta forma “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”. Cfr. STEDH, “Mennesson v. Francia” (26/06/2014), As. 65192/11.

residían en Francia donde convivían con sus hijas de forma análoga a otras familias. En cambio, en relación a las niñas, consideró que se encontraban en una situación de incertidumbre jurídica ya que al no estar reconocidas en Francia como hijas de los comitentes se vulneraba su identidad negándoseles la nacionalidad francesa. El Tribunal entendió que al negar el reconocimiento del vínculo de filiación de las niñas con los comitentes, el Estado había traspasado el margen de discrecionalidad condenando, por ello, al Estado francés a que dejara sin efecto sus resoluciones denegatorias y procediera a la inscripción solicitada.

Pocos meses después, el TEDH dictó sentencia en “Paradiso y Campanelli c. Italia”⁸². Se trataba de un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que había contratado a una gestante en Rusia. Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de ambos comitentes sin referencia alguna al acuerdo de subrogación materna. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia, se constató que Campanelli no era el padre. Tanto la omisión de la referencia al contrato de subrogación como la inexistencia de nexo genético con los progenitores dieron lugar a que el Estado italiano actuara contra el matrimonio por alteración del estado civil y aportación de documentos falsos. El niño fue dado en adopción. Los comitentes agotaron las vías jurisdiccionales italianas y recurrieron al TEDH.

El Tribunal entendió que durante los meses que los comitentes convivieron con el niño se habían creado lazos de carácter familiar susceptibles de protección jurídica, que el orden público italiano no justificaba la separación del niño de su contexto familiar y que el mejor interés del niño debía primar sobre el orden público. Concluyó que había existido violación del artículo 8 de la CEDH condenando a Italia al pago de una multa. No obstante, no dispuso que el niño dejara su familia adoptiva y retornara con el matrimonio comitente, con quienes había dejado de convivir en 2011, a los cinco meses de su nacimiento.

Al año siguiente el TEDH se expidió nuevamente sobre la materia sentenciando conjuntamente los asuntos “Foulan c. Francia”⁸³ y “Bouvet c. Francia”⁸⁴. Didier Foulan y Philippe Bouvet habían tenido una niña y gemelos, respectivamente, a través de maternidad subrogada en India. Las autoridades francesas denegaron las solicitudes de transcripción de las actas nacimiento, posición que fue avalada por la Corte de Casación francesa. El Tribunal

⁸² STEDH, “Paradiso et Campanelli v. Italia”, 27/01/2015, As. 25358/12.

⁸³ STEDH, “Foulon v. Francia”, (21/07/2016), As. 9063/14.

⁸⁴ STEDH, “Bouvet v. Francia”, (21/07/2016), As. 10410/14.

Europeo falló en el mismo sentido que en los antecedentes considerando que las circunstancias eran similares y reconociendo la invocada vulneración del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH).⁸⁵

Diferenciándose de la posición asumida por las autoridades francesas, Italia decidió recurrir ante la Gran Sala la sentencia que el Tribunal Europeo dictó en 2015 en el caso “Paradiso y Campanelli”. Fue la única ocasión en la que el Tribunal en pleno se pronunció sobre la materia, revocando la sentencia recurrida. Sus argumentos se centraron en la ausencia de vida familiar entre los comitentes y el niño en los términos del art. 8 del CEDH⁸⁶; que Italia había intervenido legítimamente en la vida privada resultando proporcionada la decisión de quitar al matrimonio la custodia del niño, en especial, fundada en la conducta ilegal de los comitentes; que correspondía exclusivamente a Italia la competencia en el reconocimiento de las relaciones filiales basada, en el caso, en el vínculo biológico o la adopción legal, y que los tribunales italianos habían efectuado un balance justo de los intereses en juego actuando dentro del margen de apreciación nacional cuando concluyeron que la separación del niño de los comitentes no le produciría un daño grave e irreparable. Para el Tribunal, el fin de la relación entre los comitentes y el niño era consecuencia de la incertidumbre legal que ellos mismos habían creado al incurrir en una conducta contraria a la legislación italiana. Además, se valoró la rápida reacción de las autoridades italianas al suspender la autoridad parental e iniciar de inmediato un proceso de adopción.

E) Razones que justifican la prohibición de los acuerdos de maternidad subrogada.

La subrogación materna plantea una serie de inconvenientes insoslayables para el derecho. Veamos:

1) Cosificación del niño.

⁸⁵ Luego de las sentencias dictadas por el TEDH en “Mennesson” y “Labassee”, la Corte de Casación francesa cambió su jurisprudencia en dos pronunciamientos del 03/07/2015. Como resultado de ello, en presencia de un acto extranjero establecido legalmente según el derecho del país donde se había celebrado el acuerdo de maternidad subrogada, se permitía establecer el vínculo filial con el padre biológico corriéndose de tal forma los obstáculos para la transcripción de la filiación biológica. Con posterioridad a estas sentencias, mediante una circular remitida a las fiscalías, se les señaló la conveniencia de proceder a la transcripción de los certificados de nacimiento extranjeros de niños nacidos bajo esta modalidad, en la medida en que no se vulnerara la norma del art. 47 del Código Civil francés.

⁸⁶ Teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los comitentes, la corta duración de su relación y la incertidumbre de los vínculos jurídicos.

La distinción entre personas y cosas, que ha sido desde la antigüedad romana la *summa divisio* del derecho⁸⁷, resulta trastocada. El compromiso que asume la madre gestante de entregar al niño recién nacido a los comitentes importa, lisa y llanamente, su cosificación, convirtiendo al niño en “objeto debido” en virtud de un contrato, en algo disponible, atentando gravemente contra su dignidad e interés superior⁸⁸.

Esto también es constatable en la consagración de un “derecho al hijo” destinado a satisfacer el deseo de los comitentes⁸⁹. El deseo de tener un hijo no es, por sí solo, garantía del resguardo del interés superior del niño, por el contrario, se incrementa el riesgo de que repercuta negativamente sobre el niño cuando es percibido como objeto que viene a satisfacer los estándares determinados por el deseo. No son padres responsables quienes tienen un gran deseo de serlo sino aquellos capaces de priorizar el desarrollo pleno de sus hijos por sobre la satisfacción de aquel deseo⁹⁰, es decir, quienes reconocen la prevalencia del interés del infante por sobre sus propios intereses individuales.

Por otra parte, cuando existe un entorno de elección y selección del niño que va a nacer en búsqueda del “mejor producto”, es tangible el riesgo de que el hijo deje de ser querido y sea abandonado cuando no satisfaga tales expectativas⁹¹.

2) *Vulneración del principio de indisponibilidad del estado de las personas.*

Como ha estimado la Corte de Casación francesa “los acuerdos de madre portadora infringen el principio de orden público de la indisponibilidad del estado de las personas en cuanto su objetivo es hacer venir al mundo un niño cuyo estado no corresponderá con su filiación real, por medio de una renuncia y de una cesión, igualmente prohibidas, de los derechos reconocidos por la ley a la futura madre”⁹².

Se trata de un acto jurídico privado de disposición del estado real de un niño y de su madre. El principio de indisponibilidad del estado de las personas es una pieza fundamental

⁸⁷ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 228.

⁸⁸ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 230.

⁸⁹ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 234.

⁹⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 33.

⁹¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 35.

⁹² Cass. fr. (1re ch. civ.), 13/12/1989, citado en MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 231.

del orden social. Por ello, los vínculos filiales no pueden ni deben quedar sometidos a voluntades individuales⁹³.

3) Mercantilización del hijo.

Diversas propuestas legales en el derecho comparado consideran la posibilidad de otorgar a la madre gestante una cláusula de revocación del contrato permitiéndole finalizar el embarazo en todo momento. Y del otro lado, la madre gestante podría ser obligada a abortar cuando se detectasen malformaciones en el niño que no satisfagan las expectativas de los comitentes⁹⁴.

Se ha alertado al respecto sobre el profundo impacto social que la aceptación de la maternidad subrogada provocaría⁹⁵, transformando la maternidad en un servicio cuyo producto final es un hijo valuado en términos monetarios⁹⁶. El hijo ya no es “procreado” sino “adquirido”, mercantilizado a la medida de un deseo.

4) Tráfico de niños.

El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000) define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2), imponiendo a los Estados la adopción de medidas para que, como mínimo, los actos y actividades relacionados con la venta de niños queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente, e incluyendo entre las acciones reprobadas “inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción” (art. 3)⁹⁷.

Si bien se ha intentado desdibujar este aspecto gravísimo de los acuerdos de subrogación aduciendo que el objeto sería el servicio de gestación y no el niño, de todos

⁹³ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 231.

⁹⁴ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 232.

⁹⁵ FIELD, Martha A., “Compensated Surrogacy”, *Washington Law Review*, 2014, Vol. 89, p. 1155.

⁹⁶ DUSHINA, A. D., KERSHA, YU. D., LARKINA, T. YU. y PROVOROVA, D. D., “The Legitimation of Commercial Surrogacy in Russia”, *Russian Social Science Review*, 2018, Vol. 59, Nro. 2, p. 154.

⁹⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 30-31.

modos, si así fuera, importaría consagrar la instrumentalización, cosificación y mercantilización de la gestante.

5) Fragmentación de la filiación.

La maternidad subrogada supone una filiación fragmentada al extremo de que el niño podría tener hasta cinco “progenitores”: una madre biológica, un padre biológico, una madre gestante, una madre legal y un padre legal. En cuanto vínculo de parentesco que une generaciones, si bien es cierto que la filiación se apoya sobre aspectos que exceden lo biológico, no lo es menos que la biología es esencial para la construcción del niño en el plano individual y para la institucionalización de referencias generacionales en la faz colectiva⁹⁸.

6) Desmembración de la identidad del niño.

En los países donde la gestante renuncia a la maternidad antes del embarazo podría llegar a sostenerse que el hijo no tiene derecho a investigar su maternidad puesto que no ha tenido otros padres que los determinados contractualmente.

Sin embargo, la maternidad biológica atribuible a la gestante no puede reducirse a un hecho irrelevante en la vida del niño y, por tanto, debe reconocerse el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos⁹⁹. Que el acceso del hijo a la información identificativa de la gestante quede supeditado a la discrecionalidad de los comitentes parece una grave lesión del derecho a la identidad¹⁰⁰ del niño en franca contraposición a su interés superior.

Si todo niño tiene derecho desde que nace, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7, Convención sobre los Derechos del Niño –CDN-) debe evitarse que sea separado de su madre y velarse por que sea cuidado por ella. En esta misma línea, el respeto del derecho del niño a su identidad incluye la preservación de las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas (art. 8, CDN).

7) Instrumentalización de la mujer gestante.

Aunque la madre gestante preste sus servicios de forma voluntaria y desinteresada, se encuentra objetivamente reducida a desempeñar un rol puramente instrumental. Está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no

⁹⁸ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 235.

⁹⁹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 37.

¹⁰⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 38.

como un acontecimiento que involucra todo su ser; tiene proscripta la formación de todo vínculo sentimental con el niño que gesta, y es compelida a vivir su embarazo en la indiferencia, como una experiencia extraña a ella misma, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. Todo esto es incompatible con la dignidad humana¹⁰¹.

8) Explotación de la mujer.

No puede dudarse que la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, supone la explotación habitual de las mujeres gestantes, tornándola en una práctica ilícita¹⁰². Negar que la maternidad subrogada internacional esté asociada a la explotación de la mujer es pura obstinación que se contrapone a la realidad¹⁰³. Precisamente, suelen ser los países con grandes desigualdades sociales y económicas los que en mayor medida permiten la subrogación materna internacional¹⁰⁴.

La circunstancia de que la mujer consintiera la práctica o que la subrogación fuera altruista no cambia esta calificación. Es habitual que la referencia a las compensaciones se formule en términos suficientemente amplios y ambiguos como para que puedan amparar lo que cabría categorizar propiamente como retribuciones, haciendo borrosa la frontera entre resarcir y retribuir¹⁰⁵.

La Organización de Naciones Unidas (ONU) aprobó en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) estableciendo que la adopción de medidas especiales encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria (art. 4.2.). Uno de los recursos tendientes a resguardar la maternidad debería impedir su escisión de la gestación.

Por otra parte, la implementación de todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir cualquier forma de trata de mujeres (art. 6) excluye

¹⁰¹ MONTERO, Etienne, "La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas", *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, pp. 228-229.

¹⁰² COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 26.

¹⁰³ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 66.

¹⁰⁴ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 40.

¹⁰⁵ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 77.

necesariamente la maternidad subrogada que instrumentaliza a la mujer gestante con la única finalidad de procurarle un hijo a otra persona.

9) Vulneración del principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

El contrato tiene por objeto que la gestante “ponga a disposición” de los comitentes su útero, su capacidad de gestar, a cambio de una compensación o retribución, vulnerando el principio de indisponibilidad del cuerpo humano.

La mujer subrogada dispone de sí misma renunciando a asumir su maternidad y, de tal modo, negándose como madre se niega como persona. La voluntad no puede apropiarse de los elementos constitutivos del ser de las personas porque son indisponibles y están, por ello, fuera del comercio¹⁰⁶.

10) Negación de la importancia del vínculo intrauterino materno filial.

Para valorar moralmente la separación de la gestación de la posterior crianza del niño debe conocerse la relación que se establece entre el niño y la gestante durante el embarazo¹⁰⁷.

En el período gestacional se entabla una especie de simbiosis temporal entre el niño y la embarazada que imprime en ambos una huella permanente¹⁰⁸. Comienza a establecerse un vínculo afectivo, denominado “apego”, que cimentará el desarrollo de todas las relaciones interpersonales futuras del niño¹⁰⁹.

¹⁰⁶ MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, pp. 229-230.

¹⁰⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 12.

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio, “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, Año 10 (2018), Nro. 26, pp. 27-37. Ver, también, MONTERO, Etienne, “La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas”, *Persona y Derecho*, Nro. 72, Año 2015/1, p. 232.

¹⁰⁹ La teoría del apego, iniciada por John Bowlby (Vid. BOWLBY, J., *El Apego y la Pérdida*, Barcelona: Ed. Paidós, 1988) y desarrollada por Mary Ainsworth (Vid. AINSWORTH, M.D., “Attachment beyond infancy”, *American Psychologist*, 1989, 44, pp. 709-716) afirma que el principal y más persistente vínculo afectivo es el que se establece entre la madre y el recién nacido, que será la base sobre la cual se desarrollarán los demás vínculos que el ser humano establecerá con el resto de las personas a lo largo de su vida. Según los estudios de ambos autores ese vínculo comienza con las interacciones en la gestación, continúa con la lactancia y se fragua entre los 3 y 36 meses. Cuando es seguro, estable y duradero, influye decisivamente en la autoestima del niño y en su capacidad para establecer relaciones saludables a lo largo de su vida. Por el contrario, la ruptura o fragilidad del vínculo (separación física o emocional de la madre, ausencia de afecto o cuidado) puede provocar en el niño un desorden afectivo o una personalidad asocial. Así, la baja autoestima, la vulnerabilidad al estrés y los problemas en las relaciones sociales están relacionados con vínculos materno-filiales endeble. Si las experiencias de apego (de vínculo afectivo materno-filial) han sido gravemente negativas, el niño es muy propenso a desarrollar en el futuro trastornos psicopatológicos. Son las interacciones madre-niño las que más influyen en el desarrollo socio-emocional y en la conducta actual y futura del menor. (Vid. DELGADO, A. O., y OLIVA DELGADO, A., “Estado actual de la teoría del apego”, *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, 2004, 4(1), pp. 65-81).

La maternidad subrogada supone, en cambio, evitar que la gestante se relacione afectivamente con el niño para no poner en riesgo su posterior entrega a los comitentes, al tiempo que priva al niño de la continuidad de ese vínculo físico y emocional que se fue gestando durante la vida intrauterina.¹¹⁰

La evidencia demuestra que ese vínculo aunado entre la gestante y el niño, durante los nueve meses de vida intrauterina, sumado al deseo de asumir la maternidad, es mucho más poderoso que la simple aportación de gametos constituyendo un dato válido para determinar la filiación. Por ello, la trascendencia de la gestación no debe ser minimizada al extremo de considerarla un irrelevante proceso de incubación al que se le contraponen la absolutización de la genética¹¹¹.

11) Inconsideración de riesgos para la salud y el bienestar del niño.

Desde hace varias décadas se vienen promoviendo algunas prácticas que contribuirían a asegurar el nacimiento de un hijo sano y resguardar la salud materna, tales como el parto natural y la lactancia materna. No sólo se trata de procurar el bienestar de la gestante y el niño sino de coadyuvar al fortalecimiento de ese vínculo materno filial al que nos referíamos anteriormente.

Las ventajas de la lactancia materna se hallan reconocidas por la propia Convención sobre los Derechos del Niño cuando impone a los Estados la adopción de medidas adecuadas para asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular padres y niños, las conozcan (art. 24, inc. e). Los acuerdos de subrogación excluyen toda posibilidad de que el niño sea amamantado por la mujer que lo alumbró.

12) Existencia de un conflicto de intereses.

Cada parte se encuentra motivada por intereses no sólo distintos sino antagónicos. Los comitentes desean un niño sano y que la gestante contribuya a lograrlo como ellos consideren mejor; buscan que el servicio les resulte tan económico como sea posible; quieren tener la potestad de decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se transfieren en la gestante, si se le realiza o no una “reducción embrionaria” o un aborto, o el tipo de alumbramiento al que debe someterse. Del otro lado, la gestante tratará de reducir al mínimo su implicación emocional con la gestación de un

¹¹⁰ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, pp. 36-37.

¹¹¹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 70.

niño que no será su hijo; buscará obtener el máximo beneficio económico de un servicio que compromete durante nueve meses su vida entera¹¹².

Y en medio de tal colisión se encuentra atrapado el niño, con intereses legalmente superiores pero silenciados y oprimidos por el deseo de los comitentes y las necesidades de la gestante.

La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva y la Sociedad de Tecnología Reproductiva Asistida aprobaron a principios de 2017 una nueva versión de las recomendaciones sobre las condiciones que deben cumplir las mujeres gestantes y los padres comitentes para prevenir las complicaciones durante el embarazo y los complejos problemas médicos y psicológicos que confluyen en esta práctica. El eje central del documento es, justamente, el conflicto de intereses. Por una parte, las decisiones de los padres comitentes sobre la gestante y, por otra, el riesgo de apego al niño que hace necesario evaluar la capacidad emocional de la mujer para separarse de él y entregarlo al nacer.¹¹³

Para evitar ese eventual conflicto entre gestante y comitentes, en algunos países, se ha optado por reconocer a la gestante como madre del niño hasta después del parto, oportunidad en la que, sólo si lo consiente, se procederá a establecer la filiación con los comitentes. De este modo, se reduce el riesgo de explotación de la gestante aunque se incrementa la inseguridad jurídica del niño pues sólo pasadas unas semanas tras el parto quedará determinada definitivamente su filiación legal¹¹⁴.

Las situaciones generadoras de un conflicto entre las partes pueden ser innumerables. Piénsese, por lo pronto, en qué sucedería si durante el embarazo se diagnosticara al niño con algún problema de salud, los comitentes quisieran que la mujer gestante abortara pero ella se negara¹¹⁵, o qué ocurriría si los comitentes fallecieran antes de que el niño naciera¹¹⁶.

¹¹² COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, pp. 27-28.

¹¹³ PRACTICE COMMITTEE OF THE AMERICAN SOCIETY FOR REPRODUCTIVE MEDICINE; PRACTICE COMMITTEE OF THE SOCIETY FOR ASSISTED REPRODUCTIVE TECHNOLOGY, "Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion", *Fertil Steril*, 2015, 103(1), pp. 1-8.

¹¹⁴ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 28.

¹¹⁵ En el caso "Baby S." Crystal Kelley gestaba un niño a causa de un acuerdo de maternidad subrogada cuando un ultrasonido mostró que el bebé padecía de serios defectos que reducirían a un 25% las chances de llevar una vida normal. Los comitentes decidieron interrumpir el embarazo pero la gestante se opuso. Se originó una contienda legal en la que los comitentes ofrecían compensar a la gestante con U\$S10.000 si abortaba al niño y

F) La posición de diversos organismos intergubernamentales.

El Parlamento Europeo (Unión Europea) ha sido contundente al condenar la subrogación materna. Entendió que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como materia prima; consideró que debe prohibirse por implicar la explotación de la función reproductiva y el uso del cuerpo humano con fines financieros o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y afirmó que la práctica debe ser examinada con suma urgencia en el marco de los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹¹⁷

Esta decisión confirma la línea que ya había sido trazada por el Parlamento Europeo en 2011¹¹⁸, cuando solicitó a los Estados que reconocieran el serio problema de la subrogación materna como explotación del cuerpo femenino y de sus órganos reproductivos (parágrafo 20) enfatizando que mujeres y niños estaban sujetos a las mismas formas de explotación siendo asumidos como materia prima en el mercado reproductivo internacional, y afirmó que los acuerdos reproductivos de subrogación aumentaban el tráfico de mujeres y niños así como las adopciones ilegales a través de las fronteras nacionales (parágrafo 21).

Desde 2012, la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH) se ha interesado por la maternidad subrogada internacional, particularmente por los problemas relativos a la filiación de los hijos habidos mediante esta práctica. En la actualidad, un grupo de expertos estudia las posibilidades de avanzar en el campo del Derecho Internacional Privado en relación al estatuto de los niños nacidos por acuerdos de subrogación internacional, ámbito en el que, además, se han reconocido los graves riesgos que conlleva la maternidad subrogada. El informe del grupo de expertos publicado a

se negaban a criarlo en caso de que naciera. Finalmente, Kelley se trasladó a Michigan en búsqueda de una familia adoptiva para el niño. Cfr. Cohen, E., "Surrogate offered \$10,000 to abort baby", CNN, 2013. Disponible en <http://www.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legalbattle/index.html?iref=allsearch>.

¹¹⁶ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, "Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada", 16/05/2017, p. 78.

¹¹⁷ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del 17/12/2015 mediante la cual se aprueba el Informe Anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014 y las políticas de la Unión Europea sobre esta materia, parágr. 115. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>.

¹¹⁸ PARLAMENTO EUROPEO, Resolución del 05/04/2011 sobre Prioridades y esquema del nuevo marco de políticas de la Unión Europea para luchar contra la violencia contra la mujer, 2010/2209 –INI.

mediados de 2016 concluyó que la dificultad de la cuestión y la variedad de perspectivas por parte de los Estados hacían inviable cualquier avance en la materia¹¹⁹.

En otro informe de 2015 la HCCH ya había advertido sobre algunas cuestiones de importancia. Así, que los acuerdos de maternidad subrogada internacional importaban graves amenazas a los derechos humanos relacionados con el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; la inadecuación de los comitentes para ser padres y el riesgo de tráfico de niños; el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes, y las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación¹²⁰.

La Organización de Naciones Unidas (ONU), por su parte, a través del Comité de Derechos del Niño, observó a algunos países como India¹²¹ y USA¹²² sobre los riesgos del tráfico de niños relacionados con estas prácticas.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, finalmente, rechazó en octubre de 2016¹²³ una propuesta de recomendación para adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños nacidos a partir de acuerdos de subrogación materna que

¹¹⁹ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *Report of the February 2016 Meeting Experts' Group on Parentage / Surrogacy*. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.

¹²⁰ THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW, *The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.

¹²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26/05 al 13/06/2014), pp. 13-14. El Comité manifestó su preocupación por el hecho de que “no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños”. Para evitar esta situación recomendó la aprobación de leyes con disposiciones que “tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada”. India modificó luego su legislación prohibiendo la maternidad subrogada internacional.

¹²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62º período de sesiones (14/01 al 01/02/2013), p. 9. Al examinar el grado de cumplimiento de USA del Protocolo Facultativo Relativo a la Venta de Niños, el Comité advirtió graves deficiencias relacionadas con la maternidad subrogada como “definiciones ambiguas y resquicios legales” o “el hecho de que se siga permitiendo efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas” considerando que “impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción”.

¹²³ ASAMBLEA PARLAMENTARIA, CONSEJO DE EUROPA, “Children’s rights related to surrogacy”, Doc. 14140, Fourth part-session, 11/10/2016. Disponible en <http://assembly.coe.int/nw/xml/Votes/DB-VotesResults-EN.asp?VoteID=36189&DocID=16001&MemberID=>. La propuesta fue encabezada por el parlamentario belga Petra de Sutter.

previamente había sido aprobada por el Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible.

G) El contexto normativo en el derecho argentino.

En el derecho argentino, el Código Civil y Comercial (CCyC) no contempla la maternidad subrogada. Si bien el Anteproyecto la preveía, su eliminación ha sido interpretada como una prueba cabal de que el legislador no estaba de acuerdo con la regulación de esta práctica¹²⁴.

En cambio, el CCyC ha receptado, de modo uniforme para la filiación por naturaleza (art. 565¹²⁵) y para la filiación por técnicas de reproducción humana asistida –TRHA– (art. 562¹²⁶) el principio del derecho romano “*mater semper certa est*” que no se limita a constatar que todo niño tiene una madre gestante sino a prescribir que ella será su madre legal, respetando la continuidad natural entre la maternidad genética, fisiológica y legal. Si bien el principio se sustenta sobre una base biológica, la trasciende al asumir que la progenitora de un niño es quien, como madre, mejor puede hacerse cargo de él¹²⁷.

La Ley 24.540 (Régimen de Identificación de los Recién Nacidos, modif. por Ley 24.884) establece el proceso de identificación del niño en ocasión de su alumbramiento a partir de la identidad de la gestante. Confluye en la confección de la ficha de identificación del recién nacido que integrará el legajo base de la inscripción registral del nacimiento.

La única vía legal para atribuir la maternidad a una mujer diferente de la gestante es, entonces, la adopción. En este caso, habrá que considerar que el CCyC prohíbe la entrega directa de niños (art. 611¹²⁸); establece que la decisión libre e informada de los progenitores de que el niño sea adoptado sólo es válida si se produce después de los 45 días de ocurrido

¹²⁴ SAMBRIZZI, Eduardo, “Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes”, *La Ley*, 2017-D, p. 641.

¹²⁵ “En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. (...)”

¹²⁶ “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz ...”

¹²⁷ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, “Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada”, 16/05/2017, p. 21.

¹²⁸ “Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretensio guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño.” (párr. 1ro. y 2do.)

el nacimiento (art. 607, inc. b), y prohíbe que el ascendiente adopte a su descendiente (art. 601, inc. b) así como la adopción entre hermanos (art. 601, inc. c).

En cuanto al segundo emplazamiento filial, en los supuestos de filiación por TRHA, tanto la filiación matrimonial (art. 569, inc. c) como la extramatrimonial (arts. 570 y 575, 1er. párr.) quedan determinadas por el consentimiento previo, informado y libre (CPIL) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas (RECyCP). Y si en el proceso reproductivo se hubieran utilizado gametos de terceros, no se genera vínculo alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales (art. 575, 2do. párr.).

Por otra parte, se dispone que cuando el emplazamiento filial fuera constituido de acuerdo con el derecho extranjero deberá ser reconocido en nuestro país de conformidad con los principios de orden público argentino (art. 2634¹²⁹).

Tampoco la Ley 26.862¹³⁰ prevé a la maternidad subrogada entre los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida.

De otra parte, cualquier acuerdo de maternidad subrogada sería nulo, de nulidad absoluta, por aplicación de los arts. 279 y 386 CCyC que, respectivamente, establecen que el objeto de un acto jurídico no puede ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana; y que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres.¹³¹

Asimismo, cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, la CDN impone a los Estados el deber de prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad (art. 8.2.).

¹²⁹ “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.”

¹³⁰ Ley de Acceso Integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (2013). Y su Decreto reglamentario Nro. 956/2013.

¹³¹ Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo, “Otra sentencia de maternidad subrogada en que se hace caso omiso de las normas vigentes”, *La Ley*, 2017-D, p. 641.

En concordancia con ello, el Código Penal tipifica los delitos de supresión y suposición del estado civil y de la identidad¹³² penando con prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro (art. 138); con prisión de 2 a 6 años a la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan (art. 139, inc. 1) y al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y al que lo retuviere u ocultare (art. 139, inc. 2), y con reclusión o prisión de 3 a 10 años, al que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de tales delitos, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad, incurriendo en las mismas penas, además de sufrir inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas descritas (art. 139bis).

H) Reflexión final.

La maternidad subrogada es incompatible con la dignidad humana. Tanto el niño como la madre subrogada son cosificados, tratados como medios, instrumentalizados para satisfacer los deseos de otras personas.

Por ello, como se afirmara con contundencia en el Informe Warnock¹³³ hace más de treinta años, debe introducirse una legislación que convierta en delictiva la creación o funcionamiento de agencias entre cuyos fines se incluya el reclutamiento de mujeres para embarazos subrogados o la realización de gestiones a favor de individuos o parejas que deseen utilizar los servicios de una mujer portadora, sea tal organización lucrativa o altruista, haciendo penalmente responsables a los profesionales y otras personas que ayuden a sabiendas a establecer un embarazo subrogado, y estableciendo que todos los acuerdos de subrogación materna sean contratos ilegales, nulos de nulidad absoluta.

¹³² Capítulo II del Título IV (Delitos contra el Estado Civil).

¹³³ WARNOCK, Mary, *A Question of Life. The Warnock Report on Human Fertilization and Embryology*, Oxford: 1985, Blackwell, pp. 80-86.