

La maternidad subrogada¹

Albert Mengual

Abogado, Universidad de Valencia (España).
Actualmente asistente de investigación en la
Universidad de Navarra (España), trabajó en el artículo
en calidad de Advocacy Fellow de World Youth Alliance (WYA).

Nadja Wolfe

Abogada (Estados Unidos). Director of Advocacy
at the World Youth Alliance (WYA).

Resumen: El análisis jurídico de la maternidad subrogada presenta varios problemas tanto a nivel teórico, sobre todo en lo referente al encuadre de estos contratos dentro de una parcela del Derecho, como a nivel práctico, especialmente en la drástica diferencia que existe entre las distintas regulaciones nacionales, que puede ir desde favorecer esta práctica hasta penalizarla con la cárcel. Todo ello plantea una clara contradicción con algunos de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos. Además, la brecha de ciertas presunciones básicas del Derecho supone un menoscabo de la seguridad jurídica y una complicación añadida en la atribución de derechos. Tanto los padres y madres como los hijos gozan, de entrada, de un marco de protección que se difumina hasta incluso desaparecer en el contrato de maternidad subrogada. En consecuencia, tal contrato queda muy en entredicho tanto en su versión remunerada como en la altruista.

1 Nota de la editora: el presente artículo ha sido publicado originalmente en su versión en inglés en *White Paper World Youth Alliance*, November 2015 < www.wya.net/wp-content/uploads/2014/04/WYA_White_Paper_Surrogacy_Final-US-Letter.pdf >. La RIDH dispone de la autorización expresa de los autores para publicar su versión en español.

Palabras clave: Maternidad subrogada; Derechos humanos; Derechos del niño; Derecho internacional; Dignidad humana.

Abstract: Legal analysis of surrogate motherhood possess several problems both at the theoretical level, especially because of the difficulties to set those contracts in a specific field of law, as well as at the practical level, mainly due to the drastic difference between national regulations which may either favor the practice or punish it with prison. Hence, surrogacy clearly stands in contradiction to certain regionally and internationally recognized human rights. Moreover, the breach of some basic law presumptions entails the undermining of legal certainty and the difficulty to assert human rights. A priori both parents and children are entitled to a protection framework that dilutes to the extent that it could even vanish in the case of surrogacy contracts. As a result, such contracts, whether altruistic or commercial, are widely open to question.

Keywords: Surrogacy; Human rights; Rights of the child; International law; Human dignity.

Artículo recibido: 21/03/2016 Aceptado: 24/08/2016

Sumario

1. Introducción
2. Análisis legal de la maternidad subrogada
 - 2.1. La naturaleza legal de los contratos de maternidad subrogada
 - 2.2. La maternidad subrogada como parte del derecho de familia
 - 2.3. Implicaciones para los derechos humanos
3. Panorama de las leyes sobre maternidad subrogada
 - 3.1. Jurisdicciones nacionales
 - 3.2. Mecanismos regionales
 - 3.3. Mecanismos internacionales
4. Conclusiones

1. Introducción

La maternidad subrogada ha resultado ser una de las prácticas más controvertidas de nuestro tiempo². Un contrato sobre esta materia puede ser bienvenido en algunos países y penalizado con la cárcel en otros, pudiendo esto ocurrir incluso dentro del mismo país. Por este motivo, se necesita un marco unificado para evitar controversias que, a su vez, acarrearán múltiples consecuencias en el plano de los derechos humanos³. El derecho contractual general podría controlar la maternidad subrogada en tanto que actividad comercial, pero en la práctica genera varios pro-

2 Royal Commission on New Reproductive Technologies, *Proceed with Care: The Final Report of the Royal Commission on New Reproductive Technologies* 683-84 (1993); *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States* 12, European Parliament (2013).

3 Ergas, Y., "Thinking 'Through' Human Rights: The Need for a Human Rights Perspective With Respect to the Regulation of Cross-border Reproductive Surrogacy", *International Surrogacy Agreements: Legal Regulation at the International Level* (TRIMMINGS & BEAUMONT, eds. 2013).

blemas relacionados con los derechos humanos debido a que el sujeto del contrato es, de hecho, un ser humano⁴. La maternidad subrogada también origina serios debates en lo que se refiere a la familia, el estatus legal y los derechos de nacionalidad, entre otros. Tal y como reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la dignidad humana está en la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo⁵. Así pues, debería estar también en el centro de las discusiones sobre esta materia.

Históricamente se ha distinguido entre maternidad subrogada tradicional y aquélla que incluye únicamente la gestación. La primera consiste en que la mujer, además de gestar el bebé, aporta su propio material genético, mientras que la segunda no guarda ninguna relación genética con el mismo: su labor se limita al embarazo y al parto⁶. La maternidad subrogada existía ya en antiguas civilizaciones humanas, aunque en la actualidad su práctica presenta nuevos elementos y controversias de índole tecnológica y ética⁷. El primer acuerdo de maternidad subrogada a través de inseminación artificial tuvo lugar en 1976⁸. Sin embargo, la primera decisión judicial sobre la cuestión apareció en la escena en 1988 en los Estados Unidos⁹. Tales decisiones sostenían que los contratos de maternidad subrogada eran nulos por distintas razones, y con frecuencia vieron un paralelismo entre esta práctica y la trata de niños¹⁰. No obstante,

4 Ferguson, S.A., “Surrogacy Contracts in the 1990’s: The Controversy and Debate Continues”, 33 *Duquesne Law Review* 903 (1995)

5 Declaración Universal de los Derechos Humanos, A.G. Res. 217A, Preámbulo, Doc. ONU A/810 (12 de diciembre de 1948).

6 Lodomato, D., “Protecting traditional surrogacy contracting through fee payment regulation”, 23 *Hastings Women’s Law Journal* 245, 247 (2012).

7 Fenton-Glynn, C., “Human Rights and Private International Law: regulating international surrogacy”, 10 *Journal of Private International Law* 157, 157 (2014).

8 López Guzmán, J. & Aparisi Miralles, A., “Aproximación a la problemática ética y judicial de la maternidad subrogada”, 23 *Cuadernos de Bioética*, 253, 257 (2012).

9 Margalit, Y., “In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective”, 20 *William and Mary Journal of Women and Law* 423, 428 (2014).

10 Id. en 429.

esa tendencia cambió en los años siguientes, y la maternidad subrogada fue aceptada legalmente como práctica tanto en distintos lugares de los Estados Unidos y en otras partes del mundo, pese a que muchos ordenamientos consideran nulos tales contratos¹¹.

2. Análisis legal de la maternidad subrogada

2.1. La naturaleza legal de los contratos de maternidad subrogada

La formalización de la maternidad subrogada suele apoyarse en el derecho contractual. Debido a que se trata de un acuerdo entre dos partes, en el cual una de ellas se compromete a satisfacer una obligación positiva ya sea libremente (altruista) o a cambio de una prestación económica (retribuida), parece lógico que tenga que aplicarse el clásico principio de la autonomía de la voluntad. No obstante, este principio, uno de los más importantes del derecho de los contratos, posee varias limitaciones derivadas de la naturaleza del mismo derecho contractual.

2.1.1. La maternidad subrogada retribuida

Los contratos de maternidad subrogada retribuida presentan varias diferencias con respecto a otros acuerdos privados estándares (*e.g.* compraventa). En primer lugar, la parte *compradora* ostenta normalmente una posición de más poder y privilegio que la mujer que gesta el bebé¹², lo cual puede llevar a la manipulación de la primera sobre la segunda¹³. Ello es particularmente preocupante en aquellos países en vías de desarrollo, en los que la maternidad subrogada es legal y extendida¹⁴.

En segundo lugar, es relativamente común que surjan cambios respec-

11 Id.

12 Suter, S. M., "Giving in to baby markets: regulation without prohibition", 16 Michigan Journal of Gender and Law, 217, 236 nn. 93-97 (2009).

13 Walker Wilson, M. J., "Pre-commitment in free-market procreation: surrogacy, commissioned adoption, and limits on human decision making capacity", 31 *Journal of Legislative Studies*, 329, 341 (2004-05).

14 Margalit, Y., *supra nota* 8, en 431.

to de las condiciones iniciales que motivaron el contrato¹⁵. Un cambio de circunstancias puede incluir la muerte o complicaciones de salud del feto, problemas de salud de la mujer embarazada, divorcio, pérdida de la capacidad legal, etc. Estas dificultades han llevado ya a que los contratos sean inejecutables¹⁶. El caso de Baby Gammy es un buen ejemplo de la dificultad de ejecución de estos contratos: después de un diagnóstico prenatal con síndrome de Down, los padres intencionales (australianos) pidieron a la madre portadora (tailandesa) que lo abortara y que sólo gestara su hermano mellizo¹⁷. Ella lo rechazó, y los padres intencionales dejaron a Gammy con ella en Tailandia mientras se llevaron a su hermana melliza a Australia¹⁸.

2.1.2. La maternidad subrogada altruista

La maternidad subrogada altruista evita cuestiones relativas a incentivos económicos, pero sigue eludiendo un principio fundamental del derecho contractual, a saber el principio *contra bonos mores*, según el cual un contrato es nulo si vulnera el orden público. Esta noción proviene del derecho romano y se refiere a aquellos términos o cláusulas del contrato que pueden erigirse en contra del bien común (*e.g.* incentivo al crimen, obligación perjudicial de los derechos de un tercero, ofensa a la decencia o moralidad)¹⁹. Un contrato de maternidad subrogada conlleva, al menos, una de esas premisas. Sin embargo, no hay consenso acerca de si las prácticas de maternidad subrogada deberían considerarse como vulneración del orden público. Aquéllos que basan sus objeciones en este principio general del derecho se basan en que las partes tratan al niño recién nacido como una mercadería²⁰.

15 Id. *en* 436.

16 Id. *en* 437.

17 *Calls for clearer surrogacy rules after Thai Down's case*, BBC News (3 de agosto de 2014), disponible en <http://www.bbc.com/news/world-asia-28627374> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

18 Id.

19 Garner, B. A. (ed.), *Black's Law Dictionary*, West (2009).

20 Vid., *e.g.*, Ferguson, *supra* nota 3, en 906; Lascarides, D. E., "A Plea for the Enfor-

Algunos expertos legales han esgrimido que el contrato de maternidad subrogada no pertenece al grupo de contratos de compraventa sino que constituye un contrato de prestación de servicios²¹. Este enfoque toma en consideración el hecho de que una mujer gesta un bebé durante nueve meses y, en consecuencia, presta efectivamente un servicio. Pero no alcanza a aprehender el cuadro general en el cual, de hecho, un intercambio tiene también lugar. El contrato de maternidad subrogada no se basa sólo en una prestación de servicios, sino que también supone una entrega: el niño pasa a estar en manos de los padres intencionales procedente de la madre portadora.

2.2. La maternidad subrogada como parte del derecho de familia

Algunos han puesto el énfasis en la relación entre contratos de maternidad subrogada y leyes de adopción. La mayoría de estos contratos presentan una clara analogía con la adopción, ya que la *madre portadora* –la mujer que da a luz, que puede o no coincidir con su *madre genética*– da a su hijo en adopción. En este caso, la maternidad subrogada retribuida sería ilegal puesto que la intención verdadera y primaria del padre biológico y su esposa (en caso de que no sea la madre genética) es que la madre portadora renuncie a sus derechos parentales a cambio de dinero²². No obstante, aunque la analogía parezca correcta de entrada, la maternidad subrogada es esencialmente distinta a la adopción, ya que da a su hijo antes de que hubiera sido concebido. Así las cosas, las leyes internacionales de adopción prohíben que se pueda dar en adopción a un niño antes de su nacimiento²³. Por lo tanto, si la maternidad subrogada fuera catalogada bajo la adopción, iría en contra de la regulación prevista para esta última.

ceability of Gestational Surrogacy Contracts”, 35 *Hofstra Law Review* 1221, 1240 (1997).

21 Cohen, B., “Surrogate mothers: whose baby is it?”, 10 *American Journal of Law and Medicine* 243, 250 (1984).

22 *Sees c. Baber*, 74 N.J. 201, 217 (1977).

23 *Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional* (29.05.1993), art. 4(c)(4).

Además, los procedimientos de adopción incluyen el examen previo de los padres intencionales, mientras que en el caso de la maternidad subrogada eso no suele ocurrir²⁴. Los padres naturales no pasan ningún examen para determinar su idoneidad como tales. Finalmente, muchas veces la maternidad subrogada separa intencionalmente al niño de uno o ambos padres biológicos, lo que implica una violación del derecho del niño “a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos²⁵”.

La maternidad subrogada se erige igualmente en contra de la máxima legal *mater semper certa est* (la madre es siempre conocida) que procede también del derecho romano²⁶. Este principio establece una presunción según la cual no puede existir duda acerca de la maternidad, ya que la madre es necesariamente la persona que da a luz al bebé²⁷. Ello otorga ciertos derechos a la madre portadora, basados en la presunción de que la maternidad por gestación es el más claro indicador de la maternidad biológica. Sin embargo, un contrato de maternidad subrogada puede conllevar que el niño pertenece genéticamente a una madre distinta de aquella que ha dado a luz, o bien que la sustituta es tanto donante de gametos como portadora, rompiendo así el antes mencionado principio, y poniendo a ambas madres en una situación difícil en relación con el derecho. Una vez se rompe la relación genética, la ley no alcanza a proteger completamente ni a la madre portadora ni a la genética, sino que sus derechos dejan de estar sujetos a una presunción legal y pasan a tener que *crearse* por una legislación o decisión judicial.

Este principio es tan fuerte que algunas jurisdicciones han decidido que los contratos de maternidad subrogada tradicional no sean ejecutables. En esta línea, hay jurisprudencia que afirma el principio de que la madre

24 Vid. Julie Shapiro, J.D., *Qualifying for Parenthood*, Related Topics Blog, <https://julieshapiro.wordpress.com/2011/08/21/qualifying-for-parenthood/> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

25 Id.

26 K. Zweigert & K. Drobniq, eds., *International Encyclopedia of Comparative Law* 28 (1991).

27 Id.

es siempre conocida hasta el punto de que no permiten que la misma pueda comprometerse a dar al niño hasta que éste haya nacido²⁸. Algunos expertos han reconocido que no es conforme a derecho el obligar a la madre a entregar a su hijo sólo por el hecho de que se comprometió a hacerlo antes de dar a luz, ya que, en el caso de la maternidad subrogada tradicional, la madre portadora o biológica es también la madre genética del niño²⁹. La cuestión es menos clara cuando la mujer que da a luz no es la madre genética, como es el caso de la maternidad subrogada únicamente por gestación. Los legisladores normalmente no quieren posicionarse en este punto y dejan la decisión a los tribunales³⁰.

2.3. Implicaciones para los derechos humanos

Tal y como se ha señalado previamente, no hay tratados internacionales ni convenciones que traten directamente sobre la maternidad subrogada. Sin embargo, sí hay algunos textos que se refieren a derechos humanos que están estrechamente relacionados con las prácticas de maternidad subrogada.

2.3.1. Derecho a adquirir una nacionalidad, a conocer a los padres y a ser cuidado por ellos y a la preservación de la identidad

La Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas dice explícitamente que cada niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a los padres y ser cuidado por ellos³¹,

28 *Surrogate Parenting Association c. Commonwealth of Kentucky ex rel. Armstrong*, 704 S.W.2d 209, 213 (1986).

29 Stark, B., “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, 18 *ILSA Journal of International and Comparative Law* 369, 374 (2012).

30 Vid., e.g., Mary L. Shanley, *Making babies, making families: what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same sex and unwed parents* 111 (2001); Debora L. Spar, *The baby business: how money, science, and politics drive the commerce of conception* 85 (2006).

31 *Convención de los derechos del niño*, art. 7(1), abierta para la firma el 20 de noviembre de 1989, 1577 U.N.T.S. 3.

así como a preservar su identidad³². La Convención también afirma que:

... [l]os Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma...³³

y establece una cláusula general según la cual los Estados asegurarán los derechos de la Convención a cada niño independientemente, entre otros, de los impedimentos físicos o del nacimiento³⁴.

En el caso de la maternidad subrogada retribuida, el Consejo de Europa redactó el *Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina*, el cual fue ratificado por 29 Estados. Conocido como el *Convenio de Oviedo*, prohíbe el uso del cuerpo humano para obtener beneficios económicos³⁵. No obstante, incluso la maternidad subrogada altruista plantea serios problemas graves en relación con los derechos del niño, en la medida de lo posible, a conocer a los padres y ser cuidado por ellos³⁶, así como a preservar su identidad³⁷.

Los niños nacidos a través de la maternidad subrogada, especialmente la maternidad subrogada internacional, corren un alto riesgo de ver estos derechos vulnerados. El caso de *Baby Manji* ilustra algunos de estos riesgos. Una pareja japonesa había acordado con una mujer india para que ésta fuera madre portadora con el esperma del hombre y óvulos

32 Id. art. 8(1).

33 Id. art. 35.

34 Id. art. 2(1).

35 El Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: *Convenio sobre derechos humanos y biomedicina* (Convención de Oviedo) art. 21, abierto para la firma el 21.04.1977, C.E.T.S. 164.

36 *Convención de los derechos del niño*, supra nota 30, art. 7(1).

37 Id. art. 8(1).

donados³⁸. Pero sus padres intencionales se separaron antes del nacimiento del bebé³⁹. La madre intencional, la cual no estaba genéticamente relacionada con la recién nacida, no tenía ningún interés en ella⁴⁰. No obstante, el padre intencional –y genético– quería hacerse cargo de ella⁴¹. Así pues, la neonata se encontró que tenía tres madres distintas (la madre intencional, la madre portadora y la madre genética, donante de óvulos) y una nacionalidad indeterminada⁴². Según el derecho internacional, un niño tiene el derecho a una nacionalidad⁴³, lo cual le proporciona protección legal. Los acuerdos internacionales de maternidad subrogada, unidos a la precariedad de los registros o la anonimidad de los donantes, pueden llevar a la violación de este derecho.

Otros casos demuestran que hay problemas que pueden aparecer durante el embarazo y después del nacimiento, hasta el punto de que pueden menoscabar los derechos más fundamentales del niño, como la prohibición de discriminación establecida en el artículo 2.1 de la Convención de los Derechos del Niño⁴⁴. Tal y como se ha explicado anteriormente, el caso de Baby Gammy es un ejemplo de ello, ya que los padres intencionales pidieron a la madre portadora que abortara a uno de los mellizos cuando fue diagnosticado con síndrome de Down⁴⁵. La pareja dejó al niño discapacitado, Gammy, el cual padecía también otras enfermedades, con la madre

38 Venkatesan, J., *SC grants custody of Manji to grandmother*, The Hindu Newspaper, 15 de agosto de 2008, <http://www.thehindu.com/todays-paper/tp-national/sc-grants-custody-of-manji-tograndmother/article1316830.ece> (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

39 Id.

40 Id.

41 Id.

42 Points, K., *The Kenan Institute for Ethics at Duke University*, “Commercial surrogacy and fertility tourism in India: the case of Baby Manji” (2009), en 2.

43 *Convención de los derechos del niño*, supra nota 30, art. 8(1).

44 Id. art. 2(1).

45 Id.

portadora en Tailandia, pero se llevaron a su hermana melliza sana⁴⁶.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluye un artículo íntegramente dedicado a los derechos del niño, el cual establece previsiones similares a las de la Convención de los Derechos del Niño relacionadas con la no discriminación, el registro del nacimiento y el derecho a la nacionalidad⁴⁷. Más allá de los tratados, el derecho consuetudinario integra también el cuerpo de derecho internacional vinculante. La maternidad subrogada, especialmente la retribuida, plantea un gran problema en relación con las normas imperativas del derecho internacional, también conocidas como *ius cogens*⁴⁸. La esclavitud y la trata de personas están prohibidas según estas normas⁴⁹, pero no hay consenso en si la maternidad subrogada se incluye en dicha prohibición. Está claro que algunos elementos de esta práctica comparten importantes conexiones con esas dos categorías, aunque la maternidad subrogada no las incluye todas, porque la intención de las partes es la de que el niño sea criado y educado en el seno de una familia⁵⁰.

En relación con la trata de personas, la Convención de los Derechos del Niño prohíbe la venta de niños⁵¹, y su Protocolo Facultativo define esa venta como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de re-

46 Id.

47 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 24, abierto para la firma el 19 de diciembre de 1966, 999 U.N.T.S. 171.

48 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, art. 53, abierto para la firma el 23.05.1969, 1155 U.N.T.S. 331.

49 *Convención sobre la esclavitud*, abierto para la firma el 25.09.1926, 212 U.N.T.S. 17; Protocolo, abierto para la firma el 07.12.1953, 182 U.N.T.S. 51; Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos, e instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, abierto para la firma el 07.09.1956, 226 U.N.T.S. 3 [en adelante Convención suplementaria sobre la esclavitud].

50 *Convención suplementaria sobre la esclavitud*, supra nota 48, art. 1(d).

51 *Convención de los derechos del niño*, supra nota 30, art. 35.

muneración o de cualquier otra retribución⁵²”. Esta definición no pertenece al cuerpo de *ius cogens* ni se integra tampoco en la parte principal del derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, los operadores jurídicos no pueden ignorarlo, porque proporciona un marco según el cual los actores internacionales han interpretado la venta de niños.

2.3.2. No existe el “derecho al hijo” en derecho internacional

El derecho internacional no contempla el derecho a tener un hijo. Algunas leyes apoyan la tesis de que existe un derecho a cuidar y educar al hijo que ya ha nacido⁵³ pero eso no incluiría un hipotético derecho *a concebir* o *a traer al mundo* a un nuevo ser humano⁵⁴. El derecho internacional menciona el derecho a casarse y a formar una familia⁵⁵, pero ello se entiende como libertad de la intervención del Estado en la reproducción⁵⁶. El derecho más próximo al de tener un hijo que existe en derecho internacional está en la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, y se trata del mantenimiento de la fertilidad en igualdad de condiciones con los demás, pero no es un *derecho al hijo*⁵⁷.

La *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* establece que los Estados Parte asegurarán los “derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos⁵⁸”. Ello

52 *Protocolo Facultativo a la Convención de los derechos del niño*, art. 2(a), abierto para la firma el 25 de mayo de 2000, 2173 U.N.T.S. 222 [en adelante Protocolo Facultativo CDN].

53 Stark, B., “The Women’s Convention, Reproductive Rights, and the Reproduction of Gender”, 18 *Duke Journal of Gender Law & Policy* 261, 274-78 (2011).

54 Stark, *supra* nota 28, en 372

55 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, *supra* nota 46, art. 23.

56 Stark, *supra* nota 28, en 372.

57 *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, art. 23(1)(d), abierto para la firma el 30 de marzo de 2007, 46 I.L.M. 433.

58 *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mu-*

constituye un reconocimiento de la libertad de las mujeres para decidir *cuándo* y *cuántos* hijos quieren tener, pero no es un *derecho a tener hijos*.

3. Panorama de las leyes sobre maternidad subrogada

3.1. Jurisdicciones nacionales

La mayoría de países no tienen ni leyes ni jurisprudencia sobre maternidad subrogada. Entre los que sí han regulado la cuestión, algunos permiten tanto la altruista como la remunerada, como India y Rusia, mientras que otros sólo permiten la altruista, como Brasil, Países Bajos o Reino Unido. También hay naciones que prohíben ambos tipos, como Francia o Alemania. Y, por último, existen también países que tienen una regulación descentralizada, como Australia o Canadá.

El caso más complejo es probablemente el de Estados Unidos. Según la *Full Faith and Credit Clause* de la Constitución, cada Estado debe respetar “the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State⁵⁹”. No obstante, existe una excepción para el derecho de familia, basada en el orden público, a través de la cual los Estados no pueden dar pleno reconocimiento y crédito (“full faith and credit”) a aquellas decisiones que no están en consonancia con el orden público⁶⁰. Esto significa que los Estados no están obligados a reconocer ninguna decisión de ningún otro Estado que tenga relación con la maternidad subrogada. Cada Estado tiene su propio enfoque en relación con esta cuestión, muchas veces un enfoque que es muy distinto de los demás. Hay Estados que la prohíben explícitamente, como Nueva York o Michigan, Estados que sólo permiten la altruista, como Nueva Jersey o Virginia, y Estados que permiten ambas, como California, Florida o Texas. También hay Estados que tienen una

jer, art. 16.1(e), abierta para la firma el 18 de diciembre de 1979, 1249 U.N.T.S. 13 [en adelante CEDAW, sus siglas en inglés]. Algunos Estados Parte han introducido reservas hacia este artículo. Además, otros países no han ratificado la Convención, como Estados Unidos, Irán o Sudán.

59 *Constitución de los Estados Unidos de América*, art. IV, §1.

60 Ellman, I. M., et al., *Family Law: Cases, Text, Problems* 175 (5ª ed. 2010).

regulación débil, ya sea estatutaria o jurisprudencial, y que por lo tanto pueden aún bascular en relación con su permisividad o prohibición, como Massachusetts, Pennsylvania o Wisconsin.

3.2. Mecanismos regionales

3.2.1. Europa

El marco legal de la Unión Europea (UE) no regula directamente la maternidad subrogada⁶¹. Algunos autores opinan que es posible construir un *derecho a reproducirse* alrededor de los artículos 7 y 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶². Sin embargo, dicha interpretación no se deduce del redactado de la Carta⁶³. Además, la misma Carta prohíbe convertir el cuerpo humano y sus partes en fuente para el beneficio económico⁶⁴.

El Tribunal de Justicia de la UE no ha dictado ninguna sentencia que tenga la maternidad subrogada como cuestión principal. El tema está presente en algunas decisiones, pero en todas ellas en un lugar secundario. Sin embargo, en una de ellas el Tribunal afirmó que una mujer que tiene un hijo a través de la maternidad subrogada no ha sufrido discriminación en el caso de que no se le otorguen los beneficios propios de la baja de maternidad o adopción⁶⁵.

Mientras tanto, en el marco del Consejo de Europa, el Tribunal

61 *A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*, European Parliament (2013), supra nota 11, p. 140.

62 Id. p. 141.

63 Millns, S., "Reproducing inequalities; assisted conception at the challenge of legal pluralism", 24:19 *Journal of Social Welfare and Family Law* 19, 32 (2002); *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea*, arts. 7 y 9, 7 de diciembre de 2000 [en adelante *Carta de derechos fundamentales*] (reconociendo el derecho a la privacidad y el derecho a casarse y a formar una familia).

64 *Carta de derechos fundamentales*, supra nota 62, en 3.2.

65 *Z c. A Government Department and the Board of Management of a Community School*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Caso C-363/12, 18 de marzo del 2014, §§48, 62-65, 68.

Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la maternidad subrogada. El Tribunal ha reconocido que, puesto que no hay una ley europea en esta cuestión, los Estados gozan de un amplio margen de apreciación, pero también afirmó que tal margen es relativo a las circunstancias⁶⁶. En ese caso, una pareja con dos hijos nacidos vía maternidad subrogada en los Estados Unidos alegaron que el hecho de que Francia no los reconociera como hijos suyos violaba su derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos)⁶⁷. El Gobierno francés otorgó efecto a los documentos de Estados Unidos para que se permitiera a los niños de quedarse con sus padres intencionales, pero rechazó registrarlos como ciudadanos franceses o en los registros de nacimiento de Francia⁶⁸.

El TEDH concluyó que el derecho de los padres al respeto a la vida privada y familiar no había sido violado⁶⁹. Sin embargo, sí encontró que los derechos del artículo 8 *de los niños* habían sido violados, ya que la falta de padres legales ponía en cuestión otros derechos, como el de ciudadanía o de herencia, pese a ser los hijos biológicos de los maridos en los matrimonios⁷⁰. Según el Tribunal, el hecho de que la identidad de los hijos estuviera en juego justificó la reducción del margen de apreciación⁷¹. Esto significa que el Tribunal no tiene un criterio específico a la hora de abordar la maternidad subrogada, sino que aplica la doctrina del margen de apreciación de una forma flexible.

Además, el TEDH ha dictado recientemente una sentencia en *Paradiso y Campanelli c. Italia*, en el cual este último fue condenado en razón del artículo 8 del Convenio⁷². Un niño nació en Rusia siguiendo un procedi-

66 *Mennesson v. France*, no. 65941/11 §§75-80, Tribunal Europeo de Derechos Humanos [en adelante TEDH], 24 de junio de 2014.

67 Id. §43.

68 Id. §71.

69 Id. §§91-94.

70 Id. §§96-101.

71 Id. §80.

72 *Paradiso and Campanelli v. Italy*, nº 25358/12, §§86-87, TEDH, 27 de enero de 2015.

miento de gestación subrogada y fue registrado en ese país como hijo de sus padres intencionales, ambos italianos. No obstante, al hijo no se le permitió el registro en Italia a causa de información falsa contenida en el certificado de nacimiento⁷³. Según la ley italiana, el niño se consideraba abandonado, porque sus padres intencionales no se podían calificar como tales según este marco legal⁷⁴. Así pues, las autoridades italianas sustrajeron el hijo a los demandantes y lo pusieron bajo custodia⁷⁵.

Según el Tribunal, las autoridades italianas no habían preservado el equilibrio necesario entre las leyes italianas en adopción internacional y maternidad subrogada y, a su vez, los intereses del niño. Específicamente, el Tribunal concluyó que el mejor interés del niño es más importante que las previsiones de esas leyes⁷⁶. Esta sentencia no fija pues un análisis legal en la cuestión de la maternidad subrogada, sino que sólo determina una violación de un artículo del Convenio una vez el procedimiento de gestación subrogada ya había tenido lugar.

También en el ámbito del Consejo de Europa, su Asamblea Parlamentaria está llevando a cabo acciones en relación con la cuestión de la maternidad subrogada. Después de años de trabajo y debate, el Comité de Asuntos Sociales ha rechazado un informe preparado por la Dra. Petra de Sutter –la cual trabaja en la industria de la maternidad subrogada y fue nombrada Relatora sobre esta cuestión–⁷⁷ que recomendaba la permisión de la maternidad subrogada entre los 47 Estados miembro del Consejo de Europa⁷⁸.

3.2.2. América y África

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos no ha tratado ningún caso relacionado con la maternidad subrogada. Este órgano de la

73 Id.

74 Id.

75 Id.

76 Id. §75.

77 APCE AS/Inf (2015) 10, en 26.

78 Vid. APCE, *Human rights and ethical issues related to surrogacy*, AS/Soc (2016) 05rev.

Organización de Estados Americanos no ha dictado ninguna sentencia en ese terreno por el momento⁷⁹. Del mismo modo, la recientemente creada Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tampoco se ha pronunciado en ningún documento sobre esta cuestión⁸⁰.

3.3. Mecanismos internacionales

3.3.1. El sistema de tratados sobre derechos humanos de la ONU

La maternidad subrogada aparece sólo una vez en el contexto de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas y lo hace en el contexto de un informe del Comité de Derechos del Niño sobre la situación de los *derechos de maternidad subrogada* en Estados Unidos. La referencia es meramente incidental: el Comité se refirió a la necesidad de que Estados Unidos prestara atención a aquellas prácticas relativas a la venta de niños, estando especialmente atento con los *costes razonables* que los contratos de maternidad subrogada llevan consigo⁸¹.

3.3.2. La Conferencia de La Haya de derecho internacional privado

Algunos han defendido la necesidad de redactar una convención internacional sobre maternidad subrogada con el fin de regular los contratos internacionales. Argumentan que los problemas reales no se derivan propiamente de los contratos sino de la falta de protección asociada con algunas de sus consecuencias. La regulación que proponen se basa en la

79 Puede accederse a la base de datos de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos en <http://www.bjdh.org.mx/BJDH/>.

80 Puede accederse a la base de datos de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en <http://africancourt.org/en/index.php/2012-03-04-06-06-00/all-cases-and-decisions>.

81 Observaciones finales del segundo informe periódico de los EE.UU., presentado bajo el artículo 12 del *Protocolo Facultativo de la Convención sobre derechos del niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, adoptado por el Comité en su 62ª sesión, 2 de julio de 2013, nº 30 (b), CRC/C/OPSC/USA/CO/2.

regulación de la industria de la maternidad subrogada⁸². No obstante, algunos riesgos son intrínsecos a la misma naturaleza del contrato. La única manera de evitarlos es no concluir tal contrato⁸³. Además, estos riesgos guardan una fuerte conexión con serias violaciones de derechos humanos.

La Conferencia de La Haya de derecho internacional privado está trabajando en un proyecto de instrumento multilateral en maternidad subrogada internacional⁸⁴. Desde 2011, la Oficina Permanente de la Conferencia busca intensificar el trabajo en esta materia⁸⁵, y la misma recomendó al Consejo de Asunto Generales y Política de convocar a un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad del proyecto⁸⁶. En febrero de 2016, se presentó un informe que afirmaba que no se podían sacar conclusiones y se debía seguir trabajando para la armonización internacional en esta materia⁸⁷.

No obstante, la Conferencia de La Haya busca desarrollar e implementar reglas comunes de derecho internacional privado⁸⁸. Su rol no

82 Hale, B., "Regulation of International Surrogacy Arrangements: do we regulate the market, or fix the real problems?", 36 *Suffolk Transnational Law Review* 501, 506 (2013).

83 Cohen, G., *Patients With Passports: Medical Tourism, Law, And Ethics* (2014) 376-77.

84 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements (Mandate)*, disponible en http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=179 (consultado por última vez el 21 de marzo de 2016).

85 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 5-7 abril 2011.

86 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project*, Doc. prel. n° 3 B, de marzo de 2014.

87 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage / Surrogacy*, Doc. prel. n° 3, de febrero de 2016.

88 Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, *Vision, Mission, Strengths*

consiste en ponderar cuestiones de derechos humanos, sino en armonizar distintas legislaciones nacionales. No analiza, por tanto, su compatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. Eso significa que es posible que la Conferencia pueda presentar provisiones legales contrarias a uno o más derechos humanos reconocidos internacionalmente.

4. Conclusiones

Tanto la maternidad subrogada altruista como remunerada plantean serios problemas en relación con las normas existentes del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente cuando se confrontan con las normas del *ius cogens*. Los contratos de maternidad subrogada que se concluyen hoy en día no sólo parecen ignorar estas normas básicas, sino que también plantean problemas y contradicciones con instrumentos de derechos humanos ya establecidos. Ello subraya las incompatibilidades fundamentales de la maternidad subrogada con el principio de dignidad humana, y la necesidad de establecer claros principios rectores para abordar esta cuestión en los planos nacional e internacional.

La dimensión global de la maternidad subrogada, así como la creciente práctica de los contratos en los que se mezclan legislaciones de varios Estados, hace crecer la necesidad de la colaboración regional e internacional y el desarrollo de principios que orienten normas legales. Los principios establecidos en los instrumentos de derechos humanos nacionales e internacionales, surgiendo de la centralidad de la dignidad humana, necesitan informar y guiar el desarrollo de derecho contractual y de familia.

Los padres que luchan contra la infertilidad necesitan cuidado y apoyo, pero la práctica de la maternidad subrogada no es un medio apropiado para proporcionárselo, habida cuenta de que no se respeta la dignidad humana del niño ni de la madre portadora. La cantidad de problemas que han surgido de las disputas alrededor de los contratos de maternidad

subrogada señalan al problema fundamental de maternidad subrogada: convertir el cuerpo humano en el sujeto o medio de un contrato trata al ser humano como un objeto. Además, las mujeres tampoco deben ser reducidas sólo a sus capacidades reproductivas a través de acuerdos que funcionan prácticamente como contratos de alquiler para sus órganos. El potencial para la explotación, como sucede con el turismo de maternidad subrogada, es también alto, y en consecuencia una seria preocupación. Tal y como algunos grupos feministas han señalado, la maternidad subrogada es análoga al tráfico de personas, vulnera tanto los derechos de las mujeres y de los niños y pone en riesgo su salud física y mental⁸⁹. Por estos motivos, deben fomentarse las alternativas que respeten la dignidad de todos, para así poder ayudar a las parejas que luchan contra la infertilidad. Para aquellos que tienen condiciones de salud que dificultan los tratamientos médicos exitosos, la adopción es una solución que favorece tanto al niño en necesidad como a los futuros padres. Esas soluciones no son una panacea para la infertilidad, pero evitan los peligros de la maternidad subrogada.

89 Vid., e.g., European Women's Lobby, Stop Surrogacy Now, 13 mayo 2015.