

LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS MEDIANTE EL USO DE ESAS TÉCNICAS

Por la Dra. CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ
*Profesora Dra. de la Facultad de Derecho
Universidad de La Habana*

Resumen

La gestación por sustitución es una de las más controvertidas figuras derivada de la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida. Su uso ha puesto en tela de juicio el viejo principio pauliano *mater semper certa est*, pues la determinación de la filiación materna ya no es claramente el resultado del hecho biológico del parto, si bien sigue siendo tal criterio el predominante en aquellos ordenamientos jurídicos donde se prohíbe expresamente la maternidad subrogada. La cuestión se complejiza cuando se utiliza la figura por parejas homosexuales, especialmente las masculinas, para obtener descendencia. En el trabajo se abordan múltiples supuestos o problemas jurídicos que acompañan la práctica de esta técnica, tales como la determinación de su naturaleza jurídica y la del convenio entre los sujetos que intervienen en su práctica, la determinación de la filiación materna y paterna, los problemas asociados a la gestación por sustitución que se realiza en país distinto al de los padres de intención, la posibilidad o no de su utilización *post mortem*.

Abstract

Gestation by substitution is one of the most controversial figures derived from the application of assisted human reproduction. Its use has challenged the old pauliano principle «(...) quia semper certa est...» for the determination of the maternal affiliation is no longer clearly the result of the biological fact of delivery, although such an approach remains predominant in those jurisdictions where expressly prohibits surrogacy. The issue becomes more complex when the figure concerns to homosexual couples, especially male ones, where is used to obtain descendants. In this work are studied multiple cases or legal problems that accompany the practice of this technique, such as the determination

of their legal status and the agreement between the persons involved in its practice, the determination of maternal and paternal parentage, pregnancy problems associated when substitution of the female takes place in a country different than the parents of «intention» (not biological ones), and the possibility of use or not this technique *post mortem*.

SUMARIO

- I. LA MATERNIDAD SUBROGADA, ¿RUPTURA DEL PRINCIPIO PAULIANO PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN?
- II. PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES QUE ACOMPAÑAN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
 - A) ¿TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA O ADOPCIÓN?
 - B) NATURALEZA DEL CONVENIO ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA
 - C) DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA Y PATERNA
 - D) PROBLEMAS RELATIVOS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN QUE SE REALIZA EN PAÍS DISTINTO AL DE LOS PADRES DE INTENCIÓN
 - E) POSIBLE APLICACIÓN *POST MORTEM* DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN OTROS SUPUESTOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA
- III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA DIGNIDAD HUMANA. DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS CON USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA
- IV. ALGUNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSIÓN

I. LA MATERNIDAD SUBROGADA, ¿RUPTURA DEL PRINCIPIO PAULIANO PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN?

La aplicación de técnicas de reproducción asistida en seres humanos, ha creado un nuevo espacio de discusión ética y jurídica en cuanto a sus implicaciones en el Derecho. Si bien han sido objeto de investigación desde el siglo XVIII, es desde hace apenas unas décadas que han cobrado mayor auge, registrándose el primer resultado positivo de su utilización en Inglaterra por el médico John Hunter¹. Su aplicación se deriva de los avances científico-médicos para lograr la fertilización en parejas que sufren las patologías de infertilidad y esterilidad, aunque su uso se ha extendido a la satisfacción de otros intereses.

El acceso a esas técnicas, su ámbito de aplicación, la capacidad requerida para ello, el consentimiento informado para su posible aplicación, la protección de los derechos inherentes a la personalidad que pudieran ser vulnerados, tales como la propia vida, la integridad física, la libertad, la intimidad, la identidad personal, la responsabilidad que se asume con su práctica y, sobre todo, los derechos del nuevo ser que nace, especialmente su filiación, son aspectos que el Derecho Civil debe considerar y regular afinando «el sentido común», para salvaguardar los intereses de la persona y de la sociedad, sin poner innecesarios cortapisas al desarrollo de la ciencia, pero sin olvidar los límites necesarios para una armónica convivencia, donde la dignidad humana debe ocupar el primer plano.

La gestación de sustitución, es una de las más controvertidas figuras derivada de la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. Según múltiples autores², es tan antigua como la humanidad. Basta recordar que en

¹ La primera inseminación exitosa en humanos ha sido atribuida a diferentes investigadores. En la última década del siglo XVIII John Hunter hizo su célebre experiencia en el caso de un hombre con hipospadias. Según referencias, el procedimiento consistió en recoger el semen emitido durante el coito que había sido efectuado y con una jeringuilla especial, inyectarlo profundamente en la vagina. Este sería el primer caso, con resultados satisfactorios, de inseminación artificial en humanos y aunque Hunter guardó el secreto, su sobrino Eduardo Home lo informó a la muerte de aquél en 1793, señalando que el embarazo y el parto fueron normales. Se registran otros antecedentes más remotos de la aplicación de estas técnicas en seres humanos, como el caso de la segunda esposa de Enrique IV de Castilla, Juana de Portugal, que fue inseminada por el famoso médico Villeneuve, pero se dice que el intento fue fallido. Vid. Aníbal GUZMÁN ÁVALOS, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Xalapa (México), Biblioteca Universidad Veracruzana, 2001, pág. 28.

² Vid. Monserrat PEREÑA VICENTE, «Autonomía de la voluntad y filiación. Los desafíos del siglo XXI», *Revista I.U.S.*, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año VI, enero-

la Biblia, el Génesis 16:1-3, nos da cuenta del nacimiento de Ismael, hijo de Sarah y Abraham, gestado por la sirvienta egipcia Agar. No en vano los Códigos civiles contienen casi siempre disposiciones para evitar la suposición del parto y, muchas veces, sobre todo en familias de cierto rango social, se requería la presencia de testigos en el alumbramiento, pues era el punto de partida para determinar la filiación materna del nacido. En general, la mayoría de las legislaciones mantienen la atribución o reconocimiento de la maternidad vinculada al hecho del parto apoyándose, de esta forma, en el vínculo biológico y basándose en el principio romano, tomado por Paulo del Digesto, «*mater semper certa est*»³.

Hasta hace unos años, tal principio parecía ser inmutable. Con los avances de la tecnología y su repercusión en la sociedad, la certeza de la maternidad ya no es indubitada, puede existir disociación entre concepción-gestación y parto, pues la mujer que da a luz puede ser sencillamente portadora de la gestación, sin vínculo biológico con el nacido, si en su útero fue implantado un embrión obtenido en laboratorio con material genético de otra fémmina, sin aportar ella sus propios óvulos, pudiendo además existir una tercera mujer implicada en el nacimiento del nuevo ser, que sería aquella que tiene la voluntad de convertirse en madre pero no puede lograrlo naturalmente, pues no está apta para concebir ni gestar. Aparece así la diferencia entre portadora subrogada y madre subrogada o sustituta. El uso de una portadora subrogada puede producirse en casos de mujeres cuyos ovarios tienen la capacidad de producir óvulos normalmente, pero son incapaces de llevar a término la gestación por defectos uterinos, malformaciones, problemas de capacidad o por afecciones limitantes para la vida de la madre o que pueden poner en peligro la vida del niño. La utilización de una madre subrogada puede producirse, por otra parte, en casos de incapacidad para proveer los componentes genéticos y gestacionales del embarazo, como es el caso de mujeres a las que se les han extirpado el útero y los ovarios, o cuando existe la posibilidad de que puedan transmitir una enfermedad o defecto genético a su descendencia. En caso de uniones homosexuales masculinas, también será necesaria la intervención de una mujer ajena a la pareja para concebir

junio 2012, págs. 130 y ss.; John HAUSER, «La gestation pour autrui: aspects juridiques et éthiques», en *La liberté de la personne sur son corps*, París, Dalloz, 2010, págs. 85 y ss.; Aníbal GUZMÁN ÁVALOS, *op. cit.*, pág. 26.

³ En principio, la idea de maternidad no se asociaba a la palabra *mater*, pues ese título fue conferido a Minerva, Diana y Vesta, todas ellas reputadas diosas vírgenes. Por este motivo, dicho término sirvió para denominar a la mujer que vivía honestamente y conforme a las buenas costumbres, sin importar si era soltera, casada o viuda, nacida libre o liberta. Luego se asoció al nacimiento de hijos, que normalmente ocurría en el seno de la familia, traídos al mundo por la llamada *mater familias*, denominación que designaba a la esposa del *pater familias*, no con el objeto de conferirle el mismo *status* dentro del núcleo familiar, sino simplemente como indicativo de ser la cónyuge de aquél. *Vid.* Alma ARÁMBULA REYES, *La Maternidad Subrogada*, México D.F. (México), Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior, Cámara de Diputados. LX Legislatura, agosto de 2008, pág. 10.

un hijo, aportando o no sus propios óvulos para combinarlos con el semen de unos de los hombres integrantes de dicha unión o de un tercero. Así, la mujer que aporta su propio óvulo y gesta en su vientre un hijo para otra u otro, en realidad ha procreado «por encargo», pero biológicamente tiene innegables vínculos con el nacido.

Con la figura de la subrogación, la llegada a la vida puede ser resultado de la intervención de varias personas, produciéndose las llamadas disociaciones de la maternidad. De tal suerte, pueden identificarse diferentes «modalidades» de maternidad:

- Maternidad plena: es aquella en la que se conjugan la relación biológica (genética y gestativa) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican a la maternidad. En este presupuesto tradicional y común, no hay inconveniente en la determinación de la filiación materna, pues la misma mujer realiza tanto el aporte del óvulo como la gestación del embrión y el consiguiente parto. Se garantiza jurídicamente en virtud del vínculo biológico y del principio «*mater semper certa est*».
- Maternidad genética: corresponde a la mujer que aporta el material genético, teniendo en consecuencia lazos de identidad y correspondencia genética con el nacido a partir de su óvulo.
- Maternidad gestativa: se aplica el término a aquella mujer que, sin aportar su material genético, porta el embrión durante todo el tiempo que dura la gestación. Durante ese período, pueden generarse en ella sentimientos hacia el concebido que crece, se desarrolla en su vientre y luego nacerá, pero no guarda relación genética con el producto de la concepción.
- Maternidad legal: corresponde a la mujer que asume frente al hijo los derechos y las obligaciones inherentes a la maternidad, sin haberlo gestado y sin que exista entre ellos vínculo biológico. Básicamente este tipo de maternidad está determinada por la figura de la adopción.

Frente a tales disociaciones del clásico principio Pauliano, aparece la incertidumbre respecto a quién atribuir la maternidad y, por consecuencia, qué filiación materna reconocer al nacido: ¿la que lo vincula a la mujer que lleva a cabo el proceso de gestación? ¿la que lo relaciona con aquella que aportó su óvulo para la fecundación y tiene el deseo de ser madre, aunque no está apta para gestar? ¿la que sin vínculo biológico con el nacido asume los derechos y deberes intrínsecos a la maternidad, con amor y responsabilidad? ¿ninguna de ellas cuando la portadora gestante asumió la obligación de entregar al nacido a una pareja homosexual masculina?

La esencia de la filiación materna en los casos «ordinarios», resulta de una combinación de voluntad, genes y gestación, de modo que la mujer que tiene la intención de ser madre ha aportado su propio material genético, ha gestado y alumbrado al niño. Sin embargo, de tales elementos descritos parece incues-

tionable que es la voluntad de ser madre el elemento esencial, sobre todo en aquellos supuestos donde la procreación se produce con auxilio de las técnicas de reproducción humana asistida. De igual modo, la adopción se erige como vía para obtener la condición de madre legal de un niño que no está vinculado genéticamente a la mujer que adquiere tal condición, que tampoco gestó ni alumbró a su hijo adoptivo. No obstante, está arraigado en las concepciones jurídicas el rechazo a la gestación por sustitución, sobre la base de que tal práctica constituye un atentado contra la prohibición de disponer y comerciar con el cuerpo humano. Esta práctica toca muy de cerca cuestiones relativas a la dignidad de la persona, generando mayor rechazo que las técnicas «clásicas» de reproducción asistida porque en la gestación por sustitución, como señala Sánchez Arísti⁴, «la mujer gestante no hace entrega de una parte separable de su cuerpo, sino que pone a disposición de otras personas algo tan intransferible y ligado a su propia integridad física como es su útero».

Como afirma Graciela Medina⁵, en doctrina se diferencia la situación de la mujer que lleva a cabo el embarazo con material genético de terceros, de la situación de la mujer que aporta su propio material genético y además lleva adelante el embarazo para otros. Ambos casos tienen en común que se pacta el llevar adelante un embarazo para entregar al niño a otros y se diferencian porque en la gestación por otro la mujer que lleva adelante el embarazo no aporta sus óvulos.

Así, la llamada maternidad subrogada puede adoptar diferentes supuestos⁶:

- Pareja heterosexual que, aportando su material genético (óvulos femeninos y espermatozoides masculinos) necesitan un vientre de otra mujer que gestó el producto de la concepción lograda a través de la fecundación *in vitro*.
- Pareja heterosexual u homosexual en la que solo uno de ellos aporta su material reproductor, siendo la procreación parcialmente heterónoma, produciéndose la gestación en el vientre de una mujer ajena a la pareja, que puede a su vez aportar o no sus propios óvulos.
- Pareja heterosexual u homosexual en la que ninguno de sus miembros aporta material genético, siendo ajenos a la pareja los gametos con los que se realiza la fecundación, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta.
- Persona sola, hombre o mujer, que aportando o no su material genético, necesita la gestación de sustitución para el nacimiento del niño, pudiendo aportar los óvulos la mujer que realiza la gestación u otra distinta.

⁴ R. SÁNCHEZ ARISTI, «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», *Humanitas Humanidades Médicas*, n.º 49, Madrid, abril de 2010, pág. 25.

⁵ Graciela MEDINA, *Gestación por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado*, AR/DOC/4369/2012.

⁶ Vid. Monserrat PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, págs. 132-133.

Los dos primeros supuestos, en casos de parejas heterosexuales, son los más «tradicionales», haciéndose público el primer caso en 1975, cuando aparece en un periódico de los Estados Unidos un anuncio, a petición de una pareja estéril, donde se solicitaban los servicios de una mujer para que fuera inseminada artificialmente y gestara un niño, ofreciendo a cambio una retribución. A partir de la década de los 80, aparecen numerosos anuncios similares o de mujeres que ofrecían el servicio de gestación para otros en el estado de California, resultando famoso el convenio entre Mary Beth Whitehead, una mujer casada de unos treinta años y con dos hijos, que accedió a gestar para el matrimonio Stern, inseminada con el semen del señor William Stern, para «dar el más cariñoso don de felicidad a una pareja desafortunada» y aprovechar la suma de dinero para poder proveer en un futuro los estudios de sus dos hijos⁷.

Como regla, a pesar del uso relativamente frecuente de la subrogación (parcial o plena) extendida hoy también a parejas del mismo sexo, casi ningún ordenamiento jurídico establece la ruptura del principio Pauliano respecto a la maternidad, manteniéndose el hecho del parto como clave fundamental para su determinación. En general las legislaciones repudian este tipo de prácticas por considerar que se cosifica al niño y a la mujer, prohibiéndolas mediante normas civiles que declaran la nulidad del contrato y, en algunos casos, estableciendo normas penales que sancionan con prisión y multas su celebración⁸. Los ordenamientos jurídicos que regulan estos contratos, casi siempre lo hacen en el marco

⁷ Carmel SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, Guiffre editore, 1992, pág. 5. *Cit pos* Aníbal GUZMÁN ÁVALOS, *op. cit.*, pág. 33. En este famoso caso, luego de nacida la bebé, arrepentida de la obligación contraída, la madre gestante se niega a entregar a la niña y se da a la fuga por todo el país. Los Stern acuden a la justicia, resolviéndose en primera instancia a favor de los demandantes, terminando los derechos de la portadora y resaltando el interés superior de la menor; apelada la sentencia por la madre gestante, el Tribunal Supremo del Estado de New Jersey declara la nulidad del contrato por ir en contra de la ley y del orden público, reintegra sus derechos maternos a la señora Whitehead, pero confirma la decisión de la corte inferior de otorgar la custodia al padre, el señor Stern, sobre la base del interés de la menor.

⁸ Es el caso de Canadá, donde la Ley Federal de Procreación Asistida prohíbe tanto los contratos onerosos de gestación como la publicidad y la intermediación para esa práctica, sancionando con pena de prisión y de multa a quien incumpla la ley, pero nada dice de los contratos gratuitos o altruistas, admitiéndose que estos contratos pueden ser regulados por las leyes provinciales; en Alemania el contrato de maternidad por sustitución se encuentra prohibido y no cabe ninguna distinción posible entre el caso en que la madre haya aportado sus gametos para la concepción, y el supuesto en que no lo haya hecho, ya que siempre estos convenios son considerados nulos por ser contrarios a la moral y al orden público; en Dinamarca, la ley sobre procreación asistida del año 2006 no contiene ninguna especificación expresa sobre el contrato de gestación por sustitución, pero contiene muchas disposiciones que impiden tales contratos; en España el art. 10 de la ley 4/2006 sobre procreación médicamente asistida, establece la nulidad del contrato de gestación por otro y determina que la maternidad se establece por el parto; en Francia, el Código Civil establece en su art. 16-7 la nulidad del contrato de gestación por otro, nulidad que ha sido mantenida tanto en la reforma del 2006 de la ley de bioética, como en la del año 2011; en Portugal el art. 8 de la ley de procreación médicamente asistida del 26 de julio de 2006, prohíbe la gestación por otro, tanto en el caso de contratos a título gratuito, como oneroso, estableciendo que la madre se determina por el hecho del parto.

de sus leyes de Técnicas de Fecundación Asistida, admitiéndolo solo en casos de contratos gratuitos o altruistas, aunque generalmente se establece la necesidad de que los comitentes asuman económicamente los gastos del embarazo y parto⁹.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS RELEVANTES QUE ACOMPAÑAN LA PRÁCTICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

A) ¿TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA O ADOPCIÓN?

La primera cuestión a dilucidar es si la gestación por sustitución debe equipararse a las restantes técnicas de reproducción humana asistida y, en tal

⁹ Admiten la maternidad subrogada algunas provincias de Canadá, como Alberta, cuando el contrato es gratuito; en Grecia la ley 3089 del 2002, sobre procreación médicamente asistida, cuyas disposiciones fueron incorporadas al Código Civil, admite la gestación por otro siempre que exista una autorización judicial y un certificado médico que dé cuenta de la imposibilidad de la mujer de llevar a cabo el embarazo, estableciéndose que los óvulos no pueden provenir de la madre portadora, que el convenio no puede ser remunerado, pero la mujer puede ser indemnizada por sus gastos y por el daño emergente, o por lo que se ve privada de ganar a costas del embarazo, y que tanto la madre de intención como la portadora deben residir en el país; en Inglaterra el *Acta de acuerdos o disposiciones de subrogación* de 1985 condena la negociación de acuerdos de subrogación con fin lucrativo, pero no la subrogación en sí, no prohíbe la maternidad de sustitución cuando se realiza con fines altruistas, ni sanciona a la madre sustituta ni a los padres que soliciten sus servicios. Después del año 2008, en Inglaterra los contratos de maternidad por sustitución establecen la filiación (*parental order*) en los siguientes casos: 1) uno de los dos padres de intención debe haber aportado su material genético; 2) la fecundación de la mujer gestante debe haber sido llevada a cabo en forma médicamente asistida en una entidad autorizada; 3) el niño debe vivir en la casa de la pareja que lo ha encargado al momento de la demanda; 4) todas las partes deben haber aceptado la entrega del niño; 5) el contrato debe ser gratuito. Estados Unidos carece de una ley estatal que regule la cuestión, la que es regulada en forma diferente según los estados, así estados como California, Florida, Illinois, Massachussets, Nevada, New Hampshire, New Jersey, New Mexico, Oregon, Tennessee, Texas, Virginia y Washington la permiten. Aunque normalmente limitada a las parejas casadas. El estado de Utah otorga fuerza vinculante a los acuerdos de maternidad subrogada únicamente en escasos supuestos taxativamente previstos por ley. Por otro lado, Wyoming, South Dakota, Montana, Mississippi, Minnesota, Maine, Iowa, Georgia, Colorado y Alaska no prevén nada al respecto. Existe una prohibición clara de celebrar este tipo de acuerdos en los estados de Columbia, Indiana, Lousiana, Michigan, Nebraska, New York y North Dakota, mientras que el resto de los estados no posee legislación clara en la materia, siendo dudosa la posibilidad de poder ejecutar un acuerdo de esta naturaleza. Los estados de West Virginia, Vermont, Oklahoma, North Carolina, Kentucky y Arkansas, pese a la vaguedad de sus estatutos, parecieran permitirlos en tanto que los estados de Delaware y Kansas en apariencia la prohibirían. También se admite en la India, Ucrania y Rusia. En Argentina, el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado 2012 opta por regular el convenio de gestación por otro, aceptándolo cuando se trate de un pacto gratuito, realizado por una mujer mayor de 21 años que ya tenga un hijo, y sea homologado judicialmente. Vid. Graciela MEDINA, *op. cit.*, págs. 3 a 7. En México, Comisiones unidas de Salud y Asistencia Social y Equidad y Género aprobaron desde 2011 el dictamen que crea la Ley de Maternidad Subrogada en el Distrito Federal, que permite a una mujer prestar su útero para la gestación de un embrión fecundado hasta la conclusión del embarazo, siempre y cuando sea de manera libre y sin fines de lucro; Tabasco es el único estado que menciona la **maternidad subrogada** en su Código Civil. El art. 92 establece que «en el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una **madre gestante sustituta**, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación».

sentido, considerarla una solución a los problemas de infertilidad, o si por el contrario su naturaleza es más cercana a la adopción, debiendo compartir con esta última un régimen jurídico semejante, al menos en aquellos casos en que los padres de intención no aportan sus gametos.

Asumir una posición definitiva en este sentido resulta complejo, porque entran en juego intereses vinculados a los derechos inherentes a la personalidad y, sobre todo, intereses que repercuten en cuestiones trascendentales como son la propia vida y las condiciones de existencia de un niño que nacerá «por encargo». Como ya he apuntado en otra ocasión¹⁰, actualmente se van abriendo paso como derechos humanos de nueva factura los derechos sexuales y reproductivos de las personas, pero el ejercicio del personalísimo derecho a procrear, para que constituya expresión de dignidad humana, debe combinarse con la paternidad y la maternidad responsables. La titularidad de estos derechos no distingue, o no debe distinguir, entre sexos, géneros, razas o aptitudes de cualquier naturaleza, no vale discriminación de ningún tipo, debe reconocerse a todos por igual. Sin embargo, el derecho a la procreación no es ilimitado, como no lo es ningún derecho subjetivo, su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear.

Las personas dotadas biológicamente para procrear, que mantienen una práctica heterosexual en ejercicio de los derechos antes mencionados, sin el uso de medios de control de la natalidad, tendrán una alta probabilidad de engendrar hijos. Pero tener hijos, como ya se apuntó, no debe verse solo como un derecho, sino más como un deber hacia ellos, no se ostenta sobre los hijos un poder o un señorío inmediato y absoluto, no existe un derecho subjetivo al hijo, el hijo es un fin en sí mismo. Por tanto, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos.

En México, siguiendo a Guzmán Ávalos, la Constitución en el párrafo segundo de su art. 4 reconoce el derecho a procrear de todos los mexicanos. «La Constitución no hace referencia a una paternidad exclusivamente biológica, por lo que si las personas no pueden concebir hijos de forma natural, entonces lo pueden lograr con la intervención de los avances científicos; porque este derecho no excluye a la procreación asistida. Si la Constitución establece el derecho a que toda persona decida sobre su reproducción (paternidad-maternidad) también puede decidir sobre los medios que utilice para lograrla. Dicho de otra forma, la norma constitucional interpretada en sentido lato, no presenta

¹⁰ Vid. Caridad del Carmen VALDÉS DÍAZ, «Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?», en *Derecho de Familia*, Buenos Aires (Argentina) y en *I.U.S.*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año V, julio-diciembre 2012, Puebla (México).

obstáculo al desarrollo de las técnicas de procreación asistida»¹¹. Continúa argumentando el autor citado que este derecho no queda reservado a las personas casadas, sino que corresponde a todos los mexicanos sin distinción de ninguna especie.

Si admitimos que las técnicas de reproducción humana asistida no constituyen únicamente una solución a los problemas de fertilidad de parejas heterosexuales, sino que tienen un diapason más amplio, entonces podrán concebirse como vía para el ejercicio del derecho a reproducirse que sin duda poseen también las personas que conviven en uniones homosexuales y no pueden tener descendencia de otro modo. Como en el supuesto de la adopción, si tales parejas pueden ofrecer un hogar con amor y responsabilidad a los niños concebidos de este modo, particular que deberá evaluarse adecuadamente en cada caso, ello no afectaría el interés del menor y no se cercenaría el derecho a reproducirse de los homosexuales.

En el caso de la maternidad subrogada, el impacto mediático que han tenido algunos supuestos en los que intervienen famosos homosexuales hace que se pierda de vista que son también parejas heterosexuales las que por diversas razones acuden a un vientre de alquiler como alternativa para tener hijos¹². No obstante, con independencia de los móviles de las personas que intervienen en la maternidad subrogada y de la procedencia del material genético que se utilice en su práctica, es una técnica de reproducción humana médicamente asistida y no, a mi juicio, una forma de «adopción prenatal», porque el menor que nace no está desamparado, presupuesto de la filiación adoptiva, a pesar de la renuncia de la mujer gestante, pues la presencia de los padres de intención cubre la expectativa de protección que tendrá el niño. Empero, cuando las normas establecen la prohibición de la maternidad subrogada y a pesar de ello esta se lleva a cabo, estando establecida la determinación de la filiación materna por el hecho del parto, la única opción que queda a los padres de intención es recurrir a la adopción, lo que coloca al juez en la difícil disyuntiva de decidir entre otorgar la adopción y favorecer la violación de la ley que impide la realización del acuerdo o no otorgar la adopción dejando al niño sin madre.

Así, el legislador al regular esta práctica debe optar por permitir que quienes encargan la gestación adopten el niño, o directamente considerarlos como sus padres teniendo en cuenta su «voluntad procreacional».

Entre los argumentos dados para otorgar directamente la filiación se encuentran los de celeridad y economía, ya que los trámites de adopción son caros y son lerdos, mientras que si se acepta que la voluntad establece la filiación, ello bastaría para inscribirla como tal en el Registro Civil¹³.

¹¹ Aníbal GUZMÁN ÁVALOS, *op. cit.*, pág. 191.

¹² Vid. Monserrat PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, pág. 132.

¹³ Vid. Graciela MEDINA, *op. cit.*, pág. 3.

B) NATURALEZA DEL CONVENIO ENTRE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA MATERNIDAD SUBROGADA

Otra importante cuestión que debe valorarse es la naturaleza del convenio entre los sujetos que intervienen en la maternidad subrogada, para determinar su posible validez y eficacia. Si bien se advierte que la mayoría de las legislaciones proclaman su nulidad, hay algunos ordenamientos jurídicos que han preferido aceptarlos y regularlos aunque siempre con limitaciones, evitando que se transforme en una opción común alternativa al embarazo y por la cual se pague un precio.

Allí donde se admite esta práctica, se entiende como un contrato que tiene, como todos los negocios jurídicos de su especie, su eje principal en el consentimiento, que además de cumplir con todos los requisitos que normalmente se exigen para su validez, debe ser suficientemente informado, especialmente en cuanto a sus consecuencias respecto a la filiación. La norma se encarga de establecer las características personales que deben tener quienes pueden intervenir como partes en el contrato, cuáles serán sus prestaciones respectivas y qué obligaciones asumen. El consentimiento debe prestarse antes de la aplicación de la técnica y debe ser irrevocable una vez iniciada ésta y conseguido el embarazo en la mujer portadora de la gestación.

Allí donde el legislador rechaza la maternidad subrogada, se ha considerado como principio general que estos contratos están prohibidos por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres, que son además inmorales porque atentan contra la dignidad de las mujeres, contra la libertad y la autonomía porque estas no consienten libremente, que su práctica implica una manipulación del cuerpo femenino y una forma de explotación, importando una cosificación de la mujer en virtud de que la gestante se convierte en un mero «ambiente» o «incubadora humana» para el hijo de otro. Además tendrían por objeto la entrega de un niño, lo que constituye un objeto ilícito, de modo que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres que a los del niño y pretende convertir al niño en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. De celebrarse en contra de la prohibición legal, se considerarían absolutamente nulos.

A pesar de ello, la sanción de nulidad del contrato deja sin resolver medulares cuestiones, especialmente aquellas relativas a la filiación del niño, que han sido resueltas de diversos modos por la jurisprudencia.

Las cortes americanas han sido más proclives a la admisión de estos contratos, sobre todo cuando la gestación se lleva a cabo por una mujer que no aporta su material genético, destacando entre otros el caso *Johnson vs. Calvert*, resuelto por la suprema Corte de California en el año 1993, caso considerado señero en esta sede por las consideraciones que se ofrecieron para admitir la validez del convenio. Se trataba de un acuerdo suscrito por Mark y Crispina Calvert,

una pareja casada que deseaba tener un hijo, pero no habían podido lograrlo porque ella se había visto obligada a hacerse una histerectomía en 1984, aunque sus ovarios siguieron en condiciones de producir óvulos, y Anna Johnson, una mujer que se ofreció para actuar como madre sustituta para los Calvert.

En 1989, firmaron un contrato, en el cual se establecía que un embrión creado con el material genético de la pareja sería implantado en Anna y que el niño que naciera sería llevado al hogar de Mark y Crispina, como el hijo de ellos. Anna estuvo de acuerdo en renunciar a «todos sus derechos como madre» en favor de la pareja. Como contraprestación, el matrimonio pagaría a Anna la suma de 10.000 dólares en cuotas, la última de las cuales iba a ser abonada seis semanas después del nacimiento del niño, y pagarían además un seguro sobre la vida de la gestante por valor de 200.000 dólares. Luego de la implantación del cigoto y durante el embarazo, surgieron problemas entre las partes contratantes que dieron lugar a que se discutiera en el tribunal correspondiente la filiación del niño y su custodia, incluso antes de su nacimiento.

El niño nació en 1990, y se obtuvieron muestras de sangre para ser analizadas. La prueba de sangre excluyó la posibilidad de que Anna fuera la madre genética. Las partes aceptaron una decisión del tribunal que disponía que el niño permaneciera temporalmente con Mark y Crispina, con un régimen de visitas en favor de Anna.

Luego de la audiencia de prueba y de los alegatos, el juez de primera instancia resolvió que Mark y Crispina eran el padre y la madre «genéticos, biológicos y naturales» y que el contrato de maternidad sustituta o subrogada era válido y exigible, en contra de los planteos de Anna, dando también por finalizada la orden que permitía el régimen de visitas. Contra esa decisión, la portadora subrogada interpuso recurso de apelación, pero la Cámara de Apelaciones para el Cuarto Distrito, Tercera División, la confirmó y posteriormente fue también confirmada por la Corte Suprema del Estado de California.

La Corte entendió que «no es contrario al orden público el contrato de maternidad subrogada celebrado entre las partes por cuanto:

- Los pagos hechos en el contrato, tenían como objetivo compensarla de sus servicios en gestar el niño y el someterse a las labores de parto, antes que compensarla por renunciar a sus derechos de madre, respecto del niño.
- No se establece elemento de coacción alguno ya que permite a las partes el aborto.
- No explota la condición de las mujeres de menos recursos en un grado mayor que las explota la necesidad económica en general, al inducirlas a aceptar empleos menos remunerados o que son desagradables por otras razones.
- No considera a los niños mercancías.
- Negar valor al contrato impide que la mujer gestante tenga la libertad personal de obtener un beneficio económico de la manera que lo desee.

- Estos contratos no afectan el interés del niño porque el interés de los niños tan pequeños coincide con el de los padres.
- La maternidad se establece **no por el hecho del parto ni por la realidad genética sino por la intención**; la intención de las partes fue traer al mundo el niño de Mark y Crispina, esta es la causa eficiente del contrato. Si bien la función gestativa que Anna lleva a cabo fue necesaria para provocar el nacimiento del niño, se puede asegurar que Anna no hubiera tenido oportunidad de gestar o de dar a luz el niño en cuestión si ella, antes de la implantación del cigoto, hubiera manifestado su propia intención de ser la madre del niño. No existe ninguna razón por la cual el posterior cambio de opinión de Anna debiera invalidar la conclusión de que Crispina es la madre natural del niño»¹⁴.

En sentido contrario, la nulidad de los convenios y de la adopción posterior fue establecida en el fallo plenario de la Corte de Casación Francesa en mayo de 1991, al anular una sentencia de la Corte de París que había dado lugar a una adopción, particular que es repetido por la jurisprudencia posterior; en el caso resuelto por la Corte de Casación, la cónyuge de un matrimonio sufría una esterilidad absoluta que había motivado a su marido a donar su esperma a otra mujer, quien trajo al mundo un niño que fue reconocido como hijo natural de él y solicitado en adopción por su esposa, quien inició el proceso correspondiente, siendo aceptado por la Corte de París teniendo en cuenta el interés del menor, quien se había criado siempre en el hogar del matrimonio y valorando que el niño no tenía una filiación materna reconocida.

Los fundamentos dados en el fallo plenario de la Corte de Casación para anular la decisión de la Corte de París fueron los siguientes:

- «- La convención por la cual una mujer se compromete, aún a título gratuito, a gestar y traer al mundo un niño y abandonarlo a su nacimiento contraviene tanto el principio de orden público de la indisponibilidad del cuerpo humano, así como el de la indisponibilidad del estado de las personas.
- La adopción es la última fase de un convenio nulo que atenta al orden público y que por lo tanto en interés de la ley no puede ser aceptada»¹⁵.

Esta posición, mantenida posteriormente por otros fallos franceses y de otros países europeos, ha sido fustigada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo. Recientemente, el 26 de junio de 2014,

¹⁴ Suprema Corte de California, Estados Unidos de América, 20/05/93, *Johnson vs. Calvert* – 1993, WL 167739, comentado por Graciela MEDINA, «Maternidad por sustitución – Principales cláusulas contractuales y soluciones en la jurisprudencia francesa y norteamericana», *LA LEY*, 1997-C, 1433.

¹⁵ Cour de Cassation Ass. Plen 31 mai 1991, J.C.P. 1991-II-21752. *Revue trimestrielle de Droit Civil*, 1, 1992-55, comentado por Frederique DREIFUS-NETTER, «La filiation de l'enfante issu de l'un des partenaires du couple et d'un tiers», *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1, janvier-mars 1996. *Cit. pos.* Graciela MEDINA, *op. cit.*, pág. 8.

el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Francia por negarse a reconocer el vínculo de filiación entre unos niños nacidos a través de gestación subrogada en los Estados Unidos y sus padres y madres de intención, de nacionalidad francesa.

Dos matrimonios heterosexuales, los Mennesson y los Labassee, formularon la denuncia que derivó en dicha sentencia a su favor. Las hijas gemelas de los Mennesson nacieron en el año 2000, y en 2001 la pequeña de los Labassee. Desde entonces, hace más de una década, la Administración francesa optó por no reconocer a sus padres como tales, considerando que hacerlo promovía una práctica ilegal que no se quería alentar.

El Tribunal de Estrasburgo condena esta «situación de incertidumbre jurídica» a la que Francia ha condenado a los bebés desde su nacimiento, alegando que se está atentando deliberadamente contra el derecho a la identidad de las menores. Aunque el padre en ambos casos denunciados era francés, las hijas aun no poseían la nacionalidad francesa. El Tribunal recriminó al país que si bien como Estado tiene libertad para decidir sobre la autorización o prohibición de la subrogación, las resoluciones tomadas violaban derechos legítimos de los niños, ya que la ilegalidad de una determinada técnica reproductiva en un país europeo no puede privar a los menores, nacidos en el extranjero utilizando esta técnica e hijos de europeos, del reconocimiento de su filiación en los países de origen de sus padres.

C) DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATERNA Y PATERNA

Como puede deducirse de lo dicho hasta aquí, con independencia de la prohibición por las leyes de la maternidad subrogada, los contratos que tienen como fin la procreación para otros generan problemas jurídicos tanto en los casos en que se cumplen como en aquellos en que no se cumplen, especialmente en cuanto a la determinación de la filiación del niño nacido mediante su aplicación.

Cuando la portadora subrogada se niega posteriormente a entregar al niño a quienes lo encargaron, deberá resolverse si corresponde o no hacer valer el contrato y determinar cuál es el estado civil familiar del menor. El problema se agudiza cuando la gestante no entrega el niño a quienes le solicitaron que llevara adelante el embarazo, pues la mayoría de los sistemas normativos establecen que la maternidad se determina por el hecho del parto y se discute si la madre biológica podría impugnar la maternidad, siendo mucho más cuestionable que lo pueda hacer quien realizó el contrato sin aportar el material genético.

Cuando el contrato se cumple voluntariamente y el niño es entregado, igual sigue presente el escollo de la filiación legal del menor, por el mantenimiento del principio Pauliano de determinar la maternidad por el hecho del parto, cuestión que se torna más complicada incluso si la gestante subrogada es casada, porque entonces además habría que destruir la presunción de filiación paterna que pesa sobre su cónyuge.

Si bien resulta complejo establecer reglas generales respecto a la filiación del nacido aplicando la gestación por sustitución, creo que, en principio, como en las restantes técnicas de reproducción humana asistida debe primar, por encima de lo biológico, la **voluntad procreacional**, asumida con responsabilidad por quienes desean tener un hijo. El consentimiento informado de todos los que intervienen, incluso de quienes serían afectados en algún sentido por su aplicación, se convierte en piedra angular de la filiación. Así, la portadora subrogada debe tener claro que incluso cuando aporte su propio óvulo, está gestando un bebé que no es suyo y que legalmente no tendría vínculos con ella ni con su esposo, en caso de estar casada. El marido de la madre subrogada deberá dar también su consentimiento para la aplicación de la técnica y ese consentimiento sería suficiente para echar por tierra la presunción de filiación paterna respecto a él, aunque su esposa haya traído un nuevo ser al mundo constante matrimonio, porque ese niño no es el hijo de ellos, sino de quienes tienen la intención de ser sus padres. De hecho, tratándose de un acuerdo voluntario y libre, debidamente informado, no hay porqué hablar de explotación de la mujer gestante. ¿Acaso es más digno y aceptable que una mujer tenga hijos con óvulos donados, que lograrlo recurriendo a la donación de la «capacidad de gestación»? El embarazo no hace a la madre, el amor a los hijos no es proporcional a la capacidad gestacional, de lo contrario estaríamos negando el amor paternal, porque los padres no llevan a cabo la gestación. Tampoco la gestación por sustitución atenta contra la salud física y psíquica de la gestante. Se han realizado estudios que no han encontrado ningún tipo de trastorno en las mujeres que han actuado voluntariamente como gestantes y el desprenderse del niño que han gestado no importa necesariamente un daño para ellas.

Esto parece más justo y apropiado que seguir aferrados a viejos principios basados en lo biológico para la determinación de la filiación. No obstante, la aplicación de la gestación por sustitución no debe responder a situaciones personales caprichosas o fútiles, no debe considerarse como una simple alternativa para tener hijos. Como ya se ha dicho, se trata de una figura compleja, que genera muchos planteamientos no solo jurídicos, sino también éticos y que rompe con arraigadas reglas, por lo que exige del legislador y del operador jurídico afinar el «sentido común». La gestación por sustitución, los vientres de alquiler, la maternidad subrogada, en fin, debe regularse con inteligencia, sabiendo que las reglas generales nunca serían capaces de abarcar todo el diapason de casos que pueden efectivamente producirse en la realidad, por lo que siempre habría que tomar en cuenta las circunstancias especiales de cada situación particular¹⁶.

¹⁶ En Argentina, por ejemplo, una mujer que invoca ser la madre biológica de un menor, en virtud de haber aportado el óvulo para su fecundación *in vitro*, interpuso acción de impugnación de la filiación contra quien aparecía como madre legal del niño. El juez de primera instancia consideró que la accionante carecía de legitimación activa, pues según el Código Civil argentino la acción intentada por la madre sólo será procedente cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo y la jurisprudencia requiere que deben darse razones que descarten

Dada su complejidad, algunos abogan por la intervención de la administración pública en la realización de todo el procedimiento, especialmente en la fase de otorgamiento del consentimiento, previa a la concepción. Afirma Pereña Vicente que teniendo en cuenta que la aportación realizada por la mujer gestante se va a desarrollar durante nueve meses y la posible ausencia de todo vínculo biológico o genético con el niño de los padres de intención, que lo serán solo por su voluntad, «aconsejan aproximar su régimen jurídico a la adopción, con la finalidad de que exista intervención de una autoridad judicial o administrativa, si bien esto no prejuzga la naturaleza de la filiación resultante ni puede conllevar la aplicación en bloque de la normativa sobre adopción, ya que las peculiaridades propias de la gestación por sustitución impiden su asimilación total con esta»¹⁷.

Si bien es cierto que posiblemente la supervisión judicial o de una autoridad administrativa del proceso de gestación subrogada puede ser favorable en cuanto a la certeza de legalidad, seguridad jurídica y garantía del consentimiento prestado, opino que no debe ser la institución de la adopción la que entre en juego, pues acá no se trata de propiciar amparo filial a un niño carenciado, sino precisamente de proceder que dan lugar al nacimiento de un niño deseado, cuya filiación debe ser determinada, *prima facie*, por esa voluntad procreacional libre y responsable. No obstante, cuando no se regula o se prohíbe la maternidad subrogada, la manera de unir con lazos filiatorios al recién nacido con los comitentes, cuando el hombre aporta sus gametos, es a través del reconocimiento del padre y la posterior adopción de integración por su mujer, haya o no aportado esta última sus óvulos.

D) PROBLEMAS RELATIVOS A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN QUE SE REALIZA EN PAÍS DISTINTO AL DE LOS PADRES DE INTENCIÓN

Cuando la maternidad subrogada no se regula o se prohíbe, muchas veces la persona o las parejas que desean tener un hijo y no pueden lograrlo de otro modo acuden a la gestación por sustitución en otro país, donde tal práctica está permitida. Ello añade a los problemas ya descritos el controvertido tema

su autoría o participación en hechos que signifiquen imputarle un obrar irregular. Empero, la Cámara Civil y Comercial y Laboral de Gualeguaychú revocó la resolución de primera instancia alegando que en realidad dicho Código faculta a «todo tercero que invoque un interés legítimo», para impugnar la maternidad, añadiendo que precisamente la amplitud de los legitimados activos dada por esa norma, responde a «la decisión adoptada por los legisladores con respecto al sinceramiento de las relaciones de familia y a la trascendencia del nexo biológico». Así, se reconoció legitimación a la mujer que había entregado el óvulo y encomendado la gestación del niño para impugnar la maternidad de la que había dado a luz y finalmente, luego de las pruebas de rigor, el juez ordenó librar despacho al registro del Estado Civil a fin de que se dejara sin efecto la filiación materna extramatrimonial que se había hecho constar respecto al niño y se inscribiera la filiación materna matrimonial de la actora y su esposo. *Vid.* Graciela MEDINA, *op. cit.*, pág. 11.

¹⁷ Monserrat PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, pág. 146.

de la nacionalidad o ciudadanía que debe reconocerse al menor y las cuestiones migratorias correspondientes.

El asunto involucra tanto a parejas heterosexuales como homosexuales, particularmente en casos de parejas *gays*, o de hombres solos que no pueden satisfacer su deseo de ser padres utilizando otras técnicas de reproducción humana asistida.

Expone acertadamente Graciela Medina, que la cuestión de la gestación por otro presenta delicados problemas al Derecho Internacional Privado «ya que, como algunos países han sancionado penalmente los contratos de maternidad por sustitución, las parejas que cuentan con los medios económicos necesarios, se dirigen a países permisivos para lograr el nacimiento de un hijo mediante este tipo de acuerdos, pero luego requieren que sus estados de origen reconozcan jurídicamente los lazos de filiación entre ellos y el niño gestado por una mujer, ya sea mediante la adopción ya mediante el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero»¹⁸. Para evitar esos problemas, algunos países que permiten la práctica han legislado teniendo en cuenta este fenómeno, como el caso del Derecho griego, donde se exige que la madre de intención y la madre portadora estén domiciliadas en Grecia.

Empero, la jurisprudencia ha tenido que enfrentar y solucionar de un modo u otro no pocos litigios de esta índole.

Así, por ejemplo, en el año 2008 una pareja inglesa realizó en Ucrania, un contrato oneroso de gestación por otro, permitido por las leyes ucranianas. Según la ley inglesa, los contratos onerosos de esta naturaleza son contrarios al orden público, por tanto la madre de intención no debía reconocerse como madre legal, sino la mujer gestante, mientras que para la ley ucraniana no lo era. La cuestión se presentó frente a los tribunales ingleses, donde los padres de intención reclamaron la filiación, que les fue negada en un primer momento, pero luego se le otorgó a la pareja inglesa la responsabilidad del niño, después de haber comprobado que se cumplían las condiciones de la ley, en particular, que la madre de alquiler y su marido no se oponían, teniendo en cuenta el interés superior del menor. La decisión del juez hizo hincapié en el hecho de que la ley inglesa vigente en materia de gestación para otros presenta aún lagunas y se jalona de escollos. En particular, señala la ausencia de medios de información suficientes puestos a disposición de las personas que recurren a los servicios de madres de alquiler extranjeras, una práctica cada vez más corriente hoy día. Observa a este respecto las complicaciones jurídicas que colocan las leyes sobre la inmigración cuando un niño concebido tras tal acuerdo debe ser transportado en el territorio del Reino Unido y finalmente soluciona el diferendo a favor de los comitentes ingleses¹⁹.

¹⁸ Vid. Graciela MEDINA, *op. cit.*, pág. 8.

¹⁹ *Ibidem*.

La jurisprudencia francesa, por su parte, se ha mostrado muy estricta a en este tema y desde 1991 vienen denegando toda posibilidad de adopción de la madre de intención, o de las parejas que logran tener un niño mediante contrato de gestación por otro, considerando que esto es una forma indirecta de violar la ley, que impide los pactos de maternidad por sustitución, siguiendo el criterio de la Corte de Casación Francesa que ya se ha comentado. De igual forma, se ha negado la inscripción de niños nacidos a raíz de un contrato de gestación por otro como hijos de sus padres de intención y, en consecuencia, los menores no han obtenido la nacionalidad francesa. Ya hemos visto como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado recientemente al país galo por ese proceder en los casos de los *Menesson* y los *Labassee*. El Tribunal de Estrasburgo estimó que eso infringe el derecho a la vida privada de los menores que «están en una situación de incertidumbre jurídica», porque Francia se niega a reconocerlos como hijos de ambos matrimonios y eso «atenta contra su identidad en el seno de la sociedad francesa», añadiendo que es censurable el hecho de que «aunque su padre biológico sea francés, se enfrentan a una incertidumbre perturbadora sobre la posibilidad de que se les reconozca la nacionalidad francesa», y eso es «susceptible de afectar negativamente a la definición de su propia identidad», así como a sus derechos de herencia.

En España, una pareja del mismo sexo que había recurrido a los servicios de una madre portadora en California, luego de nacido el niño obtuvo la inscripción del acta californiana en el Registro del Estado Civil español, invocando la Convención de Nueva York sobre Derechos del Niño. Luego de este caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado español, dictó una resolución en febrero de 2009, que aplicaba, precisamente, el principio del interés superior del menor consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, para concluir que era el derecho a la filiación el que debía prevalecer frente a un entendimiento exorbitado del concepto de orden público internacional español. Luego, la Instrucción del 5 de octubre de 2010 del Ministerio de Justicia trató de establecer pautas generales para la inscripción de la filiación de niños nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución, norma que ha sido tildada por algunos de discriminatoria puesto que en España no se acepta la maternidad subrogada, de manera que solo favorece a los españoles que hayan tenido medios económicos para recurrir a esta técnica en el extranjero²⁰. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dictó, el 6 de febrero de 2014, una sentencia que confirmó la anulación de dicha resolución de la máxima autoridad registral española, denegando, por ser contraria al orden público internacional español, la inscripción en el Registro Civil de la filiación determinada en California de los menores nacidos mediante gestación por sustitución. Cabe destacar que la posición adoptada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto a Francia, resulta contraria a la mencionada sentencia del

²⁰ Vid. Monserrat PEREÑA VICENTE, *op. cit.*, pág. 144.

Tribunal Supremo de España y más próxima al planteamiento expresado por el voto particular formulado por el magistrado Seijas Quintana (y al que se adhirieron otros tres magistrados) a la mencionada S.T.S. de 6 de febrero de 2014, en el que se manifestaba:

«5.-El interés del menor queda también afectado gravemente. A los niños, de nacionalidad española, se les coloca en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse en un supuesto en el que están implicados unos niños que siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. La sentencia trata de evitarlo instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes «para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en su núcleo familiar de facto. Lo que se pretende es que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses...»

Este interés se protege antes y después de la gestación. Se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo..., y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor...».

En Argentina, un matrimonio conformada por dos hombres, a los fines de alcanzar la paternidad, decidieron recurrir a la gestación por sustitución en la India. A los efectos que el Ministerio de Relaciones exteriores por intermedio de la Embajada de La India les confiera la documentación que reconozca la paternidad legal (sobre la base de la voluntad procreacional) y que el niño requiere para poder salir de La India, se presentó un recurso de amparo en diciembre de 2011 que fue concedido en marzo del 2012. Sobre la base del derecho a la no discriminación en razón de la identidad sexual y del interés superior del niño respecto del derecho a la identidad y a la protección de las relaciones familiares se autorizó al Registro del Estado Civil y capacidad de las personas a proceder a la inscripción del nacimiento del hijo de los actores ante la solicitud de la inscripción de nacimiento que formuló la embajada de La India, estableciendo en dicho momento la copaternidad de ambos padres, según lo establece la Resolución 38/2012 de ese país²¹.

De particular interés resulta esta resolución judicial argentina, porque en ella se hace alusión no solo al interés superior del niño, teniendo en cuenta que el nacimiento del menor había sido consignado en un certificado expedido por

²¹ Eleonora LAMM, «La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil», *Jurisprudencia Argentina*, número especial 2012-II, *El derecho de Familia en el anteproyecto de Código Civil*, págs. 68 y ss. *Cit. pos.* Graciela MEDINA, *op. cit.*, pág. 12.

la República de la India que no le reconoce esa nacionalidad y pudiera entonces tener el *status* de apátrida mientras el Estado argentino no le reconozca la nacionalidad argentina y le otorgue los respectivos documentos, y por ende no pueda egresar de la República de la India y viajar a Argentina para desarrollar plenamente su vida familiar con sus padres, sino además señala que la situación planteada en autos revela la existencia de una situación de desigualdad y discriminación en perjuicio de parejas conformadas por dos hombres, añadiendo que mientras una pareja heterosexual y una conformada por dos mujeres pueden inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo nacido bajo las técnicas de reproducción asistida, no se reconoce el mismo derecho a una pareja de hombres, quienes biológicamente no tienen otra alternativa que recurrir a una mujer para poder concretar su deseo de ser padres. Si tanto las parejas heterosexuales como las homosexuales conformadas por mujeres tienen derecho a inscribir a nombre de ambos cónyuges al hijo concebido gracias a las técnicas de reproducción asistida sin que se tenga en cuenta el elemento biológico, prohibir o impedir, u obstaculizar del modo que sea esta facultad cuando la pareja está conformada por dos hombres implicaría un cabal desconocimiento de los derechos de igualdad y no discriminación de esas personas.

E) POSIBLE APLICACIÓN *POST MORTEM* DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN OTROS SUPUESTOS DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La aplicación *post mortem* de técnicas de reproducción humana asistida ha sido generalmente rechazada por las concepciones éticas, religiosas y legales. Se esgrime el criterio de que moralmente son inaceptables, pues hacen nacer un hijo carente de padre o madre, y si bien existen hijos póstumos y niños huérfanos ello se debe a una situación inevitable, que no ha sido buscada a propósito.

La inseminación artificial *post mortem* implica la colocación del material genético del varón en el útero de la mujer después de fallecido éste, si se tratare de una fertilización *in vivo*; mientras que en la fertilización *in vitro*, si se produjera la muerte de cualquiera de los miembros de la pareja que aporta sus gametos, pueden darse dos supuestos: uno es que al momento del fallecimiento del hombre o la mujer no haya ocurrido todavía la fecundación del óvulo por el espermatozoide, en cuyo caso no podríamos hablar de la existencia de un preembrión; y otro es que haya ocurrido ya la fertilización y se insista en la utilización del preembrión.

En caso de fallecimiento de la mujer, si ya existe el preembrión, el miembro masculino de la pareja puede solicitar la implantación de los gametos de ambos en el útero de otra mujer que lo gestará y una vez acontecido el nacimiento lo entregará al padre biológico. Este supuesto es la única solución a la inseminación artificial *post mortem* si el fallecimiento que tiene lugar es el de la mujer, ya que el hombre es incapaz para gestar.

A pesar del rechazo que genera mayoritariamente la inseminación *post mortem*, es generalmente aceptada la maternidad subrogada en estos casos como expresión de respeto al derecho a la vida, relacionado no sólo con el derecho que tienen a la vida los nacidos bajo estas técnicas, sino también sobre el destino que se da a los embriones congelados, que en muchos casos se destruyen por temor a su deterioro o se donan con fines investigativos, debiendo ponderarse qué interés ha de prevalecer.

III. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LA DIGNIDAD HUMANA. DERECHOS DE LOS MENORES NACIDOS CON USO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

La noción actual de derechos humanos se erige sobre la idea central de considerar que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Así, el reconocimiento jurídico de la dignidad humana, el respeto a los atributos y cualidades intrínsecas de todas las personas, es la base para también reconocer, en virtud del propio principio de igualdad, la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, ya sea porque en forma discriminatoria se les ha privado de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección, entre los cuales están los niños. Indudablemente, tratar como iguales a los desiguales sería a todas luces injusto, de modo que se impone la necesidad de advertir de qué modo los menores deben ser efectivamente protegidos en el goce de sus derechos.

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (C.I.D.N.) es la culminación de un proceso progresivo de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. El análisis histórico-jurídico, revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

El principio del **interés superior del niño** o niña, también conocido como el **interés superior del menor**, enarbolado por la mencionada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño²², se integra por un conjunto de acciones y procesos tendientes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así

²² También aparecen referencias a este principio en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros documentos internacionales.

como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a niñas y niños.

Con este principio se trata de garantizar el reconocimiento de los derechos humanos de las niñas y los niños, procurando que, antes de tomar una medida respecto a ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen. Así se tratan de superar dos posiciones extremas: el autoritarismo o abuso de poder que ocurre cuando se toman decisiones referidas a los niños y niñas, por un lado, y el paternalismo de las autoridades por otro.

Se considera un concepto triple: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento:

- Se trata del derecho del niño y la niña a que su interés superior sea una consideración que se prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta.
- Es un principio, ya que si una disposición admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- Como norma de procedimiento, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a niñas y/o niños, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las niñas y niños interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá garantías procesales. Se debe, por ejemplo, dejar patente y explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

Con base en este principio del interés del niño se ha pretendido rechazar la práctica de la maternidad subrogada, alegándose que su uso «cosifica» al menor, lo convierte en objeto de un contrato, lo cual atenta contra su dignidad humana. Empero, considero que los contratos de gestación por sustitución no tienen por objeto al niño en sí, sino únicamente la prestación del servicio de gestar y alumbrar, atendiendo a la capacidad o aptitud de la madre portadora. Se trata, claro está, de una prestación muy particular, impensable como práctica hasta hace poco tiempo, que pone en tela de juicio la moral dominante a la que repugna el comercio con el cuerpo humano. Sin embargo, más allá de consideraciones éticas sobre ello, si efectivamente se realiza, nace un niño que es persona, titular de los derechos humanos inherentes a tal condición, que debe ser protegido y gozar de igual consideración que los menores que llegan al mundo a través de la concepción natural o mediante la aplicación de otras técnicas de reproducción humana asistida.

La gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que nace en una familia que lo deseó y no hubiera existido de no haberse recurrido a la gestación por sustitución. Por el contrario, el interés superior del niño exige la regularización de la gestación por sustitución, es decir, de un marco legal que lo proteja y le brinde seguridad jurídica, permitiendo que las personas que quieren

ser padres puedan serlo, y que esa filiación sea reconocida legalmente. El menor que nace mediante el uso de esta práctica, como se ha encargado de reiterar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene derecho al reconocimiento de su filiación materna y paterna, en su caso, en relación con aquellas personas que tienen la intención de convertirse en sus padres; si nació fuera del país de origen de sus padres, tiene derecho a que se le reconozca la ciudadanía que corresponde a los mismos y migrar de retorno a dicho país de origen; tiene derecho a que se respete su entorno familiar e íntimo; tiene derecho a su identidad, no solo en el sentido antes planteado, sino además en cuanto al conocimiento, cuando posea madurez suficiente para ello, de la forma en que fue concebido y de los orígenes biológicos que posee. Tiene, sobre todo, derecho a una infancia feliz, a una crianza con amor y a una educación que se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. El interés superior del niño exige tomarlo en consideración como un ser humano, como un verdadero sujeto poseedor de derechos que deben ser respetados, especialmente por los adultos y por el Estado.

IV. ALGUNAS IDEAS A MODO DE CONCLUSIÓN

El Derecho no es un producto estático e inmóvil, ni puede ser utilizado para constreñir la vida, sino para regularla y organizarla. Empero, el ordenamiento jurídico también contiene normas que nunca serán suficientemente flexibles para adaptarse a la inmensa y fluida variedad de los hechos. Margarita Yourcenar, refiriéndose a la utilidad de las leyes y los modos de aplicarlas, pone en boca del emperador Adriano, en sus memorias, palabras ilustrativas: «... (Las leyes) cambian menos rápidamente que las costumbres; peligrosas cuando quedan a la zaga de éstas, lo son aún más cuando pretenden precederlas. Sin embargo, en esta aglomeración de innovaciones arriesgadas o de rutinas añejas, sobresalen aquí y allá, como sucede en la medicina, fórmulas útiles. Los filósofos griegos nos han enseñado a conocer algo mejor la naturaleza humana; desde hace varias generaciones, nuestros mejores juristas trabajan en pro del sentido común»²³. Así, ese que ha sido llamado «el menos común de los sentidos», deberá ser, en la mayoría de los casos, la brújula que guíe los pasos para aportar soluciones justas a múltiples problemas del mundo de hoy, propiciados en muchos casos por los avances tecnológicos en todos los ámbitos.

A decir del profesor D'Agostino, en la actualidad el Derecho debe: «aportar al respecto una propia contribución coherente, superando prejuicios psicológicos y dificultades metodológicas, que lo han mantenido hasta ahora –y no sólo en el ámbito de la reflexión bioética– en un estado de indebida marginación epistemológica»²⁴.

²³ Margarite YOURCENAR, *Memorias de Adriano*, traducción de Julio Cortázar, La Habana, Arte y Literatura, 2001, pág. 84.

²⁴ Francesco D'AGOSTINO, *Bioética y Derecho*, conferencia pronunciada en el I Simposio Europeo de Bioética, Santiago de Compostela, V-1993. Traducción del italiano: F. León.

Con independencia del criterio que se asuma en cuanto a la controvertida figura de la maternidad subrogada, una vez nacido un niño mediante su práctica no deben negarse en ningún caso sus derechos, especialmente aquellos que dignifican al ser humano y contribuyen al libre desarrollo de su personalidad. Su reconocimiento como miembro de una familia que asume su condición de tal, responde al interés superior del menor que debe tenerse en cuenta prioritariamente al dilucidar cualquier conflicto. Todos queremos una familia feliz y, como decía León Tolstoi, todas las familias felices se parecen. Su esencia es el amor, la armonía y el respeto a los derechos de todos sus miembros, incluyendo, por supuesto, a los niños. No olvidemos que, como apunta Antoine de Saint-Exupery, en *El Principito*, «todas las personas mayores fueron niños alguna vez, aunque pocas lo recuerdan...».

BIBLIOGRAFÍA

- ARÁMBULA REYES, Alma, *La Maternidad Subrogada*, México D.F. (México), Servicio de Investigación y Análisis. Política Exterior, Cámara de Diputados. LX Legislatura, agosto de 2008.
- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., *Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*, Barcelona, Editorial José María Bosch, 1995.
- D'AGOSTINO, Francesco, *Bioética y Derecho*, conferencia pronunciada en el I Simposio Europeo de Bioética, Santiago de Compostela, V-1993.
- GUZMÁN ÁVALOS, Aníbal, *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Xalapa (México), Biblioteca Universidad Veracruzana, 2001.
- HAUSER, John, «La gestation pour autrui: aspects juridiques et ethiques», en *La liberté de la personne sur son corps*, París, Dalloz, 2010.
- LÓPEZ BOMBINO, Luis (coord. y comp.), *El saber ético de ayer a hoy*, tomo II, La Habana, Félix Varela, 2004.
- MEDINA, Graciela, *Gestión por otro. De la ejecución forzada del convenio a la sanción penal. El turismo reproductivo. La situación en el derecho comparado*, AR/DOC/4369/2012.
- PEREÑA VICENTE, Monserrat, «Autonomía de la voluntad y filiación. Los desafíos del siglo XXI», *I.U.S.*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año VI, enero-junio 2012.
- PLATÓN, *Politeia*, l. III. *Las leyes*, l. IV, 720 b-e.
- SÁNCHEZ ARISTI, R., «La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos», *Humanitas Humanidades Médicas*, n.º 49, Madrid, abril de 2010.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, «Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?», *I.U.S.*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Nueva Época, año V, julio-diciembre 2012.
- YOURCENAR, Margarite, *Memorias de Adriano*, traducción de Julio Cortázar, La Habana, Arte y Literatura, 2001.