

Ventre de alquiler: análisis de la jurisprudencia latinoamericana más relevante sobre la materia. El caso de Argentina, Colombia y Perú.

di

Maria Laura Malespina *

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Ausencia de consenso para definir la maternidad subrogada. 3. Argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada. 4. Análisis de casos emblemáticos y cuestiones doctrinarias. a. Argentina. B. Colombia. C. Perú. 5. Conclusiones.

1.- Introducción.

Hacia la mitad de la década de los noventa del siglo veinte, las técnicas de reproducción humana asistida alcanzaban enorme notoriedad a lo largo de todo el orbe, a la vez que algunos estados europeos comenzaban a marcar tendencia respecto de los criterios con los que se aplicarían. En este sentido, las leyes del Reino Unido¹ y España² señalaban una línea permisiva. Por el contrario, había otros países como Alemania³, donde se observaba un criterio más restrictivo.

* Profesora ordinaria asociada de la Universidad de Piura. Área de Derecho Civil.

¹ Ley de Fertilización humana y Embriología de 1990 permite la creación de embriones para la investigación en diferentes temas como: fertilidad, enfermedades congénitas, genéticas y contracepción (Apéndice II artículo 3.1 a, b). Asimismo se permite desde entonces el vientre de alquiler siempre que lo consienta la mujer gestante. (artículo 30).

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf

² La Ley 35/1988. de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida señala la posibilidad de utilizar los preembriones humanos vivos con fines de investigación o experimentación (artículo 15) con alcances equivalentes a los señalados en la ley del Reino Unido (véase artículo 16) <https://www.boe.es/boe/dias/1988/11/24/pdfs/A33373-33378.pdf>

³ Ley alemana de protección del embrión, n° 745/90 del 13/12/90 establece normas de carácter penal para quien entre otras conductas: transfiera “a una mujer el óvulo de otra” o fecunde óvulos de manera artificial con finalidad diferente a la de procrear, fecunde y transfiera más de tres embriones a una mujer en un solo ciclo; se someta a fecundación in vitro con fines de entregar a su hijo a otras personas, entre otros (artículos 1 y 2) <https://www.bioeticaweb.com/alemania-ley-de-protecciasn-del-embriasn-n-74590-del-131290/>

Con contadas excepciones, el gran consenso de aquellos años era la inadmisibilidad del vientre del alquiler como alternativa posible para formar una familia, ya que había una convicción jurídica y moral extendida de que aquella atentaba contra la dignidad⁴ de la mujer gestante y del niño concebido. Dos décadas después, el tema de discusión sobre la maternidad subrogada ha cobrado renovado vigor, alentándose su práctica en diversos ámbitos de la vida social y jurídica. En este último terreno es creciente la doctrina y la jurisprudencia sobre la materia que justifica y avala dichas prácticas como aquella que la deslegitima.

Ante este panorama, la coyuntura social⁵ plantea grandes desafíos que deberán afrontarse en el ámbito biojurídico. Como sugiere el título del presente artículo, nos proponemos señalar en líneas generales cómo se está planteando el debate jurídico sobre el denominado vientre de alquiler en países latinoamericanos, mostrando sus rasgos característicos, los problemas conceptuales y fácticos que se generan a partir de ese debate, y nuestra posición al respecto. Sobre el particular proponemos una casuística jurisprudencial de algunos países latinoamericanos, específicamente Argentina, Colombia y Perú, que abarca las variadas posibilidades que se ofrecen como alternativas de lo que se entiende por vientre de alquiler.

⁴ Adherimos al criterio de Andorno quien señala que la dignidad “es un valor absoluto que escapa por tanto a todo cálculo utilitarista de costos-beneficios”. R. ANDORNO, *Dignidad Humana (jurídico)*, en CM. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética* T.I, Granada, 2011, 658. Y este valor absoluto, explica Pelè, la modernidad lo atribuye exclusivamente y sin más a los “rasgos humanos”. Ello es así porque “La excelencia del hombre es de cada uno no por su pertenencia a una élite sino a la especie humana” A. PELÈ, *Una aproximación al concepto de dignidad humana*,¹⁰ en www.revistauniversitas.org/http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf Por ello es que identificar la dignidad con autonomía, explica Andorno, es un error toda vez que esta al igual que el deber de respeto debido al ser humano, son consecuencia de la dignidad, encontrándose ambas en una relación causa-efecto. R. ANDORNO, cit., 661.

⁵ Es frecuente la búsqueda de ordenamientos jurídicos más benévolos, respecto del nacional, para la consecución de los fines de los interesados. Un caso emblemático es el del “matrimonio” de personas de un mismo sexo cuando se evade la legislación nacional procurando el reconocimiento de tal unión bajo un ordenamiento distinto. Sobre esa base los “contrayentes” demandan con frecuencia el reconocimiento de tal unión en su propio país de origen. Esta figura es comúnmente ofrecida como ejemplo de fraude a la ley. De igual modo puede asimilarse esta novedosa pretensión de quienes careciendo de cobertura legal en su estado originario, buscan en otro país la legislación benévola que les permita el contrato de vientre de alquiler, pretendiendo con ello un resultado contrario al propósito expreso de la ley de su jurisdicción.

2. Ausencia de consenso para definir la maternidad subrogada.

La figura a partir de la cual "...una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento"⁶, genera dificultad para su denominación, en razón de las diversas posibilidades que ofrece la técnica para gestar un niño y de las diferentes connotaciones que se quiere dar a la práctica de la maternidad de sustitución. En el aspecto semántico, como bien lo expresa el *Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*⁷, las menciones variarán según se busque un sentido positivo o negativo de la práctica.

Desde una perspectiva positiva se la suele denominar "*gestación de vida humana por sustitución de vientre*" o "*gestación por cuenta de otra*"⁸, pretendiéndose señalar con estas expresiones que lo que se sustituye es el vientre y no la madre. Al respecto, Pinzón y otros expresan que "...la técnica no busca el reemplazo de una madre, tan solo la realización de una gestación por el lapso en que debe naturalmente desarrollarse un embarazo"⁹. De lo que puede colegirse que desde esta perspectiva la gravidez es una actividad funcional, que solo involucra el útero de la gestante que es utilizado como instrumento para desarrollar la vida por encargo y por lo tanto no suficiente para considerar madre a quien cumple el rol gestacional. En esta perspectiva, la mujer que gesta no desarrollaría vínculo materno filial con el feto y por lo tanto los comitentes serían los padres de la criatura desde el primer momento de su existencia biológica. Esto justificaría la pretensión de decidir respecto del embarazo, exigiendo eventualmente a la mujer que aborte si el o los fetos no responden a la expectativa de los contratantes¹⁰.

⁶ I. BRENA SESMA, *Maternidad Subrogada*, en CM. Romeo Casabona (dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética- Tomo II*, cit., 1071-1072.

⁷http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

⁸ Cfr. IY. PINZÓN, E.RUEDA, O. MEJÍA PATIILLO, *La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n°43, 2015, 90.

⁹ IY. PINZÓN, E. RUEDA, O. MEJÍA PATIILLO, cit., 90.

¹⁰ En este sentido, el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada señala que los comitentes, en función del contrato, "Querrán tener la potestad de decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se implantan en la gestante, si se le realiza o no una "reducción embrionaria" o un aborto, o

Para quienes buscan señalar una connotación negativa, referencian la práctica como vientre de alquiler, expresión que resalta el carácter lucrativo de la actividad. La mujer “se alquila” para gestar un niño que entregará con posterioridad al parto a quien lo haya encargado.

Creemos que aun cuando la motivación de esa práctica sea altruista, tampoco estaría exenta de reproche jurídico, toda vez que las personas llamadas a prestar este servicio, normalmente los familiares o amigos cercanos, podrían verse sometidos a presiones psicológicas e incluso sociales, de tal envergadura, que la libertad de decisión podría verse coactada¹¹.

La expresión maternidad subrogada, que es la forma tradicional con que se ha denominado esta práctica en la lengua española, también genera una enorme confusión en el ideario popular e incluso en el medio jurídico. Coincidimos con Serrano Ruiz-Calderón en que la manipulación del lenguaje, en este caso como en otros tantos, busca cambiar la realidad de los hechos generando confusiones en el intérprete, que le impiden comprender la magnitud de la gravedad de las consecuencias de las acciones humanas¹². Y es que cuando se hace referencia a esta expresión, cuesta comprender cuál de las mujeres es la madre subrogada ¿aquella que tuvo la voluntad procreacional? ¿La que aportó el óvulo? ¿La que gestó? Por otra parte, si hay una subrogación en la maternidad, entonces no se estaría negando el vínculo que se establece entre la

el tipo de alumbramiento.” Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada, cit., 27 en

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf De igual manera Nuño Gómez expresa que “De hecho, los “controles de calidad” y el servicio prestado se orienta, exclusivamente, a garantizar que la salud, la carga epigenética, el plazo de entrega o el sexo de las criaturas se ajuste a la solicitud; con posibilidad de interrupción del embarazo solo cuando la clientela cambia de opinión (opción que se niega a las gestantes) y de devolución en caso de desviación respecto a lo contratado”. L.NUÑO GÓMEZ, *Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler*, en ISEGORÍA, *Revista de Filosofía Moral y Política*, n°55, 2016,687-688. En igual sentido se pronuncia Bellver Capella en su artículo *Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista* en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n°2, 2017, 236-237, ISSN 1130-2097.

¹¹Sobre el particular, Martínez Otero explica detalladamente cómo los estados limitan la autonomía de la voluntad respecto de aquellas conductas que son consideradas indignas para el ser humano. Ejemplo de ello sería la esclavitud voluntaria, la donación inter vivo de órganos del cuerpo cuya extracción podría implicar un mal grave permanente en el donante, etc. Cfr. JM. MARTÍNEZ OTERO, *La hipertrofia del principio de autonomía en el debate bioético*, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n°3, 2017, 330-334.

¹²JM. SERRANO RUIZ CALDERÓN, *Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo*, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n°2, 2017, 223.

gestante y el feto, dato que en estos tiempos parece más que resuelto en el mundo de la ciencia (Comité de Bioética de España¹³).

En relación al aspecto parental, la fecundación *in vitro* como tal permite la separación entre el componente genético y el voluntario. En el caso que nos ocupa podrían darse las siguientes posibilidades:

- 1.- Mujer gestante de niño con carga genética de los padres comitentes.
- 2.- Mujer gestante que también aporta su material genético, siendo el progenitor el varón de la pareja comitente.
- 3.- Mujer gestante de niño/a cuya carga genética pertenece a terceros, que es encargado por una persona sola o una pareja heterosexual u homosexual que no tiene relación genética con el concebido.

La experiencia jurisprudencial argentina nos enfrenta a todas estas posibilidades según veremos en tres casos emblemáticos.

3.- Argumentos a favor y en contra de la maternidad subrogada.

Como hemos señalado, el vientre de alquiler genera en este tiempo una enorme discusión respecto de la conveniencia de legislar en favor de ella o de prohibirla en base a diferentes consideraciones jurídicas que se esbozan a continuación y que iremos abordando de manera más exhaustiva a lo largo del análisis de la jurisprudencia ofrecida.

Criterios a favor del vientre de alquiler.

a.- Derecho a la salud reproductiva.

Se sostiene que si solo pudieran procrear quienes están en posibilidades físicas de hacerlo, esto implicaría un trato discriminatorio respecto de quienes no pueden gestar por diversas razones¹⁴.

b.- Autonomía de la mujer y derecho a decidir sobre su propio cuerpo.

Se alega en este sentido que el derecho a la libertad de las personas permite el uso del cuerpo incluso con fines económicos¹⁵. Emaldi Cirión señala, entre los argumentos que

¹³http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf 9-10.

¹⁴ Cf. I. BRENA SESMA, *Maternidad subrogada (jurídico)*, en CM. Romeo Casabona (dir.) *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética T.II*, cit., 1073.

se esgrimen en favor de estas prácticas, que ella implicaría un ingreso extra para las mujeres que tienen pocos recursos económicos¹⁶.

c.- Interés superior del niño.

La causa eficiente del nacimiento del menor está dada por la decisión de los comitentes de tener un hijo independientemente de si hay o no aportación de gametos¹⁷. Desde esta perspectiva, esta situación generaría certezas respecto de que el bienestar de este estaría garantizado con quien o quienes han tenido la voluntad procreacional.

Criterios contrarios al vientre de alquiler:

a.- Instrumentalización de las personas.

La comercialización del propio cuerpo es una forma de explotación de la mujer¹⁸ respecto de quien lo único que interesa es su función procreativa¹⁹. Ello sin olvidar que las personas que realizan esta actividad personalísima para otros, en muchas ocasiones, están en una situación de minusvalía económica respecto de los contratantes, constituyendo este el móvil que conduce a las mujeres a gestar para otros²⁰. De hecho, es habitual que las personas de países que tienen mayor ingreso per cápita acudan a los más pobres para solicitar estos servicios²¹.

b.- Vulneración del derecho a la identidad del menor.

Conocer los propios orígenes y a los progenitores, “en la medida de lo posible”²², es parte esencial de la identidad del ser humano, indispensable para asumir su realidad y encarar el futuro. Negar esta posibilidad a los nacidos mediante vientre de alquiler o

¹⁵ B. SOUTO GALVÁN, *Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*, en *Foro Nueva época*, n°1, 2005, 279.

¹⁶A. EMALDI CIRIÓN, *Surrogacy in Spain and the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n°49, 2018, 81.

¹⁷Cf. MV. FAMA, *El derecho a la identidad del hijo concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en Lecciones y Ensayos*, n°90, 2012, 177.

¹⁸R. DEONANDAN, *Recent trends in reproductive turismo and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy* en *Risk Management and Healthcare Policy*, n°8, 2015,112.

¹⁹CM. LÁZARO PALAU, *El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea; el caso de la maternidad subrogada*. En *Cuadernos Europeos de Deusto* n°2, 2019, 193.

²⁰ Cf. I. BRENA SESMA, *Maternidad subrogada (jurídico)*, cit., 1075.

²¹ R. DEONANDAN, *Recent trends in reproductive turismo and international surrogacy: ethical considerations and challenges for policy* en *Risk Management and Healthcare Policy*, n°8, 2015,112.

²²Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 7.1. “El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

donación de gametos contraviene un derecho fundamental en favor del resguardo del interés tanto del niño como del donante.

c.- Cosificación del niño.

El encargo de un niño mediante acuerdo contractual verbal o escrito muestra que este “pasa a ser objeto y no sujeto de tráfico jurídico”²³.

4. Análisis de casos emblemáticos y cuestiones doctrinarias.

La fecundación in vitro en la modalidad de vientre de alquiler es una práctica cada vez más frecuente en los países latinoamericanos los que, en muchas ocasiones, han sido vistos como paraísos de procreación para alcanzar el hijo deseado. Ello se debe, básicamente, a dos situaciones: la falta de norma que legisle al respecto y el precio más económico del “servicio” solicitado²⁴. Para este análisis hemos escogido tres países que nos ofrecen un amplio abanico de situaciones fácticas y que han sido objeto de decisiones judiciales. Dentro de ellas referimos las sentencias que nos parecen más representativas a los efectos del presente artículo.

a.- Argentina.

En Argentina, no obstante que la legislación nacional no contempla la figura del vientre de alquiler, hay al menos una veintena de casos con sentencia favorable a su aceptación y a la determinación de la filiación en beneficio de los contratantes. Hemos seleccionado tres de ellas con la finalidad de mostrar cuál es el criterio jurídico tomado en cuenta por los tribunales para legitimar dicha práctica.

²³ CM. LÁZARO PALAU, *El concepto de persona como elemento clave de la identidad europea; el caso de la maternidad subrogada* en *Cuadernos Europeos de Deusto*, cit.,193.

²⁴ Es usual leer en periódicos e información web casos de mujeres que gestan bebés por cuenta de otros a precio vil para cubrir necesidades elementales. A modo de ejemplo confróntese: HUFFPOST edición española, *Dramático caso de vientre de alquiler en México acaba con el rapto del bebé*. <https://www.huffingtonpost.es/2017/08/09/un-dramatico-caso-de-vientre-de-alquiler-en-mexico-acaba-con-el-a-23071789/> El Tiempo, *En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones Cómo funciona y quién presta su cuerpo para dar vida a bebés que después se entregan*, <https://www.eltiempo.com/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472> Actualidad El Comercio. *Las mujeres alquilan su vientre por no menos de USD 10000 en Ecuador*. https://www.elcomercio.com/app_public.php/actualidad/mujeres-vientredalquiler-ecuador-sociedadmaternidad.html

*Caso: Mujer gestante de hijo genéticamente perteneciente a pareja que contrata el servicio de gestación*²⁵.

La señora A.V.O, madre biológica de dos hijos, se ofreció para gestar gratuitamente una criatura cuyo material genético pertenecía a una pareja que no podía concebir porque la esposa había sufrido una histerectomía de útero. Para ello se fijaron una serie de condiciones contractuales relativas a gastos y controles propios del embarazo, que las partes cumplieron rigurosamente. Producido el parto los interesados interpusieron conjuntamente ante el Juzgado de Familia una medida autosatisfactiva²⁶, con la finalidad de determinar la filiación del niño, para lo cual se realizaron análisis de ADN que acreditaban la parentalidad genética de la pareja contratante.

No obstante el acuerdo, la Asesora de Menores e Incapaces, en calidad de representante del menor, interpuso acción de nulidad del contrato, solicitando intervención del Ministerio Fiscal, ante la presunta irregularidad ocurrida con el acuerdo en cuestión.

Sobre el particular, el juez consideró que en el caso bajo análisis el acuerdo entre las partes, que señala la entrega de un niño que no tiene la carga genética de la gestante²⁷, no implica la entrega del propio hijo. Por tal razón no encontró motivo para señalar la nulidad del acuerdo.

El Código Civil y Comercial (CCyC) vigente a la fecha de la sentencia en estudio señalaba: “La maternidad quedará establecida, aun sin mediar reconocimiento expreso, por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido”. A pesar de ello, el juez se mantuvo en el criterio que en el caso en comento la gestante no era la madre, pues en las técnicas de reproducción humana artificial, y específicamente en la del vientre de alquiler, se exige un elemento indispensable para determinar la maternidad y/o la paternidad: la voluntad procreacional²⁸. Esta unida al espíritu de la norma respecto de

²⁵ Expediente 714 OAV p/med. Autosatisfactiva. Mendoza 29-07-2015.

²⁶ La medida autosatisfactiva es un procedimiento cuya finalidad es obtener el reconocimiento de un derecho anticipadamente y con carácter definitivo. La precocidad de la acción se debe al peligro en la demora.

²⁷ El embrión es producto del aporte de los gametos de la pareja contratante.

²⁸ Gil Dominguez establece que “Desde una perspectiva psico-constitucional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas.” A. GIL DOMINGUEZ, *El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial*, en

la búsqueda de la verdad biológica dentro del derecho de filiación, da como resultado la viabilidad del pedido realizado por las partes en el proceso, señalando como padres de la criatura a quienes aportaron el embrión que se gestó y creció en el vientre de otra mujer.

No obstante, el magistrado señaló que "... corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo la realidad gestacional"²⁹.

A pesar de la jurisprudencia reiterada en favor del vientre de alquiler y que el CCyC que entró en vigencia en agosto de 2015 señala como fuentes de filiación: la naturaleza, la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida³⁰ el legislador omitió expresamente pronunciarse sobre ello en el texto legal, no obstante estar contemplado en el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil y Comercial³¹. Esta posición no debería sorprender, ya que aunque es cierto que la maternidad no se reduce a la identidad biológica entre procreantes y procreados, también lo es que sin embarazo no

<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/GIL-DOMINGUEZ-El-derecho-a-la-identidad-gene%CC%81tica-y-las-TRHA-en-el-Co%CC%81digo-Civil-y-Comercial.pdf>

²⁹ Sentencia Argentina. Expediente 714 OAV p/med. Autosatisfactiva. Mendoza 29-07-2015. Considerando. Asimismo en la parte resolutive señala "IMPONER a los progenitores, a partir del momento en que su hijo adquiera edad y madurez suficiente para entender, la obligación de informarle respecto de su origen gestacional".

³⁰ "La filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción." (Art. 558 CCyC), siendo en este último caso la voluntad procreacional el elemento determinante para atribuir la maternidad y/o paternidad. Dicho elemento queda configurado por "... el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscrito en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas" (art. 569 CCyC), aclarando a continuación que "... Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales ..." (art. 575 CCyC).

³¹ Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina) 2012 ARTÍCULO 562.- Gestación por sustitución." El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

<https://guillermoberto.files.wordpress.com/2012/03/codigo-civil-anteproyecto-articulado.pdf>

hay hijos, que quien gesta no es una incubadora o un útero aislado de la persona en cuyo vientre crece la vida, y que durante el desarrollo de la vida intrauterina se generan una serie de relaciones biológicas e incluso emocionales entre gestante y gestado³².

Pero para el Juez, en el caso bajo comentario, existe un vacío legal respecto de la gestación por sustitución, toda vez que ni el CCyC de ese momento ni el que entraría en vigencia a los pocos días de su sentencia, contempla la maternidad por sustitución. Por lo tanto, entraría en el ámbito de su discrecionalidad la resolución a tomar al respecto.

Si bien es cierto que la norma civil no regula esta figura, creemos que la buena fe obliga, al menos, a cuestionarse respecto del ánimo del legislador, toda vez que habiéndose contemplado el vientre de alquiler en el anteproyecto de CCyC, como el mismo juez lo señala, se decide no legislar sobre el tema a la vez que ratifica que la maternidad se determina por el parto en cualquier circunstancia en que se produzca el nacimiento. Por ello, si bien la norma no se pronuncia sobre las consecuencias de la práctica en sí, confirma la forma de determinar la filiación, lo que está plasmado en el código vigente que conocía perfectamente el magistrado.

No obstante que la técnica no persigue la búsqueda de madres, como lo han señalado Pinzón y otros³³, negar esta condición a quien sobrelleva el embarazo y experimenta en todo su ser la transformación física y emocional que genera la gestación, no parece razonable ni acorde al espíritu de la norma. Menos aún si el magistrado conocía el criterio del legislador respecto de la determinación de la maternidad en el nuevo CCyC, cuya vigencia distaba de pocos días para iniciar.

Por otro lado, utilizar eufemismos para quitar gravedad a la realidad que sucede en estos contratos, lejos de cambiar realidades, oculta el drama de la instrumentalización de al menos dos vidas, la de la gestante y la del concebido. Ambos utilizados como “medios” para alcanzar los deseos de la persona o pareja contratante. La mujer pone a

³² Sobre el particular está muy bien documentado el informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada en los puntos 3.1 y 3.2 de la Parte I relativo a los “Aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación.

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridico_s_maternidad_subrogada.pdf

³³ Cfr. IY. PINZÓN, E. RUEDA, O. MEJÍA PATILO, cit., 90.

disposición de terceros, al menos, su útero y su capacidad reproductiva, mientras que el nacido se convierte en el “objeto” del contrato a entregarse a los padres de intención. Sobre el particular se aduce que, en el caso de la gestante, esta presta su consentimiento libre para gestar y luego entregar el nacido y que negarle esta opción sería tratarla de forma paternalista³⁴. Al respecto cabe señalar que la libertad de la futura gestante no puede significar el sometimiento de “...la voluntad de la mujer a cláusulas limitativas de su propia libertad respecto del desarrollo del proceso gestacional y de las decisiones que deba tomar respecto al feto mientras dure la gestación.”³⁵ Por ello no compartimos lo señalado por el juez del caso, para quien la “dación de vida debe privilegiarse por sobre todo otro miramiento ético.”³⁶ Consideramos, por el contrario, que programar la dación de vidas en estas condiciones afecta gravemente la dignidad del nacido y de su madre gestante, al ser tratados como instrumento y objeto respectivamente, o como lo señala Albert, porque se “trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de los comitentes, y no como fines en sí mismos.”³⁷ En consecuencia, consolidar dicha práctica, lejos de subsanar los derechos vulnerados del hijo, lo que hace es agravar la afectación de derechos fundamentales que derivan de la dignidad humana. Es el caso del mismo derecho a la vida, en tanto los comitentes podrían señalar condiciones “de calidad” respecto del hijo encargado, o del derecho a la identidad garantizado incluso en la institución de la adopción, pero vulnerado en el de las técnicas de reproducción humana asistida con asistencia de donante al consagrarse el anonimato del donante y en el caso de la maternidad subrogada, el de la gestante, que lo ha cobijado en su vientre durante la primera etapa de su vida.

³⁴ Cf. E. LAMM, *Gestación por sustitución realidad y derecho*, en *InDret Revista para el análisis del derecho*, n°3, 2012, 8 en http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf JM. MARTÍNEZ OTERO, *La hipertrofia del principio de autonomía en el debate bioético*, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVII, n°3, 2017, 333.

³⁵B. SOUTO GALVÁN, *Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho*, cit., 291.

³⁶ Respecto de la moralidad de los actos de disposición del propio cuerpo, señala que “... no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenio (sic): la gestación de un ser humano.” Y ello, a su criterio “... no contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley.”

³⁷ M. ALBERT, *La explotación reproductiva de las mujeres y el mito de la subrogación altruista. Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución*, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n°2, 2017, 185.

Se eleva a fuente de filiación en los casos de técnicas de reproducción asistida la voluntad procreacional que se define según Gil Domínguez, "... como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas."³⁸ Prima entonces el elemento volitivo frente a la realidad biológica, el que se materializa en el consentimiento informado de las partes intervinientes³⁹. En este sentido, la voluntad procreacional puede comprenderse como fuente de filiación en el caso de la donación de gametos. Allí la mujer sola, o con su pareja, asumen la filiación del hijo que aquella gesta durante nueve meses, mas no en el vientre de alquiler.

Pero esta fuente no es nueva en la doctrina argentina, sino que entra en el ordenamiento nacional en la década de los sesenta del siglo pasado, de la mano del jurista Díaz de Guijarro, con la finalidad de justificar la atribución de la paternidad en los casos en que el hombre, no siendo el padre biológico de una criatura asume la paternidad social. Esta voluntad existe, según el jurista, aún cuando no hay unión sexual de los cónyuges para procrear. Es el caso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) con aportación de gametos de la pareja o de terceros, o del hombre que se casa con una mujer embarazada de un tercero y decide asumir la paternidad de la criatura que nazca. El jurista señalaba que la voluntad procreacional es "... la asunción consciente de la paternidad...", que corresponde al cónyuge de la mujer y nunca al dador del semen que fecundó el óvulo⁴⁰. La finalidad de dicha figura, hoy utilitaria a la fecundación in vitro, era no dejar sin padres a la criatura por nacer o ya nacida. Situación diferente a la que se presenta en las TRHA donde, como se ha señalado, se planifica la gestación de un ser que todavía no existe.

Caso: Gestante hermana de aportante de óvulo⁴¹.

Dos parejas heterosexuales acuerdan que la mujer de una de ellas lleve adelante el embarazo del niño, cuyo material genético pertenece íntegramente a la otra. Señalan,

³⁸ A. GIL DOMINGUEZ, *El derecho a la identidad genética y las TRHA en el Código Civil y Comercial*. <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2017/10/GIL-DOMINGUEZ-El-derecho-a-la-identidad-gene%CC%81tica-y-las-TRHA-en-el-Co%CC%81digo-Civil-y-Comercialpdf>

³⁹ Cf. M. GARMIZO, A. KRASNOWE, E. RADYK, en A. KRASNOW (dir.). *Manual de Derecho de Familia*, Buenos Aires, 2016, 315.

⁴⁰ Cf. E. DÍAZ DE GUIJARRO, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", en *Jurisprudencia Argentina* vol. III, 1965, 23.

⁴¹ H.M. y otro/a s/medidas precautorias. Expte N°LZ-62420-2015. Lomas de Zamora, 30-12-2015.

asimismo, que se realiza de manera altruista y con el único ánimo de permitir la formación de la familia ansiada por la pareja infértil, ya que debido a la dolencia que sufre la mujer, Síndrome de Rokitansky⁴², ella nunca podrá embarazarse a pesar de generar óvulos. La particularidad del caso se da en que las mujeres son hermanas y por lo tanto la gestante será la tía de la niña concebida.

Acuerdan, asimismo, que todos los gastos serán cubiertos por la pareja comitente. De igual manera realizan los trámites que exige la norma civil sobre el particular a efectos de la prestación del consentimiento⁴³. Ante la inminencia del parto solicitan autorización judicial para la urgente inscripción de la niña por nacer como hija de los padres genéticos, quienes tienen la voluntad procreacional.

Como la gestante tiene tres hijos, los niños están al tanto del embarazo de su madre y saben que la niña que se está gestando es hija de sus tíos. En entrevista sostenida con los pequeños, uno de ellos hace referencia a su "primana"⁴⁴, por las características especiales del embarazo.

La Asesora de Menores, que interviene con la finalidad de cautelar los derechos de la niña por nacer, solicita en su dictamen máxima celeridad en el proceso, para garantizar el derecho a la identidad de la menor mediante la inscripción inmediata al momento del nacimiento, como hija de los padres genéticos. De esta forma, entiende, se asegura el interés superior del niño.

Sobre el particular, la Juez de primera instancia considera que ante la falta de regulación específica opera el principio de legalidad, que surge del artículo 19 de la

⁴²El síndrome de Rokitansky "Consiste en la ausencia congénita de vagina y útero ausente o rudimentario, como consecuencia de la falla en el desarrollo del espozio müleiano de la vagina y el útero". ME. ESCOBAR, M. GRYNGARTEN, G. DEL REY, et al, *Síndrome de Rokitansky (agenesia úterovaginal): aspectos clínicos, diagnósticos y terapéuticos*, en *Archivos argentinos de Pediatría*, vol.105 n°1, 2007.

www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0325-00752007000100006&lng=es&nrm=iso

⁴³ Art. 560 CCyC: "El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se sometan al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones."

Art. 561 CCyC "La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión".

⁴⁴ Sentencia Argentina: H.M. y otro/a s/medidas precautorias. Expte. N°LZ-62420-2015. Lomas de Zamora, 30-12-2015.

Constitución Nacional. Señala, asimismo, que el Anteproyecto del CCyC sí regulaba la figura del vientre de alquiler: “El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial...”⁴⁵.

Admitir la voluntad procreacional, como fuente de filiación en el CCyC, exige según la Juez el deber del Estado de poner a disposición “... el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación”⁴⁶.

Asimismo, la magistrada entiende que: “En el caso concreto, pesará más el interés superior del niño nacido a través de una gestación por sustitución y los derechos y efectos derivados de la determinación de la filiación a favor de los comitentes, que la invocación a la ilicitud del objeto y consiguiente nulidad del acuerdo...”⁴⁷.

Para la jueza, lo que más conviene a los intereses de los menores y de las mujeres que gestan mediante esta técnica, lo que mejor salvaguarda sus derechos y su dignidad, es la regulación en favor de esta técnica, garantizándose así que, producido el nacimiento, la criatura esté con aquellas personas que realmente la han querido. En virtud de estas razones, y ante la ausencia de ley que prohíba la gestación por sustitución, considera que la misma está permitida, por lo que hace lugar al pedido solicitado por las partes.

El caso guarda similitudes con el anterior: una pareja aportante de gametos es la que reclama la filiación del bebé. En ambos supuestos la motivación sería altruista.

Pero a diferencia del caso anterior, en el presente la sentencia se produce durante la vigencia del nuevo CCyC, en el cual, como ya señalamos, se mantienen incólumes los principios “*Mater Semper certa est*” (madres siempre es cierta) y “*Partus sequitur ventrem*” (el parto sigue al vientre). No obstante, la jurisprudencia argentina está desconociendo este mandato legal que señala como madre a la gestante.

En este sentido, respecto de una sentencia análoga a las que comentamos aquí, Marrama señala acertadamente que el Juez (al igual que en los dos casos en mención) “...hace caso omiso del antecedente parlamentario y del texto de la ley, y resuelve hacer lugar a la demanda, reconociendo implícitamente la validez del contrato de subrogación de vientres..., en clara violación de la división de poderes, lo que permite

⁴⁵ Sentencia Argentina: H.M. y otro/a s/medidas precautorias. cit., Considerando.

⁴⁶ Sentencia Argentina: H.M. y otro/a s/medidas precautorias. cit., Considerando.

⁴⁷ Sentencia Argentina: H.M. y otro/a s/medidas precautorias. cit., Considerando.

afirmar que se trata de una arbitrariedad de sentencia por exceso funcional⁴⁸. Ello implica, según la mentada jurista, que al haber norma expresa, como lo es el artículo 562 CCyC que establece la forma en que se determina la maternidad, y al haber existido la disposición transitoria aludida precedentemente, el fallo en contra de las disposiciones vigentes "...sin declarar su inconstitucionalidad, resultan decisiones contra legem"⁴⁹.

Tanto en el primer caso como en el presente se hace referencia a la necesidad de proteger los intereses del menor. Sin embargo, las Defensoras de Menores adhieren a criterios opuestos a la legalidad de los acuerdos y sus consecuencias. Esto muestra que no hay unidad de criterio entre la norma y la jurisprudencia respecto de la práctica en cuestión.

Otro tema sobre el que se impone reflexionar, a partir de la aludida sentencia, es el relativo al alcance del deber del estado de garantizar la viabilidad del ejercicio de los derechos reproductivos. Sobre esto volveremos en el siguiente.

Caso: Pareja homosexual que contrata servicio de ovodonación y gestación⁵⁰.

Una pareja compuesta por personas del mismo sexo, solicita la inscripción del menor V, como hijo de ambos, quien nació en el año 2017 a raíz de un contrato de vientre de alquiler mediante ovodonación (no se mencionan más datos). Solicita, asimismo, que la mujer gestante sea excluida como madre.

Ante este pedido, y frente a la norma civil que señala: "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento...", la Jueza de Primera Instancia declara inconstitucional el artículo 562 del CCyC⁵¹. Argumenta, sobre el particular, que el texto normativo que determina la *voluntad procreacional* como fuente de filiación no tiene en

⁴⁸ SE. MARRAMA, *Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia*, en *Revista RYD República y Derecho*, n°3, 2018, 4.

⁴⁹ SE. MARRAMA, cit., 12.

⁵⁰ S.T.V. s/ inscripción de nacimiento. Buenos Aires, 15-03-2018.

⁵¹ "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informando y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos." (art. 562 CCyCN).

cuenta el caso de las parejas compuestas por dos hombres. Frente a esta medida, el Ministerio Fiscal y la Defensoría de Menores correspondientes, apelan la sentencia en mención, sintiéndose agraviados por la decisión de la magistrada.

El Tribunal de Segunda Instancia emite fallo por mayoría basándose en las siguientes consideraciones:

Voto mayoritario:

1.- El CCyC asume el derecho de toda persona, cualquiera sea su orientación sexual, a formar una familia. En concordancia con ello, amplía las fuentes de filiación, sumando a las dos existentes (naturaleza y adopción) una tercera que proviene de las TRHA, cuyo fundamento es la voluntad procreacional de los padres.

2.- La voluntad procreacional, entendida como fuente de filiación, hace referencia al "... querer engendrar un hijo, darle afecto y asumir la responsabilidad de su formación integral, en el marco del derecho a una maternidad y a una paternidad libres y responsables ..." ⁵².

3.- La identidad de las personas no solo está constituida por la correspondencia biológica entre padres e hijos, sino que también el elemento de la voluntad juega un rol determinante para establecer la relación filial, como ocurre en el caso de la adopción o en la donación de gametos o vientre de alquiler.

4.- El CCyC, en su artículo 562, señala que la paternidad del niño nacido mediante TRHA corresponde a quien tuvo la voluntad procreacional, mientras que la maternidad le cabe a la mujer que dio a luz. La norma así redactada, dicen los integrantes en mayoría del Tribunal, genera la duda respecto de si está o no contemplado el vientre de alquiler, habida cuenta que no hay regulación expresa sobre la materia, a pesar de haber sido contemplada en el anteproyecto de reforma. Sin embargo la Ley 26.862, sobre acceso integral a los procedimientos y técnicas médicas señala que la autoridad encargada de aplicar la ley "...no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios" (art. 8). Sobre esta base entiende el Tribunal que no se puede limitar el acceso a las TRHA a, las parejas constituidas por dos hombres, pues en caso

⁵² Sentencia Argentina. S.T.V. s/ inscripción de nacimiento. Buenos Aires, 15-03-2018. Sumario.

contrario, señala el criterio mayoritario, quedarían al margen de la posibilidad de ser padres por esta vía ya que la maternidad quedaría determinada solo por el nacimiento.

5.- Los magistrados entienden que los niños no habrían nacido de no ser por el deseo de los pretendidos padres y el recurso al vientre de alquiler. Por esta razón consideran que son ellos quienes pueden garantizar el mejor interés superior del niño. Bajo este criterio, unido al principio de legalidad señalado en la Constitución Nacional contemplado en el artículo 19⁵³, entienden que corresponde confirmar la sentencia de primera instancia.

El voto en disidencia de la doctora Abreut señala que la decisión de excluir la figura de la maternidad subrogada, por parte de la Comisión Bicameral de Reforma del CCyC, se realiza a la luz de la indiscutible cantidad de cuestionamientos de orden moral y legal que impiden generar consenso sobre el particular, tanto a nivel nacional como del derecho comparado, al punto que esta figura es regulada en muy pocos países. Esta decisión del legislador de excluir la presente variante de las TRHA, evidencia su ánimo de no admitirla en el ordenamiento nacional. Más aún si se toma en cuenta que el artículo en cuestión ratifica que madre es quien da a luz, conforme lo establecen los principios generales de la filiación. Esto, señala la magistrada, sin perjuicio que *a posteriori* se pudiese recurrir a la figura de la adopción. Para el presente caso señala: “El control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental...”⁵⁴.

Asimismo, entiende la magistrada que en la ponderación del derecho a la identidad del menor, frente al derecho a formar una familia, prima el del niño, toda vez que si se admitiera el vientre de alquiler se desvirtuaría la posibilidad de acceder a la información respecto de su realidad biológica.

⁵³ “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (art. 19).

⁵⁴ Sentencia Argentina.S.T.V. s/ inscripción de nacimiento.cit., Disidencia de la Dra. Abreu.

En los casos señalados se plantean una serie de conflictos de derechos fundamentales entre las partes que abarcan, entre otros, el derecho de las personas a formar una familia frente al derecho a la identidad de los nacidos por vientre de alquiler⁵⁵.

En este contexto no es extraño interrogarse sobre el real alcance del pretendido derecho a procrear y a fundar una familia. La Real Academia Española de la Lengua define procrear como “*Engendrar un individuo de su misma especie.*” El vocablo reproducción es entendido como “*Acción y efecto de reproducir o reproducirse*”. Mientras que reproducirse es “*Engendrar y producir seres de sus mismos caracteres biológicos*”.

Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁶; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁷; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁸; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;⁵⁹ y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la

⁵⁵ Cf. R. CÁRDENAS KRENZ, *El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana*, en *Persona y Familia*, vol. 4, n°1, 2015, 47-65. BM. JUNYENT BAS DE SANDOVAL, *Fecundación asistida e identidad personal*, Buenos Aires, 2016, 96-100.

⁵⁶ Artículo 16. 1. “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. 3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁵⁷ Artículo 10” Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

⁵⁸ Artículo 23 1. “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”.

⁵⁹ Artículo 5” En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: iv) El derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge ...”

Mujer⁶⁰, suscritos todos por los países cuya jurisprudencia comentamos, amparan el derecho de las personas a casarse y formar una familia, pero no hacen referencia explícita al derecho a procrear o derecho a reproducirse.

La doctrina⁶¹ entiende que este pretendido derecho surge de otros derechos humanos como el derecho a la salud, a formar una familia, a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad, entre otros, considerando por añadidura que los derechos reproductivos son derechos humanos. En consecuencia todas las personas, hombre o mujeres, estarían en capacidad de exigir la garantía de su goce. ¿Significa esto, entonces, que son exigibles sin más? Para Alda Facio esto es sí “El compromiso con los derechos humanos - dice - y por ende con los derechos reproductivos supone que los Estados asuman obligaciones para garantizar que en todo momento todas las personas puedan disfrutarlos en la medida de lo posible para cada Estado”⁶², quedando obligados así a tomar las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento y disfrute⁶³. En esta perspectiva, Gómez Sánchez considera que el derecho a la libertad, tutelado en la Constitución española, no puede entenderse solo en su aspecto negativo, esto es el derecho a no ser privado de la libertad, sino también en el ámbito de la libertad como autonomía. En este espacio del actuar humano, el estado podría también vulnerar la libertad individual privando al titular de su derecho de autodeterminación

⁶⁰ **Artículo 16** 1. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial...”

⁶¹ Cf. A. ALKORTA IDIAKEZ, *Nuevos límites del derecho a procrear en Derecho Privado y Constitución*, n°20, 2006, 12-18. E. SERNA MEROÑO, *Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica*, en *Derecho Privado y Constitución*, n°26, 2012, 274-282. C.MORÁN, *Procreación y Derechos Humanos. La libertad de procrear en el ordenamiento jurídico peruano*, en *Revista de Derecho*, 2001, 15.

⁶² A. FACIO, “*Los derechos reproductivos son derechos humanos*”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2008,73.

⁶³ A. FACIO, *cit.*, 71.

reproductiva⁶⁴. Los derechos reproductivos, que adquieren protagonismo en el ámbito de las Conferencias del Cairo y Beijing, tienen como destinatarias a las mujeres, con la finalidad de empoderarlas para su ejercicio negativo (evitar embarazos). Paradójicamente, con el auge de las técnicas de reproducción asistida, ahora pretenden reivindicarse desde una perspectiva positiva (exigencia al estado de garantizar el derecho a los hijos). Esto significaría que los estados deben garantizar el acceso a tales derechos, para dotar de hijos a las parejas estériles y a las que, sin serlo, no pueden procrear por estar constituidas por personas del mismo sexo. En este contexto surge la interrogante sobre la operatividad o no de dicho derecho, pues biológicamente la dotación masculina y femenina generan una complementariedad que no puede darse en los casos de parejas del mismo sexo. Por nuestra parte, entendemos que no es discriminatorio el criterio seguido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos a nivel internacional, incluso en aquellos estados donde está regulada la reproducción artificial, respecto de la decisión jurídica que la maternidad queda determinada por el parto. Y ello obedece a cuestiones morales que tienen que ver con los límites del actuar humano. Permitir que las mujeres gesten hijos para otras personas banaliza, según nuestro entender, un acto absolutamente íntimo de interacción biológica e incluso espiritual que se produce durante el período de gestación. No es raro, entonces, que países con el más alto desarrollo humano como Noruega, Suiza, Alemania, Islandia, Suecia, Dinamarca y Finlandia ⁶⁵ no permitan o desconozcan el vientre de alquiler y otros como Australia (en diferentes estados como Queensland, Western Australia y Tasmania) señalen la no exigibilidad del contrato suscrito⁶⁶ y que sin perjuicio de aceptar la maternidad altruista, esta quedará determinada por el parto, dando la oportunidad a la mujer de quedarse con el niño nacido de su vientre. “En la gestación subrogada la vinculación, sea gestacional o genética, no puede ser obviada, porque la

⁶⁴ Cf. Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, 45-48.

⁶⁵http://hdr.undp.org/sites/default/files/2018_human_development_statistical_update_es.pdf
<http://norden.diva-portal.org/smash/get/diva2:1268191/FULLTEXT01.pdf>

⁶⁶ Queensland (surrogacy Act 2010) art. 15. Western Australia (Surrogacy Act 2008) art. 7-1, Tasmania (Surrogacy Act 2012) art. 10-1.

ignorancia de esa vinculación implicaría una merma en la dignidad de la mujer derivando en su deshumanización...”⁶⁷

Como señala Gonzales Moreno, en las mencionadas conferencias internacionales de El Cairo y Beijing de los años noventa, se confunden derechos sexuales y derechos reproductivos asimilándoselos en ocasiones y diferenciándolos en otras⁶⁸. Los derechos sexuales no son necesariamente reproductivos, aunque traigan de suyo la posibilidad de procrear. En cualquier caso, los derechos reproductivos hacen referencia a hombres y mujeres, quienes aportando sus gametos podrán o no generar nueva vida humana. A diferencia de quienes reivindican este derecho como ilimitado e irrestricto, que en aquellos casos en los cuales el ámbito de la reproducción exceda la fecundación *vera cópula* entre adultos, el estado está en condiciones legítimas de establecer los límites que considere coadyuvan al orden público familiar e internacional.

Sobre el particular Redondo Saceda señala: “...desde mi punto de vista estas asimetrías en relación con la reproducción se distinguen por tener un fundamento biológico que no permite un análisis en los términos comparativos que requiere la aplicación del principio de igualdad y que son los que no permiten hablar de un derecho fundamental a la reproducción. Primero, porque las diferencias biológicas entre los cuerpos de los hombres y las mujeres no permiten tratar su diferente acceso a la reproducción en términos comparativos: la mujer tiene una capacidad natural de gestar de la que el hombre carece”⁶⁹. Y no carece por enfermedad alguna sino porque “... la vida reproductiva de unos y otras es distinta”⁷⁰. Atendiendo a ello es que no creemos que la norma del CCyC argentino sea inconstitucional al señalar que la maternidad queda determinada por el parto. Todas las personas tienen derecho a casarse y fundar una familia de acuerdo a la normativa, pero ello debe entenderse en el ámbito de las propias limitaciones biológicas y orgánicas de los seres humanos. Esto es así por cuanto

⁶⁷ L. REDONDO SACEDA, *Libre disposición sobre el cuerpo: la posición de la mujer en el marco de la gestación subrogada*. En *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, n°12, 2017, 143.

⁶⁸ Cf. JM. GONZÁLEZ MORENO, “Los derechos sexuales y reproductivos como categoría jurídico internacional revisable”, en *Revista de Derecho Público*, n°38, 8-10. <https://dx.doi.org/10.15425/redpub.38.2017.03>

⁶⁹ L. REDONDO SACEDA, “Asimetría reproductiva: controversias entre el derecho a la reproducción y la gestación subrogada”, en *Anuario Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá* n° IX, 2016, 64. ISSN 1888-3214

⁷⁰ S. ÁLVAREZ MEDINA, “La autonomía reproductiva. Relaciones de Género, Filiación y Justicia. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid vol. 1, n°35, 2017, 155. ISSN 1575-720-X.

“el principio de igualdad formal hace referencia a la universalidad de la ley, pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o la conveniencia de diferenciar situaciones distintas y de darles un tratamiento diverso, que puede venir exigido, por la propia naturaleza de las cosas”⁷¹. Del derecho a formar una familia no debería inferirse que surge un derecho subjetivo al hijo, que como tal exige la entrega en cualquier forma y a cualquier precio⁷². Es el caso de la adopción, que en los tres ordenamientos cuyas sentencias comentamos establecen condiciones de idoneidad moral para acceder a ella⁷³. Lo mismo ocurre en Argentina con la maternidad, donde el reformador del Código Civil desechó la posibilidad de contemplar su determinación en mujer ajena a la que ha dado a luz y es que: “El derecho a la libertad, ...no legitima cualquier uso o destino que la persona quiera hacer de su cuerpo. El alquiler de útero vulnera la dignidad de la mujer gestante y del nacido”⁷⁴, aún cuando esta esté

⁷¹ E. SERNA MEROÑO, “Las técnicas de reproducción humana asistida: limitaciones para su práctica”, en *Derecho Privado y Constitución*, n°26, 2012, 291.

⁷² De igual manera y como señala Bustamante Alsina, “el derecho o la libertad de casarse no equivale a la atribución de un marido o una esposa”. Bustamante Alsina citado por E. SAMBRIZZI, “La maternidad subrogada (gestación por sustitución)”, en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, en *El Derecho*, <https://core.ac.uk/download/pdf/32624581.pdf>

⁷³ Argentina: Ley 25.854. Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos. Art. 7 – “Toda inscripción se efectuará por los peticionantes en el “Libro de Aspirantes” ante los profesionales idóneos del organismo designado por cada jurisdicción correspondiente a su domicilio, con la apertura del legajo respectivo, donde deberán constar los siguientes datos como mínimo: c) Evaluaciones jurídicas, médicas, psicológicas y socio-ambiental de los postulantes y su núcleo familiar inmediato; indicación de la documentación acompañada...”. Colombia: Código de la Infancia y de la Adolescencia: (Ley 1098/2006) Artículo 68. “Requisitos para adoptar. Podrá adoptar quien, siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad, tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Estas mismas calidades se exigirán a quienes adopten conjuntamente”. Perú: Decreto Legislativo 1297. **Artículo 125.-** “Requisitos para la adopción Las familias o personas interesadas en adoptar deben: a) Contar entre veinticinco y sesenta y dos años de edad. La edad máxima puede ampliarse excepcionalmente por razones debidamente justificadas en función del interés superior del niño. b) Acceder voluntariamente a la adopción, en forma escrita. Los cónyuges o integrantes de unión de hecho, deben presentar la solicitud de adopción en forma conjunta. c) Contar con declaración de idoneidad. Reglamento del D. Leg. N° 1297, Decreto Legislativo para la Protección de las niñas, niños y adolescentes sin cuidados parentales o en riesgo de perderlos **176.2** Con respecto a las personas solteras, casadas o convivientes, solicitantes de adopción, la DGA o la UA, verifica lo siguiente: a) Identidad y el estado civil. b) No contar con sentencia condenatoria por violencia familiar. c) No estar inscrito en el registro de deudores alimentarios morosos. d) Su situación respecto a antecedentes penales y policiales que puedan registrar, desde un análisis de competencias parentales y ejercicio de la patria potestad”.

⁷⁴ Y. GOMEZ SANCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994, 141.

dispuesta a alquilar su cuerpo. No se trata de una consideración personal sino de que las personas tienen "... una condición distinta a la del resto de los seres vivos."⁷⁵ Su consideración como bien fungible llevaría a la utilización de mujeres como vasijas para la generación de seres humanos de acuerdo a las necesidades del mercado, lo que no se condice con el respeto a ellas debido.

b.- Colombia.

En Colombia, la única sentencia específica sobre maternidad subrogada de la que tenemos conocimiento es la que analizamos a continuación, aclarando que desde nuestra perspectiva este no es un caso de vientre de alquiler, no obstante que la doctrina pretenda equipararlo.

Caso: Identidad entre aportante de óvulo y gestante: mujer sola que gesta para pareja contratante⁷⁶.

Una pareja de esposos latinoamericanos (Salomón y Raquel), residentes en los Estados Unidos de América, decidieron recurrir al vientre de alquiler para lograr su sueño de ser padres. Para ello acudieron a un centro de fertilidad en Cali, Colombia, donde contactaron con una mujer llamada Sarai, dispuesta a alquilar su vientre para gestar el hijo de ambos y a entregar a la criatura con posterioridad al nacimiento. Ante los intentos fallidos de concebir con embriones de la pareja, e incluso con embriones provenientes de ovodonación, le proponen a Sarai que adicionalmente al vientre aporte sus óvulos. Ella acepta el ofrecimiento a cambio de una suma importante de dinero. Esta vez la fecundación *in vitro* dio resultado y como consecuencia de ello nacieron dos niños en marzo de 2006: Samuel y David.

Producido el parto, la gestante anotó a los niños como suyos sin dar información oportuna al progenitor del nacimiento de los pequeños, quien enterado los reconoció. Los niños, a pesar de ser atendidos amorosamente por su familia materna⁷⁷, padecían problemas respiratorios a consecuencia de que la casa en la que habitaban estaba próxima a un horno de cal.

⁷⁵ Y. GOMEZ SANCHEZ, cit.,141.

⁷⁶ Sarai, Acción de tutela. Exp. T-2220700 Corte Constitucional. T. 968, 18-12-2009.

⁷⁷ Según informe de la asistente social aportado por la demandada, que recomendaba no separar a los niños de su madre.

Debido a la situación de salud, el padre solicitó el retiro de la custodia de los niños a su madre, pedido al que el Juez de Familia hizo lugar, otorgando la guarda a la hermana del progenitor (y tía de los niños), quien residía en la ciudad de Cali. Ante este hecho Sarai mudó de domicilio y se dirigió a la ciudad para estar cerca de los pequeños, a quienes visitaba semanalmente.

Posteriormente, el progenitor solicitó autorización para sacar a los dos menores del país con la intención de llevarlos a vivir a Estados Unidos y conformar una familia junto a su esposa. Permiso que fue otorgado cuando los pequeños tenían poco más de dos años de edad.

Esta resolución dio lugar a una serie de incidentes, recursos y apelaciones entre las partes quienes debatían, esencialmente, sobre la autorización del juez para que los niños viajen al extranjero sin fecha de retorno y en torno de cuál de los progenitores era más idóneo para estar con ellos. Se trató pues de una disputa entre adultos sin tener en cuenta el interés superior de los menores.

Para tomar su decisión el magistrado tuvo en cuenta varios aspectos, entre los que resaltan:

- Las partes realizaron un contrato verbal, por el cual acordaban la entrega del niño a su progenitor luego de dar a luz. Acuerdo que incumplió la madre, mereciendo el siguiente juicio por parte del juzgador: "...la ley es para cumplirla y que existiendo un contrato entre las partes es necesario que el mismo se cumpla (...) pues cuando doña SARAI acepta las condiciones del mismo, era conciente (sic) ...que cuando su hijo naciera el mismo pasaría a poder de la familia contratante..."⁷⁸
- Sarai negó al padre la posibilidad de inscribir a los niños como suyos ocultándole el momento del nacimiento.
- La madre de los niños es una persona de recursos escasos en una ciudad insegura como Cali. Los niños estarán mejor con su padre quien posee mejor situación económica y el país donde vivirían les daría mayores oportunidades.
- El padre tiene mejor derecho para estar con los niños, pues él los ha deseado y ha hecho muchos sacrificios para que nacieran. Adicionalmente, los pequeños

⁷⁸ Colombia. Sentencia T-968/09. 1.4. Respuesta del Juez Décimo de Familia de Cali.

podrían convivir con Simón y Raquel en Estados Unidos con quienes han formado una familia, siendo esta la que reconocen como propia.

En grado de apelación, la Corte Constitucional de Colombia observó en el expediente la falta de informes médicos y socioambientales que justifiquen una medida tan grave como es la separación de los niños de su madre.

Asimismo señaló que, como ya lo tiene dicho la jurisprudencia de la misma Corte, ser pobre desde una perspectiva económica, no es una condición suficiente para producir la separación que permitió el juez otorgando en una primera instancia la tenencia a la tía materna y, posteriormente, habilitando al padre para llevar a los niños al extranjero, con el ánimo de residir de manera permanente con este y su esposa en los Estados Unidos.

Asimismo, en la etapa del juicio en que el padre pidió autorización para sacar a los niños, el Juez hizo caso omiso al informe de la visitadora social (adscrita a su juzgado), quien sugirió que los niños no deberían viajar pues se afectaría la relación con su madre y su hermana. También la Procuraduría de Familia se manifestó en este sentido. Todas estas circunstancias crearon en la Corte la convicción de que “se había producido una afectación tanto a los niños como a la madre”, razón por la cual estableció la restitución inmediata de la relación entre ellos, exigiendo al progenitor que los menores viajen a Colombia tres veces al año para estar con su madre, mientras se definía el proceso de patria potestad que estaba en trámite.

A diferencia del primer caso sucedido en Argentina, donde observábamos que jueces y doctrina abogaban por la relevancia del elemento genético y la voluntad procreacional para determinar la maternidad de los nacidos por vientre de alquiler, en el presente se suma un elemento diferente (que observaremos en el siguiente caso sucedido en Perú): la mujer que da a luz es también la madre biológica de los mellizos en disputa. Esta mujer, por otro lado, no está dispuesta a entregar a los pequeños al padre para que conformen una familia con la esposa de este, quien tenía la voluntad procreacional, aunque ello no fue posible a pesar de intentar la generación de hijos con sus óvulos.

¿Constituye conducta jurídicamente reprochable el acuerdo verbal sucedido entre las partes? No tenemos duda que sí. La compraventa de seres humanos es inadmisibles, cualquiera sea la circunstancia en que se dé y los motivos que la originen. Ello es así en tanto se vulnera la dignidad propia de toda persona, tanto de quien gesta como de

quien es entregado. Es abundante la legislación sobre la materia que establece la ilicitud y nulidad de semejante pretensión⁷⁹.

Sin embargo, en el caso en cuestión la mujer rectifica, anota como propio a los hijos y demuestra que a pesar de su precariedad económica está dispuesta a permanecer con los niños. Las acciones que tome el estado para determinar si es acreedora o no del derecho a ejercer la patria potestad, serán materia de resolución judicial y excede nuestro interés de estudio en este momento.

El progenitor, cuya conducta no creemos merezca menor reproche jurídico, reivindica su derecho a llevarse consigo a los menores atendiendo a la “paga” realizada, por una prestación cuyo objeto es la entrega de los niños. Preocupa, asimismo, la postura del juez quien alega que “...cuando doña SARAI acepta las condiciones del mismo (contrato), era consciente ... que cuando su hijo naciera el mismo pasaría a poder de la familia contratante...”⁸⁰

Como aspecto positivo podría destacarse que el juez, a pesar de creer que este es un caso de vientre de alquiler, no niega la maternidad de Sarai. Sin embargo, dispensa con su vocabulario un trato especialmente denigrante hacia los niños, al señalar que ellos “pasarían a poder” del progenitor, como si los seres humanos fuéramos objetos que podemos ser puestos y sacados de un sitio o de otro en función de la voluntad de nuestros semejantes. Los menores podrán estar bajo la patria potestad de sus padres o la tutela de terceros, pero no en poder de nadie.

Esta reflexión, que podría parecer superficial no es baladí para la doctrina colombiana, ya que la Corte Constitucional de Colombia se ha manifestado en reiteradas sentencias sobre la necesidad de cuidar el lenguaje, evitando violentar la dignidad de las personas mediante expresiones que puedan generar la percepción de que pudiera cosificarse a los seres humanos⁸¹, menguándose su dignidad.

⁷⁹ Es el caso de España (Ley 14, 2006 art. 10), Francia (art. 16-7 Código civil), Alemania (Ley 745790 art. 1.7), entre otros.

⁸⁰ Colombia. Sentencia T-968/09. 1.4.cit.,

⁸¹ Cf. V. MOADIE ORTEGA, *Principio de dignidad humana en el arrendamiento de vientre en el ordenamiento jurídico colombiano*, en *Revista Jurídica*, n°4, 2012. Es interesante observar como expresiones tales como “transferencia de los deportistas”, “amo” “criado” son entendidas por el Tribunal como vejatorios de la condición humana y por lo tanto deben modificarse.

Esta reflexión en favor de la protección de la dignidad de las personas y en estos casos, de la gestante no es unánime respecto de qué conductas afectan realmente la dignidad de la mujer.

Señalan los partidarios de la legalización del vientre de alquiler que el concluyente argumento esgrimido, en el sentido de que esta práctica instrumentaliza a la mujer que accede a gestar un hijo para otra pareja, es "...paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer"⁸². Sobre el particular cabe remitirse a los datos de la realidad. Países como India, Tailandia y Nepal han modificado sus leyes relativas a la maternidad subrogada, ante la constatación de ingentes industrias de bebés en sus territorios y la utilización de las mujeres más humildes, que "producen" hijos para personas o parejas que en su mayoría provienen de continentes prósperos, que buscan contratar estos servicios a precios muy inferiores a los que pagarían en países del primer mundo. Por ello Martínez Otero señala, "Cuando se habla de que nadie debe condicionar la decisión de la mujer, se obvia el hecho de que las circunstancias que rodean a esa mujer que ofrece su vientre la están condicionando. Cuando se dice que obra libremente, se soslaya el hecho de que sus circunstancias la colocan en una situación desesperada, que le obliga a asumir compromisos contrarios a su dignidad, que nunca elegiría en otras circunstancias"⁸³. Ante esta amenaza es el estado, y no solo los particulares, quien está llamado a garantizar la protección de dicha dignidad. La admisión de estas prácticas implicaría el abandono por parte del estado de las mujeres más débiles y vulnerables, quienes podrían llegar a estos extremos para garantizar su subsistencia y la de sus seres queridos. Qué carga más pesada para las mujeres más humildes, quienes podrían enfrentarse a la disyuntiva y a la coacción de tener que gestar hijos para otros con fines de supervivencia.

El emblemático caso Baby M, sucedido en Estados Unidos en la década de los ochenta del siglo pasado, nos muestra el drama que pueden vivir las mujeres que, apremiadas por necesidades económicas o afectivas, están dispuestas a alquilarse para gestar hijos para otras personas. La realidad social evidencia que mayoritariamente son las mujeres con mayores dificultades quienes prestan este servicio esclavizante e indigno.

⁸²E. LAMM, "Gestación por sustitución", en *Realidad y Derecho InDret. Revista para el análisis del derecho*, n°3 2012, 8, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

⁸³JM. MARTÍNEZ OTERO, "La hipertrofia del principio de autonomía en el debate bioético", cit., 333-334.

Indignidad que no quedaría subsanada por el ejercicio voluntario de esta práctica. “Se mire como se mire -ha dicho Serrano al respecto- la mujer pasa a la condición de recipiente. Su función es puramente orgánica, impersonal. Pero sabemos que cuando se reduce lo personal a lo impersonal, (...) la persona es afectada en su dignidad, reducida, si se le permite la expresión kantiana, al papel de mero medio para el fin de otro. Por otra parte, (...) el útero en alquiler es una función femenina que se mercantiliza hasta el extremo”⁸⁴.

Y esta reducción a la condición de “medio para el fin de otro”⁸⁵ se da igualmente en el caso del vientre de alquiler altruista o gratuito, por cuanto en uno y otro caso se reduce a la mujer, como lo señala Serrano Ruiz Calderón, a una condición meramente instrumental.

c.- Perú.

Desde al año 2011 se han sucedido en el Perú una serie de casos que han dado lugar a varios fallos judiciales. Hemos escogido solo dos atendiendo a las características de los mismos.

Caso: Identidad entre aportante de óvulo y gestante. Paternidad legal del cónyuge de la gestante⁸⁶.

En Perú, el primer caso que abre paso a una serie de pronunciamientos en favor del vientre de alquiler, se da en un contexto de dos parejas con vínculo familiar entre ellas, que acuerdan la gestación de una criatura en la cual el óvulo y el vientre serán aportados por la misma mujer, mientras que el espermatozoide lo otorgará el esposo que conforma la otra pareja y que pretende quedarse con la criatura. La finalidad que motiva a la gestante es estrictamente económica pues quería ahorrar dinero para emigrar con su familia a Italia.

En el trato celebrado por las partes, acuerdan la entrega de la criatura mediante la figura jurídica de adopción civil por excepción⁸⁷, atendiendo al grado cercano de

⁸⁴JM. SERRANO RUIZ CALDERÓN, Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo, en *Cuadernos de Bioética*, vol. XXVIII, n° 2, 2017, 223-229. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>

⁸⁵JM. SERRANO RUIZ CALDERÓN, cit., 223.

⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil permanente. Casación N°563-2011 Lima.

parentesco que existe entre la pretendida madre y el esposo de la mujer gestante, así como en relación a la criatura (tercer y cuarto grado de consanguinidad respectivamente). La pequeña nace el 26 de diciembre de 2006 y es entregada a los aspirantes a adoptantes a los nueve días de vida, el 4 de enero de 2007. Posteriormente se tramita la adopción, pero poco tiempo antes de su finalización la madre biológica pretende desistir del proceso. No se hace lugar al pedido declarándose la adopción de la niña en favor del matrimonio contratante, quienes tenían a la niña desde el inicio del proceso. Ante esta resolución la progenitora interpone recurso de casación alegando que no corresponde la adopción en función de la ausencia de los elementos exigidos para su procedencia (ausencia de relación biológica de los adoptantes y de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, falta de solvencia moral por parte de los adoptantes falta de asentimiento de los padres biológicos).

Sobre el particular la Corte encuentra como elementos claves, además de los datos de hecho señalados precedentemente, los siguientes:

1.- A pesar que de la prueba de ADN surge que el padre biológico de la niña es el pretendido adoptante y que no existiría el requisito de parentesco entre la pretendida madre y la niña, lo cierto es que en la Partida de Nacimiento la pequeña figura como hija del matrimonio que la ofrece en adopción, siendo este documento instrumento público, "... que mantiene su eficacia al no haberse presentado en autos sentencia judicial firme que declare su nulidad..."⁸⁸.

2.- Por otra parte, el informe psicológico que obra en autos es contundente al señalar respecto de los padres que:

"... se aprecia que la señora accedió a dar a su hija en adopción motivada en la situación crítica en que estaba atravesando, reconoce que en determinados momentos siente remordimiento porque su hija mayor se afectó por entregar a su bebe en adopción. Asimismo se aprecia que la relación afectiva que le une a su menor hija no es sólida, dado que no tiene recuerdos compartidos con ella para que la añore; por eso cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor, solo se refiere a sus dos hijos mayores. (...) El contenido del Informe Psicológico N° 1568-2008-MCF-EM-PSI practicado al

⁸⁷ Trámite de adopción más célere que se da en el caso de existir parentesco entre algún miembro de la familia del adoptante y la del adoptado.

⁸⁸ Sentencia peruana. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil permanente. Casación N°563-2011 Lima. Considerando: Tercero.

demandado... señala que...se encuentra resignando a ceder a su hija en adopción, porque considera que no tiene otra alternativa, se reconforta al saber que la persona que la criará es su tía..."⁸⁹.

3.- Confirma, asimismo, que la motivación de la gestante fue de orden económico y repudian el trato dispensado a la menor al considerar que "...han demostrado el poco valor que le dan a la vida y la deplorable manipulación que han intentado hacer con la vida de un ser indefenso que merece toda la protección de sus progenitores y la ley..."

⁹⁰

En función de estos criterios, y del imperativo que exige resguardar el interés superior del niño, que desde el punto de vista del Tribunal queda tutelado con la incardinación de la menor en la familia a la que está ligada desde sus primeros días de vida y respecto de cuya pareja se siente hija, se deniega el recurso de casación interpuesto quedando confirmada la adopción.

Igual que en el caso precedente, no creemos que en este se trate de vientre de alquiler ya que hay identidad entre gestante y aportante genética. A diferencia de la jurisprudencia hasta ahora mencionada, este caso peruano no busca convalidar un contrato de vientre de alquiler, a pesar de haber sido esta la fórmula utilizada por la doctrina en el país, sino que se realiza mediante un trámite de adopción más célere, atendiendo a la condición de familiares de las partes. No obstante, desde nuestra perspectiva este es un típico caso de "compra-venta de seres humanos", con el agravante que es la propia mujer quien se embaraza voluntariamente para entregar a su hija a cambio de dinero.

El Tribunal meritó las siguientes circunstancias para otorgar la adopción:

- a.- Inconducha de la madre biológica, quien profirió amenazas y extorsiones a la otra parte.
- b.- Permanencia ininterrumpida de la niña con los adoptantes desde los pocos días de nacida.
- c.- Identificación de la menor con los adoptantes, como integrantes todos de la misma familia nuclear.

⁸⁹ Sentencia peruana. Casación N°563-2011, *cit.*, Considerando: Octavo.

⁹⁰ Sentencia peruana. Casación N°563-2011, *cit.*, Considerando: Duodécimo.

No dudamos que la conducta de la madre biológica es reprochable⁹¹ desde una doble perspectiva: moral y jurídica. La madre biológica planea el embarazo con la finalidad de entregar a su propia hija a cambio de dinero, amenazando a los comitentes con abortar si estos no cumplían con lo pactado. Este ejemplo muestra en toda su crudeza que la gestación de seres humanos puede resultar un negocio en el cual las personas son compradas y vendidas de acuerdo al arbitrio del consumidor

Es importante traer a colación, en este caso, el tema de la adopción como alternativa al vientre de alquiler. Esta institución busca padres idóneos para una persona que está en abandono físico y/o moral. Y es este nivel de vulnerabilidad de la persona el que genera el interés del estado por encontrar a quienes quieran y puedan ejercer el rol paterno y/o materno en las mejores condiciones, que garanticen el óptimo desarrollo del adoptado. Esta situación no se da en los casos de vientre de alquiler, por dos motivos:

- a.- A diferencia de la adopción, donde se busca resolver el problema de una persona, en el vientre de alquiler se genera una vida con la finalidad de satisfacer la expectativa de los padres voluntarios.
- b.- En la mayoría de los casos de vientre de alquiler media un cobro, que instrumentaliza tanto a la gestante como a la persona gestada. Esto está prohibido en la adopción.

Lamentablemente el caso que nos ocupa es al decir de Serrano Ruiz-Calderón, una compra de niños⁹². Me permito dudar respecto de la idoneidad de los adoptantes que han lucrado respecto de su ahora hija adoptiva. Sin embargo, el tiempo transcurrido, el cuidado amoroso de los adoptantes así como la identificación de la niña con la pareja como hija de ambos (téngase en cuenta que al momento de la sentencia la pequeña llevaba conviviendo con ellos 5 años), crearon la convicción en el tribunal de que el interés superior de la niña justificaba la adopción de los comitentes. Sin embargo, como lo señala D'Avack⁹³, es muy difícil establecer cuál es el interés superior de los niños en

⁹¹ En el presente caso se trata de un contrato en el cual la mujer aporta óvulo y vientre y acuerda la venta de la criatura a la contraparte. Este tipo de conductas, desde nuestra perspectiva implica tráfico de seres humanos.

⁹² JM. SERRANO RUIZ CALDERÓN, cit., 224.

⁹³ L. D'AVACK, "La maternità surrogata: un divieto "inefficace", en *Il Diritto di Famiglia e delle persone*, n° XLVI, 2017,155.

los casos de vientre de alquiler. Arriesgar por la voluntad procreacional cuando esta ha sido llevada al extremo de justificar la instrumentalización del pretendido hijo, para alcanzar el deseo de ser padres, no es alentador teniendo en cuenta que la lógica del mercado que ha llevado a los adultos a contratar respecto del niño, exige también resultados óptimos que no siempre se verán desde el inicio del trato, y que podrían llegar a considerar al hijo como un “producto fallado”⁹⁴ que no cumplió las expectativas de los comitentes.

¿Qué ocurriría si en el transcurso del embarazo se descubre que el feto tiene alguna anomalía genética? Generalmente los “contratos” señalan que, ante estas situaciones, las mujeres estarían obligadas a abortar ¿Y si no lo hacen? ¿En qué queda la primigenia voluntad procreacional de los contratantes, quienes ante este hallazgo se niegan a recibir al niño en estas condiciones?⁹⁵

Basta una mirada rápida a la prensa internacional para corroborar que las mujeres que entregan su cuerpo para gestar para otros suelen estar sometidas a restricciones sexuales, sociales, e incluso alimenticias⁹⁶. Ellas están frecuentemente obligadas a abortar en caso de anomalías genéticas, congénitas o de embarazos múltiples. Están, además, privadas de libertad para entablar relación afectiva con el feto que llevan en su vientre, porque deben entregar a su descendencia a la otra parte. En este sentido la ley

⁹⁴ En Perú una pareja demandó a una clínica de fertilidad por haber concebido mellizas de las cuales una nació con síndrome de down. Ante la frustración de los progenitores por esta situación señaló el papá de la criatura en un medio radial que aquello fue como si le hubieran dado un producto fallado.

⁹⁵ El caso Baby Gammy, ocurrido en Tailandia, nos pone ante esta realidad en la cual los padres se negaron a recibir al niño y optaron por llevarse a su hermano mellizo, dejando al pequeño con la gestante. Por ello hacemos referencia a la lógica del mercado: los contratantes pagan una suma de dinero y por ello exigen un producto a su medida. De lo contrario lo abandonan o lo matan. Esto no es aceptable a la condición humana.

⁹⁶ *HUFFPOST INTERNACIONAL* 09/08/2017 11:05” Un dramático caso de vientre de alquiler en México acaba con el rapto del bebé. La pareja contratante primero se desentendió del niño enfermo pero volvió para secuestrarle”, en <https://www.huffingtonpost.es/2017/08/09/un-dramatico-caso-de-vientre-de-alquiler-en-mexico-acaba-con-el-a-23071789/BBC> News 13 febrero 2019 “Las 33 mujeres contratadas para alquilar su vientre que deben elegir entre criar al bebé o ir a la cárcel”. Elaine Chong y Tim Whewell, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-47163710> BBC Mundo 2 agosto 2014 “Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”, en https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm BBC Chennai.20 agosto 2016.El verdadero precio de alquilar el vientre por US\$3.000, en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37085231>

inglesa es más comprensiva de la realidad que vive la gestante, dándole un plazo prudencial a la mujer para decidir si entrega o no la criatura a la pareja comitente⁹⁷.

Caso: Mujer gestante, ovodonación de tercera persona. Paternidad legal de cónyuge de gestante⁹⁸.

El matrimonio conformado por el señor Francisco David Nieves y la señora Aurora Nancy Ballesteros Veru, por sí y en representación de los menores L.N.N.R y C.D.N., junto a los esposos Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco, interponen en el Perú amparo contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) solicitando se deje sin efectos las resoluciones registrales emitidas por el ente en mención, que exigen la rectificación de las actas de nacimiento de los menores. Solicitan también que los mismos sean anotados como hijos de los señores Nieves y Ballesteros a pesar de haber sido engendrados por la señora Rojas, quien dio a luz a ambos el 19 de noviembre de 2015 en el Instituto Nacional Perinatal, como consecuencia de un embarazo pactado entre ambos matrimonios mediante acuerdo de vientre de alquiler.

Según se explica, la señora Aurora Ballesteros y su esposo, al no poder concebir, deciden recurrir a un vientre de alquiler, para lo cual solicitan el óvulo de una donante. Fecundado este por el esperma del señor Nieves, es implantado en la señora Rojas, quien los gesta y alumbra. Ocurrido el nacimiento, el médico otorga el certificado de nacimiento vivo de los menores como hijos de la mujer que da a luz, conforme manda el Código Civil peruano. No obstante, manifiestan las partes, esta última nunca tuvo la intención de convertirse en madre.

Por su parte, señala el Tribunal, la nueva familia de hecho estaría sometida a situaciones de “precariedad y zozobra”⁹⁹, atendiendo a la situación de que el

⁹⁷“Surrogacy: legal rights of parents and surrogates” en <https://www.gov.uk/legal-rights-when-using-surrogates-and-donors>. . “The Surrogacy Pathway Surrogacy and the legal process for intended parents and surrogates in England and Wales” en <https://www.gov.uk/government/publications/having-a-child-through-surrogacy>

⁹⁸ Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. Resolución 05. Lima 21-02-2017.

⁹⁹ Sentencia peruana. Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional. Resolución 05. Lima 21-02-2017. Considerando: 3.1.6. La presente apreciación la realiza el Juez del caso para fundamentar el motivo excepcional para no exigir el agotamiento de la vía administrativa.

matrimonio tiene la guarda de los menores pero estos se encuentran bajo la patria potestad de la pareja formada por la mujer que los dio a luz y su esposo. Esto generaría problemas de diverso orden: imposibilidad de viajar con los menores, dependencia de la madre legal para realizar consultas médicas, entre otros, así como la situación de incomodidad del esposo de quien gestó a los niños, pues de acuerdo al registro civil ella sería madre extramatrimonial de las dos criaturas.

Por otro lado se alega el derecho a la identidad de los menores al igual que la afectación del interés superior del niño. Sobre el particular, el Juez del Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, en sentencia del 21 de febrero de 2017, ratificada en instancia superior, ordenó al RENIEC la inscripción de dos niños mellizos como hijos de la pareja comitente. Basó su decisión en los derechos de los comitentes a la salud reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad y a fundar una familia, así como en el interés superior del niño y el derecho a la identidad de los menores.

En lo referente a la “supuesta” protección del derecho a la identidad, se basó en sentencias del Tribunal Constitucional: “Ocupa un lugar esencial entre los atributos esenciales de la persona. Como tal representa el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es, encontrándose constituido por diversos elementos tanto de carácter objetivo como también de carácter subjetivo. Entre los primeros cabe mencionar los nombres, los seudónimos, los registros, la herencia genética, las características culturales, ...” (STC 2223-2005-HC, STC 05829-2009-AA/TC y STC 4509-2011-AA). Asimismo, la sentencia del juzgado cita el siguiente párrafo de la STC 4509-2011-AA: “(...) la persona no solo puede conocer su origen, sino saber quién o quiénes son sus progenitores, así como conservar sus apellidos. El nombre adquiere así una trascendencia vital en tanto, una vez establecido, la persona puede quedar plenamente individualizada en el universo de sus relaciones jurídicas (...)”¹⁰⁰.

La decisión del juzgado confirmada en instancia superior, sin embargo, no resulta sostenible ni compatible con el derecho a la identidad, cuyos alcances proclama la sentencia del Tribunal Constitucional que aquella invoca. En la ponderación de

¹⁰⁰ Sentencia peruana. Corte Superior de Justicia de Lima, cit., Considerando: Décimo segundo.

derechos se hace primar el interés de los contratantes por encima del que corresponde a los menores.

En este último caso se presenta una particularidad respecto de los anteriores: la ovodonación. El acuerdo no solo incluye a los dos matrimonios contratantes sino a una tercera mujer: la donante del óvulo. En consecuencia, en el nacimiento están involucradas tres mujeres. Las sentencias argentinas hacen especial hincapié en que la madre de la criatura es quien aporta el óvulo, unida a la voluntad procreacional. En este caso, la donante es una persona anónima, sin embargo de acuerdo a la normativa peruana madre es quien pare. ¿En qué hechos se fundamenta la juez para negar y atribuirle la maternidad a una persona que no tiene vínculo alguno con los nacidos? Como surge de la sentencia en estudio, el médico que atendió el parto señaló como madre en el certificado de nacimiento a la parturienta, es por ello que el RENIEC anotó a esta como progenitora de los pequeños. Asimismo, la institución estatal considera que la única forma viable para que los menores sean incardinados en la familia Nieves-Ballesteros es mediante la adopción.

En el presente caso el Juez hace lugar a la demanda amparándose en que la Constitución Política del país señala que todas las personas tienen derecho a la protección de la salud (art. 7), deduciendo al respecto que la salud reproductiva estaría involucrada en dicho artículo, así como también en otros tratados suscritos por el Perú. Por ello el juez considera que:

“... si la normativa del Estado peruano no proscribe el uso de técnicas médicas para la concepción y, en su caso, para la formación de una familia, y, si más bien la normativa convencional sí reconoce tal alternativa como una manera legítima de ejercer los derechos a la salud reproductiva, autodeterminación y privacidad, entonces, no existen razones para que el Estado peruano desconozca la validez o el resultado del ejercicio del uso de métodos de reproducción asistida, es decir, no existen razones para negar la condición de madre de la señora Ballesteros y la condición de padre biológico de su esposo (quién aportó los espermatozoides)”¹⁰¹.

Sobre el particular, cabe señalar que efectivamente la Ley General de Salud peruana N°26842 contempla el derecho de todas las personas “...a recurrir al tratamiento de su

¹⁰¹ Sentencia peruana. Corte Superior de Justicia de Lima, cit., Considerando: Sétimo.

infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida...” No obstante también es verdad que se permite esta práctica “... siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona...” (art. 7).

Los partidarios de legislar en favor del vientre de alquiler¹⁰² sostienen que no está vedada la posibilidad de ovodonación. Sin embargo, cualquier intérprete de buena fe comprende que si la condición para someterse a las TRHA es la identidad entre aportante de óvulo y gestante, entonces no hay posibilidad legal de admitir el vientre de alquiler como válido. Por lo tanto, solo si el esposo de la señora Rojas desconocía a las criaturas estas podrían haber sido reconocidas por el progenitor y adoptadas por su esposa. Creemos, en consecuencia, que la argucia legal de que “el artículo 7 de la Ley General de Salud no regula más supuesto que la madre gestante comparte carga genética con su bebé”, y que no están prohibidos otros supuestos, es una interpretación que no se condice con la buena fe requerida para la interpretación de las normas legales y de los convenios.

Se invoca, asimismo, el derecho a la identidad de los menores. Sin embargo negar a los hijos el derecho a conocer su origen biológico afecta enormemente su identidad estática, que es la base para la formación de una identidad dinámica sana, libre de engaños y por lo tanto para salvaguardar su dignidad. No es dable amparar el deseo de una pareja o una persona de tener descendencia a costa de negarle al hijo concebido las condiciones para que conozca su origen. Esto afecta decisivamente el interés superior del niño, entendiendo como “...la protección de aquellos (derechos) que el ordenamiento jurídico atribuye, con la categoría de fundamentales, a las personas”¹⁰³.

En otras palabras, el interés superior del niño implica reconocerle y proteger siempre y en todo caso, con carácter prioritario, sus derechos fundamentales.

¹⁰² Cf. E. LAMM, *Gestación por sustitución. Realidad y Derecho*, cit., E. LAMM, *Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos*, *Ars Iuris Salmanticensis*, n°4, 2016, 61-107. ISSN 2340-5155. A. EMALDI CIRION, *Surrogacy in Spain ant the proposal of a legislative change for its regulation. A global phenomenon in Europe*, en *Revista de Derecho y Genoma Humano*, n°49, 2018, 75-98. ISSN 1134-7198

¹⁰³I. RAVETLAT BALLESTÈ, “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, en *Educatio Siglo XXI*, n°30 (2), 2012, 96 <https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/38709/1/153701-593011-1-PB.pdf>

La condición de la edad, así como las diversas situaciones sociales, económicas, religiosas y étnicas, entre otras, exigen que el interés superior del niño deba contemplarse en cada caso específico, no pudiéndose elaborar criterios en abstracto, pues la aplicación en un solo sentido a casos equivalentes, pero realidades personales diferentes, podría generar situaciones de injusticia.

La decisión del juzgado, confirmada en instancia superior, sin embargo, no resulta sostenible ni compatible con el derecho a la identidad, cuyos alcances proclama la sentencia del Tribunal Constitucional que aquella invoca. Así como lo resalta el Código de los Niños y Adolescentes¹⁰⁴ y la propia Convención sobre los Derechos del Niño suscrita oportunamente por el Perú¹⁰⁵. En la ponderación de derechos se hace primar el interés de los contratantes por encima del que corresponde a los menores.

5.- Conclusiones.

A modo de reflexión final nos interesa señalar las siguientes conclusiones:

1.- Es falaz la afirmación que suele hacerse en el sentido de que los países están legislando de forma creciente en favor del vientre de alquiler. Los estados más prósperos de acuerdo al índice de Desarrollo Humano del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo como: Noruega, Suiza, Alemania, Islandia, Suecia, Dinamarca y Finlandia no permitan o desconozcan el vientre de alquiler y otros como Australia (en diferentes estados como Queensland, Western Australia y Tasmania) señalen la no exigibilidad del contrato suscrito y que, no obstante aceptar la maternidad subrogada altruista, aquella quedará determinada por el parto, dando la oportunidad a la gestante de quedarse con el niño nacido de su vientre. Asimismo el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que en cuestiones como estas los estados están llamados a legislar en un marco de autonomía, dada la gravedad de las consecuencias.

¹⁰⁴ El artículo 6 resalta el derecho de todos los niños y niñas a la identidad así como el deber del estado de “preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación e ilegal...”

¹⁰⁵ El artículo 8 dicha Convención expresa que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.”

2.- En la situación que viven las mujeres gestantes es muy difícil que la tan mentada autonomía pueda desarrollarse de manera verdaderamente libre. Pero aun cuando así fuese, el motivo económico o altruista no quita el trato degradante dispensado a ellas, que actúan como vasijas humanas, y a los niños que son instrumentalizados para alegrar la vida de los progenitores.

3.- En parte de la jurisprudencia comentada se hace referencia al derecho a la identidad de los menores, alegándose que la incertidumbre respecto de la filiación afecta el interés superior del niño. Sobre el particular cabe recordar que la identidad de los menores no puede construirse en base a engaños u ocultamiento de la realidad biológica de las personas.

4.- Otro principio tomado en cuenta es el interés superior del niño. Suscribimos el criterio que entiende que este no es otro que la garantía de la protección de los derechos fundamentales. Por tal motivo consideramos que, ocultar la realidad biológica instrumentalizar a los hijos para alcanzar el deseo de los adultos de ser padres, no se condice con el interés supremo de las personas.

5. – La protección de la dignidad de las personas, entendida en los términos referenciados en la nota cuarta de este artículo, es una condición mínima respecto de la cual ni los particulares ni el estado pueden traspasarla. En el caso del vientre de alquiler, esta dignidad se encuentra claramente vulnerada, lo cual acarrea, desde nuestra perspectiva la necesidad de su prohibición.