

GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN Y BIOJURÍDICA: REFLEXIONES Y PROPUESTA A PARTIR DEL CASO ARGENTINO

María José Adrogué

Universidad Austral

mjadrogue@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0002-0984-1095>

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.adr>

Recibido: 09/09/2025

Aceptado: 08/12/2025

Resumen

Este trabajo toma como puntapié la primera sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina sobre la maternidad subrogada, que no cuenta en ese país con legislación específica. A partir de allí, de un breve repaso de la práctica en sí y de las circunstancias que suelen rodearla, revisa los distintos esquemas regulatorios y su clasificación y ahonda en la consideración general desde los derechos humanos. El trabajo explicita las implicaciones éticas de la maternidad subrogada y los conflictos que plantea la existencia de regulaciones marcadamente diversas en el ámbito internacional. El análisis sigue el método triangular de la bioética: parte de los hechos y circunstancias de la subrogación de vientres para abordar una reflexión interdisciplinaria que involucra sus aspectos éticos, ontológicos y jurídicos. Como consecuencia de ello, la dignidad emerge en el centro de la cuestión. El trabajo concluye con la propuesta de un acuerdo de prohibición global a nivel internacional.

Palabras clave: maternidad subrogada, gestación por sustitución, modelos regulatorios, derecho internacional, derechos humanos, abolición, prohibición, dignidad, filosofía.

Surrogacy and Biolegal: Considerations and Proposals Based on the Argentine Case

Abstract

This paper takes as its starting point the first ruling issued by the Supreme Court of the Argentine Republic on surrogacy, which has no specific legislation in this country. From there, and with a brief review of the practice itself and the circumstances that typically surround it, it examines the various regulatory frameworks and their consideration from a human rights perspective, to explain the ethical implications of the practice and the conflicts raised by the existence of markedly diverse regulations. The analysis follows the triangular method of bioethics: starting from the facts and circumstances, it leads to an interdisciplinary reflection on ethical, ontological, and legal aspects, which ultimately place dignity at the center of the issue. The paper concludes with a proposal for a global international prohibition agreement.

Key words: surrogacy, regulatory models, international law, human rights, ethical dilemmas, abolition, dignity, philosophy.

1. Introducción y justificación: el interés de la cuestión

Las técnicas de reproducción humana asistida que, en sus comienzos en el siglo pasado, asomaron como tratamientos innovadores y disruptivos —diseñados para casos de excepción— se han incorporado a la práctica médica cotidiana, asumidos por las mujeres como alternativas ordinarias que habilitan la postergación (elegida) de la maternidad, e incluso han obtenido su incorporación a los planes médico asistenciales como prestaciones obligatorias, aun cuando no se trate de intervenciones estrictamente terapéuticas (en la medida en que no curan la infertilidad ni se reducen a esos casos).

En la actualidad, y habiendo cruzado el primer cuarto del siglo XXI, estas técnicas exhiben un nuevo salto: la maternidad subrogada implica un verdadero cambio de paradigma, al combinar técnicas de fertilización *in vitro* heterólogas con la participación de mujeres que no oficiarán como madres, sino que son simples receptoras de los embriones para darlos a luz, sin voluntad alguna de ejercer la maternidad luego de su nacimiento.¹ En este nuevo escenario de combinación de técnicas de reproducción asistida y subrogación de la gestación en mujeres ubicadas en distintas geografías, la mujer gestante ya no sólo no suele guardar relación genética directa con el niño que dará a luz, sino que tampoco suele tener una relación de familiaridad o amistad con los comiten-

1 No entraremos aquí en la cuestión sobre si se trata efectivamente (o no) de una técnica de reproducción humana asistida ni en disquisiciones sobre las denominaciones dadas en esta práctica al niño por nacer.

tes. Generalmente, no reserva para sí ni siquiera la decisión sobre las medidas y cuidados respecto de sí misma y del feto durante el embarazo.² Las contingencias propias de toda gestación natural no son, ciertamente, ajenas a esta práctica, y tratándose de gestaciones originadas en técnicas de reproducción humana asistida (fertilización *in vitro*), la incidencia registrada de complicaciones suele ser mayor, al darse algún incremento de la morbilidad materno-fetal y de la morbi-mortalidad fetal (en comparación con las gestaciones naturales); la hipertensión gestacional, el riesgo de transfusiones y desgarros perineales, el riesgo de histerectomía, las complicaciones en la placentación (acreditismo, placenta previa), los defectos congénitos no cromosómicos, los desórdenes por inestabilidad epigenética, los partos prematuros, las madres con preeclampsia y la diabetes gestacional también tienen lugar (Negri Malbrán y Leguizamón, 2020). Las complicaciones médicas ocurren, desafortunadamente, por más que las partes se empeñen en preverlas, prevenirlas y anticipar soluciones, que suelen conducir al sometimiento de la gestante en un todo a la decisión de los comitentes (quienes pueden decidir la práctica de abortos eugenésicos y reducción embrionaria). Cuando todo “sale bien”, el niño sano es entregado por la mujer gestante y recibido por los comitentes (hombres, mujeres, en pareja o en solitario), y la cuestión legal suele centrarse en la determinación de la filiación del niño.³ Sin embargo, la ausencia de reclamos judiciales (en caso de no haberlos) no implica —claro está— la bondad de la práctica, pues las condiciones de contratación, la vulnerabilidad de quien acepta alquilar su cuerpo, el impacto psicológico de la mujer que entrega al niño sin verlo, la crisis del recién nacido separado al nacer, el impacto de la situación en la familia de la gestante (que suele tener otros hijos a cargo) y la imposición de un régimen de estrictísimo control sobre su vida personal siguen teniendo lugar, admitidos por un precio “compensatorio” para la gestante. En el caso de la maternidad subrogada, la salud psicológico-afectiva suele mostrarse afectada, con aparición de cuadros de inestabilidad y desorden (Khalaf et al., 2008; Van der Akker, 2007) y no siempre reciben el debido seguimiento psicológico.

-
- 2 Nótese también que utilizaremos de forma indistinta los términos “embrión”, “feto”, “bebé” o “niño por nacer”, en la inteligencia de que, en todo caso, se trata de una vida humana, de una persona.
- 3 Más allá de ello, la ingeniería genética y la manipulación que la maternidad subrogada implica plantean lo que Michael Sandel (2007, p. 45) identifica como el “caso”, es decir, el reclamo “contra la perfección” (*the case against perfection*). Allí explica que el fenómeno ha trastocado incluso la paternidad misma, que ha de implicar que el padre no “elige” a sus hijos, cuyas características han de ser impredecibles.

Las implicancias éticas de la maternidad por subrogación son de suma entidad, a punto tal que, según el país del que se trate, mientras en ciertas latitudes se la contempla y regula como una práctica lícita dotada de amplia protección legal, en otras es considerada un delito de gravedad, que importa penas privativas de la libertad. Estos dilemas no son ajenos al lenguaje; las variadas denominaciones que recibe esta práctica bastan para exhibir las distintas posiciones (favorables o condenatorias) en el debate público: se la ha denominado “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientres”, “alquiler de úteros”, “subrogación uterina”, “maternidad por otro”, “maternidad sustituta”, “maternidad intervenida”, “maternidad disociada”, “gestación por contrato”, “explotación reproductiva”, “subrogación altruista”, “gestación solidaria”, “contrato de maternidad delegada” (Albert, 2017; Marrama, 2022; Martínez Muñoz y Rodríguez Yong, 2021).

Un simple paneo de los principales tabloides a nivel global exhibe también las implicancias de esta práctica. La revista *The Economist* del 1 de febrero de 2025 da cuenta de que la subrogación internacional ha reemplazado a la adopción, que presenta caídas estrepitosas: mientras que en 2004 las adopciones internacionales relevadas en Estados Unidos ascendían a 45.000 casos, en 2022 descendieron a 3.700. En España, casos que involucran a personas públicas también son motivo de conversación y preocupación, y en Argentina, últimamente, la cuestión también ocupa informes periodísticos e investigaciones judiciales: el caso de un bebé prematuro abandonado por la gestante y la reticencia de la madre comitente extranjera, que no se presentó (Nöllmann, 2025); las investigaciones que dieron cuenta de la intermediación de profesionales (abogados, escribanos, médicos) en casos tipificados como trata de personas, cuyos servicios son promocionados abiertamente en redes sociales.⁴ No es ajena a esta práctica (que suele involucrar donación de gametos) la preocupación creciente por la falta de control de donantes masivos, que dan lugar a miles de niños que tienen más de una veintena de hermanos biológicos (*Detectaron 85 donantes...*, 2025).

Frente a esta realidad, que pone en escena la dignidad de las personas, el máximo tribunal de la República Argentina dictó en octubre de 2024 la primera sentencia relativa al estatus legal de la maternidad por subrogación y el impacto en las relaciones de familia (la filiación). Se trata de un fallo largamente esperado no sólo por las partes involucradas, sino también debido a los

4 La agencia Sudameris Surrogacy promocionaba abiertamente, entre otros, el “Programa Argentina”, que ofrecía en el extranjero el servicio de alquiler de vientres en ese país. Véase Fahsbender (2025).

diversos criterios adoptados por tribunales inferiores según las jurisdicciones (incluso, una medida cautelar general respecto del Registro Civil de la Ciudad de Buenos Aires), que nos mueve a reflexionar sobre los dilemas éticos que esta práctica encierra y las ventajas y desventajas de su regulación, para finalmente proponer una solución posible. En el análisis, aludiremos someramente a una también muy reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo de España (fechada con solo dos meses de diferencia), que nos permitirá relevar un enfoque jurídico sumamente distinto —puesto que incorpora una reflexión ética—, en un país que ofrece también un marco normativo diverso del argentino.

2. Marco teórico. La bioética como necesidad de una reflexión filosófico-antropológica. El iusnaturalismo

Cuanto expusimos al presentar el problema nos conduce de forma inexorable a la reflexión bioética, disciplina que tuvo su origen, precisamente, en la búsqueda de respuestas en un escenario social que mostraba el (creciente) divorcio entre el mundo científico (especialmente, las ciencias matemático-experimentales y el gigantesco desarrollo de la tecnología) y el pensamiento humanístico. Este divorcio es expresión del profundo conflicto del mundo moderno (posmoderno y neoposmoderno) y sus fisuras, abiertas —en gran medida— por el abandono de la idea de “unidad del saber”, la condena de la moral (y de Dios) al ostracismo y una cosmovisión (y su correspondiente idea del hombre, de la vida, de la conducta) vinculada al conflicto y al cambio (incluso al caos) y desligada de todo orden, naturaleza o esencia. En pocas palabras: una forzada separación entre ontología, ética, ciencia y técnica, que fue percibida como verdadero peligro por el oncólogo R. Potter (1970), a punto de llevarlo a intentar una ciencia de la supervivencia que pudiera ser puente entre dos mundos: “Mankind is urgently in need of new wisdom that will provide the knowledge of how to use knowledge for man’s survival and for improvement in the quality of life” (p. 127). Así pues, el escenario presente al que aludimos en la introducción no refleja ni más ni menos que el enfrentamiento entre las concepciones ontológicas, antropológicas y morales modernas y posmodernas (actuales) y las clásicas (González Gutiérrez y Postigo, 2019). De ahí la necesidad del retorno a la *recta ratio agibilium* aplicada a los copiosos dilemas actuales (Postigo, 2011).

Es que la nueva ética implicó una profunda transformación ontológica y antropológica: las nociones de esencia, naturaleza y ley natural cedieron frente a la materia y la conciencia (razón deductiva), el cientifismo impuso como único

criterio de certeza y verdad al modelo matemático-experimental y terminó por construir un verdadero trono a la autonomía decisoria. Esta cosmovisión —asumida con poca reflexión, pero masivamente—, combinada con el desarrollo frenético de las técnicas y las ciencias (especialmente el avance en el campo de la medicina y la biología), facilitaron la generalización y normalización de prácticas médicas nacidas como excepción, e incluso el reconocimiento del acceso a estas como verdaderos derechos subjetivos (ya no ordinarios, sino como pertenecientes a la categoría de los derechos humanos, con la prevalencia que ello implica).⁵ La misma idea de libertad y dignidad como atributos del hombre, recogidos en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) y en la Carta de creación de la Organización de las Naciones Unidas (1945) presenta hoy una nueva fisonomía: libertad y dignidad se amalgaman en la nueva idea de la “autonomía”, centrada en la capacidad decisoria sobre la propia vida y el cuerpo, que finalmente admite la facultad de su disposición. En su obra *El derecho y los derechos del hombre*, Michel Villey (2019) expuso —hace ya tiempo— esta transformación cuando estaba en ciernes. El transcurso del tiempo, los cambios socioculturales, los avances tecnológicos y la perspectiva de derechos humanos han reforzado esta mutación, proyectándose sobre otras dimensiones más vinculadas a la subjetividad y el mundo emocional; se ha dado lugar al fenómeno de creación de derechos nacidos exclusivamente del deseo, el pasaje de los derechos humanos (derechos de las personas) a los derechos individuales y de éstos a los derechos transhumanos (Puppinck, 2020).

Esta verdadera metamorfosis sociocultural impone una redoblada necesidad de reflexionar sobre el actuar humano, tarea que será más fértil —y honesta— si hacemos explícitos los presupuestos de nuestro modelo teórico (de paso, mitigamos el oscurantismo moderno que denunciaba Jérôme Lejeune): el personalismo ontológico. Es que el punto de partida de cada modelo bioético (sus fundamentos ontológicos, éticos y antropológicos) derivarán en soluciones no sólo distintas, sino incluso contrarias. El utilitarismo, el principialismo, el transhumanismo y la ética de mínimos propondrán distintas soluciones. Es por

5 Michael Sandel (2007) lo expresa así: “When science moves faster than moral understanding, as it does today, men and women struggle to articulate their unease. In liberal societies, they reach first to the language of autonomy, fairness, and individual rights. But this part of our moral vocabulary does not equip us to address the hardest questions posed by cloning, designer children, and genetic engineering. That is why the genomic revolution has induced a kind of moral vertigo. To grapple with the ethics of enhancement, we need to confront questions largely lost from view in the modern world –questions about the moral status of nature, and about the proper stance of human being toward the given world. Since these questions verge on theology, modern philosophers and political theorists tend to shrink from them. But our new powers of biotechnology make them unavoidable” (p. 9).

ello que, en un presente que ha declarado la conquista de la Naturaleza en manos del hombre —aunque ello aparezca la “abolición del hombre” (Lewis, 2016)— y en el que el respeto por la libertad y la diversidad (la autonomía personal y la búsqueda de diferenciación parecen ser valores centrales) ocupan un rol estelar, resulta doblemente necesaria la clara y sincera explicitación de los presupuestos de los que parte cada propuesta de normativa y cada solución judicial.

En nuestro caso, y a partir de la propuesta de E. Mounier (1950), la noción de persona —acompañada de fundamentación antropológica y ética asentada en la ontología y la metafísica— ocupa un lugar vital. El personalismo ontológico se apoya en los postulados de la filosofía aristotélico-tomista, que entiende al saber como unidad con organización jerárquica (hacia la ciencia del ser) y admite la existencia de una realidad cognoscible. Aquí, el hombre se presenta con naturaleza propia y, por tanto, sometido a la ley natural, que es capaz de conocer, reconocer y elegir (atributo de la libertad). La persona es aquí —como enseñó Boecio— sustancia individual de naturaleza racional y se da una identidad ontológica del ser humano y la persona, dotada de dignidad en sí misma. Sin embargo, esta realidad —la persona— no está libre de tensiones. Aunque el realismo clásico conjuge la noción de esencia de la ontología metafísica y la de naturaleza humana como principio esencial teleológico —y de ello derive el criterio o juicio de validez o moralidad (que depende de la adecuación de la conducta a la naturaleza de las cosas, de manera que el bien moral coincide en el respeto y promoción de la naturaleza humana)—, su naturaleza encierra una tensión fundamental, especialmente frente a la idea de apertura (o descentralización) hacia otros, por oposición al ensimismamiento (centralización sobre sí mismo) propio del individualismo.

The nature of the person now discloses its fundamental tension. It is constituted by a double movement, contradictory in appearance but in fact dialectical, on the one hand towards the affirmation of personal absolutes that resist any limitation, and on the other towards the creation of a universal union of the world of persons. (Mounier, 1950, p. 29)

Como enseña la corriente personalista, la mera existencia humana implica ser persona y, en cuanto tal, portadora de dignidad. De este modo, la persona (única e irrepetible) es siempre un fin en sí mismo, merecedora de protección. De ahí derivarán, pues, los principios ordenadores de respeto de la vida física, el principio terapéutico de integridad o totalidad y los principios de libertad y responsabilidad, justicia y solidaridad (sociabilidad y subsidiariedad). La rea-

lidad de cada cosa consiste en tener su propia naturaleza, un orden que le imprime *telos* (o finalidad) y que se expresa como ley natural. El ser implica un orden, y las virtudes operan como principios del orden moral, que es universal. Aquí abreva la ética de la virtud de E. P. Pellegrino y D. C. Thomasma (1993).

Llevando el análisis filosófico al ámbito jurídico, surge la pregunta sobre el origen del derecho, su causa fuente y los criterios de validez normativos. Por un lado, el realismo jurídico clásico (que se nutre del realismo filosófico) asume al derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*ars boni et aequi*) y, consecuentemente, su analogado principal está dado por la naturaleza de las cosas (lo justo natural), de lo que el derecho positivo ha de ser reflejo (lo justo positivo). Por el contrario, el positivismo asume explícitamente la separación entre derecho y justicia, reduciendo el primero a la norma (su justificación primigenia no es de contenido, sino de forma, según su creación: dictada por el órgano político pertinente y, luego, su contenido será válido según su conformidad con la norma positiva de rango superior —recuérdese la pirámide kelseniana—). A partir de aquí, pues, las consecuencias serán enormemente diversas; aparece entonces la exhortación a retomar la reflexión sobre la naturaleza de las cosas como remedio que permita superar la oposición entre positivismo e iusnaturalismo y asumiendo la imposibilidad de una distinción tajante entre el ser y el deber ser (De Lezica, 2020).

Las discusiones que asoman son muchas, relativas no sólo a la validez de la norma jurídica, sino también a la creación de (nuevos) derechos, a sus fuentes e, incluso, la prelación entre estas últimas: la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (en los países de derecho continental o *civil law*). Mientras las corrientes del realismo jurídico sujetarán el reconocimiento de derechos a su correspondencia con el orden natural, las positivistas admitirán su creación *ab initio, ex novo*: basta con una decisión política en tal sentido. En la cuestión de la maternidad subrogada, estos presupuestos marcarán distintos carriles de análisis. También estas corrientes harán jugar de diferente manera los principios jurídicos (nótese que los sistemas jurídicos occidentales —a excepción de los regímenes totalitarios— suelen admitir el principio de legalidad y de reserva, en virtud de los cuales lo no prohibido está permitido y las acciones privadas son ajena al poder estatal). El contenido y límites de estas posibilidades (el rango de libertad) se corresponderá con el posicionamiento iusfilosófico: a nuestro entender, la legitimidad de las normas y la posibilidad de reconocimiento de un derecho subjetivo ha de perseguir criterios de justicia, que tiene por protagonista a la persona. Este último término excede en mucho la simple noción de

individuo de la especie humana, para expresar una plenitud y perfección particulares vinculadas a su capacidad espiritual (Wojtyla, 2008). Irrumpe, entonces, la idea de dignidad, esa especial cualidad de excelencia referida a la realidad concreta de cada persona humana (Santiago, 2022). Es la potente combinación de tomismo y fenomenología la que presenta al hombre como verdadera persona que se comunica con el mundo objetivo (con la realidad) por intermedio de su interioridad, que involucra la reflexión, la autodeterminación, el libre albedrío. Así, el hombre es dueño de sí mismo *sui iuris*: la persona no puede ser para otra solo un medio. “La naturaleza misma de la persona, lo que ella es, lo excluye. (...) Al tratarla únicamente como un medio se comete un atentado contra su misma esencia, contra lo que constituye su derecho natural (Wojtyla, 2008, p. 34).

Como se adelantó, el objeto de este trabajo es interrogarnos sobre el fenómeno de la maternidad subrogada y los dilemas éticos y jurídicos que plantea, tomando como punto de partida el caso judicial concreto resuelto por el máximo tribunal judicial de Argentina. Comenzamos por el análisis del fallo judicial en tanto constituye una muestra concreta y real de algunos de los conflictos (si no éticos, al menos legales) que acarrea hoy día la maternidad subrogada y, al mismo tiempo, también porque la reflexión jurídica suele replicar el método triangular de análisis de la bioética: los hechos del caso particular imponen la reflexión sobre las normas y bienes jurídicos en juego y, luego de su ponderación, la decisión sobre el caso para arribar a una solución justa (ajustada a derecho para el positivismo jurídico y, además, éticamente aceptable para las corrientes iusnaturalistas). Ello así, pues la reflexión bioética admite (en su tercer momento, práctico) la búsqueda de la respuesta jurídica adecuada (Postigo, 2003).

Luego, con la mira puesta en llegar a conclusiones que excedan el caso particular y la legislación argentina, ampliaremos el análisis a la práctica general de la subrogación de la maternidad, con alusión a las circunstancias que la rodean, los distintos regímenes legales y su extensión al ámbito trasnacional. Es decir, nos adentraremos en la práctica propiamente dicha y en las consecuencias que su expansión ha aparejado. Luego de ese relevamiento, por la vía inductiva (con apoyo en la sentencia y los principios de la bioética), repasaremos los bienes en juego para deducir una propuesta de solución general. Comencemos, entonces, por nuestro caso.

3. Conocer el hecho

3.1 El caso judicial. Sentencia S., I.N. c/A., C.L. s/impugnación de filiación

Con fecha 22 de octubre de 2024, el máximo tribunal de justicia de la República Argentina dictó su primera (y esperada) sentencia sobre la maternidad subrogada, en una causa que tramitaba un reclamo por impugnación de filiación entablado por una pareja de hombres que había actuado como comitente y solicitaba la expedición de una nueva partida de nacimiento que desplazara a la mujer gestante inscripta como madre, reemplazándola por uno de los actores (el restante coactor había sido inscripto como padre del niño).⁶ El contrato, la práctica y el nacimiento habían tenido lugar en Argentina, cuya normativa no prevé ni regula de forma explícita y/o completa la práctica de la maternidad subrogada.

El principal cuerpo normativo de derecho común –el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC)– contiene un título dedicado a la filiación (“Título V. Filiación”), integrado por 36 artículos distribuidos en seis capítulos. En lo que aquí atañe, destacamos que contiene dos disposiciones generales (arts. 558 y 559) que acogen tres tipos de filiación (por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida y por adopción) con idéntico efecto, limitan a la cantidad máxima de dos los vínculos filiales en todo caso y le imponen al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas la prohibición de indicar el tipo de filiación en la redacción de los certificados de nacimiento. De forma particular, respecto de las técnicas de reproducción humana asistida (Capítulo 2 “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”), establece ciertas reglas de la filiación (arts. 560-564); en especial, la norma del art. 562 establece que los nacidos por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien lo dio a luz y del hombre o la mujer que prestó su consentimiento informado previo, con independencia de quién haya aportado los gametos. Por otro lado, y para supuestos de derecho internacional, el Código Civil y Comercial prevé en su Título IV (“Disposiciones de derecho internacional privado”) algunas reglas generales (Capítulo 1, arts. 2594-2600) y secciones especiales, entre ellas, la Sección 5^a, dedicada a la Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 2631-2638). Las disposiciones generales recogen la regla de la aplicación de la norma según los instrumentos de derecho internacional (art. 2594), los criterios de aplicación

6 Autos S., I.N. c/A., C.L: s/impugnación de filiación, CIV 86767/2015/1/RH1 y otro, disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=8027721>

del derecho extranjero (art. 2595), el fraude a la ley (art. 2598), la primacía de las normas imperativas por sobre la autonomía de la voluntad (art. 2599) y la prevalencia del orden público nacional frente al derecho extranjero (art. 2600), entre otras cuestiones. Sin perjuicio de que estas normas no fueron motivo de análisis en la sentencia dictada —por tratarse de un caso estrictamente nacional que no planteaba cuestiones relativas al derecho aplicable—, el interés que presentan estas reglas es innegable, de modo muy especial frente a la creciente internacionalización de la práctica de la maternidad subrogada. Es por ello que, luego de repasar muy sintéticamente las cuestiones analizadas en la sentencia —vinculadas a los principios jurídicos y éticos en juego—, pasaremos revista brevemente a las distintas regulaciones a nivel internacional.

Yendo a la sentencia, la cuestión central radicó en dilucidar si, respecto de la práctica de la maternidad subrogada, el régimen legal argentino presenta una laguna normativa que habilite la libre regulación de su práctica y de sus efectos por vía contractual entre comitentes y gestante, o bien si se trata de una práctica que —aunque no regulada de forma especial por no estar recogida de forma expresa en la legislación nacional sobre técnicas de reproducción asistida (Ley 26862 de Reproducción médica asistida) y su decreto reglamentario (Decreto 956/2013)— sí está alcanzada por el régimen filiatorio establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

La primera posición (sostenida por los actores y por la gestante demandada que se allanó al reclamo y recogida en la sentencia de primera instancia), se sustentó principalmente en el principio de la autonomía personal (comprehensivo del derecho a la voluntad procreacional), la libertad (en sentido de no injerencia en la vida privada y familiar según las propias elecciones), el principio de legalidad (art. 19 de la Constitución Argentina), la igualdad, la no discriminación, el derecho del niño a la identidad y la consideración de los derechos reproductivos como derechos humanos. Nótese que la parte actora sostuvo que el art. 562 del CCyC (que le atribuye la maternidad a quien da a luz) regula una situación distinta de la de la maternidad por subrogación, motivo por el cual no solicitó su declaración de inconstitucionalidad. A pesar de esta circunstancia —que suele cerrar el acceso de la causa a conocimiento del máximo tribunal—, la Corte consideró de gran trascendencia la materia debatida y estimó necesaria su intervención, especialmente frente a un escenario de incertidumbre con pronunciamientos disímiles dictados por los tribunales inferiores.⁷

7 A este respecto, resulta interesante el relevamiento jurisprudencial de Laferrière (2017a), que analiza diez fallos sobre maternidad subrogada dictados entre 2014 y 2016 (todos ellos, validatorios de la

El análisis formulado por la Corte Suprema de Justicia comienza afirmando la diversidad regulatoria a nivel mundial, que “refleja las diferentes posturas éticas, sociales y legales” (considerando 6, voto mayoritario), y que la técnica de gestación por subrogación es un mecanismo de reproducción humana asistida que, aunque no haya recibido una reglamentación expresa y diferenciada en el orden jurídico argentino, tiene fijado legalmente la determinación de la filiación. Establecido lo anterior, señala: (a) que la ley es clara en su texto, de modo que no exige un esfuerzo interpretativo de integración; (b) que la norma del art. 562 del CCyC no es discriminatoria ni se opone a la diversidad sexual, pues no evidencia fin persecutorio contra determinada categoría de personas; (c) que la garantía constitucional de la igualdad sólo requiere que no se establezca privilegios o excepciones a unos, negados a otros en idénticas circunstancias; (d) que la regla filiatoria establece idénticas consecuencias para todas las hipótesis de maternidad subrogada; (e) que la obligación de dar respuesta jurisdiccional no habilita al juez a sustituir con su opinión la voluntad del legislador; (f) que el concepto de “voluntad procreacional” puede remitir a los pretensos progenitores (comitentes), a la gestante o a todos ellos, siendo esto un problema por cuanto el texto de la norma es inconciliable con las hipótesis asignables a esa expresión;⁸ (g) que no puede invocarse un vacío normativo que habilite el prin-

práctica) centrados en la cuestión de la filiación; entre ellos, sólo uno trata —y lo hace de modo parcial— la cuestión de la nulidad del contrato y todos evitan el análisis de fondo: la cosificación del niño y de la mujer y su instrumentalización. La cuestión de la dignidad y la privación de los elementos constitutivos de la identidad están también ausentes. A esos fallos luego sobrevinieron al menos otros dos de trascendencia: uno dictado el 23/03/2022 por el tribunal de Alzada en lo Civil y Comercial Federal —Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones, autos S., E.R. y otro c. Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ Amparo de Salud— (en fecha coincidente con la sentencia 277/2022 del Tribunal Supremo de España), que, aunque ajeno a la cuestión filiatoria —pues se trataba de un amparo por cobertura de salud en la que una pareja le solicitaba a la obra social la cobertura integral de la fertilización *in vitro* y gestación por subrogación—, entendió que la práctica no había sido admitida en el régimen legal argentino. Por otro lado, en un reclamo iniciado por el Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) por la cuestión filiatoria (causa nro. A1861-2017-0) y en el marco de una acción colectiva, se dictó sentencia de alzada (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires) que le ordenó al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Capital Federal inscribir provisionalmente a los niños nacidos por subrogación como hijos de los comitentes sin emplazamiento de la gestante, haciendo una diferenciación entre la filiación y la registración.

- 8 Si la voluntad procreacional refiriera a los comitentes, no habría correspondencia entre ella y la filiación, porque uno de los comitentes quedaría excluido de la registración. Si refiriera a la gestante, la registración filiatoria guardaría consistencia biológica pero no afectiva; indica la Corte “Asumir esta conclusión importaría abrir las puertas al llamado comercio o alquiler de vientres, algo que el legislador no ha validado en absoluto y que —en el extremo- podría conducir al aprovechamiento de un sector vulnerable de la población” (Considerando 12). Por último, si la voluntad procreacional

cipio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional; (h) que el juez no puede declarar la inconstitucionalidad basado en el desacuerdo con la norma; (i) que las partes cuentan con otro instituto jurídico que da respuesta a su petición, como es la adopción por integración prevista en la legislación.

Las limitaciones de este trabajo impiden analizar pormenorizadamente las diferencias entre los votos de los magistrados, y aclaramos aquí que la síntesis expresada en el párrafo previo corresponde al voto común de la mayoría del tribunal conformada por los Dres. H. Rosatti, C. Rosenkrantz y R. Lorenzetti. Adicionalmente, los dos últimos se explayaron separadamente sobre otras cuestiones, mientras que hubo un voto en disidencia del Dr. J. C. Maqueda. Por mencionar sólo las principales reflexiones contenidas en sus votos, destacamos: (1) la remisión al Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, TRHA) de la Organización Mundial de la Salud del año 2009, que incluye el útero subrogado (votos de Rosenkrantz y Lorenzetti); (2) que la única interpretación que respeta el texto de la norma es que la “voluntad procreacional” y el “consentimiento” se refieren (en lo relativo a los efectos filiatorios) a la utilización de las TRHA y no es posible asignarle un sentido incompatible con la regla filiatoria de quien da a luz (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (3) que la ausencia de vínculo genético no puede ser invocada para impugnar la maternidad en la filiación por TRHA (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (4) que la ausencia de regulación de la maternidad subrogada de modo diferenciado de las restantes TRHA y el hecho de no estar prohibida no implican un vacío legal (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (5) que el Estado tiene un interés legítimo en adoptar para todos los casos de TRHA un sistema legal de determinación del vínculo filiatorio, basado en criterios del legislador ajenos al control judicial (voto Rosenkrantz); (6) que es irrelevante el acuerdo de gestación y la voluntad de la gestante de no tener vínculo jurídico con el niño, porque las normas de filiación se asientan en motivos de orden público (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (7) que el análisis sobre la eventual colisión de la aplicación de la norma del art. 562 del CCyC al caso concreto y los derechos constitucionales debe ser limitado en el sentido de considerar que, existiendo una posible solución al litigio, debe estarse a favor de la validez de las normas (voto Rosenkrantz); (8) que la decisión personal de utilizar TRHA no puede suponer (por no estar expresamente prohibida) que se reconozca —con intervención judicial— un vínculo filiatorio distinto del expresamente establecido (voto

refiriera tanto a comitentes como a la gestante, la filiación tendría tres personas, lo que está prohibido en el régimen legal argentino.

Rosenkrantz); (9) que la determinación del vínculo filiatorio no constituye una injerencia arbitraria en la vida privada, pues se trata de una regulación de orden público fundada en criterio de oportunidad y conveniencia (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (10) que la norma tampoco impide el derecho de fundar una familia ni impone un concepto único de familia y que la legislación prevé también diferentes mecanismos para ello, como la adopción de integración (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (11) que la debida atención al interés superior del niño como consideración primordial no se ve quebrada por la aplicación de la norma filiatoria vigente y que las partes no identificaron el supuesto perjuicio al niño, ni siquiera la existencia de conflicto entre las partes (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (12) que no hay vulneración del derecho a la identidad, puesto que el sistema legal establece la filiación según una realidad biológica (gestación), de modo que no hay incertidumbre, privación ni alteración ilegal de la identidad (voto Lorenzetti), ni hay irreversibilidad de tal situación filiatoria, dados los mecanismos de adopción disponibles (voto Rosenkrantz); (13) que la norma filiatoria no puede ser considerada inconstitucional (votos Rosenkrantz y Lorenzetti); (14) que, dada la trascendencia de los intereses en juego y la litigiosidad que ha suscitado, corresponde poner en conocimiento del Poder Legislativo este fallo (votos Rosenkrantz y Lorenzetti).

El planteo del voto del Dr. Lorenzetti, mayormente coincidente, se diferenció puntualmente al añadir el análisis consecuencialista. Así, luego de explicar la trascendencia de la materia y la incertidumbre surgida de la variedad de pronunciamientos disímiles, expone la necesidad de delimitar los hechos, identificar la norma y formular el juicio de subsunción; como segundo paso, comprobar la coherencia entre la solución deductiva y los precedentes judiciales; en tercer lugar, asegurar la coherencia y armonización con el sistema jurídico; y como cuarto paso, analizar las repercusiones futuras. A este último respecto —luego de expresar que el examen de coherencia constitucional es también afirmativo por no evidenciarse discriminación en razón de la orientación sexual, ni fin persecutorio, y porque la aplicación de la norma tiene consecuencias semejantes para parejas homosexuales y heterosexuales—, advierte sobre la extensión analógica de la habilitación de esta práctica por medio de la interpretación jurisprudencial, que abriría una serie de problemas que sólo el Congreso puede regular, habiendo decidido no hacerlo. A ello agrega otras consideraciones, como: (1) que los actores y otras personas recurren a estas prácticas por razones que consideran legítimas y son relativas a su autonomía personal, pero esa decisión trasciende dicha autonomía; (2) que la solución

no puede basarse en el solo deseo personal porque se trata de acciones con repercusiones frente a terceros; (3) que el interés superior del niño no se ve garantizado, especialmente frente a la variedad de acuerdos —muchos, puramente comerciales— que se ofrecen en distintos países; (4) que hay una cuestión de género a atender, como es la de la vulnerabilidad de las mujeres gestantes, la extrema pobreza y la comercialización; (5) la relevancia de establecer si es una práctica excepcional (sólo admitida ante supuestos de imposibilidad) o es una opción sin limitaciones restrictivas que puede llevar a múltiples combinaciones cada vez más conflictivas y difíciles de resolver; (6) que la complejidad quedó acreditada con el debate de proyectos de ley y las estrictas condiciones requeridas para el consentimiento legal, incluida la autorización de judicial.

Por último, diremos que el voto en disidencia del Dr. J. C. Maqueda decidió que correspondía hacer lugar a la inscripción de copaternidad y el desplazamiento de la madre, fundándose en lo siguiente: (1) la ausencia de prohibición de la técnica en la legislación argentina, a diferencia de otros países; (2) una interpretación distinta de la norma del Código Civil y Comercial, a la que limita a las restantes TRHA porque entiende que la maternidad por subrogación presenta singularidades que le son propias (entre ellas, que intervengan tres personas) y dilemas éticos y jurídicos particulares, que llevaron al legislador a decidir omitir su regulación. Habría, a su entender, una laguna normativa que debe ser cubierta recurriendo a los principios generales del derecho y a la analogía, hasta tanto el Poder Legislativo regule la materia. Así, entiende que la voluntad procreacional consiste en la intención de ser padre o madre, que el interés superior del niño impone la necesidad de revisar las particularidades de cada caso, que implican la voluntad procreacional y quien cumple los deberes de cuidado y crianza; la necesidad de cumplimentar la inscripción del niño de forma inmediata a su nacimiento, la asimilación del derecho a la identidad con la individualidad y la vida privada, la experiencia histórica personal y los vínculos familiares; la consideración socioafectiva, la asunción de una maternidad “forzada” por parte de quien sólo aceptó ser gestante, y que el derecho a la identidad del niño puede ser respetado mediante la proporción de la información a él, por parte de sus progenitores, sólo cuando él lo solicite (es decir, el derecho a conocer la identidad queda relegado al ámbito doméstico).

Recapitulando: la sentencia de primera instancia había hecho lugar a la demanda, luego revocada por la Cámara de Apelaciones. El eje del debate se centró en la aplicación de la norma del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación que dispone que la filiación de los niños nacidos por esta técnica

corresponde a quien da a luz y al hombre o mujer que prestó su consentimiento previo, con independencia de la aportación de gametos. Por otra parte, la norma del art. 558 del CCyC establece que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales. Interesa recordar que, en el régimen legal argentino, luego de un gran debate y de la promulgación de un nuevo Código Civil y Comercial que entró en vigencia en el año 2015 (y receptó normas sobre las TRHA), se omitió dictar una regulación específica para la maternidad subrogada, limitándose a establecer las reglas de la filiación para las técnicas de reproducción asistida. Según vimos, aquí el máximo tribunal entendió que la posición del legislador era clara y no puede el Poder Judicial arrogarse facultades que le son del todo ajena. Destacamos de nuevo que no hubo en el caso conflicto entre distintas regulaciones (a excepción de la contractual y la legal) o aplicación de normas de derecho internacional, sino que la discusión se centró en la (in)existencia de una laguna normativa. Si bien ninguno de los magistrados admite la inconstitucionalidad de la norma argentina que fija el régimen de filiación (se admite que la autonomía consiste en la elección de las TRHA, pero no se proyecta sobre la filiación, que es de orden público), se destaca la necesidad de dar alguna solución a estos casos, ya sea por vía de su legislación por parte del Congreso Nacional (voto mayoritario) o de forma excepcional mediante la vía judicial (voto en disidencia).

A pesar de la transcendencia de la materia y la existencia de una situación de cierta anarquía en términos de ausencia de uniformidad de criterios en los tribunales del país, el alto tribunal ciñe (a excepción del argumento consecuencialista del voto del Dr. Lorenzetti) su análisis a criterios básicamente de interpretación normativa y al análisis del caso particular. Se centra en la dilucidación de los conceptos de discriminación e igualdad, autonomía (que asimila la voluntad procreacional y limita frente al orden público del régimen filiatorio), aunque también alude a la libertad y el derecho de formar una familia, para el cual considera que existen distintos mecanismos legales disponibles, entre ellos, el instituto de la adopción. Alude, en el voto en disidencia, al derecho a la identidad. El fallo trata los argumentos traídos y evita, así, un análisis iusfilosófico o, incluso, antropológico del tema. Hemos de suponer —especialmente frente a la altura doctrinaria de los miembros de este alto tribunal— que la limitación del análisis estuvo signada por la decisión, *ex profeso*, de evitar incurrir en *obiter dictum* que pudiera adelantar criterios. En el voto mayoritario, se insta al Poder Legislativo a brindar una solución general a la subrogación, pero se lo hace con cuidado de no entrar en reflexiones que puedan exceder lo estrictamente

jurídico-normativo. Posiblemente, es por ello que la palabra “dignidad” está ausente a lo largo de todo el fallo: la *ratio decidendi* se ha ceñido a la cuestión de la laguna normativa y el juego entre la autonomía y el orden público en materia filiatoria, sin entrar en el estudio de los valores y derechos involucrados en la práctica de la subrogación. Es que la consideración de la dignidad como eje de la problemática habría comportado un doble desafío: no sólo la introducción de “la cuestión moral”, sino también (y de modo especial) la explicitación de nociones y posiciones antropológicas (posiblemente antagónicas).

Frente a esta sentencia, y en el escenario nacional descripto, intentaremos aportar un análisis ético de la cuestión, con la esperanza de contribuir al diseño de políticas públicas y modificaciones normativas que nos acerquen a una solución general. Para emitir un juicio ético adecuado, es necesaria una reflexión que contemple la cuestión teórica de la maternidad subrogada (en qué consiste esta práctica en términos conceptuales) y también las circunstancias que suelen acompañarla. Con ello, atenderemos también a quienes sostienen, como Atienza (2023) que esta práctica no supone por sí misma un atentado contra la dignidad, sino que –en todo caso–, la vulneración de la dignidad se evidenciará (o no) según el contexto.

3.2 La práctica de la subrogación (las circunstancias de la rodean)

La definición de “maternidad subrogada” presenta variantes; si bien ha estado presente en la historia de la humanidad, su conceptualización (y su práctica) han sufrido importantes modificaciones conforme no sólo el avance de la técnica, sino también la generalización de esta práctica e, incluso, el posicionamiento y adopción de distintos criterios. Así, en 1984 el Informe Warnock” (Reporte del Comité de Investigación sobre fertilización humana y embriología, del Reino Unido) la identificó como la práctica mediante la cual una mujer gesta a un niño para otra mujer con la intención de entregárselo después de que nazca (cap. 8, punto 8.1.), pudiendo importar distintas modalidades según sea el aporte genético (de la gestante, de la madre comitente, de una donante, del marido de la gestante, del padre comitente, de un donante, un embrión donado). Pero hoy día, dado el desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, esta práctica ya no requiere de un encuentro sexual entre la gestante y quien aporta los espermatozoides, sino que mayoritariamente se trata de embriones obtenidos por fecundación *in vitro*, luego transferidos a la gestante. Sin embargo, no siempre es necesaria la concurrencia de tecnología reproductiva

y —como explica Bellver Capella (2015)— el término maternidad subrogada refiere más bien a una diversidad de actuaciones (y no a una técnica particular) que lo que tienen en común es “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz al bebé y atribuirla a otra, otro u otros” (p. 24).

Desde la primera práctica de subrogación con TRHA ocurrida en 1976 en el marco de la “solidaridad gestacional” entre mujeres estériles —para situaciones de excepcionalidad— y el Informe Warnock hasta la actualidad, la práctica ha sufrido enormes mutaciones, como la existencia de agencias de intermediación internacional, la instalación de *fertility farms* y el acceso a esta práctica por parte de toda persona que libremente lo desee (y pueda costearlo). Lejos de tratarse de “una mujer que gesta para otra mujer”, estamos frente a una compleja convención regulada, un acuerdo de voluntades (un contrato) mediante el cual una mujer lleva adelante la gestación obtenida mediante técnicas de reproducción humana asistida y asume el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que puede tratarse de una persona, una pareja heterosexual u homosexual, casada o no, que pueden aportar (o no) los gametos. También se lo ha definido más actualmente como la práctica mediante la cual los solicitantes contratan a una mujer para que geste, hasta el parto, un embrión obtenido mediante fecundación *in vitro* para entregárselo y que sea registrado como su hijo, y diferenciándola explícitamente de las técnicas biomédicas de reproducción asistida y de los tratamientos de infertilidad propiamente dichos —pues, por un lado, constituyen el uso comercial de las técnicas y, por el otro, los comitentes continúan con los mismos impedimentos de fertilidad (Alberti et al., 2024)—. Si bien hay quienes conceptualizan esta práctica como una TRHA (así se admite en la sentencia del alto tribunal que comentamos), lo cierto es que pensamos junto con Ales Uría (2020) que se acerca más a un supuesto de suspensión y atribución voluntaria de la filiación, pues está ausente la fungibilidad del aporte del tercero y la colaboración o servicio es continuado (no se reduce a la donación de material genético). Así, no hay posibilidad de fragmentación física, psicológica y afectiva, en la medida en que la mujer aporta la totalidad de su cuerpo para la anidación, gestación y parto.

Hoy día, la maternidad subrogada implica —en la mayoría de los casos— varias fases diferenciadas: la obtención de óvulos y espermatozoides (usualmente denominada “donación”, aunque se trata de una compraventa), la fecundación *in vitro*, la implantación y el embarazo y finalmente el parto. Frecuentemente, cada una de estas fases ocurre en distintas geografías, ya sea por motivos legales o por razones socioeconómicas: gametos obtenidos mediante bancos que

ofrecen óvulos, espermatozoides congelados, fecundación artificial en el país de residencia de los comitentes, implantación o transferencia del embrión en el país de residencia de la gestante y nacimiento en grandes ciudades cercanas (o no) a la residencia de quien dará a luz o bien de los comitentes. Luego, nacido el niño, y según el lugar de nacimiento, generalmente hay un nuevo traslado, pues migra al país de residencia de los comitentes, donde habrá de radicarse. Ciertamente, el tipo de regulación de los países (además de los costos) impacta en la internacionalización de la subrogación: una cerrada protección legal del anonimato de los donantes (y consiguiente imposibilidad de acceso a su información y contacto y eventual reclamo filiatorio) ocupa un papel primordial en la fase de obtención de los gametos; la regulación y provisión de las técnicas de reproducción humana asistida (selección genética preimplantatoria, limitación de número de embriones a transferir, criopreservación y donación de embriones, incluso la provisión obligatoria de estas técnicas por parte del servicio público de salud) es decisiva para la segunda fase; la legalización del aborto en distintos supuestos (libre –para el escenario de arrepentimiento de las partes–, con o sin limitación temporal, eugenésico) así como la legalización (total o condicionada) o la prohibición de la subrogación y las reglas sobre filiación son centrales en la fase tercera. Finalmente, en la última etapa, suele prevalecer la exigencia (por parte de los comitentes) de clínicas privadas que cuenten con servicios permanentes de obstetricia y neonatología de cierta complejidad, así como facilidades para la inscripción del recién nacido y la obtención de su documentación personal. En cuanto al último traslado (del niño nacido), es donde suelen surgir los reclamos vinculados a la validación e impugnación de la filiación y nacionalidad del niño, como muestran las contiendas judiciales de tipo internacional.

Las principales clasificaciones sobre esta práctica refieren a su finalidad: altruista o lucrativa (según la mujer gestante reciba una mera compensación de gastos o una retribución); al origen de los gametos: subrogación tradicional (en desuso) –en la que la gestante aporta los gametos– o maternidad gestacional –en la que el embrión no guarda relación genética con ella–; a la complejidad y cantidad de personas involucradas: total (si ningún gameto corresponde a la gestante ni a los comitentes) o parcial (si la gestante o el comitente han aportado material genético), también llamadas homóloga o heteróloga. Aparecen en este último caso seis posibles progenitores, según las combinaciones de cada caso: la madre gestante, la madre comitente, la madre que aportó los gametos, el padre comitente, el padre que aportó los gametos y el cónyuge de la mujer gestante (dada su paternidad presunta). Notemos que, llegado el momento en el que se

creen gametos artificiales, aumentarán las combinaciones posibles. También se la clasifica según el tipo de padres (pareja homosexual o heterosexual, un varón, una mujer, más de dos personas en diferentes combinaciones que incluyan la poligamia o incluso una persona jurídica); según las condiciones de entrega del bebé (con o sin libertad de la gestante para conservarlo); según la causa (imposibilidad médica, biológica, razón profesional, social o personal); según la localización geográfica del comitente y de la gestante; según la existencia (o no) de vínculo afectivo o familiar (en cuyo caso, el niño tendrá un doble vínculo con la gestante, por ejemplo, su tía); según la relación jurídica entre las partes (una agencia privada que ofrece el servicio reproductivo completo, un mediador, una agencia estatal); según el marco legal (regulada, prohibida, etc.); según el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; según otros aspectos técnicos y condiciones (que involucren la estimulación ovárica, que la gestante sea madre de otro hijo).⁹

Si bien se cuenta con algunos informes nacionales e internacionales de distinto tipo que dan cuenta de los principales aspectos de esta realidad —y, con ello, nos permiten trazar un mapa orientador—, se trata de un ámbito en el que la casuística suele ser variada (Comité de Bioética de España, 2023) y la información no suele ser abierta y transparente por parte de sus implicados principales: clínicas, Gobierno, comitentes, gestantes y abogados, lo que supone un mayor reto en términos de su investigación (Alberti et al., 2024). Sin perjuicio de lo antedicho, en el ámbito médico, la información suele ser más explícita, aunque dotada de un lenguaje técnico prácticamente inasequible al público general. En ese tipo de publicaciones, la práctica del diagnóstico prenatal de trastornos genéticos para la selección y transferencia de embriones es asumida, sin más, como necesaria para el “bienestar en la descendencia”, incluso por parte de los más prestigiosos genetistas (prólogo del Dr. E. Gadow en Quintana et al., 2020): los tests PGT-A (detección de aneuploidías), PGT-SR (de defectos cromosómicos estructurales) y PGT-EM (para enfermedades monogénicas) están a la orden del día y se proponen como “la opción diagnóstica más temprana” (Arenas et al., 2020, p. 107) frente al riesgo de descendencia portadora de alguna alteración genética. El resultado de estos tests de diagnóstico decidirá la transferencia o descarte del embrión obtenido. En esta práctica, la cuestión de la búsqueda de la perfección y la ingeniería genética también se hace palpable.

Centrémonos ahora en la maternidad subrogada propiamente dicha para

9 Conf. Bellver Capella (2015) y Comité de Bioética de España (2023).

conocer las condiciones y circunstancias que suelen rodear a esta práctica. Esto es necesario para poder aplicar el método triangular que lleve desde el conocimiento de los datos y circunstancias de la realidad (la consideración del hecho), por vía inductiva, a la de los bienes implicados y, finalmente, mediante un proceso deductivo, a la resolución práctica (la propuesta de solución jurídica). El primer momento de la reflexión, el primer paso en el método triangular requiere “saber qué se está haciendo, en qué consiste la realidad” (González Gutiérrez y Postigo, 2019, p. 183). Hemos visto previamente el caso particular y la primera sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y, con ello, se ha despertado la necesidad de una reflexión en biojurídica. Resta conocer más detalles de la realidad de esta práctica para que el análisis no se reduzca estrictamente a lo legal, sino que cumpla con la necesaria interdisciplinariedad que evite la mirada reduccionista. Nos adentraremos entonces brevemente en esta práctica tomando dos relevantes informes: el informe del Comité de Bioética de España (2023) y el Informe temático sobre prácticas abusivas en la gestación por sustitución de la Relatora Especial de Naciones Unidas (2018, A/HRC/37/60) —junto con su informe complementario (Informe A/74/162)—. La sola revisión de ellos ofrece suficiente información para formarse idea sobre esta realidad.

Corresponderá repasar, entonces, el proceso de contratación de la subrogación que llevan a cabo las agencias intermediarias y que refieren no sólo a la selección de las mujeres, sino también a las condiciones a las que ellas se avienen. Así, suele tratarse de mujeres en situación de desventaja socioeconómica que acceden a este “servicio” por motivos estrictamente económicos. Se trata, generalmente, de mujeres casadas que cuentan con descendencia sana y no han sufrido complicaciones durante el embarazo y el parto (esto constituye, en cierto modo, garantía de una mayor calidad en el servicio), jóvenes de edad y desempleadas. Reciben un monto de dinero que varía según el país del que se trate, sea que se lo estipule como precio o se lo califique de compensación, y suele exigírsele la entrega de la documentación personal (actas de nacimiento) de la gestante, su esposo e hijos a la agencia intermediaria. También es frecuente la prohibición de mantener relaciones sexuales durante el embarazo, por lo que se le impone la separación de su familia y su entorno, en ocasiones no sólo hasta el parto, sino incluso hasta la obtención de la documentación final de filiación para los comitentes. La aplicación de estrictas terapias de desapego que les prohíben a las madres desarrollar cualquier vínculo emocional con el niño que llevan en su vientre (que conlleva una verdadera disociación cognitiva y

psicológica), la imposición de cesáreas sin consentimiento voluntario (violencia obstétrica) o de partos naturales aun en caso de riesgo de la madre, la reducción embrionaria en caso de embarazos múltiples, el aborto selectivo y la sumisión total e irrevocable por parte de la gestante a las decisiones de los comitentes respecto de la salud y la vida del niño y de la gestante conforman el menú de cláusulas de estilo.

El Informe del Comité de Bioética de España (2023) resulta vital no sólo para comprender la complejidad de la práctica (las técnicas), sino también para dimensionar su impacto en todos los planos de la vida humana —cultural, social, ético y jurídico—. Sin intentar agotarlos, destacamos: las condiciones de entrega del niño, la localización geográfica de comitentes y gestante, su diferenciación sociocultural, el nivel de conocimiento y libertad de la gestante, los aspectos biológicos y psicosociales de la relación madre-hijo (la memoria del cuerpo de la mujer gestante, el impacto en su arquitectura cerebral, la relación intrauterina y la urdimbre afectiva del bebe, el apego y la lactancia), la manipulación propia de las técnicas de reproducción asistida y el diagnóstico preimplantatorio al que hemos hecho mención (el aborto, la reducción embrionaria, la selección eugenésica), la plena potestad decisoria de los comitentes respecto de toda práctica en la madre gestante y el feto, el control completo de la vida de la madre gestante (*baby farms* con reclusión y prohibiciones de todo tipo), el pago de dinero, la cosificación del niño y de la reproducción, la mercantilización del cuerpo, el verdadero consentimiento libre e informado, la trata de personas (la venta de niños). El referido informe detalla interesantes aspectos de la relación madre-hijo durante la gestación: el microquimerismo y la incorporación por parte de la gestante de células procedentes de la sangre del embrión (que se almacenan en la médula ósea para luego dispersarse en los órganos de la madre), la modificación en la arquitectura y la morfología cerebral de la madre (desarrollo de conexiones neuronales creadoras del vínculo de apego cognitivo-afectivo). Por parte del niño, además de las cuestiones biológicas (desapego), también se lo priva del conocimiento sobre sus orígenes biológicos mediante la supresión de su identidad. A su vez, las agencias ofrecen (a quienes puedan costearlo) todo tipo de posibilidades de elección respecto de las características genéticas del niño y les garantizan a los comitentes un seguimiento completo de la evolución médica del embarazo, que incluye su presencia en los controles médicos. Las condiciones que cumplen la mujer gestante y los comitentes, relativas a las eventuales complicaciones del embarazo y el fuerte conflicto de interés entre ellos, dio lugar al dictado de nuevas recomendaciones por parte de

la American Society for Reproductive Medicine y la Society for Assisted Reproductive Technology (2022), que en un informe especial de Comisión, además de indicar que este tipo de práctica ha de corresponder a casos terapéuticos (de imposibilidad médica o riesgo de vida de embarazo), señala la necesidad de la participación de abogados independientes por parte de cada contratante, hace especial hincapié en la necesidad de profundo apoyo psicológico para ellos y recomienda un largo listado de estudios genéticos preimplantatorios (para la selección de los embriones) y posteriores (durante el embarazo, para evaluar su continuidad), además de evaluaciones que relevan especialmente eventuales situaciones de coerción.

Los informes presentados por la relatora especial ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a los que hemos aludido, dan cuenta de fuertes prácticas abusivas, venta de niños y venta de servicios, así como abandonos posparto. Especialmente se constata (en lo relativo a su regulación) un abandono de las exigencias impuestas a la adopción internacional para evitar la venta de niños (Marrama, 2019). Se daría una suerte de doble vara en cuanto a la protección de los niños y la prohibición de su venta: mientras que en la adopción internacional hay estándares estrictos para impedir y perseguir su comercialización, en la maternidad por subrogación la ausencia de regulación habilita y promueve la venta de niños. En los informes presentados por la relatora especial sobre la venta y explotación sexual de niños (A/HRC/37/60) (Marrama, 2019) se da cuenta —entre otras— de las siguientes cuestiones: (1) que la hipótesis de la venta de niños es aplicable a la gestación por sustitución; (2) que los contratos internacionales muestran, como pautas transfronterizas, que los aspirantes a progenitores corresponden a países desarrollados, mientras que las madres de alquiler se ubican en países en desarrollo, con excepciones; (3) que las redes comerciales internacionales se mueven de jurisdicción según los cambios regulatorios; (4) que es necesario elaborar normas internacionales; (5) que suele someterse a las madres de alquiler a abortos selectivos con fines de reducción; (6) que, en caso de negarse a la práctica del aborto, se les exige una indemnización monetaria; (7) que las redes comerciales suelen trasladar a las madres de un país a otro estando embarazadas; (8) que la tasa de arrepentimiento o cambio de opinión es mayor en los comitentes que en las mujeres gestantes.

3.3 Modelos regulatorios en el ámbito internacional

Resta mencionar —por tratarse de información relevante que permite conocer el “hecho” en sentido lato— los distintos modelos regulatorios sobre esta práctica. Sin pretender agotar el relevamiento ni el análisis legal en todos los países, parece importante repasar los principales modelos. Adelantamos que, *prima facie*, aquellas regulaciones que admiten la subrogación abrevan en el positivismo, de modo que el escrutinio de la conducta se reduce a su correspondencia con la norma, considerada válida *per se*. Por otro lado, el realismo jurídico clásico propone un análisis de correspondencia entre norma y valores, para luego predicar su justicia y/o validez. Esta matriz diferencial en la consideración sobre la justicia y la validez de las normas tiene fuerte impacto, y su proyección no se limita a la interpretación y aplicación de las normas (propio de los tribunales), sino incluso a su elaboración, en la medida en que se considere que ética y derecho son disciplinas conexas, o inconexas. Aquí radica, pues, la necesidad de incorporar la cuestión de la naturaleza de la persona en el debate jurídico (legislativo y judicial).

Entrando en los modelos regulatorios, adelantamos aquí cuatro salvedades. En primer lugar, esta regulación exhibe una permanente modificación en el mundo, de modo que la agrupación que aquí hacemos de los países está en constante cambio.¹⁰ En segundo lugar, los modelos regulatorios ofrecen múltiples matices, cuyo abordaje y desarrollo excede las posibilidades de este trabajo, de modo que presentamos una clasificación simplificada, sin por ello desconocer que estas categorías suelen ser continuas (especialmente, entre el segundo y el tercer grupo). Basta, para comprender la multiplicidad de variantes, señalar los casos de Brasil (en los que la ausencia de regulación por órganos de gobierno fue reemplazada por el Consejo Federal de Medicina), el de México, con regulación dispar e incluso opuesta entre sus estados, dirimida por su máximo tribunal (Callejas Arreguin, 2023) e Israel (con fuertes restricciones regulatorias, morigeradas en sede judicial). Tampoco debemos omitir la circunstancia de que, incluso dentro de un mismo país, pueden (y suelen) convivir proyectos legislativos de contenido diametralmente opuesto, que van desde su prohibición hasta su legalización y regulación, especialmente en América Latina.¹¹

Por último, dada su complejidad (y la extensión que implicaría su estudio),

10 Incluso puede haber modificaciones a esta clasificación en el tiempo que corre desde este relevamiento y su publicación.

11 Sobre la variedad regulatoria, las lagunas normativas y la regulación por parte de la judicatura en países de América Latina, véase Martínez Muñoz y Rodríguez Yong (2021).

tampoco abordamos el análisis particular de las consecuencias sociales de uno y otro esquema normativo, aunque sí destacamos que su coexistencia provoca el fenómeno del turismo reproductivo, ligado a las fases diferenciadas que hemos mencionado y se localizan en distintos sitios del globo; con ello, nuevos esquemas de relaciones comerciales y jurídicas de carácter transnacional, cuyo objeto son los niños por nacer y las mujeres.

Así, entonces, y con las prevenciones expuestas, podemos identificar principalmente los siguientes esquemas o modelos regulatorios en cuanto a su contenido (a los que se arriba básicamente por dos caminos principales: ley especial que regula exclusivamente la subrogación o bien normas dispersas contenidas en cuerpos generales). Interesa, a los fines de nuestro análisis, lo relativo al contenido, que clasificamos así:

- a. Prohibición total de la maternidad subrogada, que suele incluir alguna o varias de las siguientes previsiones: declaración de nulidad de los contratos, sanciones a los contratantes, tipificación penal (Alemania, Camboya, China, España, Estonia, Francia, Holanda, Italia, Nepal, Polonia, Suecia, Suiza, Tailandia).¹²
- b. Legalidad limitada de la maternidad subrogada, con sujeción a determinadas condiciones: altruismo, intervención y control estatal previo de los acuerdos (por un órgano judicial o administrativo), filiación sujeta a reglas estrictas en su inscripción y transferencia, que se trate de parejas heterosexuales o matrimonios, condición de infertilidad, parentesco entre comitentes y gestante, restricción a casos de nacionales (exclusión de extranjeros), exigencia de un informe médico-psicológico previo de todos los participantes, reconocimiento de un período de arrepentimiento para la gestante, anuencia por parte del su cónyuge, etc. (Australia, Brasil, Canadá, Cuba, Grecia, India, Israel, algunos estados de México, Nueva Zelanda, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Uruguay).
- c. Legislación garantista de la maternidad subrogada: se trata de países o estados que no sólo la admiten, sino que también la regulan favorablemente sin restricciones importantes, y por ello son elegidos por personas de otras geografías para contratar esta práctica (algunos estados de Estados Unidos

12 Nótese que hay quienes, como Atienza (2023), diferencian, a los fines de clasificar los modelos regulatorios, entre prohibición y nulidad, y entienden que los régimenes que se limitan a privar de efectos a los acuerdos de subrogación por vía de considerarlos nulos (entre ellos, España) no estatuyen su prohibición: esto último –se sostiene– requiere de su previa consideración como ilícito o prohibido y la estipulación de una sanción.

- de América, Bielorrusia, Colombia, Georgia, Guatemala, algunos estados de México, Israel, Kazajistán, Puerto Rico, Rusia, Ucrania).
- d. “Enfoque de tolerancia”: se da principalmente en países latinoamericanos, que, si bien no regulan la práctica (laguna normativa), legalizan sus efectos mediante el reconocimiento del carácter filiativo de la subrogación por distintas vías (Argentina, México, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, Bolivia, Chile, Paraguay).¹³

A la legislación propia de cada estado respecto de la práctica en sí se suma la cuestión de la filiación, que abre más diversidad de regulaciones para su transnacionalización. Pero, además, la regulación de la filiación no tiene efecto solamente luego de nacido el niño, sino que también tiene fuerte impacto sobre las condiciones legales durante el embarazo: si el feto es considerado hijo de la gestante hasta tanto tenga lugar la renuncia a la maternidad luego del nacimiento, será ella quien tome las decisiones relativas a sus cuidados gestacionales, los estudios y terapias, así como el parto mismo. Por el contrario, si se considera *ab initio* que el embrión es hijo de los comitentes, serán ellos quienes ejercerán plena potestad decisoria sobre la gestante y el *nasciturus* durante el embarazo. En este caso, si bien se disminuye el riesgo de explotación de la mujer, se lo hace a costa del incremento en la inseguridad jurídica del niño, respecto de quien no podrá determinarse quiénes son legalmente sus padres sino hasta después de nacido (aquí, el caso se asemeja a la compraventa).

En el caso de prácticas que involucran comitentes de un país y gestante de otro (u otro lugar de nacimiento), se ponen en juego las reglas de derecho internacional para dirimir situaciones en las que el derecho extranjero no es coincidente con el del país receptor del niño: los mecanismos del exequátur, la inscripción directa de actas de nacimiento extranjera por vía administrativa en el registro civil, un proceso judicial especial, la adopción internacional. Nuevamente, los países prohíben, admiten o silencian distintas soluciones, y el derecho internacional se pone en acción frente a la necesidad de inscribir al niño en el país donde residen los padres de intención, o, incluso previamente, la de expedir su documento de identidad para viajar desde su lugar de nacimiento hasta el de su próxima residencia.

La falta de homogeneidad y las enormes diferencias entre los modelos regulatorios en una cuestión que involucra al orden público dan lugar, al menos

13 Conf. Medina et al. (s.f.).

(por ahora), a dos momentos evidentes de tensión en cuanto a los efectos jurídicos: el primero, el turismo reproductivo (la contratación, la intermediación, las intervenciones médicas —el aborto eugenésico o selectivo, la reducción embrionaria, la atención del parto—, la renuncia y abdicación de la maternidad, etc. son algunos de los elementos escrutados para la elección del lugar); el segundo, los crecientes reclamos judiciales en torno a la filiación de los niños (la modificación de la proyección de efectos jurídicos a la situación de estos niños por parte de quienes contrataron la gestación por sustitución): la renuncia a la maternidad y paternidad, su “cesión”, la impugnación de la regla *mater semper certa es*, la adopción internacional, la asignación de nacionalidad, etcétera. Y se avizora un tercer momento de nueva tensión: la judicialización de reclamos que entablen en un futuro no muy lejano estos niños al llegar a la vida adulta por el derecho a conocer su identidad: aquí entrará en juego la discusión (ya abierta) sobre la confidencialidad de las (mal) llamadas “donaciones de gametos” (se trata de ventas) y la identidad genética.¹⁴ Debemos destacar, como señala el Informe del Comité de Bioética de España (2023), al analizar las ventajas y desventajas de los distintos modelos regulatorios, que, por un lado, la coexistencia de régimen que permiten la práctica junto a otros que la prohíben tiene un efecto neutralizador de los segundos por el turismo reproductivo, pero, al mismo tiempo, éste no se origina necesariamente en las prohibiciones, pues incluso en países donde está permitida y regulada, sus ciudadanos acuden al exterior si les resulta más económico.

Tomando aquí la cuestión del derecho comparado, nos detenemos muy brevemente en la situación española; nos referimos no sólo a su regulación, sino también al desarrollo doctrinal llevado adelante por su Tribunal Supremo. En España, la legislación (Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida) declara de forma explícita la nulidad de los contratos de gestación por sustitución y establece, además, que la filiación de los niños nacidos por esta práctica será determinada por el parto (art. 10). Respecto de la paternidad del padre biológico, la posible acción de reclamación queda sujeta a las normas generales. Estas reglas filiatorias tienen por fin impedir el fraude a la ley, de modo que quienes acudan a esta contratación conozcan anticipadamente que el niño será considerado hijo de la mujer gestante. Tal como ocurrió en Argentina, la situación dio lugar a distintas interpretaciones y posiciones divergentes

14 A nivel internacional y a petición de hijos de donantes de gametos, progresivamente se ha reconocido el derecho de conocer la filiación genética como derecho superior al protegido por el anonimato del donante.

entre el Tribunal Supremo y la Dirección General de Registros y del Notariado, y la tramitación de reclamos judiciales en los que se intentaba el registro de la filiación en España de niños nacidos en el extranjero mediante distintas vías: reconocimiento de sentencia extranjera que admitía la impugnación de la maternidad y su cesión por vía de exequátur. Como corolario de la cuestión en suelo español, el Tribunal Supremo dictó con fecha 4 de diciembre de 2024 un muy relevante fallo (sentencia núm. 1.626/2024, en el procedimiento nro. 7904/2023),¹⁵ esto es, a sólo dos meses de distancia temporal de la sentencia argentina que motiva esta reflexión y ya hemos repasado. Se trató también, en España, de un reclamo vinculado a la situación filiatoria, aunque, en ese caso, la subrogación había sido internacional: el reclamo pretendía el reconocimiento de los efectos de una sentencia dictada por un juzgado del condado de Béxar, Texas (Estados Unidos), que les había asignado la paternidad a los actores (españoles), comitentes en el acuerdo de subrogación. El juzgado de Texas había intervenido para la validación del contrato celebrado, acordando no sólo que los comitentes fueran los padres de los niños que nacieran como fruto de esa contratación, sino también estableciendo que el hospital donde nacieran debía concederles a los comitentes la custodia y el acceso inmediato a los menores, el derecho a elegir sus nombres y el derecho a tomar toda decisión sobre su salud. Ocurrido el nacimiento, el mismo juzgado dictó sentencia estableciendo que los comitentes eran los progenitores, que el Registro Civil de Texas debía emitir los certificados de nacimiento originales en ese sentido y debía cederseles la custodia. Pero ocurrió que, ya en España, la petición de reconocimiento de esa sentencia extranjera por vía de exequátur fue desestimada en primera y en segunda instancia (en ambas, el Ministerio Fiscal también se opuso al reconocimiento) por considerarse, por una parte, que —frente a la prohibición y nulidad impuestas por el ordenamiento español— en la práctica llevada a cabo subyacía un fraude a la ley y por entenderse también, por otra parte, que no hay vulneración del interés del menor pues éste debe ser satisfecho en el marco del orden público y no al margen de él. Al intervenir el máximo tribunal, decidió desestimar, por vía de una interesante interpretación, la alegación por parte de los actores de la vulneración del principio constitucional del desarrollo de la personalidad en la que la dignidad ocupa el rol central. Así las cosas, afirmó el Tribunal Supremo:

15 Diario La Ley, Nro. 10635, ECLI: ES:TS:2024:5879, <https://shorturl.at/dLgik>

Dicho lo anterior, lo que vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación, es la celebración del propio contrato de gestación subrogada, en el que la mujer y el menor son tratados como meros objetos, así como la pretensión de que un contrato, por más que esté validado por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial. La madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad. El futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se cosifica pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y este en este caso, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes. (motivo segundo)

Se afirma en la sentencia que la cuestión a dilucidar no es la del conflicto de leyes, sino que consiste en determinar el reconocimiento: concretamente, si una decisión judicial extranjera puede ser reconocida y desplegar sus efectos en el sistema jurídico español; se decide por la negativa, al considerarla contraria al orden público. Ello así, puesto que el respeto de la dignidad y los derechos a la integridad física y moral de la mujer gestante y del menor constituyen derechos fundamentales y principios recogidos en la Constitución, que integran el orden público y actúan como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras. Continúa, luego, afirmando que la gestación por subrogación importa la mercantilización de la gestación y la filiación, la cosificación de la mujer gestante y del niño. Así, con cita de fallos dictados por la Corte Europea de Derechos Humanos, recuerda que el derecho al respeto a la vida familiar no protege el simple deseo de fundar una familia, y que el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. Agrega, además, que el verdadero y libre consentimiento ha de ser prestado después del nacimiento y sin compensación de especie alguna, y que la gestación por sustitución constituye un negocio enorme. También entiende el Tribunal que el ordenamiento jurídico prevé medios para determinar la filiación que sí son respetuosos de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad: se trata de la filiación biológica del padre y la adopción. Argumenta que el interés del menor lo es en consideración de los valores asumidos por la sociedad y contenidos en las reglas legales y principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, y no según los intereses del comitente. Así, el interés del menor no es causa que le permita al juez atribuir una filiación, sino que la protección de su interés debe partir no del contrato, sino de datos, como la ruptura de todo vínculo con

quien lo dio a luz, la filiación biológica paterna y la existencia de un núcleo familiar de integración, y, consecuentemente, hallar solución mediante esas vías.

La situación de discordancia de regímenes regulatorios y la creciente judicialización de que da cuenta la sentencia española comentada ha sido puesta de manifiesto por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Así, en el derecho internacional, la temática y su conflictividad está a la orden del día. Se identifican principalmente tres cuestiones propias del derecho internacional: (i) la competencia judicial internacional; (ii) la determinación del derecho aplicable; y (iii) el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Sin que este trabajo nos permita más que mencionarlas, es insoslayable aludir a las principales sentencias e intervenciones internacionales, pues dan cuenta del conflicto no sólo humano, sino también legal, originado en la subrogación. En este sentido, destacamos las siguientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:¹⁶ *Mennesson c. Francia* (Nº 65192/11) y *Labassee c. Francia* (Nº 65941/11) del 26 de junio de 2014; *D. y Otros c. Bélgica* (Nº 29176/13) del 8 de julio de 2014; *Foulon y Bouvet c. Francia*, sentencia (Sala) de 21 de julio de 2016; *Laborie c. Francia*, sentencia de 19 de enero de 2017; *Paradiso y Campanelli c. Italia* (Nº 25358/12) del 24 de enero de 2017; *C. y E. c. Francia* (Nº 1462/18 y 17348/18) del 19 de noviembre de 2019; *D. c. Francia* (Nº 11288/18) del 16 de julio de 2020; *Valdis Fjölnisdóttir y Otros c. Islandia* (Nº 71552/17) del 18 de mayo de 2021; *S.-H. c. Polonia* (Nº 56846/15 y 56849/15) del 16 de noviembre de 2021; *A.M. c. Noruega* (Nº 30254/18) del 24 de marzo de 2022; *A.L. c. Francia* (Nº 13344/20) del 7 de abril de 2022; *D.B. y otros c. Suiza* (Nº 58817/15 y 58252/15); *K.K. y otros v. Dinamarca* (Nº 25212/21) del 6 de diciembre de 2022; *C. c. Italia* (Nº 47196/21) del 31 de agosto de 2023.

Por último, no debemos silenciar que las posibilidades socioeconómicas también inciden en el cruce de fronteras que caracteriza a la maternidad subrogada, que exhibe patrones internacionales transfronterizos. Generalmente, con padres de intención ubicados en países desarrollados o personas de situación acomodada en países en desarrollo, y madres gestantes también en países en desarrollo. Se da, entonces, el desplazamiento de la provisión de los servicios de gestación no sólo según las normas locales, sino también de acuerdo con el grado de pobreza: esta situación requiere de un mayor compromiso legislativo para evitar el reclutamiento de madres gestantes (Basset, 2018).

16 Información sobre las sentencias, según la publicación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/>

4. Análisis crítico

4.1 Bienes implicados e instrumentos de derecho internacional

El análisis que hemos hecho de la sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina no necesita mayor profundización, pues de él surgen con claridad meridiana los principales bienes jurídicos en juego: la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad se presentan como los valores centrales de este nudo, aunque la última haya sido callada en el fallo. La concepción de cada uno de estos valores dependerá —según vimos— de la consideración ontológica del hombre y, por otro lado, consecuentemente, incidirá en el juicio ético. La descripción de la práctica en sí y de las circunstancias que rodean a la maternidad subrogada exhibe la multiplicidad de dimensiones comprometidas, que difícilmente podamos enlistar de forma exhaustiva, y que involucran cuestiones vitales, aspectos centrales en el devenir de toda persona. Su profundidad y complejidad hacen imposible su abordaje en este trabajo con la seriedad y extensión que merecen, de modo que nos centraremos luego en uno de ellos: la dignidad. Sin embargo, es imperioso aquí —al menos— dejar planteados (y abiertos) algunos de los interrogantes que se presentan, cuyas respuestas ameritarían trabajos de estudio y reflexión independientes. Más allá de la imposibilidad de darles aquí respuesta, creemos importante su planteo.

Así las cosas, la vida, la igualdad, la libertad y la dignidad se hacen evidentes, y cada uno de estos bienes comprometidos pondrá en juego muchos interrogantes. Respecto a la vida: ¿cuándo comienza? ¿Alcanza la vida humana para conformar una persona? ¿Es un embrión titular de derechos? ¿Quién es custodio de su vida? La dignidad: ¿es progresiva? ¿Les corresponde a todos? ¿Existe una dignidad intrínseca? ¿El comercio de la vida y del cuerpo atentan contra la dignidad? ¿En qué radica la dignidad? ¿Son todos los seres humanos igualmente dignos? La libertad: ¿es un valor absoluto o admite limitaciones? ¿Puede asimilársela a la autodeterminación en todos los ámbitos o se trata de un simple límite a la injerencia externa en la vida privada? ¿Es admisible la disposición de la propia libertad? ¿Es moralmente lícito autoimponerse la esclavitud temporal? ¿Cuál es el contenido de la igualdad? ¿Implica simplemente la prohibición de discriminaciones o se trata de un concepto que habilita el corrimiento de límites y barreras naturales? ¿Es violatorio del principio de igualdad el criterio del previo diagnóstico de infertilidad para el acceso a métodos de reproducción humana asistida? ¿Es violatorio de la igualdad el reconocimiento de la filiación sólo a la mujer gestante frente a los padres de intención? Y luego, ¿cuál es la relación sustancial entre atributos del hombre y derechos subjetivos? ¿Los de-

seos personales originan derechos? ¿Se trata de derechos humanos? ¿Se trata, entonces, de situaciones que ponen en juego la protección especialísima de los derechos humanos en el ámbito internacional?

- Como vemos, el derecho internacional juega un rol central en la cuestión, en la medida en que todo el sistema de derechos humanos está implicado en la temática. Esto es así puesto que, con independencia de la previsión puntual de la maternidad por subrogación, aquí se ponen en juego los atributos centrales del hombre: su dignidad, su libertad, su igualdad, la protección de su vida. Es por ello que, seguidamente, señalaremos los principales instrumentos de derecho internacional. Entre estos, incluimos no sólo aquellos de carácter obligatorio, sino también algunos que constituyen declaraciones o, incluso, propuestas, pero que no por ello carecen de relevancia en cuanto orientadores de las políticas a adoptarse. Algunos refieren a la humanidad en su conjunto, otros tienen como objeto determinadas regiones geográficas y/o grupos poblacionales (generalmente considerados más vulnerables) a los que se distingue para dotarlos de una protección adicional y/o para poner el acento en distintas realidades y/o fenómenos particulares. No se trata, ciertamente, de una enumeración exhaustiva, sino de una enunciación de instrumentos internacionales que consideramos de interés porque recogen los valores mencionados y los consideran fuente de derecho o principios rectores, a saber: Así,
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948);
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948);
- Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949);
- Convención Europea de Derechos Humanos (1950);
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965);
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);
- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
- Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica (1969);
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (1979);
- Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1989);
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989) y su Protocolo Facultativo;

- Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer Convención de Belem do Pará (1994);
- Declaración y plataforma de acción de Beijing (1995);
- Convención de Derechos humanos y Biomedicina o Convención de Oviedo (1997);
- Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (UNESCO, 1997);
- Declaración de Barcelona sobre Propuestas de Políticas Públicas a la Comisión Europea en materia de Principios Bioéticos y Bioderecho (1998);¹⁷
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional o Convención de Palermo (2000);
- Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de personas, especialmente de mujeres y niños o Protocolo de Palermo (2000);
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (UNESCO, 2005);
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).¹⁸

Si bien los instrumentos mencionados pueden referir, según el caso, a distintos ámbitos de aplicación (así como aludir expresamente a los principios de dignidad, libertad o bien limitarse a derivar de ellos ciertos derechos), nos animamos a sostener que son coincidentes en cuanto al reconocimiento de los atributos o valores a todos los hombres, a que el respeto de la dignidad (referida en la totalidad de los instrumentos) obliga a priorizar a la persona por sobre los intereses de la ciencia y/o del conjunto y a la necesidad de cooperación internacional y armonización de normas para que el respeto sea garantizado a todos los miembros de la familia humana. Todo ello aplica de forma especial al caso de la maternidad subrogada. Esta afirmación no implica el desconocimiento sobre las distintas (y opuestas) concepciones del hombre y de su dignidad y, consecuentemente, de los derechos humanos, incluso la creación de nuevos derechos en el ámbito supranacional, a instancias de organismos internacionales, según veremos.

17 La Declaración de Barcelona correspondió a un proyecto de la Comunidad Europea y fue suscripta por 22 especialistas; su impacto en el desarrollo de la bioética es grande, pues incorporó el principio de la vulnerabilidad junto a la dignidad, la integridad y la autonomía (Sánchez Vázquez, 2018).

18 Hemos omitido incluir en el listado a Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (1964), pues, si bien constituye un documento de relevancia en el ámbito de la biojurídica, fue suscripta por un cuerpo médico, presentó luego múltiples y sucesivas enmiendas, se aplica principalmente al ámbito de la investigación médica y omite la alusión expresa a la dignidad, libertad e igualdad.

En el terreno internacional, a pesar de la creación de nuevos derechos que están en pugna con esta visión, existen algunas propuestas abolicionistas, entre las que se cuentan las contenidas en el Informe sobre igualdad de género (2019/2169) del Parlamento Europeo, el Informe Especial de la ONU sobre trata y explotación sexual (Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2018) y la Coalición Internacional por la Abolición de la Maternidad Sustituta (CIAMS). Esta última, integrada por organizaciones feministas, emitió un manifiesto en el que denuncia formalmente la utilización de los seres humanos, la anulación de su dignidad y su sustitución por un valor de cambio y la mercantilización del cuerpo de mujeres, niños y niñas, y promueve la convocatoria de una convención internacional para la abolición de la gestación por sustitución.¹⁹ Denuncia esa declaración la globalización de los mercados del cuerpo humano, la firma por parte de la gestante de un contrato que aliena su salud, su persona y su vida, hace del recién nacido un producto y anula la distinción entre persona y cosa. Por su parte, el Comité de Bioética de España también promueve un acuerdo a nivel internacional (semejante al del tráfico de órganos) al denunciar el serio compromiso ético de esta práctica, en cuanto la desvinculación de la maternidad y la gestación importan también la disociación entre procreación y encuentro sexual, asemeja erróneamente el deseo del hijo (a veces, narcisista) con la asunción de responsabilidad a largo plazo y en toda circunstancia, implica la disposición del cuerpo de forma semejante a otros supuestos no admitidos (la venta de órganos), reduce a la mujer gestante a mero instrumento y existe un claro conflicto de intereses entre la gestante y los comitentes, que tienen intereses antagónicos. Por último, destacamos la reciente “Declaración de Casablanca para la abolición internacional de los vientres de alquiler”,²⁰ documento dado a conocer en marzo de 2023, suscrito por un centenar de expertos de distintas nacionalidades y disciplinas cuya portavoz es Olivia Maurel, mujer militante nacida como resultado de una gestación subrogada.

En la doctrina nacional argentina, también se han alzado voces en este sentido (Basset, 2018; Laferrière, 2017b; Marrama, 2022, 2019; Medina et al., s.f.). Sin embargo, estas voces conviven con propuestas doctrinarias e iniciativas legislativas que pugnan por su legalización y plena regulación. Se trata no sólo de propuestas previas a la sanción del Código Civil y Comercial Argentino (cuya

19 Coalition Internationale pour l'Abolition de la Maternité de Substitution (Manifiesto para la abolición universal de la maternidad subrogada). Disponible en: <https://abolition-ms.org/es/carta/>

20 Disponible en: <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/texto-de-la-declaracion/>. La Declaración fue acompañada de un proyecto de Convención internacional para su prohibición global.

interpretación dio lugar a la sentencia comentada) que exhortaban a legislar positivamente la maternidad por subrogación y deconstruir el concepto de maternidad²¹ (genética y gestacional) hacia una maternidad social (Kemelmajer de Carlucci et al, 2013), sino también proyectos regulatorios para su reconocimiento extraterritorial y otros de carácter nacional (argentino) posteriores a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial Argentino, para su modificación e incorporación de la regulación de la maternidad subrogada (véase el relevamiento de Rodríguez Iturburu, 2023).

4.2 La dignidad: criterio rector de la bioética y fundamento de los derechos humanos

Hemos tocado hasta aquí muchos aspectos que parecían troncales en la maternidad subrogada; sin embargo, por otro lado, también se adelantó que en la sentencia judicial del máximo tribunal argentino hay un verdadero convidado de piedra. Es esa marginación la que nos interpeló y alentó a encarar este trabajo reflexivo, pues, aunque su nombre haya sido callado, su presencia parece inocultable. Se trata, ni más ni menos que del valor, atributo, derecho, rasgo o principio (pues ha admitido en la doctrina diversas asignaciones) de la dignidad. Esta cuestión, en cambio, es incorporada en el análisis que hace el Alto Tribunal de España en la sentencia que comparativamente hemos comentado.²²

Dedicaremos a la dignidad este último y extenso apartado porque ella exhibe una clara centralidad no sólo como fundamento del orden jurídico nacional e internacional –en este último caso, el sistema de los derechos humanos (Santiago, 2023)–, sino también como principio eminente de la ética biomédica, en la que juega rol unificador (Andorno, 2012). La dignidad –concepto tras-

21 Esta exhortación a “deconstruir” la maternidad implica –a no dudarlo– la “deconstrucción” de la familia, atada a la naturaleza del hombre, a su necesidad relacional y, más concretamente, a su sexualidad. Según explica Fabrice Hadjadj (2015), la familia –fundamentada en un deseo (incluso, un impulso natural) asumido en una decisión y desplegada en aspectos convencionales– se asienta en lazos de donación que nos traspasan y despliega sus propias reglas, su propia dinámica, sus *especificidades*: el amor sin preferencia (amor basado en la filiación y no en afinidades electivas), autoridad sin cualificación (¿quién está preparado para ser padre?), libertad sin independencia (consentimiento a lo ya dado), punto focal o foco radiante (lugar de don y recepción de vida que abre a la trascendencia), lugar de resistencia y de verificación (espacio de contrapunto al artificio), lugar de aventura y disfunción (es la aventura de nuestra humanidad, que enlaza debilidades, fracasos, misericordia y caridad). Este concepto de familia, originada en la unión de hombre y mujer, con apertura a la vida y aceptación de la diferencia (incluso el defecto), desaparece con la deconstrucción.

22 Posiblemente, el hecho de que la maternidad subrogada esté expresamente prohibida en España ha facilitado la consideración de la “cuestión moral” (asentada en la dignidad ontológica) por parte del máximo tribunal.

cendente— se explicita como rango de la persona como tal, principio rector del Estado y del ordenamiento jurídico; juega como principio general del derecho, criterio de interpretación normativo y límite al ejercicio de derechos. En este sentido, la obra de Jesús González Pérez (1986/2017) resulta insoslayable²³ y ubica a la dignidad en el centro de la organización político-jurídica.

Sin embargo, respecto de los derechos humanos en particular, comenzaremos con un reconocimiento: admitimos que autorizadísima doctrina en el ámbito de la filosofía del derecho, defensora del realismo jurídico clásico, cuestiona el concepto mismo de los “derechos del hombre”, a los que considera no sólo un (pobre) producto nacido de la filosofía moderna, sino también un verdadero problema. En este sentido, la obra de Michel Villey (2019) resulta ineluctable y plantea —luego de un enjundioso análisis histórico— que la expresión “derechos del hombre” está herida de un vicio radical, como es intentar amalgamar las ideas contrapuestas del hombre (en singular), su naturaleza genérica (humanidad) y la noción de derecho. Así, en lo relativo a la naturaleza genérica del hombre, la dignidad es “uno de los argumentos de los que se vale el abogado” (p. 104), pero se trata, para este distinguido filósofo del derecho, de una verdadera trama de ocultamiento de la retórica contemporánea, originada en la filosofía moderna individualista.²⁴

Muy a pesar de ello, y puesto que nuestra intención es formular una reflexión bioética a partir de un fallo judicial para una contribución normativa con impacto práctico, pasaremos por alto este posicionamiento crítico particular, pero traeremos el planteo —de cierto modo, coincidente— que formula actualmente

23 Véase de los Reyes, 2012.

24 “Último punto: ¿por qué y para quién esta avalancha de derechos del hombre? (...) Herramienta para todo. Se la usó en provecho de las clases obreras o de la burguesía, de los malhechores contra los jueces, de las víctimas contra los malhechores. ¡Pero atención! Es necesario elegir: o bien a unos o bien a otros. No se ha visto nunca en la historia que los derechos del hombre fuesen ejercidos en provecho de todos. El inconveniente con los derechos del hombre es que nadie podría utilizarlos sino en detrimento de algunos. ¿A qué se debe el enorme éxito del tópico de los derechos humanos en la retórica contemporánea? A que se logra extender un velo sobre el revés de la trama (...) el discurso sobre los derechos del hombre se ha impuesto la tarea de ocultar. El derecho es relación entre los seres humanos, multilateral. Cuando usáis la palabra derecho, tengáis o no conciencia, os estás refiriendo a una relación. ¿Cómo se podría inferir una relación, que abarca varios términos, de un término único: el Hombre? La aparición de los derechos del hombre, testimonia la descomposición del concepto de derecho. Su advenimiento fue el correlato del eclipse o de la perversión, en la filosofía moderna individualista, de la idea de justicia y de su herramienta, la jurisprudencia. [...] Así, los filósofos modernos nos gratificaron con un lenguaje cuyo resultado más claro es una inmersión en la niebla. Lenguaje indistinto, peligrosamente difuso, generador de ilusiones y de falsas reivindicaciones imposibles de satisfacer. Si su triunfo es total en el siglo XX, se debe a que la decadencia de la cultura es la secuela del progreso técnico” (Villey, 2019, pp. 148-149).

Grégor Puppinck (2020), quien advierte sobre la enorme relevancia del cuerpo de derechos humanos, al tiempo que describe la inmensa transformación (diríamos, por nuestra parte, deformación) que el “sistema” y la “perspectiva” de derechos humanos han hecho de éstos. En su obra *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*, describe y analiza la mutación del concepto de hombre desde aquel que subyacía en la Declaración universal de derechos en 1948 y que dio origen a los principales instrumentos internacionales que postulaban los derechos humanos hasta la concepción del hombre actual, con la expansión y creación de nuevos derechos a su medida; en el núcleo de esa transformación, está la idea misma del hombre, de su naturaleza y de su dignidad. Comienza por explicitar una ambigüedad fundamental en los derechos humanos: por un lado, en la fundación de un nuevo orden moral e internacional basado en libertades esenciales²⁵ y en el que los Gobiernos de posguerra intentan “superar la soberanía tanto por arriba como por abajo: el Estado renuncia a ser el alfa y el omega del orden político, acepta someterse al bien común universal (arriba) y a los bienes particulares (abajo)” (Puppinck, 2020, p. 30). En 1948, se restaura el primado de la moral sobre el derecho (se abandona el positivismo) por la vía de dotar de superioridad jurídica al derecho internacional sobre el nacional: los Estados renuncian al carácter absoluto de su soberanía mediante la institucionalización de instancias internacionales, y las personas rompen el techo de cristal (de su soberanía nacional) para acceder a un nivel político supranacional. La persona emerge por encima de los estados y el fundamento del nuevo orden moral es el valor de la dignidad; sin embargo, se presentan aquí dos conceptos opuestos radicalmente, dos nociones del hombre y de sus derechos: una breve en la antropología de inspiración cristiana cuyo exponente fue Jacques Maritain, mientras que la otra es de inspiración materialista y fue encabezada por el naturalista librepensador Julian Huxley. De ellas se derivan dos comprensiones de la dignidad: la dignidad de la persona humana y la dignidad desencarnada del individuo. En la primera, la persona es digna en cuerpo y alma (unión inescindible), la naturaleza humana es buena, la dignidad y fraternidad son universales, la dignidad se asocia a la propia naturaleza (vivir dignamente es realizar cabalmente la propia naturaleza) y la ley natural (que existe de manera independiente a la voluntad legislativa) es fundamento de los derechos humanos. En la segunda, la dignidad se asienta exclusivamente en el espíritu o la conciencia, pues sólo en ella reside la humanidad (dualismo): la dignidad se asimila a su

25 Libertad de palabra y de expresión, libertad religiosa, libertad de vivir al abrigo de la necesidad y libertad de vivir al abrigo del miedo.

capacidad de elevarse hasta la divinidad, en su plasticidad y en su perfeccionamiento indefinido, de modo que el hombre se convierte en su propio creador. Este pensamiento (que combina progresismo y materialismo) de que fue muy imbuido la UNESCO y demás organismos internacionales (nótese que Julian Huxley fue el primer director general de UNESCO) propone una nueva moral, según la cual el bien se identifica con el progreso de la evolución, la dignidad trasciende a la realidad material y no es igual en todos los individuos, prima la voluntad individual (que ha de someter al cuerpo), y los individuos compiten por la selección del más apto. Estas dos concepciones opuestas del hombre y de su dignidad generan —continúa nuestro autor— dos movimientos opuestos y derechos humanos en direcciones contrarias.²⁶ La falta de una verdadera elección entre estas dos concepciones del hombre en el ámbito internacional de los derechos humanos es la que derivó en una verdadera metamorfosis de “derechos fundamentales”, que es reflejo de la relación entre el hombre y la naturaleza, y llevó a los “derechos humanos” de 1948 hacia los “derechos del individuo” en el siglo XXI y, finalmente, a los “derechos transhumanos” aún en formación (Puppinck, 2020).

Ya sea que se comparta sus interpretaciones y postulados, ya sea que se los impugne, el sistema de los derechos humanos (sus instrumentos, sus organismos, sus sentencias) reviste hoy día de una importancia sideral, a punto tal que se ha desarrollado una “perspectiva” de derechos humanos en el ámbito jurídico. La importancia de la categoría de los derechos humanos —y, en particular, la cuestión de la dignidad— es reconocida actualmente de forma mayoritaria. La dignidad se presenta hoy, simultáneamente, como “uno de los grandes tópicos del pensamiento actual y también uno de sus grandes enigmas” (Ales Uría, 2020, p. 46).

En el ámbito de la biojurídica, la dignidad parece fundamental, y esta valoración es, según vimos, común a autores que se encuentran en veredas opuestas en términos filosóficos. Así, si tomamos a un exponente del pospositivismo argumentativo español como Manuel Atienza (2023), notamos que, a pesar de que considera la dignidad una “noción ubicua y confusa”, acepta su relevancia moral y reconoce que la apelación a ella constituye un rasgo común a todas las declaraciones de derechos, aunque sin acuerdo sobre su contenido. Dicho de

26 “Simplificando las cosas: la dignidad encarnada consiste en ser plenamente criatura, la dignidad desencarnada consiste en ser el propio creador de uno mismo” (Puppinck, 2020, p. 69). Consecuentemente, los derechos humanos serán expresión del derecho natural o serán expresión de la voluntad.

otra forma: hemos de aceptar la relevancia moral del término dignidad, aun frente al disenso en su caracterización (dignidad sin graduación, universal y con sentido religioso; dignidad en sentido relativo que designa el ser merecedor de algo; dignidad como fenómeno psicológico que desencadena una respuesta; dignidad como interés por el respeto de la persona vinculado a la autonomía; dignidad como principio o valor de justificación a todos los derechos). Explica ese autor que la dignidad ofrece, además, dos dimensiones: Por un lado, la idea de dignidad de los filósofos,²⁷ que constituye el *prius* lógico y ontológico de los derechos fundamentales y fundamento último de todos los derechos, y que funciona como límite (de contenido negativo) de lo moralmente admisible. Por otro lado, la dignidad ofrece una dimensión más concreta y específica, que interesa a los juristas porque conecta este principio o valor con algunos derechos en particular. Aquí se abre la necesidad de una ponderación que lleva del principio al caso concreto (del valor de la libertad a la libertad de opinión, del valor igualdad a la igualdad ante la ley). Pero que, frente a la dignidad, opera de modo diferente porque no existe un derecho “que consista simplemente en ser tratado dignamente”. De ello deriva Atienza (2023) una diferenciación vital (en términos valorativos) entre la dignidad y los otros valores primordiales de la libertad y la igualdad: a diferencia de éstos (que pueden estar sujetos a límites), el principio de la dignidad no puede ser desplazado por los principios concurrentes, y el deber de tratar según la dignidad no puede estar sujeto a excepciones. Si bien no reconoce a la dignidad una categoría superior frente a la libertad y la igualdad, admite que la primera opera como límite absoluto respecto de los derechos de igualdad y libertad. Para este autor, el carácter central e indispensable de la dignidad humana en el derecho de los Estados constitucionales está fuera de toda discusión: junto a la igualdad y la autonomía, conforma una unidad dialéctica que, puesta en tensión, sitúa a la dignidad en lugar de privilegio como vía eficaz para explicitar que “garantizar a todos los seres humanos una existencia digna es presupuesto necesario para que tengan sentido todos los otros derechos” (p. 163). Ello supone, entonces, “introducir una importante corrección en las fundamentaciones académicamente más influyentes de los derechos humanos en las que el foco suele ponerse en los derechos civiles y políticos” (p. 163). Esta posición, ciertamente novedosa, destaca la dimensión social por sobre la individual y, con ello, deriva en la jerarquización del principio de la dignidad, al que pone al tope en la escala de ponderación.

27 Atienza (2023) lo vincula principalmente al imperativo categórico kantiano en sus varias formulaciones (imperativo de la universalidad, de los fines, de la autonomía).

En este sentido, y a partir de la vaguedad de los instrumentos internacionales sobre el concepto mismo de dignidad, es que se postula su doble carácter: es fundamento de derechos y derecho en sí. Explica Ales Uría (2020) que la dignidad, en tanto principio absoluto e inderogable, no admite atentado siquiera bajo pretexto de defensa de otros derechos y “opera con eficacia legitimadora, iluminadora y propulsora, al tiempo que esclarece ambigüedades y cubre lagunas” (p. 48). Con ello, es criterio delimitador de todos los derechos (al ser ella su título fuente) y, en su vinculación con la libertad, la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad, esta última se presenta ni más ni menos que como el aspecto dinámico de la dignidad: “La dignidad contiene, en potencia, aquello que se despliega, en acto, con el proceso de perfeccionamiento y desenvolvimiento de la personalidad”, explica (p. 51).

El fenómeno de la postulación de la dignidad en los instrumentos de derecho internacional como sustento y fundamento de los derechos humanos, y núcleo de una nueva era del derecho (que corresponde al periodo 1945-2021), también es descripto –desde la óptica del iusnaturalismo personalista– por el constitucionalista argentino Alfonso Santiago (2022), quien ubica al principio de la dignidad de la persona humana (dignidad igual e inviolable) como motor que impulsa, fundamenta y explica esta nueva era jurídica; es “el alma que le dé vida, impulse y guíe su despliegue” (p. 63). Básicamente, explica que tres hitos fundamentales marcaron el nacimiento de una nueva jurídica (los juicios de Núremberg, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Constitución alemana de 1949), produciendo un remozamiento completo del derecho (un nuevo modo de entender y operar) en el ámbito nacional e internacional. A lo largo de esta nueva era –amplía el autor– tuvieron lugar, a su vez, cuatro procesos históricos fundamentales: la expansión de las democracias constitucionales como forma de Estado, la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos, el surgimiento y desarrollo del derecho internacional y de los derechos humanos y la aparición de procesos de integración regional hacia la coordinación del gobierno global. Como consecuencia de estos procesos, la práctica y la teoría jurídicas también se vieron transformadas. La nueva cultura jurídica encuentra más inspiración en los derechos que en las normas o deberes y los magistrados adquieren un rol clave. Simultáneamente, la teoría jurídica toma a su cargo la pregunta sobre la justicia de las normas (ya no se limita al análisis de validez) y el razonamiento judicial incorpora la reflexión filosófica. El derecho es *iuris prudentia* más que *scientia iuris*: se afirma que el derecho sólo puede ser conocido desde su interior, en la práctica social en que conviven nor-

mas, hechos y valores (Zagrebelsky, 1993-1994, como se citó en Santiago, 2023, p. 47). Esta nueva práctica —nos animamos a sostener— encuentra su paralelismo en el método triangular de análisis que propone la bioética personalista: conocimiento de las prácticas y sus circunstancias fáctico-jurídicas (hechos y regulación), identificación de los valores en juego y solución del caso.

Siguiendo a Santiago (2023), esta nueva realidad jurídica da lugar a un neoconstitucionalismo, en el que el Estado de derecho se rematerializa haciéndose cargo de contenidos concretos: en particular, la dignidad de la persona y la promoción de los derechos humanos, de modo que esos principios éticos se convierten en pautas o criterios sustantivos para el examen de validez de las normas. Este nuevo modelo de Estado de derecho (constitucional, democrático, social, convencional y pluralista) tiene entre sus rasgos dos principios comunes a la bioética: es subsidiario (reconoce ámbitos propios de autonomía) y personalista:

porque considera que cada persona humana es el principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales, es única e irrepetible y su igual e inviolable dignidad es la base y el fundamento de todo el ordenamiento jurídico y político. (Santiago, 2022, p. 63)

Así como importante doctrina constitucionalista ubica a la dignidad en el centro del derecho,²⁸ también en el ámbito de la bioética ésta opera como el principal criterio rector. El respeto de la dignidad humana es, en palabras de Andorno (2012), “criterio supremo de las actividades biomédicas”, “llamado a servir de guía última para la formulación e interpretación de las normas deontológicas y legales relativas a la biomedicina” (p. 38). Siguiendo a este autor, y desde el personalismo —que abreva en una ética objetivista (existe un bien objetivo que trasciende a cada individuo y puede ser conocido)—, la

28 Véase también Lafferrière (2017b). Allí, el autor identifica las nociones de dignidad (funcional, como autonomía y referida al ser) y dos posiciones en el plano de los principios: la dignidad ontológica o como autonomía. Concluye, luego de un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en ella, por un lado, se vinculan dignidad y autonomía, especialmente en las sentencias que tratan lo relativo a la “vida privada” (ámbito de despliegue de la autonomía, según indica el autor), y, por el otro, subyace la visión ontológica de la dignidad, aunque el tribunal omite su definición expresa. Por su parte, Ales Uriá (2020) divide en dos grandes temáticas el significado histórico del término “dignidad”: la consideración social (originada en Roma y asociada a los funcionarios) y la cualidad intrínseca al ser (propia de la cultura judeo-cristiana y el helenismo), que se convierte en tópico recurrente a partir del renacimiento de la filosofía humanista. Con la secularización propia de la modernidad y el aporte de Kant, dos nuevas corrientes se delinean a partir de la dignidad como valor intrínseco y la de la dignidad en sentido relacional.

persona es siempre un fin en sí mismo, y la moralidad de un acto está dada básicamente por la bondad de sus dos elementos: el objeto (en qué consiste la conducta) y el fin (intención). Solo siendo ambos calificados como buenos podrá predicarse de la conducta su justificación ética. Así las cosas, la dignidad es concebida como una categoría absoluta (sin gradación) en cuanto pertenece a toda persona (dignidad ontológica), con independencia de sus características, capacidades, condiciones y circunstancias. Con ello, se diferencia de la idea de dignidad como calificativo de una acción o condición (vida digna, acto indigno) que pueda atribuirse según el caso, y de la dignidad asociada a determinadas características y aptitudes. La dignidad es propia de toda persona. Como explica Andorno (2012), esta noción de dignidad opera, en el campo de la bioética, como principio eminentísimamente, como rol unificador del conjunto de la ética biomédica, como punto de referencia que da el último sentido a la actividad biomédica, como “necesario telón de fondo, no sólo de cada decisión clínica concreta, sino de la teoría bioética como un todo y de las normas que regulan la materia” (p. 36).

Ha quedado expuesta con claridad, a nuestro entender, la centralidad que la dignidad ocupa en el análisis tanto jurídico como bioético y la primacía que cabe atribuirle frente a otros valores, particularmente la libertad y la igualdad; frente a ellos, la dignidad actúa como verdadera limitante. Resta solamente confirmar aquí cuanto ha sido adelantado hasta ahora: la seria violación que la práctica de la maternidad implica respecto de la dignidad de la persona. En este sentido, el trabajo de Miralles (2017) resulta de toda claridad y contundencia: la maternidad subrogada pone en jaque la dignidad de la mujer porque compromete su naturaleza corporal (su cuerpo y todas sus funciones), inescindible de la subjetividad personal; convierte a la mujer en una mercancía y a su cuerpo en un mero instrumento y, con ello, disgrega su unicidad personal. Entre las implicaciones de la dignidad para las madres gestantes, señala las siguientes: (i) el cuerpo se convierte en objeto de comercio mediante la automercantilización de la función humana reproductiva; (ii) la tesis dualista del hombre (separación de la razón/autonomía de la dimensión corporal) resulta difícilmente aceptable frente a la subrogación, en la medida en que es imposible poner a disposición únicamente la función reproductiva (es por ello que se le impone a la gestante la perspectiva de abandono del niño y la indiferencia como modo de asegurar que entregará al niño al nacer); (iii) desigualdad y discriminación, porque las mujeres más desventajadas están más expuestas a su explotación mediante esta práctica y, de modo especial, las mujeres con mayor subordinación al varón en

contextos de pobreza. Además, se da una fuerte situación de asimetría entre la gestante, los comitentes y los intermediarios en cuanto a privacidad, información y cláusulas impuestas; (iv) explotación y cosificación de las mujeres, derivada de lo dicho en el punto anterior: la mujer recibe un precio en dinero usualmente elevado y debe asegurarse un producto final de calidad, de modo que hay un estricto control de las condiciones de embarazo con segregación de las mujeres de sus familias e imposición de enormes limitaciones a la vida personal, que incluyen controles sorpresivos (test de alcoholemia), obligación de abortar si el feto presenta malformaciones, la disolución del contrato por parte de los comitentes por motivos ajenos a la gestante y la prohibición de una relación entre la gestante y el niño.

Para que se comprenda de forma cabal la medida en que esta práctica atenta contra la dignidad, basta relacionarla con la cuestión de la disposición del propio cuerpo y resaltar que toda persona alcanza su modelo de ser humano en los confines de su cuerpo (Ales Uría, 2020). De allí deriva la importancia de la integridad física del cuerpo y el reconocimiento de su inviolabilidad e inalienabilidad. Explica la autora que, mientras que la primera nota refiere al aseguramiento del derecho frente al Estado y los particulares, la segunda (inalienabilidad) se relaciona con la necesidad de reunir (nuevamente) derecho y deber y, con ello, salvaguardar lo justo de modo especial frente al voluntarismo.

Hasta aquí, entonces, lo relativo a los bienes implicados en la maternidad por subrogación y el rol central que ocupa la dignidad. A esta reflexión agregamos ahora una última, relativa estrictamente al campo de la disciplina bioética.

5. La ponderación bioética

En su obra *Principles of Biomedical Ethics* (2009) Beauchamp y Childress explican las dificultades de la bioética, en la medida en que implica una reflexión de ética práctica mediante casos difíciles que constituyen, muchas veces, verdaderos dilemas morales: circunstancias en las que la persona se enfrenta a la elección entre varias acciones moralmente incompatibles. Pero también se dan en este ámbito no sólo dilemas estrictamente morales, sino también conflictos entre un mandato o requerimiento moral y razones de interés personal, es decir, dilemas prácticos, y aquí emergen las preguntas sobre prioridades: el juego entre la razón moral y el interés personal. Para la solución de estos dilemas, proponen un marco moral de normas, conformado por cuatro principios básicos de mayor nivel de abstracción (respeto de la autonomía, no maleficencia, beneficencia,

justicia),²⁹ que han de conjugarse con reglas de distinto tipo: reglas sustantivas (*substantive rules*: que indican guías específicas de acción), de autoridad (*authority rules*: relativas a la toma de decisiones y la aplicación de acciones terapéuticas) y de procedimiento (*procedural rules*: que establecen procedimientos para el reaseguro de los principios). Se da, en este ámbito, el juego de principios, normas, obligaciones, derechos –también virtudes– que deben ser balanceados y sopesados (*process of weighing and balancing*). El proceso de balanceo implica la búsqueda de las razones que sostienen la creencia de qué norma moral ha de prevalecer (con ello, asignará mayor peso y fuerza relativa a distintas normas morales) y la especificación referirá al ámbito de aplicación. Así, los principios deben ser especificados para precipitar en el caso concreto: esta especificación (continúan Beauchamp y Childress, 2009) ha de agregar contenido particular, de modo que los principios generales se conviertan en instrumentos y prácticas de razonamiento moral. El *balancing* contribuye al juicio sobre el caso particular y el *specification* es de particular utilidad en el desarrollo de políticas a partir de normas o principios generalmente aceptados.

Más allá de la raíz filosófica del principialismo –anclada en el deontologismo por parte de J. Childress y vinculada al consecuencialismo en T. Beauchamp (Beauchamp y Childress, 2019)– la aplicación de los principios de la bioética postulados por el principialismo desarrollado por esos autores (beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia) presenta en el caso de la maternidad subrogada una nueva dificultad, que se adiciona al conocido debate sobre su jerarquización (principios que deben “subir y bajar” para cada solución y propuesta de mejora de Diego Gracia). Ocurre que, en el caso que estudiamos, aunque admitiéramos –como suele hacerse– la prelación de unos (beneficencia y no maleficencia) sobre otros (autonomía y justicia), la ponderación es acentuada y particularmente compleja por los diferentes protagonistas, que no son ya uno o dos, sino tres (incluso cuatro, en el caso de una pareja de comitentes). Cabe preguntarse: ¿quién es aquí el sujeto respecto de quien debe ponderarse la aplicación y respeto de estos principios bioéticos? ¿Se trata de la madre gestante, del embrión o feto o del comitente? ¿Gozan todos los “pacientes” del mismo nivel de protección o atención? Parecería que, desde el ángulo de la práctica médica estricta, cabría considerar “paciente” a la gestante en primer lugar (es sobre ella

29 Explican Beauchamp y Childress (2019) que fueron los principios de no maleficencia y beneficencia los que ocuparon un rol central en la historia de la ética médica (incluso con cierta negación del respeto por la autonomía y la justicia en la ética médica tradicional). Afirman que la autonomía y la justicia emergieron como principios en la bioética más recientemente.

que se practica la transferencia que da lugar a la maternidad subrogada) y al embrión en tanto destinatario de los cuidados y prácticas hasta que se produzca su nacimiento. Será, entonces, respecto de la gestante que debería reflexionarse primero: ¿qué bien se le hace, desde el punto de vista médico, al transferir un embrión ajeno? ¿No hay riesgos (obligatoriedad de no maleficencia) en la práctica? Si los hay, ¿están justificados por el bien mayor? ¿Puede considerarse un bien mayor el cobro de una suma de dinero? ¿O el bien mayor sería la obtención de un hijo por parte de los comitentes? ¿Pueden ser considerados “pacientes” en una práctica médica quienes solo son “padres de intención”? Puestos a reflexionar sobre el principio de autonomía: ¿ha tenido realmente oportunidad la mujer gestante de participar de un proceso dialógico para la toma de la decisión? ¿Cuenta con información plena sobre las circunstancias y riesgos médicos? Yendo al principio de justicia: ¿parece justa la distribución de cargas, en el sentido de que la gestante lleve adelante el embarazo únicamente con la mira puesta en abdicar su maternidad? ¿Es admisible éticamente la imposición del aborto a la gestante frente a un diagnóstico de alteraciones o defectos en el niño por nacer? ¿Es considerado el feto en su rol de paciente y destinatario de los cuidados gestacionales? A pesar de esta evidente coexistencia de sujetos, desde el punto de vista jurídico (y así queda constatado en los casos judiciales) la ponderación de principios se inclina a la perspectiva del comitente que contrata el servicio (con independencia del aporte de gametos). Hay, entonces, una falta de coincidencia de los sujetos dignos de protección.

En el debate bioético desde la posición que asumimos, el personalismo ontológico ofrece un fuerte basamento antropológico: los postulados de la filosofía aristotélico-tomista, la idea de orden, esencia y naturaleza y las virtudes como principio de la moral. Los trabajos de Elio Sgreccia (2018), F. D’Agostino (1991, 2004), Emmanuel Mounier (1950), E. Pellegrino (1993) contribuyeron a una postulación renovada y a un enorme desarrollo de la bioética, que recoge y ubica en un lugar central la dignidad del hombre. En el personalismo, la no maleficencia, la beneficencia, la autonomía y la justicia se delinean con otro cariz y se pasa a proponer como principios ordenadores: la defensa de la vida física, el principio de totalidad o terapéutico, la libertad-responsabilidad y la sociabilidad-solidaridad-justicia.

Hemos aludido ya a la dignidad, principio eminente de la bioética y al principio de beneficencia-no maleficencia. También se mencionó (y suele ser eje de la discusión jurídica) el principio de autonomía, vinculado al ejercicio de la libertad como medio para desplegar la potencialidad humana. Sin embargo,

pensamos que será especialmente el principio de vulnerabilidad el que debe sopesarse (aunado al de la dignidad, según vimos). El principio de la vulnerabilidad, recogido explícitamente en el derecho internacional (Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos) y ligado a la integridad personal, es de aplicación no sólo a todo cuanto refiere a las investigaciones médicas, sino que también concierne a “las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos” (art. 1, Alcance) e impone tanto en el conocimiento científico como en la práctica médica y las tecnologías conexas el deber de considerar la vulnerabilidad humana y la integridad personal, con protección especial de quienes estén en situación de vulnerabilidad (art. 8).

Nos parece de toda evidencia que el caso de la maternidad subrogada lo expone y reclama dramáticamente. La aplicación de este principio obliga a prestar especialísima atención a la situación de vulnerabilidad de los pacientes en todas las prácticas médicas. Sin negar la fragilidad de la condición humana, en palabras de Andorno (2012), “[l]a vulnerabilidad inherente a la existencia humana reclama la solidaridad y el cuidado por parte de los individuos y de la sociedad en su conjunto” (p. 47). La vulnerabilidad impone un especial cuidado y protección de aquellas personas especialmente expuestas a ser utilizadas, sea por los motivos que fuere. Este principio ético ha irrumpido en el plano jurídico, dando lugar a la perspectiva de la vulnerabilidad, que la enlaza a la dignidad y la condición humana y se propone como superadora de las perspectivas atadas a determinados grupos vulnerables (nacidos de categorizaciones que suelen nutrirse de miradas conflictivistas y dar lugar a guetos identitarios). Como explica Basset (2022), “[e]l concepto de vulnerabilidad tiene además la ventaja de reinscribir la igualdad en la tradición de la noción de fraternidad humana” y el “mito de la autonomía individual” da lugar a la “autonomía relacional” (p. 2). Con ello, se “invierte la óptica y piensa el derecho desde la fragilidad compartida”, y se reinterpreta la igualdad (p. 2). Y agrega la autora que es en el derecho de familia y en el ámbito de los derechos personalísimos donde esta perspectiva es más necesaria.³⁰

30 Explica Basset (2022): “Otro aspecto en el que la vulnerabilidad ofrece un gran aporte es en la superación del concepto de individuo autónomo y fuerte, así como se percibe en el derecho decimonónico, hacia el paradigma de una condición universal de vulnerabilidad que genera interdependencia y responsabilidades recíprocas. El concepto de igualdad heredado del siglo dieciocho se basa en el individuo y su autonomía. Este paradigma, crecientemente abandonado por el derecho civil, se encuentra paródicamente muy difundido en el ámbito de los derechos personalísimos y el derecho de familia, que son lo que probablemente más requerirían de la perspectiva de vulnerabilidad, porque

A la vulnerabilidad (principio de la bioética personalista)³¹ y a los principios de la dignidad, autonomía y beneficencia que funcionan principalmente en la relación médico-paciente (es decir, a nivel individual) han de sumarse dos principios de enorme relevancia en la dimensión colectiva o social: el principio de justicia y el de solidaridad. El primero tiende a concretar la distribución equitativa de recursos,³² mientras que el segundo corresponde principalmente a las situaciones en las que el destinatario de la práctica médica no coincide con su beneficiario, pues las ventajas de la práctica le corresponden o bien a la sociedad en su conjunto (v. gr. vacunas para obtener inmunidad de rebaño, investigaciones de pruebas de medicamentos) o bien a un tercero (trasplantes). Es también nuestro caso: una mujer es receptora de un embrión, al que lleva en su vientre como propio para darlo a luz y entregarlo a los comitentes. A este respecto, interesa repasar los principios básicos derivados del código de Núremberg, que dio lugar al nacimiento de la ética biomédica moderna y al derecho internacional de derechos humanos, de los que destacamos: el carácter esencial del libre consentimiento, la obligación de evitar todo daño o sufrimiento físico o mental innecesario, la proporcionalidad de los riesgos y el derecho del participante de revocar su consentimiento en todo momento (Andorno, 2012). En la subrogación de vientres, la cuestión del consentimiento no está libre de reproches, dada la situación de vulnerabilidad de las mujeres gestantes; los riesgos son asumidos en su totalidad por ella, que no es beneficiaria del tratamiento y carece de toda facultad de revocar su consentimiento, pues le está vedado solicitar quedarse con el niño.

Por otra parte, al pensar en la libertad, la autonomía y la libre disponibilidad del cuerpo sustentada en la dignidad, Ares Uría (2020) propone su revisión con una triple perspectiva: objetiva, subjetiva y de proporcionalidad. Explica que, desde la dimensión objetiva, la mujer gestante pone a disposición la totalidad de su cuerpo, la totalidad de su persona, que incluye dimensiones físicas y psíquicas, con el triple objetivo de concebir, gestar y parir, y el resultado no es terapéutico por cuanto no se obtiene la cura, sino exclusivamente la generación de un bebe. En la faz subjetiva, la intención de la mujer gestante es (mayoritariamente) la obtención de un beneficio económico, es decir, una motivación

la intimidad vulnerabiliza y las decisiones de naturaleza personalísima generalmente exponen las aristas más susceptibles de ser heridas de la personalidad” (p. 3)

31 Conf. Andorno (2012).

32 Hemos visto que algunos actores indican que la maternidad subrogada implica una transferencia de recursos humanos de países pobres a países ricos.

lucrativa que no se vincula con el desarrollo de su identidad en el plano de la maternidad. Por último, respecto de la proporcionalidad y la dignidad, la mujer gestante —como un “todo personal”— presta su cuerpo para la gestación de un niño para otro, y se convierte así ella misma en un instrumento para la satisfacción del deseo de los comitentes. Y también el bebe es considerado un objeto, el producto de un proceso, un resultado cuya perfección es materia de contrato. De este modo, la dignidad de ambos (mujer y niño) están jaqueadas.

Nos animamos a afirmar que se trata de una verdadera servidumbre de la mujer gestante, subordinada íntegramente al comitente y a quienes intermedian en el tráfico de niños: su vida completa (puesto que el embarazo la compromete de forma cabal, sin que ese estado pueda acotarse) queda a merced no sólo de comitentes, sino especialmente de intermediarios, quienes en conjunto asumen la potestad decisoria sobre la vida de la mujer; con quién vive, cómo se alimenta y descansa, a quién frecuenta, qué vida íntima y sexual lleva adelante, qué piensa y siente (incluso se la somete a terapias de desapego), qué información comparte con su familia, cómo se siente, con qué documentación cuenta, etc. quedan bajo el permanente escrutinio de ellos y, así, son arrebatados del plano vital de la mujer. A esta situación de brutal sometimiento a la voluntad decisoria ajena (por más que en su origen algunos puedan considerarla voluntaria, pero que es irrevocable para la madre en el contrato) y que pone en jaque su dignidad (porque, además de ser un medio para la obtención de un producto, pierde durante todo el embarazo la facultad más propia del hombre, como es el libre albedrío) se suma la de la vulnerabilidad de forma particular no sólo respecto de la mujer gestante,³³ sino también con relación al niño resultante: escenarios de discrepancia sobre los cuidados prenatales (continuación, aborto), abandono frente a cambio de opiniones o defectos físicos, la separación del bebe sin ser amamantado y sin desarrollar apego, incluso sus intereses adultos en conocer el modo de gestación y su identidad, con el consiguiente impacto psicológico y social.³⁴ El niño es privado ni más ni menos que de la posibilidad de ser fruto del amor, de un encuentro íntimo,³⁵ y también le es arrebatado el ser destinatario de la ternura y atención de quien lo lleva en su vientre y

33 Dada la asimetría habitual entre ella y el comitente, la circunstancia de que la retribución que obtenga será a costa de desatender a su familia (además de no resolver su situación económica desfavorable de forma definitiva) y el impacto psicológico y social.

34 Véase Bellver Capella (2015).

35 “El hijo reclama nacer de ese amor, y no de cualquier manera, ya que él no es un derecho sino un don que es el fruto del acto específico del amor conyugal de sus padres”. Exhortación apostólica *Amoris laetitia* sobre el amor en la familia del papa Francisco (2016, N° 81).

debería cuidarlo como propio, en un marco familiar de amor y contención. El feto no experimenta (porque así se entrena particularmente a las gestantes) el apego y la sensación de acogida propia de las madres, y su vida (su continuidad) está condicionada a exámenes y pruebas diagnósticas muchas veces invasivas, no exentas de sufrimiento fetal: es un niño nacido sin familia. Se trata de una afrenta a la dignidad de los más vulnerables.

Vemos, así, que la vulnerabilidad constituye aquí otro de los principios en juego tanto respecto a la madre como al *nasciturus*. Y agregamos una cuestión más: tratándose de salud pública —recuérdese que estamos analizando beneficios y desventajas de los distintos marcos regulatorios—, el principio de distribución equitativa (justicia) y el principio de solidaridad tampoco pueden excluirse. Se trata de un acto cuyo objeto es contrario a la moral y a las buenas costumbres, con seria afectación de la dignidad humana tanto por la explotación de la mujer como por la cosificación del niño (Lafferrière y Eleta, 2018), así como por la disociación de los elementos identitarios de la persona (Lafferrière, 2017a). Se da, además, una violación del principio bioético de justicia y equidad, de solidaridad con los más necesitados, de protección a los más vulnerables y de cooperación internacional. Nótese que el criterio de la voluntad procreacional (y la ponderación mayor de los intereses de los comitentes) no hace sino estatuir el derecho de los fuertes por sobre el de los débiles; la victoria del deseo del adulto que determina la identidad del niño —el eje adultocéntrico— (Basset, 2016).

Es en estos casos en los que el derecho ha de responder al llamado que le hace la bioética:

El derecho está llamado a desempeñar un papel fundamental en bioética. Se quiera o no, la tarea de conjurar los nuevos peligros para la dignidad humana recae principalmente sobre él, en razón de que la ética no tiene por sí sola la fuerza suficiente para asegurar el respeto de la persona. Es a la ley a quien incumbe la tarea de ejercer el poder político, de defender al ser humano de los abusos a que está expuesto, sobre todo en los momentos más frágiles de su existencia (al comienzo y al fin); es a la ley a quien corresponde evitar que nuestros congéneres, presentes y futuros, sean reducidos a puras relaciones de utilidad y rentabilidad. (Andorno, 2012, p. 60)

Así, por último, para cerrar la reflexión sobre la regulación, también corresponde destacar dos principios de la bioética que se han abierto paso en el derecho internacional y que resultan de especial interés en el caso que estudiamos: el

principio de precaución y el principio de responsabilidad. El primero impone la adopción de medidas precautorias cuando, aun frente a la ausencia de certeza absoluta, la práctica presente un riesgo de amenazas graves e irreversibles a la salud (o al medioambiente). El segundo, propuesto por Hans Jonas (1995), insta obrar de tal modo que los efectos de la acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica. Ambos justifican la prohibición de la maternidad subrogada (Bellver Capella, 2015).

6. Reflexiones finales y propuesta

La posmodernidad trajo, con la aceleración de la tecnología y el desarrollo de la ciencia, nuevos escenarios posibles que, aunados al dualismo antropológico, impulsaron aún más la mutación del concepto de dignidad en abandono de su carácter ontológico (connatural al hombre) y para su asimilación a algunas condiciones que permitan ejercitar la capacidad de autodeterminación (libre elección), con énfasis en la libertad. Lo problemático de la cuestión es que, como vimos, de la dignidad ontológica se deriva la intangibilidad y la indisponibilidad. A su vez, esta cuestión encierra también los dos conceptos de dignidad conocidos como *dignity as empowerment* (identificada como autonomía y derecho en condiciones que favorezcan desarrollo de su personalidad) y *dignity as constraint* (dignidad como restricción), que, más allá de las opciones individuales, acentúa la existencia de límites a la libertad individual fijados en atención al interés general. Se da, pues, el doble juego propio de derecho, que es siempre relacional. La dignidad, además de derechos y libertades, da lugar a deberes y obligaciones. Las cuestiones que trae la maternidad subrogada han provocado una enorme diversidad de criterios regulatorios en el mapa mundial: desde su prohibición y penalización hasta su admisión y regulación, pasando por sistemas legales que omiten su consideración o bien regulan sus condiciones de admisibilidad y/o los efectos de su práctica. Desde una posición personalista ontológica, esta práctica resulta inaceptable por ser contraria al orden natural, criterio de justicia. Es decir, para el iusnaturalismo, que asume la justicia como condición de la validez normativa, aun cuando un sistema legal contemplara el ejercicio de esta práctica como un verdadero derecho subjetivo, la norma no sería obligatoria. Emerge, entonces, como defensa la objeción de conciencia. Como vimos, no existe al día de hoy instrumento internacional obligatorio que regule esta práctica, aunque sí hay textos internacionales con valor de recomendación (Consejo de Europa, Parlamento

Europeo).³⁶ En general, se admite que esta práctica socava la dignidad de la mujer, así como importa serios riesgos para los derechos humanos, como el abandono de niños con discapacidades, la inaptitud de los padres comitentes y el derecho a la identidad de los niños (a conocer sus orígenes genéticos y las condiciones de su gestación), entre otros.

La relación de fundamentación entre la justicia y el derecho positivo necesita ser rescatada, así como la reflexión sobre la naturaleza del hombre y la dignidad. La persona constituye un fin en sí mismo no solamente para sí (con fundamento subjetivo), sino también por antonomasia (en sentido objetivo): su dignidad obliga a su consideración como fin en sí mismo (Dicasterio para la Doctrina de la Fe, 2024). Por ello, no podemos negarles dignidad a los demás, pero tampoco podemos negárnosla a nosotros mismos. Es sorprendente la combinación que nos muestra la realidad de fenómenos y concepciones opuestas: mientras que el individualismo y la exacerbación de lo particular se han enseñoreado de las discusiones, también el avance de “lo colectivo” parece irrefrenable. Así, muchas de las cuestiones (incluso judiciales) planteadas han sido orquestadas desde organizaciones que nuclean comunidades (la LGTB, por ejemplo). Por paradójico que parezca, incluso la tiranía de lo igual, hija de esa comparación consumista y obsesiva de todo y todos (si él tiene un hijo, ¿por qué yo no?; si es mi deseo, ¿por qué no llevarlo a cabo?) nos ha sumergido, como explica Byung-Chul Han (*La agonía del eros*, 2023) en la búsqueda obsesiva y exclusiva de la realización de uno mismo, ahora por oposición al don del otro. La antigua sociedad de la disciplina (concentrada en el verbo deber) se ha transformado en la sociedad del rendimiento, donde reina el verbo modal poder (Han, 2024). Entonces, si las técnicas médicas lo hacen posible, y además es mi deseo contar con todo aquello a lo que los demás también pueden acceder, ya nada parece detenerme. Es, de algún modo, el resultado de la perspectiva baconiana del progreso, que precipitó en la primacía de la técnica por sobre la ciencia con tres características centrales (Adorno, 2012): no eticidad (hay que hacer todo lo que es posible), no ontologismo (dado que el ser mismo de las cosas se identifica con la inmovilidad y la rigidez, hay que hacer abstracción de él) y no simbolismo (la técnica sólo se sujet a la razón técnica en todas direcciones).

Hemos visto cómo los derechos humanos, nacidos del derecho natural,

36 Entre ellos: *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique* (Conseil de l'Europe, 2014); *Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (European Parliament, 2015/2229(INI)A8-0344/201530).

comunes a todo hombre en tanto parte de la familia humana y dotados de protección universal frente al totalitarismo colectivista estatal, fueron progresivamente enfatizando su faz individual para desplazar la idea de persona y exacerbar al individuo. Esta transición no es menor, a poco que se comprenda que el hombre deja de ser entendido como parte de su entorno, como inmerso en una comunidad, para mirárselo desde su soledad y desde sus sueños de empoderamiento: su deseo es protagonista y, con la ciencia, incluso su emancipación parece posible. El derecho humano (de la persona) se convierte en derecho individual, y éste, en derecho transhumano.³⁷ El primero tenía para sí la naturaleza común, la dignidad ontológica, e implicaba la participación de todos en un proyecto común; el último entraña la competencia selectiva y la emancipación de todo límite natural para quienes deseen (y puedan costear) semejante desafío. Nótese que las técnicas de procreación artificial, la hibridación, la eutanasia, la eugenesia, la transexualidad son prácticas que implican enormes sumas de dinero, carecen de finalidad terapéutica y su “beneficio” es sólo para pocos. ¿Puede razonablemente erigirse, entonces, en verdadero derecho subjetivo el acceso a prácticas médicas de este tipo? ¿Puede un deseo personal traspasar la frontera de la intimidad para imponerse en el entramado social? Es la dignidad aquí, nuevamente, el sustento de la solidaridad y exhibe una prelación del derecho social por sobre el individual.

Como vimos, la expansión del concepto de autonomía privada y su proyección a ámbitos tradicionalmente reservados al orden público (y, por tanto, extraños a toda facultad de disposición) dio lugar a la “contractualización del derecho de familia”: así lo exhibe el reclamo traído por los actores en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Pero el antecedente de esa contractualización —diríamos nosotros, su privatización para su mercantilización— es la constitucionalización del derecho de familia, a partir de la vinculación de la autonomía con el atributo de la libertad, y el reemplazo de la autoridad por la solidaridad: la familia es solo un instrumento para el desarrollo personal (Kemelmajer de Carlucci, 2014)—ya no social—. Esta deformación pone en evidencia el hecho de que, como indicaba Mounier (1950), es justamente la familia el lugar que pone en contacto las cuestiones privadas y las públicas, en una combinación de relaciones sociales e intimidad. “It socializes the private life while it interiorises the life of manners and customs. Through this mediatory function, the family becomes an essential factor in the personal universe” (p. 107).

37 Conf. Puppinck (2020).

Entonces, la familia es aquí un factor esencial, crucial. Y, en términos del juego propio entre justicia y regulación normativa, asumimos la imposibilidad de la neutralidad ética, pues se trata de una falsa aspiración (Sandel, 2009): a la hora de regular las instituciones sociales, se parte de una concepción que identifica su finalidad o *telos* y, así, se decide si merece un reconocimiento estatal. También es vital recuperar, para ello, la noción de persona, pues de su estatuto ontológico se derivará la primera exigencia, que —lejos de ser un derecho— es una exigencia del hombre hacia sí mismo: la dignidad le impone la obligación de buscar su propia perfección. De esto se desgajan deberes correlativos, que involucran al prójimo (dada la igualdad esencial de los hombres). En definitiva, la respuesta al interrogante planteado implicará la armonización de los dos conceptos de dignidad, de modo que le reconozcamos a la persona la capacidad (y el derecho) de buscar con autonomía su plenitud y, al mismo tiempo, que entendamos que estas decisiones no pueden atentar contra su naturaleza. Esta armonización es la que permite comprender la raíz común del derecho y del deber y la de la ética, raíz que no es otra que la dignidad del hombre. Las palabras del Cardenal Robert Sarah (2021) confirman la respuesta:

La libertad sin verdad es mentirosa: la falta de vínculo moral entre libertad y verdad solo puede dar lugar a una forma de anarquía. La libertad es real cuando alcanza el bien supremo de la existencia humana, que es vivir en la verdad de Dios. (p. 221)

Somos conscientes de la sorpresa (incluso el estupor) que puede provocar para algunos esta cita en el mundo actual, en el que —como afirma R. Spaemann (2017)— “hay más gente que quiere convencer de la falta de sentido de los dogmas, que los que predicen su verdad” (p. 141). Siguiéndolo, asumimos que las religiones universalistas son esencialmente misioneras mientras mantienen su vitalidad (“sólo las ideas muertas coexisten pacíficamente”); su universalismo es teórico y práctico de forma simultánea: por un lado, consideran verdaderas ciertas hipótesis sobre la realidad, el hombre (su origen y su fin) y el mundo, de ello derivan consecuencias para la vida práctica, y finalmente también consideran que esta visión y conducta es buena para cada hombre. Sin embargo, este universalismo, que en ámbitos político-académicos se denuncia como descalificación, no es ajeno al relativismo antidogmático reinante, última versión del universalismo europeo. Los movimientos y prácticas sociales de la cancelación son finalmente un intento de imponer un pensamiento único.

Este aparente conflicto, incluso con la propuesta de un nuevo rol y una

nueva modalidad de evangelización es descripto por F. Hadjadj (2016): la revvalorización del medioambiente y la propuesta de cuidado de la Tierra implican la puesta en escena de la relación del hombre y su entorno y, con ello, la necesidad de retomar la idea de naturaleza del hombre y, a partir de allí, la necesidad de humanizar nuestro pensamiento y las ciencias.³⁸ El agnosticismo, el misticismo, el positivismo y el iusnaturalismo han de darse cita frente al hombre y su recuperación. Y es aquí donde se erige la centralidad de la dignidad del hombre, que ha de convertirse en criterio ético y criterio de justicia.

Prueba de la posibilidad de lograr un acuerdo que nos reúna es que, más allá de la contienda entre posiciones y en el maremágnum de movimientos de activismo social que proponen la reconfiguración del entramado social, esta cuestión de la maternidad por subrogación ha logrado el reencuentro en un mismo posicionamiento (el de su prohibición) de sectores ideológicamente opuestos.³⁹ Así, el feminismo radical (con fundamentación filosófica diametralmente diferente) es uno de los actores más críticos de esta práctica, a la que considera, lisa y llanamente, una forma patriarcal de expropiación del cuerpo de las mujeres a través de la cultura neoliberal y de la economía de mercado, es decir, una explotación reproductiva. En este sentido, la perspectiva de género (usualmente contraria a las designaciones normativas basadas en el sexo por considerar que perpetúan la jerarquización de hombres y mujeres) ha contribuido a visibilizar el entramado económico-político-social-médico-legal que está presente en la problemática (Aberti et al., 2024, p. 5) y el activismo vinculado a esta perspectiva se ha mostrado como uno de los actores más decididos e involucrados en el movimiento global por su prohibición: este movimiento abolicionista lo considera extractivismo abusivo y proxenetismo reproductivo. También desde el Dicasterio para la Doctrina de la Fe (2024, N° 48) se ha formulado un llamamiento para que la comunidad internacional se comprometa a su prohibición internacional.

Es por ello que somos de la posición de proponer la prohibición mundial de esta práctica, incluyendo su tipificación penal, como herramienta de política pública que coadyuve a prevenir estas conductas⁴⁰ y modificar, de este modo,

38 “La Iglesia está en este mundo principalmente para revelar a Dios, cuando lo cierto es que su tarea se reduce cada vez más a preservar lo humano. Entraña esencialmente lo sobrenatural y se ve cada vez más llamada a defender la naturaleza” (Hadjadj, 2016, p. 34).

39 Basta para ello recordar la reunión habida entre Olivia Maurel, impulsora de la Declaración de Casablanca, activista que se declara atea y feminista, y el papa Francisco el 4 de abril de 2024.

40 Conf. Beccaria (2023).

esta grave práctica a nivel global.⁴¹ A este fin, los informes de la relatora especial de la ONU ofrecen interesantes recomendaciones para la implementación de la prohibición.⁴² También lo hace el Comité de Bioética de España (2023). Destacamos aquí lo ya dicho, en el sentido de que la figura encuadraría en el tráfico de niños, definido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños para la pornografía (2000), así:

Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2). Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente: a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2 (...); (ii) inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables a la adopción.

Como se ve, se exhorta a la tipificación penal de la conducta de la intermediación en el tráfico de niños, y si bien se alude a la adopción internacional, al encuadrar la maternidad subrogada como una transacción cuyo fin es la transferencia de un niño a cambio de algún beneficio, cabe su calificación como caso compraventa de niños. La cuestión de la filiación no es más que un artilugio para evitar la adopción.

Es vital, entonces, enfrentar las iniciativas que presionan por la desregulación internacional y abandonar el enfoque de tolerancia asumido por un número importante de países, entre ellos, la República Argentina. Correspondrá explicitar que en nuestro país, además, el caso encuadraría como delito cons-

41 Más allá de las distintas teorías de la prevención, general y especial (por un lado, advertencia a la población general para que se abstenga de delinquir, por el otro, actuación estatal sobre quien cometió un delito para evitar su reiteración), parece innegable la función preventiva de la pena al reafirmar la confianza en la norma. Esto se comprende desde el prisma de la teoría de los sistemas, en la medida en que “la norma no se dirige a algún sujeto en particular, sino a todos, debido a la interacción social que exige a todos conductas previsibles” (Donna, 2019, p. 77).

42 Nótese que ya se cuenta, dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 35) y de su Protocolo Facultativo sobre venta de niños (25/05/2000), con la referencia a “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a cambio de remuneración o cualquier tipo de retribución”.

titucional,⁴³ con el agravante de tener como víctimas a las personas que gozan de tutela constitucional preferente: mujeres y niños.⁴⁴ Para la implementación efectiva de una prohibición de tipo penal a nivel global, es necesaria la articulación sistemática de políticas conjuntas, simultáneas, coherentes y consistentes en el ámbito internacional, pues el delito penal sólo se comprende dentro de la comunidad jurídica. “La ley penal, como máxima jurídica, sólo es imaginable en el seno de una comunidad jurídicamente establecida, en el cual la acción ulterior pena se vincula con la acción anterior, delito” (Donna, 2019, p. 48). Entendemos que la regulación —abolicionista— debería proyectar sus efectos en distintos planos y ámbitos, que incluyan además: la prohibición expresa de la práctica de la maternidad subrogada en todas sus variantes, la nulidad total y absoluta de todo y cualquier acto jurídico relativo a esa práctica y consiguiente privación de todo efecto a los contratos, acuerdos y renuncias (cláusulas de gestación, de cesión y renuncia de la responsabilidad parental, etc.); la tipificación penal de estas conductas con especial atención —y modalidad agravada— respecto de quienes actúan como intermediarios (personas jurídicas y organizaciones,⁴⁵ sus representantes y directores, y los profesionales involucrados tanto de la medicina como abogados y notarios), con aplicación de penas privativas de la libertad, económicas e inhabilitación profesional; su caracterización como delitos de máxima gravedad y consideración federal (nótese la similitud con la reducción a servidumbre y trata de personas).

A su vez, y a fin de que la abolición de la práctica no redunde en un mayor turismo reproductivo, resulta necesario —como dijimos— el acuerdo de colaboración internacional y persecución judicial tanto en territorio nacional como extranjero. Sabemos de la dificultad de lograr ese consenso internacional, especialmente en el contexto de la pendiente resbaladiza abierta hace tiempo por la redefinición del hombre como sin límites y la acogida en la perspectiva de derechos humanos, convertida en una nueva conciencia colectiva (Puppinck, 2020). Sin embargo, esta dificultad no ha de impedir —como remedio provisorio, al menos— reclamar la soberanía y regular la penalización en el ámbito nacional. Ello resulta sin duda posible al menos en aquellas latitudes donde

43 La Constitución Nacional Argentina establece, junto a la prohibición de la esclavitud, en la norma del art. 15, que “Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice”.

44 Conf. Medina (s.f.).

45 Esta propuesta no implica desconocer el dilema sobre si *societas delinquere potest o no potest* y el tradicional rechazo doctrinario a la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas frente a la teoría del delito.

la organización política estatal se ha montado sobre la noción de justicia, y la exhortación al desarrollo personal se funda en la idea de un orden moral heterónomo y objetivo. Ese es el caso de la nación Argentina, en cuyo preámbulo constitucional se invoca a Dios como “fuente de toda razón y justicia”.

Como dijimos al comenzar este trabajo, la finalidad no es otra que, a partir del importante fallo del máximo tribunal argentino, reflexionar sobre la práctica de la maternidad subrogada (conocer las conductas, acciones y circunstancias que le son propias), su regulación (tanto en distintos países como en instrumentos de derecho internacional) y los valores implicados (con atención a los sujetos, sus atributos, sus derechos naturales o positivos), para con ello emitir una solución o propuesta jurídica. Hemos intentado cumplir con la interdisciplinariedad propia de la reflexión bioética que involucra no sólo a los profesionales y saberes de la medicina, sino también al mundo del derecho, la filosofía, la teología, las autoridades públicas, recurriendo para ello a bibliografía de distinto tenor. Nuestras reflexiones han intentado vincular distintos aspectos y perspectivas, en una exposición sistemática que ponga en juego los principios propios de la bioética y no quede reducida a la casuística. Pero, además de la sistematización e interdisciplinariedad, la reflexión bioética ha de ser prospectiva, global (Andorno, 2012): para ello, ponemos la mirada en el futuro y atendemos a la humanidad en su conjunto. En esa inteligencia es que proponemos la abolición global de la práctica de la maternidad subrogada.

Esto último no es sino la conclusión a la que nos ha traído la acción de reflexionar en dos ámbitos distintos, pero inextricablemente vinculados: por un lado, la cuestión de los bienes en juego (la vida, la libertad, la dignidad) y las características de esta práctica (asimetría y explotación, mercantilización), y, por el otro, las enormes diferencias regulatorias en cada país (desde su persecución penal hasta su legalización plena, pasando por vacíos normativos), que han provocado un creciente turismo reproductivo que busca zanjar prohibiciones —y, con ello, constituye un itinerario de fraudes a la ley— y que tiene a los niños entre manos. La vulnerabilidad de las mujeres gestantes, de los embriones obtenidos mediante las TRHA y de los niños nacidos por esta práctica y sometidos a contiendas judiciales nos convence de la imperiosa necesidad de poner fin a esta extrema desnaturalización de la maternidad y la paternidad. Como dijimos, somos conscientes de las dificultades, de las distintas posiciones y del hecho de que la maternidad subrogada es una práctica creciente, incluso regulada y aceptada en algunos países. Pero también creemos en la necesidad de no dejarnos atrapar por la desazón frente a la realidad, la de reubicar al progreso

(de las técnicas y de la medicina) de modo que nos permita cambiar al mundo para acercarlo al ideal, a lo deseable, y no a la inversa.⁴⁶ En definitiva, desafiar —en palabras de Chesterton (2017)— la herejía del precedente:

Es el punto de vista de que, como nos hemos metido en un lío, tenemos que meternos en otro mayor para adaptarnos; de que, porque hemos dado un giro equivocado hace algún tiempo, tenemos que ir hacia adelante y no hacia atrás; de que como hemos perdido el camino, debemos también perder el mapa; y de que como no hemos realizado nuestro ideal, debemos olvidarlo. (p. 146)

Proponemos, simplemente, retomar el sendero.

Bibliografía

- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de bioética*, 28(2), 177-197.
- Alberti, P., López, K., Solana-Villanueva, N. y Pimentel-Aguilar, S. (2024). Alquiler de vientres como explotación reproductiva de mujeres rurales de Tabasco. *Convergencia*, 31, 1-42.
- Ales Uriá, M. (2020). La dignidad humana y el derecho de disposición sobre el propio cuerpo. Reflexiones a partir del rechazo de tratamientos médicos y los acuerdos de maternidad subrogada. *Dikaion*, 29(1), 39-65.
- American Society for Reproductive Medicine y Society for Assisted Reproductive Technology. (2022). *Recommendations for practices using gestational carriers: A Committee opinion* (2022). <https://www.asrm.org/practice-guidance/practice-committee-documents/recommendations-for-practices-using-gestational-carriers-a-committee-opinion-2022/>
- Andorno, R. (2012). *Bioética y dignidad de la persona*. Tecnos.
- Arenas G., Julianelli V. y Leocata Nieto, F (2020). Técnicas de reproducción asistida. En Quintana, R., James, R., Gadow, A., Paul, N., Quintana, T., *Impacto de las técnicas de Reproducción Asistida. Desde la consulta al adulto joven* (pp. 91-112). Akadia.

46 “Y ahora viene todo el colapso y el enorme desatino de nuestra época. Hemos mezclado dos cosas diferentes, dos cosas opuestas. El progreso debería significar que estamos siempre cambiando al mundo para ajustarlo a nuestra visión. Pero en la actualidad, el progreso significa que estamos constantemente cambiando de visión. Debería significar que, despacio pero seguro, estamos estableciendo la justicia y la compasión entre los hombres; pero significa que somos rápidos en dudar de la deseabilidad de la justicia y la compasión. La página exaltada de cualquier sofista prusiano hace que las personas lo duden. El progreso debería significar que estamos constantemente caminando hacia la Nueva Jerusalén. En realidad, significa que la Nueva Jerusalén se está alejando de nosotros. No estamos alterando lo real para acomodarlo al ideal. Estamos alternando el ideal. Es más fácil” (Chesterton, 2023, p. 164).

- Atienza, M. (2023). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Basset, U. (2016). Maternidad subrogada: determinar la filiación por el parto ¿es contrario a los derechos humanos? *La Ley*, 2(05).
- Basset, U. (2018). La maternidad subrogada como Trata y Explotación de niños. Informe Oficial de la Asamblea General de la ONU. *La Ley*, 2018-E.
- Basset, U. (2022). *Fallar con perspectiva de vulnerabilidad (o el riesgo de las categorías en el derecho antidiscriminitorio)*. La Ley. AR/DOC/3111/2022.
- Beauchamp T. y Childress, J. (2009 [1979]). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford.
- Beauchamp, T. y Childress, J. (2019). Principles of biomedical ethics: marking its fortieth anniversary. *The American Journal of Bioethics*, 19(11), 9-12.
- Beccaria, C. (2023 [1828]). *De los delitos y de las penas*. Trotta.
- Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. SCIO: *Revista de Filosofía*, (11), 19-52.
- Berruezo, R. (2023). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina. En *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 63-88). Leyer Editores.
- Braque, R. (2021). *Manicomio de verdades*. Ediciones Encuentro.
- Callejas Arreguin, N. A. (2023). Maternidad subrogada en México y Brasil, un estudio jurídico comparado entre dos naciones latinoamericanas. *Revista de Bioética y Derecho*, (59), 165-180.
- Chesterton, G. K. (2017). *Lo que está mal en el mundo*. Ediciones RG.
- Chesterton, G. K. (2023). *Ortodoxia*. Ediciones Sieghels.
- Comité de Bioética de España. (2023). *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*.
- Conseil de l'Europe. (2014) *Textes du Conseil de l'Europe en matière de bioéthique* (Vol. II). Direction Générale I - Direction des Droits de l'Homme, Service des politiques et du développement des droits de l'Homme, Unité de la Bioéthique.
- D'Agostino, F. (1991). Dalla bioetica alla biogiuridica. *Persona y Derecho*, 9-22.
- D'Agostino, F. (2004). Bioética y persona. *Cuadernos de bioética*, 15(53), 11-16.
- De Casas, C. I. (2022). Jorge Nicolás Lafferrière y Helga María Lell (Eds.). La dignidad a debate: Usos del concepto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 21(42), 313-315.
- De Lezica, M. (2020). La naturaleza de las cosas como tópico jurídico. *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, (26), 15-62.
- De los Reyes, A. O. (2012). Jesús González Pérez: La dignidad de la persona. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), 690-694.
- Department of Health & Social Security. (1984). *Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology*. <https://www.hfea.gov.uk/media/2608/warnock-report-of-the-committee-of-inquiry-into-human-fertilisation-and-embryology-1984.pdf>
- Detectaron 85 donantes masivos de semen en los Países Bajos: miles de niños podrían tener más de 70 hermanos.* (15 de abril de 2025). Perfil. <https://www.perfil.com/noticias/internacional/detectaron-85-donantes-masivos-de-semen-en-paises-bajos-miles-de-ninos-podrian-tener-mas-de-25-hermanos.phtml>
- Dicasterio para la Doctrina de la Fe. (2024). *Dignitas infinita. Declaración sobre la Dignidad humana*.
- Donna, E.A. (2019). *Persona y Derecho*. Rubinzal Culzoni.

- Espejo-Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop-Gómez, F. y Scherpe, J. M. (2022). *La gestación por subrogación en América Latina*. Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México/Centro de Derecho de Familia, Universidad de Cambridge.
- Fahsbender, F. (25 de febrero de 2025). Subrogación de vientres: investigan a una abogada y a la “agencia” vinculadas al bebé rechazado en Córdoba por una francesa. *Infobae*. <https://www.infobae.com/sociedad/policiales/2025/02/25/subrogacion-de-vientres-investigan-a-una-abogada-y-a-la-agencia-vinculadas-al-bebe-rechazado-en-cordoba-por-una-francesa/>
- Francisco. (2016). *Amoris laetitia: Exhortación apostólica postsinodal sobre el amor en la familia*. Palabra.
- González Gutiérrez, A. y Postigo E. (2019). *Fundamentos de bioética*. Fundación Jérôme Lejeune.
- González Pérez, J. (2017). *La dignidad de la persona*. Aranzadi/Civitas.
- Guzmán, J. L. y Miralles, A. A. (2012). Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada. *Cuadernos de bioética*, 23(2), 253-267.
- Hadjadj, F. (2015). ¿Qué es una familia? Editorial Nuevo Inicio.
- Hadjadj, F. (2016). *La suerte de haber nacido en nuestro tiempo*. Rialp.
- Han, B. C. (2023 [2012]). *La agonía del eros*. Herder.
- Han, B. C. (2024 [2010]). *La sociedad del cansancio*. Herder.
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Herder.
- Kelsen, H. (2020 [1960]). *Teoría pura del derecho*. Eudeba.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (2014). La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. En Graham, M. y Herrera, M. (Dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* (pp. 3-43). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Kemelmajer de Carlucci, A., Lamm, E. y Herrera, M. (2013). Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional. *La Ley*, 2013-D.
- Khalaf, Z. F., Shafibadi, A. y Tarahomi, M. (2008). Psychological aspects of surrogate motherhood. *Journal of Reproduction & Infertility*, 9(1).
- Lafferrière, J. N. (2017a). Análisis de la jurisprudencia sobre maternidad subrogada luego del Código Civil y Comercial. *La Ley*. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12538>
- Lafferrière, J. N. (2017b). La protección de la dignidad del niño concebido en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Ley*. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8837>
- Lafferrière, J. N. y Eleta, J. B. (2018). Maternidad subrogada: la pretensión de legislar a través de una acción colectiva. *La Ley*. AR/DOC/3317/2017. <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/8943>
- Léjeune J. (2019). *En el comienzo, la vida. Conferencias inéditas (1968-1992)*. Biblioteca de Autores Cristianos.
- Lewis, C. S. (2016 [1947]). *Abolición del hombre*. Harper Collins Español.
- Marrama, S. (2019). Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 9(2), 271-289.

- Marrama, S. (2022). Contratos de maternidad subrogada. La justicia federal argentina a la vanguardia con los más altos estándares en derechos humanos. *La Ley*, 2022.
- Martínez Muñoz, K. y Rodríguez Yong, C. R. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Jurídicas*, 18(1), 74-90.
- Medina, D., Bidetti, M. J. y Sagués, M. S. (s.f.). *Informe subrogación América latina y Argentina*. Asociación de Mujeres Jueces de Argentina https://amja.org.ar/wp-content/uploads/INFORME-SUBROGACION-AL-y-ARGENTINA_240126_170430-1.pdf
- Miralles, A. A. (2017). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de bioética*, 28(2), 163-175.
- Mounier, E. (1950). *Personalism*. Routledge/Kegan Paul Ltd.
- Negri Malbrán, M y Leguizamón, G. (2020). Embarazo luego de fertilización in vitro. Seguimiento y pronóstico. Embarazos en pacientes añosas por ovodonación. En Quintana, R., James, R., Gadow, A., Paul, N. y Quintana, T., *Impacto de las técnicas de Reproducción Asistida. Desde la consulta al adulto joven* (pp. 215-220). Akadia.
- Nöllmann, M. (19 de febrero de 2025). Nació prematura y la progenitora francesa que subrogó un vientre, aportando su óvulo, no se hizo cargo; otros casos de una práctica polémica. *La Nación*. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/no-soy-la-madre-el-trágico-caso-del-bebe-devientre-subrogado-que-quedo-abandonado-en-una-clínica-de-nid19022025/>
- Ochoa Ruiz, N. (2020). *Manual de Bioética y Derecho*. Fundación Jérôme Lejeune, Delegación España.
- Pellegrino, E. D. y Thomasma D. C. (1993). *The virtues in Medical Practice*. Oxford University Press.
- Postigo, E. (2003). *Bioética y Didáctica: fundamentos, método y programa*. Biblioteca CEU. <http://hdl.handle.net/10637/3774>
- Postigo, E. (2011). *Bioética, concepciones antropológicas y corrientes actuales*. Universidad CEU San Pablo.
- Potter, V. R. (1970). Bioethics, the science of survival. *Perspectives in biology and medicine*, 14(1), 127-153.
- Puppinck, G. (2020). *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Encuentro.
- Quintana, R., James, R., Gadow, A., Paul, N. y Quintana, T. M. (2020). *Impacto de las técnicas de Reproducción Asistida. Desde la consulta al adulto joven*. Akadia.
- Rodríguez Iturburu, M. R. (2023). La gestación por subrogación en Argentina. En *La gestación por subrogación en América Latina* (pp. 1-54). Tirant lo Blanch.
- Ruiz, N. O. (2019). La dignidad humana como fundamento de la identidad europea: la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la delimitación de la noción de dignidad humana. *Cuadernos europeos de Deusto*, (02), 203-224.
- Sánchez Vázquez, M. J. (2018). Vulnerabilidad de los sujetos participantes en investigaciones psicológicas: actualizaciones ético-normativas. *Anuario Temas en Psicología*, 4.
- Sandel, M. J. (2007). *The case against perfection*. Harvard University Press.
- Sandel, M. J. (2009). *Justice. What's the right thing to do?* Farrar, Strauss and Giroux.
- Santiago A. (2022). *La dignidad de la persona humana*. Abaco.
- Sarah, R. C. (2021 [2015]). *Dios o nada. Entrevista sobre la fe con Nicolás Diat*. Palabra.
- Sgreccia, E. (2018). *Manual de Bioética I. Fundamentos y Ética biomédica*. BAC.

- Spaemann, R. (2017). *El rumor inmortal. La cuestión sobre dios y la ilusión de la modernidad*. Rialp.
- Thornton, J. (2024). The Warnock Report: 40 years on. *The Lancet*, 404(10471), 2501-2502.
- Van den Akker, O. B. (2007). Psychosocial aspects of surrogate motherhood. *Human reproduction update*, 13(1), 53-62.
- Vanier, J. y Villegas, J. S. (1995). *Cada persona es una historia sagrada*. PPC.
- Villey, M. (2019). *El derecho y los derechos del hombre*. Marcial Pons.
- Warnock, M. (1984). Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. Chairman: Dame Mary Warnock. Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology. H.M.S.O. <https://wellcomecollection.org/works/pxgeeqnf>
- Warnock, M. (1985). The Warnock report. *British Medical Journal*, 291(6489), 187-189.
- Wojtyla, K. (2023 [2008]). *Amor y responsabilidad*. Palabra.

Instrumentos, normas e informes internacionales

- Asamblea General de la ONU. Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes. (15 de enero de 2018). *Informe de la Relatora Especial* (A/74/162).
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2000). *Informe del Comité de Derechos Humanos* (A/55/40 Vol. I). Naciones Unidas.
- Consejo de Derechos Humanos de la ONU. Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, niñas y adolescentes (Maud de Boer-Buquicchio). (15 de enero de 2018). *Prácticas abusivas en la gestación por sustitución* (A/HRC/37/60). <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>
- Consejo de Europa. (1950). *Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (Serie de Tratados Europeos No. 5).
- European Parliament. (2015). *Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (2015/2229(INI)A8-0344/201530).
- Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas* (1 UNTS XVI).
- Naciones Unidas. (1948a). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Organización de los Estados Americanos.
- Naciones Unidas. (1948b). *Declaración Universal de Derechos Humanos* (A/RES/217(III) A).
- Naciones Unidas. (1949). *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra* (IV Convención de Ginebra) (75 UNTS 287).
- Naciones Unidas. (1965). *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (577 UNTS 185).
- Naciones Unidas. (1966a). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (999 UNTS 171).
- Naciones Unidas. (1966b). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (993 UNTS 3).
- Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) (1144 UNTS 123).
- Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1249 UNTS 13).
- Naciones Unidas. (1989a). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruellos, Inhumanos o Degradantes* (1465 UNTS 85).

- Naciones Unidas. (1989b). Convención sobre los Derechos del Niño (1577 UNTS 3).
- Naciones Unidas. (1994). Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará). Organización de los Estados Americanos.
- Naciones Unidas. (1995). Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.
- Naciones Unidas. (2000a). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo) (2225 UNTS 209).
- Naciones Unidas. (2000b). Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Suplementa la Convención de Palermo) (2237 UNTS 319).
- Naciones Unidas. (2000c). Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (A/RES/54/263).
- Naciones Unidas. (2006). Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2515 UNTS 3).
- Parlamento Europeo. (2019). Informe sobre igualdad de género (2019/2169(INI)).
- UNESCO. (1997). Declaración universal sobre el genoma humano y los derechos humanos.
- UNESCO. (2005). Declaración universal sobre bioética y derechos humanos.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo (investigación, conceptualización, escritura y redacción) y declara no poseer conflicto de interés alguno.

