

La gestación por subrogación en América Latina

Espejo-Yaksic, Nicolás; Fenton-Glynn, Claire ; Lathrop-Gómez, Fabiola; Scherpe, Jens Martin

Publication date:
2022

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication from Aalborg University](#)

Citation for published version (APA):
Espejo-Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop-Gómez, F., & Scherpe, J. M. (Eds.) (2022). *La gestación por subrogación en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal -

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at vbn@aub.aau.dk providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/362077574>

La gestación por subrogación en América Latina, Espejo-Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop-Gómez, F. & Scherpe, Jens, M. (Eds)

Book · July 2022

CITATIONS

0

READS

145

4 authors, including:



Fabiola Lathrop

University of Chile

30 PUBLICATIONS 114 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



derecho constitucional de la niñez (América Latina) [View project](#)



Parental Responsibility: A comparative analysis in constitutional law [View project](#)

Derecho y familia

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores

ooo

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

Primera edición: julio de 2022

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Derecho y familia

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA



Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

CFL | **CAMBRIDGE**
FAMILY LAW

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá

Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo

Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales

Ministro Javier Laynez Potisek

Ministra Loretta Ortiz Ahlf

Ministro Alberto Pérez Dayán

Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ana María Ibarra Olguín
Directora General

Contenido

Presentación	IX
---------------------------	-----------

Ministro Arturo Zaldívar

Introducción	XV
---------------------------	-----------

Nicolás Espejo Yaksic

Claire Fenton-Glynn

Fabiola Lathrop Gómez

Jens M. Scherpe

CAPÍTULO 1

La gestación por subrogación en Argentina.....	1
---	----------

Mariana Rodríguez Iturburu

CAPÍTULO 2

La gestación por subrogación en Brasil	55
---	-----------

Gustavo Ribeiro

Joyceane Bezerra de Menezes

CAPÍTULO 3

La gestación por subrogación en Chile.....	85
---	-----------

Fabiola Lathrop Gómez

CAPÍTULO 4

La gestación por subrogación en Colombia.....	121
--	------------

Natalia Rueda

CAPÍTULO 5

La gestación por subrogación en Costa Rica	153
---	------------

Alberto Jiménez Mata

CAPÍTULO 6

La gestación por subrogación en Ecuador	181
--	------------

Sonia Merlyn

CAPÍTULO 7

La gestación por subrogación en Guatemala	215
--	------------

Jennie Aimée Molina Morán

CAPÍTULO 8

La gestación por subrogación en México.....	245
--	------------

Fernando Sosa Pastrana

CAPÍTULO 9

La gestación por subrogación en Perú	277
---	------------

Paula Siverino Bavio

CAPÍTULO 10

La gestación por subrogación en Puerto Rico.....	311
---	------------

Esther Vicente

CAPÍTULO 11

La gestación por subrogación en República Dominicana 345

Bernabel Moricete

Kenya Romero

CAPÍTULO 12

La gestación por subrogación en Uruguay..... 373

Delia M. Sánchez

Autores y autoras 395

Presentación

La gestación por subrogación —también llamada gestación por sustitución— se ha convertido en un fenómeno transnacional y con ello en una preocupación importante para los derechos humanos. Independientemente de nuestra postura personal sobre el tema, es innegable que existe un mercado global de subrogación que presenta cuestionamientos éticos y jurídicos de gran trascendencia. No podemos abordar el tema sin discutir la mercantilización de los cuerpos de las personas con la capacidad de gestar y de las niñas y niños que son producto de la gestación. Tampoco podemos ignorar las profundas repercusiones que conlleva este debate para la autonomía y los derechos fundamentales.

La Gestación por Subrogación en América Latina ofrece las claves para empezar a explorar estos temas con seriedad, desde una perspectiva comparada. A través de un examen exhaustivo de las instituciones jurídicas en la región, la obra interroga cómo se definen y aplican los conceptos en diferentes jurisdicciones de Latinoamérica, y cuáles son las consecuencias de las decisiones adoptadas por las legislaciones nacionales.

Como lo revela esta obra, la gestación por subrogación desafía la forma en qué pensamos y aplicamos instituciones básicas del derecho familiar. Así, por ejemplo, el fenómeno exige que nos planteemos esencialmente qué significa "ser progenitor" en el contexto del derecho familiar, y en qué circunstancia se debe basar esta posición: gestación y parto; estar casado o en pareja con la madre sustituta; contribución genética; voluntad procreacional, o paternidad o maternidad social.

A su vez, el fenómeno presenta importantes preocupaciones referidas al interés superior de niñas, niños y adolescentes. En países con sistemas "prohibitivos" o incluso "regulados" sobre la gestación por subrogación, por ejemplo, se ha intentado evitar que los padres o madres comitentes viajen al extranjero y regresen con el niño o la niña. Sin embargo, las autoridades nacionales inevitablemente se enfrentan a un hecho consumado, es decir, un niño o una niña nacida como resultado de un acuerdo de subrogación, y deben lidiar con esa realidad. Cualquier intento de argumentar que "sería mejor si este niño o niña no hubiera nacido" es evidentemente contraproducente, y "castigar" al niño o la niña inocente por la forma en que fue concebido y traído a este mundo es sencillamente inaceptable.

Otro aspecto central de la maternidad por sustitución es el contrato de subrogación y sus efectos jurídicos. ¿Deben considerarse como actos vinculantes, y en caso afirmativo, con qué consecuencias? ¿Quiénes deberían ser elegibles como personas sustitutas y comitentes bajo estos acuerdos? ¿Cómo deben tomarse en cuenta la potencial explotación de las personas gestantes, la mercantilización y la autonomía en tales contratos?

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la importancia de la voluntad procreacional al momento de establecer la filiación por subrogación. En concordancia con nuestra jurisprudencia en materia familiar, hemos considerado como primordial el interés superior de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, hemos conminado a las

autoridades competentes a regular, de forma urgente y prioritaria, esta técnica de reproducción humana asistida. Al hacerlo, las autoridades deben tomar cuidadosamente en cuenta todos los derechos en juego: tanto de las niñas y niños, como de las madres gestantes. Entre otras cuestiones, es esencial respetar el libre desarrollo de la personalidad de la madre gestante, quien debe ser mayor de edad, contar con plena capacidad de ejercicio y manifestar su voluntad libremente.

Como lo ilustran los diversos capítulos que componen esta obra, los desafíos que impone la gestación por subrogación en América Latina demandan una mirada integral, transfronteriza y centrada en la protección de los derechos de todas las partes involucradas en esta práctica reproductiva. Las complejas circunstancias en las que sucede y la diversidad de intereses en juego suponen un reto para cualquier política pública. Con todo, proteger los derechos de todas las personas implicadas es una exigencia ineludible. Esta obra, fruto del liderazgo académico del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte, en colaboración con el Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge, es un paso indispensable en esa dirección.

Ministro Arturo Zaldívar
*Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal*

Introducción

Nicolás Espejo Yaksic

Claire Fenton-Glynn

Fabiola Lathrop Gómez

Jens M. Scherpe

A pesar de su existencia fáctica, la gestación por subrogación constituye un tema controvertido.¹ Entre otros aspectos, implica un debate sobre la posible mercantilización de niñas y niños y de la gestación misma (y, por lo tanto, de los cuerpos de las personas con capacidad de gestar). Esto conlleva profundas discusiones sobre la posible explotación de las mujeres que actúan como sustitutas, pero también respecto de los derechos de su autonomía.² Esta obra no busca brindar una respuesta definitiva sobre lo que constituye explotación o mercantilización; en cambio, examina

¹ Véase Carrio Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2021; Lamm, L., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 218-250. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf (fecha de última consulta: 1 de mayo de 2022).

² Wilkinson, S., "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics*, 169, 17(2), 2003; Wilkinson, S., "Exploitation in international paid surrogacy arrangements", *Journal of Applied Philosophy* 125, 33(2), 2016; Brazier, M., "Can you Buy Children?", *Child and Family Law Quarterly* 345, 11(4)1999; Epstein, Ra, "Surrogacy: the case for full contractual enforcement", *Virginia Law Review*, 81, 2305, 1995; McLachlan, H. y Swales, K., "Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts", *Law and Contemporary Problems*, 72, 91, 2009; Posner, Ra, "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 21, 1989; Van Niekerk, A. y

cómo se definen y entienden estos conceptos en diferentes jurisdicciones, y también cuáles son las consecuencias de las decisiones tomadas por las legislaciones nacionales sobre la base de estas preocupaciones.

No cabe duda de que los problemas derivados de la gestación subrogada o sustituta son complejos y afectan a muchas áreas del derecho. En particular, surgen cuestiones básicas de derecho de familia y estatus con respecto a la asignación de la posición legal como progenitor (padre/madre), y en qué se debe basar esta posición. Es decir, la regulación de la gestación por subrogación exige que nos planteemos, nada menos, qué significa realmente "ser progenitor".³ A esta pregunta se suman preocupaciones referidas al interés superior de niñas, niños y adolescentes. Así, en países con sistemas "prohibitivos" o incluso "regulados" sobre la gestación por subrogación se ha intentado evitar que los padres comitentes viajen al extranjero y regresen con el niño o la niña. El *quid* de este debate en particular es que las autoridades nacionales inevitablemente se enfrentan a un hecho ya consumado, es decir, un niño o una niña nacida como resultado de un acuerdo de subrogación. Y en esos casos los sistemas legales deberán otorgar una respuesta a ese hecho, en base a la satisfacción primordial de los intereses de esa niña o niño y por sobre cualquier otra consideración.⁴

Van Zyl, L., "The ethics of surrogacy: women's reproductive labour", *Journal of Medical Ethics*, 21, 345, 1995.

³ Muchos debates específicos sobre la regulación de la gestación por subrogación forman parte de una discusión mucho más amplia respecto a la definición de paternidad/maternidad y su lugar en el contexto de la diversidad de formas familiares. Sosson, J., Willems, G. y Motte, G (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge, Intersentia, 2018; Scherpe, J. M., "Breaking the existing paradigms of parent-child relationships", en Douglas, G., Murch, M. y Stephens, V (eds.), *International and national perspectives on child and family law: Essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, pp. 343-359; Bainham, A., "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal* 3, 67(2), 22, 2008.

⁴ Cohen, I. G., "Regulating reproduction: the problem with best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 423, 2012; Cohen, I. G., "Beyond best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 1187, 2012; Mutcherson, K. M. "In defense of future children: a response to Cohen's beyond best interests", *Minnesota Law Review Headnotes*, 96, 46, 2012.

Otros aspectos centrales de este debate se refieren al arreglo o contrato de subrogación como tal. ¿Deberían tales actos jurídicos ser considerados como vinculantes y, de ser así, con qué consecuencias? Una vez más, surgen problemas fundamentales con respecto a la explotación potencial, la mercantilización y la autonomía, que deben ser respondidos. Lo mismo se aplica a las consideraciones sobre quiénes deberían ser elegibles como personas sustitutas y comitentes, una vez que uno acepta que la subrogación está ocurriendo y debe ser regulada.

El hecho de que los problemas que se plantean parezcan insuperables, y que cualquier posición que se adopte inevitablemente pueda ser criticada por su imperfección e incapacidad para hacer frente a todas las situaciones de subrogación, no significa que los debates sobre estos temas sean fútiles. Probablemente sea inevitable que cualquier regulación, ya sea nacional o internacional, sólo pueda lograr parcialmente sus objetivos de política pública. En muchos sentidos, lo mejor que se puede esperar es que más personas estén protegidas por las normas legales, incluso si no podemos lograrlo para todas y todos. Aun así, es sin duda un objetivo por el que vale la pena trabajar, y se espera que este libro y proyecto de investigación puedan hacer una contribución a los debates y la reforma legal en América Latina y más allá.

A. La presente obra

Esta obra es fruto del trabajo conjunto desarrollado en el marco de un convenio de cooperación celebrado en 2021 entre el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge. Como tal, el presente trabajo se enmarca en los esfuerzos desplegados por generar una dogmática comparada robusta para comprender críticamente los diversos desarrollos del derecho familiar constitucionalizado en México y en América Latina en general.⁵ A su vez, este libro es un

⁵ Véase, en particular, Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguín, A. M., *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema

esfuerzo por dar seguimiento a un proyecto de investigación anterior denominado "Perspectivas orientales y occidentales sobre la subrogación".⁶ Uno de los principales objetivos del proyecto de investigación sobre gestación por subrogación fuera de la región latinoamericana era observar cómo el mercado global de la subrogación ha tenido (o de hecho aún no ha tenido) un impacto en la ley en diferentes jurisdicciones y diferentes sociedades y, en particular, cómo los sistemas jurídicos locales han reaccionado a la presiones sociales y políticas resultantes de las realidades de la subrogación en un mundo globalizado. Este objetivo se ha intentado mantener para este libro, sin perjuicio de las dificultades encontradas para obtener información precisa en todas las materias originalmente estimadas. Para garantizar la comparabilidad, y también para asegurar que la información clave se incluya en los capítulos individuales, las contribuciones se guiaron por una serie de preguntas estructurantes desarrolladas por los editores.

En esta obra se presenta panorámicamente la situación de la gestación por subrogación en 12 países de América Latina;⁷ todos los cuales cuentan con ordenamientos que siguen la tradición jurídica continental. No obstante, debido a que sus legislaciones regulan realidades con componentes sociales, políticos y culturales muy distintos, sus normas suelen diferir. Esta característica trae como consecuencia que los derechos nacionales —incluida la doctrina y la jurisprudencia— presenten estadios de desarrollo disímiles en la región en lo que se refiere a materias civiles y de familia, que son las más atingentes a la figura en estudio. En particular, y como se advierte en varios de los capítulos que componen esta obra, frente al mayoritario silencio del legislador, han sido las juezas y los jueces,

Corte de Justicia de la Nación, 2019; Espejo Yaksic, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

⁶ Scherpe, Jens M., Fenton-Glynn, Claire y Kaan, Terry (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Intersentia, 2019.

⁷ La mayoría —siete países— pertenece a América del Sur; dos, a El Caribe; otros dos, a América Central, y uno, a América del Norte.

así como otras iniciativas médicas o administrativas, quienes han debido intentar dar respuesta a los diversos desafíos normativos que presenta la gestación por subrogación. Esto genera un evidente marco de incerteza jurídica que no facilita una comprensión integral de las distintas cuestiones asociadas a las prácticas nacionales y transfronterizas de la gestación por subrogación.

En cuanto a lo legislativo, la primera cuestión que debemos adelantar es que todos los ordenamientos examinados tienen en común la ausencia de regulación integral de la gestación por subrogación. Sólo una minoría —dos estados de México; Uruguay y Puerto Rico— tienen reglas de rango legal que abordan esta figura, mientras que Brasil cuenta con normas de orden reglamentario al respecto e, igualmente, en todos estos países las regulaciones son criticadas por incompletas. Esta laguna legal se detecta también, en la mayoría de los países analizados, en materias de técnicas de reproducción asistida, por lo que tampoco hay normativa sobre donación de espermatozoides, óvulos o embriones en general.⁸ En la mayoría de los ordenamientos no se regula el acceso a la información del donante de gametos, por lo que las donaciones tienen carácter de anónimas y, en principio, la persona nacida de técnicas de reproducción asistida no tiene un derecho consagrado legalmente a conocer información sobre su origen genético.

B. Categorización de enfoques en torno a la gestación por subrogación. Hallazgos en la región latinoamericana

Es posible formular una categorización de los diferentes enfoques sobre la gestación por subrogación en, a lo menos, cuatro categorías principales:

⁸ De los países analizados, Costa Rica contempla una regulación legal de las técnicas de reproducción asistida que data de 2015, pero no se refiere a la gestación por subrogación; en cambio, Uruguay cuenta con ley de técnicas de reproducción asistida desde el 2013 —y su reglamento, de 2015—, la cual incluye algunas normas sobre gestación por subrogación, entendida ésta como una técnica de reproducción asistida de carácter excepcional, y sobre donación de gametos y anonimato.

prohibitivo, tolerante, regulador y basado en regulación por parte de profesión médica.⁹ Si bien, por supuesto, habrá algunos sistemas que desdibujarán los límites entre estas categorías, la categorización pretende resumir los diferentes enfoques adoptados por los sistemas jurídicos locales (o no adoptados, según sea el caso), y cómo permitirían avanzar hacia un consenso sobre la subrogación transfronteriza.¹⁰ En opinión de las editoras y los editores de esta obra, dicha categorización permite comparaciones más significativas y, por lo tanto, se explicará con más detalle a continuación.

I. El enfoque prohibitivo

En muchas jurisdicciones comparadas, la subrogación está prohibida explícitamente en el ámbito nacional, en cualquier forma.¹¹ De las 12 jurisdicciones de América Latina estudiadas en esta obra, sólo dos legislaciones locales en México la prohíben. El Código Familiar de San Luis Potosí declara inexistente la "maternidad sustituta", privándola de cualquier posible efecto, atribuyendo exclusivamente la maternidad a quien gestó a la criatura. El Código Civil de Querétaro, aunque reconoce el parentesco por consanguinidad de los hijos nacidos mediante técnicas

⁹ Sobre este enfoque, véase, el capítulo introductorio de Fenton-Glynn y Scherpe, en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. *op. cit.*, pp. 513-592; en dicha obra se sugiere también un enfoque denominado "de libre mercado". Esto es, jurisdicciones que no regulan quién puede entrar en acuerdos de subrogación, o por qué motivos, y en su lugar permiten que se hagan cumplir los acuerdos comerciales privados entre las partes. Tal es el caso de California (Estados Unidos), Ucrania y Rusia. La información disponible en la presente investigación no permite concluir que existan sistemas de libre mercado, sin perjuicio de que ello pueda estar ocurriendo, en la práctica, en aquellos países que no regulan la existencia y las consecuencias específicas de la gestación por subrogación. Por esa razón, este quinto enfoque no ha sido incluido.

¹⁰ Sobre el uso de esta categorización véase Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, *Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangement*, 15 July 2019, Symbol No. A/HRC/37/60. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/reports/2019/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy> (consultado el 25 de abril de 2022).

¹¹ Por ejemplo, Francia, Alemania, República Popular China, Singapur, España y Taiwán. Véase en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*, la información de cada país: Pintens, W., Francia, p. 18; Dutta, A., Alemania, p. 35; Shi, L., China, p. 359; Farnós Amorós, E., España, pp. 59-82; Kaan, T., Singapur, p. 397; Ho, C., Taiwán, p. 377.

de fecundación asistida, prohíbe expresamente la utilización de una tercera mujer para realizar el procedimiento.¹² En los demás países analizados, sin embargo, no se observan prohibiciones legales generales. Se advierten, eso sí, algunas prohibiciones legales específicas, respecto a formas individualizadas de gestación por subrogación.

Puerto Rico y Uruguay, por ejemplo, no permiten la gestación por subrogación "tradicional". En Uruguay, la ley considera como absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean éstos propios o de terceros, para la gestación en el útero de otra mujer, obligándola a entregar al nacido a la otra parte o a un tercero. Se exceptúa únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja, la implantación y gestación de un embrión propio. En tales casos, el acuerdo deberá ser de naturaleza gratuita y suscrito por todas las partes intervinientes.¹³ A su vez, la legislación de Puerto Rico adoptada en 2020 incorporó cuatro artículos al Código Civil que reconocen lo que se denominó "maternidad subrogada", limitada a la gestacional. Esto fue interpretado en 2021 por el Tribunal Supremo de Puerto Rico como el reconocimiento jurídico de la práctica de reproducción por subrogación, si bien sólo en su modalidad gestacional (la persona gestante no aporta material genético). En los demás casos, se entiende que opera una prohibición de los acuerdos de gestación por subrogación.¹⁴

En Brasil no existe una ley formal para la gestación por sustitución. A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina, en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en especial,

¹² Sosa Pastrana, F., "La gestación por subrogación en México", p. 249.

¹³ Sánchez, D. M., "La gestación por subrogación en Uruguay", pp. 380-381.

¹⁴ Vicente, E., "La gestación por subrogación en Puerto Rico", p. 313.

la resolución 2.294/2021, de junio de 2021; conforme a ésta, la gestación subrogada no puede tener carácter lucrativo o comercial, sino sólo altruista. En otras palabras, existe una prohibición —a lo menos reglamentaria y en el ámbito profesional médico— de la gestación por subrogación onerosa.¹⁵

Un caso excepcional de prohibición, por vía de interpretación judicial, podría ser el de Guatemala. En un caso resuelto por la Corte de Constitucionalidad en 2013, determinó la inconstitucionalidad de un acuerdo oneroso de gestación por subrogación, considerándolo equivalente al delito de trata de personas con fines de adopción irregular. Para llegar a esta conclusión, la Corte fundó su decisión, principalmente, en la protección de la dignidad, el bienestar y la salud integral del niño.¹⁶ No es claro, sin embargo, que dicha prohibición opere respecto de toda forma de gestación por subrogación, especialmente la altruista.

II. El enfoque tolerante

Algunas jurisdicciones comparadas se caracterizan por no regular la subrogación en sí misma, pero sí se abocan en ejercer control sobre sus efectos. Es el caso, por ejemplo, de Australia¹⁷ e Inglaterra.¹⁸ Tratándose de América Latina, éste parece ser un enfoque destacado, liderado principalmente por los esfuerzos de la judicatura en dar respuesta a problemas concretos y apremiantes, generados por las prácticas nacionales y transfronterizas de la gestación por subrogación. Así, uno de los aspectos en que gran parte de las jurisdicciones han tolerado la práctica es a efectos de reconocer la naturaleza filiativa de la gestación por subrogación. Ello, principalmente, basado en la protección de los intereses superiores de niñas, niños y adolescentes.

¹⁵ Ribeiro, G. y Bezerra de Menezes, J., "La gestación por subrogación en Brasil", p. 62.

¹⁶ J. A. Molina Morán, "La gestación por subrogación en Guatemala, pp. 228-232.

¹⁷ Keyes, M. en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*, pp. 87-89.

¹⁸ Fenton-Glynn, C. en Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*, p. 116.

Todos los ordenamientos examinados —salvo Colombia y Ecuador— presentan jurisprudencia que reconoce los efectos de naturaleza filiativa de la gestación por subrogación. En Colombia, la Corte Constitucional ha dictado dos fallos referidos a casos que involucran gestación por subrogación, pero el pronunciamiento no ha recaído en aspectos de fondo de esta figura, si bien ha terminado reconociendo sus efectos. No hay casos registrados ante los tribunales ordinarios, aunque es sabido que se practica.¹⁹ En Ecuador, en tanto, si bien la gestación por subrogación se lleva a cabo —en la práctica— desde hace más de 20 años, no se registran casos judicializados. Sólo hay registro de un caso decidido ante la Corte Constitucional, pero sobre técnicas de reproducción asistida en general.²⁰

Las acciones judiciales intentadas suelen ser de reclamación de maternidad, aunque también se verifica la adopción (sujeta a procedimiento judicial).²¹ Ésta, en todo caso, es útil para parejas de distinto sexo, ya que en la mayoría de los países de la región no está permitido que parejas del mismo sexo adopten. Estos conflictos de orden filiativo se judicializan una vez que la criatura ha nacido gracias a la gestación subrogada; salvo el caso argentino, en el que se han verificado algunos reconocimientos judiciales previos al nacimiento.²² Así sucedió en Costa Rica en 2018,²³ mientras que en Perú se registran cuatro casos en 2021²⁴ y en Chile al menos cinco desde 2018.²⁵ Especialmente importante resulta el hecho

¹⁹ Rueda, N., "La gestación por subrogación en Colombia", pp. 125-129.

²⁰ Merlyn, S., "La gestación por subrogación en Ecuador", pp. 195-198.

²¹ Cabe destacar que al conocer este tipo de acciones los tribunales se inspiran fuertemente en principios de derecho internacional de los derechos humanos, como el de igualdad y no discriminación, identidad e interés superior del niño. Estos principios son también utilizados por la doctrina especializada en ciertos países, la que, apoyada en procesos de constitucionalización y convencionalización, ha ido generando argumentos que se apartan de la mirada clásica apegada a criterios contractuales asociados preliminarmente a esta figura, como lo fue en su momento el mal denominado contrato de arrendamiento de vientre o de útero. No obstante, en general, se observa un escaso tratamiento de esta figura en la doctrina especializada.

²² Rodríguez Iturburu, M., "La gestación por subrogación en Argentina", pp. 30-31.

²³ Jiménez Mata, A., "La gestación por subrogación en Costa Rica", pp. 170-172.

²⁴ Siverino Bavio, P., "La gestación por subrogación en Perú", pp. 285-292.

²⁵ Lathrop Gómez, F., "La gestación por subrogación en Chile", pp. 109-115.

de que la primera resolución dictada en Argentina que resuelve sobre la gestación por subrogación, en 2017, ante el fuero contencioso administrativo, haya sido motivada por una acción colectiva. Como puede leerse en el capítulo respectivo, la jurisprudencia ha resuelto 52 casos sobre gestación por subrogación en Argentina (60 sentencias le reconocen efectos filiativos).²⁶

III. El enfoque regulatorio

Varias jurisdicciones comparadas, por ejemplo, Grecia, Israel, Nueva Zelanda, Portugal y Sudáfrica, van un paso más allá y no sólo toleran la subrogación, sino que la facilitan activamente.²⁷ A diferencia de los enfoques "tolerantes", estas jurisdicciones regulan la gestación subrogada antes de la concepción del niño, y es necesario solicitar el permiso de las autoridades correspondientes antes de que se puedan realizar los procedimientos médicos. Como se indicó con anterioridad, en la región latinoamericana la gestación por subrogación está regulada —con rango legal— solamente en dos estados de México, y en Puerto Rico y Uruguay. De estos ordenamientos, los más completos son los de los estados mexicanos de Sinaloa y Tabasco.

En general, las leyes de Tabasco y Sinaloa son similares en cuanto a los requisitos para llevar a cabo la gestación por subrogación. Así, por ejemplo, ambas jurisdicciones prevén la subrogación como alternativa para superar la infertilidad de parejas de concubinos o cónyuges. Ambas legislaciones, además, presentan una tipología parecida en torno a la gestación por subrogación. En el caso de Tabasco, subrogada y sustituta.²⁸ En el de Sinaloa, subrogación total (que es el símil de la gestación por contrato subrogada de la ley tabasqueña); subrogación parcial; subrogación onerosa,

²⁶ Rodríguez Iturburu, M., "La gestación por subrogación en Argentina", p. 27.

²⁷ Véase Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*

²⁸ Sosa Pastrana, F., "La gestación por subrogación en México", p. 250.

y subrogación altruista.²⁹ Como ya hemos visto, Puerto Rico y Uruguay, en cambio, no permiten la gestación por subrogación tradicional.

En cuanto a la elegibilidad, tanto la legislación de Tabasco como la de Sinaloa fijan criterios o exigencias específicas para la persona gestante y para quienes encargan la gestación. En cuanto a la persona gestante, tales requisitos incluyen la existencia de autorizaciones y certificados psicológicos, clínicos y sociales, ausencia de drogadicción, edad mínima, dictamen médico de ausencia de embarazo reciente y consentimiento informado, entre otros.³⁰ Respecto a la o las personas comitentes, la legislación de Tabasco —desde 2016— ha adoptado criterios considerablemente restrictivos para quienes pretenden hacer uso de este mecanismo como progenitores intencionales (contratantes), exigiendo: a) que los padres sean cónyuges o concubinos; b) que ambos sean ciudadanos mexicanos; c) que la madre contratante tenga entre 25 y 40 años de edad, y d) que la madre contratante tenga imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación ella misma. El código sinaloense replica los requisitos anteriores, aunque omite por completo cualquier mención a la edad de la madre contratante, de manera que no existe al respecto limitación alguna.³¹ Interesantemente, esta serie de requisitos ha sido controvertida en sede judicial, al considerarse que constituyen restricciones indebidas o discriminatorias con motivo de ciertas características individuales de los progenitores intencionales.³²

En Uruguay la ley prevé que la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación. El proceso en este caso será el habitual, de inscripción del recién nacido en el Registro Civil. Enseguida, agrega que la filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica, o en su caso por la

²⁹ *Ibidem*, p. 251.

³⁰ *Ibidem*, pp. 260-261.

³¹ *Ibidem*, p. 262.

³² *Ibidem*, pp. 262-263.

mujer cuya gestación ha sido subrogada.³³ La legislación de Puerto Rico presume que el parto determina la maternidad, pero dispone como excepción los casos de "maternidad subrogada gestacional". Además, reconoce a la comitente la facultad de impugnar la maternidad cuando ocurre por medio de la subrogación.³⁴ En cambio, en México las leyes son más exhaustivas, si bien optan por modelos diferentes.

El ordenamiento jurídico de Puerto Rico, conforme al Código Civil que entró en vigor el 28 de noviembre de 2020, reconoce el derecho a recurrir a la reproducción por subrogación. Sin embargo, deja al arbitrio de la autonomía de la voluntad y de las operaciones de la Ley de Adopción las situaciones en que la persona gestante tiene vínculos genéticos con la criatura. Deja, además, en manos de la persona gestante la decisión de hacer realidad la entrega de la criatura a los progenitores intencionales. Se trata, en consecuencia, de una regulación incipiente pero insuficiente. En la actualidad, se discute un proyecto de ley para atender aspectos tales como: establecer las normas y los requisitos para realizar acuerdos de reproducción por subrogación gestacional; disponer sobre los derechos y las responsabilidades de las partes involucradas; establecer el procedimiento judicial requerido, las órdenes judiciales a solicitar previo al nacimiento, la filiación y disposiciones para la inscripción en el certificado de nacimiento, entre otras.³⁵

VI. El enfoque de regulación por la profesión médica

Un enfoque adicional no es legislativo, sino que implica la regulación de la gestación subrogada por parte de la profesión médica; es el caso, por ejemplo, de Japón y Corea del Sur, donde el acceso a la subrogación está controlado por pautas médicas/éticas, que no son vinculantes ni

³³ Sánchez, D. M., "La gestación por subrogación en Uruguay", p. 381.

³⁴ Vicente, E., "La gestación por subrogación en Puerto Rico", p. 316.

³⁵ *Ibidem*, p. 315.

aplicables.³⁶ En América Latina, el caso que grafica este enfoque regulatorio es el de Brasil. A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina, en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida.³⁷ De acuerdo con la resolución 2.294/2021, de junio de 2021, la gestación subrogada no puede tener carácter lucrativo o comercial; si bien los beneficiarios de la gestación subrogada deben garantizar el tratamiento y el seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, de ser necesario, a la persona que llevará el embarazo. La resolución 2.294/2021 exige determinados requisitos tanto para la persona gestante como para la o las personas comitentes. Respecto a la primera, se exige: a) ser legalmente competente, por haber cumplido 18 años o estar emancipada en los casos previstos por la ley; b) tener hasta 50 años de edad, preferentemente; c) tener parentesco de hasta cuarto grado con alguno de los creadores del proyecto parental, preferentemente; d) tener al menos un hijo vivo; e) presentar un informe médico que acredite su aptitud clínica y emocional, y f) presentar autorización de su cónyuge o pareja, si está casada o vive en unión estable. Algunos de estos requisitos no son absolutos y se regulan ciertas excepciones.³⁸

Respecto a la o las personas comitentes, los requisitos son: a) ser legalmente competente, por haber alcanzado la edad de 18 años o haberse emancipado en los casos previstos por la ley; b) presentar una prescripción terapéutica, y c) presentar un informe médico que acredite su idoneidad clínica y emocional. La prescripción terapéutica está relacionada con la comprobación de un problema médico o un obstáculo de alguna naturaleza que impida o contrarreste el embarazo. Tanto la infertilidad

³⁶ Véase Scherpe, J. M., Fenton-Glynn, C. y Kaan, T. (eds.), *op. cit.*

³⁷ El Consejo Federal de Medicina, creado por la Ley 3.268/1957, es una entidad de administración pública indirecta con facultades de inspección y regulación de la práctica médica. Sus actos normativos, en forma de resoluciones, indican las normas de conducta que deben seguir los médicos, so pena de responsabilidad disciplinaria. En la práctica, también sirven para regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones legales del uso de las técnicas de reproducción asistida.

³⁸ Ribeiro, G. y Bezerra de Menezes, J., "La gestación por subrogación en Brasil", pp. 64-65.

física como la social pueden dar lugar al uso de gestación por subrogación; puede realizarse a favor de personas solteras, casadas o que vivan en unión estable, independientemente de su sexo y orientación sexual. Los comitentes pueden utilizar gametos o embriones de terceros en la gestación subrogada, siempre y cuando no hayan sido obtenidos mediante transacciones comerciales. Salvo en los casos de donaciones entre parientes hasta el cuarto grado, los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa.³⁹

Debe señalarse que la normativa médica brasileña es incompleta en cuanto a la filiación, aunque el Consejo Nacional de Justicia ha indicado que no se requiere autorización judicial previa para inscribir a la criatura, basta que los beneficiarios de la reproducción asistida acudan al Registro Civil competente con los documentos que indica la ley.⁴⁰

C. Problemas persistentes y desafíos en materia de gestación por subrogación en América Latina

La mayoría de capítulos reunidos en esta obra da cuenta de un creciente uso de las prácticas de gestación por subrogación en América Latina, con independencia de la existencia o no de marcos normativos específicos que las regulen. La ausencia de legislación o regulación médica específica en la materia —salvo los casos identificados— genera una serie de consecuencias importantes.

I. Certeza jurídica

Cada autor identificó áreas en las que la ley en su jurisdicción no era clara, o bien era insatisfactoria o impracticable. En especial, los capítulos que conforman la obra están repletos de ejemplos que dan cuenta de la

³⁹ *Ibidem*, pp. 65-67.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 71-73.

incerteza jurídica en que se mueven estas prácticas: desde las reglas para el reconocimiento de la paternidad o maternidad a favor de las personas comitentes; pasando por la opacidad respecto a la validez, invalidez o nulidad de los contratos de gestación por subrogación (remunerados o altruistas) celebrados en cada territorio o fuera de él; hasta los impactos en los derechos e intereses independientes de niñas y niños nacidos de estas técnicas de reproducción. En algunos casos, como indican las autoras y los autores, las respuestas a estas cuestiones han debido ser dadas por los tribunales de justicia. En otras situaciones, resulta necesario recurrir a una interpretación dogmática, en uso de las reglas generales vigentes, en materia civil, de familia, administrativa, internacional e incluso penal. Se trata, sin embargo, de respuestas parciales, insuficientes y que no proveen a todas las partes involucradas de reglas claras y orientadas a la protección real de sus derechos. Este problema parece ser particularmente agudo en jurisdicciones que no cuentan con propuestas de ley específicas en la materia⁴¹ o que, hasta la fecha, han descartado su viabilidad.⁴²

II. Protección de derechos

En aquellas jurisdicciones en las que esta materia no se regula, no existen registros sobre las prácticas o acuerdos de gestación por subrogación. Tampoco se prevén respuestas claras respecto de la ejecución de facto de la gestación por subrogación —nacional o transfronteriza— en especial en lo referido a los derechos de las niñas y los niños que nacen de ellas y a la protección de los intereses de las partes involucradas. Al no existir un marco preciso, las consecuencias derivadas de la subrogación quedan subsumidas en normas generales que no siempre otorgan una respuesta integral a las necesidades derivadas de estos procedimientos. Es el caso, respecto de niñas y niños, del derecho a contar con vínculos legales de filiación precisos o a posibles obligaciones a las que podría

⁴¹ Jiménez Mata, A., "La gestación por subrogación en Costa Rica", p. 177; Molina Morán, J. A., "La gestación por subrogación en Guatemala", pp. 220-221; Moricete, B. y Romero, K., "La gestación por subrogación en República Dominicana", p. 349.

⁴² Lathrop Gómez, F., "La gestación por subrogación en Chile", pp. 87-88.

quedar sometida la persona gestante, con el objeto de velar por la salud o el desarrollo del no nacido, tal y como se regula en determinadas jurisdicciones o se determina en algunos acuerdos de subrogación en la actualidad.⁴³ A su vez, y tratándose de la persona gestante, la ausencia de regulación afecta directamente la posibilidad de exigir el cumplimiento de ciertos deberes de parte de los comitentes frente a eventualidades que puedan ocurrir durante la gestación, el parto o en una etapa posterior sobre su salud o vida, la fijación de un número máximo de procedimientos a los se podría someter o la posibilidad de acceder a una "compensación razonable" cuando exista prohibición de ganancia, entre otros aspectos.

III. Marco regulatorio y reforma legal

Muchos Estados continúan confiando en leyes que se promulgaron hace décadas (o incluso siglos) y no han respondido a las complejidades que surgen con el rápido desarrollo de la tecnología reproductiva. Incluso aquellos con marcos más modernos enfrentan desafíos para garantizar que continúen reflejando las normas actuales, por ejemplo, en relación con las formas familiares, y que puedan abordar los problemas que derivan de la subrogación transfronteriza. Los capítulos reunidos permiten sugerir la idea de que no regular la subrogación, o simplemente prohibirla en los ámbitos nacionales, no permite solucionar las dificultades que surgen de ella. De hecho, ésta parece ser progresivamente la conclusión a la que distintos países de la región —o Estados en el contexto federal— están arribando por medio de una serie de propuestas de ley que buscan regular esta práctica.⁴⁴ Por lo tanto, un hallazgo al que arriban los editores de esta obra es que cierta forma de regulación no sólo es

⁴³ Véase Farnós Amorós, E., "Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución", en Carrio Sampedro, A. (ed.), *op. cit.*, pp. 153-157.

⁴⁴ Rodríguez Iturburu, M., "La gestación por subrogación en Argentina", pp. 9-16; Rueda, N., "La gestación por subrogación en Colombia", pp. 129-34; Merlyn, S., "La gestación por subrogación en Ecuador", pp. 188-195; Sosa Pastrana, F., "La gestación por subrogación en México", pp. 272-274; Siverino Bavio, P., "La gestación por subrogación en Perú", pp. 302-306. En el caso de Puerto Rico, se identifica una serie de iniciativas que han intentado —sin éxito— tanto regular en mayor detalle la gestación por subrogación (reglamentación de procesos, contratos y filiación) como incluso prohibirla

deseable, sino necesaria. Sin embargo, encontrar la regulación adecuada requiere un buen acto de equilibrio entre los principios y el pragmatismo. Un debate serio sobre la regulación nos llevará a reconocer las dimensiones nacionales y transfronterizas de esta práctica, las tensiones entre la autonomía individual y la protección contra la explotación, y entre los deseos de los adultos y los derechos de las niñas y los niños. No hay una respuesta fácil a estas preguntas, ni, de hecho, hay una sola respuesta. Con todo, el análisis integrado de aquellas jurisdicciones en América Latina que sí regulan —de manera más o menos integral— la gestación por subrogación, así como los diversos hallazgos respecto a los problemas derivados del silencio del legislador en esta materia, permiten concluir la necesidad de avanzar hacia un marco normativo integral.

Sin ser exhaustiva, una lista de cuestiones fundamentales parece surgir como marco de referencia de una reforma legal en este campo. Ellas podrían incluir, entre otras materias: a) el o los tipos de gestación por subrogación aceptados por la ley, por ejemplo, remunerada, totalmente altruista o de compensación razonable; b) los requisitos que permitan garantizar aquellas características y condiciones aplicables tanto a las personas comitentes como a la persona gestante; c) las condiciones de seguridad y cuidado tanto durante la gestación como después de que tiene lugar, para la persona gestante y la niña o el niño nacido de ésta; d) la certeza en los procesos de reconocimiento de la identidad y filiación de la niña o el niño nacido de un proceso de gestación por subrogación, especialmente cuando se trata de una gestación por subrogación transfronteriza; e) la existencia de procesos claros y formales que permitan verificar el cumplimiento de las exigencias legales en esta materia, tales como la entrega del niño o niña nacida, y f) el registro de los datos que permitan medir y conocer las características y extensión de estas prácticas y poder tomar decisiones en torno a ella.

explícitamente (criminalizándola). Véase Vicente, E., "La gestación por subrogación en Puerto Rico", pp. 324-328.

IV. Nuevas familias y filiación en América Latina

Mientras la infertilidad —en su sentido clásico de condición física que impide la gestación— parece ser una causa frecuente de acceso a este tipo de técnica de reproducción asistida, el reconocimiento jurídico de figuras como la unión civil de parejas del mismo sexo y el matrimonio igualitario en América Latina ha conllevado una ampliación de los modelos de filiación en general y de la reproducción asistida en particular. A lo anterior se suma un interés creciente por modelos familiares que descansan en la paternidad o en la maternidad en solitario y por elección, lo que conllevaría un mayor interés por recurrir a la gestación por subrogación.

Estas nuevas formas familiares en América Latina han forzado la revisión de las reglas sobre filiación, tradicionalmente construidas en las legislaciones de la región sobre la base de un modelo de familia patriarcal, encabezada por una pareja unida por matrimonio, de distinto sexo, con hijos biológicos y genéticos sobre los cuales se ejerce una autoridad paterna. Es decir, un modelo que, tradicionalmente, ha dejado poco margen a la *voluntad procreacional* y mucho protagonismo a la verdad biológica en relación con la paternidad y la maternidad.⁴⁵ Afortunadamente, en varios de los países cuyos ordenamientos son examinados en esta obra la jurisprudencia ha ido encontrando vías de solución inspiradas en principios generales del derecho internacional de los derechos humanos.

⁴⁵ Como ha indicado la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México: "[...] cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que no es más que el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea [...] Esta postura supera la idea de identidad como sinónimo de vínculo biológico o genético y, en cambio, inspira el contenido del derecho a la identidad en sentido amplio, inclusive de aspectos que se vinculan con la identidad en sentido dinámico." SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017, párrafos 143 & 144.

En suma, es posible concluir que la gestación por subrogación es una figura que debe ser abordada legislativamente para evitar que los derechos de las personas involucradas en este tipo de acuerdos se vean vulnerados. La debida regulación asegura la protección a los derechos fundamentales en juego, previene los riesgos que podrían temerse de su práctica y los posibles fraudes a la ley nacional en la búsqueda de la determinación de la filiación. Al emprender esta tarea, habrá que considerar que la perspectiva de género es trascendental al momento de legislar. Existen reparos serios y fundamentados respecto a la cosificación del cuerpo de las mujeres en general, y a los riesgos de abusos y explotación que —sobre todo tratándose de mujeres en situación de pobreza o vulnerabilidad social— pueden sufrir en el contexto de la subrogación. Sin pretender cerrar este debate, estimamos que esta obra provee de buenas razones para entender la regulación de la gestación por subrogación como una mejor y más efectiva forma de proteger los derechos. La respuesta final a esta cuestión, sin embargo, está en manos de las jurisdicciones de la región.

Bibliografía

- Bainham, A., "Arguments about parentage", *Cambridge Law Journal* 3, 67(2), 22, 2008.
- Brazier, M., "Can you Buy Children?", *Child and Family Law Quarterly* 345, 11(4), 1999.
- Carrio Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- Cohen, I. G., "Beyond best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 1187, 2012.
- Cohen, I. G., "Regulating reproduction: the problem with best interests", *Minnesota Law Review*, 96, 423, 2012.

Epstein, Ra, "Surrogacy: the case for full contractual enforcement", *Virginia Law Review*, 81, 2305, 1995.

Espejo Yaksic, N. (ed.), *La responsabilidad parental en el derecho. Una mirada comparada*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Espejo Yaksic, N. e Ibarra Olguín, A. M., *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, Ciudad de México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

Farnós Amorós, E., "Más allá del reconocimiento: Propuestas para regular la gestación por sustitución", en Carrio Sampedro, A. (ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*, Madrid, Marcial Pons, pp. 153-157, 2021.

Lamm, L., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 218-250. Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf. (Consultado el 1 de mayo de 2022).

Mclachlan, H. y Swales, K., "Commercial surrogate motherhood and the alleged commodification of children: a defense of legally enforceable contracts", *Law and Contemporary Problems*, 72, 91, 2009.

Mutcherson, K. M. "In defense of future children: a response to Cohen's beyond best interests", *Minnesota Law Review Headnotes*, 96, 46, 2012.

Posner, Ra, "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 21, 1989.

Report on safeguards for the protection of the rights of children born from surrogacy arrangement, 15 July 2019, Symbol No. A/HRC/37/60. Disponible en <https://www.ohchr.org/en/calls-for-input/reports/2019/report-safeguards-protection-rights-children-born-surrogacy>. (Consultado el 25 de abril de 2022).

Scherpe, J. M., "Breaking the existing paradigms of parent-child relationships", en Douglas, G., Murch, M. y Stephens, V. (eds.), *International and national perspectives on child and family law: Essays in honour of Nigel Lowe*, Cambridge, Intersentia, pp. 343-359.

Scherpe, Jens M., Fenton-Glynn, Claire y Kaan, Terry (eds.), *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, Intersentia, 2019.

Sosson, J., Willems, G. y Motte, G (eds.), *Adults and Children in Postmodern Societies*, Cambridge, Intersentia, 2018.

Van Niekerk, A. y Van Zyl, L., "The ethics of surrogacy: women's reproductive labour", *Journal of Medical Ethics*, 21, 345, 1995.

Wilkinson, S., "The exploitation argument against commercial surrogacy", *Bioethics*, 169, 17(2), 2003.

Wilkinson, S., "Exploitation in international paid surrogacy arrangements", *Journal of Applied Philosophy* 125, 33(2), 2016.

CAPÍTULO 1

La gestación por subrogación en Argentina

Mariana Rodríguez Iturburu*

* Abogada (UBA) Especialista en Derecho de Familia (UBA), con maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Maestranda en Bioética, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -(FLACSO). Miembro integrante de la Red Internacional de Derecho Constitucional Familiar (RIDCF). Miembro integrante del Comité de Ética de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida -(REDLARA). Integrante del Comité de Ética de CEGYR-Medicina Reproductiva.

SUMARIO: A. Nociones preliminares de la gestación por subrogación en Argentina. Bases constitucionales-convencionales para su regulación; B. Proyecciones del marco normativo. Antecedentes; I. Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial; II. Proyectos de ley; III. Disposición del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas; C. Determinación de la filiación en la gestación por subrogación; D. Aspectos prácticos e interdisciplinarios de su práctica; I. Guía de Buenas Prácticas; 1. Etapa de preautorización judicial; 2. Autorización judicial; 3. Etapa posautorización judicial; II. Guías de Buenas Prácticas para la Evaluación, el Asesoramiento y el Acompañamiento Psicológico; E. Alcances de la judicialización en Argentina; I. Nociones preliminares; II. Judicialización de casos; F. Debate y tensiones en torno a este tipo de procesos; I. Debate doctrinario. Distintas posturas; II. Silenciar, regular o prohibir; G. Alcances de la gestación por subrogación internacional en el ámbito del derecho argentino; H. Palabras finales. Bibliografía.

A. Nociones preliminares de la gestación por subrogación en Argentina.

Bases constitucionales-convencionales para su regulación

Antes de adentrarnos en el estado actual de la gestación por subrogación (o sustitución) en Argentina y sus avances y retrocesos en materia de legislación, considero necesario formular una serie de aclaraciones previas en torno a tan compleja y debatida figura.¹

Claramente, la complejidad de esta figura radica en que pone en crisis una de las máximas clásicas del derecho romano: *mater semper certa est*, conocida como *madre cierta es*, al romper y poner en tensión reglas relativas a la maternidad y al rol de la mujer reproductiva dentro de la sociedad.

¹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pp. 24-7.

Lo cierto es que esta controversial y debatida figura no es más que un procedimiento de reproducción humana asistida reconocido por la Organización Mundial de la Salud (OMS),² que permite que aquellas personas que quieren formar una familia y no pueden hacerlo, sea por su imposibilidad de gestar o de llevar a término un embarazo por razones de salud (infertilidad) o sociales (infertilidad estructural o pareja del mismo sexo de varones), no vean cercenados sus derechos a la paternidad o maternidad, a formar una familia, a la salud, como también a asirse de los avances científicos reconocidos por la Constitución Nacional (CN) y los tratados internacionales de rango constitucional (conforme al artículo 75, inciso 22 de la CN).

La particularidad de este tipo de tratamientos reside en el hecho de que una persona, denominada "gestante", sin aportar su material genético (óvulos), lleva adelante un embarazo a partir de la transferencia de un embrión conformado con material genético de los futuros progenitores —comitentes— o de terceras personas, donantes de gametos. En uno u otro caso, es decir, con gametos propios de los comitentes, requirentes o pretensos progenitores, o con gametos donados, el niño nacido o la niña nacida de un procedimiento de gestación por subrogación tiene vínculos jurídicos de filiación solamente con el comitente o los comitentes, requirente o requirentes o pretensos progenitores.³

Si bien la legislación civil y comercial argentina no regula la figura de la gestación por subrogación ni existen reglas legales específicas sobre su

² *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*, Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS. Disponible en: «https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1» [consultado el 15 de septiembre de 2021].

³ Rodríguez Iturburu, Mariana, "Gestación por sustitución. Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada". Estado actual en la Argentina. Parte I, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* 34, 2018, y "Gestación por sustitución. Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada". Estado actual en la Argentina. Parte II, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* 37, 2018.

práctica, tampoco la prohíbe expresamente, criminaliza o sanciona con la nulidad de pleno derecho u otro tipo de reprimenda administrativa, penal o de otro orden.

Lo explica Gil Domínguez:

Si bien existe un vacío legal, esto no se traduce en un vacío constitucional-convencional. En primer lugar, porque la legalidad como principio estructural del Estado constitucional y convencional de derecho argentino establece que "ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (CN, artículo 19).⁴

No hay ninguna norma en la Constitución o en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos que inhiba o prohíba la práctica de la gestación por subrogación. Al contrario, el principio *pro persona* la expande con base en los derechos a la vida privada y familiar (Convención Americana de Derechos Humanos [CADH], artículo 11), a la integridad personal (CADH, artículo 5.1), a la libertad personal (CADH, artículo 7.1), a la igualdad y a no ser discriminado (CADH, artículo 24) en cuanto al derecho a la maternidad o paternidad, y de conformar una familia, la que juega un papel central conforme artículo 17 de la CADH.⁵

Desde esta perspectiva, en el ámbito regional resulta útil analizar el alcance que la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en el reconocido caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*— le ha dado al derecho a la vida privada y familiar, al derecho a fundar una familia, al respeto de la autonomía personal, reproductiva, integridad psicofísica, al derecho

⁴ Gil Domínguez, Andrés, "La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico", *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* 30, 2017.

⁵ Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", *DFyP*, diciembre, 2015, p. 237.

a la maternidad, al derecho a acceder a servicios de salud reproductivos y al goce de los beneficios del progreso científico.

En lo que nos ocupa, es dable mencionar que el 29 de noviembre de 2016 la Corte homologó el acuerdo amistoso en el caso *Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica*, en el que se incluye la necesidad de abordar un diálogo abierto en torno a la necesidad de regular la gestación por subrogación. Así, en el punto VIII, apartado 6, se dispuso que el Estado debe: "e) iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación, en los términos [de los] párrafos 55 a 57 de la presente sentencia".⁶

B. Proyecciones del marco normativo. Antecedentes

I. Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial

El Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial —presentado en el Congreso de la Nación en 2012— procuraba sincerar y visibilizar las diversas realidades imperantes en nuestra sociedad actual, incorporando modificaciones en materia de las relaciones de familia desde una perspectiva moderna, plural, de género, integradora y solidaria.

Centrado en la obligada mirada constitucional y convencional orientada al respeto de los derechos humanos, el proyecto fundamentó que el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) sería admitido de un modo amplio e igualitario, sin discriminación alguna, para garantizar, consecuentemente, el derecho esencial a fundar una familia.

⁶ Corte IDH. *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Disponible en: «<https://summa.cejil.org/pt/entity/dn9ltoegb74fr8uik2zr7wrk9>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Con esta premisa se proyectó regular, en el artículo 562, la figura de la gestación por subrogación, disponiendo que

Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial.

La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial.

Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Sin embargo, y lamentablemente, el dictamen de la Comisión Bicameral quitó la figura de la gestación por subrogación del texto definitivo del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC).⁷

No obstante, prestigiosos autores y juristas en el orden nacional se manifestaron en contra de dicha remoción. Lo mismo sucedió en el Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia celebrado en la provincia de Mendoza en agosto 2018, que se refleja en el trabajo realizado en la Comisión 2 "Bioética y Familias TRHA. Dignidad, autonomía y derecho al propio cuerpo. Robótica y persona", en el que se arribó a las siguientes conclusiones:

1. "Se debe modificar el actual artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación en el sentido de dejar en claro que les nacidos por gestación por sustitución no son hijos de quien dio a luz, sino que en este caso, la filiación queda determinada por quienes han prestado su consentimiento informado, libre y previo".
2. "Aún sin ley, al no estar prohibida, se entiende que la gestación por sustitución está permitida".
3. "Aún sin ley, en los casos de gestación por sustitución, los jueces deberían constatar previamente la existencia de los requisitos del artículo 562 del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación".

⁷ Véase en profundidad Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, "Dictamen de Comisión", 2013. Disponible en: «<http://www.cabb.org.ar/sitio-viejo/noticias/combi.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

4. "Se debe regular la gestación por sustitución con carácter de orden público que vislumbre esta figura dentro de la problemática de la salud pública".

5. "En los procedimientos de gestación por sustitución deben firmar los consentimientos con las formalidades prescriptas en los artículos 59, 560, 561 y 562 del Código Civil y Comercial de la Nación cada una de las personas intervinientes, es decir, uno le gestante, y cada uno de los integrantes de la pareja, firmarán individualmente, uno cada uno".

6. "En los casos de gestación por sustitución se debe garantizar que los niños nacidos de esta técnica accedan a su derecho a la información y el origen gestacional".⁸

II. Proyectos de ley

A lo largo de estos años se han presentado distintos proyectos de ley para legislar esta materia, empero en la actualidad sólo hay tres en tratamiento legislativo.

El proyecto de ley más completo y abarcativo se ha presentado en la Cámara de Diputados con el número 3524-D-2020⁹ y sigue los lineamientos que receptaba el Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial antes referido.¹⁰

⁸ Las conclusiones están escritas en lenguaje inclusivo.

⁹ Proyecto de Ley 3524-D-2020 Disponible en: «<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

¹⁰ El antecedente directo de éste es el proyecto de ley 5759-D-2016, que perdió su estado parlamentario por su no tratamiento legislativo. Sostenía que el proceso de gestación por subrogación era viable a través de una autorización judicial previa —con participación de gestante y comitentes y equipo interdisciplinario—, para permitir no sólo el tratamiento médico de alta complejidad de fertilización de gestación por sustitución, sino también la filiación del nacido a nombre de los comitentes, siguiendo los parámetros propuestos por el Anteproyecto de reforma, entre ellos, mantener el carácter no lucrativo de la gestación por subrogación, que la gestante no se someta más de dos veces a un procedimiento de gestación por subrogación, que existan vínculos o lazos afectivos entre la persona que gesta y el o los comitentes, e introduce modificaciones al Código Penal con el fin de evitar las agencias intermediarias y las transferencias embrionarias sin autorización judicial, e incluye

Propone regular la figura de la gestación por subrogación entendiendo que es un tipo especial dentro de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida que se regula como tercer tipo filial en el Código Civil y Comercial. Por ello, luego del artículo 562 vigente, se propone incorporar dos nuevos artículos: el primero define qué se entiende por "gestación por sustitución", y el segundo establece que al ser ésta una TRHA especial, la causa fuente de la filiación requiere no sólo de la voluntad procreacional del pretenso progenitor o los pretendos progenitores, sino también una sentencia judicial previa que la autorice.

En términos generales, sigue la lógica de instituir un procedimiento íntegramente judicial, con intervención del equipo interdisciplinario del juzgado, en el cual las partes —gestante y quienes pretenden ser progenitores— deberán intervenir con su respectiva asistencia letrada, peticionando la autorización judicial previa a la realización del procedimiento de gestación por subrogación.

Para ello proyecta que la autorización judicial de gestación por subrogación debe cumplir con los siguientes requisitos: a) en el caso de la persona gestante y el pretenso progenitor o los pretendos progenitores, tener plena capacidad civil, acreditar aptitud física, tener cinco años de residencia ininterrumpida en el país excepto que se trate de personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país y contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial; b) en el caso de la persona gestante, no aportar sus gametos, no haberse sometido a un procedimiento de gestación por subrogación más de dos veces, para lo cual debe crearse un registro en el ámbito de la autoridad de aplicación prevista por la Ley

las disposiciones necesarias para estar a tono con las normativas sancionadas, el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley 26.862. En el primer caso, receptando una regulación precisa del acceso a la información de niños y niñas que nacieron de un procedimiento de gestación por subrogación (CCyC, artículos 563 y 564). En el segundo, proponiendo modificaciones a la ley cuyo objeto principal gira en torno a la cobertura médica, como lo es la Ley 26.862, con el fin de incorporar el costo de la gestación por subrogación en su articulado.

26.862, y haber dado a luz y tener un hijo propio; c) el pretenso progenitor o los pretendidos progenitores deben tener imposibilidad de gestar o de llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; contratar un seguro de vida a su costo y a favor de la gestante, que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por subrogación y el deber a su cargo de una compensación económica en beneficio de la gestante para la cobertura de gastos médicos, traslados, asesoramiento legal y psicológico, sin perjuicio de la cobertura prevista en la Ley 26.862.¹¹

El segundo proyecto de ley, presentado en la Cámara de Senadores con el número S-1429-2020,¹² también tiene por objeto regular el alcance, las relaciones, consecuencias jurídicas y el procedimiento de gestación por subrogación, garantizando el interés superior de los niños que nacen mediante esta técnica a través de una serie de normas, sin mediar autorización judicial alguna, con el fin de otorgar seguridad jurídica al proceso y a todas las personas intervinientes, garantizando el pleno ejercicio de sus derechos.

Proyecta como requisitos generales para las personas intervinientes que a) la "gestante" y los "padres procreacionales" deben tener plena capacidad civil; b) que ambos presten su consentimiento previo, informado y libre conforme lo establece el artículo 560 del CCyC; c) que la "gestante" y por lo menos uno de los "padres procreacionales" acrediten tener cinco años de residencia ininterrumpida en el país —este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas—, y d) que ambas partes cuenten con asesoramiento médico-legal independiente sobre el alcance y efectos del proceso de gestación por subrogación y tengan

¹¹ Ley 26.862, sancionada el 5 de junio de 2013, publicada en el Boletín Oficial el 26 de junio de 2013. Reglamentada por el Decreto Nacional 956/13, publicado en el Boletín Oficial el 23 de julio de 2013.

¹² Proyecto de Ley S-1429-2020. Disponible en: «<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/433789/downloadPdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

evaluación psicosocial previa y acompañamiento durante el proceso hasta el puerperio.

En particular, al referirse a los requisitos que se deben reunir para ser gestante dispone que: *a)* no aporte sus gametos; *b)* tenga un buen estado de salud física y psíquica, conforme a los protocolos que establezca la autoridad de aplicación; *c)* estar inscrita en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; *d)* haber dado a luz y tener, al menos, un hijo propio; *e)* no haberse sometido a un procedimiento de gestación por subrogación más de dos veces, y *f)* tener hasta 40 años de edad.

Por su parte, los padres procreacionales, se trate de personas solas o en pareja, casadas o no, deben cumplir los siguientes requisitos: *a)* tener imposibilidad de gestar o de llevar un embarazo a término por razones que pongan en riesgo su salud o la salud del niño por nacer, o por razones de sexo, género, identidad de género u orientación sexual, y *b)* deben aportar sus gametos, salvo razones fundadas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos.

Los requisitos y formalidades que debe cumplir el acuerdo entre las partes pueden sintetizarse del siguiente modo: *a)* formalizarse ante el centro médico autorizado y posteriormente ser protocolizado mediante un escribano público o certificado ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción; *b)* ser suscrito en forma personal por la gestante y los padres procreacionales, estampando su nombre y firma en él; *c)* dejar constancia de que se ha recabado el consentimiento previo, informado y libre de la gestante y de los padres procreacionales; *d)* contener lugar y fecha de otorgamiento; *e)* dejar constancia de que se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el capítulo II de la Ley y que se ha acompañado la documentación que lo acredita; *f)* asegurar el bienestar integral de la gestante, para lo cual los padres procreacionales deberán contratar un seguro de vida en favor de ella, que cubra las contingencias

que puedan derivarse de la gestación por subrogación y brindar cobertura médica asistencial en favor de la gestante durante todo el procedimiento de gestación por subrogación y hasta 12 meses posteriores al parto.

El efecto principal del acuerdo es que la filiación mediante este tipo de técnica queda establecida entre la persona nacida y los padres procreacionales. No puede impugnarse la filiación cuando ha mediado el acuerdo. Si se carece de acuerdo previo, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

Vale aclarar que este proyecto no hace referencia a la judicialización del proceso. No obstante, ante la aparición de cualquier conflicto derivado del acuerdo deja abierta esa posibilidad, como también podría recurrirse a distintos medios alternativos de resolución.

Proyecta disponer que los centros médicos que realicen el procedimiento de gestación por subrogación deban:

- a) Contar con autorización para funcionar, estar inscritos en el registro único establecido en el artículo 4 Ley 26.862 y someterse al contralor de la autoridad de aplicación, conforme lo establezca la reglamentación.
- b) Antes de realizar un procedimiento de gestación por subrogación, verificar que se encuentren reunidos los requisitos, para lo cual deberá contar con la siguiente documentación: i) que acredite la identidad de las personas intervinientes en el procedimiento; ii) certificado de nacimiento del hijo de la gestante; iii) certificado de inscripción en el Registro Nacional de Gestantes por Sustitución; iv) certificado que acredite la nacionalidad argentina o naturalización, o la residencia en el país de cinco años respecto de la gestante y de alguno de los padres procreacionales.

- c) Contar con un equipo multidisciplinario conformado por un abogado, un médico clínico, un médico ginecólogo especialista en fertilidad, un psicólogo y un trabajador social, que intervendrá de forma imprescindible en el procedimiento y deberá constatar: i) la salud física y psíquica de la gestante y su aptitud para actuar en ese carácter; ii) la aptitud de los padres procreacionales para actuar en ese carácter; iii) que los padres procreacionales son incapaces de gestar o de llevar un embarazo a término sin riesgo para la salud de quien gesta o del niño por nacer; iv) que las partes han contado con el debido asesoramiento médico legal y evaluación psicosocial previa, y v) que las partes han tenido en mira el interés superior del niño o niña que pueda llegar a nacer mediante esta técnica.

Los acuerdos suscritos por las partes con el centro médico habilitado y el consentimiento previo, informado y libre deben constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. El certificado y acta de nacimiento se emitirán haciendo consignar el vínculo de filiación con los padres procreacionales, sin dejar constancia del nombre de la gestante. En ningún caso el acta o el certificado de nacimiento puede reflejar datos de los que se pueda inferir que el niño ha nacido como consecuencia de un procedimiento de gestación por subrogación.

Dispone la creación de un Registro Nacional de Gestantes por Sustitución en el Ámbito de la Autoridad de Aplicación, que llevará razón de todas las personas inscritas en el territorio nacional para actuar como tales en los procedimientos de gestación por subrogación y cuyas funciones son: *a)* inscribir a las personas que pretendan actuar como gestantes en los procedimientos de gestación por subrogación y conectar familias o personas que no pueden gestar con personas dispuestas a colaborar con la gestación por subrogación; *b)* brindar informe a los centros médicos habilitados que lo requieran en forma previa a la realización de un proce-

dimiento de gestación por subrogación, a los efectos de verificar que la persona interviniente como tal no ha actuado en esa calidad con anterioridad en dos ocasiones y en todo el territorio nacional, y c) toda otra función que determine la Autoridad de Aplicación.¹³

Incorpora dos artículos al Código Penal, que quedan redactados de la siguiente manera:

Artículo 139 ter: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años e inhabilitación especial por doble tiempo el funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviére o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión a una persona para que actúe como gestante sin que mediere el correspondiente acuerdo de gestación por sustitución o haya transcurrido el plazo de un año desde la fecha del acuerdo. La misma pena se aplicará al funcionario público o profesional de la salud que facilitare, promoviére o de cualquier modo intermediare en la transferencia de un embrión conformado por material genético de personas distintas de aquella a quien éste se transfiere sin que mediere constancia de donación de gametos.

Artículo 139 quater: Será reprimido con reclusión o prisión de uno a de 3 a 6 años a quien intermediare entre una persona o una pareja que desea establecer un vínculo de filiación con un niño, y una persona que acepte llevar a término su gestación con el fin de entregárselo. Las penas se duplicarán cuando estos hechos se hayan cometido con carácter habitual o con un fin lucrativo. Incorrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este artículo.

Con relación al acceso y cobertura de los tratamientos de reproducción humana asistida, al igual que el otro proyecto presentado, se proyecta

¹³ Los datos de la gestante estarán protegidos de conformidad con las leyes 26.529 y 25.326.

modificar el artículo 2 de la Ley 26.862, extendiéndolo a este tipo de prácticas.

Por último, el tercer proyecto de ley fue presentado el 26 de octubre de 2020, en la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el legislador Ariel Álvarez Palma. Prevé que el registro de los nacimientos se haga sin discriminación alguna de género y priorizando el interés superior del niño o niña a estar debidamente inscrito sin que medie autorización judicial alguna. La iniciativa consigna que los documentos deberán presentarse debidamente legalizados al momento de la inscripción. De esta forma, quienes manifiesten la voluntad procreacional serán incluidos en el acta de nacimiento, y la información de la gestante sin voluntad procreacional será asentada en el legajo correspondiente.

Es importante destacar que si bien todas las propuestas incluyen requisitos tanto para las gestantes como para los comitentes y parten de la idea de regular la gestación altruista, la pregunta obligada se impone: ¿cómo controlar que estos requisitos se cumplan si no se dispone una modalidad u organismo de control?

Tal como sostiene Herrera, sin un organismo que intervenga en el entramado complejo que encierra este tipo de procedimientos sería imposible verificar si la práctica se condice o respeta los derechos humanos de todos los integrantes, en especial, de las mujeres que gestan para terceros.¹⁴

III. Disposición del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas

A raíz de una acción colectiva presentada ante el Fuero Contencioso Administrativo Federal y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abordando esta temática, la Sala I de la Cámara de Apelaciones¹⁵ hizo

¹⁴ Herrera, Marisa, De la Torre Natalia y Fernández, Silvia, *Derecho Filial: perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, La Buenos Aires, Ley, 2018, p. 568.

¹⁵ Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa y Tributaria, Sala I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros contra GCBA

lugar a un recurso de apelación interpuesto por el Defensor del Pueblo de la Ciudad y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) en el amparo colectivo, cuyo objeto perseguía que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que

inscriba a los niños y niñas nacidos/as por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por el/la, los/as comitente/s con voluntad procreacional, SIN emplazar como progenitor/a a la persona gestante SIN voluntad procreacional, y declarar la inconstitucionalidad de toda norma que impida o vulnere el derecho a la identidad de niños y niñas pertenecientes a dicho universo colectivo.

Como consecuencia de esa acción colectiva, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de la Disposición núm. 93/DGRC/17,¹⁶ del 13 de octubre de 2017, autorizó la inscripción, en términos preventivos, de los nacimientos de los menores nacidos por técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, denominada gestación solidaria, bajo los siguientes presupuestos de otorgamiento: 1) que se trate de menores nacidos en el país por el método de gestación solidaria realizada también en el país; 2) que la voluntad procreacional de los progenitores haya sido expresada en forma previa, libre e informada; 3) que la gestante, previa y fehacientemente, hubiera expresado no tener voluntad procreacional, y 4) que la inscripción se haga en términos preventivos, debiendo además asentarse en el legajo los datos de la gestante (artículo 1).

Dicha resolución sólo aplica para los nacimientos que se produzcan en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no es aplicable para el resto de las provincias.

y otros sobre Amparo-otros Número: EXP A1861/2017-0", 6 de agosto de 2017. Disponible en: «<https://s3.amazonaws.com/public.diariojudicial.com/documentos/000/075/320/000075320.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

¹⁶ Complementada luego por las disposiciones núm. 103/2017 (DGRC) y núm. 122/2020 (DGRC).

C. Determinación de la filiación en la gestación por subrogación

El Código Civil y Comercial argentino incorporó en su reforma una tercera causa de fuente filial, a las ya conocidas por naturaleza y adopción.

Así, la determinación de la filiación derivada por el uso de las THRA se erige a través de la "voluntad procreacional", siendo este el elemento central y fundante para la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de quien haya aportado el material genético.

Gil Domínguez se pronuncia en este sentido diciendo que: "desde una perspectiva psico-constitucional-convencional, la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la constitución subjetiva de las personas [...] El elemento central es el amor filial, el cual se presenta como un acto volitivo, decisional y autónomo".¹⁷

El actual artículo 562 del CCyC enuncia que los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida "son hijos" de "quien dio a luz" y "del hombre o mujer que prestó su consentimiento previo, libre e informado" independientemente de "quién haya aportado los gametos".

En el marco de la gestación por subrogación, la aplicación del artículo 562 es ilógica e irrazonable, ya que precisamente quien pare no es madre, al no tener voluntad procreacional, por lo que es necesario acudir a la justicia, y en dicho ámbito operan la discrecionalidad, el azar en la asignación de los juzgados y de los defensores y, en muchos casos, el intento de transformar simbólica y jurídicamente a la mujer gestante en mujer madre.

¹⁷ Gil Domínguez, Andrés, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 13.

Es importante comprender que, precisamente en estos casos, la gestante no es madre. Tiempo atrás, la palabra *gestante* era sinónimo de *madre*. Con el advenimiento de las técnicas de reproducción humana asistida, *gestante* y *madre* dejaron de ser términos sinonímicos. Una madre es una gestante, pero una gestante puede no ser una madre.¹⁸

La maternidad se basa en la elección de un plan de vida dentro del ámbito de la libertad de intimidad, el derecho a procrear y el derecho a conformar una familia. La decisión de ser madre se refleja en la asunción de la responsabilidad parental.

Por lo cual, en este tipo de casos, no existe la "madre gestante" ni mucho menos "madre biológica", ya que el concepto de "maternidad" debe deconstruirse y atarse a los vínculos sociales, y salir así de la concepción de la madre natural, ya que los roles son claramente culturales.

Básicamente, el término "gestante" adquiere un significado determinado cuando se vincula con una mujer que adoptó la decisión libre e informada de gestar a un niño o niña con quien no tiene ninguna clase de vínculo afectivo ni genético. Por ello se hace necesaria además la regulación de esta práctica con perspectiva de género. Entender que quien da a luz no necesariamente es madre, que gestar y criar son dos actividades diferentes, significa respetar la autonomía y la libre determinación de la persona gestante.

La doctrina especializada ha dicho que

En la gestación por sustitución, la "voluntad procreacional" es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio, acudiendo a la implantación del embrión en el vientre de una tercera persona para su gestación y alumbramiento posterior.

¹⁸ Gil Domínguez, Andrés, "La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico" *Under Constitucional*, 2017. Disponible en: «<http://underconstitucional.blogspot.com/2017/06/la-gestante-no-es-madre-reflexiones.html>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Esta tercera persona carece de esa voluntad; por ende, aun cuando por aplicación de los principios legales ya reseñados correspondería la atribución de la maternidad a la gestante, falta el elemento central que atribuye o determina la filiación en las TRHA: la voluntad procreacional, esto es, la intención de adquirir derechos y obligaciones y, a la par, el afecto que se deriva o se construye con el despliegue de tales responsabilidades.¹⁹

Por ello el proyecto de ley 3524-D-2020 propone correctamente incorporar el artículo 562 bis al Código Civil y Comercial de la Nación disponiendo que

La gestación por sustitución constituye un procedimiento de técnicas de reproducción médicamente asistida por medio del cual una persona denominada gestante, sin ánimo de lucro, lleva adelante un embarazo con el fin de que la persona nacida tenga vínculos de filiación con una persona o pareja, pretenso/s progenitores, con quien/es la gestante posee lazos afectivos. Este procedimiento debe ser autorizado por autoridad judicial de conformidad con las pautas que se establecen en el artículo siguiente, de lo contrario, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

¹⁹ Cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, comentario a fallo Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Civil Nro. 86 ~ 2013-06-18 ~ N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento", *La Ley*, 195, 2013-D, AR/DOC/2573/2013, cita *La Ley*, online: AR/DOC/2573/2013). La doctrina, además, ha sido conteste en afirmar otros motivos por los cuales la postura doctrinaria mayoritaria se encuentra a favor de la gestación por subrogación (Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", *Revista Microjuris*, 2012; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Por que sí a la regulación por sustitución, a pesar de todo", *La Ley*, 2012; Famá, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", *La Ley*, 2011, 1, *La Ley*, 1204, 2011-C; *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, pp. 60 y ss.; Fortuna, Sebastián Ignacio, "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Cód. Civil y Comercial de la Nación", *RDF*, 57, 2012; Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 50, 2011, pp. 107-32, entre muchos otros).

D. Aspectos prácticos e interdisciplinarios de su práctica

En este acápite haremos un breve acercamiento al trabajo que se intentó articular en el país a efectos de brindar los lineamientos mínimos para realizar la práctica de gestación por subrogación en los centros de reproducción.

I. Guía de Buenas Prácticas

En 2017 la Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (CATRHA) elaboró la *Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución*.²⁰ En ella procuró sentar las pautas mínimas de abordaje para los casos que llegaban a los centros de reproducción, a través de una serie de recomendaciones que siguen el mismo espíritu delineado en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial, los antecedentes jurisprudenciales y los proyectos de ley en tratamiento.

En ella se definían los criterios para ser gestante²¹ y comitentes-requieren-tes,²² dejando expresamente establecido que los comitentes son quienes deben elegir y postular a la gestante para su evaluación, debiendo ser una persona de su conocimiento y vínculo de confianza (pudiendo ser familiar de algún miembro de la pareja o no).

²⁰ Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución*. 2017. Disponible en: «https://5421f6af-e38b-4638-b61f-0d44d933e60e.filesusr.com/ugd/49c077_bf3ac9cd395c44ab8a9d69cd5f7238a1.pdf». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

²¹ Son criterios de inclusión para la gestante: 1) tener plena capacidad civil; 2) acreditar aptitud física y psíquica conforme a la evaluación del equipo multidisciplinario; 3) no aportar sus gametos; 4) no haberse sometido a un procedimiento de gestación por subrogación más de dos veces; 5) haber dado a luz y tener un hijo propio; 6) contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa, y 7) contar con el debido asesoramiento legal independiente.

²² Para ser comitentes se requiere: 1) tener plena capacidad civil; 2) uno o al menos uno debe aportar sus gametos, salvo razones médicas que justifiquen la imposibilidad de aportarlos; 3) tener imposibilidad de gestar o llevar a término un embarazo por razones de salud, sexo, género, identidad de género u orientación sexual; 4) contar con el debido asesoramiento y evaluación psicosocial previa; 5) contratar un seguro de vida a su costo y a favor de la gestante que cubra las contingencias que puedan derivarse de la gestación por subrogación.

Se recomendaba que el Centro de Fertilidad que llevara a cabo esta práctica estuviera integrado por un equipo interdisciplinario compuesto por:

- 1) Un especialista en medicina reproductiva, quien deberá fundamentar la imposibilidad de llevar adelante la gestación por parte de la pareja comitente, evaluar la posibilidad de utilizar en el tratamiento gametos propios o la de recurrir a la donación, realizar las interconsultas con el genetista clínico y psicólogo para la correcta evaluación inicial del comitente o los comitentes y de la futura gestante.
- 2) Un equipo de abogados o abogadas especialistas en derecho de familia y bioética, para brindar el asesoramiento legal sobre el procedimiento para lograr que la filiación se determine a favor del comitente o los comitentes, elaborar o revisar los consentimientos informados y asesorar o solicitar la petición judicial:
 - a) Cobertura médica de la gestante y seguro de vida.
 - b) La necesidad de fijar una compensación económica a cargo de los comitentes y en beneficio de la gestante, la cual es válida sólo para compensar los gastos médicos, de traslados, de asesoramiento legal y psicológico, y todos aquellos que sean consecuencia directa de la gestación por subrogación y que no deban ser cubiertos por los agentes o entidades de salud de conformidad con el artículo 8 de la Ley 26.862.
 - c) Licencia por maternidad o paternidad del comitente o los comitentes.
 - d) Licencia posnacimiento de la gestante.
 - e) Que informe acerca del cumplimiento del derecho a la información de los niños nacidos por gestación por subrogación,

ya sea tanto el origen gestacional como genético en aquellos supuestos de TRHA heteróloga (cfr. artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial).

- 3) Un equipo de psicólogos para evaluar, intervenir y acompañar tanto al comitente o los comitentes como a la gestante, en las diferentes etapas del proceso: por ejemplo, evaluación y aptitud de la gestante, seguimiento y contención de todos los participantes, parto y puerperio, entre otros.
- 4) Un equipo de obstetricia para que, una vez lograda la autorización judicial, pueda seguir y acompañar a la gestante durante todo el proceso de embarazo, parto y puerperio.

En este contexto, se preveían las siguientes etapas.

1. Etapa de preautorización judicial

Esta primera etapa involucra la evaluación y el análisis interdisciplinario del caso; quienes quieran acceder a este tipo de tratamientos deben acreditar la imposibilidad de gestar o de llevar un embarazo a término por razones de salud, sexo, género u orientación sexual.²³

Los tipos de procesos podían definirse en función de los gametos aportados: a) cuando fueran aportados por los comitentes o requirentes,

²³ Entre las indicaciones médicas están: a) factor uterino absoluto [1. ausencia de útero: i) congénita malformaciones Mullerianas —ej. síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser—; ii) adquirida: histerectomía de causa ginecológica benigna o maligna; 2. presencia de útero: i) útero afuncional: miomatosis múltiple, síndrome de Asherman severo, atrofia endometrial posradioterapia, malformaciones uterinas; ii) útero funcional: contraindicación de gestación por patología sistémica —ej. síndrome de Marfan, lupus no controlado, etc.—. Condición médica existente que puede empeorar con la gestación (hipertensión pulmonar, cardiológica, renal, etc.)]; b) útero funcional con historia de fracasos reproductivos: fallas de implantación, abortos a repetición, y c) motivos de sexo, género u orientación sexual: parejas del mismo sexo de hombres o familia monoparental de progenitor de sexo masculino.

b) cuando fueran aportados por terceras personas. Obsérvese que en ningún caso la gestante podía aportar los gametos femeninos.

En esta etapa se efectúa la evaluación médica clínica preliminar a través de análisis de sangre, del examen físico ginecológico, circunscribiéndose la evaluación interdisciplinaria integral de la gestante a su historial médico, obstétrico y genético, el examen físico (TA, BMI, etc.), su personalidad, motivación y características psicológicas y su historia psicosocial.

2. Autorización judicial

La segunda etapa, una vez finalizada la evaluación del caso y entregados los informes preliminares, es la de acción judicial tendiente a obtener la autorización para iniciar el proceso.

3. Etapa posautorización judicial

Una vez autorizado judicialmente el proceso de gestación por subrogación, el centro de reproducción debe proceder a la firma de los consentimientos informados por las partes y el médico interviniente para iniciar el procedimiento médico.

Las etapas que integran este procedimiento son: a) estimulación ovárica en la comitente en caso de aportar sus gametos. En caso de no ser considerada apta para la utilización de óvulos propios, será el especialista en reproducción quien sugiera y, eventualmente, coordine la ovodonación; b) aspiración folicular; c) obtención del semen, pudiendo utilizarse una muestra de semen en fresco o previamente congelada del comitente o del banco de semen; d) fertilización de los ovocitos y cultivo de los embriones con técnica FIV o ICSI, acorde al caso, llevando el cultivo de los embriones hasta el estadio de blastocisto, y e) preparación endometrial y transferencia embrionaria a la cavidad uterina de la gestante previa preparación endometrial.

Posteriormente, se procede al diagnóstico de embarazo, a los 10 días de realizada la transferencia a través de la medición de la hormona Beta hCG, que de ser positiva se confirma mediante la ecografía pertinente. Una vez constatado el embarazo clínico, se deriva al obstetra del equipo. Los comitentes podrán ser partícipes del seguimiento y control del embarazo. Quedará a cargo del obstetra y su equipo dar un informe periódico de la salud del feto y la gestante a los comitentes.

El parto se realizará en una institución preestablecida por el programa de gestación por subrogación o bien en un centro de salud elegido por las partes en donde la persona gestante recibirá la atención médica correspondiente al puerperio como, por ejemplo, el control de heridas quirúrgicas, inhibición de lactancia, asistencia psicológica, etcétera.

La inscripción del recién nacido en el Registro Civil se llevará a cabo de conformidad con la autorización judicial otorgada previamente.

II. Guías de Buenas Prácticas para la Evaluación, el Asesoramiento y el Acompañamiento Psicológico

El equipo de psicología y musicoterapia de Concebir²⁴ elaboró las *Guías de Buenas Prácticas para la Evaluación, el Asesoramiento y el Acompañamiento Psicológico* en los procesos de gestación por subrogación teniendo en cuenta las directrices y recomendaciones de los países que la regulan.²⁵

Si bien en el ámbito de las TRHA el papel del profesional de psicología es determinante ya que requiere de una formación específica, dada la

²⁴ Asociación civil de pacientes con trastornos en la reproducción, cuyo sitio web es «<http://www.concebir.org.ar>».

²⁵ En Australia o Reino Unido la evaluación psicológica en la gestación por subrogación ya es recomendada tanto por las agencias gubernamentales como por las sociedades profesionales, por ejemplo, la ASRM (American Society for Reproductive Medicine) o la ESHRE (European Society of Human Reproduction and Embryology). En Portugal y Canadá, incluso, es obligatoria por ley.

complejidad de las implicancias psicológicas y emocionales que se ponen en juego en este tipo de procesos reproductivos, en los casos de gestación por subrogación es vital, toda vez que la evaluación psicológica permite determinar la comprensión que las personas tienen del proceso al cual se van a someter, su aptitud psicológica, las características de la personalidad de cada una, las motivaciones, los posibles factores de riesgo, la autonomía y capacidad en la toma de decisiones y cómo se vislumbran las fantasías, deseos y demás datos situacionales relevantes para poder determinar el curso del procedimiento, todo ello, antes de comenzar el procedimiento médico para lograr el embarazo. También deberán descartarse psicopatologías severas (trastornos psicóticos, del estado de ánimo, de personalidad) que puedan dificultar el proceso.

Lo cierto es que estos procesos traen consigo cuestiones emocionales y psíquicas para elaborar; por ejemplo, aceptar que una mujer externa al proyecto parental lleve en su vientre al hijo deseado no es tarea sencilla. Mujer que, a diferencia de los donantes, no será "anónima". Para la persona gestante y su grupo familiar tampoco es fácil el proceso, ya que deberá tomar la decisión de poner su vientre para gestar un niño o niña que entregará en cuanto nazca; deberá modificar su estilo de vida, acudir a las citas médicas y psicológicas y seguir los protocolos establecidos por el centro de reproducción que lleve adelante el procedimiento médico.

En la gestante se evalúan las motivaciones, el nivel de autonomía y capacidad de los que dispone para la toma de decisiones, el manejo de conflictos, la estructura de personalidad, la estabilidad emocional para transitar el proceso, para lo que se recurre a entrevistas y test psicométricos y proyectivos con el objetivo de indagar la comprensión del proceso, sus implicancias (embarazo, posibles riesgos, decisiones a tomar) y alcances (reflexión sobre posibles escenarios, por ejemplo, la interrupción voluntaria del embarazo). Además, se deberá tener en cuenta su entorno familiar y la red de contención con la que cuenta, asesorando y acompañándola para encontrar la manera adecuada de transmitirle a sus hijos la decisión tomada, así como también asesorarla acerca de su

participación en la toma de decisiones con respecto a las prácticas que impliquen su cuerpo y la evolución del embarazo.²⁶

En los requirentes se evaluará de qué manera ha impactado el diagnóstico de infertilidad o la pérdida de la capacidad gestacional como criterio de exclusión y la presencia de alguna psicopatología severa, y se les orientará hacia la construcción y el fortalecimiento del vínculo con el niño nacido o la niña nacida, así como hacia el desapego de la gestante con el o la bebé. La escucha, el acompañamiento y la contención de los futuros progenitores (requirentes) hace posible situar de qué manera surge el anhelo de ser padres, cómo piensan este proceso y qué lugar preparan para el o la bebé que vendrá.²⁷

A ambas partes se les informará de la importancia de garantizar el derecho de los niños nacidos por TRHA a recibir información sobre el modo en que fueron concebidos y de la posibilidad de futuros contactos con el niño o la niña.

E. Alcances de la judicialización en Argentina

I. Nociones preliminares

Tal como venimos sosteniendo, la falta de regulación en el ordenamiento argentino no es un obstáculo para que quienes quieren acceder al procedimiento de gestación por subrogación puedan recurrir a la justicia con el objeto de obtener una autorización judicial previa, o bien procurar el reconocimiento filial entre el niño nacido o la niña nacida o por

²⁶ Véase Navés, Flavia, Abelaira, Paula y Aguas, Nicolás "Evaluación psicológica en el ámbito de la medicina reproductiva: el caso de la gestación por sustitución" en XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. XV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. I Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. I Encuentro de Musicoterapia, Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019. Disponible en: «<https://www.aacademica.org/000-111/114>» [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

²⁷ Inciarte, Florencia, Quaini, Fabiana, Martínez, Patricia, Urquiza, Fernanda, Piscicelli, Clara, Pasqualini, Agustín y Pasqualini, Sergio, "Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina", *Reproducción* 33(2), 2018, pp. 27-35.

nacer y los o las requirentes —o comitentes— y que no son hijos o hijas de la persona gestante.

Al año 2021, se habían dictado 60 sentencias que reconocían la práctica de la gestación por subrogación. Algunas de ellas autorizan en forma previa el acceso al tratamiento, y en otras, ya con el procedimiento hecho y el embarazo en curso, se ha resuelto favorablemente la inscripción de la filiación de los niños, a nombre de sus progenitores o padres de intención.²⁸

Vale aclarar que estas sentencias comprometen un universo de 52 casos, ya que algunas se duplican en atención de las instancias de apelación a distintos tribunales de alzada. De hecho, hay cuatro casos que están en tratamiento en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.²⁹

A modo de referencia para comprender las particularidades que encierran los casos, podríamos analizarlos sobre los siguientes ejes:

- 1) En relación con el proyecto parental por el que se accede a estos procedimientos de gestación por subrogación: 51 de ellos corresponden a proyectos biparentales, es decir, los comitentes son parejas, y 1 compromete un proyecto monomarental de una mujer sin pareja.
- 2) En cuanto al estado civil de quienes acceden o pretender acceder a esta práctica: 34 casos corresponden a parejas casadas, 17 a parejas en unión convivencial y 1 a alguien sin pareja.

²⁸ Véase el listado completo de sentencias anexo al final de este capítulo.

²⁹ 1. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, 30 de junio de 2016, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 24 de octubre de 2016, que revoca la sentencia anterior, inédito; 2. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, "S. T., V. s/ inscripción de nacimiento", 20 de octubre de 2017, inédito, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, "S.T., V. s/ inscripción de nacimiento", 15 de marzo de 2018, que confirma la sentencia anterior, inédito, y 3. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 81, "S., I.N. y otro c/ A., C.L. s/ impugnación de filiación", 14 de junio de 2017, inédito, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 30 de octubre de 2018, que la revoca.

- 3) En cuanto a la orientación sexual de quienes recurren a la gestación por subrogación: 38 casos corresponden a parejas heterosexuales, 13 a parejas del mismo sexo y 1 a alguien sin pareja.
- 4) Con relación al vínculo que mantienen con la gestante: 36% tiene un vínculo familiar; otro 36% ha sido a través de un lazo afectivo y vínculo de confianza, se han propuesto como gestantes amigas íntimas, del círculo de amistad y lazo socioafectivo más cercanos, y 28% se ha presentado como conocida.
- 5) En cuanto al tipo de técnica a la que han acudido o pretenden acceder: 58% de los casos involucra un banco de gametos, es decir, es heteróloga, y 42% es técnica homóloga, es decir, con el mismo material genético de los comitentes y requirentes o pretensos progenitores.

Más allá de las diferentes estrategias procesales en torno a la judicialización de estos casos, es dable mencionar que todas tienen como finalidad eludir la máxima *mater semper certa est* contenida en el artículo 562 del CCyC, para así poder alcanzar y garantizar una inscripción registral que respete la voluntad procreacional del o los requirentes o comitentes y la identidad del nacido o nacida.³⁰

Si bien ha sido la jurisprudencia la que ha venido a subsanar el vacío regulatorio, es preciso legislar de modo que cuando nazca un niño o niña pueda ser inmediatamente inscrito o inscrita como hijo o hija de quienes quieren ser sus progenitores o progenitor conforme al elemento volitivo expresado, ya que el interés superior del niño comprometido merece ser atendido con la diligencia y premura máximas.³¹

³⁰ Vittola, Leonardo, "Conflictos de competencia en casos de gestación por sustitución" *RCCyC*, 44, 2019.

³¹ Juzgado Familia núm. 7, Lomas de Zamora, H. M. Y OTRO/A S/ medidas precautorias (art. 232 del CPCC), 30/12/2015, cita Microjuris online: MJ-JU-M-97208-AR.

Cabe mencionar que no hay un registro que proporcione información estadística del número estimado de nacimientos por gestación por subrogación en el país ni un número estimado de acuerdos realizados en el extranjero.

II. Judicialización de casos

Las distintas estrategias procesales pueden contextualizarse en función del momento en que se realizan.

De esta manera, observamos tres momentos clave: *a)* cuando el niño o la niña ya ha nacido; *b)* con el embarazo en curso, y *c)* antes de la transferencia del embrión en el cuerpo de la persona gestante.

Con relación al proceso judicial iniciado cuando el niño o la niña ha nacido, se advierten varias estrategias, entre ellas: iniciar una acción de impugnación de maternidad,³² acción declarativa de certeza,³³ una medida autosatisfactiva³⁴ o, simplemente, impedir la inscripción de nacimiento del niño o la niña y solicitarla a nombre de los o las peticionantes o requirentes.³⁵

³² El fin de esta acción es impugnar la maternidad de la persona gestante por no ser la "madre biológica" y luego reclamar el emplazamiento de la requirente como madre. Esta estrategia se llevó adelante —entre otros— en los casos: *Juzgado de Familia de Gualeguay, B.M.A. c. F.C.C.R. s/ ordinario*, del 19 de noviembre de 2013, cita La Ley online: AR/JUR/89976/2013; *Juzgado Nacional en lo Civil núm. 102, "C., E.A. y otro c. R.S., M.L. s/ impugnación de maternidad"*, cita online: AR/JUR/12711/2015; *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I S., "M.D. y otros c. A., S.S. s/ filiación"*, del 28 de agosto de 2020, cita La Ley online: AR/JUR/35471/2020, entre otros.

³³ En este caso, al producirse el nacimiento de los niños, debido a que ya habían sido inscritos, se ordenó la inmovilización de las actas de nacimiento y la inscripción en nuevas actas en las que figuraran como hijos de quienes habían expresado su voluntad de ser padres. Por ello los requirentes solicitaron judicialmente que se los inscriba y se emitan, de manera correcta, los documentos de identidad como hijos suyos (*Cfr. Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, C.M.E. y J.R.M. por inscrip. Nacimiento*, del 15 de diciembre de 2015, cita La Ley online: AR/JUR/58729/2015).

³⁴ Los requirentes solicitaron, como medida cautelar, que se ordene al Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que en tanto se resuelvan las actuaciones no inscriba de oficio al niño y, como medida autosatisfactiva de fondo, que se ordene la emisión de la partida de nacimiento del niño como hijo del matrimonio (*Cfr. Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, A.V.O., A. c. G.Y, J.J.E.*, del 29 de julio de 2015, cita La Ley online: AR/JUR/28597/2015).

³⁵ *Juzgado Nacional en lo Civil núm. 86, N.N. o D.G.M.B. s/ inscripción de nacimiento*, cita Microjuris online: MJ-DOC-6401-AR, MJD6401; *Juzgado Nacional en lo Civil núm. 83, N.N.O. s/ inscripción de nacimiento*, del 30 de junio de 2015, cita La Ley online: AR/JUR/24326/2015

Por su parte, los procesos judiciales iniciados durante el transcurso del embarazo se peticionan, con carácter urgente, a fin de obtener una autorización judicial para que al momento del nacimiento del niño o la niña se efectúe su inscripción ante el Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas, de acuerdo con su voluntad procreacional y realidad familiar.

Por último, aquellos procesos iniciados antes de la transferencia del embrión en el cuerpo de la gestante siguen los lineamientos de lo que se quiso regular en el Código Civil y Comercial, es decir, pueden plantearse como procesos de autorización judicial³⁶ o como homologación de convenio.³⁷

F. Debate y tensiones en torno a este tipo de procesos

I. Debate doctrinario. Distintas posturas

En este contexto de cierta anomia jurídica, la doctrina nacional actual se encuentra dividida con argumentos enfrentados, dando cuenta, en definitiva, de la importancia de su normativización.

³⁶ A través de esta acción, las partes solicitan al juez que les permita iniciar el procedimiento médico y que una vez transferido el embrión al cuerpo de la persona gestante el embarazo prosiga, y si se llega al parto y al nacimiento con vida, el niño nacido o la niña nacida sea inscrito o inscrita directamente a nombre de los requirentes, todo ello en beneficio de quien nacerá, para que no soporte los efectos negativos que se enumeraron cuando el asunto se judicializa luego del nacimiento (*cfr.* Juzgado de Familia núm. 6 de San Isidro, S., M.J. y otro *s/ autorización judicial*, del 2 de marzo de 2018, cita La Ley en línea: AR/JUR/1449/2018; Juzgado de Familia núm. 4 de Morón, A.P.Y. y otro/a c. A.M.G. y otro/a *s/ Acciones de impugnación de filiación*, del 5 de marzo de 2020, cita La Ley en línea: AR/JUR/17521/2020).

³⁷ En este tipo de acción se presentan ante la justicia los convenios suscritos entre quienes tienen la voluntad procreacional y quien gestará al hijo o la hija de los primeros para que, homologados, se comience en el centro de salud elegido el tratamiento correspondiente, con el mismo objetivo que el anterior: una vez producido el nacimiento, el niño nacido o la niña nacida se le inscriba como hijo o hija de los primeros (*Cfr. Juzgado de Familia núm. 2 de Córdoba, R., L.S. y otros-solicita homologación*, del 22 de noviembre de 2017, inédito).

Tal como lo resalta Notrica,³⁸ los argumentos para decir que sí a la gestación por subrogación residen en la mirada constitucional-convencional de la familia,³⁹ el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la salud y a la salud sexual y (no) reproductiva,⁴⁰ la utilización de los avances de la ciencia para sus propios beneficios, el interés superior de la niñez,⁴¹ el derecho a que sean criados por sus progenitores, el derecho a la identidad,⁴² la voluntad procreacional,⁴³ entre otros.

Contrario a ello, quienes se posicionan a favor de la prohibición de la figura se basan en el "valor" de la etapa prenatal, sostienen que la gestación por subrogación es un contrato de naturaleza inmoral,⁴⁴ aluden a

³⁸ Notrica, Federico, "Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal", *RCCyC*, diciembre, 2019.

³⁹ Ver Famá, María Victoria, "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", fallo comentado, CNFed. Civ. y Com., sala III, de 19.05.2009, "B.", M.N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación", *La Ley*, 2009, p. 2.

⁴⁰ Krasnow, Adriana, "Una pareja de lesbianas accede a la cobertura de un tratamiento de procreación asistida por decisión de la justicia", *DFyP*, enero-febrero, 2010, p. 255; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 22, "The right to sexual and reproductive health —article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights—. Disponible en: «<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC-Derechos-sexuales-y-Reproductivos-02-05-2016.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

⁴¹ Grosman, Cecilia, "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", *La Ley*, 1993-B, p. 1095; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", *La Ley*, 2012; Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos" (comentario a fallo: Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno *D. Ramón y D. César vs. Administración General del Estado*, del 6 de febrero de 2014, *La Ley* -2014-C.

⁴² Roca Trias, Encarna, "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Victoria (28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), en *Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988, p. 43.

⁴³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, comentario a fallo Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Civil Nro. 86-2013-06-18-N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento"; Rodríguez Iturburu, Mariana, "La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", *RDF* 68, 2015, p. 121.

⁴⁴ Inígo, Delia, Wagmaister, Adriana y Levy, Lea, "Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (esquema comparativo de tres legislaciones vigentes)", *La Ley*, 1991-B, p. 1135; Bossert, Gustavo, "Fecundación asistida", *JA*, 1988; Rivera, Julio César, "Instituciones de derecho civil. Parte

la comercialización, cosificación y explotación del cuerpo de las mujeres gestantes, e invocan la premisa del principio romano *mater semper certa est*, que se vería modificado por esta figura.⁴⁵

II. Silenciar, regular o prohibir

Independientemente de las posiciones a favor o en contra de la gestación por subrogación, esta práctica es una realidad y resulta cada vez más frecuente. La pregunta obligada que surge es: ¿debe prohibirse, silenciarse y ser tolerada o regulada? La respuesta que se impone es que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que la práctica se realice; antes bien, se utilizan estrategias muchas veces ilegales que generan conflictos que podrían ser evitados con una regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas que ocasiona.

Si bien se advierte que la mayoría de los procesos que se desarrollan en Argentina son judicializados con el objeto de garantizar los derechos de las personas y otorgar transparencia al procedimiento, no es un hecho menor que ante el silencio legal, los jueces son quienes se pronuncian acerca de la legalidad de la práctica que se realiza en cada caso concreto y, en definitiva, determinan la filiación de los hijos y las hijas nacidos por esta técnica, con la discrecionalidad y arbitrariedad que en algunos casos se vislumbra.

Veamos un ejemplo: la sala K no reconoce la gestación por subrogación, por ello ha desestimado una demanda de impugnación de maternidad, enviando a los padres, a su hija de cuatro años y a la mujer gestante, si así lo desearan, a encausar una demanda por una adopción. Con este

general", tomo I, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, pp. 414 y ss.; Sambrizzi, Eduardo, "La filiación en la procreación asistida", *El Derecho*, Buenos Aires, 2004, pp. 157 y ss.; Basset, Úrsula, "En consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, 2015; Azpiri, Jorge, "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *DFyP*, 6, año 4, julio, 2012, pp. 116-117, entre otros.

⁴⁵ Ales Uría, Mercedes, "La maternidad deconstruida: gestación por sustitución con ovodonación" *DFyP*, mayo, 2017, p. 243.

fallo, la sala K se alinea con la sala E (caso *S., I. N. c. A. C. L. s/ impugnación de filiación*, exp. 86.767/2015) en rechazar estas prácticas, mientras que la sala I (caso *S.M, D. y otros c. A. S. S. s/ filiación*, exp. 55.012/2017, del 28 de agosto de 2020) está a favor de estas prácticas junto a la sala H (*CIV 14153/2017, S.T., V. s/ inscripción de nacimiento*) y el procurador de la Corte Suprema se alinea en favor de estas prácticas (*CIV 14153/2017/ CS1, S.T., V. s/ inscripción de nacimiento*).

Claramente, la solución es regular para dar seguridad jurídica y proteger los derechos de las partes intervinientes, en especial los de la persona gestante (parte más vulnerable), a efectos de paliar las desigualdades, evitar la clandestinidad, abusos e injusticias y la intermediación incipiente que se visibiliza en estos tiempos, en un marco de igualdad, libertad y responsabilidad, porque así lo exige la doctrina internacional de los derechos humanos.

Hasta el momento no se han reportado casos⁴⁶ en que la gestante haya denunciado cierta explotación de su cuerpo, o que se haya querido quedar con el bebé nacido, o que los pretensos progenitores hayan abandonado al bebé nacido por una gestación por subrogación, como sí se reportaron en Paraguay,⁴⁷ Tailandia,⁴⁸ India⁴⁹ y México,⁵⁰ pero es imperiosa una regulación integral del tema.

⁴⁶ Quaini, Fabiana, "Un fallo sobre útero portador, con puntos novedosos y algunas contradicciones", *RCCyC*, octubre, 2019, p. 79.

⁴⁷ Telefuturo, "Ecuatoriana que iba alquilar su vientre en Paraguay pidió ayuda" *Telefuturo*, 21 de diciembre de 2018. Disponible en: «<https://telefuturo.com.py/noticia/26653-Ecuatoriana-que-iba-alquilar-su-vientre-en-Paraguay-pidi%C3%B3-ayuda>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

⁴⁸ ABC News, "Baby gammy: surrogacy row family cleared of abandoning child with Down syndrome in Thailand", *eABC News*, 13 de abril de 2016. Disponible en: «<https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

⁴⁹ Ray, Saptarshi, "India bans commercial surrogacy to stop 'rent a womb' exploitation of vulnerable women", *The Telegraph*, 20 de diciembre de 2018. Disponible en: «<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/12/20/india-bans-commercial-surrogacy-stop-rent-womb-exploitation/>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

⁵⁰ Crónica Global, "Raptan a un bebé enfermo concebido por un vientre de alquiler en México", *Crónica Global*, 9 de agosto de 2017. Disponible en: «https://cronicaglobal.elespanol.com/cronica-directo/sucesos/raptan-bebe-gestacion-subrogada_80798_102.html». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

G. Alcances de la gestación por subrogación internacional en el ámbito del derecho argentino

La gestación por subrogación internacional o también denominada transfronteriza o transnacional genera situaciones de incertidumbre e inseguridad jurídica que pone en juego los derechos humanos de quienes son parte en estos procesos, especialmente de los niños y niñas nacidos por esta técnica.

Estas situaciones conflictivas y complejas, cada vez más frecuentes, aparecen al tomar contacto con más de un ordenamiento jurídico. Nos referimos precisamente al del estado de nacimiento del niño o la niña y al del estado de recibimiento o de residencia habitual de los comitentes o pretensos progenitores.

Lo cierto es que, ante la falta de regulación en algunos Estados y la disparidad de criterios con la que se regula la temática en otros, han sido los jueces quienes han debido alcanzar soluciones a los conflictos planteados.⁵¹

En Argentina, tal como lo hemos mencionado, si bien se excluyó la temática del Código Civil y Comercial en la regulación de fondo, lo cierto es que su sección quinta, capítulo tercero, título cuarto, libro sexto, integrada por cuatro artículos (2631 a 2634), se aboca en general, desde la perspectiva internacional, a la problemática de la filiación por naturaleza y, en especial, a las técnicas de reproducción humana asistida.

⁵¹ La jurisprudencia argentina se ha pronunciado en la temática en: Cámara Civil de Rosario, 11 de mayo de 2015, *G.R.J. s/ medida autosatisfactiva*; Cámara de Apelaciones CAyT, sala I, 29 de octubre de 2015, *D.N.S.E. y otros c. GCBA s/ amparo*, exp. 37847-2015; Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario núm. 17, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *B.F.M. y otros c. GCBA s. amparo*, del 18 de diciembre de 2014 (en Córdoba, Julio "DIPr Argentina", del 25 de junio de 2015). Dicho pronunciamiento fue confirmado por la tercera sala de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario por sentencia del 9 de marzo de 2015 (JA 2015-III-985), entre otros.

En relación con el reconocimiento de la filiación otorgada en el extranjero, el artículo 2634 del CCyC establece el deber de reconocimiento de este tipo de filiaciones, si ello resulta de conformidad con los principios de orden público argentino, matizado por el interés superior del niño. Esta disposición es central para garantizar el derecho de los nacidos a la estabilidad y continuidad de sus emplazamientos.

En el ámbito nacional, Nieve Rubaja ha sostenido que en el artículo 2634 el legislador recurre al método de reconocimiento, entendido como aquél que opera para insertar una situación jurídica que ya ha sido creada en el derecho extranjero y con la finalidad de que ésta despliegue efectos en el foro, sin necesidad de someterla al procedimiento de *exequatur*.⁵² De este modo, se habilita la posibilidad de insertar la filiación conferida al amparo del derecho extranjero —ya sea que se plasme en una decisión judicial o en un documento público— en nuestro ordenamiento jurídico, siempre que se cumplan los recaudos que se desprenden de esta disposición y los que imponen la acreditación en el país de documentos emitidos en el extranjero.

Para ello, los recaudos que deben controlar y cumplimentarse son: *a)* recaudos formales a los fines de acreditar la autenticidad, legalización y, si corresponde, la debida traducción; *b)* documento o sentencia judicial expedido por una autoridad competente en el Estado de origen; *c)* superar la confrontación con el orden público internacional argentino en las condiciones y con el alcance que establece la aludida norma, priorizando el interés superior del niño y el derecho a la identidad.

Con ello, se evita la necesidad de recurrir al procedimiento de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras para la incorporación al ordenamiento jurídico nacional del emplazamiento filial otorgado en el extranjero.

⁵² Rubaja, Nieves, "Artículos 2601 a 2612", en Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, Infojus, 2015.

Desde esta perspectiva, claramente se posibilita la concreción de los derechos fundamentales involucrados del sujeto de que se trate y la determinación de su estatuto personal, especialmente los que hacen a la identidad, a la igualdad y estabilidad de los vínculos filiales sin perjuicio de su desplazamiento a través de las fronteras.

Claramente se incluye esta solución a la problemática del reconocimiento de los emplazamientos filiales derivados del uso de las TRHA en otros Estados, haciéndose cargo también de los casos de gestación por subrogación transfronteriza introduciendo en el segundo párrafo del mencionado artículo una importante resolución a estos conflictos.

Así, en primer lugar, se hace referencia a que "los principios que regulan las normas sobre filiación por estas técnicas integran el orden público y que deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención". Los principios que pueden identificarse son: el derecho a formar una familia; el principio de igualdad y no discriminación; el consentimiento previo, informado y libre; la revocación libre del consentimiento; la voluntad procreacional; y el derecho a la información de las personas nacidas por TRHA. La intervención puede ser tanto a los efectos del reconocimiento de estado como la inscripción de personas nacidas por estas técnicas. El último párrafo de la norma establece que la decisión e adoptar debe redundar en beneficio del interés superior del niño.

Cabe recordar que el orden público internacional argentino en esta materia viene dado por los principios consagrados en diversos convenios internacionales con jerarquía constitucional, enumerados en el artículo 75, inciso 22, de la CN. En particular, cabe recordar el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, del 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

En suma, la normativa actual al establecer el reconocimiento de todo emplazamiento filial de acuerdo con el derecho extranjero incluye a la filiación generada mediante procedimientos de gestación por subrogación.

Siguiendo el mismo entendimiento, es importante señalar que el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a través de la Dirección de Asistencia Técnica, emitió el siguiente dictamen:

A raíz de la vigencia del Código Civil y Comercial, esta Dirección de Asistencia Jurídica Internacional ha advertido que, en materia de reconocimiento de la filiación extranjera, ha habido una importante modificación que requerirá, de las áreas del Ministerio con competencia en esta materia un análisis sobre las consecuencias que pueden surgir, fundamentalmente en materia de reconocimiento de filiaciones surgidas de contratos de maternidad subrogada y en cuanto a la posibilidad de habilitar los trámites de nacionalidad por opción cuando el vínculo filial se acredita con una partida, que tiene como antecedente un contrato de maternidad subrogada.⁵³

H. Palabras finales

La gestación por subrogación en Argentina es una realidad que el derecho no puede ni debe desconocer. Lo que se ha pretendido en este capítulo es brindar un panorama general sobre el estado actual de la gestación por subrogación en Argentina, los principales conflictos, debates y tensiones que genera desde la perspectiva jurídica.

Las distintas estrategias judiciales y la coexistencia de la disposición número 93/DGRC/17, que autoriza preventivamente la inscripción de los nacidos por gestación por subrogación sin autorización judicial y bajo determinados presupuestos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de

⁵³ Dictamen 15573/15, de 14 de diciembre de 2015, del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Buenos Aires, refleja el estado actual de la práctica de la gestación por subrogación en Argentina y la problemática por la falta de regulación.

Dicha situación se irá profundizando y se tornará aún más compleja si no se regula esta técnica, no sólo para evitar la clandestinidad, el abuso, la desigualdad y los intermediadores que empiezan a aparecer, sino también por la posibilidad de inscripción de un nacimiento que no se corresponda con la voluntad procreacional debidamente expresada y que, posteriormente, sea objeto de un proceso judicial para determinar el vínculo filial, con las implicancias y consecuencias que eso conlleva.

Legislar la gestación por subrogación con perspectiva de género, para salvaguardar los derechos de la persona gestante, es la respuesta para erradicar, en primer lugar, la indeterminación o falta de certeza respecto de la identidad del niño o la niña y, en segundo término, para garantizar además el pleno ejercicio de los derechos con el fin de otorgar seguridad jurídica y protección a todos los sujetos intervinientes, gestante y comitentes, y básicamente para garantizar el interés superior del niño o la niña que pueda nacer de un procedimiento de gestación.⁵⁴

Bibliografía

ABC News, "Baby gammy: surrogacy row family cleared of abandoning child with Down syndrome in Thailand", *ABC News*, 13 de abril de 2016. Disponible en: «<https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

⁵⁴ Así también lo evidencia el Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres en Argentina, poniendo el foco en el contexto actual de inexistencia de normas internacionales explícitas y específicas, advirtiendo la creciente presencia de prácticas abusivas tanto en contextos no regulados como en los regulados, Marrama, Silvia, "Informe A/HRC/37/60", *Revista Internacional de Derechos Humanos* 2, 2019. Disponible en: «<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10080>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Ales Uría, Mercedes, "La maternidad deconstruida: gestación por sustitución con ovodonación", *DFyP*, mayo, 2017.

Azpiri, Jorge, "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", *DFyP*, 6, año 4, julio, 2012.

Basset, Úrsula, "En consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial", *La Ley*, 2015.

Bossert, Gustavo, "Fecundación asistida", *JA*, 1988.

Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativa y Tributaria, Sala I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros contra GCBA y otros sobre Amparo-otros Número: EXP A1861/2017-0", 06.08.2017. Disponible en: «<https://s3.amazonaws.com/public.diariojudicial.com/documentos/000/075/320/000075320.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Comisión Asesora de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. *Guía de Buenas Prácticas sobre Gestación por Sustitución*. 2017. Disponible en: «https://5421f6af-e38b-4638-b61f-0d44d933e60e.filesusr.com/ugd/49c077_bf3ac9cd395c44ab8a9d69cd5f7238a1.pdf». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, "Dictamen de Comisión", 2013. Disponible en: «<http://www.cabb.org.ar/sitio-viejo/noticias/combi.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 22, "The right to sexual and reproductive health —article 12 of the International Covenant on Economic, Social and

Cultural Rights—". Disponible en: «<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/04/Observaci%C3%B3n-N-22-DESC-Derechos-sexuales-y-Reproductivos-02-05-2016.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Corte IDH. *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Disponible en: «<https://summa.cejil.org/pt/entity/dn9ltoegb74fr8uik2zr7wrk9>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Crónica Global, "Raptan a un bebé enfermo concebido por un vientre de alquiler en México", *Crónica Global*, 9 de agosto de 2017. Disponible en: «https://cronicaglobal.elespanol.com/cronica-directo/sucesos/raptan-bebe-gestacion-subrogada_80798_102.html». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Famá, María Victoria, "La infertilidad y el acceso a las técnicas de reproducción asistida como un derecho humano", fallo comentado, CNFed. Civ. y Com., sala III, de 19.05.2009, "B., M.N. y otro c. Dirección de Ayuda Social para Personal del Congreso de la Nación", *La Ley*, 2009.

Famá, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", *La Ley*, 2011, 1, *La Ley*, 1204, 2011-C.

Famá, María Victoria, *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

Fortuna, Sebastián Ignacio, "Comentarios a la normativa proyectada sobre técnicas en reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Cód. Civil y Comercial de la Nación", *RDE*, 57, 2012.

Gil Domínguez, Andrés, *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*, Buenos Aires, Ediar, 2014.

Gil Domínguez, Andrés, "La gestación por sustitución como derecho fundamental y derecho humano", *DFyP*, diciembre, 2015, p. 237.

Gil Domínguez, Andrés, "La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico", *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* 30, 2017.

Gil Domínguez, Andrés, "La gestante no es madre. Reflexiones sobre la gestación por sustitución y el discurso jurídico" *Under Constitucional*, 2017. Disponible en: «<http://underconstitucional.blogspot.com/2017/06/la-gestante-no-es-madre-reflexiones.html>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA), Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS. Disponible en: «https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1» [consultado el 15 de septiembre de 2021].

Grosman, Cecilia, "Significado de la Convención sobre los Derechos del Niño", *La Ley*, 1993-B.

Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución", *Revista Microjuris*, 2012.

Herrera, Marisa, De la Torre Natalia y Fernández, Silvia, *Derecho Filial: perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires, La Ley, 2018.

Inciarte, Florencia, Quaini, Fabiana, Martínez, Patricia, Urquiza, Fernanda, Piscicelli, Clara, Pasqualini, Agustín y Pasqualini, Sergio, "Subrogación uterina. Una realidad en la Argentina", *Reproducción* 33(2), 2018, pp. 27-35.

Iñigo, Delia, Wagmaister, Adriana y Levy, Lea, "Algunas reflexiones sobre reproducción humana asistida (esquema comparativo de tres legislaciones vigentes)", *La Ley*, 1991-B.

Kemelmajer de Carlucci, Aída y Lamm, Eleonora, "La gestación por sustitución en el Tribunal Supremo de España. Paradoja de la invocación del interés superior del niño para negar sus derechos" (comentario a fallo: Tribunal Supremo de España, sala de lo Civil, pleno "D. Ramón y D. César vs. Administración General del Estado", de 06.02.2014, *La Ley* 2014-C.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Por que sí a la regulación por sustitución, a pesar de todo", *La Ley*, 2012.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", *La Ley*, 2012.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución en Argentina. Inscripción judicial del niño conforme a la regla de la voluntad procreacional, comentario a fallo Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Civil Nro. 86 ~ 2013-06-18 ~ N.N. o DGMB M s/ inscripción de nacimiento", *La Ley*, 195, 2013-D.

Krasnow, Adriana, "Una pareja de lesbianas accede a la cobertura de un tratamiento de procreación asistida por decisión de la justicia", *DFyP*, enero-febrero, 2010.

Lamm, Eleonora, "La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 50, 2011, pp. 107-32.

Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

Marrama, Silvia, "Informe A/HRC/37/60", *Revista Internacional de Derechos Humanos* 2, 2019. Disponible en: «<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/10080>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Navés, Flavia, Abelaira, Paula y Aguas, Nicolás "Evaluación psicológica en el ámbito de la medicina reproductiva: el caso de la gestación por sustitución" en XI Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología. XXVI Jornadas de Investigación. XV Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR. I Encuentro de Investigación de Terapia Ocupacional. I Encuentro de Musicoterapia, Facultad de Psicología-Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2019. Disponible en: «<https://www.aacademica.org/000-111/114>» [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Notrica, Federico, "Gestación por sustitución: estrategias procesales y soluciones de fondo frente al silencio legal", *RCCyC*, diciembre, 2019.

Proyecto de Ley 3524-D-2020. Disponible en: «<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3524-D-2020.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Proyecto de Ley S-1429-2020. Disponible en: «<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/parlamentaria/433789/downloadPdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Quaini, Fabiana, "Un fallo sobre útero portador, con puntos novedosos y algunas contradicciones", *RCCyC*, octubre, 2019

Ray, Saptarshi, "India bans commercial surrogacy to stop 'rent a womb' exploitation of vulnerable women", *The Telegraph*, 20 de diciembre de 2018. Disponible en: «<https://www.telegraph.co.uk/news/2018/12/20/india-bans-commercial-surrogacy-stop-rent-womb-exploitation/>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Rivera, Julio César, "Instituciones de derecho civil. Parte general", tomo I, 4a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007

Roca Trías, Encarna, "La incidencia de la inseminación-fecundación artificial en los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional", ponencia presentada al II Congreso Mundial Vasco, celebrado en Victoria (28 de septiembre a 2 de octubre de 1987), en *Filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, Madrid, 1988

Rodríguez Iturburu, Mariana, "La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", *RDF* 68, 2015.

Rodríguez Iturburu, Mariana, "Gestación por sustitución. Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada". Estado actual en la Argentina. Parte I, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* 34, 2018.

Rodríguez Iturburu, Mariana, "Gestación por sustitución. Las cosas por su nombre, ni alquiler de vientre ni maternidad subrogada". Estado actual en la Argentina. Parte II, *Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos* 37, 2018.

Rubaja, Nieves, "Artículos 2601 a 2612", en Caramelo, Gustavo, Picasso, Sebastián y Herrera, Marisa (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, Buenos Aires, Infojus, 2015.

Telefuturo, "Ecuatoriana que iba alquilar su vientre en Paraguay pidió ayuda" *Telefuturo*, 21 de diciembre de 2018. Disponible en: «<https://telefuturo.com.py/noticia/26653-Ecuatoriana-que-iba-alquilar-su-vientre-en-Paraguay-pidi%C3%B3-ayuda>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

Sambrizzi, Eduardo, "La filiación en la procreación asistida", *El Derecho*, Buenos Aires, 2004,

Víttola, Leonardo, "Conflictos de competencia en casos de gestación por sustitución" *RCCyC*, 44, 2019.

Anexo

1. Juzgado de Familia de Gualeguaychú (rechaza la acción por falta de legitimidad activa) (Sin dato-se desconoce la sentencia).
2. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, "B., M.A.C.F.C., C.R.", de 14.04.2010, cita La Ley online: AR/JUR/75333/2010. Revoca la sentencia 1, disponiendo se dé trámite a la acción.
3. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 86, "N.N. o D.G.M.B. s/inscripción de nacimiento", de 18.06.2013, cita Microjuris online: MJ-DOC6401-AR | MJD6401.
4. Juzgado de Familia de Gualeguay, "B.M.A. c/ F.C.C.R. | ordinario", de 19.11.2013, cita Microjuris online: MJ-JU-M-83567-AR | MJJ83567.
5. Tribunal de Familia núm. 7 de Rosario, "F.M.L. y otra s/autorización judicial", de 02.12.2014, cita La Ley online: AR/JUR/90178/2014.
6. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 102, de 18.05.2015, "C., F.A. y otro c/ R.S., M. L. s/impugnación de maternidad", cita La Ley online: AR/JUR/12711/2015. LL. 2015-C-522.

7. Juzgado Nacional Civil núm. 83, "N.N.O., s/inscripción de nacimiento", de 23.06.2015, cita La Ley online: AR/JUR/24326/2015
8. Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, "A.V.O., A.C.G. y J.J.F.", de 29.07.2015, disponible en: «<http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MENDOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n..pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].
9. Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, "C.M.E. y J.R.M. por Inscrip. Nacimiento", de 15.12.2015, cita La Ley online: AR/JUR/58729/2015.
10. Juzgado de Familia núm. 9 de San Carlos De Bariloche, de 29/12/2015. "Dato Reservado. Expte. núm. 10178 14", cita La Ley online: AR/JUR/78613/2015, Infojus: NV13851. AR/JUR78613/2015.
11. Juzgado Familia núm. 7, Lomas de Zamora, "H.M. y otro/a s/medidas precautorias (artículo 232 del CPCC)", de 30.12.2015, cita Microjuris online: MJ-JU-M-97208-AR, cita La Ley online: AR/JUR/78614/2015.
12. Tribunal Colegiado de Familia núm. 5 de Rosario, "S.G.G. y otros s/filiación", de 27.05.2016, cita La Ley online: AR/JUR/37971/2016.
13. Juzgado Nacional Civil núm. 7, "A.R., C. y otros c/C., M.J. s/impugnación de filiación", de 15.06.2016.
14. Juzgado Civil núm. 4, de 30.06.2016.
15. Juzgado Unipersonal de Familia núm. 2 de Moreno, "S.P., B.B. c/S.P., R.F. s/materia a categorizar", de 04.07.2016, cita La Ley online: AR/JUR/42506/2016 inconstitucionalidad.

16. Juzgado de Familia núm. 3 de Gral. San Martín, de 22.08.2016, "M., I.M. y otro s/autorización judicial, cita La Ley online: AR/JUR/108097/2016.
17. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 8, "B., B.M. y otro c/G., Y.A. s/impugnación de filiación", de 20.09.2016, elDial.com- AA9A82, disponible en: «<http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].
18. Juzgado de Familia núm. 12 de Lomas de Zamora, "G.M., C. y otro c/W.B., A.V. s/rectificación de partida", de 03.10.2016, inédito.
19. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala H (revoca sentencia núm. 14), de 24.10.2016; 20. Juzgado Familia núm. 7, Lomas de Zamora, "B.J.D. y otros s/materia a categorizar", de 30.11.2016, cita La Ley online: AR/JUR/85614/2016 inconstitucionalidad del artículo 562 del CCyC; 21. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 81, "S., I.N. y otro c/A., C.L. s/Impugnación de Filiación", de 14.06.2017, cita La Ley online: AR/JUR/37036/2017.
22. Juzgado de Familia núm. 5 de Viedma, "Reservado s/ autorización judicial (f)", de 06.07.2017, cita La Ley online: AR/JUR/39473/2017, LA LEY 22.08.2017, 7, con nota de Eduardo A. Sambrizzi.
23. Juzgado de Familia núm. 2 de Mendoza, "M.M.C. y M.G.J. y R.F.N. por medidas autosatisfactivas", de 06.09.2017, cita La Ley online: AR/JUR/60950/2017, lo que torna ese texto normativo inaplicable.
24. Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, en autos caratulados "S.T.,V. s/inscripción de nacimiento", de 20.10.2017. Inédito.
25. Juzgado de Familia núm. 3 de Córdoba, "R., L. S. y otros - solicita homologación", de 22.11.2017, Id SAIJ FA17160015.

26. Tribunal Colegiado núm. 7 de Rosario, "H., M.E. y otros s/ Venias y Dispensas", 05.12.2017, cita Microjuris online: MJ-JU-M 108324-AR MJJ108324, cita La Ley online: AR/JUR/105404/2017.

27. Juzgado de Familia núm. 2 de Mendoza, "S.M.S.; T.C.J.; B.P.V. por medidas autosatisfactivas", de 15.02.2018, cita La Ley online: AR/JUR/1438/2018.

28. Juzgado de Familia núm. 6 de San Isidro, "S., M.J. s/ autorización judicial", de 02.03.2018, cita La Ley online: AR/JUR/1449/2018.

29. Juzgado de Familia y Menores N ° 1, Villa Mercedes, San Luis, de 05.03.2018, "V.L.J. y otros s/ Autorización Judicial, EXP. 314725/17", inédito.

30. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, de 15.03.2018, "S.T., V. s/ inscripción de nacimiento", cita Microjuris online: MJ-JU_M-110359-AR- MJJ110359, cita La Ley online: AR/JUR/5414/2018, LA LEY 14.09.2018, 4, con nota de Julio L. Gómez, LA LEY 2018-E, 106, con nota de Julio L. Gómez, *DFyP* 2018 (octubre), 211, con nota de Eliana M. González, *RCCyC* 2018 (noviembre), 61, con nota de Eliana M. González, *DFyP* 2019 (febrero), 79, con nota de Julio L. Gómez, *RCCyC* 2019 (febrero), 52, con nota de Julio L. Gómez, cita La Ley online: AR/JUR/5414/2018.

31. Juzgado de Familia Maipú, Mendoza, de 04.04.2018, "A.G., O.C.E. Y A. M. D. P/ Autorización", inédito.

32. Juzgado de Familia 4a. Nominación Córdoba, de 21.05.2018, disponible en: «<https://www.juschubut.gov.ar/index.php/inicio-temisnet/1512-jurisprudencia-cordoba-maternidad-subrogada-terapias-de-reproduccion-humana-asistida-derecho-a-la-identidad-interes-superior-del-nino>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

33. Juzgado de 1a Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de 2a. Nominación de Villa María "R., R.A. y otros s/ autorizaciones", de 08.06.2018, LLC 2018 (diciembre), 7, con nota de Fabiana Quaini, *DFyP* 2019 (marzo), 201.
34. Juzgado de Familia de 1a Nominación de Córdoba A., M.T.Y otro s/ Solicita Homologación", de 06.08.2018, cita La Ley online: AR/JUR/39379/2018, *RCCyC* 2018 (octubre), 83, *DFyP* 2019 (mayo), 244, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, de 06.02.2018, "V., R.C. y otro c. Registro Civil y Capacidad de las Personas y Otros s/ amparo – familia", cita La Ley online: AR/JUR/1441/2018.
35. Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones de 1a Nominación de Tucumán (JFamiliaySucesionesTucuman) (1a. Nom), "P.A.M. y otro s/ autorización judicial", de 26.09.2018, cita La Ley online: AR/JUR/60730/2018, *RCCyC* 2019 (febrero), 70, cita La Ley online: AR/JUR/60730/2018, inconstitucionalidad del 562.
36. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, "S.I.N. y otro c/ A.C.L. s/ impugnación de filiación", expediente 86.767/2015, de 30.10.2018 (J.81), revoca sentencia 21.
37. Juzgado de Familia Neuquén, "Cides Tamara Elisabet y otros s/ medida autosatisfactiva", expediente: (91494/2018), SENFIL, 262823/2018, de 27.11.2018.
38. Juzgado Civil núm. 3 Nom. Bell Ville Córdoba, de 06.12.2018, elDial.comAAAAF41.
39. Tribunal Colegiado de Familia núm. 2 de Santa Fe, de 28.12.2018, RCJ 6277/19.

40. Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil núm. 87, "O.F, G.A. y otro s/ autorización", de 03.04.2019, cita La Ley online: AR/JUR/15656/2019, *RDF* 2019-VI, 53 Con nota de Verónica Marco - AR/JUR/15656/2019.
41. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil núm. 83, de 12.04.2019, inédito.
42. Juzgado de Familia núm. 1 de Pergamino, de 22.04.2019, "C., C.A. y otros s/ materia a categorizar", *RDF* 2019-VI, 39, con nota de Verónica Marco, cita La Ley online: AR/JUR/15655/2019.
43. Juzgado de Familia de 5a. Nominación de Córdoba, "V.A.B. y otros s/ solicita homologación", de 25.04.2019, cita La Ley online: AR/JUR/9677/2019.
44. Juzgado en lo Civil en Familia VII del Centro Judicial de la Capital de Tucumán, de 27.05.2019, inédito.
45. Juzgado de Familia de 6a. Nominación de Córdoba, de 13.08.2019, "F, C. y otro", cita La Ley online: AR/JUR/27855/2019, elDial.com -AAB699.
46. Juzgado de Familia núm. 10 de Bariloche, de 29.08.2019, inédito.
47. Tribunal Colegiado de Familia núm. 5 Rosario, de 11.10.2019, inédito.
48. Juzgado de Familia Violencia Familiar núm. 5 Godoy Cruz, Mendoza, de 06.11.2019, inédito.
49. Juzgado de Familia núm. 4 de Morón, de 05.03.2020, "A.PY. y otro/a c. A.M.G. y otro/a s/ Acciones de impugnación de filiación, cita La Ley online: AR/JUR/17521/2020.

50. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, sala III, de 06.11.2019, "T.C., E.M.; T., J.I. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/ Amparo", LA LEY 10.02.2020, 4, con nota de Ayelén Zuccarini, LA LEY 2020-A, 198.
51. Juzgado de Familia núm. 8 de La Plata, de 27.04.2020, "D., J.E. y otro/a s/ autorización judicial", RCCyC 2020 (agosto), 67 SJA 09.09.2020, 82 JA 2020-III, cita La Ley online: AR/JUR/15367/2020.
52. Juzgado Civil, Comercial y de Familia de la 4a. Nominación Villa María Córdoba, de 21.05.2020, cita Microjuris online: MJJU-M126330-AR.
- 53-54. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala I, "S., M.D. y otros c. A., S.S. s/ filiación", de 28.08.2020, cita Microjuris online: MJ-JU-M-127447-AR, cita La Ley online: AR/JUR/35471/2020.
- 55-56. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala K, "F., R.R. y otro c. G.P., M.A. s/ impugnación de filiación", de 28.10.2020, cita La Ley online: AR/JUR/54740/2020, elDial.com AAC031, sentencia de primera instancia no disponible.
57. Juzgado de Familia núm. 7 de Viedma, de 31.03.2021, disponible en: «<http://servicios.jusrionegro.gov.ar/inicio/comunicacionjudicial/index.php/noticias/item/3416-viedma-autorizan-subrogacion-de-vientre-con-una-persona-que-sera-gestante-por-segunda-vez>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].
58. Juzgado de 1a. Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario núm. 6, Secretaría núm. 2, "C., V.D. y otros contra OBSBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/ sobre Amparo - Salud-Medicamentos y Tratamientos", disponible en: «<https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/097/351/000097351.pdf>». [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

59. Juzgado de Familia núm. 2 de San Luis, abril 2021, inédito.
60. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala A, "S., N.A. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Prestaciones médicas", de 08.07.2021, cita La Ley online: AR/JUR/117242/2021.

CAPÍTULO 2

La gestación por subrogación en Brasil

Gustavo Ribeiro*

Joyceane Bezerra de Menezes**

* Doctor en Derecho Privado por la Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais (PUC/Minas, Brasil). Profesor asociado de la Universidad Federal de Lavras (UFLA, Brasil). Líder del Laboratorio de Bioética y Derecho (LABB), inscrito en el Directorio de Grupos de Investigación del Consejo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (CNPq). Correo electrónico: gustavoribeiro@ufla.br.

** Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco (Brasil). Profesora titular de la Universidad de Fortaleza-Programa de Posgrado Stricto Sensu en Derecho. Profesora asociada de la Universidad Federal de Ceará. Editora de *Pensar, Revista de Ciencias Jurídicas*. Abogada. Correo electrónico: joyceane@unifor.br.

SUMARIO: A. Marco normativo de la gestación subrogada; I. Regulación de la gestación subrogada; II. Resolución 2.294/2021 del Consejo Federal de Medicina; III. Supervisión de la gestación subrogada; IV. Estadísticas sobre la gestación subrogada; B. Acuerdo de gestación por subrogación; II. Gratuidad de la gestación subrogada; II. Criterios de elegibilidad para los beneficiarios de la gestación subrogada; III. Criterios de elegibilidad para la gestante subrogada; IV. Uso de gametos o embriones de terceros; C. Filiación en la gestación subrogada; I. Declaración de nacimiento vivo; II. Registro civil de nacimiento; D. Agencias de intermediación; E. Criminalización; F. Acuerdos internacionales sobre gestación subrogada; I. Registro de nacimiento; II. Obtención de la nacionalidad brasileña; III. Homologación de la sentencia extranjera; G. Conclusión. Bibliografía.

A. Marco normativo de la gestación subrogada

Brasil está incluido entre aquellos países que regulan la gestación subrogada basándose en las guías elaboradas por la comunidad médica; sin embargo, como veremos, es preciso tener en cuenta otros tipos de disposiciones al evaluar los efectos jurídicos de la práctica.

I. Regulación de la gestación subrogada

En Brasil no existe una ley formal para la gestación por sustitución. Sin embargo, se afirma que la legitimidad de las tecnologías de reproducción asistida descansa en el reconocimiento constitucional de la libre planificación familiar,¹ enunciada en el artículo 226, § 7, de Constitución de la

¹ Brauner, Maria Claudia, *Direito, sexualidade e reprodução humana*, Río de Janeiro, Renovar, 2003; Gama, Guilherme, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 442-466; Barboza, Heloisa Helena, "Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida" en Leite, Eduardo, *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*, Río de Janeiro, Forense, 2004, pp. 153-168.

República² y regulada por la Ley 9.263/1996. La decisión de tener o no hijos y, en su caso, la definición del momento y la forma más adecuados para llevar a cabo el desiderátum corresponde a la persona o pareja, sin injerencia de entidades públicas o privadas. A tal efecto, se ofrecerán todos los métodos y técnicas de concepción y anticoncepción científicamente aceptados y que no pongan en riesgo la vida y la salud de las personas, lo que incluye las técnicas de reproducción asistida, en los términos del artículo 9 de la Ley 9.263/1996.

A falta de legislación en la materia, el Consejo Federal de Medicina (CFM), en uso de sus atribuciones, ha emitido actos normativos para orientar a los médicos en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida. Actualmente está en vigor la Resolución 2.294/2021.³ El CFM, creado por la Ley 3.268/1957, es una entidad de administración pública indirecta con facultades de inspección y regulación de la práctica médica. Sus actos normativos, en forma de resoluciones, indican las normas de conducta que deben seguir los médicos, so pena de responsabilidad disciplinaria. En la práctica, también sirven para regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones legales del uso de las técnicas de reproducción asistida.

II. Resolución 2.294/2021 del Consejo Federal de Medicina

La estructura de la Resolución 2.294/2021 es relativamente sencilla, ya que sólo consta de tres artículos y un apéndice. Los artículos establecen su objeto, el inicio de su vigencia y las disposiciones derogadas, mientras

² "[B]asado en los principios de la dignidad humana y de la paternidad responsable, la planificación familiar es una decisión libre de la pareja, siendo el Estado responsable de proporcionar los recursos educativos y científicos para el ejercicio de este derecho, quedando prohibida cualquier forma de coacción por parte de instituciones oficiales o privadas".

³ En 1992, el Consejo Federal de Medicina emitió el primer acto normativo para regular la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, la Resolución 1.358. Los actos normativos posteriores tuvieron periodos de validez más cortos: Resolución 1.957, entre 2010 y 2013; Resolución 2.013, entre 2013 y 2015; Resolución 2.121, entre 2015 y 2017, y Resolución 2.168, entre 2017 y 2021. Hasta la fecha, seis títulos normativos han sancionado la aplicación de técnicas de reproducción asistida.

que el apéndice enumera las normas éticas que deben seguir los médicos en el uso de las técnicas de reproducción asistida; las cuales están organizadas en nueve secciones: 1) principios generales; 2) pacientes de técnicas de reproducción asistida; 3) clínicas, centros o servicios que aplican técnicas de reproducción asistida; 4) donación de gametos o embriones; 5) criopreservación de gametos o embriones; 6) diagnóstico genético preimplantacional de embriones; 7) gestación subrogada, también llamada cesión temporal de útero; 8) reproducción asistida *post mortem*, y 9) disposiciones finales. Cada sección, a su vez, indica los mandatos normativos en artículos. La gestación subrogada se trata en un apartado específico, compuesto por sólo tres puntos, que contemplan la recomendación médica, la elegibilidad de la gestante, el carácter gratuito de la práctica y los documentos que deben componer el expediente médico.

III. Supervisión de la gestación subrogada

No hay ninguna autoridad administrativa o judicial establecida para supervisar la gestación subrogada. Cabe al médico responsable constatar la elegibilidad de los beneficiarios y de la persona que llevará el embarazo, además de comprobar la existencia de un acuerdo entre los involucrados, abordando el carácter libre de la práctica y la cuestión de la filiación, entre otros puntos. Cuando no exista relación de parentesco hasta el cuarto grado entre la eventual gestante y uno de los planificadores de la gestación por sustitución, será necesaria la autorización previa del respectivo Consejo Regional de Medicina,⁴ así como en otros casos no previstos en la Resolución 2.294/2021.⁵

IV. Estadísticas sobre la gestación subrogada

En 1984 nació el primer niño fruto de fecundación *in vitro*, llevada a cabo en un centro de planificación familiar de la ciudad de São Paulo, a cargo

⁴ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección VII, inciso 1.

⁵ *Ibidem*, sección IX.

del médico Milton Nakamura.⁶ En 1990 se produjo la primera gestación subrogada, con la transferencia de embriones entre dos hermanas, en un centro de fertilidad situado en la ciudad de Curitiba, a cargo del médico Karam Abdou Saab.⁷

En los últimos años, la demanda de servicios dedicados a la reproducción asistida ha aumentado considerablemente, como indican las cifras de ciclos de fecundación *in vitro* realizados, embriones implantados y embriones congelados. Entre 2014 y 2018 se registró un promedio de 68,000 embriones implantados y 70,000 congelados, con tasas de crecimiento anual en ambas situaciones.⁸ El número de ciclos de fecundación *in vitro* pasó de poco más de 27,000 en 2014 a casi 43,000 en 2018.⁹ En 2019 se realizaron casi 45,000 ciclos de fecundación *in vitro*, que dieron como resultado algo más de 100,000 embriones congelados y alrededor de 26,000 embriones implantados en pacientes.¹⁰

Lamentablemente, no se encontraron estadísticas oficiales sobre la gestación subrogada, a pesar de que las clínicas de reproducción asistida están obligadas a llevar un registro permanente de los embarazos derivados de las diferentes técnicas y sus resultados, a efectos de inspección por parte del respectivo Consejo Regional de Medicina.¹¹ Por lo tanto, falta un órgano central que recabe, recopile, analice y publique los datos cuantitativos de los mencionados registros.

En 2019 se estimó que en el país funcionaban aproximadamente 180 centros de reproducción asistida, distribuidos en 23 unidades federativas.¹² São Paulo concentraba aproximadamente 35% de las clínicas

⁶ Meirelles, Jussara, *Gestação por outrem e determinação da maternidade*, Curitiba, Genesis, 1998, pp. 34-45.

⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁸ Agência Nacional de Vigilância Sanitária, *Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*, Brasília, Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2019, p. 6.

⁹ *Ibidem*, p. 8.

¹⁰ *Ibidem*, p. 9.

¹¹ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección III, incisos 2 y 4.

¹² *Ibidem*, p. 3.

especializadas, seguido de Minas Gerais, con 14%, y Paraná, con 9%, lo que revela una alta concentración en las regiones con mayores indicadores socioeconómicos. Un estudio realizado por Machin y sus colaboradores señala que 76.5% de los servicios de reproducción asistida instalados en el país ofrecían gestación subrogada, considerando la información proporcionada por 81 de ellos, entre los años 2015 y 2016.¹³ El estudio también señala que más de 90% de las clínicas o centros especializados estaban relacionados con la iniciativa privada, mientras que el resto de los servicios estaban asociados principalmente a universidades públicas.¹⁴

B. Acuerdo de gestación por subrogación

Aunque no existe una legislación específica sobre la materia, la doctrina mayoritaria considera válido el acuerdo de gestación subrogada, aunque no discute de forma adecuada el carácter vinculante de sus cláusulas. Salvo raras excepciones,¹⁵ los trabajos sobre el tema no abordan las distintas hipótesis de incumplimiento contractual y sus consecuencias. En la jurisprudencia no se ha identificado ningún caso en el que se haya analizado específicamente un conflicto de maternidad o la aplicabilidad de las cláusulas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Tampoco hay ningún caso que implique la rescisión de alguna de las partes una vez concluido el acuerdo de embarazo. Quizá sea porque los procesos judiciales que tratan de la filiación o que contienen

¹³ Machin, Rosana, Mendosa, Douglas, Augusto, Maria Helena y Monteleone, Pedro Augusto, "Assisted reproductive technologies in Brazil: characterization of centers and profiles from patients treated", *JBRA Assisted Reproduction*, 24(3), 2020, pp. 235-240.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Sá, Maria de Fátima y Rettore, Ana Cristina, "A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança", en Teixeira, Ana Carolina y Lima, Renata (coords.), *Contratos, família e sucessões*, Indaiatuba, Foco, 2021, pp. 141-164; Young, Beatriz, "Os contratos nas técnicas de reprodução assistida", en Barboza, Heloisa Helena, Leal, Livia y Almeida, Victor (coords.), *Biodireito*, Indaiatuba, Foco, 2021, pp. 3-18; Sá, Maria de Fátima y Lima, Taisa Maria, "Gestação de substituição: uma análise a partir do direito contratual", en Cordeiro, José Carlos y Gomes, Josiane (coords.), *Temas contemporâneos de direito das famílias*, São Paulo, Pílares, 2018, pp. 461-479.

datos protegidos por el derecho constitucional a la intimidad se llevan a cabo en el secreto de los tribunales. Así, las principales resoluciones judiciales accesibles se refieren a los efectos de la gestación subrogada en relación con terceros, como el acta de nacimiento en caso de denegación por parte del Registro Civil,¹⁶ la ampliación de la cobertura del plan de salud privado de los beneficiarios de la reproducción asistida a la persona subrogada¹⁷ y la concesión del permiso de maternidad a favor de la misma.¹⁸

II. Gratuidad de la gestación subrogada

Según la Resolución 2.294/2021, la gestación subrogada no puede tener carácter lucrativo o comercial,¹⁹ siguiendo la posición adoptada desde la Resolución 1.358/1992. En efecto, se afirma que la persona embarazada se ve impedida de percibir una remuneración por el compromiso asumido de llevar a cabo la gestación a favor de otra.

La corriente dominante subraya que la gratuidad de la gestación subrogada se basa en la prohibición constitucional de la comercialización de

¹⁶ Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, Condado de Camaçari, Juicio Primero de Familia, Autos del Proceso 0501663-67.2015.8.05.0039, jueza Fernanda Karina Vasconcelos Símaro, juzgado el 4 de junio de 2020; Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Condado de São Paulo, Juicio Segundo de Registros Públicos, Autos del Proceso 1028191-10.2015.8.26.0100, juez Marcelo Benacchio, juzgado el 13 de julio de 2015; Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, Condado de Florianópolis, Juicio Primero de Familia, Autos del Proceso 0800779-46.2013.8.24.0090, juez Luiz Cláudio Broering, juzgado el 30 de julio de 2014; Tribunal de Justicia del Estado de Río Grande do Sul, Condado de Passo Fundo, Juicio Segundo de Familia, Autos del Proceso 0011127-22.2014.8.21.0021, juez Luís Christiano Enger Aires, juzgado el 13 de junio de 2014.

¹⁷ Tribunal de Justicia del Estado de Bahía, Sala Primera de Derecho Civil, Recurso de Apelación 0565681-17.2015.8.5.0001, magistrada ponente Maria de Lourdes Pinho Medauar, juzgado el 8 de marzo de 2021; Tribunal de Justicia del Estado de Mato Grosso, Sala Cuarta de Derecho Privado, Recurso Interlocutorio 1000482-50.2020.8.11.0000, magistrado ponente Serly Marcondes Alves, juzgado el 29 de abril de 2020; Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Sala Quinta de Derecho Privado, Recurso de Apelación 1037161-31.2017.8.26.0002, magistrado ponente Monaco da Silva, juzgado el 9 de mayo de 2018.

¹⁸ Tribunal Superior de Justicia, Sala Segunda, Recurso Especial 1.437.773, magistrado ponente Og Fernandes, juzgado el 3 de agosto de 2015; Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Sala Segunda de Derecho Público, Recurso de Apelación 1038389-82.2017.8.26.0053, magistrado ponente Carlos Von Adamek, juzgado el 2 de mayo de 2018; Tribunal de Justicia del Estado de Minas Gerais, Quinta Sala de Derecho Civil, Recurso de Apelación 1.0000.19.161128-4/001, magistrado ponente Renato Dresh, juzgado el 12 de marzo de 2020.

¹⁹ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección VII, inciso 2.

órganos, tejidos y sustancias humanas para su trasplante, tratamiento o investigación.²⁰ Incluso hay quienes señalan que la prohibición constitucional impide la gestación en sustitución en cualquiera de sus modalidades, gratuita u onerosa.²¹ Nos parece que estas posturas revelan un malentendido sobre el objeto del acuerdo de gestación subrogada, ya que ésta no implica ni la extirpación ni la transmisión de la propiedad de ninguna parte del cuerpo humano, descartando así la incidencia de la prohibición constitucional.²²

Los beneficiarios de la gestación subrogada no tienen ninguna injerencia directa e inmediata, fáctica o jurídica, en las estructuras y funciones del cuerpo de la persona que se comprometió a mantener el embarazo. En otras palabras, lo que está en juego no es la cesión, disposición o uso del útero de una mujer, sino la conducta de la persona que se compromete a llevar a término un embarazo integrado en el proyecto parental de otra. El acuerdo de subrogación regula el comportamiento de los implicados, no una estructura o función del cuerpo humano. A su vez, una corriente minoritaria advierte que no existe obstáculo legal para el establecimiento de una remuneración a favor de la persona gestante subrogada, no siendo, en consecuencia, una entidad de clase autorizada para restringir el derecho subjetivo de quien no integra la categoría profesional.²³

²⁰ El artículo 199, § 4, de la Constitución de la República establece que "la ley dispondrá sobre las condiciones y requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas con fines de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, quedando prohibido cualquier tipo de comercialización". Sobre el tema, Barboza, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, Rio de Janeiro, Renovar, 1993, pp. 87-96; Lima Neto, Francisco, "A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem", en Santos, Maria Celeste (coord.), *Biodireito, Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001, pp. 120-146; Brauner, Maria Claudia, "Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental", *Revista Trimestral de Direito Civil*, 12, 2002, pp. 237-252; Teixeira, Ana Carolina, "Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição", en Casabona, Carlos María y Queiroz, Juliane (coords.), *Biotechnology e suas implicações ético-jurídicas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, pp. 309-323; Scalquette, Ana Claudia, *Estatuto da reprodução assistida*, São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 194-200; Gozzo, Débora, "A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição", en Scalquette, Ana Claudia y Camillo, Carlos Eduardo (coords.), *Direito e medicina*, São Paulo, Atlas, 2015, pp. 56-57.

²¹ Ferraz, Sergio, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*, Porto Alegre, Safe, 1991, pp. 52-61; Meirelles, Jussara, *op. cit.*, pp. 81-6; Gama, Guilherme, *op. cit.*, pp. 852-63.

²² Leite, Eduardo, "Procriações artificiais e o direito", *Revista dos Tribunais*, 1995, p. 404.

²³ Rizzardo, Arnaldo, "Fecundação artificial", *Ajuris* 52, 1991, pp. 62-79; Otero, Marcelo, "Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos", en Teixeira, Ana Carolina y Dadalto, Luciana (coords.),

La Resolución 2.294/2021 también establece que los beneficiarios de la gestación subrogada deben garantizar el tratamiento y el seguimiento médico, incluso por equipos multidisciplinarios, de ser necesario, de la persona que llevará el embarazo.²⁴ Aparentemente, no hay controversia con respecto a la necesidad de que los beneficiarios cubran tanto los gastos médicos derivados del embarazo como otros gastos asociados al correcto desarrollo del feto, a saber, los gastos relativos a la alimentación, el vestido y la vivienda de la gestante.²⁵ Se trata de un deber legal que incluso puede ser exigido judicialmente con base en la Ley 11.804/2008, que instituye la pensión alimenticia gestacional.²⁶

II. Criterios de elegibilidad para los beneficiarios de la gestación subrogada

Según la Resolución 2.294/2021, la persona interesada en realizar su proyecto parental a partir de la gestación por sustitución debe cumplir los siguientes requisitos: a) ser legalmente competente,²⁷ por haber alcanzado la edad de 18 años o haberse emancipado en los casos previstos por la ley; b) presentar una prescripción terapéutica,²⁸ y c) presentar un informe médico que acredite su idoneidad clínica y emocional.²⁹

Dos tribunais aos hospitais, Belo Horizonte, Del Rey, 2013, pp. 273-94; Sá, Maria de Fátima y Lima, Taisa Maria, *op. cit.*, pp. 461-79; Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *Aspectos jurídicos da reprodução assistida*, São Paulo, GZ, 2018, pp. 145-53; Sá, Maria de Fátima y Rettore, Ana Cristina, *op. cit.*, pp. 141-64.

²⁴ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección VII, inciso 3.4.

²⁵ Young, Beatriz, *op. cit.*, pp. 3-18.

²⁶ Según el artículo 2 de la Ley 11.804/2008, la pensión alimenticia gestacional "comprenderá las cantidades suficientes para cubrir los gastos adicionales del período de gestación y que se deriven del mismo, desde la concepción hasta el parto, incluyendo los relativos a alimentación especial, asistencia médica y psicológica, exámenes complementarios, hospitalización, parto, medicamentos y otras prescripciones preventivas y terapéuticas imprescindibles, a criterio del médico, así como otros que el juez considere pertinentes". En los términos del artículo 6, "convencido de la existencia de indicios de paternidad", por ejemplo, a partir del examen del instrumento contractual de gestación subrogada, "el juez establecerá una pensión alimenticia gestacional que durará hasta el nacimiento del hijo, ponderando las necesidades del demandante y las posibilidades del demandado".

²⁷ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección II, inciso 1.

²⁸ *Ibidem*, sección VII, encabezado.

²⁹ *Ibidem*, sección VII, encabezado.

La prescripción terapéutica está relacionada con la comprobación de un problema médico o un obstáculo de alguna naturaleza que impida o contrarreste el embarazo. Tanto la infertilidad física como la social pueden dar lugar al uso de gestación subrogada.

Cabe destacar que la gestación subrogada puede realizarse a favor de personas solteras, casadas o que vivan en unión estable, independientemente de su sexo y orientación sexual. Asimismo, es necesario señalar que el estado civil, el género y la orientación sexual ya no interfieren en la elegibilidad de los beneficiarios de la gestación subrogada en el país. Debe notarse, sin embargo, que el CFM incluyó a las parejas del mismo sexo entre los destinatarios de las técnicas de reproducción asistida sólo a partir de la Resolución 2.013/2013, en observancia de la decisión del Supremo Tribunal Federal (STF), el cual, mediante un control concentrado de constitucionalidad, calificó la unión estable homosexual como una entidad familiar para todos los efectos legales. En aquel momento, el STF afirmó que "el sexo de las personas, de no mediar previsión constitucional expresa o implícita que indique lo contrario, no se presta a desigualdad jurídica".³⁰ También afirmó que "el uso concreto de la sexualidad forma parte de la autonomía de la voluntad de las personas", debido al "reconocimiento del derecho a la preferencia sexual como emanación directa del principio de dignidad humana".³¹

III. Criterios de elegibilidad para la gestante subrogada

Según la Resolución 2.294/2021, la eventual gestante debe cumplir los siguientes requisitos: *a)* ser legalmente competente,³² por haber cumplido 18 años o estar emancipada en los casos previstos por la ley; *b)* tener

³⁰ Supremo Tribunal Federal, acción directa de inconstitucionalidad 4.277, juez ponente Ayres Brito, juzgada el 5 de mayo de 2011.

³¹ *Idem*.

³² Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección II, inciso 1.

hasta 50 años de edad, preferentemente;³³ c) tener parentesco de hasta cuarto grado con alguno de los creadores del proyecto parental, preferentemente;³⁴ d) tener al menos un hijo vivo;³⁵ e) presentar un informe médico que acredite su aptitud clínica y emocional,³⁶ y f) presentar autorización de su cónyuge o pareja, si está casada o vive en unión estable.³⁷

El requisito *b* no es absoluto. La Resolución 2.013/2013 estableció un límite de edad para el uso de técnicas de reproducción asistida, considerando los riesgos para la salud de la gestante y la viabilidad del embarazo. Anteriormente no existía ninguna limitación de esta índole. El establecimiento de una edad máxima para que las personas pudieran someterse a un embarazo por reproducción asistida se consideró una violación del derecho constitucional a la libre planificación familiar,³⁸ lo que llevó a la modificación de la norma con la atenuación de la previsión.

En la actual Resolución 2.294/2021, el límite de edad admite la excepción en casos justificados, respetando la autonomía de la persona que llevará el embarazo. Para ello, el médico responsable debe aclararle los riesgos que conlleva la situación y certificar la ausencia de comorbilidades, y posteriormente obtener su autorización para el procedimiento.

³³ *Ibidem*, sección I, inciso 3.

³⁴ *Ibidem*, sección VII, inciso 1.

³⁵ *Ibidem*, sección VII, inciso 1.

³⁶ *Ibidem*, sección VII, inciso 3.2.

³⁷ *Ibidem*, sección VII, inciso 3.6.

³⁸ Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *op. cit.*, pp. 45-7. A modo de ejemplo, el Tribunal Regional Federal de la Primera Región en un recurso contra una decisión que admitía la realización de un tratamiento de reproducción asistida mediante ovodonación en una paciente de 53 años, señaló que "la generalización del límite de edad establecido en la Resolución 2 del CFM 103/2013, si bien demuestra la preocupación del Consejo Federal de Medicina con los riesgos y problemas derivados de la concepción tardía, desconoce las peculiaridades de cada individuo y no puede servir de obstáculo para el ejercicio del derecho a la planificación familiar, afectando, en última instancia, a la dignidad de la persona humana", Tribunal Regional Federal de la Primera Región, Recurso Interlocutorio 0055717-41.2014.4.01.000, jueza relatora federal Maria do Carmo Cardoso, juzgado el 9 de diciembre de 2014.

También conviene tener en cuenta que la edad de la persona gestante es un factor relevante al definir el número de embriones que pueden transferirse en cada intento de embarazo: hasta los 37 años, uno o dos embriones; a partir de los 38 años, hasta tres embriones.³⁹ En el caso del cribado genético, se pueden transferir hasta dos embriones euploides, independientemente de la edad.⁴⁰

El requisito *c* también puede flexibilizarse. Con carácter excepcional, se podrá prescindir del requisito del vínculo familiar entre la gestante y uno de los creadores del proyecto parental, previa autorización del respectivo Consejo Regional de Medicina. En la práctica se han concedido solicitudes de esta naturaleza sin mayores aclaraciones sobre sus motivos, lo que puede generar cierta inseguridad jurídica.

El requisito *d* es nuevo, introducido por la Resolución 2.294/2021. La experiencia de un embarazo anterior permite a la persona gestante estimar y comprender mejor el significado y el alcance de la empresa en la que pretende colaborar y los respectivos compromisos adquiridos, especialmente en lo que respecta a la entrega del recién nacido a los beneficiarios de la gestación subrogada.

Por último, el requisito *f* no debe entenderse, desde un punto de vista estrictamente jurídico, como una verdadera autorización, ya que el cónyuge o pareja no tiene el control sobre la gestión del cuerpo de la mujer.⁴¹ Para llevar a cabo la gestación subrogada basta con que se demuestre que su cónyuge o pareja está consciente de su participación en el procedimiento; en caso contrario, no se le podrá exigir, quedando salvaguardado, así, el interés legítimo del cónyuge o pareja a la vista de las presunciones legales que guían el establecimiento de la paternidad de los nacidos durante el matrimonio, extensible a la unión estable.

³⁹ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección I, inciso 7.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *op. cit.*, p. 158.

IV. Uso de gametos o embriones de terceros

Los comitentes pueden utilizar gametos o embriones de terceros en la gestación subrogada, siempre y cuando no hayan sido obtenidos mediante transacciones comerciales.⁴² Salvo en los casos de donaciones entre parientes hasta el cuarto grado,⁴³ los donantes no deben conocer la identidad de los receptores y viceversa.⁴⁴ No obstante, por necesidades diagnósticas o terapéuticas del niño o niña, la información sobre los donantes se facilitará exclusivamente al médico, salvaguardando la identidad civil del donante.⁴⁵

C. Filiación en la gestación subrogada

En nuestra apreciación, al momento del nacimiento no se establece ningún vínculo de paternidad entre la persona gestante y el hijo nacido o hija nacida de la gestación por sustitución.⁴⁶ Los padres del recién nacido son los comitentes de la gestación, los cuales pueden proceder de inmediato a declarar el nacimiento a efectos de levantar el acta respectiva en el Registro Civil, independientemente de la autorización judicial previa u otra medida administrativa, según la Disposición del Consejo Nacional de Justicia 63/2017, modificada por la Disposición 83/2019.

⁴² Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección IV, inciso 1.

⁴³ Hasta mediados de 2021, en virtud de la Resolución 2.168/2017, actualmente derogada, la exigencia de anonimato entre donantes y receptores abarcaba todos los procedimientos de reproducción asistida, lo que hacía inviable la gestación subrogada tradicional. Hoy en día ya no existe ningún obstáculo para esta modalidad, siempre que la gestante, también donante de óvulos, esté emparentada hasta el cuarto grado con uno de los beneficiarios de la reproducción asistida.

⁴⁴ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección IV, inciso 2. A la persona cuya concepción se origina a partir de esta técnica, se le garantiza el conocimiento de su ancestro genético, a partir de la interpretación, por analogía, del artículo 48 Ley 8.069/1990 (Estatuto del Niño y del Adolescente), sin que ello importe el reconocimiento de cualquier vínculo de parentesco. *Cfr.* Lobo, Paulo, "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en Pereira, Rodrigo (coord.), *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, pp. 505-530.

⁴⁵ Consejo Federal de Medicina, Resolución 2.294/2021, sección IV, inciso 4.

⁴⁶ Rizzardo, Arnaldo, *Direito de família*, Río de Janeiro, Forense, 2019, p. 452.

En el caso de la reproducción asistida, la doctrina y la jurisprudencia admiten que la definición de filiación tiene su origen en la voluntad procreacional,⁴⁷ comprendida en el ámbito de incidencia del artículo 1593 del Código Civil, que permite establecer la paternidad más allá de la basada en la consanguinidad.⁴⁸ Resulta decisivo para la constitución de la paternidad la exteriorización de la voluntad de quien deseó el hijo o la hija, materializada en la planificación de la gestación y en la utilización de los recursos adecuados para llevarla a buen término, incluso contando con la colaboración de una tercera persona que ofrece el material para ser fecundado o implantado, o que lleva adelante el embarazo.⁴⁹

Cabe señalar que no existe ninguna disposición expresa sobre la determinación de la maternidad en el Código Civil.⁵⁰ Salvo en los casos de adopción, reproducción asistida y posesión de la condición de hijo o hija, se acepta que la maternidad se establece a partir del embarazo y el posterior parto. Sin embargo, la definición de la paternidad dependerá del estado civil de la mujer que dio a luz. Si está casada o vive en unión estable, la paternidad, basada en un sistema de presunciones, se atribuirá a su marido o pareja, siguiendo lo dispuesto en el artículo 1597 del Código Civil. Si no está casada o no vive en unión estable, la paternidad

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 455-456.

⁴⁸ En la doctrina, *cfr.* Fachin, Luiz, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012, pp. 17-18; Almeida, Renata y Rodrigues Júnior, Walsir, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Atlas, 2012, pp. 90-91; Nanni, Giovanni *et al.*, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2019, p. 1219; Teixeira, Ana Carolina y Tepedino, Gustavo, *Direito de família*, Rio de Janeiro Forense, 2020, pp. 202-203; Lobo, Paulo, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Saraiva, 2021, p. 95; Peluso, Cezar *et al.*, *Código Civil comentado*, Barueri, Manole, 2021, p. 1712. En la jurisprudencia, *cfr.* Tribunal Superior de Justicia, Sala Tercera, Recurso Especial 1.608.005, magistrado ponente Paulo de Tarso Sanseverino, juzgado el 14 de mayo de 2019.

⁴⁹ Madaleno, Rolf, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2021, pp. 599-601; Gama, Guilherme, "As famílias brasileiras: mudanças e perspectivas frente aos avanços médicos e biotecnológicos", en Barboza, Heloisa Helena, Silva, Eduardo y Almeida, Vitor (coords.), *Biotecnologia e relações familiares*, Rio de Janeiro, Processo, 2021, pp. 100-101; Teixeira, Ana Carolina, *op. cit.*, pp. 316-321.

⁵⁰ En el Congreso Nacional se está tramitando una propuesta legislativa que pretende suplir la carencia, determinando que la maternidad se presumirá por gestación, pero, en los casos de reproducción asistida, se establecerá a favor de quien aportó el material genético o, quien, habiendo planificado la gestación, utilizó una técnica de reproducción asistida heteróloga. Se trata del Proyecto de Ley 5768/2019.

resultará del acto espontáneo del padre, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1607 y 1609 del Código Civil. En caso de negación del presunto padre, una demanda de investigación de la paternidad será la medida adecuada para su identificación, según la Ley 8.560/1992.

I. Declaración de nacimiento vivo

Todo nacimiento vivo que ocurra en el país condiciona la emisión de, precisamente, una declaración de nacimiento vivo, en los términos de la Ley 12.662/2012. Es un documento estandarizado de uso obligatorio, con un número de identificación nacional unificado, que reúne información sobre las características del recién nacido y datos relativos al parto y al embarazo, con el fin de contribuir al desarrollo de políticas públicas y a la elaboración del acta de nacimiento en el Registro Civil.

La declaración de nacimiento vivo, emitida por un profesional sanitario responsable del seguimiento del embarazo, del parto o del recién nacido, deberá contener, entre otras cosas i) nombre y sexo del niño; ii) fecha, hora y lugar de nacimiento; iii) información sobre anomalías congénitas, cuando proceda; iv) información sobre gestación múltiple, cuando proceda, además de los datos relativos al control prenatal y al tipo de parto; v) nombre, lugar de nacimiento, educación, profesión, dirección de residencia de la madre y su edad al momento del parto, y vi) nombre del padre.

Como el documento no contempla el uso de técnicas de reproducción asistida, no ofrece un espacio adecuado para señalar a los autores del proyecto parental, en caso de gestación por sustitución. De hecho, no es de extrañar que las instrucciones para rellenar el formulario normalizado indiquen que el nombre y otros datos de la parturienta deben introducirse en el campo reservado a la madre del recién nacido y el nombre de su marido o de quien ella indique en el campo del padre.⁵¹

⁵¹ Salaroli, Marcelo y Camargo Neto, Mario, *Registro civil das pessoas naturais*, Indaiatuba, Foco, 2020, pp. 124-131.

Debido a que la información contemplada en el certificado de nacimiento vivo no vincula al funcionario del Registro Civil, éste puede recurrir a otros medios para obtener los elementos necesarios para la transcripción del certificado de nacimiento, especialmente en lo que respecta a la determinación de la filiación.⁵² A propósito, el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, en los registros de la Apelación Civil 1.010.476-13.2019.8.26.0003, reconoció que para subsidiar el registro civil de nacimiento no es necesario rectificar la declaración de nacimiento vivo, indicando, en el campo apropiado para señalar a la madre del recién nacido, el nombre de quien encarga la gestación por sustitución y no el de la parturienta. Señaló que la oficina del Registro Civil, en el certificado de nacimiento, registrará la maternidad únicamente a favor de la beneficiaria de la gestación por sustitución, prescindiendo de la información de la parturienta en la declaración de nacido vivo, de acuerdo con la Disposición 63/2017.⁵³

Cabe señalar que una copia de la declaración de nacimiento vivo quedará archivada en el Registro Civil donde se inscriba el nacimiento. Así, el nacido en virtud de la gestación subrogada, previa solicitud, podrá acceder al contenido íntegro del documento, que tendrá información sobre la persona que dio a luz.

II. Registro civil de nacimiento

Considerando la amplia aceptación doctrinal y jurisprudencial de la reproducción asistida como fundamento fáctico para el establecimiento de la filiación, en virtud del artículo 1593 del Código Civil, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ), haciendo uso de sus facultades, publicó, el 14 noviembre 2017, la Disposición 63/2017, destinada a normalizar

⁵² *Ibidem*, pp. 112-113.

⁵³ Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, Sala Cuarta de Derecho Privado, Recurso de Apelación 1.010.476-13.2019.8.26.0003, magistrado ponente Natan Zelinski Arruda, juzgado el 5 de febrero de 2020.

el registro de nacimiento de los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, así como otras disposiciones.⁵⁴

Según el artículo 16 de la Disposición 63/2017, el registro del nacimiento de los niños nacidos por gestación subrogada no depende de autorización judicial previa, basta con que los beneficiarios de la reproducción asistida acudan al Registro Civil competente con los siguientes documentos: i) declaración de nacimiento de hijo vivo (artículo 17, I); ii) declaración, con firma notarial del director de la clínica, centro o servicio de reproducción humana en el que se realizó la gestación subrogada, indicando el hijo gestado y los beneficiarios de la reproducción asistida (artículo 17, II); iii) término firmado con ocasión de la ejecución del acuerdo de gestación de sustitución, en el que los beneficiarios de la reproducción asistida y la persona que llevará el embarazo establecen claramente la cuestión de la filiación (artículo 17, § 1), y iv) certificado de matrimonio, certificado de conversión de la unión estable en matrimonio, escritura pública de unión estable o sentencia en la que se reconoció la unión estable de la pareja, en su caso (artículo 17, III).

El funcionario del Registro Civil examinará los documentos presentados, y extraerá de ellos los elementos necesarios para redactar el acta de nacimiento.⁵⁵ En virtud del artículo 17, § 1, de la Disposición 63/2017, el nombre de la mujer que da a luz, informado en la declaración de nacimiento vivo, no constará en el registro, figurando sólo los beneficiarios

⁵⁴ Creado por la Enmienda Constitucional 45, del 30 de diciembre de 2004, el CNJ es un órgano que controla la actuación administrativa del Poder Judicial. Está compuesto por 15 miembros con un mandato de dos años, entre los que hay representantes de la judicatura, la fiscalía, la abogacía y la sociedad civil con notorios conocimientos jurídicos. Entre sus atribuciones está la emisión de actos normativos destinados a mejorar el sistema judicial, incluyendo las actividades de los servicios notariales y registrales. El alcance del poder normativo del CNJ es objeto de controversia. Sin embargo, puede afirmarse que los actos reglamentarios no pueden innovar el ordenamiento jurídico ni restringir los derechos y garantías fundamentales. Sirven, sobre todo, para operativizar o normalizar la aplicación de los mandatos legales en función de determinados hechos o situaciones concretas. Cabe señalar que los servicios notariales y de registro se ejercen de manera privada y por delegación del Poder Ejecutivo, pero son supervisados por el Poder Judicial, de acuerdo con el artículo 236 de la Constitución de la República.

⁵⁵ Salaroli, Marcelo y Camargo Neto, Mario, *op. cit.*, pp. 124-131.

de la reproducción asistida en el campo destinado a la filiación. El establecimiento de la paternidad y de la maternidad tendrá en cuenta la cláusula firmada a este respecto, en el momento de la celebración del acuerdo de gestación subrogada, entre los beneficiarios de la reproducción asistida y la persona que llevó el embarazo.

Es importante aclarar que el término en cuestión no es el resultado de una negociación sobre el estatuto de filiación. Esto debido a que la filiación tiene su origen en la iniciativa de quienes recurrieron a la reproducción asistida para llevar a cabo su proyecto parental. Así pues, el término sólo sirve para probar el hecho que dio lugar a la filiación, que es incluso anterior al propio acuerdo de gestación de la sustitución, desvinculando la maternidad, en sentido jurídico, del embarazo y el parto. En el caso de un hijo o hija de pareja del mismo sexo, el acta de nacimiento podrá incluir los nombres de los ascendientes, sin referencia a la distinción de la ascendencia paterna o materna, en virtud del artículo 16, párrafo 2, de la Disposición 63/2017.

Cabe destacar que el registro de nacimiento no hará referencia a la gestación subrogada, debido a lo dispuesto en el artículo 227, § 6, de la Constitución de la República, que prohíbe cualquier designación discriminatoria en cuanto a la filiación, debido a la igualdad entre los hijos.⁵⁶ No obstante, la persona nacida en virtud de la gestación de sustitución, previa solicitud, podrá acceder al contenido íntegro de los documentos que sustentaron la elaboración del acta de nacimiento, los cuales permanecerán archivados en el Registro Civil, en cumplimiento del artículo 17, número 2, de la Disposición 63/2017.

D. Agencias de intermediación

No existe una legislación específica sobre la actuación de las agencias centradas en la mediación de los interesados en la gestación subrogada. No constituye una actividad prohibida, pero no se ha encontrado evidencia

⁵⁶ *Ibidem*, p. 133.

del funcionamiento regular de ninguna agencia de esta naturaleza que se proponga habilitar la gestación subrogada en el país. Se considera que la actuación de los intermediarios se ve perjudicada debido al carácter altruista de la gestación subrogada y, especialmente, del requisito relativo al parentesco entre la gestante y uno de los beneficiarios de la reproducción asistida.

En Brasil, sin embargo, hay publicidad destinada a captar clientes para la gestación subrogada internacional, que se realiza sobre todo en Estados Unidos de América, Ucrania, Georgia y Rusia. Los anuncios, principalmente en medios digitales, son promovidos por agencias y clínicas extranjeras, pero al menos una de ellas, la israelí Tammunz, cuenta con una oficina en la ciudad de São Paulo.

E. Criminalización

En el derecho penal brasileño no hay ningún delito específicamente asociado con la gestación subrogada.⁵⁷ Tampoco se encontraron pruebas de investigaciones o procedimientos penales iniciados por cualquier motivo por la práctica de la misma. Sin embargo, desde el punto de vista administrativo, aquellos médicos que no observen la legislación o las directivas deontológicas en materia de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada, cometerán una falta disciplinaria, serán sancionados desde con un apercibimiento hasta con la revocación de la licencia profesional.⁵⁸

F. Acuerdos internacionales sobre gestación subrogada

No existe ninguna normativa específica sobre los acuerdos de gestación subrogada celebrados en el extranjero. Deben examinarse a la luz de las

⁵⁷ Chaves, Marianna, "Gestational surrogacy in Portugal and Brazil", en Sills, Scoot (ed.), *Handbook of gestational surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 229-231.

⁵⁸ Veloso, Genival, *Comentários ao código de ética médica*, Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 2019; Dantas, Eduardo y Coltri, Marcos, *Comentários ao código de ética médica*, Rio de Janeiro, GZ, 2010.

normas generales del derecho internacional privado brasileño, consolidadas, especialmente, en la Ley de Introducción a las Normas de Derecho Brasileño (LINDB).

El artículo 7 de la LINDB establece que la ley del país de residencia de la persona determina las normas de los derechos de familia. Sucede que la disposición es escueta, y no es suficiente para resolver los problemas de filiación, especialmente cuando se cuestiona la maternidad o la paternidad. Desde la perspectiva del derecho civil brasileño, el domicilio del niño o niña se fija según el domicilio de sus padres. En efecto, si se discute la filiación, no se puede asignar al niño o niña el domicilio de alguien que no sea su padre o su madre. La solución parece ser aplicar la ley más favorable al niño o niña.⁵⁹ Además, según lo dispuesto en el artículo 17 de la LINDB, las leyes y sentencias de otro país, así como los contratos y otras declaraciones de voluntad, no tendrán efecto en Brasil cuando ofendan la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres.

I. Registro de nacimiento

Según el artículo 18 de la LINDB, la autoridad consular es competente para registrar el nacimiento del hijo de padre brasileño o de madre brasileña ocurrido en el país donde se encuentra la oficina consular. Para ello, el demandante brasileño debe presentar el certificado de nacimiento extranjero en el que conste como padre o madre del niño, de acuerdo con la Ordenanza 457/2010, del Ministerio de Asuntos Exteriores.

El certificado de nacimiento extranjero servirá como prueba de nacimiento y filiación, incluso si el niño fue concebido por reproducción asistida.⁶⁰

⁵⁹ Dolinger, Jacob, *A criança no direito internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 2003, pp. 66-67. En el mismo sentido, Mazzuoli, Valerio, *Curso de direito internacional privado*, Río de Janeiro, Forense, 2021, pp. 352-353.

⁶⁰ En el caso del registro consular del nacimiento del hijo de dos personas del mismo sexo, la Ordenanza 457/2010 advierte que la autoridad consular no tendrá en cuenta el método de fecundación ni el uso de la gestación de sustitución. No hay noticias de brasileños que hayan tenido dificultades para registrar el nacimiento de un niño nacido de una gestación subrogada.

Por lo tanto, siempre que el país extranjero emita un certificado de nacimiento en el que conste la filiación a favor de los beneficiarios de la gestación subrogada,

no habría razón para que la autoridad consular brasileña se extralimitara en sus funciones cuestionando la validez jurídica de un contrato que no afecta directamente al acto bajo su responsabilidad: el registro de nacimiento válido en el lugar donde fue emitido, en base al cual elaborará el registro consular de nacimiento brasileño.⁶¹

Es oportuno señalar que el acta de nacimiento del registro consular debe ser trasladada a Brasil, de acuerdo con el artículo 32 de la Ley de Registros Públicos (Ley 6.015/1973), para tener todos los efectos en el territorio nacional.

II. Obtención de la nacionalidad brasileña

El registro consular del nacimiento de un niño nacido en el extranjero de padre o madre brasileños es suficiente para conferir la nacionalidad brasileña originaria al recién nacido, en los términos del artículo 12 de la Constitución. A continuación, la autoridad consular está autorizada para expedir el documento de viaje brasileño a nombre del niño o niña registrado, de acuerdo con la Ordenanza 457/2010, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

III. Homologación de la sentencia extranjera

En Brasil, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) es competente para homologar las sentencias extranjeras, debiendo verificar la ausencia de ofensa

⁶¹ Del'olmo, Florisbal, "Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira", *Revista Brasileira de Direito Animal* 22, 2016, p. 192. En el mismo sentido, Araújo, Nadia, Vargas, Daniela y Martel, Leticia, "Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado", en Baptista, Luiz, Ramina, Larissa y Friedrich, Tatyana (coords.), *Direito internacional contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2014, p. 502.

manifiesta al orden público. En algunos casos, una sentencia extranjera que establezca la filiación debido a un acuerdo oneroso de subrogación gestacional podría considerarse contraria al orden público. Aunque no haya examinado ningún caso en estas circunstancias, se estima que el STJ no dejaría de homologar la sentencia extranjera, teniendo como razón determinante la prevalencia del principio del interés superior del niño,⁶² con base en el artículo 227 de la Constitución de la República.

G. Conclusión

La regulación actual de la gestación subrogada resulta inadecuada desde varios puntos de vista:

- 1) Carece de legitimidad democrática porque no resulta de un posible consenso construido en el seno del Poder Legislativo, teniendo en cuenta la pluralidad de valores y la diversidad que caracteriza a la población brasileña.
 - a) Hay quienes señalan que el Consejo Federal de Medicina se extralimita en sus atribuciones al regular el acceso de los usuarios y algunas de las repercusiones jurídicas de la reproducción asistida.
 - b) Hay quienes señalan que el Consejo Nacional de Justicia innova el ordenamiento jurídico en la extensión de su competencia al dictar normas destinadas a normalizar el registro de nacimiento de los niños nacidos de la reproducción asistida.
- 2) Provoca inseguridad jurídica porque varias cuestiones no encuentran una previsión explícita, como las consecuencias de las diversas hipótesis de incumplimiento del pacto de gestación, el carácter

⁶² Araújo, Nadia, Vargas, Daniela y Martel, Leticia, *op. cit.*, p. 502.

vinculante de las cláusulas contractuales que restringen el ejercicio del derecho de la personalidad de la persona gestante, la definición de la maternidad con base en criterios evidentes, dejando así la solución de los eventuales litigios a merced del elevado esfuerzo argumentativo de los implicados y de la idiosincrasia de jueces y tribunales.

Por lo tanto, es nuestra opinión que una legislación en sentido formal sobre la gestación subrogada es una medida necesaria.

Desde 1993 es posible identificar proyectos de ley sobre reproducción asistida en discusión en el Congreso Nacional.⁶³ Actualmente está en curso en la Cámara de Diputados el Proyecto de Ley 1.184/2003, originado en el Proyecto de Ley 90/1999 aprobado en el Senado federal. A ella se unieron otros 21 proyectos de ley, entre los cuales cuatro abordan expresamente la gestación subrogada, con líneas orientadoras divergentes. De esta forma, al primer trimestre de 2022, hay 22 propuestas legislativas sobre aspectos de la reproducción asistida en curso en el Congreso Nacional, sin buenas perspectivas para su aplicación en el corto plazo.

En el Proyecto de Ley 1.184/2003 se considera un delito participar en la gestación subrogada en la condición de beneficiario, intermediario o ejecutor de la técnica, siendo el infractor castigado con pena de prisión de uno a tres años y multa. Los proyectos de ley restantes autorizan su práctica. Tanto el Proyecto de Ley 2855/1997 como el 1.135/2003 siguen, con algunas modificaciones, las disposiciones de la derogada Resolución 1.358/1992 del CFM. En resumen, admiten la gestación de sustitución, en la modalidad altruista, por un problema médico que

⁶³ El Proyecto de Ley 3.638/1993 fue la primera propuesta en el proceso legislativo de la Cámara de Diputados que llegó al Senado Federal en 2007. El proyecto de ley admitía la gestación de la sustitución previa comprobación de un problema médico que impidiera o contraindicara la gestación del donante genético. Además, la práctica no debe tener carácter lucrativo o comercial, exigiéndose también una relación de parentesco hasta de segundo grado entre el candidato y el creador del proyecto parental. El Proyecto de Ley 3.638/1993 se limitó a seguir las disposiciones de la Resolución 1.358/1992, del Consejo Federal de Medicina, que estaba en vigor.

impide la gestación de la donante genética y la persona que soportará el embarazo debe pertenecer a su familia. Los proyectos de ley 4892/2012 y 115/2015 son idénticos en cuanto a la gestación subrogada, innovando, en cierta medida, la disciplina en la materia. Se permite la gestación subrogada en los casos en los que se identifique algún factor de salud que impida o contraindique la gestación por uno de los cónyuges, compañeros o persona en tratamiento. La candidata a gestante debe pertenecer a la familia de uno de los beneficiarios de la reproducción asistida, con parentesco hasta de segundo grado. La gestación subrogada no debe tener carácter lucrativo o comercial, considerándose un delito el cobro de una remuneración por la persona que soporta el embarazo, so pena de prisión de dos a cinco años y multa. La principal novedad se refiere a la exigencia de homologación judicial del acuerdo de gestación, antes del procedimiento médico de transferencia embrionaria. En ausencia de homologación, el acuerdo se considera nulo y la persona que lleva el embarazo es considerada, para todos los efectos legales, la madre del niño que va a nacer. También establece un procedimiento de registro civil del nacimiento, sin intervención judicial.

Como se puede ver, incluso los proyectos de ley son bastante modestos en lo que se refiere a la gestación subrogada, dejando abierta una serie de preguntas, teniendo en cuenta el estado actual del conocimiento sobre la práctica y los innumerables problemas que se han reportado a partir de la experiencia extranjera.

Bibliografía

Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, *Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões*, Brasília, Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria, 2019.

Almeida, Renata y Rodrigues Júnior, Walsir, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Atlas, 2012.

Araújo, Nadia, Vargas, Daniela y Martel, Leticia, "Gestação de substituição: regramento no direito brasileiro e seus aspectos de direito internacional privado", en Baptista, Luiz, Ramina, Larissa y Friedrich, Tatyana (coords.), *Direito internacional contemporâneo*, Curitiba, Juruá, 2014.

Barboza, Heloisa Helena, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*, Río de Janeiro, Renovar, 1993.

Barboza, Heloisa Helena, "Direito à procriação e as técnicas de reprodução assistida", en Leite, Eduardo, *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*, Río de Janeiro, Forense, 2004.

Brauner, Maria Claudia, "Novas tecnologias reprodutivas e projeto parental", *Revista Trimestral de Direito Civil*, 12, 2002.

Brauner, Maria Claudia, *Direito, sexualidade e reprodução humana*, Río de Janeiro, Renovar, 2003.

Chaves, Marianna, "Gestacional surrogacy in Portugal and Brazil", en Sills, Scoot (ed.), *Handbook of Gestacional Surrogacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Dantas, Eduardo y Chaves, Marianna, *Aspectos jurídicos da reprodução assistida*, Sao Paulo, GZ, 2018.

Dantas, Eduardo y Coltri, Marcos, *Comentários ao código de ética médica*, Río de Janeiro, GZ, 2010.

Del'olmo, Florisbal, "Barriga de aluguel no exterior e a aquisição da nacionalidade brasileira", *Revista Brasileira de Direito Animal* 22, 2016.

Dolinger, Jacob, *A criança no direito internacional*, Río de Janeiro, Renovar, 2003.

Fachin, Luiz, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2012.

Ferraz, Sergio, *Manipulações biológicas e princípios constitucionais*, Porto Alegre, Safe, 1991.

Gama, Guilherme, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

Gama, Guilherme, "As famílias brasileiras: mudanças e perspectivas frente aos avanços médicos e biotecnológicos", en Barboza, Heloisa Helena, Silva, Eduardo y Almeida, Vitor (coords.), *Biotecnologia e relações familiares*, Rio de Janeiro, Processo, 2021.

Gozzo, Débora, "A mercantilização da pessoa humana na maternidade de substituição", en Scalquette, Ana Claudia y Camillo, Carlos Eduardo (coord.), *Direito e medicina*, São Paulo, Atlas, 2015.

Leite, Eduardo, "Procriações artificiais e o direito", *Revista dos Tribunais*, 1995.

Lima Neto, Francisco, "A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem", *Biodireito, Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2001.

Lobo, Paulo, "Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária", en Pereira, Rodrigo, *Afeto, ética, família e o novo Código Civil*, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.

Lobo, Paulo, *Direito civil: famílias*, São Paulo, Saraiva, 2021.

Madaleno, Rolf, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

Machin, Rosana, Mendosa, Douglas, Augusto, Mária Helena y Monteleone, Pedro Augusto, "Assisted reproductive technologies in Brazil:

characterization of centers and profiles from patients treated", *JBRA Assisted Reproduction*, 24(3), 2020.

Meirelles, Jussara, *Gestação por outrem e determinação da maternidade*, Curitiba, Genesis, 1998.

Mazzuoli, Valerio, *Curso de direito internacional privado*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.

Nanni, Giovanni *et al.*, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 2019.

Otero, Marcelo, "Contratos de gestação por outrem gratuitos e onerosos", en Teixeira, Ana Carolina y Dadalto, Luciana (coords.), *Dos tribunais aos hospitais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

Peluso, Cezar *et al.*, *Código Civil comentado*, Barueri, Manole, 2021.

Rizzardo, Arnaldo, "Fecundação artificial", *Ajuris* 52, 1991.

Rizzardo, Arnaldo, *Direito de família*, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

Sá, Maria de Fátima y Lima, Taisa Maria, "Gestação de substituição: uma análise a partir do direito contratual", en Cordeiro, José Carlos y Gomes, Josiane (coords.), *Temas contemporâneos de direito das famílias*. São Paulo, Pílares, 2018.

Sá, Maria de Fátima y Rettore, Ana Cristina, "A gestação de substituição vista como um contrato em prol da garantia de segurança jurídica aos participantes e à criança", en Teixeira, Ana Carolina y Lima, Renata (coords.), *Contratos, família e sucessões*, Indaiatuba, Foco, 2021.

Salaroli, Marcelo y Camargo Neto, Mario, *Registro civil das pessoas naturais*, Indaiatuba, Foco, 2020.

Scalquette, Ana Claudia, *Estatuto da reprodução assistida*, São Paulo, Saraiva, 2012.

Teixeira, Ana Carolina, "Conflito positivo de maternidade e a utilização do útero de substituição", en Casabona, Carlos María y Queiroz, Julianne (coords.), *Biotechnologia e suas implicações ético-jurídicas*, Belo Horizonte, Del Rey, 2005.

Teixeira, Ana Carolina y Tepedino, Gustavo, *Direito de família*, Río de Janeiro Forense, 2020.

Veloso, Genival, *Comentários ao código de ética médica*, Río de Janeiro, Guanabara Koogan, 2019

Young, Beatriz, "Os contratos nas técnicas de reprodução assistida", en Barboza, Heloisa Helena, Leal, Livia y Almeida, Victor (coords.), *Biodireito*, Indaiatuba, Foco, 2021.

CAPÍTULO 3

La gestación por subrogación en Chile

Fabiola Lathrop Gómez*

* Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Profesora titular de la carrera ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Las ideas contenidas en este trabajo han sido parcialmente expuestas en el "Ciclo de seminarios: Hacia una legislación que regule las técnicas de reproducción medicamente asistida en Chile", celebrado en Santiago de Chile en 2021, organizado por la Universidad Diego Portales y por la Universidad de Chile.

SUMARIO: A. Marco legal general; I. Introducción; II. Gestación por subrogación y técnicas de reproducción asistida; III. Razones de la no regulación en la doctrina; IV. La doctrina ante la gestación por subrogación; 1. Prohibición; 2. Escepticismo; 3. Regulación; B. Acuerdos de gestación por subrogación; I. Legalidad; II. Altruismo y onerosidad; C. Determinación legal de paternidad y maternidad; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación; E. Transferencia de la filiación; I. Supuestos de hecho; 1. Persona sola como comitente; 2. Pareja como comitente; II. Determinación de la maternidad; III. Determinación de la paternidad; 1. Gestante casada; 2. Gestante soltera; IV. Niño nacido en el exterior; 1. Inscripción en el Registro Civil; 2. *Exequatur*; V. Adopción; VI. Jurisprudencia; 1. Hechos; 2. Fundamentos de los fallos; F. Agencias y criminalización; G. Acuerdos internacionales; H. Conclusiones. Bibliografía.

A. Marco legal general

I. Introducción

Desde la entrada en vigor del Código Civil chileno (CC) en 1857 se han implementado numerosas reformas relativas a las relaciones familiares; no obstante, el ordenamiento aún descansa, en importante medida, en una ideología que tiene por principal familia a la matrimonial heterosexual y patriarcal.¹

Están pendientes relevantes reformas, entre ellas, a mi juicio, la regulación de la gestación por subrogación. No existe norma al respecto,² tampoco

¹ Véase Hernández, Gabriel y Lathrop, Fabiola, "Derecho de familias y constitución", en *Derecho Civil y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 127-183.

² Se han presentado proyectos de ley, pero no han prosperado ("Sanciona la utilización del vientre materno para el embarazo por encargo de terceros, incorporando un nuevo tipo penal denominado: de la sustitución de la maternidad", Boletín núm. 6306-07, del 18 de diciembre de 2008; "Regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida", Boletín núm. 11576-11, del 10 de enero de 2018, y "Modifica el Código Civil para determinar la

derivada de juntas médicas o de organismos profesionales, y no hay autoridad que supervise su realización. Sí hay antecedentes de su realización dentro de nuestras fronteras y de personas nacionales que han acudido a esta figura en el extranjero y luego intentado registrar a su hijo en Chile, aunque no existen registros siquiera informales en entidades del Estado ni en organizaciones de la sociedad civil.

Si bien cierta jurisprudencia y, en menor medida, la doctrina especializada han realizado aportes significativos al intentar solucionar los conflictos que derivan de ella, la ausencia de ley genera y profundiza vulnerabilidades, especialmente, respecto de la situación filiativa de los nacidos gracias a esta técnica.

II. Gestación por subrogación y técnicas de reproducción asistida

Es importante tener en cuenta que Chile no cuenta con una ley sobre técnicas de reproducción asistida (TRA). No obstante, a diferencia de la

identidad de niños y niñas nacidos en gestación subrogada", Boletín núm. 12106-07, 12 de septiembre de 2018). Actualmente se discute una iniciativa "que regula el derecho de filiación de los hijos e hijas de parejas del mismo sexo" (Boletín núm. 10.626-07) en la cual se han presentado indicaciones sobre gestación por subrogación, pero este proyecto no ha avanzado en su tramitación. Además, algunos académicos de la Universidad Diego Portales y de la Universidad de Chile hemos redactado el Anteproyecto de Ley que regula los Procedimientos y Técnicas de Reproducción Médicamente Asistida, que en lo pertinente señala:

"Artículo 16º.- De la gestación subrogada. Una persona podrá ser portadora gestacional obligándose previa e irrevocablemente a entregar a el o los recién nacidos a la persona o personas que, expresando su voluntad procreacional respecto de tal o tales nacidos, han encargado su gestación. A tal efecto, deberá observarse lo establecido en el artículo 4 de esta ley y las reglas siguientes con respecto:

- a) A la persona gestante y el o los requirentes: tener plena capacidad civil; tener cinco años de residencia ininterrumpida en el país excepto si se trate de personas de nacionalidad chilena o naturalizadas en el país; que la gestación sea a título gratuito, pudiendo pactarse solamente el pago de gastos o desembolsos directos e indirectos incurridos con ocasión del embarazo y parto;
- b) A la persona gestante: no aportar material genético; no haberse sometido a un procedimiento de gestación subrogada más de dos veces; que haya dado a luz con anterioridad a la gestación subrogada, a al menos un nacido vivo; y que exista respecto de ella acreditación suficiente de estar en condiciones de salud para llevar a cabo tal gestación;
- c) A la o las personas requirentes: imposibilidad de gestar y/o llevar a término un embarazo por razones de salud u otros impedimentos funcionales.

El o los nacidos de la portadora gestacional serán hijos de la o las personas que convinieron con ella la realización de tal gestación prestando su voluntad procreacional".

gestación por subrogación, las TRA sí constituyen procedimientos regulados administrativamente.

Desde 2010 existe la Ley 20.418 que fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en Materia de Regulación de la Fertilidad, así como su Reglamento (Decreto 49, de 2013). Estos instrumentos, no obstante, se refieren exclusivamente a cuestiones de fertilidad para evitar embarazos, de infecciones de transmisión sexual y de violencia sexual. Existe también la *Guía para el Estudio y Tratamiento de la Infertilidad del Ministerio de Salud*, de 2015,³ que aborda la materia desde la infertilidad.

Por su parte, el artículo 182 del CC se refiere sólo a los efectos filiativos del sometimiento a un tipo de TRA, cual es la heteróloga:

El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ella.

No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.

No hay normativa sobre donación de espermatozoides, óvulos o embriones en general. En concreto, en cuanto a la posibilidad de realizar pagos por TRA, se rechaza en consideración del artículo 145 del Código Sanitario, de 1967, y al Reglamento de su título noveno, de 1984, que dispone que el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para su injerto en otra persona sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos. La Ley 20.120, de 2006, sobre genoma humano, confirmaría esta prohibición en su artículo 6, al señalar que el cultivo de tejidos y órganos sólo procederá con fines de diagnósticos terapéuticos o de investigación científica y que en ningún caso podrán destruirse embriones humanos para obtener las células troncales que den origen a dichos tejidos y órganos.

³ Resolución Exenta 241.

Tampoco se regula el acceso a la información del donante, por lo que las donaciones tienen carácter de anónimas y, en principio, la persona nacida de TRA no tiene un derecho consagrado a conocer información sobre su origen genético. En todo caso —a mi juicio— este vacío legal no es obstáculo para el ejercicio del derecho a la identidad, el cual implica conocer los propios orígenes, no así modificar necesariamente la filiación de una persona.⁴

Desde hace décadas la doctrina⁵ se manifiesta a favor del reconocimiento del derecho a la utilización de las TRA y de la creación de un estatuto que lo proteja y regule. Así, por ejemplo, Acuña⁶ pone de relieve la necesidad de una regulación integral, respetuosa, de los derechos e intereses en conflicto.

Cabe indicar la razón por la cual el artículo 182 del CC es la única norma que alude a las TRA. Su redacción quedó determinada durante la discusión parlamentaria de la Ley 19.585, de 1998. La historia de la ley⁷ arroja que su objetivo era sólo regular las consecuencias filiativas de una TRA heteróloga, pues existía otra iniciativa legal en trámite en ese momento que implicaba pronunciarse integralmente respecto de las TRA, la que nunca prosperó.

⁴ Véase Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina, "El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana", en Gómez de la Torre, M. (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013, pp. 217 y ss.

⁵ Cfr. Silva, Paulina, *Arrendamiento de útero*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996, p. 67.

⁶ Cfr. Acuña, M. A., "Técnicas de reproducción humana asistida, desafíos del siglo XXI: una mirada transdisciplinaria". Maricruz Gómez de la Torre (dir.), Abeledo Perrot Thomson Reuters, Santiago, 2013, 308 pp.' (2013) 20 *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 1, Sección Recensiones, pp. 418-419.

⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Segundo trámite constitucional, 04.11.1997, y discusión en sala del Senado. Segundo trámite constitucional, 04 y 05.08.1998. Biblioteca del Congreso, Historia de la Ley núm. 19.585. Modifica el CC y otros cuerpos legales en materia de filiación, pp. 290, 516 y 554. Disponible en: [«https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/»](https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6627/). [Consultado el 15 de septiembre de 2021].

III. Razones de la no regulación en la doctrina

El debate sobre la licitud y posible regulación de la gestación por subrogación ha surgido con fuerza desde 2018, cuando, judicializado un caso ante los tribunales de familia, se resolvió un conflicto filiativo de dos niñas nacidas mediante la realización de este procedimiento. A su incipiente discusión contribuyen las demandas por una mayor igualdad de género, replanteándose así las miradas desde las cuales debería prohibirse o regularse esta práctica. Por su parte, la relevancia de los derechos de niños, niñas y adolescentes ha obligado a abordar la problemática de la gestación por subrogación desde la perspectiva del derecho de la infancia y de la adolescencia.

No obstante las profundas transformaciones socioculturales experimentadas una vez recuperada la democracia en la década de 1990, Chile es un país conservador en lo valórico y en lo jurídico. Existe reticencia, en gran medida, debido a la influencia de la Iglesia católica, a aceptar diversas formas de constituir una familia y, correlativamente, de tener descendencia fuera de ciertos cánones binarios y heterosexuales de la filiación.

A su turno, tiene gran presencia en nuestro medio aquella clase de ideología según la cual las reformas al derecho de familias deben materializarse sólo en cuanto haya un extendido consenso social. No obstante, desde la perspectiva de un Estado democrático de derecho, al enfrentar las nuevas formas familiares y de parentalidad cabe considerarse que, para decidir si una determinada realidad debe ser protegida por el ordenamiento, los argumentos centrales deben referirse a la manera en que se protegen de mejor forma los derechos fundamentales de las personas, y no al nivel de "preparación" de la ciudadanía.

El primer trabajo chileno del que tengo conocimiento sobre la gestación por subrogación es el libro publicado en 1996 por Silva, titulado

Arrendamiento de útero. En ese entonces la autora advertía la necesidad de regulación legal de esta figura, al afirmar que "es indudable que en un futuro no muy lejano, será menester dicha reglamentación, y que ella deberá avocarse primeramente a los presupuestos técnicamente necesarios de la convención en estudio",⁸ aludiendo a la figura del arrendamiento como soporte jurídico de su calificación contractual.

Con el paso de los años, la doctrina no se detuvo a analizar mayormente esta figura, por lo que se advierte sólo en algunos trabajos publicados varios años después un cierto interés dogmático por ella.

IV. La doctrina ante la gestación por subrogación

1. Prohibición

Corral⁹ señala que

no hay mejoría, remedio o superación de la infertilidad, sino reemplazo de la mujer en una de sus funciones vitales. Esto queda más patente cuando se utiliza la técnica de la maternidad subrogada para atribuir un niño a una pareja de homosexuales, o incluso a un varón solo que no reconoce pareja ni homosexual ni heterosexual, aquí no hay tratamiento terapéutico alguno, sino una puesta al servicio de este procedimiento a un inaceptable "derecho al hijo".¹⁰

Por otro lado, Riveros¹¹ ha rechazado que sean los tribunales de justicia los que hayan solucionado los casos sobre gestación por subrogación

⁸ Silva, Paulina, *op. cit.*, p. 313.

⁹ Corral, Hernán, "Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero", en Gómez de la Torre, Maricruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013, pp. 165-188.

¹⁰ *Ibidem*, p. 170.

¹¹ Riveros, Cristina, "El trasplante de útero: implicancias de su aplicación en Chile y su relación con la maternidad subrogada", en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho*

presentados hasta el momento, accediendo a las acciones de filiación interpuestas. En este sentido, ha señalado que el trasplante de útero parece una solución más consistente con las actuales disposiciones del ordenamiento nacional.¹²

2. Escepticismo

En una posición escéptica se ubica Gómez de la Torre: "esta técnica genera mucha empatía, porque se ve como una solución para aquellas parejas que no pueden tener hijos, sin entrar a analizar los riesgos, discriminaciones y vulnerabilidades que puede implicar".¹³

La autora pone de relieve tres perspectivas adicionales: un supuesto "derecho a ser padre o madre", la mera utilización del cuerpo de la "mujer gestante" y el pretendido bienestar para el niño nacido de la gestación por subrogación. En cuanto a esto último, advierte que el apego mutuo comienza en el vientre de la mujer cuando el gestado escucha su voz; que podría producirse una crisis de identidad en el niño provocada por su entrega a los comitentes, y que qué ocurriría si el hijo desea conocer a la madre gestante o si se le rechaza al nacer con discapacidad.

3. Regulación

Entre quienes se manifiestan en favor de legislar, Álvarez¹⁴ señala que comienza a haber consenso en Chile en que sólo la regulación de la gestación por subrogación asegura la debida protección a los derechos

privado. *II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020, p. 274.

¹² El problema de esta solución es que tal trasplante somete a la persona a riesgos médicos de magnitud y que a la fecha sólo se registran 15 personas nacidas luego del trasplante.

¹³ Gómez de la Torre, Maricruz, "Sobre la necesidad de una regulación legal de la maternidad subrogada", en Cárdenas, H. (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020, pp. 145-146.

¹⁴ Cfr. Álvarez, Rommy, "La gestación por sustitución. Una aproximación a su tratamiento jurídico" en Morales, María y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020, p. 247.

fundamentales en juego y previene los riesgos que podrían temerse de su práctica y los posibles fraudes a la ley nacional en la búsqueda de la determinación de la filiación.

Por su parte, Alborno¹⁵ plantea algunas alternativas y sus posibles soluciones legales, excluyendo que quien aporta su cuerpo para la gestación contribuya, al mismo tiempo, con sus gametos.

Finalmente, Jarufe,¹⁶ desde una perspectiva práctica, si bien no propone directamente legislar, entiende que la sola prohibición o sanción no evita que se realice y, por tanto, que si se establece la nulidad del pacto de gestación o su tipificación penal, de igual forma habrá que solucionar qué ocurre con la filiación del nacido. El problema no es si pueden o no existir vínculos de filiación basados en la sola voluntad, pues sí se verifican, en efecto, en la adopción y las TRA. El asunto es qué legislación aplicar a las filiaciones derivadas de tales supuestos: las normas existentes, desbordando el sistema filial, o bien un sistema que contenga los aspectos básicos relativos a la aplicación y efectos de las TRA, extensibles a la gestación por subrogación.

B. Acuerdos de gestación por subrogación

I. Legalidad

Considerando que no existe regulación, la licitud de pactos de este tipo ha sido analizada a la luz de la teoría general del acto jurídico. No obstante, en el ámbito judicial han sido utilizadas fuentes como el derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 94-95.

¹⁶ *Cfr.* Jarufe, Daniela, "La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial", en Vidal, A., Severin, G. y Mejías, C. (eds.), *Estudios de derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2014*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 285 y 292-293.

Tradicionalmente se acudió al CC para calificar estos acuerdos. Como indiqué, la primera publicación a este respecto consideraba al contrato de arrendamiento de útero como la figura que subsumía el pacto de gestación por subrogación.¹⁷

Por otro lado, cierta doctrina ha negado la licitud de este acuerdo aduciendo que las normas de la filiación son de derecho público y no permiten interpretación por analogía¹⁸ o aludiendo a la configuración de una de las causales de nulidad absoluta.

Así, Corral¹⁹ considera que el contrato de gestación por cuenta ajena es nulo absolutamente. En primer lugar, porque recae sobre un servicio que es personalísimo e inescindible, por lo cual hay objeto intransferible o imposible moralmente (artículo 1464, CC). Además, vulneraría el principio general de indisponibilidad del estado civil, pues nadie puede renunciar, transigir o negociar su calidad de hijo o progenitor de otro (artículo 2450, CC). Luego, contra la "madre gestante" no puede hacerse valer un contrato previo en que ella se comprometía a renunciar al niño o niña.

En este sentido, Rodríguez²⁰ agrega que numerosas disposiciones del CC indican que se trata de un acto nulo (artículo 10), pues hay objeto ilícito en la enajenación de cosas que no están en el comercio humano (artículo 1464, núm. 1), las cuales no podrían ser objeto de convención (artículo 1461). Argumenta conforme al artículo 145 del Código Sanitario, de 1967, y el Reglamento de su título noveno, de 1984, que dispone que el aprovechamiento de tejidos o partes del cuerpo de un donante vivo para

¹⁷ Silva, Paulina, *op. cit.*, pp. 83-84.

¹⁸ Gómez de la Torre, Maricruz, *op. cit.*, p. 150. En realidad, en mi opinión, tales normas serían de orden público, sin dejar de ser parte del derecho privado.

¹⁹ Corral, Hernán, *op. cit.*, pp. 170-1.

²⁰ Rodríguez, María, "Ilícitud y fraude en la maternidad subrogada: problemas éticos y legales sin solución", en Mondaca, A. y Aedo, C. (eds.), *Estudios de derecho de familia IV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019, pp. 416-417.

su injerto en otra persona sólo se permitirá cuando fuere a título gratuito y con fines terapéuticos.

En cuanto a la segunda postura, surgida con ocasión de la resolución de conflictos llevados a sede judicial, se sostiene que los fallos que han acogido las acciones de impugnación de maternidad y de reclamación de ésta interpuestas por los padres comitentes realizan una interpretación que va en la línea correcta al llenar el vacío legal, recurriendo a los derechos fundamentales y sus principios reguladores —en este caso, el interés superior del niño y su derecho a la identidad—²¹ y al derecho internacional, para efectuar una interpretación integradora de la Constitución.²²

II. Altruismo y onerosidad

Para quienes sostienen que el pacto es en sí mismo ilícito por las razones resumidas anteriormente, es irrelevante que el acuerdo se pronuncie sobre remuneración a la gestante; pues adolece *per se* de nulidad absoluta por ilicitud del objeto al recaer en una cosa inenajenable o imposible moralmente.

En cambio, para quienes se abren a su regulación, la naturaleza onerosa o gratuita del pacto, aspecto en el que cabe comprender una remuneración, sí es relevante.

Así, Albornoza²³ descarta que una eventual regulación permita el uso del cuerpo de la mujer o de sus gametos con fines onerosos: si el pacto previera un pago por los servicios de la gestante existiría nulidad por ilicitud del objeto.

²¹ Cfr. Barcia, Rodrigo, "Análisis crítico de dos fallos sobre generación por sustitución o subrogación", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020, p. 171.

²² Cfr. Albornoza, Laura, "Reconocimiento de maternidad biológica en casos de maternidad subrogada: un análisis en hipótesis de subrogación no remuneradas", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020, pp. 176 y 178.

²³ *Idem*.

Quien intenta aclarar correctamente este punto es Barcia,²⁴ al señalar que, en relación con la posible nulidad por objeto ilícito, la subrogación altruista o gratuita no infringe este requisito del acto jurídico, pero que eventualmente tampoco lo hace la gestación onerosa. Ello se debería a que lo que el derecho prohíbe es la disposición del propio cuerpo y el pacto de gestación por subrogación sólo incurrirá en esta sanción en la medida que la gestante no tenga un plazo dentro del cual se pueda desistir sin que ello le acarree consecuencias. De este modo, en la medida en que el pacto no sea ejecutable no habría objeto ilícito; sin embargo, la forma que adopte este pacto naturalmente incidirá en una eventual nulidad, pues debe velar por los derechos de la criatura, la persona gestante y la comitente, y el dador del material genético.

C. Determinación legal de paternidad y maternidad

Las normas sobre filiación responden al modelo clásico de parentesco binario centrado exclusivamente en un vínculo biológico, en el que la voluntad procreacional, salvo el caso de reconocimiento y de TRA ya comentado, no tiene cabida. Asimismo, están fuertemente construidas sobre una estructura heterosexual.

El artículo 183, inciso 1, del CC establece que la maternidad quedará determinada por el parto cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz constan en las partidas del Registro Civil. El inciso 2 agrega que en los demás casos la maternidad se determina por reconocimiento o sentencia firme en juicio de filiación.

En cuanto a la paternidad, existe una regla en el artículo 184 del CC vinculada al matrimonio —y desde 2015 al Acuerdo de Unión Civil (AUC) celebrado por parejas de distinto sexo—, conforme a la cual se presumen hijos del marido de la madre los nacidos dentro del matrimonio y

²⁴ Barcia, Rodrigo, *op. cit.*, p. 170.

los nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución judicial del matrimonio por divorcio.

Por otro lado, la voluntad, expresada en el reconocimiento, es también fuente de filiación.

En cuanto a la determinación judicial de la maternidad, se distingue entre impugnación de la maternidad matrimonial y no matrimonial, aunque el fundamento es el mismo: falso parto o la suplantación del pretendido hijo al verdadero.

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

Dada la ausencia de regulación, no existen criterios de elegibilidad para la persona gestante ni para las personas comitentes. A su vez, no se han desarrollado investigaciones sociológicas específicas sobre las características de los sujetos intervinientes en esta práctica ni de las razones para acudir a ella.

No obstante, un artículo publicado en 2019 da cuenta de los resultados de investigaciones cualitativas sobre la reproducción por terceras personas.²⁵ Una de ellas se refiere a la gestación por subrogación.²⁶

En relación con la persona gestante, se dice:

En los casos de parejas gay que tuvieron hijos/as vía gestación subrogada, el proceso reproductivo incluye a dos terceras partes: la donante y la mujer gestante, las que ocupan un espacio diferente en las narrativas analizadas. A la mujer gestante se la incluye en la familia y se hace referencia a ella como 'la mamá'. En los casos

²⁵ Herrera, Florencia, Salvo, Irene y Navarro, Javiera, "Reproducción por terceras partes en Chile: comunicando orígenes y construyendo parentesco", *Política y Sociedad* 3, 2019, pp. 691-711.

²⁶ *Ibidem*, p. 697.

incluidos en este artículo las madres gestantes viven en un país diferente a los padres entrevistados y sus hijos. *Esto probablemente es cómodo para los padres, dado que les interesa que esta madre sea una figura que exista en el imaginario familiar de sus hijos/as, pero no que cumpla un rol activo en la familia.* Se sienten satisfechos con que exista una madre de la que pueden hablar y que sus hijos pueden conocer en algún momento.²⁷

Por otro lado, como señalé, Chile no regula el acceso a la información de donantes de gametos, por lo que las donaciones tienen el carácter de anónimas y, en principio, la persona nacida de TRA no tiene un derecho legalmente reconocido a conocer información sobre su origen genético.

No obstante, una de las cuestiones más comentadas en el estudio anteriormente mencionado es la relativa a la develación del proceso de gestación que le dio la posibilidad de nacer al hijo. En este trabajo se concluye que los padres gays por gestación subrogada sí incluyen a la madre biológica o a la persona gestante en sus relatos, en un lugar bondadoso y generoso, pero acotado. En estos casos, se cuestiona el poder de la conexión biogenética y, al mismo tiempo, se enfatiza el proceso de gestación (embarazo) como base para las relaciones de parentesco.²⁸

E. Transferencia de la filiación

A falta de ley, la doctrina se refiere a las siguientes situaciones.

I. Supuestos de hecho

1. Persona sola como comitente

Si quien encarga es una mujer y aporta el óvulo, se podrá recurrir a un tercer donante de gameto masculino, aunque también puede ser aportado

²⁷ *Ibidem*, p. 699. Énfasis añadido.

²⁸ *Ibidem*, p. 707.

por la pareja de la gestante. Si la comitente no aporta óvulo, se pueden dar cuatro situaciones: recurrir a donante tanto de gameto femenino como masculino; que la gestante aporte el óvulo y su pareja el espermio (situación en la que no hace falta TRA); la gestante aporta el gameto femenino y un tercero el masculino, y que el gameto femenino sea aportado por donante y el masculino por la pareja de la gestante.

Si quien encarga es varón e interviene genéticamente en la fecundación, puede suceder: que aporte sus gametos y la gestante el óvulo; que aporte sus gametos y una donante el óvulo. Si no realiza aportación genética, podrían darse cuatro supuestos, similares a los de la mujer sola.

2. Pareja como comitente

Si una pareja, matrimonial o no, encarga la gestación puede suceder uno de los siguientes supuestos.

1. Que aporte todo el material genético.
2. Que aporte sólo el semen, mientras que la gestante el óvulo.
3. Que aporte sólo el óvulo y el semen sea aportado por la pareja de la gestante.
4. Que aporte los gametos uno de los miembros de la pareja e intervenga un tercer donante, en cuyo habría que subdistinguir si el varón comitente aporta el semen y la mujer comitente no aporta los óvulos, pero tampoco lo hace la mujer gestante, sino que estos provienen de una donante; y aquellos supuestos en los que la comitente aporta el óvulo y el varón comitente no aporta el semen, pero tampoco lo hace la pareja de la gestante, sino que proviene de un tercero.
5. Que no aporte material genético, en cuyo caso habrá que subdistinguir si quienes donan óvulo y semen son distintos a la gestante y su pareja; si el óvulo es aportado por la gestante y el

semen por un donante anónimo; si el semen es aportado por la pareja de la gestante y el óvulo por una donante anónima; y, por último, si el óvulo y semen son aportados por la mujer gestante y su pareja.²⁹

II. Determinación de la maternidad

Como indiqué, el artículo 183, inciso 1, del CC establece que la maternidad quedará determinada por el parto cuando el nacimiento y las identidades del hijo y de la mujer que lo ha dado a luz consten en las partidas del Registro Civil. Conforme a una interpretación literal de esta norma, la persona comitente no será madre legal del nacido, incluso si ha aportado sus óvulos. Con lo cual, para la determinación de la maternidad importa el hecho del parto y la identidad del nacido y de la mujer que ha parido; no será relevante ni el origen del óvulo ni la voluntad procreacional.

III. Determinación de la paternidad

Según Jarufe,³⁰ las complicaciones relativas a la determinación de la filiación paterna de un niño o una niña vienen dadas por el estado civil de la persona gestante, no de los comitentes.

1. Gestante casada

Si la persona gestante estuviera casada, sin importar si aportó o no el óvulo, la gestación por subrogación dará lugar a la determinación de la filiación matrimonial del nacido y operará la presunción de paternidad del artículo 184 del CC, tanto si el semen provino del varón comitente como de un tercer donante o del mismo marido. Sólo coincidirá la paternidad legal con la biológica en el evento de haber provenido el semen del

²⁹ Cfr. Jarufe, Daniela, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

³⁰ *Ibidem*, pp. 292-293.

marido de la gestante. Si no coincide la paternidad legal, determinada a partir de la presunción, con la paternidad genética, habría filiación no biológica.

El padre legal podría impugnar la paternidad (artículos 211 y siguientes, CC), lo que prosperaría. En tal caso, el nacido no tendrá determinada su paternidad, salvo que opere un reconocimiento conforme al artículo 188 del CC, lo que para la autora constituiría un fraude a la ley. Si los gametos han sido aportados por el varón comitente podría éste reclamar la paternidad del nacido (artículos 204 y siguientes, CC), lo que también prosperaría (si el marido de la gestante no ha impugnado la paternidad, tendrá que hacerlo conjuntamente con la acción de reclamación [artículo 208, CC]).

Determinada la paternidad en favor del padre biológico, será madre legal quien ha dado a luz y padre legal quien lo ha encargado, estén casados o no, y aun cuando entre uno y otro no exista relación ni se conozcan.

Si quien aportó los gametos masculinos es un tercer donante, en principio anónimo, no habrá posibilidad de determinar una filiación paterna, o al menos no una filiación que coincida con el vínculo biológico. Si bien podría operar el "reconocimiento por mera complacencia" por parte de cualquier varón, tampoco coincidirá la filiación biológica con la legal, cuestión que nuevamente la autora considera fraude a la ley.

2. Gestante soltera

Si la gestante no estuviera casada, no opera presunción de paternidad, con lo cual queda determinada sólo la maternidad, esté o no basada en el vínculo biológico. La eventual determinación de la paternidad dependerá de si el varón comitente, casado o no, es quien ha aportado el material genético, en cuyo caso podrá reclamar la paternidad, lo que prosperará; si el semen, en cambio, ha sido aportado por un tercer donante, no habrá modo alguno de determinar un vínculo biológico de filiación paterna.

Aunque podría existir un reconocimiento de complacencia, ya sea del varón que ha encargado la gestación o de otro, lo que la autora considera fraude a la ley.

IV. Niño nacido en el exterior

1. Inscripción en el Registro Civil

Según Corral,³¹ si alguien quiere inscribir en el Registro Civil chileno como hijo de los comitentes al niño concebido en el exterior mediante gestación por sustitución, habrá que distinguir si lo que se pretende es su inscripción directa o si se pide la aprobación de una resolución judicial del tribunal extranjero que determina la filiación.

Si se tratase de inscripción directa, se tendría que invocar el artículo 3, número 3, de la Ley de Registro Civil (LRC), que señala que los hijos de chilenos nacidos en el extranjero deben ser inscritos en el Registro Civil chileno ante el cónsul respectivo, quien remitirá los antecedentes al Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual certificará la autenticidad de los documentos y los enviará al Conservador del Registro Civil para los efectos de su inscripción en el Registro de la Primera Sección de la comuna de Santiago (LRC, artículo 8, inciso 2).³²

En cuanto a la maternidad, al autor le parece que si hay constancia en los documentos aportados de que el niño ha sido gestado por cuenta ajena, el cónsul debiera denegar la inscripción de la maternidad a nombre de la mujer comitente. Según el autor, no procedería que ella pida que se inscriba al niño por medio de un acto de reconocimiento efectuado en la misma inscripción según el artículo 187, número 1, del CC, ya que los mismos documentos presentados prueban que ella no es la madre biológica o, al menos, que no es la única madre que puede considerarse

³¹ Corral, Hernán, *op. cit.*, pp.185-186.

³² *Ibidem*, p. 186.

biológica (si aportó el óvulo). Esto, pues el reconocimiento parte del supuesto de que el niño reconocido es verdadero y exclusivo hijo del reconociente.³³

Esta última aseveración puede cuestionarse, pues sabido es que, al regular el acto de reconocimiento, el legislador de 1998 quiso promover este mecanismo voluntario de determinación de la filiación, facilitándolo, sin exigir antecedentes sobre el vínculo biológico entre reconociente y reconocido ni notificación alguna a la persona respecto de la cual el nacido tuviere ya filiación determinada.

Respecto de la paternidad,³⁴ habrá que distinguir si la criatura fue concebida con espermios propios o ajenos. En el primer caso, pareciera que debe admitirse que el niño sea reconocido como hijo no matrimonial por el varón requirente, ya que se trata de un hijo biológico suyo. Si se ha utilizado semen de un tercero donante, podría pensarse aplicar el artículo 182 del CC y tener por padre al varón que se sometió a la TRA. No obstante, el precepto no está pensado en ninguna de sus partes para la práctica de la gestación por cuenta ajena, ni en beneficio de la mujer ni del varón comitente, de manera que no debe aplicarse para favorecer al varón. La solicitud de que el niño se inscriba como reconocido por el varón requirente, en virtud del artículo 187, número 1, del CC, debería rechazarse al constar fehacientemente que no es el padre biológico. Si el cónsul accede al trámite, corresponderá al oficial del Registro Civil de la Primera Circunscripción de la comuna de Santiago efectuar la negativa.

En esta misma línea, para el caso de que el hijo haya nacido en el extranjero, Cornejo³⁵ afirma que ya sea que se trate de parejas de distinto o del mismo sexo, resultaría imposible practicar una inscripción en favor de la

³³ *Idem*.

³⁴ *Ibidem*, pp. 186-187.

³⁵ Cornejo, Pablo, "Maternidad subrogada, interés del niño y orden público en materia de filiación internacional. Un difícil equilibrio", *Revista de Derecho de Familia* IV, 2016.

madre (comitente), pues siendo chilena está vinculada por la ley chilena, no obstante el hecho de encontrarse en otro país (artículo 15, CC). En cuanto a la paternidad, en cambio, en los casos en que se intenta la inscripción del nacido en el Registro Civil chileno, considera que el varón chileno que recurrió a la técnica en el extranjero puede ser considerado padre del niño, debiendo prevalecer la voluntad procreacional por sobre la existencia de un eventual vínculo de carácter biológico (dado en este caso por el aporte de material genético), en línea con lo dispuesto en el artículo 182 del CC, de la misma forma en que se resolvería la cuestión si hubiese ocurrido en Chile. Si se trata de una pareja de personas del mismo sexo, la solución debe ser la misma, si bien queda vedado el establecimiento de un vínculo respecto de ambos padres, pues éste no es reconocido por la ley chilena.

Explicando la aplicación del artículo 15 del CC, el autor añade que ésta evita un tratamiento desigual entre el niño nacido en el extranjero y el nacido en Chile, y que encuentra un margen de apreciación válido, pues permite la constitución de un vínculo de filiación con al menos uno de los padres (aquel que podría ser reconocido de acuerdo con la ley nacional). Además, aclara que estas situaciones exceden por mucho el ámbito de las atribuciones que corresponden a los funcionarios consulares o a los oficiales del Registro Civil, quienes, enfrentados a una situación como la descrita, deberían aplicar la ley vigente.

2. *Exequatur*

En cuanto a la gestación por subrogación que ha producido efectos filiativos mediante resolución de tribunal extranjero, para acceder al registro chileno, según Corral,³⁶ debería realizarse el trámite de *exequatur*, previsto en los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Pero, en este caso, la Corte Suprema debería considerar especialmente la

³⁶ *Ibidem*, p. 187.

exigencia del artículo 245, número 1, del Código, que establece que para poder tener efecto en Chile las resoluciones pronunciadas por un tribunal extranjero tienen que cumplir con la siguiente circunstancia: "Que no contengan nada contrario a las leyes de la República". Como el autor estima que esta técnica es contraria al orden público, el *exequatur*, en su opinión, debería negarse. Asimismo, si se trata de una sentencia que regulariza los efectos de la gestación por subrogación mediante adopción, ésta tampoco podría tener efecto en Chile por contravenir la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de adopción internacional.

Todo lo anterior se aplicaría, con mayor razón, si los peticionarios de la inscripción fueran dos varones que piden la inscripción de un niño gestado por una "madre sustituta" como hijo de ambos. La posibilidad de que un niño tenga a la vez dos padres o dos madres es repudiada por el ordenamiento chileno, incluso vía adopción.³⁷

Con todo, agrega, no parece posible negar que un varón, con pareja o no, tenga un hijo a través de una "madre sustituta", usando sus propios gametos, y luego lo reconozca al momento de la inscripción, conforme al artículo 187, número 1, del CC. Como de esa manera ha privado al niño de la posibilidad de determinar la maternidad (conforme a la legislación extranjera la gestante renuncia a sus derechos maternos), es posible que un juez de familia lo prive de la tuición y de la patria potestad por grave infracción al artículo 222, inciso 2, del CC, que dispone que la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, y al artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), que le asegura el derecho a conocer a ambos padres y ser cuidado por ellos, todo lo cual podrá constituir inhabilidad física a la que aluden los artículos 226 y 271, número 4, del CC como causal de pérdida del cuidado personal y de la patria potestad, respectivamente.³⁸

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, pp. 187-188.

Coincidiendo con Corral, Cornejo³⁹ opina que si una pareja de chilenos solicita el reconocimiento de una resolución extranjera que determina la filiación recurriendo a esta técnica, se estarían sustrayendo a la aplicación de las reglas nacionales en materia de filiación, afectando el orden público. No obstante, a diferencia de Corral, señala que en este caso quedaría la posibilidad de reconocer la filiación con el padre que se sometió a la técnica —según los criterios que se explicaron previamente, como si el nacimiento se hubiere producido en Chile—, permitiendo a la "madre no gestante" recurrir a la adopción, sujetándose a la Ley 19.620. Esto permitiría reconocer la realidad familiar que ya es vivida por el niño, resguardando su interés superior.

Finalmente, Cornejo⁴⁰ advierte que una aplicación estricta de las soluciones expuestas puede llevar, en ciertos extremos, a situaciones lesivas del interés del niño, como ocurre cuando el reconocimiento de la filiación debe ser resuelto con ocasión de otro problema, como la determinación de los herederos en un contexto sucesorio o la definición de los legitimados activos en una acción de responsabilidad. En este caso, en la medida en que se esté en presencia de extranjeros, pareciera que deben primar los imperativos de protección de la vida familiar y de la buena fe, debiendo ser reconocido dicho vínculo, máxime en circunstancias en que nuestra ley no pretendió regular la materia.

V. Adopción

La doctrina es contraria a la aplicación de la adopción de un niño nacido de gestación por subrogación.

Corral⁴¹ describe que el marido o compañero varón puede reconocer al hijo nacido de la gestante y luego tramitar una adopción conjunta como

³⁹ Cornejo, Pablo, *op. cit.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ Corral, Hernán, *op. cit.*, p. 176.

matrimonio o como pareja estable (donde las leyes lo permitan); de esta manera, quedarían legalmente como padres (artículo 11, Ley 19.620). Ahora, si se trata de un varón homosexual que recurre a la gestación por subrogación sin ser padre genético, podría querer adoptar al niño para que el vínculo no pueda ser luego impugnado, aunque muchas veces bastará con el acto formal de reconocimiento. Lo mismo ocurriría con una mujer lesbiana, quien podría querer adoptar al niño para evitar cualquier reconocimiento posterior por parte de un varón que no es padre genético.

Al utilizar la adopción se manipula esta institución, para lograr fines y propósitos que le son ajenos. Se configura un fraude de ley, por lo cual, aunque los actos aislados puedan ser calificados formalmente conforme a la ley, el resultado obtenido es contrario a los principios y valores del ordenamiento.⁴²

Por su parte, Álvarez⁴³ considera que si bien la adopción es un camino para constituir filiación en favor de los comitentes, no se tiene en cuenta la realidad familiar que se ha configurado ni la verdad biológica, que es la base de la identidad del niño nacido.

Jarufe⁴⁴ opina que la adopción no debiera, en ningún caso, ser utilizada para establecer un vínculo legal de filiación entre comitentes y nacido. La adopción es una medida de protección establecida en favor de niños que existen y que requieren de una familia "sustituta"; no tiene por objeto satisfacer los deseos, por muy loables que sean, de quienes no puedan o no quieran gestar por sí.

Finalmente, Rodríguez⁴⁵ plantea una solución distinta a la adopción: ha señalado que puede reconocerse la maternidad de la gestante para posteriormente atribuir la "responsabilidad parental" a los comitentes. Aunque

⁴² *Ibidem*, pp. 180-182.

⁴³ Álvarez, Rommy, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁴ Jarufe, Daniela, *op. cit.*, pp. 291-292.

⁴⁵ Rodríguez, María, *op. cit.*, p. 419.

aclara que lo único que un tribunal podría hacer es atribuir el cuidado personal del niño a los comitentes y, eventualmente, constituirlos en guardadores. La crianza y educación correspondería a los comitentes, sin oscurecer u ocultar los orígenes del niño.

VI. Jurisprudencia

La Ley 19.968, que creó los Tribunales de Familia, establece dentro de sus competencias las acciones de filiación (artículo 8, número 8). Estos tribunales han dictado cuatro sentencias recaídas favorablemente en causas sobre impugnación de maternidad y reclamación de ésta. Argüían la existencia de voluntad procreacional, concepto que la ley nacional ha reconocido, aunque no con ese nombre ni con efectos generales, en el propio artículo 182 del CC, al vedar cualquier intento de acción en contra de la filiación determinada por TRA heterólogas.

Por otra parte, los derechos de niños y niñas nacidos de las gestaciones por subrogación fueron consideraciones en estas sentencias. Ello se debe a la incorporación gradual y progresiva de la Convención sobre los Derechos del Niño en el ordenamiento interno, que ha impactado en el desarrollo legal, jurisprudencial y doctrinal del derecho de familia y de la infancia desde la década de 1990.

1. Hechos

En el primer caso comparece la madre comitente deduciendo demanda de impugnación y reclamación de maternidad en contra de su madre, es decir, la abuela de las niñas concebidas mediante gestación por subrogación. Comparece también el padre comitente, quien es pareja de la demandante, sin oponerse a la acción. La demandada solicita acoger la demanda.

La demandante tiene 28 años, ha sufrido dos embarazos fallidos, la muerte de un hijo recién nacido y la pérdida de su útero a los 26 años.

La madre de la comitente, de 49 años, se ofreció gratuitamente a que le fueran transferidos embriones generados con óvulos de la comitente fecundados con espermatozoides de la pareja de ésta, esto es, el padre comitente. Se relata por la demandante haber vivido el embarazo de la gestante con gran cercanía y dedicarse al cuidado de las niñas desde su nacimiento, incluso amamantándolas.

Las niñas figuran en el Registro Civil como hijas de la persona que las parió, es decir, la madre de la demandante. La paternidad legal recae en el padre comitente, de 33 años, quien es, a su vez, el padre genético.

En el segundo caso, la demandante dirige acción de impugnación y reclamación contra la persona gestante de un niño de nueve meses de edad, fundándose en que junto a su pareja y cónyuge habían sufrido de un embarazo cervical que derivó en una hemorragia y posterior inviabilidad, con lo cual se había producido la muerte del embrión y posterior esterilidad en la madre.

Luego de intentos fallidos de tratamientos de fertilidad, habían recurrido a la gestación por subrogación gracias a una amiga de 22 años que se había ofrecido como gestante gratuitamente. La fecundación se había realizado en Perú, con óvulos de la demandante y espermatozoides de su cónyuge, naciendo un niño al cual la madre comitente estaba lactando producto de un proceso de inducción de lactancia.

En el tercer caso, se trata de una mujer (la demandante) sensibilizada al factor Rh, que a los 16 años perdió un bebé por negligencia médica y nuevamente a los 27 años por la misma razón, todo lo cual había provocado que su único hijo nacido vivo en 2015 hubiera sufrido graves complicaciones tanto antes como después de nacer.

De esta forma, si bien la demandante era fértil, su sensibilidad al factor Rh podría llegar a complicar un nuevo embarazo de forma fatal; razón por la cual recurrieron a una mujer de nacionalidad peruana para que actuara como gestante. Esta mujer había sido presentada a los padres

comitentes por la tía del cónyuge de la demandante, es decir, del padre comitente, y cuidaba un departamento que dicha tía tenía en Lima. La gestante ya tenía cuatro hijos, y accedió gratuitamente a ayudar a la pareja, recibiendo sólo reembolsos por gastos de salud asociados al embarazo de mellizos que desarrolló luego de proporcionados los gametos por parte de los comitentes y de realizada la TRA.

Los niños habían nacido en Chile, tras lo cual la pareja comitente y la gestante extendieron una escritura pública en la que se acordaba que el cuidado personal de los niños, así como la patria potestad sobre ellos le correspondía al padre biológico, regulándose también un régimen de relación directa y regular a su favor. La demandada, mujer gestante, contestó la demanda allanándose en todas sus partes.

En el cuarto caso, la madre comitente demanda impugnación y reclamación de filiación, conjuntamente, respecto de un niño de casi cinco años de edad. La parte demandada es la portadora gestacional —amiga íntima de la madre comitente—. La mujer demandada ha dado a luz al niño gracias a una TRA llevada a cabo con los gametos del padre comitente y los óvulos de una donante anónima.

La demandante es infértil producto de la extracción de útero y ovarios que ha debido sufrir en el pasado por padecer cáncer; ella y su marido han intentado adoptar, sin embargo, se les ha señalado que deben dejar pasar cinco años desde la remisión del cáncer, pero dejar pasar esos años acarrea la imposibilidad de la adopción, por la diferencia de edad que la persona que será adoptada debe tener con respecto al padre adoptivo.

2. Fundamentos de los fallos

La primera sentencia,⁴⁶ del Segundo Juzgado de Familia de Santiago, referida a los hechos del primer caso comentado en el apartado anterior,

⁴⁶ Sentencia del 8 de enero de 2018. Véase Maturana, Pilar, "Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile", *Revista de Estudios Judiciales* 6, 2020, pp. 173-196. Los

advierte que las TRA no están reguladas orgánicamente y que la única norma aplicable es el artículo 182 del CC, que sólo regularía la situación filiativa de las personas nacidas por TRA fruto de donación de gametos no pertenecientes a los padres o pareja que se somete a la técnica, situación en que los donantes no pueden reclamar paternidad; esto, ya que al redactar ese artículo no se tuvo por objeto regular las TRA de forma general sino sólo ese respecto (situación filiativa en TRA heterólogas). El fallo afirma que para resolver la acción resulta importante el estudio del derecho internacional, como parte del bloque constitucional de los derechos fundamentales, con el fin de dar mayor resguardo y efectividad a los derechos inherentes al ser humano de los intervinientes, especialmente, los derechos a procrear y a la identidad.⁴⁷

En cuanto al derecho a procrear, señala que corresponde tanto a la mujer con capacidad de gestación como a aquella que no la tiene, lo mismo que al hombre que tiene o no capacidad para fecundar. Así, conforme a los derechos de igualdad y libertad, su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que incluiría a las TRA y, por cierto, la gestación por subrogación. En cuanto al derecho a la identidad, el fallo lo desarrolla respecto de las niñas nacidas de la gestación por subrogación, indicando su contenido a la luz del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho chileno. Se afirma que han quedado acreditados los hechos que prueban la existencia de una identidad tanto estática como dinámica; genética, afectiva y socialmente son hijas de la demandante.⁴⁸

Enseguida, el fallo pone de relieve la existencia de distintas aproximaciones frente al contrato de gestación por subrogación: quienes consideran

datos de esta causa y de las tres siguientes que se comentan en este apartado han sido omitidos para resguardar la intimidad de las personas involucradas.

⁴⁷ Considerando 6.

⁴⁸ Considerando 7.

que es madre quien ha parido y que no procede la impugnación de esta maternidad, pues no está prevista en las causales taxativas de la acción de impugnación; quienes se inclinan por hacer primar el carácter volitivo, en virtud del cual la intención y aporte de la gestante sólo tiene relevancia una vez que los comitentes han manifestado la voluntad de procrear; y quienes afirmarían que conforme a la palabra "someterse" del artículo 182 del CC cabe aplicar el sistema general de determinación de la filiación, basado en la descendencia genética, ya que esta expresión haría referencia a la persona que aporta el material genético.⁴⁹ El fallo descarta esta última posición pues la historia de la ley demostraría que el objetivo del artículo no fue regular orgánicamente las TRA. Descarta también la primera aproximación referida, pues la mujer gestante no tiene voluntad de ser madre.

La sentencia determina el interés superior del niño a la luz del derecho a la identidad; sostiene que el elemento dinámico del aquel debe verse reflejado en la filiación legal de las niñas y con ello preservar sus relaciones familiares.

El fallo descarta la posible nulidad del pacto por ilicitud del objeto, señalando que ello sólo aplicaría para contratos onerosos en que el cuerpo humano de la mujer es objeto del acto jurídico.⁵⁰

Finalmente, la resolución acoge la demanda de impugnación y reclamación de maternidad, ordenando sustituir mediante una nueva inscripción el nombre de las niñas como hijas de la demandante.

El 3 de diciembre de 2018 fue dictado, por el propio Segundo Juzgado de Familia de Santiago, un fallo que acogió las mismas acciones interpuestas en el caso examinado en el apartado anterior.

⁴⁹ Considerando 9.

⁵⁰ Considerando 11.

La sentencia comienza afirmando que la filiación del niño no coincide con su verdadera filiación biológica, pues es hijo de la demandante. Señala que el artículo 183 del CC puede ser derrotado a través de la verdad biológica.⁵¹ Enseguida, advierte una colisión aparente entre esta norma y el artículo 182 del CC, pues conforme a este último sería madre quien se sometió a la TRA; en cambio, el artículo 183 del CC establece que es madre quien pare.⁵²

Además, señala que el contrato de subrogación no está prohibido sino que carece de regulación, lo que exigiría la aplicación de principios contenidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales.⁵³ Uno de ellos sería la protección del derecho a la identidad, que el fallo desarrolla invocando estándares internacionales.⁵⁴ La disconformidad entre identidad biológica y la filiación legal produciría que a los seis meses de vida el niño construya su identidad personal y social con un grave defecto.⁵⁵ Finalmente, establece que la regla del artículo 183 del CC es contraria a los principios y derechos jerárquicamente superiores descritos en torno a la identidad del niño, por lo cual acoge la demanda declarando que el niño es hijo de la demandante.

En cuanto al fallo del Cuarto Juzgado de Familia, del 1 octubre 2019, referido a los hechos del tercer caso mencionados en el apartado anterior, dio lugar a la demanda declarando que dos niños eran hijos de la demandante de impugnación y reclamación y de su cónyuge. Esta sentencia fue dictada en la audiencia de modo verbal, transcribiéndose sólo su parte resolutive.

Finalmente, en el fallo del 21 de julio del 2021, referido al cuarto caso indicado en el apartado anterior, el Segundo Juzgado de Familia de Santiago

⁵¹ Considerando 5.

⁵² Considerando 9.

⁵³ Considerando 11.

⁵⁴ Considerando 13.

⁵⁵ Considerando 14.

señaló que la gestación subrogada por altruismo es un medio para constituir familia y que la libre autodeterminación reproductiva de las personas se vincula al derecho de familia cuando éste no puede alcanzarse por existir impedimentos físicos o biológicos de los padres o madres. Agregó que la familia a la que pertenecía el niño guardaba

plena relación con su interés superior y al principio de identidad contemplado en el artículo 7 Convención Internacional de los Derechos del Niño, derecho personalísimo, inherente a toda persona, independiente de su edad, sexo o condición y que en el caso de autos el niño tiene derecho a su vida familiar, a preservarla por quienes lo han cuidado y protegido desde los primeros días de vida, siendo responsables de sus deberes y funciones parentales, no debiendo ser un obstáculo la filiación legal ni el vacío legal en la materia para garantizar el pleno desarrollo de sus derechos.⁵⁶

F. Agencias y criminalización

Dada la ausencia de regulación, no existen mediadores, agencias ni intermediarios de carácter oficial asociados a la gestación por subrogación; tampoco es posible saber si se ofrecen pagos asociados. Si bien es de suponer que operan para facilitar su práctica,⁵⁷ especialmente cuando personas chilenas acuden a gestantes en el extranjero, no existe información pública accesible. La no prohibición facilita que la gestación se lleve a cabo, pues nada ilegal se está efectuando al acordarla; los problemas surgen con el nacimiento.

Así ocurrió en 2018, cuando una pareja de chilenos viajó a Perú a buscar a sus hijos nacidos en virtud de un acuerdo con una gestante.⁵⁸ La prensa

⁵⁶ Considerando 6.

⁵⁷ Una página que ofrece servicios de fertilidad informa sobre las características del procedimiento invitando a "descubrir lo que es posible realizar" en el país. Cfr. «<https://www.sgfertility.cl/nuestros-tratamientos-y-programas/donacion/subrogacion-uterina/>». [Consultado el 18 de mayo de 2021].

⁵⁸ Paz, Óscar, "Ventre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal", *El Comercio*, 3 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/lima/sucesos/ventre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484-noticia/>». [Consultado el 10 de diciembre de 2021].

informó que allá se les había acusado de trata de personas. En Chile no sería posible imputar un tipo penal como el que al parecer se aplicó en Perú, pero podría, eventualmente, detenerse a los padres por una supuesta sustracción de menores (artículo 142, Código Penal).

G. Acuerdos internacionales

Chile no regula los acuerdos de gestación por subrogación celebrados en el extranjero que vayan a tener efectos en el país. Ahora bien, si el niño está en Chile, será competente para conocer de la reclamación de filiación el juzgado con aptitud en materias de familia del domicilio del demandado o del demandante a elección de este último (artículo 147, inciso final, Código Orgánico de Tribunales).

Con respecto al reconocimiento nacional de la paternidad o maternidad que surge de un acuerdo de gestación por subrogación en otra jurisdicción, me remito a lo indicado sobre la transferencia de la filiación.

Finalmente, el artículo 10 de la Constitución establece que son chilenos los nacidos en el territorio de Chile, con excepción de los hijos de extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno, y de los hijos de extranjeros transeúntes, todos los que, sin embargo, podrán optar por la nacionalidad chilena. Por lo tanto, si un niño nace en Chile en virtud de un acuerdo de gestación por subrogación celebrado en el extranjero, adquirirá automáticamente la nacionalidad chilena (salvo que sus padres sean extranjeros que se encuentren en Chile en servicio de su gobierno o si son extranjeros transeúntes).

También son chilenos los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero, siempre que alguno de sus ascendientes en línea recta de primer o segundo grado haya adquirido la nacionalidad chilena en virtud de lo establecido en los números 1, 3 o 4 del artículo 10, esto es, por *ius solis* —conforme acabamos de ver—, o bien por carta de nacionalización o especial gracia de nacionalización por ley. Es decir, un nacido

en el extranjero en virtud de un acuerdo de gestación por subrogación será chileno siempre que se cumpla la exigencia señalada.

H. Conclusiones

La gestación por subrogación permanece sin regulación en el ordenamiento chileno, aunque sí se practica. Esta ausencia de ley genera y profundiza vulnerabilidades, especialmente, respecto de la situación filiativa de los nacidos gracias a esta técnica. No existen criterios de elegibilidad para la persona que actúa como gestante, así como tampoco respecto de las personas comitentes. Como no está regulada la donación de espermatozoides, óvulos o embriones ni el acceso a la información del donante en general, en principio, no existirá información sobre la persona gestante.

La doctrina se manifiesta a favor del reconocimiento del derecho a la utilización de las TRA y de la creación de un estatuto que lo proteja y regule. Ahora bien, en cuanto a la gestación por subrogación existen posiciones divididas: algunas defienden su regulación, otras afirman que debe prohibirse, mientras que otro sector se plantea escéptico.

Ha sido la jurisprudencia la que, aplicando conceptos como la voluntad procreacional y razonando a la luz de los derechos fundamentales, ha resuelto los casos que se han judicializado. El derecho a la identidad y la protección del interés superior de los nacidos han sido elementos primordiales en estos fallos, informados por lo dispuesto en tratados internacionales de derechos humanos.

A mi juicio, en un Estado democrático de derecho debe primar la ética pluralista, que salvaguarde y fomente la diversidad de modos de vida respetuosos de los derechos humanos, así como la plena observancia de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad. No estoy afirmando que existe un derecho a tener un hijo, pero sí que gozamos de un derecho a beneficiarnos de los avances de la tecnología para formar

una familia.⁵⁹ La regulación clara y adecuada, no la prohibición ni el silencio de la ley, pueden garantizar los derechos de las personas que ven en las TRA, en general, y en la gestación por subrogación, en particular, una forma de concretar su proyecto de vida familiar y, muy especialmente, de la persona que nace de ellas.

Bibliografía

Albornoz, Laura, "Reconocimiento de maternidad biológica en casos de maternidad subrogada: un análisis en hipótesis de subrogación no remuneradas", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020.

Álvarez, Rommy, "La gestación por sustitución. Una aproximación a su tratamiento jurídico" en Morales, Maria y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020.

Barcia, Rodrigo, "Análisis crítico de dos fallos sobre generación por sustitución o subrogación", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020.

Barcia, Rodrigo y Riveros, Carolina, "El derecho al conocimiento del origen biológico como un derecho fundamental de naturaleza civil-constitucional derivado del derecho a la identidad y de la dignidad humana", en Gómez de la Torre, Maricruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2013.

Cornejo, Pablo, "Maternidad subrogada, interés del niño y orden público en materia de filiación internacional. Un difícil equilibrio", *Revista de Derecho de Familia* IV, 2016.

⁵⁹ *Artavia Murillo y otros ('fecundación in vitro') vs. Costa Rica*, 28.11.2012 (párr. 146).

Corral, Hernán, "Maternidad subrogada: sobre la pretensión de formalizar la filiación perseguida mediante la adopción o la recepción de su práctica en el extranjero", en Gómez de la Torre, Maricruz (dir.), *Técnicas de reproducción humana asistida*, Santiago, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2013.

Gómez de la Torre, Maricruz, "Sobre la necesidad de una regulación legal de la maternidad subrogada", en Cárdenas, Hugo (ed.), *Jurisprudencia crítica II. Comentario de fallos 2018-2019*, Santiago, Rubicón, 2020.

Hernández, Gabriel y Lathrop, Fabiola, "Derecho de familias y constitución", en *Derecho Civil y Constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Herrera, Florencia, Salvo, Irene y Navarro, Javiera, "Reproducción por terceras partes en Chile: comunicando orígenes y construyendo parentesco", *Política y Sociedad* 3, 2019, pp. 691-711.

Jarufe, Daniela, "La problemática de la determinación de la filiación derivada de la práctica de la maternidad por subrogación: supuestos que amenazan la estabilidad del sistema filial", en Vidal, A, Severín, G. y Mejías, C. (eds.), *Estudios de derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso 2014*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.

Maturana, Pilar, "Análisis de la primera sentencia sobre maternidad gestacional subrogada en Chile", *Revista de Estudios Judiciales* 6, 2020.

Paz, Óscar, "Ventre de alquiler: caso de pareja de chilenos muestra un vacío legal", *El Comercio*, 3 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/lima/sucesos/ventre-alquiler-caso-pareja-chilenos-muestra-vacio-legal-noticia-553484-noticia/>». [Consultado el 10 de diciembre de 2021].

Riveros, Cristina, "El trasplante de útero: implicancias de su aplicación en Chile y su relación con la maternidad subrogada", en Morales, Maria y Mendoza, Pamela (coords.), *Estudios de derecho privado. II Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*, Santiago, Ediciones DER, 2020.

Rodríguez, María, "Ilicitud y fraude en la maternidad subrogada: problemas éticos y legales sin solución", en Mondaca, A. y Aedo, C. (eds.), *Estudios de derecho de familia IV*, Santiago, Thomson Reuters, 2019.

Silva, Paulina, *Arrendamiento de útero*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1996.

CAPÍTULO 4

La gestación por subrogación en Colombia

Natalia Rueda*

* Abogada y profesora de la Universidad Externado de Colombia. Doctora en Ciencias Jurídicas con énfasis en Derecho Privado de la Università di Pisa (Italia).

SUMARIO: A. Marco legal general; B. Acuerdos de gestación por subrogación en general; C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento y transferencia de la paternidad o la maternidad; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación. Bibliografía.

A. Marco legal general

En Colombia hay un vacío jurídico total en relación con la gestación por subrogación, pues no existe regulación específica al respecto. En efecto, la práctica no está expresamente prohibida o permitida, sea que se trate de acuerdos internacionales o no, sea que se celebren directamente o con intermediación. A ello se suma la falta de datos oficiales o informales y una regulación precaria en materia de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), pues las normas están previstas en relación con aspectos técnicos o de prestación de los servicios médicos, pero nada dicen sobre la filiación y parecen centradas en los problemas de fertilidad.

La Ley 1751, de 2015, establece que el derecho a la salud es fundamental, autónomo e irrenunciable, y está regido por los principios de progresividad (artículo 6) e integralidad (artículo 8). Por su parte, la Ley 1953, de 2019, estableció "los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros

de salud reproductiva", y ordenaba al Gobierno nacional adoptar una política pública de infertilidad (artículo 3) que fomentara la garantía del derecho a formar una familia. También ordenaba la reglamentación del acceso a los tratamientos de infertilidad bajo un enfoque de derechos sexuales y reproductivos (artículo 5).¹ En virtud de ello, el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante la Resolución 228, de 2020, adoptó la Política Pública de Prevención y Tratamiento de la Infertilidad, centrada en la infertilidad (artículo 2, Ley 1953, de 2019) y no en las TRHA en sí mismas.

Esta política tiene como referentes un enfoque de derechos que reconoce su titularidad en un contexto de protección de la vida y de los derechos sexuales y reproductivos con dignidad y justicia; se orienta en función del enfoque diferencial y de género y de los principios rectores de la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la justicia distributiva.² Por su parte, la jurisprudencia se ha centrado en el debate sobre los derechos sexuales y reproductivos, sin que las cuestiones asociadas a la filiación ocupen su atención.³

¹ Resolución 1841, de 2013, Ministerio de Salud y Protección Social. Disponible en «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/PDSP.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos: «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

² Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución número 228 de 2020. Disponible en «https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20228%20del%202020.pdf». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

³ Algunas sentencias reconocen la garantía de acceso a los tratamientos por vía de tutela (véase la nota 4) sólo cuando se vulnera el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud, o si la no práctica del tratamiento comporta un riesgo para la vida, la salud, la dignidad y la integridad personal del paciente (sentencias T-1104, de 2000, T-689, de 2001, T-572, de 2002, T-946, de 2002, T-512, de 2003, T-901, de 2004, T-605, de 2007, T-636, de 2007, T-752, de 2007, T-946, de 2007, T-760, de 2008, T-870, de 2008, T-424, de 2009, T-311, de 2010, T-226, de 2010, T-550, de 2010, T-633, de 2010, T-644, de 2010, T-935, de 2010, T-009, de 2014, T-398, de 2016, T-316, de 2018). Otras, con base en los derechos sexuales y reproductivos, la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, consideran que la imposibilidad de acceder al tratamiento comporta una violación de estos derechos (T-341, de 1994, T-528, de 2014, T-274, de 2015, T-306, de 2016, T-375, de 2016, T-126, de 2017, T-377, de 2018, T-337, de 2019).

Este panorama de desregulación está acompañado de una casi nula jurisprudencia. Sólo hay dos sentencias de tutela⁴ de la Corte Constitucional, sin pronunciamientos de fondo.

La primera es la T-968, de 2009, y da cuenta de un intrincado pleito. En este caso, la gestante se había arrepentido de entregar a los neonatos y los registró como hijos extramatrimoniales sin señalar el nombre del padre; por ello comenzó una disputa que condujo a la asignación, inconstitucional, de la custodia provisional al padre y la autorización de salida del país. Esto fue posible porque el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* lo firmaron la gestante y el padre comitente declarando falsamente que eran un matrimonio estable.⁵

La Corte afirmó que la gestación por sustitución estaba "en auge", pero que este caso

no constituye un arrendamiento de vientre o maternidad subrogada, puesto que la señora Sarai [mujer gestante] es la madre biológica de los menores. Además, suponiendo que esa hubiese sido su intención inicial, de las declaraciones del padre se desprende claramente que por lo menos desde noviembre de 2005 [cuatro meses antes del parto] había anunciado al señor Salomón su decisión de criar a los niños.⁶

⁴ La tutela es una acción constitucional que habilita a cualquier persona para acudir a la jurisdicción sin apoderado para reclamar la protección inmediata de derechos fundamentales o derechos conexos. Es urgente y preferente y, si se concede, el fallo debe ordenar explícitamente las formas que tiene el demandado para cumplir y hacerla efectiva dentro de un plazo perentorio de 48 horas, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa, disciplinaria y penal, según el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia y el Decreto 2591, de 1991.

⁵ Una mujer, madre soltera de escasos recursos económicos, y un ciudadano colombiano, residente en Estados Unidos y casado con otra mujer, concibieron gemelos mediante una fertilización *in vitro* (FIV). El procedimiento inicial para la gestación por subrogación fue infructuoso con el material genético de la pareja y con óvulos de donante. Después la mujer accedió a adelantar la gestación con sus gametos y ambos se presentaron a otro centro de reproducción asistida como un matrimonio solicitando la FIV.

⁶ Sección 8.1., Consideraciones y fundamentos jurídicos (II).

Por ello, el problema era determinar la custodia y el cuidado personal de los niños a la luz de su interés superior y prevalente y del derecho a no ser separado de su familia, pues la custodia se otorgó al padre por una indebida valoración probatoria y la consideración de la pobreza de la madre como una circunstancia determinante para separarla de los niños.

La Corte presentó la práctica como "el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste".⁷ Según esto, el ordenamiento constitucional protegería los derechos de la mujer gestante como madre cuando aporte su material genético, toda vez que no habría lugar a controvertir la filiación materna.

Sería válido preguntarse si esto implica que la práctica tradicional no tendría validez; mientras que la práctica simplemente gestacional sí. La doctrina parece inclinarse en ese sentido,⁸ señalando la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto y la causa del negocio,⁹ así como por el vínculo genético indiscutible con la gestante.¹⁰ Sin embargo, hay quienes consideran que la gestación por subrogación tiene pleno soporte legal y cuenta con plena validez; por lo que apelan a un enfoque de protección de derechos de la gestante a disponer de su cuerpo y de su autonomía reproductiva, de los intereses de los niños nacidos en virtud de estos

⁷ *Idem*.

⁸ González de Cancino, Emilssen, "Maternidad por encargo", en González de Cancino, Emilssen, Cortés Moncayo, Edgar y Navia Arroyo, Felipe (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 404; Alarcón, Fernando, "El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación", en *Memorias del Primer seminario franco-andino de derecho y bioética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 125-139, y Lobo Garrido, Gustavo, "Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia", *Summa Iuris* 1, 2019, p. 87. Disponible en «<https://doi.org/10.21501/23394536.3276>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁹ Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), concepto núm. 23, 1 de junio de 2020, p. 2. Disponible en: «https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23- concepto_no-23-listo-para-web.pdf». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

acuerdos;¹¹ reclaman la protección y reconocimiento de la autonomía privada, de los contratos innominados, de las tecnologías reproductivas y aducen la inexistencia de normas imperativas prohibitivas.¹² En todo caso, existe acuerdo sobre la necesidad de una normativa integral¹³ que, además, sugiere el reconocimiento de la voluntad procreacional.¹⁴ Sin embargo, esta pretensión encuentra el obstáculo de preeminencia de la base genética de la filiación en Colombia.¹⁵

La segunda sentencia es la SU-696, de 2015. Allí el problema fue la negativa de las autoridades colombianas de registrar a dos niños nacidos mediante una gestación por sustitución adelantada en Estados Unidos por encargo de una pareja de dos hombres.¹⁶ Éste también era un proceso de

¹¹ García del Río, María Stella, *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ibáñez, 2014, pp. 163 y ss.

¹² Marín Vélez, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica* 3, 2003, pp. 68-86.

¹³ Entre otros, Carreño López, Diana, Pedraza Lizarazo, Rolando Javier y Quiroga Flórez, Sergio Daniel, "Posturas sobre alquiler de vientre en Colombia y en el mundo", *Visión*, 5, 2017, pp. 20-27, y Beetar Bechara, Brajim, "La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente", *Revista Socio-Jurídicos* 2, 2019, pp. 135-166. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Esto se criticó al Proyecto de Código Civil de la Universidad Nacional, pues la propuesta era imprecisa y no se ocupaba de la filiación, dejando dudas sobre aspectos contractuales, de consentimiento, aborto y responsabilidad civil. Cfr. Gómez Chiquiza, María Eugenia, Rueda, Natalia, González de Cancino, Emilssen, Ospina, Mario Andrés, Santamaría, Enrique y Useche Meneses, Margarita, "3. Derecho de familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia", en Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, Fortich, Silvana, Rodríguez Olmos, Javier Mauricio y Rueda, Natalia (coords.), *Concepto: observaciones críticas sobre el proyecto de Código civil presentado por la Universidad Nacional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2020, pp. 60, 63-4, 181 y 206. Disponible en: «<https://observatoriocodigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-unacional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

¹⁴ Pinzón Marín, Inés, Rueda Barrera, Eduardo y Mejía Patiño, Omar, "La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 43, 2015, p. 120; Cárdenas Gómez, Olga Carolina, Arias Escobar, Juliana y Mendieta Montoya, Mariana, "El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)* 2, 2019, pp. 77-99.

¹⁵ Cfr. González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, p. 411.

¹⁶ Dos ciudadanos colombianos residentes en Estados Unidos en unión estable y solemne realizan un procedimiento de FIV en el que se fertilizaron los óvulos de la donante con gametos de ambos, obteniendo un embarazo gemelar. Los dos niños, nacidos en Estados Unidos, fueron registrados como hijos de los accionantes. Luego intentaron obtener los registros civiles y pasaportes ante distintas autoridades en Colombia, donde ingresaron los niños en calidad de turistas, pero recibieron

tutela y se alegaba la vulneración de los derechos de los niños y sus padres a la dignidad humana, la igualdad, el reconocimiento a la personalidad jurídica, la nacionalidad, el nombre y a conformar una familia. La Corte resolvió el problema jurídico confirmando la decisión de instancia que había ordenado la inscripción inmediata, con fundamento en la garantía de protección del derecho a tener una familia y no ser separado de ella (párrs. 14-20), protección constitucional a las familias diversas (párrs. 21-2 y 42-6), necesidad de corregir las actuaciones de las autoridades notariales discriminatorias en contra de los niños y sus padres por su origen familiar y necesidad de suplir el déficit de protección constitucional que sufren los hijos de las familias diversas que no podían ser registrados (párrs. 79-80).

Pese a que la Corte no se pronuncia sobre la práctica de la gestación por subrogación, o quizá justamente por ello, surge la inquietud acerca del valor de dicho silencio frente a la práctica adelantada en el exterior, pues se trataría de refrendar una situación filial determinada y declarada por autoridades extranjeras con competencia para ello. ¿Quiere decir que el ordenamiento jurídico admite la gestación por subrogación adelantada en el extranjero para reconocer la nacionalidad colombiana y la filiación de los hijos de ciudadanos colombianos? En principio habría que responder de manera positiva, pues la sentencia ordenó implementar "un nuevo formato de Registro Civil Registro Civil de Nacimiento en el que claramente se señale que en las casillas destinadas a identificar al 'padre' y 'madre' del menor de edad es admisible incorporar el nombre de dos hombres o dos mujeres".¹⁷

negativas expresas con fundamento en una supuesta falta de competencia, falta de autorización por tratarse de dos papás o inexistencia de norma que lo permitiera.

¹⁷ Numeral tercero, Decisión, SU-696, de 2015. La Registraduría cumplió la orden con la Circular 024, del 8 de febrero de 2016, que ordenó el cambio en las casillas "datos del padre" y "datos de la madre", en ese orden, por uno en el que hay dos casillas que indican "datos de padre o madre (Para casos de pueblos indígenas con línea matrilineal, o parejas del mismo sexo, anotar el progenitor que indiquen los declarantes para el primer apellido del inscrito)".

Siendo posible este registro y toda vez que la procreación no habría podido ocurrir de forma natural, salvo cuando uno de los dos sea transgénero o se haya acudido a la adopción, es posible suponer que una buena parte de hijos de parejas homoafectivas habrán nacido en virtud de gestación por subrogación. Esta sentencia, entonces, sí constituye una fuente de admisibilidad de esta práctica, con fundamento en el reconocimiento de los derechos prevalentes de los niños y niñas.¹⁸ La doctrina ha anotado que esta decisión es "respetuosa de los derechos de las niñas y niños nacidos por el empleo de estas técnicas";¹⁹ y que "si una pareja y el donante o la gestante subrogada desean figurar conjuntamente en el registro civil no hay forma de incluirlos, salvo que se excluya a uno de ellos para ingresar al otro".²⁰ Valga anotar que la sentencia tuvo un salvamento de voto.²¹

Por su parte, la rama legislativa ha intentado regular la materia en varias oportunidades sin éxito, y teniendo como punto de referencia la sentencia T-968, de 2009.

El primer proyecto de ley es el 202, de 2016, Cámara, "por medio de la cual se prohíbe la práctica de la maternidad subrogada al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos".²² Allí se definía la práctica como "la contratación de una mujer para

¹⁸ Así también Martínez -Muñoz, Karol y Rodríguez -Yong, Camilo, "La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica", *Revista Jurídicas* 1, 2021, p. 85. Disponible en: «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

¹⁹ Lamm, Eleonora y Rubaja, Nieve, "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas* 37, 2016, p. 158.

²⁰ Cárdenas Gómez, Olga Carolina, Arias Escobar, Juliana y Mendieta Montoya, Mariana, *op. cit.* p. 95.

²¹ De Jorge Pretelt, quien consideró que la Corte estaba legitimando "procedimientos que son absolutamente ilegales en Colombia, como el alquiler de vientres y la inscripción de imposibles jurídicos como el reconocimiento de que un niño pueda tener 2 padres biológicos,... la Sala Plena está aprovechando para imponerle a la sociedad colombiana decisiones que desconocen totalmente el concepto de familia y los derechos de los niños". Disponible en: «<https://drive.google.com/file/d/0B0FPNuhISd38ZTKxWGk0VTVCZHhCZ3MycE1Tc3dvZEJvdDNn/view>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

²² Gaceta del Congreso [GC], año 25, núm. 86, 11 de marzo de 2016, pp. 23-8.

gestar un bebé, entregarlo a los solicitantes y renunciar a todos los derechos sobre el recién nacido" (artículo 2), y se reputaba nulo de pleno derecho cualquier acto en el que la mujer se obligara a renunciar a la filiación materna (artículo 5); se equiparaba a la trata de personas y a la comercialización de componentes anatómicos humanos para trasplante (tráfico). El proyecto se archivó por tránsito de legislatura,²³ lo que no impedía la posibilidad de presentar nuevas iniciativas.

En la siguiente legislatura se presentó el proyecto de ley 026, de 2016, Cámara, "por medio de la cual se prohíbe la práctica alquiler de vientres al ser una categoría de trata de personas y explotación de la mujer con fines reproductivos",²⁴ con algunas modificaciones, posiblemente considerando las críticas del Consejo Superior de Política Criminal.²⁵ Allí se hacía referencia no a la "maternidad subrogada" sino al "alquiler de vientres" como el "acuerdo de voluntades, verbal o escrito, a título gratuito u oneroso, unilateral o bilateral, a título personal o por interpuesta persona, que tenga por objeto el compromiso de gestar un bebé y entregarlo a una persona o a una pareja, cediendo la filiación derivada de la maternidad o renunciando a los derechos sobre el recién nacido".

El 2 de noviembre de 2016 fue aprobado el proyecto de ley en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes con 22 votos a favor y 1 en contra. Allí se modificó el objeto para "prohibir la práctica del alquiler

²³ El tránsito de legislatura está definido así: "los proyectos distintos a los referidos a leyes estatutarias que no hubieren completado su trámite en una legislatura y fueren aprobados en primer debate en alguna de las Cámaras, continuarán su curso en la siguiente en el estado en que se encontraren. Ningún proyecto será considerado en más de dos legislaturas" (artículo 190, Ley 5ª, de 1992). Las leyes estatutarias, por su parte, deben aprobarse en una sola legislatura y por mayoría absoluta (artículo 153, CP; artículos 119, núm. 4, y 208, núm. 1, Ley 5ª, de 1992). Una legislatura comprende dos periodos ordinarios de sesiones así: "el primero, que comienza el 20 de julio y termina el 16 de diciembre; y el segundo, desde el 16 de marzo hasta el 20 de junio" (artículo 224, Ley 5ª, de 1992; artículo 138, CP).

²⁴ GC, año 25, núm. 554, 1 de agosto de 2016, pp. 12-6.

²⁵ GC, año 25, núm. 303, 20 de mayo de 2016, pp. 1-5, que criticó la falta de rigor en las definiciones y carencia de fundamentos empíricos, la expansión injustificada del derecho penal, la sanción penal desproporcionada, el límite de derechos fundamentales que resultaba improcedente mediante ley ordinaria.

de vientres con fines de lucro y regularla para parejas colombianas con problemas de infertilidad o de gestación". En virtud de esta modificación se autorizaría la práctica altruista para colombianos, con certificado médico de infertilidad o problemas de gestación y vínculo de consanguinidad de la gestante con alguno de los solicitantes; creaba el tipo penal de "alquiler de vientres con fines de lucro" aplicable a quien "promueva, financie, pague, colabore o constriña a una mujer a llevar a cabo un contrato de alquiler de vientres con fines de lucro" y se ordenaba la elaboración de un protocolo para reglamentar la práctica altruista.²⁶

La ponencia para segundo debate²⁷ sugirió cambiar "alquiler de vientres" por "maternidad subrogada" y agregó las consideraciones de la sentencia de 2009. Esta versión fue aprobada por la Plenaria de la Cámara de Representantes el 26 de abril de 2017, con 63 votos a favor y 21 en contra, con modificaciones como: i) permitir que, en la gestación altruista, uno de los miembros de la pareja pudiera ser extranjero; ii) que el certificado médico recomendara la realización de la "maternidad subrogada" por imposibilidad física o biológica; iii) exigir declaración extrajudicial para hacer constar la plena capacidad, y iv) excluir cualquier responsabilidad del médico que expidiera el certificado siguiendo parámetros objetivos.²⁸

Para el tercer debate, en Comisión primera del Senado, se presentaron dos ponencias.²⁹ La primera señalaba que el proyecto discriminaba a las parejas del mismo sexo y personas solteras, que contenía una definición restringida y que los requisitos no eran suficientes ni estaban justificados, por lo que propuso eliminar la referencia a los problemas de infertilidad o gestación, para que se hablara mejor de "regular su uso con fines altruistas", que se permitiera la gestación altruista sin ningún condicionamiento

²⁶ Las actas están disponibles en GC, año 25, núm. 1013, 17.11.2016, pp. 16-21 y núm. 1014, 17 de noviembre de 2016, pp. 6-10.

²⁷ GC, año 25, núm. 989, 11 de noviembre de 2016, pp. 5-9.

²⁸ El texto definitivo de la plenaria está disponible en GC, año 26, núm. 297, 4 de mayo de 2017, pp. 12-13; las actas en GC, año 26, núm. 336, 16 de mayo de 2017, pp. 30-5 y núm. 351, 18 de mayo de 2017, pp. 20-25.

²⁹ GC, año 26, núm. 410, 30 de mayo de 2017, pp. 1-13.

por problemas de fertilidad, así como algunas definiciones adicionales como maternidad subrogada, mujer gestante, solicitantes, maternidad subrogada con *ánimo* de lucro y maternidad subrogada con fines altruistas. Sobre la gestación altruista, sugirió eliminar las referencias a la nacionalidad de los comitentes y a la "imposibilidad física o biológica", así como la exigencia de parentesco entre la gestante y uno de los miembros de la pareja, extendía la responsabilidad penal a la gestante en la práctica onerosa y agregó algunas exigencias adicionales siguiendo las indicaciones de la Corte Constitucional.³⁰

La segunda ponencia también propuso modificaciones, como suprimir cualquier referencia al "alquiler de vientres", reemplazar "los problemas de infertilidad o de gestación" por "imposibilidad física o biológica para procrear", eliminar cualquier indicación sobre los parámetros para la reglamentación del Ministerio de Salud, salvo que debía establecer unas sanciones. Sobre la gestación altruista, propusieron mantener los requisitos aprobados en el segundo debate, añadiendo que, en relación con el consentimiento, la gestante debía ser mayor de edad y expresar que entiende la obligatoriedad de entregar al bebé; exigía exámenes médicos para garantizar la salud de la gestante y prohibía el rechazo del neonato, así como nombrar un encargado de su cuidado en caso de fallecimiento de los comitentes.³¹

Ambas ponencias eran inconstitucionales, ya que limitaban de manera particularmente gravosa los derechos sexuales y reproductivos de las gestantes, por la imposibilidad de interrumpir el embarazo o de arrepentirse.

Para el tercer debate se eliminaron los aspectos que podían implicar reserva estatutaria para continuar el trámite como ley ordinaria y no tener que archivarla por haber superado los términos para aprobarla como ley estatutaria, razón por la cual se volvió al modelo prohibicionista. Se mantuvieron

³⁰ *Ibidem*, pp. 3-4.

³¹ *Ibidem*, pp. 6-13.

las definiciones de maternidad subrogada, madre gestante y maternidad subrogada con *ánimo* de lucro, y al tipo penal se adicionaba la criminalización de la gestante. Este texto fue aprobado en la Comisión Primera del Senado con 11 votos a favor, ninguno en contra.³²

Para el cuarto debate se presentó ponencia positiva.³³ Sin embargo, el 12 de septiembre de 2017, con 32 votos en contra y 22 votos favorables, la plenaria del Senado no aprobó el proyecto.³⁴

Después se presentaron otros cuatro proyectos infructuosos. El primero, del 7 de noviembre de 2017, era un proyecto de ley estatutaria "Por medio del cual se prohíbe la maternidad subrogada con fines lucrativos y se crean controles para prevenir esta práctica"; pero fue retirado el 11 de abril de 2018 sin debatirse y para ser presentado nuevamente en la siguiente legislatura, pues ya no lograban cumplir con el término para aprobarlo. Allí se contemplaba la prohibición total mediante la imputación del tipo penal de trata de personas (artículo 4), se consideraba nula de pleno derecho la renuncia a la filiación materna (artículo 3), se modificaban las normas de registro exigiendo que el certificado de nacido vivo estuviera firmado mínimo por tres médicos (artículo 6), establecía la obligación de hacer el registro dentro de los cinco días siguientes al nacimiento (artículo 5; cabe mencionar que, actualmente, se debe hacer "dentro del mes siguiente", artículo 48, Decreto 1260, de 1970).³⁵ Luego se presentaron tres proyectos de ley estatutaria que tampoco fueron debatidos y se archivaron por tránsito de legislatura (véase la nota 23). Los tres, idénticos con distinto nombre, proponían la creación del tipo penal de constreñimiento a la maternidad subrogada, mientras que para la

³² Actas en GC, año 26, núm. 688, 11 de agosto de 2017, núm. 744, 25 de agosto de 2017, pp. 10-9 y núm. 768, 8 de septiembre de 2017, pp. 17-23.

³³ GC, año 26, núm. 748, 30 de agosto de 2017, pp. 24-9.

³⁴ Acta en GC, año 27, núm. 52, 22 de enero de 2018, pp. 26-8.

³⁵ GC, año 27, núm. 1025, 8 de noviembre de 2017, pp. 1-5; la ponencia positiva eliminó la exigencia de la firma de tres médicos, en GC, año 27, núm. 1123, 30 de noviembre de 2017, pp. 3-8. Solicitud de retiro en acta del 11 de abril de 2018, en GC, año 27, núm. 216, 4 de mayo de 2018, p. 5.

práctica altruista exigían certificado médico para demostrar "la incapacidad física o biológica para concebir".³⁶

En Colombia no existen datos o cifras —oficiales, informales ni académicos— sobre el número de tratamientos adelantados con miras a celebrar acuerdos de gestación por sustitución, ni sobre los que se ejecutan.³⁷ Sin embargo, pareciera ser un fenómeno recurrente, adelantado en la informalidad mediante la oferta directa o mediada en redes sociales por parte de mujeres que publican anuncios de disponibilidad para gestar por encargo de otras personas;³⁸ también existen clínicas que ofrecen esta práctica como un servicio adicional a los tratamientos de fertilidad y se encargan de los aspectos legales,³⁹ y agencias de intermediación en Colombia o en el exterior.⁴⁰ Pese a la falta de cifras, la exposición de motivos

³⁶ Primer proyecto en GC, año 27, núm. 576, 3 de agosto de 2018, pp. 1-5; ponencia favorable en GC, año 27, núm. 1103, 7 de diciembre de 2018, pp. 4-9, incluyó que todas las decisiones sobre la gestación debían adoptarse conjuntamente entre los comitentes y la gestante, y si no hubiere acuerdo se debía decidir haciendo primar el interés del *nasciturus* (p. 8). Segundo proyecto en GC, año 28, núm. 789, 27 de agosto de 2019, pp. 10-5; ponencia favorable en GC, año 28, núm. 1027, 16 de octubre de 2019, pp. 3-8. Tercer proyecto en GC, año 29, núm. 933, 17 de noviembre de 2020, pp. 15-9; ponencia favorable en GC, año 30, núm. 223, 6 de abril de 2021, pp. 1-2.

³⁷ En un cuestionario de 2013 para la Hague Conference on Private Law, la Oficina de Cooperación y Convenios del ICBF se afirmó que no había "casos entrantes" ni "salientes" de Acuerdos Internacionales de Subrogación, por lo que no se proveyeron datos empíricos, pp. 24 y ss., disponible en: «<https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3co.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Muñoz afirma que en Colombia se practica la gestación por subrogación hace más de 30 años; sin ofrecer ninguna fuente o dato, Muñoz Gómez, Diana, "Biotecnologías reproductivas y el rol del Estado; el caso de la maternidad subrogada en Colombia", en Muñoz Gómez, Diana, (comp.), *La persona on-off. Desafíos de la familia en la cuarta revolución industrial*, Chía, Universidad de la Sabana, 2020, pp. 259-260. Rincón también afirma que se trata de una práctica extendida, sin ofrecer datos, Rincón Castellanos, Ximena, "¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia", *Derecho PUCP* 69, 2012, pp. 99-112.

³⁸ "Alquiler de vientre Colombia". Disponible en: «https://www.facebook.com/Alquiler-de-vientre-Colombia-10512243444303/?ref=py_c». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

³⁹ Fertility Center: «<https://fertilitycentercolombia.com/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; inSer Instituto de Fertilidad Humana: «<https://www.inser.com.co/servicios/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Celagem: «<https://celagem.com/amor-incondicional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Surrogacy Colombia: «<https://surrogacycolombia.com/surrogacy-law/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁴⁰ Go4Baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Sensible for Loving Families afirma que la subrogación es legal en Colombia: «<https://www.sensibleurrogacy.com/surrogacy-in-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Miraklos ofrece el servicio a parejas residentes en Colombia en otro país, para evitar conflictos legales en

del Proyecto de Ley 263, de 2020, refiere que desde marzo de 2020 y hasta septiembre de 2020 la oficina de visado del Ministerio de Relaciones Exteriores recibió 16 solicitudes de personas extranjeras que pretendían recoger un bebé nacido en virtud de acuerdos celebrados con la intermediación de clínicas de fertilidad.⁴¹

B. Acuerdos de gestación por subrogación en general

Los acuerdos de gestación por subrogación están caracterizados por la atipicidad, la autonomía y la libertad contractual.⁴² La doctrina se ha servido de la teoría general del negocio jurídico para establecer la configuración de los requisitos de validez (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos) y sus características generales. Se ha dicho que se trata de un negocio jurídico de familia, no patrimonial y formal, para cuyo perfeccionamiento se requeriría un escrito autenticado ante notario.⁴³ También hay quien define la "convención solidaria de maternidad subrogada" como un acto jurídico personal con efectos patrimoniales, bilateral, solemne, gratuito, con finalidad solidaria y de libre discusión que se constituye en fuente de la filiación.⁴⁴ Por el contrario, hay quien se opone a considerarlo solemne en virtud de la atipicidad.⁴⁵

En materia de capacidad, se seguirían las reglas generales. En Colombia se presume la capacidad plena de las personas mayores de edad, al

virtud de la falta de regulación: «<https://miraklos.com/vientre-de-alquiler-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Vittoria Vita Surrogacy Agency advierte de las dificultades legales y afirma que los trámites son similares a los de la adopción: «<https://vittoriavita.it/es/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁴¹ GC, año 29, núm. 933 de 17 de septiembre de 2020, p. 18.

⁴² Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, p. 83.

⁴³ Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 132.

⁴⁴ Daza Coronado, Sandra Milena, *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2019, pp. 277-280.

⁴⁵ Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo, "Estado jurídico del contrato en el argumento de la maternidad subrogada en Colombia", en Moreno Pardo, Maryory (coord.), *Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: Avances de investigación jurídica y sociojurídica*, Medellín, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2018, p. 37.

margen de cualquier discapacidad, independientemente de si hacen uso de apoyos (artículo 6, Ley 1996, de 2019). Ya antes de la ley de 2019 la Corte Constitucional había establecido la obligación de respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad, privilegiando su autonomía y el derecho a tener una familia.⁴⁶ Así, una persona con discapacidad podría participar en un acuerdo de gestación por subrogación, en calidad de comitente y en calidad de gestante, y en ningún caso el consentimiento a la práctica podrá ser sustituido.⁴⁷ El ejercicio de la autonomía de personas con discapacidad está orientado por el principio de primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, según el cual los apoyos tendrán que atender a la voluntad y preferencias del titular de éstos y cuando, pese a haber realizado ajustes razonables, no se pueda establecer "se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad", teniendo en cuenta

la trayectoria de vida..., previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.⁴⁸

Para designar los apoyos se tendrán en cuenta la necesidad, correspondencia, duración e imparcialidad, es decir, cuando la persona con discapacidad los solicite o no sea posible determinar su voluntad de forma inequívoca aun con ajustes razonables, serán designados en función de las características de la persona, limitados a un tiempo definido y no podrán ejercer influencia indebida en la persona titular del apoyo.⁴⁹ El apoyo ayudará a la persona con discapacidad "a formular una voluntad frente a la posibilidad de realizar un acto jurídico, y exteriorizarla, o en dado

⁴⁶ Sentencias T-850, de 2002, T-397, de 2004, y T-492, de 2006.

⁴⁷ La sentencia C-182, de 2016, de la Corte Constitucional había excluido la sustitución del consentimiento a procedimientos médicos.

⁴⁸ *Ibidem*, artículo 4.

⁴⁹ *Ibidem*, artículo 5.

caso, representarla al ejecutarlo... [N]o puede nunca sustituir la voluntad de la persona o forzarla a tomar una decisión de la que no esté segura",⁵⁰ ni siquiera cuando el apoyo deba ser más intenso. Hay quien propone integrar la capacidad con la consideración de otros requisitos habilitantes, como los que se exigen para adoptar; por ejemplo, idoneidad moral y social de la mujer gestante en función del interés superior del niño, o una edad para garantizar su salud.⁵¹

También será necesario que se otorgue consentimiento libre de vicios.⁵² El consentimiento informado de la técnica deberá observar las exigencias del Código de Ética Médica, Ley 23, de 1981. Por su parte, el consentimiento en el contrato seguirá las reglas generales, en virtud de lo cual el error, la fuerza y el dolo lo viciarían (artículos 1508 y ss., Código Civil). Deberá manifestarse por escrito⁵³ y hay quien sugiere considerar las reglas del Código de Infancia y Adolescencia sobre consentimiento a la adopción. Este último se puede otorgar sólo después de haber recibido "información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión", y luego de un mes posterior al parto (artículo 66).⁵⁴ Según esta lectura, el consentimiento sería revocable para la gestante hasta dentro del mes siguiente al parto, mientras que para los comitentes sería irrevocable durante todo el proceso, y la gestante tendría la posibilidad de interrumpir la gestación en caso de que haya lugar a la aplicación de alguno de los supuestos autorizados.⁵⁵ El análisis del consentimiento libre de vicios tendría que hacerse, en todo caso, en relación con las críticas que cuestionan la idea de la libertad, la igualdad y la autonomía

⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-025, de 2021, sección "La presunción de capacidad dispuesta en el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019 es constitucional", sin numeración.

⁵¹ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre*, Ibagué, Universidad del Tolima, 2020, p. 85.

⁵² Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, p. 84; Vásquez Aguirre, Alba Magaly y Ortiz Gómez, Gloria María, "De la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Colombia", *Revista Pluriverso* 1, 2013, p. 64.

⁵³ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, p. 86. Esto se desprendería de las exigencias de solemnidad formuladas por Daza Coronado, Sandra Milena, *op. cit.*, p. 277, o de formalidad planteadas por Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 132.

⁵⁴ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, pp. 86-90.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 95.

como valores absolutos y sin atención de los enfoques diferenciales que justamente obligarían a considerar las circunstancias que determinan desigualdades en el poder contractual y la libertad en el ejercicio de la autonomía;⁵⁶ en este caso, de mujeres vulnerables y pobres, también por una posible agregación de vulnerabilidades (condición de migración regular o irregular, discapacidades, edad, etnia) que reducen su poder contractual y hacen del supuesto ejercicio de libertad una elección forzada. En otras palabras, la desregulación empeora la situación de incertidumbre e indeterminación respecto de todos los aspectos que rodean la apreciación de la validez de las cláusulas estipuladas en los acuerdos de sustitución, que podrían entonces adolecer de abusividad o inconstitucionalidad o estar viciadas por el desequilibrio entre las partes.

Sobre la causa se ha dicho que sería lícita sólo si la comitente tiene impedimentos fisiológicos para gestar, por lo que "el arbitrio, la vanidad, la estética, la homosexualidad, las circunstancias laborales, las condiciones económicas[...] no pueden ser los motivos que induzcan a la comitente o a la gestante a la celebración".⁵⁷ En contraposición, hay quien dice que "necesidades de otro tipo, por ejemplo, económicas, o también ligadas a la salud pero no como supuestos de infertilidad, podrían llegar a condicionar de la misma manera el ejercicio del derecho a la reproducción".⁵⁸ Estas interpretaciones producen la duda de si existe un derecho a la procreación, pues no existe una norma que expresamente lo consagre; sin embargo, la Constitución y la jurisprudencia constitucional sí reconocen los derechos sexuales y reproductivos como fundamentales.⁵⁹

⁵⁶ Cfr. Miguel, Ana de, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2020; Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Bogotá, Paidós, 2020; García Capilla, Diego y Cayuela Sánchez, Salvador, "Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía", *Revista de Filosofía* 1, 2020, pp. 27-46. Sobre el consentimiento, Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁷ Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 134.

⁵⁸ González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, p. 405.

⁵⁹ Beetar Bechara, Brajim, *op. cit.*, p. 160; entre otras, Corte Constitucional, sentencias T-114, de 2000, T-605, de 2007, y T-274, de 2015.

En una tendencia más liberal, también se dice que no existiendo una prohibición a la celebración de estos contratos, nunca habría causa ilícita;⁶⁰ ni contrariedad moral o a las buenas costumbres.⁶¹

Respecto del objeto, se ha considerado que lo constituye "la capacidad de gestar de una mujer",⁶² por lo que en la práctica tradicional habría objeto ilícito porque la gestante se compromete a entregar a su hijo biológico, incurriendo en la prohibición del artículo 1521 del CC y, por ende, en nulidad absoluta.⁶³

En fin, la sentencia T-968, de 2009, enuncia como requisitos y condiciones de una "regulación exhaustiva":

- (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir;
- (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre);
- (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas;
- (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.;
- (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas;
- (vi) que se preserve la identidad de las partes;

⁶⁰ Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, pp. 85 y ss.; Pinzón Marín, Inés, Rueda Barrera, Eduardo y Mejía Patiño, Omar, *op. cit.*, p. 105.

⁶¹ Pinzón Marín, Inés Yohanna, *op. cit.*, pp. 91-3.

⁶² Alarcón, Fernando, *op. cit.*, p. 136.

⁶³ Lobo Garrido, Gustavo, *op. cit.*, pp. 87 y ss.; Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo, *op. cit.*, p. 41, afirma que siempre habría objeto ilícito, pero ésta es una posición minoritaria.

(vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor;

(viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia;

(ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y

(x) que la mujer gestante solo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.⁶⁴

Más allá de estos criterios, que son sólo una recomendación, en Colombia no existen reglas sobre remuneraciones y costos, ni pautas o controles a los pagos a las gestantes, ni estadísticas. Operando el libre mercado, no hay información clara sobre los precios.⁶⁵ Con la intermediación de agencias o clínicas de fertilidad parece claro que éstas controlan los aspectos contractuales. Algunas clínicas ofrecen planes desde USD 62,000 con un servicio de "lavado de espermia" para portadores de VIH⁶⁶ o desde USD 65,000.⁶⁷ Ambas opciones incluyen los gastos de servicios jurídicos. Otra institución afirma que la subrogación por parte de homosexuales puede

⁶⁴ Sección 8.1; González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, pp. 412-414, hace un detenido análisis crítico de estos requisitos y condiciones.

⁶⁵ Según un artículo del diario *El Tiempo*, en Colombia "se consiguen úteros desde los 5 millones [USD 1,389 circa] hasta los 40 millones de pesos [USD 11,100, aproximadamente] [...] Al final, en el país, más los costos de los intermediarios, una pareja heterosexual termina pagando 100 millones de pesos [USD 27,800, aproximadamente], cifra que se incrementa a 300 millones [USD 83,300, aproximadamente] si el bebé lo solicitan parejas del mismo sexo", Santa Cruz, Diego, "En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones", *El Tiempo*, 2017. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/salud/como funciona el alquiler de vientres en colombia-131472>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Según otra fuente periodística, en Colombia cuesta entre \$8,000,000 (USD 2,100) y \$10,000,000 (USD 2,600), Noticias Caracol, "¿Cuánto cuesta alquilar un vientre en Colombia?", Noticias Caracol, 2019. Disponible en: «<https://noticias.caracoltv.com/salud/cuanto-cuesta-alquilar-un-ventre-en-colombia>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Sin embargo, estos datos no son compatibles con las cifras sobre los costos de tratamientos de fertilidad: entre \$15,000,000 (USD 4,000) y \$20,000,000 (USD 5,300), SU-074, de 2020.

⁶⁶ Tammuz Family: «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁶⁷ Fertility Center: «<https://fertilitycentercolombia.com/gestacion-subrogada-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

costar entre USD 80,000 y 100,000 menos de lo que cuesta en Estados Unidos.⁶⁸ Otra agencia afirma que en "Colombia no está permitida la gestación subrogada comercial, y es por ello que las madres subrogadas que acceden a formar parte de un programa lo hacen a través de una fundación de ayuda a las mujeres creada por la clínica de fertilidad, recibiendo los pagos como ayudas, pero nunca como pago por sus servicios", y ofrecen un programa que garantiza el nacimiento de un bebé por €58,000 y otro que garantiza el nacimiento de dos bebés, de dos gestantes distintas por €96,000.⁶⁹

En el caso reportado en la sentencia de 2009, el médico informa a los comitentes:

el arreglo económico que finalmente aceptaron [la gestante y su familia] es de \$650,000 [USD 180, aproximadamente] mensuales y no de \$800,000 [USD 220, aproximadamente]. Yo les expliqué el esfuerzo que uds. han hecho y lo que han invertido. Este dinero se comienza a enviar en el momento que tenga prueba de embarazo positiva y embarazo comprobado ecográficamente. Al final los 9 millones [USD 2,500, aproximadamente] pactados, más toda la atención médica y el nacimiento final de lo cual yo me encargo y arreglamos más adelante. Así es que logré la rebaja.⁷⁰

Luego de esa comunicación, en otras dos oportunidades les pidió el envío de dinero para "medicamentos, ecografías y exámenes durante el tratamiento", primero USD 800 y luego \$3,550,000 (USD 980, aproximadamente), con destino a la clínica. Sobre el acuerdo siguiente, según lo relatado en la sentencia, el comitente afirmó haber pagado \$14,208,750 (USD 3,950, aproximadamente) antes de que la gestante se arrepintiera de entregar a los niños.⁷¹

⁶⁸ Surrogacy Colombia: «<https://surrogacycolombia.com/gay-surrogacy/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁶⁹ Go for baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁰ Sentencia T-968, de 2009, punto 14, sección I. Antecedentes.

⁷¹ *Ibidem*, punto 2, sección II. Consideraciones y fundamentos jurídicos.

En relación con los servicios incluidos en el precio, pareciera existir uniformidad en términos de incluir los costos de la técnica, aseguraciones, cuidados neonatales y gastos legales, con garantías de éxito que prometen devolución integral de los costos asumidos si después de un tiempo determinado no se logra el embarazo. También hay planes que ofrecen doble garantía, lo que implica un embarazo gemelar o "dos procesos paralelos de subrogación".⁷² Adicionalmente, hay oficinas de asesoría jurídica que ofrecen servicios de representación legal y apoyo con el contrato, registro civil, impugnación de maternidad y permiso de salida del país.⁷³

C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento y transferencia de la paternidad o la maternidad

Ante el vacío jurídico, las personas nacidas en virtud de la gestación por subrogación gozan de un marco constitucional de protección, pues el artículo 42 de la Constitución consagra la igualdad de todos los hijos, incluidos los procreados "con asistencia científica". Además, existe el principio de prevalencia de sus derechos bajo el de corresponsabilidad entre el Estado, la sociedad y la familia (artículo 44). Por su parte, el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, de 2006 [CIA]) superó el modelo de la situación irregular para dar entrada al de protección integral⁷⁴ (artículo 7, CIA), reconoce el interés superior y prevalente de los niños (artículos 8-9, CIA); sus normas son de orden público, irrenunciables, preferentes (artículo, 5 CIA) y se deben interpretar de conformidad

⁷² Go for baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Fertility Center ofrece un "Plan de Maternidad Subrogada Garantizado", con la opción de escoger un plan simple (gestación de un bebé) o doble (gestación de dos bebés): «<https://fertilitycentercolombia.com/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]. Tammuz dos gestaciones paralelas «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷³ Como AGT Abogados: «<https://www.agtabogados.com/ppclp/vientre-en-alquiler-o-maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁴ Cfr. Tobón Berrío, Luz Estela y Isaza Gutiérrez, Juan Pablo, "Tensiones en el marco ideológico de la construcción de los derechos de los niños en la Convención de 1989", *Jurídicas* 1, 2021, pp. 109-120. Disponible en «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.7>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

con los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 6, CIA).

Así, en un caso de gestación por sustitución las autoridades tendrán que evitar la separación de la familia, garantizar la certeza de su filiación, permitir las relaciones significativas con sus parientes, garantizar la información para conocer sus orígenes biológicos y no obstaculizar el reconocimiento de su nacionalidad ni de su personalidad jurídica.

Ahora bien, para hacer la inscripción en el Registro Civil de nacimiento se debe presentar "certificado del médico o enfermera que haya asistido a la madre en el parto, y en defecto de aquel, con declaración juramentada de dos testigos hábiles" (artículo 49, Decreto 1260, de 1970). En caso de que se presenten documentos o declaraciones falsas para certificar un falso parto, que es una causal de impugnación de la maternidad (artículo 335, CC), se incurriría en los tipos penales de supresión, alteración o suposición del estado civil (artículo 238, Código Penal [CP]), obtención de documento público falso (artículo 288, CP) y falsedad personal (artículo 296, CP). No habría lugar a aplicar otros tipos ni existe información sobre la imputación de algún delito en virtud de la gestación por subrogación. Los proyectos de ley han pretendido la aplicación del tipo penal de trata de personas (188-A, CP) y de tráfico, compra, venta o comercialización de componentes anatómicos humanos (Ley 919, de 2004). Podría ser relevante también el tipo penal de inseminación artificial o transferencia de *óvulo* fecundado no consentidas, lo que sería difícil (artículo 187, CP).

En relación con la filiación, las reglas de atribución de la maternidad generan el mayor problema, pues madre es la que pare (artículos 90 y 335, CC; artículo 49, Decreto 1260, de 1970), con la única excepción de la madre adoptiva. Por ello la práctica tradicional no tendría cabida, mientras que la gestacional con material genético de la comitente sí, pues registrando como madre a la gestante, se podrá impugnar la maternidad en

un proceso judicial en el que se presente prueba de ADN.⁷⁵ Ello porque en Colombia se privilegia la base genética de la filiación, lo que confirma la insuficiencia de la regulación sobre TRHA en materia de filiación.⁷⁶ Esto no sería posible con gametos de donante en virtud de la confidencialidad (artículos 33 y 36, Decreto 2493, de 2004), además de que si no existe ningún vínculo con la mujer comitente sería imposible que prosperara la impugnación de la maternidad.

Respecto de la paternidad, ésta se determina por presunciones (artículo 213, CC) que no tendrían lugar en este caso, pues si existiera relación de pareja entre la gestante y el comitente no se estaría ante una gestación subrogada. Más probable es que se haga el registro de hijo extramarital o el reconocimiento voluntario.

Así, al momento de registrar el nacimiento se informará el nombre del padre, quien deberá ser notificado dentro de los 30 días siguientes y podrá aceptar o rechazar el carácter de padre; en ese último caso, se remitirá al defensor de familia para que inicie la investigación de paternidad (artículo 2, Ley 45, de 1936). También se debe remitir la información al defensor de familia si el supuesto padre no comparece (artículo 59, Decreto 1260, de 1970). En la gestación por subrogación sería entonces necesario que se pacte la irrevocabilidad del consentimiento de la técnica y la gestación, para evitar que el padre desconozca la paternidad. En esta hipótesis, si el comitente aporta los gametos, podría iniciarse un proceso judicial de investigación de paternidad (artículo 386, Código General del Proceso [CGP]), pues la prueba de ADN permitiría atribuir la filiación; y en caso de que

⁷⁵ Artículos 386 del Código General del Proceso (CGP) y 7 de la Ley 75, de 1968. En Tammuz afirman que en el acta de nacimiento se registran al padre biológico y a la gestante, pero se comprometen a entregar firmado por la gestante "un documento legal del que renunciará a todos los derechos 'maternos'", «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁶ González de Cancino, Emilssen, *op. cit.*, p. 410. No quiere decir que nunca se pueda "desconocer" la realidad genética. En Colombia se reconoce la posesión notoria del estado civil de hijo, que se tiene probado si ha perdurado por al menos cinco años continuos (artículos 397 y ss., CC). Ésta no sería una solución idónea, por las dificultades respecto de la nacionalidad, la afiliación al sistema de seguridad social en salud, el acceso a la educación y, en general, el ejercicio de los derechos.

se rehúse a practicársela, se establece la presunción de la paternidad en su contra (artículo 386, núm. 2, CGP). Sería más problemático si la técnica se hiciera con gametos de donantes, pues no sería posible probar el vínculo genético con los comitentes ni sería coercible la recepción del neonato por parte de los comitentes. El hombre también puede hacer reconocimiento voluntario e irrevocable del niño (artículo 2, Ley 45, de 1936), para lo cual basta la declaración.

Respecto de posibles cambios en la filiación, si se inscriben como progenitores a la gestante y al comitente y se impugna la maternidad,

definida legalmente la paternidad o la maternidad natural, o ambas[...] el funcionario[...] procederá a corregirla y a extender una nueva acta con reproducción fiel de los hechos consignados en la primitiva, debidamente modificados, como corresponda a la nueva situación. Los dos folios llevarán anotaciones de recíproca referencia.⁷⁷

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

En virtud de la falta de regulación y datos precisos, cada institución o agencia pareciera establecer exigencias determinadas que, sin encontrar fundamento jurídico, condicionan los acuerdos. Por ejemplo, hay quienes excluyen a mujeres solteras o parejas de mujeres y exige que el hombre aporte el material genético, sea soltero o en pareja, homosexual o heterosexual.⁷⁸ También se ofrece como una alternativa para parejas homosexuales⁷⁹ u hombres solteros o portadores de VIH.⁸⁰ Hay quien exige la existencia de un problema fisiológico para concebir, que la gestante no

⁷⁷ Artículo 60, Decreto 1260, de 1970.

⁷⁸ Go for baby: «<https://www.go4baby.com/gestacion-subrogada/colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁷⁹ Celagem: «<https://celagem.com/amor-incondicional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸⁰ Tammuz: «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

aporte los gametos, que sea altruista; que la gestante sea mayor de edad, que esté en buenas condiciones de salud, que tenga hijos, que se someta a los exámenes médicos y psicológicos necesarios, que no se retracte una vez que haya firmado el contrato y haya sido fecundada, que no interrumpa el embarazo salvo por indicación médica y que los comitentes no puedan rechazar al neonato.⁸¹

Respecto de las gestantes, pareciera ser común que deban ser madres, con al menos un embarazo saludable, al tiempo que son sometidas a pruebas físicas y psicológicas para garantizar su salud⁸² y cuenten con acompañamiento durante todo el proceso.⁸³

La información más precisa sobre criterios de elegibilidad de las gestantes la ofrece el cuestionario del sitio Babynova, que permite postularse como gestante subrogada. Son causales de rechazo tener más de 40 años, no haber tenido nunca embarazos o haber tenido más de tres, que la fecha del último parto o aborto sea de seis meses anteriores o menos, no tener hijos vivos, haber tenido tres o más abortos, haber tenido tres o más cesáreas, pesar 70 kilos o más; tener antecedentes de hipertensión, diabetes, hipotiroidismo, hipertiroidismo, depresión, psicosis o algún otro antecedente psicológico o psiquiátrico, de consumo de drogas, cigarrillo o consumo frecuente de alcohol o alcoholismo.⁸⁴

En relación con la donación de gametos, el ordenamiento colombiano no prevé donación con destino a gestación por subrogación, por lo que las reglas se consagran en función de la práctica de las TRHA: Decreto 1546, de 1998, que define (artículo 2) los donantes de gametos o preembriones,

⁸¹ Surrogacy Colombia: «<https://surrogacycolombia.com/surrogacy-law/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸² Fertility Center: «<https://fertilitycentercolombia.com/maternidad-subrogada/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021]; Celagem: «<https://celagem.com/amor-incondicional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸³ Tammuz: «<https://www.tammuz.com/es/plan-en-colombia/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

⁸⁴ Baby Nova: «<https://donantes.babynova.com.co>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

homólogos y heterólogos, la receptora de gametos o preembriones y las unidades de biomedicina reproductiva, así como los requisitos para ser donantes, exclusiones (artículos 44 y 46) y exámenes obligatorios (artículo 45).

Bibliografía

Alarcón, Fernando, "El negocio jurídico de maternidad por sustitución en la gestación", en *Memorias del Primer seminario franco-andino de derecho y bioética*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.

Beetar Bechara, Brajim, "La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente", *Revista Socio-Jurídicos* 2, 2019, pp. 135-166. Disponible en: «<http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.6869>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Cárdenas Gómez, Olga Carolina, Arias Escobar, Juliana y Mendieta Montoya, Mariana, "El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida", *Revista de Derecho (Valdivia)* 2, 2019.

Carreño López, Diana, Pedraza Lizarazo, Rolando Javier y Quiroga Flórez, Sergio Daniel, "Posturas sobre alquiler de vientre en Colombia y en el mundo", *Visión*, 5, 2017.

Daza Coronado, Sandra Milena, *La mujer como sujeto de especial protección constitucional en la elección a la maternidad subrogada en Colombia*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2019.

García Capilla, Diego y Cayuela Sánchez, Salvador, "Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía", *Revista de Filosofía* 1, 2020.

García del Río, María Stella, *La gestación subrogada. Una revisión del sistema de derechos fundamentales de Colombia durante el siglo XX*, Bogotá, Ibáñez, 2014.

Gómez Chiquiza, María Eugenia, Rueda, Natalia, González de Cancino, Emilssen, Ospina, Mario Andrés, Santamaría, Enrique y Useche Meneses, Margarita, "3. Derecho de familia. El proyecto desconoce el bloque de constitucionalidad y no representa la realidad de las familias en Colombia", en Chinchilla Imbett, Carlos Alberto, Fortich, Silvana, Rodríguez Olmos, Javier Mauricio y Rueda, Natalia (coords.), *Concepto: observaciones críticas sobre el proyecto de Código civil presentado por la Universidad Nacional*, Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2020. Disponible en: «<https://observatorio.codigocivil.uexternado.edu.co/2020/10/23/observatorio-presenta-concepto-al-ministerio-de-justicia-sobre-proyecto-de-codigo-civil-de-la-u-nacional/>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

González de Cancino, Emilssen, "Maternidad por encargo", en González de Cancino, Emilssen, Cortés Moncayo, Edgar y Navia Arroyo, Felipe (eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), concepto No. 23, 01.06.2020, p. 2. Disponible en: «<https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/normatividad/23- concepto no-23-listo-para-web.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Lamm, Eleonora y Rubaja, Nieve, "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", *Revista de Bioética y Derecho. Perspectivas Bioéticas* 37, 2016.

Lobo Garrido, Gustavo, "Naturaleza jurídica de la maternidad subrogada o por sustitución en el marco de la teoría del negocio jurídico en Colombia", *Summa Iuris* 1, 2019. Disponible en «<https://doi.org/10.21501/23394536.3276>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo, "Estado jurídico del contrato en el argumento de la maternidad subrogada en Colombia", en Moreno Pardo, Maryory (coord.), *Sujetos de especial protección constitucional y otras reflexiones jurídicas: Avances de investigación jurídica y sociojurídica*, Medellín, Fundación Universitaria Autónoma de las Américas, 2018.

Marín Vélez, Gustavo Adolfo, "El arrendamiento de vientre en Colombia", *Opinión Jurídica* 3, 2003.

Martínez -Muñoz, Karol y Rodríguez -Yong, Camilo, "La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica", *Revista Jurídicas* 1, 2021. Disponible en: «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.5>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Miguel, Ana de, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Ediciones Cátedra, 2020.

Ministerio de Salud y Protección Social. Resolución número 228 de 2020. Disponible en «<https://www.minsalud.gov.co/Normatividad/Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20228%20del%202020.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Muñoz Gómez, Diana, "Biotecnologías reproductivas y el rol del Estado; el caso de la maternidad subrogada en Colombia", en Muñoz Gómez, Diana, (comp.), *La persona on-off. Desafíos de la familia en la cuarta revolución industrial*, Chía, Universidad de la Sabana, 2020.

Noticias Caracol, "¿Cuánto cuesta alquilar un vientre en Colombia?", *Noticias Caracol*, 2019. Disponible en: «<https://noticias.caracol.tv.com/salud/cuanto-cuesta-alquilar-un-ventre-en-colombia>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Nussbaum, Martha, *Crear capacidades. Propuesta para el desarrollo humano*, Bogotá, Paidós, 2020.

Pinzón Marín, Inés Yohanna, *Filiación en la gestación de vida humana por sustitución de vientre*, Ibagué, Universidad del Tolima, 2020

Pinzón Marín, Inés, Rueda Barrera, Eduardo y Mejía Patiño, Omar, "La aceptabilidad jurídica de la técnica de gestación de vida humana por sustitución de vientre", *Revista de Derecho y Genoma Humano* 43, 2015.

Política Nacional de Sexualidad, Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos: «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/LIBRO%20POLITICA%20SEXUAL%20SEPT%2010.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Resolución 1841, de 2013, Ministerio de Salud y Protección Social. Disponible en «<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/ED/PSP/PDSP.pdf>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Rincón Castellanos, Ximena, "¿Bioética y derecho para qué y para quiénes? Discusiones en torno a la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en Colombia", *Derecho PUCP* 69, 2012.

Santacruz, Diego, "En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones", *El Tiempo*, 2017. Disponible en: «<https://www.eltiempo.com/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Tobón Berrío, Luz Estela y Isaza Gutiérrez, Juan Pablo, "Tensiones en el marco ideológico de la construcción de los derechos de los niños en la Convención de 1989", *Jurídicas* 1, 2021, pp. 109-120. Disponible en «<https://doi.org/10.17151/jurid.2021.18.1.7>». [Consultado el 22 de agosto de 2021].

Vásquez Aguirre, Alba Magaly y Ortiz Gómez, Gloria María, "De la maternidad subrogada o alquiler de vientre en Colombia", *Revista Pluriverso* 1, 2013.

CAPÍTULO 5

La gestación por subrogación en Costa Rica

Alberto Jiménez Mata*

* Profesor de Derecho de Familia de la Universidad de Costa Rica.

SUMARIO: A. Planteamiento normativo constitucional; B. Principios constitucionales en los que descansa la materia filiatoria en Costa Rica; C. Planteamiento normativo anterior referido a las técnicas de reproducción asistida en Costa Rica; D. La condena a Costa Rica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; E. Regulación posterior a la sentencia de la Corte Interamericana; F. Regulación jurídica actual sobre la gestación subrogada en Costa Rica; G. Antecedente judicial relacionado con la gestación por subrogación; H. Legitimidad y límites actuales de la gestación subrogada en Costa Rica; I. Proyección normativa en Costa Rica; J. Conclusiones. Bibliografía.

A. Planteamiento normativo constitucional

Costa Rica está regida, en el ámbito constitucional, por el texto vigente desde el 7 de noviembre de 1949. La estructura del derecho de familia se basa en los artículos 51 a 54 de la Constitución Política. Estas normas contienen los fundamentos básicos que, para la época dada y su realidad, dan idea de la conformación y organización familiar; aunque para hoy esas ideas han sufrido innumerables modificaciones, conforme a su adaptación a los instrumentos de derechos fundamentales.

Es cierto, entonces, que las normas constitucionales no declaran, expresamente, un interés del Estado en la regulación de la gestación por subrogación. Sin embargo, establecen la importancia para el sistema jurídico del respeto de los tratados que el país ha suscrito en el ámbito del derecho internacional, pues coloca por encima de la ley a esos enunciados de carácter supranacional (artículo 7, Constitución Política). Además, según la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, tales tratados forman parte de la propia Constitución, en especial,

respecto de la normativa convencional referida a los derechos fundamentales, incluida en el bloque de constitucionalidad. Así, estas normas convencionales deben considerarse parte integrante de las normas constitucionales,¹ lo que obliga a la interpretación de nuevos conceptos de la filiación en relación con los textos normativos vigentes y la adopción de esas normas convencionales para la efectiva aplicación en Costa Rica del tema de la gestación por subrogación.

B. Principios constitucionales en los que descansa la materia filiatoria en Costa Rica

Vemos cómo los articulados constitucionales establecen los principios sobre los cuales se rige la materia filiatoria. En primer lugar, el principio de la igualdad de los hijos de una misma persona, especialmente cuando se refiere al tratamiento de los hijos de un mismo padre o una misma madre con respecto a la naturaleza de la filiación. La propia Constitución Política, en su artículo 53, recoge este principio y lo constitucionaliza ("Los padres tienen con sus hijos habidos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él"); principio que también exalta el artículo 4 del Código de Familia ("En cuanto a derechos y obligaciones entre padres e hijos, ninguna diferencia hay respecto de los habidos dentro del matrimonio o fuera de él").

Un segundo principio es el derivado del derecho que tiene toda persona a conocer sus orígenes, el cual en materia de filiación por subrogación cobra vital importancia. El segundo párrafo del artículo 53 de la Constitución Política establece que "Toda persona tiene derecho a saber quiénes

¹ En este tema la Sala Constitucional ha evolucionado su criterio. En el voto 1147-90 hace alusión a que dicha normativa internacional tiene "no solo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino, también, un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48"; en tanto, en el voto 5759-93, refiere a que "al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezca a la persona", para luego establecer en ese mismo voto que en caso de ser norma más favorable para el tutelado, ésta prima sobre la Constitución Política.

son sus padres, conforme a la ley", es decir, que el Estado debe garantizar en cualquier forma de regulación de la filiación, que las personas puedan conocer sus orígenes con independencia de la filiación que luego se adopte.

Un tercer principio se refiere al respeto de la verdad biológica, en tanto se trata con las normas jurídicas, en primer lugar, de dar correspondencia entre el vínculo jurídico de la filiación por naturaleza con el vínculo biológico resultante de la procreación. El sistema jurídico tiene esta base al establecer, por ejemplo, que en la filiación matrimonial, a pesar de la existencia de la presunción de paternidad, existan situaciones de exclusión para cuando no hay esa correspondencia; o en casos de impugnación de paternidad promovida por el padre biológico que no corresponde al marido de la madre. Los tribunales nacionales han establecido esa supremacía de la verdad biológica sobre la presunción dicha. Así sucedió en el voto de la Sala de Casación de lo Familiar,² en la causa rol 487-2013 (del 10 de mayo de 2013), en el cual consideró el interés superior de la persona menor de edad de contar con la paternidad que biológicamente le corresponde y con la cual se identifica, más que con la del marido de su madre.

Un cuarto principio que el sistema filiatorio tiene, de conformidad con el texto constitucional, es la no discriminación y la no calificación de una persona en razón de su filiación. En consecuencia, en Costa Rica no es posible llevar a cabo situaciones de discriminación de derechos u oportunidades por el tipo de filiación que tiene una persona, lo que se relaciona también con el principio de igualdad de los hijos. Pero tampoco puede haber diferencias referidas a los derechos relacionados con la filiación y, por ello, no puede haber discriminación por el tipo filiatorio entre los hijos de una misma persona en materia sucesoria o alimentaria.

² La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia es el órgano encargado de conocer los recursos de casación de las sentencias de segunda instancia que emite el Tribunal de Familia. Es un órgano compuesto por cinco magistrados que, a su vez, son miembros de la Corte Plena.

Por último, de suma importancia para el tema de la filiación, abordamos la aplicación del principio del interés superior de la persona menor de edad, que recoge tanto la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, como el Código de la Niñez y Adolescencia costarricense, en su artículo 5. Asimismo, en lo que respecta a las decisiones de la filiación de una persona menor de edad, se debe considerar ese interés superior en el caso concreto.

C. Planteamiento normativo anterior referido a las técnicas de reproducción asistida en Costa Rica

Debido a que la única norma referida a las técnicas de reproducción asistida es la establecida en el artículo 72 del Código de Familia, en cuanto a la posibilidad de la inseminación artificial,³ se iniciaron los esfuerzos por dotar de alguna regulación para el uso de técnicas de reproducción asistida, camino que se tornó complejo, lento, con atropellos e inesperadas consecuencias legales.

El 3 febrero 1995 fue emitido el Decreto Ejecutivo 24029-S que contenía el Reglamento de Regulación de las Técnicas de Reproducción Asistida, antecedente remoto de la normativa referida al tema —en especial, de la fertilización *in vitro*— en Costa Rica, para autorizar la realización de las técnicas de reproducción asistida entre cónyuges, siendo posible recurrir a ellas como último procedimiento médico terapéutico para concebir. De acuerdo con el Reglamento, era permitida la utilización de células germinales —óvulo o espermatozoide— provenientes de una tercera

³ Artículo 72: "La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales calidades". Como se denota del texto, no se trata de una norma relacionada concretamente con la maternidad subrogada, sino con la posibilidad de que, ante el caso de material genético de un tercero no esposo de la mujer con consentimiento del marido, se asume ello como cohabitación para efectos de la paternidad; por lo que parece que la norma únicamente permite el caso en mujeres casadas para la determinación de la presunción de paternidad.

persona donante como último recurso médico terapéutico cuando la pareja no pudiera concebir, siendo que la autorización al donante de células germinales era posible por una única vez.

En cuanto a la fecundación *in vitro*, el Reglamento prohibía la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento, además del desecho o eliminación de embriones; tampoco permitía preservarlos para su transferencia en ciclos subsecuentes de la misma paciente o de otras pacientes. Igualmente, no era permitido comerciar con las células germinales para ser destinadas en técnicas de reproducción asistida, sean estas homólogas o heterólogas.

Con este reglamento, en su vigencia, se llevaron a cabo varias intervenciones médicas, se realizaron 14 nacimientos y, al momento en que fue anulado, se tenía un embarazo en camino.⁴ En efecto, estando en curso y vigente esta norma ejecutiva, el abogado Hermes Navarro del Valle presentó, en 1995, una acción ante la Sala Constitucional tendiente a considerar que las normas contenidas reñían con la Constitución Política, sosteniendo su nulidad. Él alegó que la técnica allí regulada era un servicio lucrativo y consideraba que el porcentaje de tentativas de fecundación era muy alto y que la técnica, según estudios científicos que mencionó, tenía una probabilidad de malformaciones y que con ella no se resolvía una cantidad significativa de casos de infertilidad.

Al dar audiencia a la Procuraduría General de la República, este ente respaldó la petición del accionante y pidió a la Sala acoger la acción. Al fallar el asunto, la Sala Constitucional (voto 2306-2000, 15 de marzo de 2000) la acogió y declaró la nulidad por inconstitucionalidad de ese texto,⁵ con lo cual Costa Rica cerró las puertas a la utilización de las

⁴ Chinchilla, José y Mora, Maynor, *El debate costarricense sobre la fertilización in vitro*, San José, Investigaciones Jurídicas S. A., 2004, p. 13.

⁵ La Sala Constitucional en Costa Rica es un órgano adscrito al Poder Judicial y sus siete miembros son magistrados de la Corte Plena; en este asunto la votación para la declaratoria de contrariedad con la Constitución lo fue por votación de mayoría de cinco de los miembros, magistrados Piza

técnicas según se regulaban. Se argumentó, en primer lugar, una contradicción con la norma fundamental en virtud de la reserva legal que establece que no sería posible que la ley haga delegación sobre

la determinación de regulaciones y restricciones que sólo ella [la ley] está habilitada a imponer [...] A ésta están sujetas las regulaciones del derecho a la vida y la dignidad del ser humano, valores primordiales de la sociedad, cuyo respeto y protección da sentido a todos los demás derechos y libertades fundamentales en el Estado Democrático de derecho.⁶

Sumado a ello, la Sala también se refirió a la autorización que daba el reglamento para la utilización de la técnica de reproducción *in vitro* y transferencia de embriones, y determinó que violentaba los derechos a la vida y a la dignidad del ser humano. Se consideró al embrión humano como persona y, por ello, la Sala dijo que esa transferencia de embriones era contraria al derecho a la vida. Además, la resolución consideró que la vida humana inicia con la fecundación y que, a partir de allí, se está en presencia de un ser vivo para todo efecto, fundando este criterio en doctrina que extraen de los textos convencionales; que no existen seres humanos de diferentes categorías; que su vida es inviolable; que su protección se debe dar a partir de la concepción, y que en el texto del reglamento no se da la debida protección por el abuso que ofrece al ser sometidos los embriones a un laboratorio con la posibilidad de eliminación o cerceamiento de su existencia.

La resolución menciona que ya que el ser humano es objeto de la manipulación técnica, debía prevalecer el criterio ético que inspiran los instrumentos internacionales, por lo que la Sala dispuso que al ser el embrión un sujeto de derecho, debe ser protegido como cualquier otro ser humano. Finaliza el razonamiento de la Sala sosteniendo que

Escalante, Solano Carrera, Mora Mora, Sancho González y Benavides Vargas, asumiendo voto salvado los magistrados Arguedas Ramírez y Calzada Miranda.

⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 2306-2000.

El embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservando en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte.

Esta decisión de la Sala fomentó bastante crítica en los círculos intelectuales y jurídicos nacionales, pues los autores dieron a conocer posiciones contrarias a lo expresado en ese punto. El jurista, político y autor nacional Gerardo Trejos menciona que

Aunque la Sala Constitucional no lo diga, la sentencia se fundamenta en la doctrina desarrollada por el documento eclesiástico, no jurídico, denominado "Donum Vitae, Instrucción sobre el respeto a la vida humana naciente y dignidad de la procreación", fechada el 22 de febrero de 1987, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, (antiguo Tribunal de la Inquisición) firmado por los cardenales Joseph Ratzinger (hoy Papa Benedicto XVI) y Alberto Bovone, con la autorización del entonces Papa Juan Pablo II.⁷

D. La condena a Costa Rica en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Derivado de la resolución de la Sala Constitucional, en enero de 2001 se interpone una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de Costa Rica por la prohibición que el voto de aquella hizo para la utilización de la práctica de la fecundación *in vitro*, que había estado vigente con el reglamento previamente analizado. En esa oportunidad se alegó: 1) una injerencia arbitraria del Estado en los

⁷ Trejos, Gerardo, *La prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional arbitraria, injusta, discriminatoria, y violatoria de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo de San Salvador)*, San José, Editorial Juricentro, 2008, p. 89.

derechos a la vida privada y familiar y a formar una familia; 2) la violación del derecho de igualdad por el impedimento que se hacía a la técnica en relación con la desventaja que se daba a parejas que podían tener hijos o hijas biológicos, y 3) el impacto desproporcionado que se generó en las mujeres para poder ejercer el derecho a la autodeterminación reproductiva, control de su fecundidad y desigualdad en relación con los hombres, quienes tienen libertad reproductiva sin restricciones.

La Comisión aprobó su admisibilidad en marzo de 2004 y en julio de 2010 se aprobó el informe de fondo en el cual se hacían recomendaciones al Estado costarricense y luego de darle oportunidades de enmienda para su cumplimiento se somete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*). La Corte desestimó las excepciones preliminares presentadas por el Estado costarricense, sea la falta de agotamiento de recursos internos, extemporaneidad de los recursos de las peticiones e incompetencia de la Corte para conocer hechos nuevos no incluidos en los hechos de la demanda; además (por cinco votos contra uno), determinó que Costa Rica era responsable por la violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2, en relación con el artículo 1.1, todos de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de las víctimas; y, finalmente, dispuso el carácter de reparación de la sentencia, obligando al Estado a adoptar medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición de la práctica de la fertilización *in vitro* y que quienes desean hacer uso de ella puedan hacerlo sin impedimento al ejercicio de los derechos vulnerados.

Además, estableció el deber del Estado costarricense de regular los aspectos necesarios para la implementación de la técnica según lo acordado en el fallo, así como sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones y profesionales calificados para la técnica. Ordenó incluir la técnica dentro de programas de infertilidad y otras disposiciones tendientes a la efectividad de los programas y a la supervisión del cumplimiento del fallo.

En la sentencia, la Corte estima que la Convención Americana no permite que los Estados procuren intromisiones de tipo arbitrario o abusivo en ese ámbito. Asimismo, establece que las personas tienen derecho a autodeterminar su vida individual y social con apego a las normas jurídicas internas según sus opciones y convicciones propias. La Corte menciona que

El artículo 11 de la Convención Americana requiere la protección estatal de los individuos frente a las acciones arbitrarias de las instituciones estatales que afectan la vida privada y familiar. Prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública.

Además, preceptúa que la maternidad forma parte del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres y, ante ello, esgrime que la decisión para la maternidad o la paternidad integra el derecho a la vida privada, estableciendo que la prohibición para la técnica de la fertilización *in vitro* que hizo Costa Rica violentaba ese derecho, al no permitir que la mujer desarrolle su derecho a la maternidad y, con ello, su derecho inherente a formar una familia incluso sin pareja. La Corte reiteró las conclusiones del Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en cuanto a que los derechos de la salud de las mujeres se deben ejercer tomando en consideración sus propios intereses y sus necesidades, todo ello en función de la desigualdad que se tiene con el derecho de salud de los hombres en la función reproductiva.

La sentencia hace mención de la importancia de la familia como ente fundamental en el desarrollo de las personas y la necesidad de otorgarle debida protección, lo que incluye la posibilidad de procrear. La Corte entiende que el derecho a la vida privada debe estar permeado de la autonomía reproductiva y del acceso a los servicios de salud reproductiva y

a la tecnología médica necesaria para ejercer tal derecho. A su vez, la Corte estima que se debe tener el necesario marco jurídico interno para que esa salud reproductiva sea eficiente y capaz de tutelar los derechos de las personas hacia esa procreación, siendo las técnicas de reproducción asistida un eje importante para lograrlo. En especial, la Corte indica que

el derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva; y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 (e) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos".

Con estas consideraciones, la Corte concluye que la decisión dada por la Sala Constitucional generó una serie de vulneraciones de derechos convencionales: 1) un impacto en el derecho de intimidad de las personas que tuvieron que acudir a otros países para obtener el tratamiento, exponiendo aspectos de su vida privada; 2) vulneración a la autonomía personal y de un proyecto de vida, al ser la técnica de reproducción la única forma para lograr la procreación; 3) infracción a la integridad psicológica de las personas, pues la negativa de acceso a la técnica naturalmente produjo alteraciones en sus opciones de desarrollar su derecho a la libertad reproductiva, y 4) estimó que la prohibición de la técnica generó en una discriminación indirecta por razones de discapacidad, género y situación económica.

E. Regulación posterior a la sentencia de la Corte Interamericana

Como consecuencia del fallo, el 10 de septiembre de 2015 se emitió —vía decreto ejecutivo— el Reglamento para la autorización para la

realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria. Este Reglamento autoriza la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* "con la finalidad de garantizar los derechos reproductivos de las personas con infertilidad", reconociéndolo como un "tratamiento médico que ayuda a las personas con infertilidad a mejorar sus posibilidades de lograr un embarazo" (artículo 1). A su vez, establece que se da autorización a las parejas conformadas por dos personas mayores de edad cuando alguno de ambos presente infertilidad o para la mujer sin pareja mayor de edad con infertilidad, lo que significa un avance en cuanto a que reconoce a mujeres que no tienen pareja y a parejas que no necesariamente tienen un ligamen de matrimonio.

Contrario a ello, la norma ejecutiva no regula expresamente la posibilidad de que exista la gestación por subrogación, pues no habla de la posibilidad de que exista una tercera persona mujer que, a fin de poder llevar cabo la técnica con resultados positivos, cargue con el embarazo, ya sea homólogo o heterólogo, y que tenga una obligación de entrega del nacido.

Además, el artículo 3 del Reglamento establece la posibilidad de un banco de donantes y regula la función de cada una de las instituciones públicas que tendrán injerencia en los procedimientos (artículos 6 al 10), lo que permite tener un mejor control estatal de las aplicaciones de las técnicas y evita su manipulación para efectos distintos a los deseados en la regulación.

Por otro lado, se establecen las formas de otorgar los consentimientos informados por parte de las personas destinatarias y donantes (artículo 15) y norma los derechos de información, de asistencia interdisciplinaria y de confidencialidad para estas personas (artículos 11 al 13), situación que refuerza, por un lado, la necesidad de control público sobre la técnica y, en otro sentido, los derechos individuales de quienes acuden a ella.

Nuevamente, la Sala Constitucional anula el decreto ejecutivo mediante el voto 1692-2016, del 3 de febrero de 2016.⁸ En la parte dispositiva de su decisión, la Sala establece que se hace "por violación al principio de reserva de ley y porque la modificación al ordenamiento jurídico, con arreglo a los procedimientos constitucionales que prevé el artículo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es a través de la ley formal", sin embargo, dos de los magistrados salvan el voto

por considerar que la Sala Constitucional no tiene competencia para pronunciarse sobre el mismo objeto procesal, que pende simultáneamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros, en razón de la audiencia de supervisión de cumplimiento convocada al efecto, y hasta tanto ese tribunal no emita pronunciamiento. Lo anterior con el fin de preservar la integridad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos del cual nuestro país forma parte.⁹

Esta decisión de la Sala generó un conflicto jurídico y político ante la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues el país estaba en un proceso de cumplimiento de las obligaciones establecidas en el

⁸ La Sala acogió la acción de inconstitucionalidad por mayoría con cinco votos de los magistrados Castillo Viquez, Cruz Castro, Rueda Leal, Salazar Alvarado y Hernández Gutiérrez y con los votos salvados de los magistrados Jinesta Lobo y Hernández López. Como se denota, para esta votación ya los siete miembros de la Sala Constitucional que votaron en la primera ocasión en que se acogió una acción en el tema (marzo, 2000) no eran titulares de la Sala y por ello no participaron en esta nueva toma de decisión, cinco de ellos ya jubilados y dos de ellos finados (Piza Escalante y Mora Mora).

⁹ La Sala estimó que "el hecho de que esté reservado a la Asamblea Legislativa, por medio de una ley formal, la restricción o regulación del régimen de los derechos fundamentales, también responde a una cuestión de legitimación dentro de un Estado Democrático de Derecho, pues es el Poder representativo de la soberanía popular; y, por ende, que cumple a cabalidad con el principio democrático (artículos 9 y 105, de la Constitución Política). En este sentido, el Poder Ejecutivo, con la promulgación del decreto ejecutivo en cuestión, vulneró también el principio democrático, ya que adoptó un acto cuya competencia es exclusiva del Legislativo, vulnerando con ello, también, el Principio de División de Poderes, lo que torna el decreto ejecutivo denominado 'Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación in Vitro y Transferencia Embriónica', del 10 de setiembre de 2015, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 178 del 11 de octubre de 2015, en inconstitucional, también por violación de los citados principios, vicios que lo afectan en su totalidad".

fallo de la Corte (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*), debiendo el tribunal internacional pronunciarse en resolución el 26 de noviembre de 2016. Fue así como señaló que

El Estado debe hacer efectiva la posibilidad de acceso a la técnica de fecundación *in vitro* y, a tal efecto, mantener vigente el Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, sin perjuicio de que el órgano legislativo emita alguna regulación posterior en apego a los estándares indicados en la Sentencia del caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica, reconociéndose que la prohibición de la fecundación *in vitro* no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio del derecho a decidir tener hijos biológicos a través del acceso a la fecundación *in vitro*.¹⁰

Actualmente el decreto tiene vigencia y con él se han estado llevando a cabo las técnicas de reproducción asistida que permite, en tanto, respecto de lo declarado en la Corte Interamericana se han llevado a cabo homologaciones de algunos acuerdos a los que han llegado las víctimas que habían acudido a esa instancia y el Estado de Costa Rica, especialmente en cuanto a las consecuencias pecuniarias de la condena anterior de la Corte.

¹⁰ Además se obligó al Estado de Costa Rica a "asegurar, a través de la Caja Costarricense del Seguro Social que se cumplan las obligaciones y plazos establecidos en los artículos 7° y 14°, así como en el Transitorio I del Decreto Ejecutivo No. 39210-MP-S, lo que implica que el 11 de septiembre de 2017, dicho tratamiento debe estar disponible dentro de los programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, en los términos de los párrafos 53 y 54 de la presente Sentencia; c) propiciar, en un plazo razonable, acercamientos con la Defensoría de los Habitantes de la República, con instituciones académicas, así como con organismos internacionales especializados en derechos humanos a efecto de generar procesos de capacitación en derechos humanos, dirigidos a funcionarios de los diversos poderes del Estado y la Caja Costarricense del Seguro Social, en los términos del párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia; d) fortalecer, en un plazo razonable, los programas educativos dirigidos a propiciar una formación en derechos humanos, en los términos del párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia; e) iniciar, en un plazo razonable, una discusión amplia y participativa acerca de la maternidad por subrogación como procedimiento para la procreación, en los términos de los párrafos 55 a 57 de la presente Sentencia; f) pagar a cada una de las víctimas las cantidades acordadas por concepto de indemnizaciones del daño material y del daño inmaterial, en los términos del párrafo 58 de la presente Sentencia".

F. Regulación jurídica actual sobre la gestación subrogada en Costa Rica

Si bien desde 2015 se encuentra vigente el Decreto Ejecutivo núm. 39210-MP-S, actualmente no existe una ley que regule la gestación subrogada llevada a cabo mediante técnicas de reproducción asistida, pues de la lectura del artículo 2 del decreto se extrae únicamente que "Serán personas destinatarias de la FIV, la pareja conformada por dos personas mayores de edad, cuando alguno de ambos presente infertilidad y ninguno haya sido declarado incapaz en la vía judicial. Asimismo, la mujer sin pareja, mayor de edad y con la infertilidad, que no haya sido declarada incapaz en la vía judicial".

De conformidad con los artículos 7, 16 y 17 del Decreto, el Ministerio de Salud tiene la obligación de elaborar la normativa técnica que establezca los lineamientos pertinentes para la realización de las técnicas de reproducción asistida en el país. Sin embargo, el Decreto está destinado únicamente a tutelar el acceso a la técnica de fertilización *in vitro*.

Consecuentemente, en virtud de las lagunas jurídicas existentes en el derecho interno, el Ministerio de Salud aprobó, en 2016, el Decreto Ejecutivo núm. 39616 (también denominado Norma para Establecimientos de Salud que realizan la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria) con el fin de establecer la primera normativa de carácter técnico sobre la reproducción asistida en Costa Rica. Sin embargo, ninguno de los dos decretos ejecutivos anteriores dispuso criterios de regulación sobre los límites y alcances de la gestación subrogada, dado que no incluyen ni definen este fenómeno sociojurídico.

Además, en 2016, el Ministerio de Salud aprobó un tercer documento, el Decreto Ejecutivo núm. 39646-S (conocido como Norma para la habilitación de establecimientos de salud que realizan la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria), que

regula el ámbito de aplicación de la técnica de fertilización *in vitro*, así como los estándares mínimos que deben cumplir los profesionales y los establecimientos de salud públicos y privados que efectúen la práctica médica de reproducción asistida de alta complejidad (la referida fertilización *in vitro*). A pesar de esta nueva norma, se reafirma la inexistencia en Costa Rica de una regulación concreta en materia de gestación subrogada, con lo cual se mantiene el vacío legal en esta materia.

Por otro lado, en 2016, la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), ente rector de la salud en el país, aprobó tanto el Protocolo de Atención Clínica para el Diagnóstico de la Pareja y Mujer sin pareja con Infertilidad y Tratamiento con Técnicas de Baja Complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS, como el Protocolo de Atención Clínica para el Diagnóstico de la Pareja y Mujer sin Pareja con Infertilidad y Tratamiento con Técnicas de Alta Complejidad en la Red de Servicios de Salud de la CCSS. Además, en 2019 se aprobaron otros dos documentos técnicos que regulan específicamente la reproducción asistida de alta complejidad: en primer lugar, el texto denominado Perfil Funcional de la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad del Servicio de Ginecología del Hospital de las Mujeres Dr. Adolfo Carit Eva y, en segundo lugar, el Manual de Procedimientos de la Unidad de Medicina Reproductiva de Alta Complejidad (UMRAC) en la Red de Servicios de Salud en la CCSS.

A pesar de estas nuevas normativas, ninguna de ellas reguló la posibilidad de efectuar la gestación subrogada en Costa Rica, por cuanto incluyen únicamente las técnicas de reproducción asistida de una pareja o de una mujer sin pareja (mediante donante confidencial o conocido). Por consiguiente, no regularon la reproducción asistida de una pareja a través de otra mujer que convenga una gestación de este tipo. Así las cosas, resulta notoria la ausencia normativa sobre la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico costarricense.

En cuanto a la inscripción de nacimientos concebidos bajo la modalidad de gestación subrogada, el Registro Civil del Tribunal Supremo de

Elecciones, institución pública encargada de dicha labor, rechaza *ad portas* toda solicitud dirigida a ese fin aduciendo una aplicación del principio de legalidad, puesto que no existe una norma legal que la regule. Efectivamente, en principio y por los procedimientos que se hacen en esta institución, la declaración de nacimiento se verifica con inmediatez al parto, para lo cual existen oficinas en cada uno de los centros médicos del país. Así se hará la inscripción con maternidad de la mujer gestante y, si ella es casada, con paternidad de su marido (principio de paternidad del artículo 69 del Código de Familia); si ella no está unida en matrimonio, podrá (facultativamente, pues si no lo desea el niño se inscribe únicamente con su maternidad) allí mismo hacer la declaración de paternidad para iniciar el procedimiento de paternidad, salvo que exista en ese momento un reconocimiento voluntario del padre. En caso de registros de personas nacidas en el extranjero con derecho a nacionalidad costarricense, se establece el mismo procedimiento a partir de los documentos de nacimiento que se confeccionan en el país en que se verificó el parto respecto de la madre y se sigue el mismo proceder respecto de la paternidad.

G. Antecedente judicial relacionado con la gestación por subrogación

En el Juzgado de Niñez y Adolescencia de San José¹¹ se conoció un proceso de adopción en el cual una pareja solicitaba la aprobación de la adopción de una niña concebida por medio de una técnica de reproducción asistida. El caso se da en virtud de la imposibilidad de una mujer de poder soportar el embarazo; la madre de ella se presta para hacerlo con material genético de la propia pareja (inseminación artificial sin vinculación genética de la mujer que soporta el embarazo), consintiendo todos

¹¹ En Costa Rica existe un despacho judicial que atiende los procesos relativos a los derechos de las personas menores de edad, únicamente tiene competencia en la provincia de San José (capital), pero sí conoce los asuntos de todo el país referente a la adopción internacional y a la restitución internacional de personas menores de edad.

los intervinientes en que una vez nacida la menor de edad iba a ser entregada a los padres intencionales y que la persona gestante no iba a tener derecho alguno a la filiación de la niña, esto a pesar de que no hay norma legal que lo autorice expresamente.

Como Costa Rica no contempla norma alguna relacionada con la filiación derivada de la gestación por subrogación, por aplicación de las leyes generales y de la presunción de paternidad del artículo 69 del Código de Familia, y ya que la gestante era una persona casada, al nacer la niña se la inscribió como hija de los los padres de la mujer comitente y la cónyuge del padre comitente, esto es, el matrimonio que aportó el material genético para el embarazo.

Ante esta situación, la pareja comitente recurre a estrados judiciales y administrativos para obtener la maternidad y la paternidad por medio de la adopción. En este caso la adopción es directa, pues los padres registrales hacen una entrega voluntaria de la persona menor de edad a los adoptantes; el proceso se verifica en el despacho judicial mencionado y se da intervención al ente administrativo rector de la infancia (Patronato Nacional de la Infancia).

El juzgado, en la sentencia núm. 16-2018, del 4 de abril de 2018, admite la adopción. Ante la falta de normas jurídicas hace uso de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*, mencionando que dada la inexistencia de regulación corresponde a los órganos jurisdiccionales la integración e interpretación normativa que logre efectivizar la figura jurídica. Por lo anterior y considerando que se tutelaron todos los derechos y consideraciones que tradicionalmente la gestación por subrogación ha desarrollado, determina aprobar la adopción.

El juzgado da tutela no sólo a los padres intencionales, sino especialmente a la persona menor de edad, pues en el proceso se hizo prueba de la relación de esos padres con la niña, quien desde el nacimiento vive

con ellos y ha conformado el núcleo familiar adecuado; además de que los padres que dan en adopción, ahora abuelos maternos, tenían claro y consintieron siempre en su participación como padres únicamente gestores.

H. Legitimidad y límites actuales de la gestación subrogada en Costa Rica

Debido al vacío legal descrito, conviene reflexionar sobre la posibilidad de regular este fenómeno sociojurídico mediante otras fuentes del derecho.

Es clara la interpretación que efectúa la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ya relatado *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, respecto de los alcances del principio de no discriminación vinculado con una serie de derechos. Entre ellos, la vida familiar y privada, la integridad personal, la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, al considerar que

El ámbito de protección del derecho a la vida privada ha sido interpretado en términos amplios por los tribunales internacionales de derechos humanos, al señalar que este va más allá del derecho a la privacidad. La protección a la vida abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales [...] Además, la Corte ha señalado que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Teniendo en cuenta todo lo anterior, la Corte considera que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico.¹²

¹² Punto 143 del fallo en cuanto a consideraciones de la Corte del alcance de los derechos de la integridad personal, libertad personal y vida privada y familiar.

La gestación por subrogación podría verse restringida por la aplicación rigurosa del principio de legalidad por parte de los órganos de la Administración Pública competentes para tutelar los efectos registrales, contractuales y civiles. Ahora bien, es importante aclarar que esta eventual aplicación de normativa pública relacionada con dicho principio no debería significar un límite para el ejercicio de la función pública, por cuanto la Sala Constitucional ha indicado, en una resolución de tutela del derecho a la salud, que

El derecho a la salud, ha dicho la Sala reiteradamente, es un derecho fundamental del ser humano, en la medida que la vida depende en gran parte de su respeto, de suerte no existe duda sobre la protección de ese derecho, jalonado del derecho de la vida que tutela el artículo 21 de la Constitución Política. Ante un derecho de tan alta estima dentro de nuestro ordenamiento jurídico considera la Sala que es inaceptable una interpretación exegética y formalista [...] apegada al principio de legalidad pero negando la existencia de derechos reconocidos constitucionalmente y los principios que le informan, entre ellos –como ya se dijo– el derecho a la salud y a la vida, así como el principio de igualdad, que no impide la diferencia de trato sino solamente aquella que resulte irrazonable y arbitraria.¹³

Por este motivo, los entes públicos competentes deberán cumplir con las obligaciones ya establecidas por normas de rango legal o reglamentario, dado que la Sala Constitucional ha establecido que

Es función esencial del Estado velar por la salud de la población. Corresponde al Poder Ejecutivo, por medio del Ministerio de Salud [...] la definición de la política nacional de salud, la normación, planificación y coordinación de todas las actividades públicas y privadas relativas a la salud, así como de la ejecución de aquellas actividades que le competen conforme a la ley. Tendrá potestades

¹³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 16998-2007.

para dictar reglamentos autónomos en estas materias. Se concluye que existe un principio general en el Derecho de la Constitución que obliga a los entes estatales a comprometerse activamente a procurar la salud de la población —en todas las manifestaciones que esta implique—. ¹⁴

Asimismo, de acuerdo con una propuesta de regulación legal de los acuerdos de gestación por subrogación en Costa Rica, establecida en la tesis de titulación denominada *Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del artículo 2 inciso c, artículo 6 y artículo 30 inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*, las abogadas costarricenses Alejandra Álvarez Kepfer y Michelle Hernández Sanóu indican que se debería legislar el tema a partir de una serie de consideraciones y términos que elaboran en función de la naturaleza del instituto y de la adecuación a las normas nacionales.

Así, en cuanto a la naturaleza del acuerdo, las autoras recomiendan establecer, como generalidades de gestación subrogada, que el acuerdo de gestación por subrogación bajo ninguna circunstancia podrá responder a una naturaleza comercial; que no aplique respecto del nacimiento de un menor de edad concebido por medio del coito; que para que el acuerdo surta eficacia será necesario que sea homologado por un tribunal competente; que el plazo del acuerdo abarque desde el momento en que sea homologado por el tribunal competente hasta que el menor de edad haya sido inscrito ante el Registro Civil como hijo de aquel, aquella o aquellos que fueron identificados como los futuros padres en el acuerdo de gestación subrogada, y que las obligaciones adquiridas sean de naturaleza personalísima para las partes firmantes.

En lo que respecta al consentimiento que otorgan las partes que intervienen en la práctica de maternidad subrogada, consideran las autoras que

¹⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8953-2002.

deberá realizarse por escrito y que su contenido, aunque no limitado a ello, al menos debe tener la fecha y el lugar de celebración; las personas de las cuáles los gametos fueron originados; la identidad de los futuros padres, padre o madre; la identidad de la gestante; la aceptación del embarazo con fines de reproducción asistida por parte de la persona gestante; la aceptación por parte de la gestante y su cónyuge, si está casada, de que los derechos de filiación sobre el menor de edad corresponden exclusivamente a los padres biológicos o futuros padres; la obligación de la gestante de entregar al menor de edad al momento de su nacimiento a sus padres biológicos futuros y la obligación de éstos de convertirse en padres del menor, y el compromiso de los padres biológicos de cubrir todos los gastos médicos e imprevistos en que incurra la gestante como resultado del acuerdo de gestación por subrogación.

Opinan las autoras que, para que el acuerdo sea aprobado debería acompañarse con las certificaciones médicas en las que conste que los futuros padres no pueden concebir por sí mismos, así como la idoneidad física y psíquica de la madre subrogada para sobrellevar el embarazo producto del acuerdo de gestación por subrogación.¹⁵

En consecuencia, resumen las investigadoras, si bien es posible regular un contrato de esta naturaleza en el derecho costarricense, de conformidad con el derecho fundamental a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual emanados de los enunciados constitucionales del derecho a la libertad, derecho a la propiedad privada y derecho a la libertad de empresa, lo cierto es que, en virtud de lo interpretado por la Procuraduría General de la República en la Opinión Jurídica OJ-053-1999, existen límites a la libertad contractual. En efecto, señala en dicha opinión que la libertad contractual:

¹⁵ Álvarez Kepfer, Alejandra y Hernández Sanóu, Michelle, *Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del artículo 2 inciso c, artículo 6 y artículo 30 inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2015.

Consiste en la facultad que se le otorga al individuo de escoger la materia del contrato, de determinar con quien realiza el acuerdo, de fijar con toda amplitud su contenido, así como mantener el equilibrio financiero del contrato desde su formación hasta su ejecución y la obligación de respetar las condiciones pactadas. Ahora bien, la libertad contractual no es un derecho absoluto: la convivencia armónica en un Estado Social de Derecho requiere de regulaciones y limitaciones a los derechos fundamentales, en tanto sean necesarias para garantizar el funcionamiento del todo social. La validez de estas regulaciones está sujeta a su conformidad con la Constitución Política, específicamente a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 28 según el cual las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros están fuera de la acción de la ley.¹⁶

Por último, en concordancia con lo anteriormente indicado, debido a la vinculación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el cumplimiento del artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado costarricense deberá ajustar el derecho interno a las disposiciones del derecho internacional en materia de gestación subrogada, ya que este numeral indica que

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Pues si bien se ha regulado por vía reglamentaria lo concerniente a la fertilización *in vitro*, es evidente la nula regulación en materia de gestación subrogada.

¹⁶ Procuraduría General de la República de Costa Rica, Opinión Jurídica OJ-053-1999.

I. Proyección normativa en Costa Rica

En el ámbito legislativo, en Costa Rica se han presentado algunas propuestas para la regulación de las técnicas y de los asuntos filiatorios. En general, de ellas no se deriva alguna que pretenda la regulación de la gestación por subrogación, pues lo que persiguen es una regulación y mejoramiento de las técnicas de reproducción asistida, especialmente para darle respaldo legal a las autorizaciones que se han venido regulando a través de decretos ejecutivos. Debido a la insuficiencia normativa en materia de gestación por subrogación en Costa Rica y otras técnicas de reproducción asistida —además de la fertilización *in vitro*—, la Sala Constitucional, mediante el voto 14503-2018, se pronunció y estableció que

Es claro que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación del Estado costarricense de implementar la aplicación de la técnica de fecundación *in vitro* y esto ha sido fundamental para acoger el presente recurso de amparo, pero también es evidente que en no pocas ocasiones esta técnica en particular se debe aplicar en conjunción con otras. Con este panorama, estimo previsible que por vía de amparo comience a introducirse la aplicación de otras técnicas de reproducción asistida, incluyendo la maternidad subrogada.¹⁷

J. Conclusiones

Costa Rica no ha podido desarrollar una eficiente regulación respecto de los asuntos jurídicos de la gestación por subrogación, principalmente por la falta de regulación para la posibilidad de existencia científica de las técnicas de reproducción asistida que favorezcan este tipo de gestación. Esto hace que no parezca existir, por ahora, una voluntad política en el órgano legislativo para corregir esta situación y dotar al país de una legislación moderna, eficaz y acorde con los derechos fundamentales,

¹⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 14503-2018.

que otorgue claridad científica y una acertada regulación de los derechos filiatorios derivados de las técnicas a utilizar para hacer procedente la gestación por subrogación, incluyendo la posibilidad de acuerdos gestacionales patrimoniales o no.

Es necesario proceder legislativamente para establecer la existencia de una regulación de la gestación por subrogación, más aún cuando los decretos ejecutivos detallados en este texto lo único que han regulado es la forma de proceder con técnicas de reproducción asistida sin contemplar regulaciones relacionadas con la gestación en estudio, para lo cual, en cuanto a sus fundamentos jurídicos, se deben considerar los puntos propuestos en el voto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al resolver el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*. Especialmente la base de la regulación en cuanto a la tutela de los derechos fundamentales de la familia, como un todo, y de las personas que la componen, en particular, a la no violación de su vida privada y familiar, evitando con una regulación legislativa los comportamientos abusivos y arbitrarios del Estado al no permitir a personas que no pueden llevar a cabo gestación natural su derecho a la formación de la familia y la gestación de sus hijos.

Para ello, en consideración con cada uno de los puntos que proponen Álvarez Kepfer y Hernández Sanoú, esta regulación, aproximándose a los derechos fundamentales, por tratarse de regulación de derechos con consecuencias eminentemente personales relacionadas con derechos reproductivos, no debe tratarse de un acuerdo que tenga consecuencias patrimoniales en cuanto a obtención de ganancias económicas para la persona gestante. Esto porque si bien Costa Rica anuncia como derecho constitucional la libertad de empresa, ésta no puede establecerse con contenido patrimonial a partir de relaciones personales que involucran la gestación de una persona, salvo lo relacionado con los gastos administrativos y médicos que se generan en su ejecución.

La voluntad de los participantes en este tipo de acuerdos debe estar respaldada por una ratificación jurisdiccional, siempre y cuando el procedimiento

para lograrlo sea expedito y con garantía de acceso a ella sin obstáculos formales y económicos. Se trata de la decisión que involucra situaciones que tienen consecuencias en materia de filiación, que, de acuerdo con las normas del Código de Familia, han venido a ser reguladas a partir de la necesidad de decisiones judiciales, tanto en causas de emplazamiento, desplazamiento y en materia de resorte de aprobación judicial de la adopción de personas menores de edad, como en materia de derechos de personas menores de edad, cuya filiación se debe proteger.

Necesariamente, el consentimiento de las personas que participan en este tipo de acuerdos debe estar plasmado por escrito con las formalidades necesarias para su identificación y con un contenido expreso de los alcances del acuerdo, de la participación que cada una debe tener en ejecución de éste y de las obligaciones que asumen respecto de las consecuencias de la filiación. No parece ser necesario que sea dado en escritura pública, pero sí en un acuerdo privado con respaldo de autenticación de un abogado o que se verifique directamente ante un funcionario público en alguna de las instituciones que velan por las garantías sanitarias en el país, quienes deberán comprobar los requisitos de formación en cuanto a que se trate de situaciones en las cuales exista necesariamente una imposibilidad de concebir en forma natural para quienes lo pretenden, ello con la debida presentación de las respectivas certificaciones médicas en ese sentido.

Trabajo complejo espera al legislador costarricense; especialmente en atención a las corrientes conservadoras que han llenado los cupos legislativos en los últimos años, motivo por el cual no ha sido posible que el país emita legislación en temas como éste u otros que requieren de apertura progresista. Sin embargo, la emisión de decisiones jurisdiccionales, tanto en la Sala Constitucional como de los tribunales ordinarios, deberán poco a poco hacer su trabajo en pos de la claridad del tema y de la protección de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Álvarez Kepfer, Alejandra y Hernández Sanóu, Michelle, *Vientres de alquiler: Propuesta de reforma del artículo 2 inciso c, artículo 6 y artículo 30 inciso 2 del Proyecto de Ley sobre Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria y Creación del Depósito Nacional de Gametos a la luz de la experiencia internacional*, tesis de grado, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2015.
- Chinchilla, José y Mora, Maynor, *El debate costarricense sobre la fertilización in vitro*, San José, Investigaciones Jurídicas S .A., 2004.
- Trejos, Gerardo, *La prohibición de la fecundación in vitro en Costa Rica (una sentencia de la Sala Constitucional arbitraria, injusta, discriminatoria, y violatoria de los derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el protocolo de San Salvador)*, San José, Editorial Juricentro, 2008.

CAPÍTULO 6

La gestación por subrogación en Ecuador

Sonia Merlyn*

* Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador.

SUMARIO: A. Introducción; B. Vacío normativo; C. Proyectos de ley; D. Interpretación judicial; E. Contractualidad de la gestación por subrogación; F. Vigencia práctica; G. Actuales soluciones para establecer la filiación por gestación subrogada; H. Conclusiones. Bibliografía.

A. Introducción

El primer "bebé probeta" ecuatoriano nació en Quito, el 10 de junio de 1992, gracias al doctor Iván Valencia Madera, pionero en el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida en Ecuador, cuyo Centro Médico de Fertilidad y Esterilidad (Cemefes), afiliado a la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red Lara), tiene su sede en Quito. Fue el primero que instituyó un "banco" (centro de depósito) de semen en Ecuador, en 1984.¹ En ese mismo centro se efectuó el primer nacimiento con embriones crioconservados, el 20 de mayo de 1999.

En Ecuador, según información de la Red Lara, existen 1,514 casos de bebés nacidos mediante estas técnicas.² A su vez, según ACESS,³ existen

¹ Merlyn, Sonia, *Derecho y reproducción asistida*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2006.

² Red Lara, *Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry*, 2017. Disponible en: «<https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

³ ACESS es la Agencia de Aseguramiento de Calidad de los Servicios de Salud y Medicina Prepagada, encargado de registrar en Ecuador a estos centros.

18 centros de fecundación asistida, la mitad, en Quito (provincia Pichincha), 4 en Guayaquil (Provincia Guayas), 1 en Salinas (Santa Elena), 3 en Cuenca (Azuay) y 1 en Machala (El Oro). De ellos, 8 están acreditados por la Red Lara.

Según la información recaudada en 2018 por la Comisión Nacional de Bioética del Ministerio de Salud, en Ecuador se practica la gestación por subrogación al menos desde hace 23 años.⁴

Los centros de fecundación asistida ecuatoriana practican con regularidad la gestación por subrogación, aunque, según los médicos practicantes, sólo un porcentaje muy bajo de sus pacientes recurre a ella. Pedro Valdivieso, director de la Unidad de Fertilidad de la clínica Alcívar, centro afiliado a Red Lara, indica que el porcentaje de pacientes que acude a ella es menor a 1%.⁵ A pesar de este porcentaje tan bajo, la mencionada clínica, en su página de Facebook, utiliza la frase "vientre de alquiler en Ecuador" para promocionar su página web. Además, tiene un blog de madres subrogantes.⁶

No obstante su vigencia práctica, hasta hoy en Ecuador sólo existen normas penales referidas a las técnicas de reproducción asistida (TRA) y ninguna acerca de la gestación por subrogación. El artículo 89 del Código Orgánico Integral Penal tipifica la inseminación no consentida como delito de lesa humanidad y, más adelante, en el capítulo referente a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, sanciona en el artículo 164 a quien insemine artificialmente o transfiera un óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento con pena privativa de libertad de cinco

⁴ Ministerio de Salud Pública, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

⁵ Diario El Universo, "Subrogación de vientre polariza discusión legal en Proyecto de Código de la Salud", 2018. Disponible en: «<https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/11/nota/6804431/subrogacion-vientre-polariza-discusion-legal/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

⁶ Facebook, "Vientre de alquiler". Disponible en: «<https://www.facebook.com/Vientre-de-alquiler-Ecuador-103563847779572/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

a siete años, y si la mujer es menor de 18 años de edad o no tiene capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, con pena privativa de libertad de siete a diez años.⁷

La doctrina tampoco abunda en el tema. Podemos citar en derecho y reproducción asistida, aparte del trabajo de quien suscribe este artículo, la obra *Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia*, de Guevara,⁸ quien lamentablemente sólo dedica a Ecuador un pequeño capítulo, dentro del cual no analiza el tema de manera crítica o exhaustiva. De igual manera, en su obra *Manual de derecho de familia*, Simón⁹ escribe dos páginas referentes a la gestación por subrogación, en el capítulo referente a filiación, dentro de la impugnación de maternidad y paternidad, limitándose a relatar el caso *Satya*, que será desarrollado más adelante.

B. Vacío normativo

El vacío normativo en Ecuador va más allá de la gestación por subrogación, pues el sistema jurídico no regula las TRA. Esto resulta incomprensible, especialmente por la siguiente razón: la Comisión del Consejo Nacional de Educación Superior (Conesup), integrada por un grupo de juristas ecuatorianos de las universidades y escuelas politécnicas, meses antes de la instalación de la Asamblea Constituyente, dentro del proyecto que serviría de documento referencial para la elaboración de la nueva Carta Magna en 2008, incluyó un texto muy preciso, al inicio del capítulo relativo a los derechos civiles, que establecía:

1.5. La adopción de embriones solo estará permitida en el caso de que existan excedentes de pre-embryones en un proceso de reproducción asistida, que sea gratuita y aceptada por escrito por

⁷ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014.

⁸ Guevara, Alba, *Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia*, Quito, Ed. Ecuador, 2021.

⁹ Simón, Farith, *Manual de Derecho de Familia*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2020.

el donante, conforme a las condiciones y límites que establezca la ley; 1.6. La maternidad subrogante solo podrá realizarse si quien fuere a recibir las células, fuera familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad, y de conformidad con lo establecido en la ley; 1.7. Se prohíbe el comercio de material germinal humano, pre-embriones, embriones o productos resultantes de embriones, gametos o pre-embriones o productos resultantes de embriones.¹⁰

Ningún aspecto del mencionado texto fue recogido por la Constitución, aunque se reconocen, en el artículo 66 del capítulo relativo a los derechos de libertad, los derechos sexuales y reproductivos:

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.¹¹

De igual manera, el artículo constitucional 25 garantiza que "Las personas tienen derecho a gozar de los beneficios y aplicaciones del progreso científico y de los saberes ancestrales".¹²

En concordancia con el tema de la gestación por subrogación y sus implicaciones jurídicas, podemos citar también el artículo 67 de la misma norma constitucional:

Se reconoce la familia en sus diversos tipos. El Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. Estas

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20.10.2008.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

se constituirán por vínculos jurídicos o de hecho y se basarán en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes.

El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal.¹³

En este contexto, no debemos olvidar que el Código de la Niñez y Adolescencia ecuatoriano,¹⁴ en su artículo 22, establece el derecho de niños, niñas y adolescentes a desarrollarse en su familia biológica o, excepcionalmente, cuando sea imposible o contrario a su interés superior, con otra familia de conformidad con la ley.

Se introduce así el reconocimiento jurídico de la existencia de otro tipo de familias en el ordenamiento jurídico secundario, inclusive anterior a la Constitución de 2008, pero, lamentablemente, no se precisa en ninguna otra norma de ese cuerpo legal cuáles podrían ser esos tipos de familia.

A pesar de lo indicado, el artículo 20 del Código de la Niñez y Adolescencia establece, en lo pertinente:

Derecho a la vida.-

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas *desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento* de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral.¹⁵

Al tenor literal de este artículo, cualquier TRA estaría prohibida, al igual que la gestación por subrogación. Por esta razón, se encuentra

¹³ *Idem*.

¹⁴ Registro Oficial, de 3 de enero de 2003.

¹⁵ Énfasis añadido.

interpuesta una acción de consulta de inconstitucionalidad del segundo párrafo ante la Corte Constitucional de Ecuador.¹⁶

También el citado Código de Niñez y Adolescencia, en el artículo 163, prohíbe la adopción prenatal: "Adopciones prohibidas. Se prohíbe la adopción: 1. De la criatura que está por nacer".¹⁷

En concordancia, está sancionada como adopción ilegal por el artículo 107 del Código Orgánico Integral Penal, con pena privativa de libertad de 10 a 13 años. Sin embargo, pese a que la adopción prenatal está completamente vedada, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no prohíbe expresamente la filiación derivada de la gestación por subrogación.

C. Proyectos de ley

El vacío normativo ecuatoriano ha tenido, sin embargo, varios intentos fallidos para ser ocupado. Así, encontramos un primer antecedente en el Proyecto de Código de Familia presentado al entonces Congreso Nacional en 2000,¹⁸ cuya sección séptima, intitulada "Del establecimiento de la filiación en los casos de reproducción asistida", a partir del artículo 164 admitía, en general, todas las TRA sólo para subsanar la esterilidad y, como excepción, para cuando sea necesario evitar una enfermedad grave vinculada con los caracteres de la persona.

En dicho proyecto de ley se reconocía el arrepentimiento eficaz de la persona gestante, por lo tanto, se privaba a la gestación por subrogación de efectos legales: se establecía que en caso de conflicto entre la persona portadora (gestante) y la genética (comitente), la maternidad se

¹⁶ Acción de inconstitucionalidad núm. 050-014-IN, interpuesta por los Consultorios Jurídicos Gratuitos PUCE y por la autora. Admitida a trámite y realizada la audiencia en 2015, se argumentó que la Corte Constitucional debía emitir sentencia interpretativa, ha quedado olvidada, por cuanto resolver sobre ella implicaría reflexionar sobre este artículo, que es el único que a la fecha contempla al concebido como sujeto de derecho en Ecuador.

¹⁷ Código de la Niñez y Adolescencia, Registro Oficial Número 7739, de 3 de enero de 2003.

¹⁸ Proyecto de Ley núm. 21-504, extracto publicado en el Registro Oficial del 8 de agosto de 2000.

determinaría por el parto, salvo que la gestante decida voluntariamente cumplir el pacto que, en cualquier caso, debía ser gratuito. Además, se reconocía el derecho del hijo a impugnar la maternidad de la persona portadora.

Este proyecto de ley nunca fue aprobado, por cuanto varias organizaciones sociales se opusieron, probablemente al considerarlo demasiado progresista, dado que la Constitución ecuatoriana, entonces vigente (de 1998), no reconocía los diversos tipos de familia ni la unión de hecho entre parejas del mismo sexo.

Posteriormente, en 2016 fue presentado a la Asamblea Nacional, por la legisladora Alejandra Vicuña, el Proyecto de Ley Orgánica para la Regulación de Técnicas de Reproducción Humana Asistida en Ecuador, que contenía un solo artículo sobre el tema, el 6, que fijaba las condiciones generales del acuerdo: celebrarse mediante escritura pública (ante notario), contener a quien pertenecía la voluntad procreacional, los comitentes serían quienes asumían los derechos y obligaciones frente al nacido, dejando a la Autoridad Sanitaria Nacional (Ministerio de Salud Pública según el artículo 4 Ley Orgánica de la Salud) la regulación de las responsabilidades de las partes del Convenio. La infracción al artículo era considerada falta grave, sancionada de conformidad con el artículo de la misma ley con la suspensión definitiva del profesional responsable o del centro especializado.¹⁹

Este proyecto tampoco fue aprobado, por cuanto ya se empezó a discutir en la Asamblea el Proyecto de Código Orgánico de la Salud, en el cual, de acuerdo con la tendencia legislativa predominante en la Asamblea Ecuatoriana, se buscó integrar y compendiar la normativa secundaria en materia de salud, incluido el tratamiento jurídico de las TRA.

¹⁹ Proyecto de Ley de Reproducción Humana Asistida en el Ecuador. Presentado ante la Asamblea Nacional el 22 de septiembre de 2016.

Existen también ciertos factores socioculturales que han incidido en la ausencia normativa.

La antropóloga Elizabeth Roberts señala que la sociedad ecuatoriana maneja el tema con su propia peculiar realidad. Aunque el Estado de Ecuador es laico, la mayoría de su población profesa la religión católica, pero de diversa manera, inclusive entre las ciudades de las regiones de la sierra y de la costa. Así, mientras los centros de fertilización asistida ejercen una relación paternalista con sus pacientes e indican que no contradicen los preceptos católicos al conservar la vida humana, los legisladores ignoran el tema de la reproducción asistida y, por ende, de la gestación por subrogación, pese a que han dictado leyes, como el artículo 20 del Código de Niñez y Adolescencia, para proteger la vida del embrión por nacer.

Según Roberts, la ausencia normativa ha provocado una proliferación de embriones crioconservados, de tal suerte que los pacientes que acuden a las TRA son una especie de pioneros morales.²⁰

En 2018, la Comisión Nacional de Bioética del Ministerio de Salud elaboró un documento que intituló "Criterios y recomendaciones bioéticas sobre la maternidad subrogada en Ecuador", dentro del cual identificó como "dilemas bioéticos" las siguientes inquietudes en relación con el tema, que transcribimos literalmente por considerarlas de relevancia para el presente trabajo:

Cabe en el proceso la discusión y reflexión sobre la dignidad de la persona humana que impide que sea objeto de contrato (tiene dignidad y no precio). La aplicación de teorías bioéticas que respaldarían el proceso: contractualistas (basadas en contratos) y congratulistas (dirigidas a lograr la congratulación de algunas

²⁰ Roberts, Elizabeth, *Equatorial in-vitro: reproductive medicine and modernity in Ecuador*, información entregada por la antropóloga en entrevista a Sonia Merlyn Sacoto 2007, preprint de su trabajo doctoral base de su obra *God's laboratory: assisted reproduction in the Andes*, Berkeley, University of California Press, 2012.

partes), ¿son aplicables y éticamente correctas en una sociedad que se proclama laica, igualitaria, democrática, equitativa y solidaria? ¿El desarrollo del proceso llevará, si no ha provocado ya, al abuso y comercialización? ¿Podría considerarse como una distorsión deshumanizadora de la práctica médica y sanitaria, de la familia y de la sociedad, una vez que la procreación es, en sí misma, natural? ¿Implica una manipulación inaceptable del cuerpo femenino? ¿Y de la mujer como un ser integral? ¿Satisface un hecho de urgencia vital? ¿O solo es la satisfacción del deseo de tener un hijo, que no puede considerarse un derecho absoluto? Si las personas contratantes deciden suspender el proceso a mitad de la gestación ¿cómo actuar durante el embarazo? ¿cómo hacerlo después del parto cuando los contratantes renuncian al nuevo ser? ¿es legítimo practicar un aborto si se evidencian malformaciones? ¿El niño que nacerá es más vulnerable que el adulto que elige sus acciones? La evolución de un niño producto de una gestación por sustitución ¿es igual a la de un niño adoptado en edad temprana? La filiación de ese niño, ¿cuál es? ¿De la madre genética? ¿De la madre gestante? ¿De la madre contratante? ¿Puede luego reclamar el niño otra filiación a partir de pruebas genéticas de paternidad/maternidad? ¿Esto alteraría derechos de herencia? La legislación la paternidad se está estableciendo por la coincidencia de ADN. ¿Los padres deben revelar su origen al hijo? Y... ¿cuándo y cómo? El conocimiento de su origen ¿provocará una crisis de identidad no superable en el hijo? ¿Se puede comercializar un niño? ¿y la vida en general? El niño ¿nace ya en situación de vulnerabilidad? ¿el contrato protege alguno de sus derechos? ¿Se puede comercializar la capacidad de embarazo de una mujer? Y ésta ¿determinará patrones de culpabilidad o arrepentimiento? La práctica de la gestación por sustitución comercial ¿no viola la disposición legal ecuatoriana de no recibir recompensa económica por la donación de órganos, una vez que sería una donación temporal del cuerpo de la mujer gestante? ¿Se está cosificando al ser humano, convirtiéndolo en un objeto? ¿El derecho a la libertad protege cualquier uso que la persona quiera dar a su cuerpo? ¿No se transforma la madre gestante en una "incubadora viviente"? ¿Y la madre genética que no sea propia, en una "procreadora"? ¿Se desnaturaliza la

esencia humana? ¿Se atenta contra la intimidad de la mujer, a su esencia que la define como mujer: la capacidad de gestar? ¿No genera mayor inequidad y desigualdad en términos de justicia sanitaria? La gestación por sustitución altruista o gratuita ¿genera las mismas dudas bioéticas y legales que la comercial o remunerada? La promoción de la gestación por sustitución ¿no reconoce como uno de sus generadores las dificultades legales para la adopción? El proceso de maternidad subrogada ¿debe regularse solo matrimonios, es decir para parejas heterosexuales? ¿o también para parejas homosexuales que por ley no constituyen matrimonios? ¿El Estado, al garantizar la salud como "completo bienestar bio-psico-social" debería asumir su práctica y ejecución con los costos que implica?".²¹

La Comisión recomendó, a partir de dichas interrogantes, legislar sobre reproducción asistida considerando la gestación por subrogación e incluir, entre otros, el tema de la filiación y los derechos de lactancia del gestado; pero como no tenía fuerza vinculante, esta recomendación no fue considerada al momento de la elaboración del Proyecto de Código Orgánico de la Salud.

Dicho proyecto fue discutido y aprobado por el Poder Legislativo en 2020, después de ocho años de trámite. Así, en la sección primera del capítulo III, intitulada "Salud sexual y reproductiva", indica:

Artículo 196. Reproducción humana asistida. Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema. Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos

²¹ Ministerio de Salud Pública del Ecuador, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

servicios; dispongan de protocolos explícitos de consentimiento informado; sometan a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención; y, cumplan las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención. La maternidad subrogada estará permitida únicamente en los casos en los que existan circunstancias médicas que no permitan el embarazo en la mujer, se garantizará el derecho de los niños y niñas al armonioso desarrollo de su personalidad en el seno familiar. Los prestadores de servicios de salud deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención de las portadoras gestacionales para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto. Se prohíbe realizar estos procedimientos en niñas y adolescentes; así como, las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos, embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los gastos derivados del proceso de donación y los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto.²²

Respecto a cómo se regulaba en este proyecto la gestación por subrogación, se señaló en su oportunidad en el diario *El Telégrafo*: "Uno de los temas más difíciles de llegar a consensos dentro del actual debate que se está dando en la Asamblea sobre el Código Orgánico de Salud (COS) es la maternidad subrogada".²³

El Proyecto generó muchas observaciones de diversos sectores sociales sobre el tema.²⁴ Así, una vez aprobado en segundo debate por la Asamblea Nacional, Fundación Desafío, junto a otros colectivos de mujeres, solicitaron públicamente el veto parcial del artículo 196 del Código

²² Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de la Salud, 2020.

²³ El Telégrafo, "Vientre subrogante: Negocio a costa de mujeres pobres", 2020. Disponible en: «<https://www2.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/maternidad-subrogada-derechos-asamblea>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

²⁴ Es importante mencionar que el artículo era discriminatorio, pues no consideraba a los hombres con voluntad procreacional.

Orgánico de Salud sobre la gestación subrogada, para evitar que dicha práctica fuera un negocio que perjudicara directamente a las personas más vulnerables. La causa altruista obligatoria preocupó a estas organizaciones, que consideraron precariza a la mujer y destacaron que "el deseo de ser madre o padre no es un derecho", por lo que las garantías deberían estar enfocadas en las madres subrogantes y no en los contratantes.²⁵

La antropóloga ecuatoriana María Amelia Viteri²⁶ indica que lo anterior es parte de la oposición de grupos antigénero y antiaborto y recuerda que el 8 de diciembre de 2019 esos grupos convocaron manifestaciones en Guayaquil para protestar contra el proyecto, al que apodaron "Código Orgánico de Muerte".

Viteri refiere a Poly Ugarte, actual miembro del partido de derecha CREO (partido político fundado por el presidente de la República, Guillermo Lasso), quien es una de las principales voces antagónicas del tema dentro del Código de Salud. Según Ugarte, "se quiere usar a la mujer como un objeto mercantil para que tenga el hijo de otra. Mientras lo que deberíamos hacer es eliminar todos los trámites engorrosos que tiene la adopción en este país", declaración que comenta la antropóloga Viteri con el criterio que comparto, "desinforma sobre la verdad del proyecto de ley".

De cualquier manera, el Proyecto de Código Orgánico de la Salud fue vetado totalmente, sin mayor explicación, por el presidente de la república, Lenin Moreno, en oficio del 25 de septiembre de 2020, quien indicó que el Proyecto remitido por la Asamblea: "contiene un extenso desarrollo de temas de índole técnico en materia de salud, que van desde definiciones erróneas o no actualizadas hasta una estructura institucional del sistema nacional del sistema de salud poco clara".²⁷

²⁵ *Idem.*

²⁶ Viteri, María Amelia, *Políticas antigénero en América Latina: Ecuador*, Río de Janeiro, Observatorio de Sexualidad y Política, 2021, pp. 23-27.

²⁷ Oficio núm. T 270-SGJ-20-0283, de 20 de septiembre de 2020.

Conforme al artículo 138 de la Constitución, la Asamblea puede volver a considerar el veto total solamente a partir de un año de la objeción, y puede aprobarlo nuevamente sólo con el voto de las dos terceras partes de sus miembros. La coyuntura política implica que esta objeción sea conocida por la nueva Asamblea, que ha iniciado sus funciones en mayo de 2021, con lo cual el futuro del Proyecto de Código Orgánico de la Salud es incierto, pues aunque la tendencia política de la mayoría de los asambleístas electos es de izquierda, se ha consolidado una sorprendente alianza entre las dos principales tiendas políticas de izquierda (Pachakutik e Izquierda Democrática) con los independientes y el partido CREO, de derecha.

D. Interpretación judicial

La comentada laguna normativa sobre TRA fue señalada como tal por la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana, en su Resolución Número 184, publicada en el Registro Oficial Suplemento Número 61, del 11 de septiembre de 2018, al resolver la acción de protección en el caso *Satya*, seleccionado por su relevancia y falta de precedentes al respecto, para sentar jurisprudencia.

En dicho proceso llegó a conocimiento de la Corte Constitucional el caso de una pareja de mujeres en unión de hecho que trató de inscribir a su hija Satya en el Registro Civil con los apellidos de las dos. Cabe mencionar que, pese a que la pareja no concibió a su hija por gestación por subrogación sino por inseminación artificial, este caso sentó un precedente jurisprudencial para determinar la filiación de todos los concebidos mediante TRA.

En efecto, el Registro Civil negó la inscripción de Satya al considerar que en Ecuador la legislación no contemplaba la doble filiación materna, dado que la niña fue gestada por una madre con el ovocito de su pareja. El Registro sugirió inscribir a la niña solamente con los apellidos de la madre

biológica. La Corte Constitucional falló a favor de la pareja y ordenó la inscripción con los apellidos de las dos madres.

En esa sentencia se ordenó también que el Registro Civil incorpore en su sistema de inscripción la doble paternidad y maternidad, pues emitió, en uso de las facultades constitucionales del artículo 436, numeral 6, como regla con contenido *erga omnes*, que ningún servidor público encargado de los registros pueda alegar la falta de ley que reconozca dicha doble filiación para desconocer los derechos constitucionales de identidad, igualdad ante la ley y el principio de no discriminación.²⁸

Dispuso así al Registro Civil ecuatoriano proceder con la inscripción de los nacidos mediante TRA sólo con el certificado del médico o del centro médico que haya realizado dicho procedimiento.²⁹

Así lo ha señalado también el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos de niñez trans y obstáculos para la filiación en familias LGBT en América Latina, del 6 de marzo de 2020, documento en el cual además se indica que hay una limitación de acceso a este derecho porque sólo se puede acudir a cuatro agencias del Registro Civil nacional para estas inscripciones.³⁰

La citada resolución de la Corte Constitucional marcó un hito para Ecuador en el tema de reproducción asistida, pues adoptó como medida de no repetición que la Asamblea Nacional en el plazo máximo de un año legisle sobre la reproducción asistida, considerando para el efecto la voluntad procreacional como criterio para establecer los nexos filiativos.

²⁸ Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, del 11 de septiembre de 2018. Acápite III, Sentencia, medidas de reparación integral: 3.6.

²⁹ Corte Constitucional, Resolución 184, Registro Oficial Suplemento Número 61, de 11 de septiembre de 2018. Parte expositiva.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre niñez trans y obstáculos para filiación en familias LGBT en América Latina*, 2020. Disponible en: «<https://synergiaidhr.org/wp-content/uploads/2020/03/CIDH-Audiencia-Tematica-2020-03-06-Derecho-a-la-Identidad-infancias-tr....pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Lamentablemente, como ya anotamos, hasta la fecha de redacción de este texto no se había cumplido, pese a que existen pedidos de seguimiento del tema por parte de ciertas organizaciones civiles.

Así, el grupo LGBTIQ+, a través de la fundación PAKTA, presentó el 8 de julio de 2020 a la Corte Constitucional una solicitud de seguimiento para establecer responsabilidades sobre la falta de aplicación de cuatro sentencias relacionadas con sus derechos, incluida la comentada, sin que existiera respuesta.³¹

A criterio del representante de este colectivo, hay una falta de voluntad política, al igual que existen grupos organizados de redes conservadoras en Latinoamérica que obstaculizan la reforma de ley sobre ésta y otras materias relacionadas con los derechos reproductivos y de género.³²

Esta información concuerda con la proporcionada por un estudio sobre el tema titulado: "Wikiantiderechos: los rostros del lobby Conservador en Ecuador y Guatemala", en el medio digital comunitario independiente Wambra, trabajo conjunto con otros cuatro medios digitales, el cual mapeó más de 50 perfiles de personas y organizaciones vinculadas con grupos evangélicos y católicos fundamentalistas, que inciden en contra de los derechos en estos países, generando marchas y protestas ciudadanas con base en la desinformación y la manipulación del tema religioso y moral para impedir la legislación.³³

Igualmente, otro estudio realizado por el Observatorio de Sexualidad y Políticas (SPW) recoge, en una serie de videos, la investigación en 10 países de América Latina sobre los procesos, discursos y estrategias de

³¹ PAKTA, *Solicitud de seguimiento de sentencias respecto a derechos de la población LGBTIQ+ en Ecuador*, documento PDF proporcionado por el abogado Christian Paula, presidente de la fundación, a quien suscribe este artículo el 20 de agosto de 2021.

³² Entrevista realizada por la autora, vía Zoom. Quito, 3 de junio de 2021.

³³ Wambra Ec, *Ojo al Dato, La Barra Espaciadora, Nómada, Wikiantiderechos, Los rostros del Lobby Conservador*, Wambra, 2021.

grupos conservadores dedicados a impedir todo avance en materia de género, e implementar al mismo tiempo políticas antigénero.³⁴

La redactora del capítulo de Ecuador en ese estudio, María Amelia Viteri,³⁵ menciona al presidente Rafael Correa, durante uno de los enlaces ciudadanos que producía todos los sábados, el 28 de diciembre de 2013, como el primer mandatario latinoamericano en tildar negativamente a los movimientos sociales que luchaban por la igualdad de género, al denominarlos "ideología de género", y desprestigiar los estudios de género, al afirmar que "destruyen a la familia", para de esta manera frenar las reformas en legislación familiar, específicamente, el matrimonio igualitario.

La investigadora recuerda que el primer antecedente histórico de ese discurso es el Ecuador del siglo XIX, durante la presidencia de Gabriel García Moreno, conocido por su política clerical e intolerante.

A la vez, indica que en la década de Correa este discurso fue sostenido mientras buscaba fragmentar a otros movimientos sociales de izquierda, con los grupos de extrema derecha con los cuales el entonces presidente se encontraba vinculado, como el Opus Dei, al igual que otros grupos que financiaban dichas campañas antiderechos: la Iglesia evangélica, la Organización "Acción Provida" auspiciada por la fundación "Dejando huellas", financiada a su vez por uno de los grupos económicos más grandes de Ecuador, Corporación Favorita.

De lo indicado se explicaría por qué sólo a partir del cambio de gobierno del mandatario, en 2017, comienza a sentarse al menos una incipiente jurisprudencia sobre estos temas.

³⁴ Observatorio de Sexualidad y Políticas (SPW), "¿Cómo irrumpen las políticas antigénero en América Latina?". Disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=n9HDVxmrng0&list=PLJducpnq4leC6wB7lOrwct-83nxMT16S6&index=2>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

³⁵ Viteri, María Amelia, *op. cit.*, pp. 23-27.

E. Contractualidad de la gestación por subrogación

El Código Civil ecuatoriano define al contrato como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas que genera obligaciones de dar, hacer o no hacer.³⁶

Entre las clases de contratos no está regulado expresamente el de gestación subrogada; no obstante, podría considerarse un contrato innominado admitido en virtud del principio de la autonomía de la voluntad privada que según Salgado rige el derecho privado ecuatoriano y las relaciones entre particulares.³⁷

En mi opinión, la aplicación de este principio general, unido a lo preceptuado en el artículo 9 del Código Civil,³⁸ conduciría a la aparente conclusión de que un pacto de gestación por subrogación es válido. Sin embargo, los contratos son válidos si no contradicen el derecho público (artículo 1478) y cumplen con los requisitos legales para su validez (artículo 1461), entre ellos, tener objeto lícito, para lo cual dicho objeto debe ser comerciable (artículo 1477).

En este sentido, si bien la intervención del Estado, que se verifica a través de la inscripción en el Registro Civil del nacido vivo, no significa necesariamente que esta materia se torne en un asunto de derecho público,³⁹ no es menos cierto que si el objeto de la gestación es el útero alquilado, no se cumpliría el requisito esencial de licitud de objeto, porque el cuerpo humano y sus partes están fuera del comercio. El objeto tampoco podría ser la entrega del niño por cuanto constituiría una figura asimilable al delito de trata de personas.

³⁶ Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46, del 24 de junio de 2005, artículo 1454.

³⁷ Salgado, Hernán, *Introducción al derecho*, Quito, Imprenta V&M Gráficas, 2010, pp. 91-92.

³⁸ "Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención".

³⁹ Salgado, Hernán, *op. cit.*

Adicionalmente, la figura contractual tampoco podría ejecutarse, dado que todo contrato es anulable, y la nulidad vuelve la situación al estado anterior, pero en el caso de la gestación por subrogación dicho estado es la concepción que desembocó en el nacimiento.

F. Vigencia práctica

Conforme ya hemos indicado, esta laguna normativa no impide la práctica de las TRA en Ecuador desde hace varios años, aunque definitivamente no podemos considerarlas tratamientos masivos por los altos costos que implican (sobre todo, las técnicas extracorpóreas, que van de los USD 6,000 a los 7,000).⁴⁰

En una encuesta sobre la gestación por subrogación realizada a 80 estudiantes de jurisprudencia de Quito, entre segundo y séptimo semestre de la carrera,⁴¹ sorprende su absoluta falta de información, pese a la proliferación de centros que las ofertan. Ello se debe, probablemente, a la señalada ausencia normativa.

Los centros de reproducción asistida practican la gestación por subrogación, pero en su mayoría no se responsabilizan de la elección de la persona gestante, quien debe acudir con los comitentes.⁴²

Sólo un centro indicó que tiene un listado propio de personas gestantes (que proviene de donantes de óvulos), y que las prefiere para evitar problemas que han provocado las gestantes llevadas por los comitentes, ya que son seleccionadas luego de exámenes psicológicos, exámenes médicos y con un margen de edad desde 25 hasta 40 años.⁴³

⁴⁰ Encuesta realizada por la autora a estudiantes PUCE, primer semestre 2021, Quito.

⁴¹ Encuesta hecha por la autora en febrero de 2021.

⁴² Entrevista con el doctor Marcelo Flores (Concebir), la doctora Azucena Zapata (Endogyn), el señor Enzo Caiozzi y la usuaria cuya identidad prefiere reservar, P. M.

⁴³ Entrevista llevada a cabo por la autora en junio de 2021 con Pablo Valencia (Cemefes).

Los medios de comunicación frecuentemente reseñan casos de gestación por subrogación sin levantar el anonimato de los participantes ni censurar su práctica. Por ejemplo, el reportaje del diario *El Comercio*, de Quito, del 28 de enero de 1994, p. C1, "Los mil intentos para concebir un hijo", en el cual se relata el caso de una mujer ecuatoriana de quien únicamente se proporciona el prenombre, que acudió a su hermana para que llevara en su vientre un embrión concebido con ovocitos suyos, fecundados por su marido, pero su hermana no pudo terminar el embarazo por lo que tuvo que recurrir una segunda vez a la gestación subrogada, esta vez con su cuñada, quien dio a luz a su sobrina.

Más aún, el 22 de agosto de 2010, el reportaje realizado en el programa ecuatoriano "La Televisión", relata el caso de una pareja que, ante la imposibilidad de procrear, realizó el procedimiento de gestación por subrogación en el centro del doctor Hugo Capelo. Curiosamente, la reportera recoge también la opinión de un sacerdote católico, el padre Luis Ballas, quien indica: "La iglesia acepta cuando no hay otro remedio, pero lo mejor es no ocultarle al niño y aconsejamos ir preparándole al niño para la edad en que pueda aceptar esta noticia".⁴⁴

Por otro lado, una proporción importante de mujeres ecuatorianas oferta su "vientre de alquiler" en redes sociales. Así, de una muestra de 55 mujeres, 46 son ecuatorianas, 17 residen en Quito (30.91%), un total de 56.37% en las cuatro ciudades más grandes de Ecuador y, de aquellas que indican su edad, 14 se ubican en un rango de 21 a 25 años.⁴⁵

Si comparamos los datos de la oferta de mujeres gestantes —al igual que los proporcionados por profesionales que practican la gestación por subrogación— y la ausencia jurisprudencial, se infiere que existe un subregistro de casos que no han llegado a la justicia.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Datos recopilados por la autora en la página de Facebook, febrero 2021, Quito.

Así, en la Defensoría del Pueblo aún no se ha registrado ningún reclamo por esta materia, lo cual deja como interrogante si es porque no existen o porque se teme denunciar a los establecimientos médicos o profesionales de la salud que las practican y hacer público el caso.⁴⁶

Preguntados, jueces de la Unidad de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la parroquia Mariscal Sucre de Quito, integrada por 27 jueces, aún no han juzgado ningún caso sobre el tema.⁴⁷

Sobre las probables causas de esta ausencia jurisprudencial, es posible señalar:

- a) Temor a la opinión social: el acceso a la justicia implicaría dar a conocer el problema de la imposibilidad de procrear. Además, existe reticencia a revelar haber practicado esta técnica, lo que se corrobora con la voluntad de mantener el anonimato de entrevistadas que acudieron a ella.
- b) Por desconocimiento de los derechos reproductivos y la forma de ejercerlos: desde 2007 hasta 2017 el acceso a la información sobre estos derechos fue bloqueado por la política estatal, conforme lo analizamos en líneas anteriores.
- c) Por la desconfianza casi generalizada de la sociedad civil en el sistema judicial: dados los problemas de lentitud y corrupción en los procesos.
- d) Por el vacío legislativo en esta materia.⁴⁸

⁴⁶ Información extraída de casos admitidos por Defensoría del Pueblo, Quito, febrero, 2021.

⁴⁷ Padilla, Sofía, *Análisis de la maternidad subrogada para parejas heterosexuales en el Ecuador*, trabajo de investigación previa a la obtención de título de abogada, Universidad Central del Ecuador, Quito 2016; preguntas al doctor Bolívar García Pinos y las doctoras Paola Ayala Taco y Patricia Segarra, jueces de la Unidad Judicial de Familia, Niñez y Adolescencia de Parroquia Mariscal Sucre (7 de junio de 2021), y doctor Arturo Márquez, juez de la Sala de Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de El Oro (7 de junio de 2021).

⁴⁸ Merlyn, Sonia, *op. cit.*. Información actualizada para el presente trabajo; seis entrevistadas.

Así, cada centro aplica su propia regulación al practicar la gestación subrogada, sin que estén regulados por ninguna institución u organismo profesional médico. En efecto, el Ministerio de Salud no tiene influencia directa sobre la reproducción asistida y el encargado de su registro es la ACESS,⁴⁹ que la aprueba en las clínicas privadas como servicio de fertilidad humana, sin ejercer un control real.

Esto se refleja también en la falta de información disponible y la dificultad para que los médicos de los centros de reproducción asistida concedan entrevistas.

A mayor abundamiento, al desarrollar el presente trabajo, fueron contactados todos los centros de reproducción asistida de Ecuador; pero sólo cuatro consintieron la entrevista, y uno de ellos se negó abiertamente.⁵⁰

Como condiciones para los comitentes, los médicos de la Red Lara requieren que presenten ciertas indicaciones médicas, tales como imposibilidad de la madre de quedar embarazada, falta de útero o parte de él o útero debilitado.

Los médicos practicantes exigen la suscripción de un documento para el consentimiento informado e inclusive piden que la firma sea reconocida ante notario público, para lo cual internamente brindan asistencia psicológica gratuita y recomiendan la asesoría legal para el trámite.

En las páginas de redes sociales donde ofrecen ayuda para gestar, las mujeres indican principalmente su capacidad procreacional y su juventud.

Los médicos entrevistados de la Red Lara informaron que los laboratorios exigen imperativamente: examen preconcepcional y exámenes de enfermedades infecciosas tales como neumonía, hepatitis, dengue, fiebre

⁴⁹ Creada por Decreto Ejecutivo 703, 27 de noviembre de 2015.

⁵⁰ El Centro Ecuatoriano de Reproducción Humana, Quito.

amarilla, tuberculosis, virus de inmunodeficiencia humana, enfermedades de transmisión sexual y virus del papiloma humano. No son necesarios los exámenes de empate sanguíneo.⁵¹

G. Actuales soluciones para establecer la filiación por gestación subrogada

El Código Civil, en su artículo 24, indica que la filiación se establece:

- a) Por el hecho de haber sido concebida una persona dentro del matrimonio verdadero o putativo de sus padres, o dentro de una unión de hecho, estable y monogámica reconocida legalmente;
- b) Por haber sido reconocida voluntariamente por el padre o la madre, o por ambos, en el caso de no existir matrimonio entre ellos; y,
- c) Por haber sido declarada judicialmente hijo de determinados padre o madre.⁵²

Así, pese a que la Constitución reconoce los diversos tipos de familia en el artículo 67, el ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha roto con el sistema tradicional que fija la maternidad por el parto, de tal manera que el Código Civil sólo recoge dos formas de filiación: la biológica y la legal por adopción, sin reconocer la voluntad procreacional.

Es decir, conforme se señaló, no establece la voluntad procreacional como fuente de filiación.

Por otra parte, el Código de Niñez y Adolescencia, sobre la filiación indica: "Art. 99.- Unidad de filiación.- Todos los hijos son iguales ante la ley, la

⁵¹ Entrevistas llevadas a cabo por la autora con el doctor Marcelo Flores (3 de febrero de 2021) y la doctora Azucena Zapata (9 de junio de 2021).

⁵² Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

familia y la sociedad. Se prohíbe cualquier indicación que establezca diferencias de filiación y exigir declaraciones que indiquen su modalidad".⁵³

Por ello, no podría negarse la filiación a un hijo o una hija concebida mediante gestación por subrogación.

Pero la voluntad procreacional, a más del caso *Satya*, sólo se ha considerado indirectamente en un triple fallo reiterativo de la Corte Nacional de Justicia, que estableció como precedente jurisprudencial obligatorio la irrevocabilidad del reconocimiento voluntario de hijos e hijas, al citar en cuanto a la filiación, al psicólogo argentino Marcelo Colussi, quien sostiene que

La paternidad no se restringe a una cuestión biológica; el hecho específicamente físico —la concepción— no agota su sentido, pues, la paternidad o maternidad no se limita al mero hecho de engendrar un ser humano, un hombre o una mujer pueden llegar a ser padre o madre, sin haber procreado, a través de la adopción legal; por reconocimiento voluntario o gracias a los avances científicos, al haber optado por algún método de procreación asistida, prestando para el efecto su consentimiento.⁵⁴

La falta de normativa ha ocasionado también que algunas parejas decidan acudir a otros países para la gestación por subrogación. Es el caso del ecuatoriano Enzo Caiozzi, quien en 2012 viajó a la India. No tuvo dificultades con la gestación, escogió el óvulo de una donante en un catálogo proporcionado por el centro de fertilización asistida, que luego, mediante fertilización *in vitro*, fue fecundado con sus espermatozoides para ser implantado en la gestante. Pero a su retorno a Ecuador, cuando quiso renovar el pasaporte de la niña, enfrentó graves dificultades en el Registro Civil, pues éste se negó a hacerlo sin la comparecencia de la madre.

⁵³ Código de Niñez y Adolescencia, Registro Oficial 737, de 3 de enero de 2003.

⁵⁴ Fallo Triple Reiteración Reconocimiento Voluntario de Hijos. Resolución de Triple Reiteración 5, Registro Oficial Suplemento 346, 2 de octubre de 2014.

En efecto, al salir del hospital indio, pese a que la niña constaba como su hija, pusieron en sus documentos de identidad el nombre de la gestante como madre, por lo que tuvo que acudir al Consulado ecuatoriano en India y lograr su registro en el documento con la indicación de "madre desconocida".

Enzo indica que es el primer caso en Ecuador en que se ha permitido una inscripción o registro de este modo; califica el proceso como tortuoso, sobre todo por la falta de información y la ausencia de normativa; tanto así que creó un blog para ayudar a las personas que se encontraban en similar situación, el cual estuvo activo hasta 2018.⁵⁵

No se encontró otro caso similar al de Caiozzi ni información alguna sobre acuerdos de subrogación en el extranjero en el Registro Civil ecuatoriano.⁵⁶

Cabe preguntarse si este caso será considerado como precedente por la institución para casos análogos y si eventualmente la filiación por subrogación se estableciera en el extranjero mediante sentencia de adopción, podría ser viable acudir a una homologación del fallo (*exequatur*) en la Corte Provincial, proceso previsto en el Código General de Procesos.

Consultados para este trabajo los médicos pertenecientes a la Red Lara sobre las posibles soluciones para determinar la filiación cuando practican la gestación subrogada, indicaron que al ser la subrogante quien da a luz, constará su información en el certificado de nacido vivo base para la inscripción en el Registro Civil. El progenitor comitente tendrá que pedir la patria potestad del nacido y luego la madre comitente deberá adoptarlo. Además, el procedimiento de adopción es uno de los más largos del sistema judicial ecuatoriano, por lo que puede tardar al menos un par de años. Esta solución es aplicable sólo a parejas heterosexuales,

⁵⁵ Entrevista realizada por la abogada María José León a Enzo Caiozzi, Quito (3 de febrero de 2021).

⁵⁶ Verificación realizada por la autora (7 de junio de 2021).

puesto que la adopción para parejas del mismo sexo está vedada por la Constitución, en el párrafo final del artículo 68: "La adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo".⁵⁷

En este contexto, la reproducción asistida es la única opción para procrear y tener descendencia para parejas del mismo sexo. Por ello, cuando se interroga a los mismos médicos acerca de quiénes han sido sus pacientes, admiten que han practicado la técnica en parejas homosexuales, mayoritariamente mujeres. Se evidencia así una contradicción en el tema de legislación sobre filiación que se corregiría solamente con la promulgación de legislación específica sobre las TRA y la gestación por subrogación.⁵⁸

Otra solución para no privar del derecho a la identidad a los nacidos mediante gestación por subrogación sería la acción de impugnación de maternidad, prevista en el artículo 233 A del Código Civil, cuando la pareja comitente ha aportado su material genético.

Indica el mencionado artículo que la acción de impugnación de maternidad podrá ser ejercida, entre otras personas, por el hijo.⁵⁹

Impugnada la maternidad, corresponde la investigación, según los términos del artículo 255 del mismo cuerpo legal, es decir:

Artículo 255.- La acción de investigación de la paternidad o maternidad le corresponde al hijo o sus descendientes, pudiendo ejercerla directamente o a través de sus representantes legales.

Quien tenga a su cargo la patria potestad del hijo menor de edad representará sus derechos para exigir dicha investigación, garantizando el derecho de niñas, niños y adolescentes a conocer su

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ *Idem.*

⁵⁹ Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de junio de 2005.

identidad, nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con el Código de la Niñez y Adolescencia y de manera supletoria este Código.

Las acciones para investigar la paternidad o la maternidad serán imprescriptibles.⁶⁰

Al igual que para el proceso de adopción, en este caso se trata de un largo procedimiento judicial que podría durar varios años, el cual emplea normativa que data de 1861, "ajustada forzosamente" a la gestación por subrogación.

Finalmente, ciertos centros de reproducción asistida brindan el servicio de alumbramiento. Por otro lado, algunos de los médicos que practican la maternidad gestacional subrogada y no cuentan con ese servicio en sus instalaciones eventualmente acuden a recursos "fuera de la ley", como sustituir la historia clínica de la paciente gestante con la historia clínica de la comitente.

Preparan así con anticipación el establecimiento y el equipo que intervendrá en el parto,⁶¹ lo que puede ocasionar la denuncia contra el médico y todos los participantes por el delito de suplantación de identidad,⁶² dado que para la inscripción en el Registro Civil del nacido la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos, en su artículo 28, mantiene el requisito del certificado de nacido vivo otorgado por el profesional de la salud de la institución que atendió al parto y excepcionalmente, a falta de dicho profesional, suscribirá el mencionado informe el director del establecimiento de salud respectivo.⁶³

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Información brindada a la autora con condición de anonimato, caso P. M., Quito, 2013.

⁶² Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento 180, del 10 de febrero de 2014.

⁶³ Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles, publicada en el Registro Oficial del 4 de febrero de 2016.

En concordancia, el Reglamento para la citada Ley⁶⁴ establece en el artículo 16, entre los datos que debe contener el Informe Estadístico de Nacido Vivo o su equivalente físico o electrónico, los nombres, apellidos y número documento de identidad de la progenitora, y si no cuenta con número documento de identidad, se asignará en la casilla correspondiente el número de su historia médica, y, en su defecto se dejará en blanco. Se indica también que si el nacimiento ha ocurrido sin atención del profesional de la salud, el mencionado documento será llenado por el servidor autorizado de la institución a cargo de Registro Civil, Identificación y Cedulación, con base en la declaración de dos testigos en los formularios emitidos por la misma entidad.⁶⁵

Se observa entonces que la sustitución de la información de la gestante por la de la comitente no es una solución legal en nuestro sistema jurídico.

H. Conclusiones

Como se indicó en este trabajo, no existe en Ecuador legislación sobre la reproducción asistida ni sobre la gestación por subrogación; ello, no obstante el efecto *erga omnes* que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, recaída en el caso *Satya*, produce en el ordenamiento nacional.

Aunque la gestación por subrogación no es la técnica más utilizada en los centros de reproducción asistida, ni existe un centro que la practique con exclusividad, implica un rédito económico que permite la promoción en redes sociales y que es reseñada con frecuencia por los medios de comunicación, lo cual es aprovechado por los centros como medio de publicidad gratuita.

Además, en la cultura ecuatoriana es todavía mantenida como "un secreto a voces", entre otras causas, por la intolerancia que merece en ciertos

⁶⁴ Reglamento de la Ley Orgánica de Gestión de Identidad y Datos Civiles (DEJ 525), publicada en el Registro Oficial Suplemento Número 353, del 23 de noviembre de 2018.

⁶⁵ *Idem*.

estamentos sociales. Aunque por la información que existe sobre su práctica, se infiere que se trata de un repudio sólo aparente, motivado probablemente, entre otros factores, por la ausencia de legislación que la regule.

De los datos publicados por oferentes gestantes en redes sociales, la gestación por subrogación es preferida por mujeres que habitan en ciudades grandes, las más pobladas de Ecuador, donde funcionan todos los centros de reproducción asistida, probablemente por ser más fácil mantener el anonimato. Por otro lado, considerando la edad de las oferentes gestantes, podría concluirse que buscan ayudarse para financiar metas personales, como sus estudios universitarios.

Los laboratorios practican la gestación por subrogación mediante un formulario que llenan las pacientes y sus parejas, al igual que la gestante, para constancia del consentimiento informado; en mi opinión, este acto no puede ser considerado un contrato innominado dado el objeto de dicho contrato, aunque médicos entrevistados lo denominen así. Esta práctica constituye un riesgo, tanto para los comitentes, cuando hay arrepentimiento de la gestante, como para la gestante, que no podría exigir el cumplimiento de las cláusulas de dicho documento.

La vigencia práctica de la gestación por subrogación, junto a la ausencia legislativa, vulnera la seguridad jurídica y varios derechos relacionados con la autoconstrucción del ser humano, fundamentalmente, el derecho a la identidad.

Este vacío legislativo es rechazado por las organizaciones sociales que se identifican en Ecuador como de izquierda, frente a la recalcitrante oposición de los grupos de derecha y religiosos para legislarla. Ello ocasiona una falta de voluntad política para legislar sobre las TRA en general y, en particular, sobre la gestación por subrogación, al tratarse de un tema falto de popularidad con uno u otro grupo social.

Como se indicó en este trabajo, el intento de legislar, al menos, el aspecto médico de la gestación por subrogación fracasó con el veto total del

Proyecto de Ley Orgánica de la Salud, que impide su discusión por un tiempo prolongado. Pese a que en la elaboración del vetado proyecto de ley participaron varios médicos, quienes critican el vacío normativo, es evidente para los centros que la practican la comodidad de regular sus propios precios y seguir sus protocolos.

La filiación originada en la gestación por subrogación nunca ha sido regulada, por lo que quienes acuden a ella para procrear deben adaptarse a normas anacrónicas que complican la inscripción en el Registro Civil, institución esquematizada en convicciones que actualmente resultan inconstitucionales, lo cual agrava la inseguridad jurídica producida por el vacío normativo, dado que la nacionalidad y el nombre se obtienen a partir de la inscripción en dicha institución.

En temas de derecho de personas, es un error frecuente tratar de legislarlos con la aplicación de normas del derecho patrimonial, por lo que se debería reflexionar una nueva legislación que no busque ajustar forzosamente la figura contractual a la gestación por subrogación.

Finalmente, la normativa se encuentra retrasada considerando los 20 años que lleva realizándose la práctica. Ello genera una ambivalencia que contradice el principio del interés superior de quienes nacen mediante gestación por subrogación y una vulneración a su derecho a la identidad.

Bibliografía

Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de la Salud, 2020.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre niñez trans y obstáculos para filiación en familias LGBT en América Latina*, 2020. Disponible en: «<https://synergiaihr.org/wp-content/uploads/2020/03/CIDH-Audiencia-Tematica-2020-03-06-Derecho-a-la-Identidad-infancias-tr....pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Diario El Universo, "Subrogación de vientre polariza discusión legal en Proyecto de Código de la Salud", 2018. Disponible en: «<https://www.eluniverso.com/noticias/2018/06/11/nota/6804431/subrogacion-vientre-polariza-discusion-legal/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Facebook, "Vientre de alquiler". Disponible en: «<https://www.facebook.com/Vientre-de-alquiler-Ecuador-103563847779572/>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Guevara, Alba, *Gestación por sustitución: un tema impostergable en el derecho de familia*, Quito, Ed. Ecuador, 2021.

Merlyn, Solia, *Derecho y reproducción asistida*, Quito, Ed. Jurídica Cevallos, 2006.

Ministerio de Salud Pública, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Ministerio de Salud Pública del Ecuador, *Criterios sobre maternidad asistida*, 2020. Disponible en: «<https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2018/02/MATERNIDAD-SUBROGADA-CRITERIO-CNBS.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Observatorio de Sexualidad y Políticas (SPW), "¿Cómo irrumpen las políticas antigénero en América Latina?". Disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=n9HDVxmrng0&list=PLJducpnq4lec6wB7IOwct-83nxMT16S6&index=2>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Red Lara, *Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry*, 2017. Disponible en: «<https://redlara.com/images/archivo/RLA-JBRA-2017-2020.pdf>». [Consultado el 12 de octubre de 2021].

Salgado, Hernán, *Introducción al derecho*, Quito, Imprenta V&M Gráficas, 2010.

Simon, Farith, *Manual de Derecho de Familia*, Quito, Ed. Cevallos, 2020.

Viteri, María Amelia, *Políticas antigénero en América Latina: Ecuador*, Río de Janeiro, Observatorio de Sexualidad y Política, 2021.

Wambra Ec, Ojo al Dato, La Barra Espaciadora, Nómada, Wikiantiderechos, *Los rostros del Lobby Conservador*, Wambra, 2021.

CAPÍTULO 7

La gestación por subrogación en Guatemala

Jennie Aimée Molina Morán*

* Abogada y notaria, magíster en Derecho Civil y Procesal Civil por la Universidad de San Carlos de Guatemala, docente de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala y juez de familia por oposición con más de 22 años de carrera judicial. Correo electrónico: janmolimor@gmail.com.

SUMARIO: A. Marco legal general; B. Acuerdos de gestación por subrogación en general; C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación; E. Transferencia de la paternidad o maternidad; F. Agencias y criminalización. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación; G. Conclusiones. Bibliografía.

A. Marco legal general

Cabe iniciar el abordaje del tema con la definición de lo que constituye la gestación por subrogación —a la que también se hace referencia con otras denominaciones, tales como maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de útero, alquiler de vientre, maternidad de encargo, etc.—,¹ la cual es una práctica en la que intervienen múltiples actores: padres comitentes, contratantes o intencionales; la gestante, madre sustituta o "madre de alquiler"; el donante de esperma o la donante de óvulos; clínicas especializadas, agencias intermediarias.²

En cuanto a su formalización, Scotti explica:

El recurso a la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la gestante, la madre

¹ Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret* 3, 2012, p. 4.

² Scotti, Kuciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el derecho internacional privado. Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", *Revista de la Facultad de Derecho* 38, 2015, p. 219.

subrogada, madre de alquiler o madre portadora acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados padres intencionales, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.³

El acuerdo puede ser comercial, que es cuando existe una motivación económica y media el pago de un precio a la gestante; o altruista, sin que medie pago alguno, reconociéndose en ocasiones únicamente los gastos razonables generados por el embarazo.

En líneas generales, la gestación por subrogación presenta dos modalidades: la tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*) y la gestacional o parcial (*gestational surrogacy*). En la primera modalidad, la persona gestante también es la madre genética, ya que sus propios óvulos son fecundados con espermatozoides del padre comitente o de un donante. En la gestación por subrogación gestacional, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una persona diferente de la gestante, que normalmente es la comitente. Si esta última no puede producir óvulos o no lo puede hacer en condiciones de viabilidad, los aporta otra mujer relacionada con ella por razón de amistad o parentesco, o bien una donante anónima.⁴

La gestación por subrogación es una práctica que comporta controversia ética, social y legal; muestra de ello es su dispar regulación en el mundo, pues mientras algunos países la prohíben, otros la regulan de manera amplia y permisiva. Entre estos dos extremos están los que la permiten, pero con estrictas regulaciones; los que la regulan, pero no de forma suficiente y concreta, y los que no cuentan con ninguna regulación, ni específica sobre la práctica ni general sobre las técnicas de reproducción humana asistida, como es el caso de Guatemala.⁵

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

⁵ "Muchos países, como Argentina, Bélgica, Guatemala, Irlanda y Japón, y muchas jurisdicciones de los Estados Unidos no han promulgado hasta la fecha legislación en materia de gestación por susti-

Doctrinariamente, en Guatemala aún no se han definido posiciones claras en la comunidad científica, médica y jurídica a favor o en contra de la gestación por subrogación. Algunos médicos que la practican, al ser entrevistados, se manifestaron a favor, argumentando que hace posible la paternidad y maternidad a parejas que de otra manera no podrían lograrlo, debido a problemas de fertilidad o por daños en el útero. Consideraron, además, que la infertilidad causa sufrimiento a quienes la padecen, pero también estigma social y conduce, con frecuencia, al rompimiento matrimonial o de pareja, por lo que la práctica abona positivamente a la estabilidad de las familias. Estuvieron de acuerdo en el aspecto de que, no obstante, debe ser regulada para evitar los abusos o su banalización.⁶

En la comunidad mundial científica existen posiciones encontradas, que apoyan su práctica o que la rechazan.

Entre los argumentos en contra, muchos de ellos naturalmente relativos a los derechos y a la dignidad de la niñez, un sector de la opinión feminista considera, entre otras cosas, que la práctica tiene un sesgo discriminatorio, particularmente cuando el encargo se asume por mujeres en situación precaria de países no desarrollados,⁷ lo que es de particular importancia y debería ser considerado por los Estados con economías emergentes, como Guatemala, al legislar acerca de la gestación por subrogación, por la especial situación de vulneración en la que podrían encontrarse las mujeres y, en consecuencia, los niños y las niñas por ellas gestados, debido a la realidad económica, social y cultural de estos países.

tución, ya sea prohibicionista o permisiva, con lo cual los tribunales y las autoridades competentes se ven obligados a articular sus propias respuestas a la práctica de la gestación por sustitución a medida que esta evoluciona", Informe A/HRC/37/60, de M. B. Buquiccio, Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, 15 de enero de 2018, párr. 16, p. 6. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

⁶ Entrevistas realizadas en mayo de 2021, las fuentes pidieron confidencialidad.

⁷ Tribuna Feminista. "Las 25 razones de las feministas mexicanas contra el alquiler de vientres". Disponible en: «<https://tribunafeminista.elplural.com/2018/12/las-25-razones-de-las-feministas-mexicanas-contra-el-alquiler-de-vientres/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

En Guatemala, aunque la gestación por subrogación no se ha abordado para su formal discusión médica, ética y jurídica con miras a su regulación legal —o a su prohibición, en su caso—, debido probablemente a que aún no se han presentado conflictos jurídicos —o no los suficientes— que obliguen a ello, la realidad es que se trata de una práctica, que a su vez involucra técnicas de reproducción humana asistida (TRA) que se realiza en el país, en cualquiera de sus modalidades, según información proporcionada por los médicos entrevistados en la investigación realizada, quienes, además, como se evidencia por medio del caso que se analizará más adelante, confirmaron que existen en el país bancos de esperma, de óvulos y de embriones.

La página web de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red Lara) registra un solo centro guatemalteco asociado;⁸ sin embargo, no es el único en el país que lleva a cabo las TRA, pues existen al menos cinco clínicas de reproducción humana asistida que lo hacen,⁹ pero que no han sido acreditadas por la Red. Además, el único centro asociado no es el que realizó la práctica en el caso número 3590-2016 sobre gestación por subrogación conocido por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Significa, entonces, que existe al menos una clínica que sí la lleva o la ha llevado a cabo sin estar acreditada por la Red Lara.

En la investigación realizada en la página web del organismo legislativo de Guatemala, se observó que no existe más que una iniciativa de ley con cierta relación con las TRA: la 2976, del 18 de febrero de 2004,¹⁰ que propone crear la ley para prohibir la clonación humana. Fuera de este

⁸ Según su página, la Red Lara es una organización científica y educativa que agrupa y regula centros de América Latina especializados en reproducción asistida. Red Latinoamericana de Reproducción Asistida. Disponible en: «https://redlara.com/quem_somos.asp?MYPK3=Centros¢ro_pais=Guatemala». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

⁹ Por ejemplo, véanse Procrea: «www.centroprocrea.com». [Consultado el 29 de agosto de 2021]; Santa María Centro de Fertilidad: «<https://santamariacentrodefertilidad.com>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].; Fertility Guatemala: «<https://www.drrodrigosalgueroruata.com/servicios>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

¹⁰ Congreso de la República de Guatemala. Disponible en: «<https://www.congreso.gob.gt/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

caso, no existe otra en proceso legislativo, en el Congreso de la República, al menos para la fecha de la consulta, relacionada con el tema.

Pero aunque no exista legislación específica sobre la gestación por subrogación, sí existe un marco legal general modelador de una posible regulación futura, así como disposiciones normativas que en la actualidad condicionan la forma como se lleva a cabo la práctica que, no siendo prohibida, para alcanzar sus objetivos precisa de rozar o derechamente caer en actos que podrían comportar responsabilidad de tipo penal. Esto último se abordará más adelante.

En relación con lo primero, el concepto de la dignidad humana, el respeto que los seres humanos merecen como tales, constituye uno de los límites normativos. El reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana es una de las bases sobre las que se asienta la Declaración Universal de Derechos Humanos,¹¹ como reza su preámbulo.

En particular, enfatizando naturalmente la especial protección de los grupos vulnerabilizados que intervienen en la práctica —las mujeres y la niñez— y a tenor de la Declaración de los Derechos del Niño¹² y de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la niñez necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.¹³ La vida de los niños y niñas goza de protección desde el momento de la concepción, como se deduce de lo anterior y del artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁴ lo que, además, se alinea con el artículo 3 de la Constitución

¹¹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre 1948.

¹² Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959.

¹³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Ratificada por Guatemala el 10 de mayo de 1990 e incorporada al derecho interno mediante Decreto 27-90. Congreso de la República de Guatemala. Disponible en: «https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/1357». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

¹⁴ Suscrita tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por Guatemala el 27 de abril de 1978 e incorporada al derecho interno mediante el Decreto 6-78.

Política de la República de Guatemala (CPR), el cual preceptúa que el Estado garantiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona.

Esto es de gran relevancia dentro del contexto de la gestación por subrogación, por la tutela, desde antes del nacimiento, de los derechos de la niñez, el respeto de su dignidad como seres humanos y la prevalencia de su interés superior, así como en cualquier técnica de reproducción humana asistida.

Los niños, niñas y adolescentes, además y conforme el artículo 7 de la CDN, tienen derecho desde que nacen a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

En el artículo 8 de la CDN, los Estados parte se han comprometido a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. El respeto de estos derechos es un compromiso de los Estados parte de la CDN, entre ellos, Guatemala.

Desde el punto de vista de los derechos de la mujer, en especial, de la gestante, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW)¹⁵ recuerda que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derecho y del respeto de la dignidad humana. Tiene presente, también, la importancia social de la maternidad y que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación. El artículo 6 preceptúa que los Estados parte tomarán las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres.

¹⁵ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Ratificada por Guatemala el 8 de julio de 1982 e incorporada al derecho interno mediante el Decreto ley 49-82.

La Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer¹⁶ considera, en su artículo 4, dentro de los derechos protegidos, el derecho a que se respete la dignidad inherente a la mujer y a que se proteja a su familia. La CPR, por su parte, en el artículo 52, preceptúa que la maternidad tiene la protección del Estado, el que velará en forma especial por el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones que de ella se deriven.

Se resalta esta legislación en torno a los derechos de las mujeres como marco referencial de una posible regulación legal, en cualquier sentido, de la gestación por subrogación en Guatemala, porque, por un lado, constituye parte del bloque de constitucionalidad del Estado a cuya observancia está obligado y, por otro, porque no puede dejarse de lado la consideración de la realidad de que Guatemala es un país en vías de desarrollo, en donde los especiales niveles de pobreza de las mujeres podrían colocarlas en una situación aún más vulnerable de aprovechamiento de su función reproductora para fines económicos.

Según el Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, los contratos internacionales de maternidad subrogada presentan diversas pautas transfronterizas. Lo normal ha sido que aspirantes a progenitor de países desarrollados, entre ellos Alemania, Australia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Noruega y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, concierten contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada con madres de alquiler de países en desarrollo, como Camboya, India, Nepal, República Democrática Popular Lao y Tailandia.¹⁷

En la página web del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas se lee:

¹⁶ Adoptada por la Organización de los Estados Americanos el 9 de junio de 1994. Ratificada por Guatemala el 4 de enero de 1995 e incorporada al derecho interno mediante el Decreto 69-94.

¹⁷ Informe A/HRC/37/60, párr. 14, p. 5.

Existe una creciente inquietud por el hecho de que la práctica de contratar a madres subrogadas en Estados con economías emergentes para que tengan hijos de futuros padres más ricos de otros Estados conlleva desequilibrios de poder y, por lo tanto, riesgos tanto para los hijos como para las madres subrogadas.¹⁸

Por otra parte, los derechos a la vida privada y familiar, el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, contenidos en los artículos 5, 7 y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, forman parte del marco legal, los que obviamente deberán ponderarse en relación con la legislación protectora mencionada. La bioética deberá tener también un papel protagónico en el diseño de la legislación específica.¹⁹

Cabe detenerse aquí en los informes de la relatora especial de 2018 y 2019, en los que se observa cierto contraste.

Por ejemplo, en el informe de 2018, párrafos 41 a 51, la Relatora se refirió a la gestación por sustitución y venta de niños, indicando en el párrafo 41 que la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos.²⁰

¹⁸ Alto Comisionado de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. "Surrogacy". Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/Surrogacy.aspx>. [Consultado el 29 de agosto de 2021].

¹⁹ "Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a 'fundar una familia' o el derecho al 'respeto de la vida privada y familiar'. La expresión 'derecho a procrear' se emplea en algunos sistemas jurídicos nacionales, pero no aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Partiendo de este orden de argumentos, a veces se sostiene que todos los adultos tienen derecho a crear una familia y criar hijos. Sin embargo, se reconoce que el derecho internacional no prevé un 'derecho a tener un hijo'. Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un 'derecho a tener un hijo' suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el 'derecho a tener un hijo', pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos", Informe A/HRC/37/60, párr. 64, pp. 17-18.

²⁰ *Ibidem*, pp. 13-15.

Sin embargo, en el informe de 2019, en el párrafo 76 lo matiza, al indicar:

Además, en lo que respecta al concepto específico de la venta de niños, si bien el análisis de la cuestión en cuanto a la gestación por sustitución sigue vigente (A/HRC/37/60, párrafos 41 a 51), es necesario matizarlo con mayor detalle teniendo en cuenta las diversas realidades de todo el mundo. La primera prioridad debe ser la prevención de la mercantilización de los niños, y en particular el rechazo del "derecho a tener un hijo" (ibid., párr. 64 y 65), al mismo tiempo que se garantizan los derechos de todas las demás partes interesadas implicadas.²¹

A pesar de una búsqueda exhaustiva, no se localizaron informes u opiniones de asociaciones médicas o de bioética guatemaltecas en las que adoptaran alguna posición en relación con la gestación por subrogación. Se solicitó información pública al Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Guatemala, respecto a si existen reglas legales o administrativas sobre la práctica, o si es simplemente una práctica médica sin regulación legal. O si está regulada a través de otros mecanismos, como juntas médicas u organismos profesionales, o si se cuenta con alguna autoridad especializada que la supervise. La respuesta fue: "No es posible brindar lo requerido, debido a que dentro del sistema oficial del MSPAS no se registran [sic] la gestación por subrogación".²²

La misma respuesta se obtuvo en relación con el número estimado de nacimientos por gestación por subrogación en Guatemala.

La falta de regulación jurídica deja al arbitrio de las clínicas especializadas la determinación de los límites de las TRA en general y de la gestación

²¹ Informe A/74/162 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, del 15 de julio de 2019, p. 19. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/74/162>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

²² Expediente UNIP-SI-566-2021, del Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social de Guatemala, del 29 de marzo 3 de 2021.

por subrogación en particular, los que probablemente no siempre se inspiren en la bioética ni en el derecho, sino en los intereses económicos.

B. Acuerdos de gestación por subrogación en general

Los contratos de gestación por subrogación no están regulados de manera específica en Guatemala, como fue indicado en líneas anteriores. Sin embargo, debe analizarse si conforme a la legislación nacional, que regula de manera general el derecho de obligaciones y los contratos, podría legalmente celebrarse un contrato que naciera a la vida jurídica y produjera efectos de este tipo.

El artículo 1301 del Código Civil²³ guatemalteco establece que hay nulidad absoluta en un negocio jurídico cuando su objeto es contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, y que los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación. Los requisitos esenciales del negocio jurídico están regulados en el artículo 1251 del Código, y son capacidad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.

No fueron localizados estudios doctrinarios que de manera específica abordaran la viabilidad jurídica, o no, de un contrato de gestación por subrogación en Guatemala; sin embargo, en este estudio se considera que un contrato de gestación por subrogación, sea tradicional o gestacional, comercial o altruista, y dado que el bloque de constitucionalidad guatemalteco está conformado por normas nacionales e internacionales de este rango que de manera especial protegen a la niñez y a la mujer, no podría ser considerado válido jurídicamente y, por supuesto, tampoco ejecutable, por dos razones: su objeto sería contrario al orden público, entendiendo

²³ Decreto ley 106 del jefe de Gobierno de la República de Guatemala.

éste como el "Conjunto de condiciones legal y reglamentariamente establecidas que, respetando los principios constitucionales y los derechos fundamentales, determinan las reglas mínimas de convivencia en el espacio público",²⁴ puesto que, por un lado, el objeto de la transacción sería la entrega de un ser humano, inadmisibles por su condición de sujeto y no de objeto, y, por otro, porque conforme el artículo 47 de la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (LEYVET),²⁵ que adicionó el artículo 202 ter al Código Penal y reguló el delito de trata de personas, la subrogación podría encuadrar en alguno de los supuestos del tipo penal indicado, como se verá más adelante.

La otra razón la constituye el hecho de que la existencia de un objeto lícito es uno de los requisitos esenciales de la existencia del negocio jurídico. El artículo 1319 del Código Civil preceptúa que toda obligación resultante de un acto o declaración de voluntad consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa; el artículo 1538 del Código señala: "Objeto del contrato. No sólo las cosas que existen pueden ser objeto de los contratos, sino las que se espera que exista". Un ser humano no es una cosa, sino una persona con dignidad y derechos; por tanto, no es un objeto de derecho, sino sujeto de derechos.

En cuanto a la gestación por subrogación de tipo comercial, el mencionado artículo 47 de la LEYVET contempla, dentro de los supuestos del delito, la venta de personas. La CPR, en los artículos 1 y 4, preceptúa que el Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, y que ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Concluyendo con que un contrato de gestación por subrogación, de acuerdo con la legislación nacional, no estaría conforme al orden público y su objeto no sería lícito.

²⁴ *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. Orden público. Disponible en: «<https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

²⁵ Decreto 9-2009 del Congreso de la República de Guatemala.

Los argumentos anteriores encuentran fundamento en la sentencia dictada por la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en el único caso sobre gestación por subrogación que ha llegado hasta esa instancia, identificado como expediente 3590-2016.²⁶

En este caso, quedó determinada la existencia de un acta —no se indica quién la redactó, pero es probable que fuera un notario— en la cual, bajo juramento de ley, la señora A., la gestante —quien aportó el gameto femenino— manifestó que daba anuencia para recibir inseminación artificial con espermatozoides del señor M. y que al producirse el alumbramiento le haría entrega del niño al padre ya identificado, quien le proporcionaría, entre otros rubros, la suma de 30,000 quetzales cuando se produjera el parto. El señor M. era conviviente de la señora C., quienes criarían al niño, y el procedimiento se llevó a cabo en una de las clínicas de reproducción humana asistida más reconocidas del país. El niño nació el 9 de agosto de 2011.

El caso llegó a los estrados judiciales aproximadamente en 2013, a juzgar por la fecha de la sentencia del juez de Primera Instancia de Niñez y Adolescencia, debido a los conflictos entre el señor M. y la señora C. a raíz de su separación, respecto a la guarda y custodia del niño, habiéndose sumado al proceso la madre biológica, señora A. El juez mencionado, en sentencia del 24 de octubre de 2013, resolvió otorgarle el cuidado del niño a los abuelos paternos y, además, certificar al orden penal, entre otras personas, en contra:

- Del médico de la clínica de reproducción asistida, que extendió la certificación de nacimiento del niño, por los presuntos delitos de perjurio y falsedad material.
- De la señora C., por los presuntos delitos de trata de personas, falsedad material y uso de documentos falsificados.

²⁶ Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3590-2016. Disponible en: «<https://cc.gob.gt/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

- De la señora A., por los presuntos delitos de chantaje, trata de personas, uso de documentos falsificados y perjurio.
- Del señor M., por los presuntos delitos de trata de personas, uso de documentos falsificados y amenazas.
- Del Director Ejecutivo del Registro Nacional de las Personas de Guatemala, por la existencia de dos certificaciones de nacimiento, una, con fecha de nacimiento del niño 9 octubre 2011, en donde figuraba como madre la señora A., sin padre registrado; y otra, con fecha de nacimiento del niño 11 octubre 2011, en donde figuraban como padres del niño, el señor M. y la señora C.

Tanto la señora A. como la señora C. interpusieron recurso de apelación, el que fue conocido por la Sala de la Corte de Apelaciones de la Niñez y Adolescencia, que en sentencia del 27 de enero de 2014 acogió el recurso de la señora C. y revocó parcialmente la sentencia, fijando abrigo definitivo compartido entre el señor M. y la señora C. de la siguiente forma: una semana para cada entorno familiar. Además, ordenó certificar al orden penal contra la clínica y dejó sin efecto las demás órdenes de certificación para la investigación de los posibles ilícitos.

El señor M. y sus padres, estos últimos en calidad de abuelos paternos del niño, interpusieron la acción de amparo en contra de la resolución anterior, ante la Corte Suprema de Justicia, la que en primera instancia confirmó el fallo de la Sala.²⁷ En consecuencia, las personas mencionadas

²⁷ En el tercer considerando de la sentencia se observa la transcripción que hace la Corte de Constitucionalidad del argumento de la Corte Suprema de Justicia: "Al respecto esta Cámara estima que ni la prohibición expresa ni el silencio de la ley evitan que situaciones como la presente se realicen en la práctica; si bien es cierto, es necesario regulación legal que controle la práctica y resuelva los problemas jurídicos que las técnicas de reproducción asistida generan, estas aún no se encuentran regidas por leyes o disposiciones". Contra eso, argumenta la Corte de Constitucionalidad: "Aun cuando en la legislación guatemalteca no se encuentra regulada la maternidad subrogada, en su modalidad de alquiler de vientre para implantar un óvulo fecundado, por imposibilidad física de la madre biológica para poder albergarlo con éxito en su vientre; sin embargo, sí existen leyes prohibitivas expresas para que una mujer procrea un niño y, mediante un beneficio económico o de otra índole, lo entregue sin control del Estado a otras personas para que éstas lo asuman como hijo propio".

interpusieron el recurso de apelación ante la Corte de Constitucionalidad, girando su inconformidad sobre todo en torno a la revocación del abrigo definitivo del niño con los abuelos paternos en calidad de familia ampliada; en que la señora C. no era la madre biológica, pero se le confirieron derechos maternales sobre el niño, y en que la custodia compartida de siete días alternos en cada entorno familiar resultaba lesiva al niño, porque ya estaba estudiando y la señora C. y el señor M. residían en circunscripciones departamentales distintas y lejanas.

La Corte de Constitucionalidad al resolver argumentó, entre otras cosas,

En el caso que subyace, es evidente que los mencionados en el párrafo precedente, atentaron contra la dignidad del niño cuyo cuidado y guarda se litiga en el referido proceso, pues convinieron la procreación y disposición de un niño, como si éste fuera un objeto y no un sujeto de derechos, a cambio de un beneficio económico determinado; lo cual se encuentra taxativamente prohibido en nuestra legislación. De aquellos actos, se denota violación a los derechos del niño, entre ellos el derecho a la identidad previsto en el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño...

Asimismo, existen normas prohibitivas expresas que tipifican estos actos, entre otros, Trata de Personas con fines de adopción irregular, todo ello, en cumplimiento de convenios e instrumentos internacionales de los cuales Guatemala es signataria y parte, tales como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y, el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas. En estos instrumentos, el Estado se comprometió a adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar el delito de trata de personas, lo cual concretó el Estado de Guatemala, al poner en vigencia el Decreto 9-2009 del Congreso de la República, Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas, que en su artículo 47 adiciona el artículo 202 Ter al Código Penal establece: "Constituye delito de

trata de personas la captación, el transporte, traslado, retención, acogida o recepción de una o más personas con fines de explotación. Quien cometa este delito será sancionado con prisión de ocho a dieciocho años y multa de trescientos mil a quinientos mil quetzales. En ningún caso se tendrá en cuenta el consentimiento prestado por la víctima de trata de personas o por su representante legal. Para los fines del delito de trata de personas, se entenderá como fin de explotación: La prostitución ajena, cualquier otra forma de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, cualquier tipo de explotación laboral, la mendicidad, cualquier forma de esclavitud, la servidumbre, la venta de personas, la extracción y el tráfico de órganos y tejidos humanos, el reclutamiento de personas menores de edad para grupos delictivos organizados, **adopción irregular, trámite irregular de adopción**, pornografía, embarazo forzado o matrimonio forzado o servil.²⁸

Consideró también, que

Aun y cuando en la legislación guatemalteca no se encuentra regulada la maternidad subrogada, en su modalidad de alquiler de vientre para implantar un óvulo fecundado, por imposibilidad física de la madre biológica para poder albergarlo con éxito en su vientre, sí existen leyes prohibitivas expresas para que una mujer procrea un niño y, mediante un beneficio económico o de otra índole, lo entregue sin control del Estado a otras personas para que éstas lo asuman como hijo propio.²⁹

Si bien, el señor M. aparece según las constancias procesales como padre biológico del niño, esta circunstancia no le exime de haber pactado mediante un beneficio económico (treinta mil quetzales), la realización de todos los actos ilícitos anteriormente analizados, en los que se violentaron los derechos del niño. En este sentido ha de tomarse en cuenta que la interpretación de los derechos

²⁸ Sentencia 3590-2016, del 20 de julio de 2017, tercer considerando, pp. 29-30.

²⁹ *Ibidem*, p. 31.

humanos, si bien debe ser evolutiva, es decir tomando en cuenta las transformaciones sociales, también lo es que en el caso que se analiza, existen claras disposiciones que prohíben la realización de estos actos, partiendo de la base que violentan la dignidad, el bienestar y la salud integral del niño.³⁰

Concluyó la Corte revocando la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y dando la razón al juez de Primera Instancia de Niñez, resolviendo que, para tutelar el derecho a la identidad del niño, la autoridad impugnada debía garantizar que la inscripción de su nacimiento respondiera a lo que verdaderamente ocurrió, es decir, identificándolo como hijo de sus padres biológicos: la señora A. y el señor M. Lo anterior, sin desconocer que también al niño le asistía el derecho de relacionarse con su progenitor y con la señora C., con quien creó un lazo afectivo, pese a no ser su madre biológica; no así con su madre biológica, quien claramente expresó durante el proceso no tener interés en ello. Pero de una forma que privilegiara siempre el interés superior del niño antes que el de los adultos mencionados.³¹

Cabe observar que, conforme a lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad, la filiación del niño existe legalmente entre la persona gestante, la señora A., y el padre, el señor M., como progenitores biológicos. El artículo 252 del Código Civil guatemalteco regula que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores, conjuntamente por el padre y la madre en el matrimonio y en la unión de hecho; y por el padre o la madre en cuyo poder esté el hijo, en cualquier otro caso. En el caso en análisis, el hijo quedó bajo el cuidado de la familia paterna, por lo que la patria potestad correspondería al padre. Distinta es la relación familiar o derecho de visita, lo que naturalmente se tuteló en cuanto a la señora C., porque formaba parte de la "familia ampliada" del niño, conforme el concepto legal que se verá más adelante.

³⁰ *Ibidem*, pp. 31-32.

³¹ *Ibidem*, p. 32.

C. Paternidad y maternidad legal al momento del nacimiento

El artículo 210 del Código Civil señala que cuando la filiación no resulte del matrimonio ni de la unión de hecho registrada de los padres, se establece y se prueba, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento, y, respecto del padre, por el reconocimiento voluntario o por sentencia judicial que declare la paternidad.

Es decir que, en Guatemala, por considerarse probada la maternidad con el hecho mismo del nacimiento, la mujer que da a luz es la madre del bebé. Respecto a la paternidad, si la mujer es casada, se presume con relación al cónyuge, aunque sí está permitido legalmente que un hombre distinto al esposo reconozca a un hijo o hija de una mujer casada. En cualquier otro caso, la paternidad se establece y se prueba por el reconocimiento voluntario del padre o por el reconocimiento judicial proveniente de una sentencia que la declare.

Con respecto a la filiación resultante de la adopción, Guatemala es parte del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. La Ley de Adopciones, Decreto 77-2007, recoge los principios del Convenio y de la CDN, con el objeto de dar primacía al interés superior del niño frente a cualquier otro, según se observa en el tercer considerando.

La Ley de Adopciones ingresó a la vida jurídica ante la urgencia de proteger a la niñez guatemalteca del comercio que, hasta antes de la Ley, significó la adopción, cuyo trámite era realizado por notarios y notarias que se enriquecieron con lo que derivó en un verdadero mercado internacional de niños y niñas.

A eso se debe que en el artículo 10 de la Ley de Adopciones se prohíba, entre otras cosas, que los padres biológicos o representantes del niño o

niña puedan disponer expresamente quién adoptará a su hijo o hija, salvo que se trate del hijo del cónyuge o conviviente o de la familia sustituta que previamente lo hubiera albergado, y que los potenciales padres adoptivos tengan cualquier tipo de contacto con los padres del niño o con cualquiera que pueda influenciar en el consentimiento de la persona, autoridad o institución involucrada en el proceso de adopción. Es decir, la adopción directa está prohibida.

Es pertinente referirse en esta parte al concepto de "familia ampliada" que recoge la Ley de Adopciones, el cual es definido en el artículo 2.f:

Familia ampliada, es la que comprende a todas las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad con el adoptado que no sean sus padres o hermanos; y a otras personas que mantengan con él una relación equiparable a la relación familiar de acuerdo a la práctica, usos, costumbres nacionales y comunitarias.

En materia de niñez, se acude a esta figura para determinar el recurso familiar idóneo para los niños cuando no es posible ubicarlos con sus padres o hermanos mayores de edad, y así privilegiar un entorno adecuado de cuidado que deje como última instancia la institucionalización de los niños.

Significa entonces que, en el caso de la gestación por subrogación y conforme a la legislación guatemalteca, la madre del niño o niña es la mujer que da a luz, y el padre, el cónyuge de la mujer, si fuera casada o el varón que reconozca al recién nacido o nacida, en cualquier otro caso —como podría ser el del padre de intención—; por lo que la complejidad respecto a la filiación se presenta sobre todo en relación con la madre.

No cabe la posibilidad de que, por medio de la figura de la adopción directa, pueda establecerse la filiación de la madre de intención con el recién nacido o nacida. Además, la filiación no puede establecerse con

la sola voluntad procreacional, es decir, con el simple deseo de formar un vínculo filial con alguien, dentro del contexto de las TRA, porque al no estar regulado tal supuesto como fuente de la filiación, debe acudirse a la legislación nacional apuntada. No podría, en consecuencia, constar en el certificado de nacimiento u otro documento, que el niño o niña nació como resultado de un acuerdo de gestación por subrogación.

En relación con la identidad del niño o la niña nacido por gestación por subrogación, la información sobre la madre comitente, los donantes de gametos y la persona que dio a luz probablemente es conservada por las clínicas que llevan a cabo el procedimiento, pero no por las autoridades del Estado. Cosa distinta sucede, por ejemplo, en el caso de la adopción, pues la Ley de Adopciones, en el artículo 23.e, preceptúa que son funciones del Consejo Nacional de Adopciones, entre otras, reunir y conservar la información sobre los orígenes del niño, principalmente su identidad y la de sus padres, su historial médico y el de sus padres, garantizando el acceso a la mencionada información.

Se solicitó información pública al Registro Nacional de las Personas de Guatemala (Renap), sobre lo siguiente:

¿Tiene el Renap alguna normativa respecto al registro de la paternidad o maternidad en caso de niños gestados por medio de gestación por subrogación en otro país en donde sí se permita?

¿Es reconocida en Guatemala la paternidad o maternidad que surge de un acuerdo de gestación por subrogación en otro país? En caso afirmativo, ¿cuáles son los requisitos o condiciones previas para dicho reconocimiento?

El Renap, en la parte resolutive del informe,³² respondió que

³² Resolución UIP núm. 189-2021, de la Unidad de Información Pública del Registro Nacional de las Personas de Guatemala, de fecha 26 de marzo de 2021.

con base al análisis realizado por este Departamento [el Departamento de Asesoría Registral del Registro Central de las Personas del Renap], se pudo determinar que Guatemala no cuenta con una ley general sobre técnicas de reproducción asistida, ni tampoco una regulación para la maternidad subrogada [...] por lo que en Guatemala existe ausencia de un sistema legal que regule la gestación subrogada, y teniendo en cuenta que tampoco es una práctica legalmente prohibida, existe una gran vulnerabilidad de las partes que intervienen en este proceso de subrogación.³³

Informó también que

de acuerdo con el principio de legalidad que rige el quehacer registral [del Renap] [...] el [...] Registro Civil de las Personas somete su actuación a las leyes, reglamentos y disposiciones aplicables, por lo que en el RENAP no hay ninguna normativa interna que regule los requisitos y, a su vez, los registros de la paternidad/maternidad que surge de un acuerdo de gestación por subrogación. Cabe mencionar también que el principio de Supremacía Constitucional establecido en el artículo 175 CPR, que ninguna ley podrá contrariar las disposiciones de la Constitución, las leyes que violen o tergiversen los mandatos constitucionales son nulas ipso iure.³⁴

Como se observa, en el Renap no es posible, por falta de regulación, inscribir legalmente la paternidad o maternidad de niños nacidos por medio de gestación por subrogación en otro país en donde sí se permita. No existe doctrina constitucional sobre algún caso en el que se haya intentado lograr el reconocimiento, o, al menos tras una búsqueda exhaustiva, no fue localizada. Aunque es probable que en la práctica sí se realice, pero fuera del marco legal.

En todo caso, la inscripción de nacimiento de los niños y niñas producto de la gestación por subrogación que de hecho sí se practica en el país sin

³³ *Ibidem*, p. 2.

³⁴ *Idem*.

control legal podría configurar, entre otros, los delitos de suposición de parto, supresión y alteración de estado civil y uso de documentos falsificados, tipificados en los artículos 238, 240 y 325 del Código Penal guatemalteco.

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

Sobre la elegibilidad para la gestación por subrogación, por no estar legalizada en el ordenamiento jurídico guatemalteco no existen criterios definidos en el ámbito estatal para elegir a las mujeres que actuarán como gestantes, por lo que tampoco se encontraron estudios o investigaciones locales sobre sus características y las razones que tienen para hacerlo. Los criterios para su elección, así como los que se utilizan para elegir a los padres o madres comitentes, son determinados por los médicos que realizan tales prácticas en clínicas privadas. Y no existe ninguna regla en el país que regule la situación de los gametos utilizados en virtud de algún acuerdo por subrogación.

E. Transferencia de la paternidad o maternidad

Si los padres y madres comitentes no fueran los padres o madres biológicos del niño al nacer, el padre podría adquirir la paternidad por medio del reconocimiento voluntario, puesto que, de acuerdo con el artículo 210 del Código Civil guatemalteco, la filiación se establece y se prueba, con respecto del padre, por el reconocimiento voluntario.

El problema es en relación con la madre, aun siendo la madre biológica, pues, como fue indicado, el artículo 210 regula que la filiación se establece y se prueba del solo hecho del nacimiento. Es decir que, de manera legal, otra mujer no podría atribuirse la maternidad si no hubiera sido ella quien diera a luz. Tampoco por medio del mecanismo de la adopción, porque, como ya fue explicado, la adopción directa está prohibida.

F. Agencias y criminalización.

Acuerdos internacionales de gestación por subrogación

Se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala información pública sobre si un niño o niña nacido en virtud de un acuerdo internacional de gestación por subrogación requeriría una autorización especial para regresar a Guatemala; si un niño o niña nacido en virtud de un acuerdo como el mencionado adquiriría automáticamente la nacionalidad guatemalteca, o, en su caso, cómo podría adquirirla más tarde.

El Ministerio, por medio de la Unidad de Información Pública,³⁵ respondió que Guatemala no es parte de ningún acuerdo relacionado con la materia y que en ese Ministerio no se había presentado ningún caso como el descrito.

En relación con el papel de los mediadores, agencias e intermediarios en Guatemala, no están regulados legalmente en el país y, no obstante, ofrecen sus servicios por medio de internet a ciudadanos guatemaltecos,³⁶ a pesar de que naturalmente conocen los escollos para lograr la plena efectividad, dentro del marco legal, de los resultados de la práctica.

Guatemala no cuenta con reglas, leyes o regulación específica, judicial o administrativa, de los acuerdos de gestación por subrogación que tienen lugar en otras jurisdicciones, por lo que tampoco se regula la subrogación extranjera separadamente. Tal como se observa en el informe mencionado, no se han presentado casos de subrogación internacional que hayan precisado de una solución jurídica en el país, a fines de determinar la asignación de la paternidad o maternidad derivada de la gestación por subrogación por medio de la ley de los padres o madres subrogados,

³⁵ Correo electrónico remitido por la Unidad de Información Pública del Ministerio de Relaciones Exteriores de Guatemala el 22 de marzo de 2021.

³⁶ Miraklos: «<https://miraklos.com/vientre-de-alquiler-en-guatemala/>».

la ley del lugar de nacimiento o la del padre o de la madre comitente; o la solución de algún conflicto entre la cesión de la paternidad o maternidad en diferentes jurisdicciones.

Por último, no es propio hablar de criminalización de la gestación por subrogación en Guatemala, porque no está regulada, ni para prohibirla ni para permitirla. Lo que existe son normas jurídicas penales en cuyos tipos podrían incurrir las personas al poner en marcha acuerdos respecto a la práctica.

Guatemala es parte de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y de su Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños.³⁷ Como consecuencia, en 2009 sancionó la LEYVET ya mencionada, la que en su artículo 47 adicionó el artículo 202 ter al Código Penal, que tipifica el delito de trata de personas y que ya fue transcrito al comentar el caso 3590-2016. Algunas acciones llevadas a cabo en la gestación por subrogación, según cada caso concreto, podrían configurar algunos de los supuestos del tipo penal, como la explotación sexual, la venta de personas, la adopción irregular y el trámite irregular de adopción.³⁸

En el artículo 50, la ley mencionada reforma el artículo 238 del Código Penal, que tipifica el delito de suposición de parto, en el que incurre quien finja un embarazo o parto para obtener, para sí o tercera persona, derechos que no le correspondan. En el artículo 52 reforma el artículo 240 Código Penal que tipifica el delito de supresión y alteración del estado civil, en el que incurre quien, entre otras cosas, falsamente denunciare

³⁷ El Protocolo fue adoptado por la ONU en Palermo, Italia, en el año 2000.

³⁸ En la sentencia 3687-2011, de la Corte de Constitucionalidad, se resuelve un amparo en única instancia derivado de un proceso penal en el que se condenó a una mujer por el delito de trata de personas, por la tentativa de vender por USD 5,000 a sus dos hijos, a quienes transportaría al país de los "compradores", que eran extranjeros. Disponible en: «<http://138.94.255.164/Sentencias/821188.3687-2011.pdf>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

o hiciere inscribir en el registro de personas correspondiente cualquier hecho que cree o altere el estado civil de una persona, que inscribiere o hiciere inscribir un nacimiento inexistente o proporcionare datos falsos de los progenitores.³⁹

En el artículo 53 adiciona el artículo 241 bis, que tipifica el delito de adopción irregular, en el cual incurre quien para obtener la adopción de una persona para sí mismo brinde o prometa a una persona o a tercera persona un beneficio económico o de cualquier otra naturaleza. Y por medio del artículo 54 adiciona el artículo 241 ter al Código Penal, referido al delito de trámite irregular de adopción, en el cual incurre el funcionario que a sabiendas, tramite, autorice o inscriba una adopción utilizando documentos o inscripciones en registros públicos falsos o en los que se haya alterado la filiación de una persona menor de edad o cualquier otra información exigida por la ley para la validez de una adopción.

En relación con la existencia de doctrina acerca de este aspecto referida de manera específica a la gestación por subrogación, no puede citarse más que la ya mencionada, el caso 3590-2016, porque es el único que ha generado una resolución de ese tipo por parte de la Corte.

G. Conclusiones

Del análisis anterior es posible extraer conclusiones importantes. Entre ellas, que la probabilidad de enfrentar cargos criminales por realizar la gestación por subrogación puede suponer la limitación o, incluso, la evitación de la práctica en las clínicas de reproducción humana asistida en Guatemala. La sentencia de la Corte Constitucional es un ejemplo de las

³⁹ En la sentencia 1134-2014, de la Corte de Constitucionalidad, se resuelve una apelación de amparo, el cual se derivó de un proceso penal en el que se condenó a una mujer por los delitos de suposición de parto, supresión y alteración del estado civil, por registrar a un niño como su hijo sin ser la madre biológica y falsificando documentos. Disponible en: «<http://138.94.255.164/Sentencias/828176.1134-2014.pdf>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

consecuencias penales que tales acuerdos pueden generar a las personas involucradas.

Inscribir el nacimiento de un niño o niña producto de la gestación por subrogación dentro del marco jurídico guatemalteco necesariamente implica incurrir en delitos, partiendo de la expedición de la constancia de nacimiento en la que, para lograr la inscripción del niño o la niña como hijo o hija de los padres de intención tendrían que consignarse datos falsos sobre la maternidad —tal como ocurrió en el caso del fallo 3590-2016—, pues conforme a la legislación guatemalteca es madre quien da a luz al niño o niña.

Aunque la gestación por subrogación no está criminalizada, la Ley Contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas impone límites importantes, en especial a la subrogación comercial por la definición del delito de trata de personas, castigado con penas severas debido a que la ley responde al cumplimiento, por parte del Estado de Guatemala, de los compromisos internacionales adquiridos por medio de la ratificación del Protocolo para Prevenir Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional. Además de varios instrumentos internacionales de protección a la niñez, como el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía.

Se ve cuesta arriba la posibilidad de una futura regulación legal favorable; incluso la subrogación altruista, de ser regulada, se prevé con estrictos límites y controles que garanticen que la práctica no derive en actos que contravengan los compromisos internacionales en materia de derechos humanos adquiridos por el Estado de Guatemala ya mencionados.

Los derechos a la vida familiar y a formar una familia deben compatibilizarse con la legislación protectora, en especial de la niñez, para no

instrumentalizarla de modo que se le despoje de su condición de sujeto de derecho, por lo que una posible regulación futura debe contemplar que no existe el derecho a un hijo y que no todo lo que es técnicamente posible es éticamente aceptable.

Bibliografía

Congreso de la República de Guatemala. Decreto 27-90. Disponible en: «https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/decretos/1357». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Corte de Constitucionalidad de Guatemala. Expediente 3590-2016. Disponible en: «<https://cc.gob.gt/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. "Orden público". Disponible en: «<https://dpej.rae.es/lema/orden-p%C3%BAblico>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, 15 de enero de 2018. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/HRC/37/60>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Informe A/74/162 de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, del 15 de julio de 2019. Disponible en: «<https://undocs.org/es/A/74/162>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

Lamm, Eleonora, "Gestación por sustitución. Realidad y Derecho", *InDret* 3, 2012.

Scotti, Kuciana Beatriz, "La gestación por sustitución y el derecho internacional privado. Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y

Comercial de la Nación Argentina", *Revista de la Facultad de Derecho* 38, 2015.

Tribuna Feminista. "Las 25 razones de las feministas mexicanas contra el alquiler de vientres". Disponible en: «<https://tribunafeminista.elplural.com/2018/12/las-25-razones-de-las-feministas-mexicanas-contra-el-alquiler-de-vientres/>». [Consultado el 29 de agosto de 2021].

CAPÍTULO 8

La gestación por subrogación en México

Fernando Sosa Pastrana*

* Profesor de Derecho Civil en el Centro de Investigación y Docencia Económicas. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro de la Red internacional de Derecho Constitucional Familiar. Agradezco a Elena López Cueva y Francisco Espinosa González por su colaboración en este texto.

SUMARIO: A. Marco jurídico general; I. El marco normativo para la gestación por subrogación (o sustitución); II. Desarrollo histórico; III. Prevalencia de la gestación por subrogación (o sustitución); B. Acuerdos en general; I. Elementos formales y requisitos; II. Remuneración; C. Paternidad o maternidad legal al momento del nacimiento; D. Elegibilidad; I. Para la persona gestante; II. Criterios para padres intencionales; III. Donación y uso de gametos; E. Transferencia de la filiación; I. Procedimiento jurídico; II. Autoridades competentes; III. Derechos de los niños; F. Agencias y criminalización; I. Agencias e intermediarios; II. Nulidad y sanciones; G. Litigios destacables; I. Amparo en revisión 553/2018; II. Acción de inconstitucionalidad 16/2016; III. Amparo en revisión 129/2019; H. Iniciativas de reforma; I. Ciudad de México; II. Iniciativas federales; I. Conclusiones.

A. Marco jurídico general

I. El marco normativo para la gestación por subrogación (o sustitución)

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla, entre otros aspectos, que "toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y esparcimiento de sus hijos". Si bien no enuncia expresamente el derecho para acceder a técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), gracias a diversos precedentes jurisprudenciales es posible considerar que éstas son un mecanismo para ejercer el derecho enunciado. Dicho precepto constitucional también reconoce el derecho de todas las personas a la identidad y a ser registradas de manera inmediata después de su nacimiento, así como la obligación de garantizar el principio superior de la niñez y el ejercicio pleno de los derechos de niñas y niños.

Dicho lo anterior, es importante destacar que México, al ser una República Federal, cuenta con un sistema de distribución de competencias normativas en virtud del cual ciertas materias corresponden a la Federación, a los estados o, en ciertos casos, a ambos de forma concurrente.

Por lo que respecta a la competencia para legislar en materia civil y familiar en su parte sustantiva, ésta es concurrente entre la Federación y las entidades federativas; sin embargo, la primera cuenta con la facultad exclusiva para legislar los aspectos médicos de la disposición de células germinales, entendidas como materia de "salubridad general". Debido a esta distribución competencial, la gestación por sustitución tendría una regulación fragmentada en el ámbito local y federal.¹

Dos estados —que, de acuerdo con la fórmula de distribución de competencias, son a quienes corresponde legislar en la materia— reconocen expresamente la gestación por sustitución como generadora de relaciones de filiación, a saber:

- 1) El Código Familiar de Sinaloa, en su capítulo V ("De la reproducción humana asistida y la gestación subrogada") establece las bases para la celebración de acuerdos de subrogación y delimita sus efectos con respecto a la filiación.
- 2) El Código Civil de Tabasco, cuyo título octavo, capítulo VI bis ("De la gestación asistida y subrogada") regula el procedimiento con mucha mayor amplitud, estableciendo diversas modalidades y señalando los efectos específicos de cada uno.

Por el contrario, existen dos ordenamientos estatales que expresamente prohíben esta figura:

¹ Ya sea a través de una legislación federal especial o mediante una modificación a la Ley General de Salud.

- 1) El Código Familiar de San Luis Potosí, que en su artículo 243² declara inexistente la "maternidad sustituta", privándola de cualquier posible efecto, atribuyendo exclusivamente la maternidad a quien gestó al producto.
- 2) El Código Civil de Querétaro, que aunque reconoce el parentesco por consanguinidad de los hijos nacidos mediante técnicas de fecundación asistida (artículo 312), prohíbe expresamente la utilización de una tercera mujer para realizar el procedimiento (artículo 400),³ efectivamente, declarando ilegal la gestación por sustitución.

Por otra parte, existen otros códigos familiares (Michoacán, Sonora y Zacatecas) y civiles (Tamaulipas, Puebla, Jalisco, Colima, Estado de México y Ciudad de México) que reconocen los efectos de parentesco derivados de las técnicas de reproducción asistida, aunque no hacen referencia expresa a la gestación por sustitución o a alguna otra institución análoga, lo que presenta, en teoría, una posible alternativa para el reconocimiento de esta clase de acuerdos en dichas entidades.⁴

Finalmente, existe un alto grado de indefinición respecto de los 19 ordenamientos estatales restantes, en los cuales no existe mención alguna a la gestación por sustitución o a las técnicas de reproducción asistida. El respecto, resulta particularmente ilustrativo el criterio adoptado por la

² Código Familiar del Estado de San Luis Potosí, Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, 18 de diciembre de 2008, última reforma, 20 de agosto de 2020.

"Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera".

³ Código Civil del Estado de Querétaro, Periódico Oficial del Estado de Querétaro, 21 de octubre de 2009.

"Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión".

⁴ No se cuenta por el momento con información estadística respecto del trámite de procesos jurisdiccionales o de otra clase en estas entidades con relación a esta modalidad de filiación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 553/2018, que será analizado con detalle más adelante, en el que se reconoció la posibilidad de inscribir a un menor de edad nacido en el contexto de un contrato de gestación por sustitución a través de las reglas de reconocimiento de paternidad generales.⁵

Ahora bien, en los dos códigos en los que la institución es regulada con mayor precisión (Tabasco y Sinaloa), existe una concurrencia de autoridades encargadas de supervisar el procedimiento. En ambos casos se requiere de la formalización del contrato ante un notario público, así como el deber de informar durante distintas etapas al Registro Civil y la Secretaría de Salud del estado, debiendo, además, cumplir con los requisitos médicos establecidos por esta última. Finalmente, el Código Civil de Tabasco establece la intervención del juez de lo familiar en la última fase para la ratificación y convalidación del instrumento previamente celebrado ante notario público.

De inicio, el Código Civil de Tabasco establece que la única excepción al reconocimiento de un hijo derivado de un matrimonio es cuando se haya realizado un procedimiento de "maternidad substituta".⁶ En los artículos 380 bis a 380 bis 7 el legislador creó un marco normativo que define a la "gestación por contrato" y establece que ésta podrá realizarse en dos modalidades distintas: subrogada, que implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que debe entregar al recién nacido a la mujer contratante mediante adopción plena, y substituta, aquella en la que la mujer es contratada exclusivamente para

⁵ Esto se debió a que el estado de Yucatán se encuentra entre los que no contemplan las TRHA en su legislación, por lo que la única alternativa viable era el proceso de reconocimiento, cuyas peculiaridades son relativamente uniformes en los demás ordenamientos del país.

⁶ Código Civil para el Estado de Tabasco, Periódico Oficial del Estado de Tabasco, 9 de abril de 1997, última reforma, 16 de octubre de 2019.

"Artículo 360.- Situación de maternidad substituta

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad substituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo".

llevar a cabo la gestación y los gametos son aportados por la parte contratante.

Por su parte, a diferencia del Código Civil tabasqueño, el legislador de Sinaloa previó cuatro modalidades para la celebración del contrato de gestación por sustitución. La primera, la subrogación total, es el símil de la gestación por contrato subrogada del código tabasqueño, en el que la persona gestante aporta sus propios gametos. La segunda, la subrogación parcial, es aquella en la que la mujer únicamente lleva a cabo la gestación y no aporta su material genético; es onerosa cuando la mujer acepta embarazarse de manera similar a un contrato de prestación de servicio por el cual se le paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de gestación, y altruista, cuando la persona gestante decide llevar a cabo la gestación de manera gratuita. Esta regulación incluye expresamente la posibilidad de pactar una contraprestación dentro del contrato, a pesar de que no haya incluido lineamientos para determinar la cuantía o proporcionalidad del pago.

Otra diferencia sustancial entre ambos estados es que en el Código Familiar de Sinaloa, una vez suscrito el instrumento ante notario, se debe notificar a la Secretaría de Salud local y al oficial del Registro Civil para que la filiación sea establecida "desde el momento de la fecundación" en favor de los padres intencionales o subrogados.⁷ Una vez que nace el menor, además del certificado de nacimiento expedido por el médico que haya asistido a la mujer gestante, se llenará un formato expedido por la Secretaría de Salud de Sinaloa para dejar constancia de que el menor nació a partir de una técnica de reproducción humana asistida llamada maternidad subrogada. Respecto a todas las alusiones que se hagan sobre la madre del menor, el Código especifica que se entienden referidas a "la

⁷ "Artículo 293. Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados".

madre subrogada gestante del nacido".⁸ Este punto se presta a confusión, porque dentro de la propia terminología del Código el legislador distingue entre "mujer gestante" y "madre subrogada". Utilizar este término al final del artículo para determinar quién será la madre del menor para efectos de las disposiciones jurídicas aplicables únicamente genera confusión y es posible que los oficiales del Registro Civil se nieguen a registrarlo.

II. Desarrollo histórico

Tabasco fue la primera entidad en introducir expresamente la figura de gestación por sustitución, concebida en su momento como una alternativa para las parejas que no pudieran procrear por la vía tradicional, aunque en realidad la falta de regulación específica en la materia dejaba el contrato suficientemente abierto para que cualquier persona lo celebrara.

Esta situación cambió radicalmente en la década de 2010, pues India y Tailandia, que se habían consolidado como los destinos por excelencia para el turismo reproductivo, modificaron sus legislaciones (en 2012 y 2014, respectivamente) con la finalidad de restringir el acceso a estas técnicas para extranjeros y parejas del mismo sexo, lo cual implicó una concentración de personas que comenzaron a viajar a Tabasco para la realización de esta clase de procedimientos.⁹

En virtud de lo anterior, y ante la necesidad de desincentivar el turismo reproductivo, así como las implicaciones que esto conlleva respecto del

⁸ "Artículo 294. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido".

⁹ Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., *Gestación Subrogada en México*, México, GIRE, 2017, p. 20.

tráfico de personas y otras prácticas indeseables, la legislatura tabasqueña modificó su legislación en enero de 2016, estableciendo importantes restricciones que serán analizadas más adelante.

El caso de Sinaloa es considerablemente menos problemático, quizá porque desde un inicio su legislación impuso restricciones más severas, probablemente inspiradas en la experiencia vivida en Tabasco.

De los debates del congreso estatal¹⁰ es posible apreciar que los legisladores de Sinaloa concordaron en que la promulgación de un Código Familiar era necesaria debido a que la institución de la familia que establecía el Código Civil local no concordaba con la realidad de la familia moderna. La expedición de dicho código pretendía actualizar la legislación obsoleta con el objetivo de dar certidumbre legal a las situaciones que de hecho suceden en realidad. En este contexto, se incluye el capítulo V, "Reproducción humana asistida y la gestación subrogada". En este ordenamiento se define la maternidad subrogada como aquella que

se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.¹¹

III. Prevalencia de la gestación por subrogación (o sustitución)

Aunque no existe una estadística unificada con respecto a esta clase de procedimientos en el ámbito nacional, la Secretaría de Salud del Estado de Tabasco informó en 2017 que había registrado cuatro casos entre

¹⁰ Sesión Pública Ordinaria de la LX Legislatura, 17 de enero de 2013.

¹¹ Código para la Familia del Estado de Sinaloa, Periódico Oficial del Estado de Sinaloa 6 de febrero de 2013, artículo 283, última reforma, 27 de diciembre de 2019.

enero de 2016 y marzo de 2017.¹² Sin embargo, esta estadística parece discrepar con la afirmación, también del gobierno estatal, de la existencia de más de 100 embarazos en curso en 2017,¹³ en los que los padres intencionales son ciudadanos extranjeros y enfrentan, por lo tanto, severas dificultades para concluir satisfactoriamente sus procedimientos con base en la legislación actual.

B. Acuerdos en general

I. Elementos formales y requisitos

Por lo que respecta a la legislación de Tabasco, el instrumento de gestación por sustitución debe ser formalizado ante notario, después de lo cual es necesario solicitar al juez competente que reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, así como que la persona gestante y su concubino o cónyuge renuncien a todos los derechos de parentesco respecto al recién nacido, debiendo notificarse a la Secretaría de Salud local.

Los progenitores intencionales tienen la obligación de constituir una póliza de seguro de gastos médicos mayores que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio de la persona gestante, quien además podrá reclamar el pago de todos los gastos médicos generados por alguna patología derivada de la inadecuada atención o control médico prenatal y posnatal. El Código de Tabasco también prevé que en caso de que el notario o el médico interviniente actúen en contravención a la regulación impuesta por el propio Código, serán removidos de su encargo y acreedores a las responsabilidades civiles o penales pertinentes.¹⁴

¹² Grupo de Información en Reproducción Elegida, *op. cit.*, p. 25.

¹³ *Ibidem*, p. 27.

¹⁴ "ARTÍCULO 380 Bis 7.- Responsabilidades

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Sin embargo, es importante señalar la disposición contenida en el artículo 380 bis 6, que establece que "[e]l asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código", lo que parecería indicar que el efecto del contrato no alcanza propiamente a generar el vínculo filial, sino que éste debe ser establecido posteriormente a través de un proceso de adopción, el cual analizaremos con mayor detalle más adelante.

Por lo que respecta al caso de Sinaloa, esta modalidad de reproducción, al igual que en Tabasco, únicamente se prevé como una alternativa para superar la infertilidad entre parejas de concubinos o cónyuges. En general, todas las disposiciones del Código Familiar de Sinaloa son iguales a las tabasqueñas, en especial en lo que se refiere a las características de la persona gestante, las formalidades del contrato, los requisitos de los contratantes, la participación de las autoridades de salud locales y las responsabilidades civiles o penales por incumplimiento del contrato.

Como señalamos con anterioridad, el silencio normativo existente en la mayoría de los estados genera un cierto margen de incertidumbre, el cual puede admitir interpretaciones diversas entre las legislaciones que aceptan la filiación a través de TRHA¹⁵ y aquellas que guardan silencio absoluto al respecto.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran".

¹⁵ Véase al inicio de este texto "I. El marco normativo para la gestación por sustitución".

Sin embargo, existe una disposición importante que, con ligeras variaciones, parece estar presente en la mayoría de los ordenamientos, consistente en la prohibición de someter la filiación a la voluntad de las partes, como es el caso, por ejemplo, del Código Civil para el Distrito Federal (Ciudad de México).¹⁶

Por otro lado, como adelantamos, esta circunstancia no ha sido obstáculo para que, a través de la vía jurisdiccional, se permita el establecimiento de un lazo de paternidad entre los padres intencionales y el menor nacido producto de estas técnicas.¹⁷ Sin embargo, cabe señalar que, a diferencia de la legislación de Ciudad de México, el Código yucateco prevé expresamente una excepción a ese principio al tratarse de la figura del reconocimiento,¹⁸ que fue la institución a través de la cual la Suprema Corte convalidó el instrumento en el caso concreto.

II. Remuneración

La primera diferencia importante que encontramos entre la legislación tabasqueña y la sinaloense es con respecto a la posibilidad de que la persona gestante reciba una remuneración por sus servicios. Mientras que el Código Familiar de Sinaloa regula de manera expresa esta posibilidad bajo la figura de "subrogación onerosa" (artículo 284, fracción III), facultando a las partes para pactar una contraprestación "tal y como si se tratara de un servicio", aunque sin establecer un parámetro de cuantifi-

¹⁶ "ARTÍCULO 338.- La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

¹⁷ Amparo en revisión 553/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2018.

¹⁸ "Artículo 223. No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros. Esta prohibición no impide a los progenitores la facultad de reconocer a sus hijos o hijas, ni a los hijos mayores de edad, la de consentir el reconocimiento.

Puede haber transacción sobre los derechos pecuniarios que de la filiación legalmente declarada pudieren deducirse".

cación o alguna limitación a la libertad contractual de las partes, el Código Civil de Tabasco guarda silencio absoluto al respecto. Este silencio ha sido interpretado, generalmente, como una autorización implícita para incluir tal contraprestación ("aquello que no está prohibido expresamente se encuentra autorizado tácitamente").

Este último caso ha sido estudiado por la Suprema Corte a través de la acción de inconstitucionalidad promovida por la Procuraduría General de la República,¹⁹ misma que revisaremos con detalle más adelante, pero respecto de la cual vale la pena adelantar que la postura de la Corte, al menos por el momento, parece decantarse hacia la posibilidad de autorizar a las legislaturas estatales, dentro de su margen de libertad normativa, a regular este aspecto de manera discrecional.

Más allá de lo resuelto por la Corte, existe respecto de este último punto un debate vigente en el país, al igual que en el resto del mundo, respecto de los efectos que tiene la posibilidad de pactar una remuneración, siendo el principal argumento de las posturas en contra la posibilidad de establecer, a través de esta figura, una práctica sistemática de explotación de mujeres en condiciones de vulnerabilidad económica.

Aunque reconoce esta posibilidad, el Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C. ha optado por defender la posibilidad de pactar dicha remuneración, lo anterior con base en la autonomía reproductiva de las mujeres, además de la predicción razonable de que la prohibición llevaría esta práctica a la clandestinidad, lo que permitiría una mayor cantidad de abusos en contra de las mujeres gestantes, a quienes se pretende proteger.²⁰

¹⁹ A la fecha de redacción de este texto, la resolución definitiva no ha sido publicada, véase acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021 (versión taquigráfica).

²⁰ Grupo de Información en Reproducción Elegida, *op. cit.*, p. 12.

C. Paternidad o maternidad legal al momento del nacimiento

Con respecto a la filiación del menor, la situación normativa es notoriamente discrepante en el país, pues existen al menos cuatro escenarios distintos que pueden presentarse al momento del nacimiento.

En primer lugar, el Código de San Luis Potosí, al prohibir la gestación por sustitución dispone expresamente que la maternidad ha de atribuirse a la madre gestante. Al no hacer referencia a la filiación paterna, la legislación potosina parecería, en consecuencia, remitirse a las reglas generales de filiación, ya sea a través de la presunción de paternidad (para el cónyuge o concubino de la gestante) o del reconocimiento de paternidad en general.

En el mismo sentido, la legislación de Querétaro, al prohibir expresamente la práctica —produciendo por lo tanto la nulidad del instrumento— parecería decantarse por atribuir la maternidad a la madre gestante, aunque deja abierta la posibilidad de impugnar dicha filiación a través de un proceso jurisdiccional de reconocimiento.

Por otra parte, entre los estados que sí autorizan la práctica también hay discrepancias importantes, pues mientras que Sinaloa atribuye la filiación directamente a los padres intencionales, previa notificación del instrumento al Registro Civil y a la Secretaría de Salud del estado,²¹ Tabasco, a partir de la reforma de 2016, establece la figura de la adopción plena como única vía para la ejecución del contrato.²²

²¹ "Artículo 293. Una vez que sea suscrito el instrumento, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al oficial del registro civil, para que el estado de la persona menor nacida mediante esta práctica, sea contemplado en su filiación como hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre o madre subrogados".

²² "ARTÍCULO 380 Bis 2.- Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

Cabe mencionar, en este último punto, la presencia de un posible vacío normativo con respecto a la gestación sustituta (artículo 380 bis 2, fracción I), probablemente como un remanente de la legislación anterior a la reforma, que no establecía el requisito genérico de tramitar la adopción al finalizar el procedimiento (artículo 380 bis 6). Sin embargo, este último parece conducir a la conclusión de que, sin importar la modalidad elegida, el menor de edad, por lo menos al momento del nacimiento, es legalmente hijo de la persona gestante.

Aunque ninguna de las dos legislaciones ordena la realización de anotaciones en el acta de nacimiento, el Código de Sinaloa exige el asentamiento de esta circunstancia en el certificado expedido por el médico que asista al nacimiento,²³ al igual que la legislación de Tabasco.²⁴ En ambos casos se prescribe el deber del médico de llenar los formatos correspondientes proporcionados por la Secretaría de Salud del estado.

Con respecto a la preservación y eventual acceso a esta información, cabe mencionar que si bien las legislaciones correspondientes no contienen disposiciones al respecto, se trata en este caso de datos personales relativos al derecho a la identidad de la persona nacida a través de estos procedimientos, por lo que las autoridades sanitarias correspondientes

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante".

"ARTÍCULO 380 Bis 6.- Asentamiento del recién nacido

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código".

²³ "Artículo 294. El certificado de nacimiento será el documento que expida el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del menor de edad y que llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud y que contendrá en este caso, la constancia de que la maternidad fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada maternidad subrogada. Las alusiones o referencias que hace la normatividad vigente en el Estado, relativas a la madre o a la identidad de la madre, se entenderán referidas a la madre subrogada gestante del nacido".

²⁴ "ARTÍCULO 380 Bis 6.- Asentamiento del recién nacido

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato".

están obligadas a preservar dicha información de manera confidencial y, en su momento, permitir el acceso de su titular a ésta.

Toda vez que el resto de los ordenamientos locales carecen de cualquier disposición en la materia, debemos concluir que la realización de anotaciones, así como su preservación, carácter confidencial y eventual acceso al titular, se rigen por las normas generales aplicables en los casos de reconocimiento o adopción de menores, esto es, la reserva de dicha información y la expedición de una nueva acta de nacimiento en la que se omita cualquier mención de dichas circunstancias.

D. Elegibilidad

I. Para la persona gestante

En lo que respecta a las condiciones de la persona gestante, el Código Civil de Tabasco establece una serie de criterios de elegibilidad (artículo 380 bis 3):

- a) La aprobación de la Secretaría de Salud, con base en un perfil psicológico, clínico y social, mediante el cual se compruebe que su entorno social está libre de violencia y es favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.
- b) No padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o cualquier toxicomanía.
- c) Tener entre 25 y 30 años de edad.
- d) Gozar de buena salud biopsicosomática.
- e) Exhibir el dictamen de un médico certificado que confirme que no estuvo embarazada durante los 365 días previos a la implantación de la mórula, así como que tampoco debió haber participado en más de dos ocasiones consecutivas en el procedimiento.

- f) Emitir su consentimiento tras haber recibido información completa acerca del proceso.

Por su parte, la legislación de Sinaloa contempla los mismos requisitos señalados en los incisos a, b, d, e y f, aunque varía con respecto a la edad, autorizando como gestantes a las mujeres de entre 25 y 35 años, y añade como requisito el que la gestante tenga por lo menos un hijo consanguíneo sano.

Es importante aclarar, con respecto al requisito señalado en el inciso e, que el código tabasqueño dispone un tanto ambiguamente que esta situación "no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino" (artículo 380 bis 3, párrafo cuarto). Aunque el lenguaje de esta disposición no deja claro si la donación o portación del producto a que hace mención sería dentro de un procedimiento de subrogación o si, por el contrario, se refiere a otra modalidad de reproducción asistida, la Suprema Corte ha optado por la primera interpretación, considerándola una excepción a la regla general que, por supeditar la voluntad de la mujer a la autorización de su cónyuge o concubino, constituye una restricción injustificada en su derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que la haría inconstitucional.²⁵

La legislación sinaloense, por su parte, no contiene una disposición análoga a esta última.

Aunque, sin duda, resultaría importante para efectos estadísticos contar con ciertos datos de las personas gestantes (por ejemplo, su nivel socioeconómico) que permitieran identificar tendencias y áreas de atención prioritaria, hasta el momento no parece que exista una base de datos que contemple estos rubros.

²⁵ Acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 3 de junio de 2021), pp. 19-39.

II. Criterios para padres intencionales

La legislación de Tabasco, después de la reforma de 2016, ha adoptado criterios considerablemente restrictivos para quienes pretenden hacer uso de este mecanismo como padres intencionales (contratantes), exigiendo, en el artículo 380 bis 5 del Código Civil:

- a) Que los padres sean cónyuges o concubinos.
- b) Que ambos sean ciudadanos mexicanos.
- c) Que la madre contratante tenga entre 25 y 40 años de edad.
- d) Que la madre contratante tenga una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación ella misma.

El código sinaloense replica los requisitos anteriores, aunque omite por completo cualquier mención a la edad de la madre contratante, de manera que no existe al respecto limitación alguna.

Esta última serie de requisitos ha sido controvertida en sede judicial, al considerarse que constituyen restricciones indebidas o discriminatorias con motivo de ciertas características individuales de los padres intencionales.

Así, en el amparo en revisión 129/2019²⁶ se impugnó exitosamente la restricción con base en la nacionalidad de los padres intencionales, pues si bien el objeto del legislador era aparentemente razonable (limitar el potencial para el tráfico internacional de personas), se consideró que dicha medida era desproporcionada y que afectaba particularmente a los extranjeros que residen legalmente en el país.

²⁶ Sesionado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 y 8 de junio de 2021.

Por otra parte, en la acción de inconstitucionalidad 16/2016²⁷ se cuestionaron, también con éxito, las demás restricciones, considerando, por una parte, que la exigencia de un vínculo conyugal o concubinal, así como la referencia a uniones "entre un hombre y una mujer", constituían una discriminación injustificable con base en el estado civil o la orientación sexual, mientras que las exigencias de edad y de infertilidad para la madre contratante —que, hay que señalar, no existen para el padre contratante— constituían discriminación por cuestión de género y una injerencia indebida en la vida privada que condicionaba la actualización de un proyecto de vida. Adicionalmente, la Suprema debió tomar en consideración elementos relativos a la competencia legislativa en materia de salubridad general, los cuales serán abordados más adelante.

III. Donación y uso de gametos

Por lo que respecta a la donación y uso de gametos en los procedimientos de gestación por sustitución, tanto la legislación de Sinaloa (artículos 283, 284 y 286 del Código Familiar) como la de Tabasco (artículo 380 bis 6) establecen reglas específicas relativas a la donación o uso de células reproductivas. Sin embargo, la facultad de las legislaturas locales para dictar esta clase de normas ha sido cuestionada en sede jurisdiccional, pues, bajo el actual esquema de división de competencias, este tipo de situaciones corresponderían al ámbito normativo de la Federación, sin que hasta la fecha existan ordenamientos federales que rijan de manera integral esta cuestión.²⁸

E. Transferencia de la filiación

I. Procedimiento jurídico

Como señalamos, la legislación de Sinaloa es la única que contempla la generación del vínculo de filiación como consecuencia directa del

²⁷ Sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021.

²⁸ Acción de inconstitucionalidad 16/2016, sesionada los días 1, 3 y 7 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 1 de junio de 2021), pp. 6-32.

instrumento de subrogación, estableciendo que el menor nacido por esta técnica será contemplado, desde el momento de la fecundación, como hijo de los padres subrogados (artículo 293).

Por su parte, el Código Civil de Tabasco, inicialmente, parece realizar una distinción (artículo 380 bis 2) cuando la gestante aporta sus propios óvulos (gestación subrogada) y cuando los gametos pertenecen a la pareja contratante (gestación sustituta), estableciendo que, en el primer caso, la entrega del menor se realice conforme a las disposiciones relativas a la adopción plena.

Sin embargo, en su artículo 380 bis 6, el Código ignora la distinción anterior, señalando de manera genérica que el asentamiento del recién nacido habrá de realizarse mediante la figura de adopción plena.

La institución de la adopción plena es reglamentada por el Código Civil de Tabasco en sus artículos 398 a 403, en los que se establece el procedimiento que habrá de llevarse a cabo ante el juez de lo familiar competente, señalando además como requisito que los adoptantes sean un varón y una mujer casados o que hayan vivido como tales durante al menos cinco años.²⁹

Adicionalmente, se exige que la persona que ejerza la patria potestad sobre el menor —que en este caso sería la persona gestante— otorgue su consentimiento, de tal suerte que la legislación tabasqueña parece exigir que la gestante lo otorgue en tres ocasiones distintas: 1) al momento de suscribir el instrumento ante notario público; 2) durante el procedimiento jurisdiccional de ratificación del instrumento, y 3) durante el procedimiento de adopción.

²⁹ Evidentemente, este requisito no sólo replica las restricciones discriminatorias establecidas para la suscripción del instrumento de gestación, sino que impone exigencias aún más severas.

Cabe destacar, respecto de este último punto, que el Pleno de la Suprema Corte ha considerado que dicha exigencia reforzada en cuanto al consentimiento no presenta, en principio, una exigencia desproporcionada para los padres intencionales.³⁰

Por otra parte, con la salvedad de los casos de San Luis Potosí y Querétaro (cuya prohibición tajante impediría en todo caso reconocer los efectos de esta clase de contratos), el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en el caso de Yucatán³¹ deja abierta la posibilidad para que la transferencia de paternidad, ante la ausencia de regulación en la materia, pueda ocurrir a través de figuras como el reconocimiento, lo que evitaría a los padres intencionales tener que recurrir a un mecanismo más complejo como la adopción.

II. Autoridades competentes

En cuanto a la autoridad responsable de supervisar el procedimiento, conviene en este caso realizar la distinción entre las legislaciones de Tabasco y Sinaloa, pues la primera prevé la intervención del notario público como requisito formal ineludible para la validez del acto, así como la convalidación del mismo, en distintas etapas del procedimiento, por parte de la Secretaría de Salud estatal.

A este esquema, la legislación de Tabasco añade, en dos momentos distintos, la intervención del juez de lo familiar para que la transferencia alcance su plena eficacia: en primer lugar, al momento de aprobar el contenido del instrumento (artículo 380 bis 5) y, en segundo, durante el procedimiento de adopción plena que abordamos en párrafos anteriores.

³⁰ Toda vez que, a la fecha de redacción de este texto, la resolución definitiva no ha sido publicada, véase amparo en revisión 129/2019, sesionado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 7 y 8 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 8 de junio de 2021), pp. 10-26.

³¹ Amparo en revisión 553/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 21 de noviembre de 2018.

Por lo que respecta al resto de los estados, la supervisión gubernamental dependerá en buena medida del mecanismo por el cual se opte, pues si bien por regla general los procedimientos de reconocimiento de paternidad y de inscripción registral corresponden al Registro Civil de cada entidad federativa, en caso de suscitarse algún conflicto con éstos, así como en el caso de que la transferencia se realice por vía de la adopción, será necesaria la intervención del juez competente en materia familiar.

Adicionalmente, cualquier conflicto que pudiera surgir respecto de la filiación del menor de edad, ya sea entre las partes (padres intencionales y persona gestante) o entre éstas y la autoridad, habrá de ser resuelto por el juez competente en materia familiar.

Además, cualquier responsabilidad civil derivada del contrato de gestación, ya sea relativa a los gastos incurridos por la gestante o al pago de la remuneración convenida, deberá tramitarse ante el juez competente en materia civil,³² mientras que la responsabilidad penal derivada del incumplimiento de la normatividad aplicable corresponderá al juez competente en materia penal.

III. Derechos de los niños

Un último punto que requiere especial atención es el relativo a los intereses de los niños concebidos mediante este procedimiento. Al respecto, debe destacarse que la doctrina del "interés superior del menor", consagrada como derecho fundamental en el artículo 4o. de la Constitución mexicana, cobra una especial trascendencia como eje rector del derecho de familia mexicano, pues la Suprema Corte de Justicia ha sido enfática en destacar su prevalencia, en caso de conflicto, por encima de los intereses de otras partes involucradas.

³² Artículo 380 bis 7 del Código Civil de Tabasco y artículos 296 y 297 del Código Familiar de Sinaloa.

Por su parte, este derecho ha sido objeto, a través del desarrollo jurisprudencial, de un paulatino desdoblamiento en diversas vertientes, entre las cuales debe desatacarse el derecho a la identidad,³³ que comprende, en su caso, el acceso a la información respecto de sus orígenes biológicos³⁴ y el derecho a un nombre, que constituye el fundamento principal para la obligatoriedad de inscribir al menor en el Registro Civil.

Sin embargo, dada la gran diversidad de escenarios que pueden presentarse con relación a esta figura, no es posible establecer *a priori* reglas fijas con respecto a sus efectos, que en todo caso deberán ser calibrados cuidadosamente por el juez atendiendo al resultado que ofrezca una mejor salvaguarda de los intereses del menor.

F. Agencias y criminalización

I. Agencias e intermediarios

Uno de los puntos más controversiales con respecto a la gestación por sustitución radica en la potencial intervención de terceros ajenos a las partes contratantes, generalmente a través de agencias, despachos u otro tipo de entidades privadas análogas, pues parece existir un consenso sobre el papel que a menudo juegan esta clase de entidades en esquemas de explotación, tanto en el ámbito nacional como internacional.³⁵ En este respecto, el Código Civil de Tabasco es el único que prohíbe expresamente esta clase de intervención, sancionando el contrato con nulidad en tal caso.³⁶

³³ Artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Véase la tesis aislada 1a. XLV/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con rubro DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA PERSONA TIENE TRASCENDENCIA PSICOLÓGICA Y JURÍDICA PARA EL INDIVIDUO.

³⁵ Grupo de Información en Reproducción Elegida, *op. cit.*, pp. 23-24.

³⁶ "ARTÍCULO 380 Bis 4.- Nulidad de Contrato de Gestación

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas;".

El Grupo de Información en Reproducción Elegida, A.C. ha sido enfático en señalar lo contraproducente que resulta dicha prohibición, pues considera que contribuye a orillar la práctica a la clandestinidad, siempre en perjuicio de las mujeres gestantes, como parte más vulnerable en la relación jurídica.

Sin embargo, se debe señalar que esta prohibición ha sido combatida con éxito en sede judicial, toda vez que la Suprema Corte de Justicia la declaró inconstitucional, al ser una violación al derecho al trabajo y al comercio contenido en el artículo 5o. constitucional.³⁷

II. Nulidad y sanciones

Además de la hipótesis señalada en la sección anterior, tanto Sinaloa como Tabasco³⁸ sancionan con nulidad al contrato de gestación cuando:

- a) Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.
- b) No cumpla con los requisitos y formalidades que señala el Código.
- c) Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana.
- d) Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

Aunque en ambos casos se establece que dicha nulidad "no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia", esta disposición presenta una solución únicamente para

³⁷ Véase amparo en revisión 129/2019, sesionado en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación los días 7 y 8 de junio de 2021 (versión taquigráfica de la sesión del 7 de junio de 2021), pp. 33-60, (versión taquigráfica de la sesión del 8 de junio de 2021), pp. 3-10.

³⁸ Artículos 380 bis 4 del Código Civil de Tabasco y 288 del Código Familiar de Sinaloa.

los problemas eminentemente civiles derivados del contrato, pues en ningún caso se especifica cuáles serían dichas consecuencias, por lo que no resulta claro si dicha causal se hace valer una vez realizada la fecundación, qué efectos tendría con respecto de la filiación del menor de edad.

Por otra parte, el notario que indebidamente dé fe o certifique el contrato en contravención a la ley será separado definitivamente de su encargo, además de las responsabilidades o delitos en los que incurra, y los médicos que realicen la implantación o fecundación sin el consentimiento de las partes serán acreedores a las responsabilidades civiles pertinentes; sin embargo, no establece cuál será la sanción del médico que realice el procedimiento sin la autorización de la Secretaría de Salud del Estado.³⁹

La situación es un poco más clara en los estados que la prohíben, pues al carecer de todo efecto jurídico, el instrumento sería tratado como inexistente y la maternidad del menor se atribuiría a la persona gestante.

G. Litigios destacables

Como adelantamos, la legislación en la materia —particularmente la de Tabasco— ha sido objeto de análisis en diversas ocasiones ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación, presentamos un breve resumen de los casos más trascendentes.

I. Amparo en revisión 553/2018⁴⁰

En el caso, una pareja del mismo sexo contrató a una mujer para que se sometiera a un tratamiento médico de fertilización *in vitro* resultante del espermatozoides de uno de los padres intencionales y el óvulo de una donante anónima y llevara a cabo la gestación; sin embargo, la directora del

³⁹ Véase el artículo 380 bis 7 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

⁴⁰ Sentencia de 21 de noviembre de 2018. SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente: José Ramón Cossío. Votación por unanimidad de cinco votos. Disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=238503>»

Registro Civil de Yucatán les negó el registro argumentando que el acto registral no estaba previsto en la ley local.

Los padres promovieron un amparo que terminó siendo resuelto por la Suprema Corte de Justicia, la cual consideró que la ausencia de regulación no podía tomarse como una justificación para impedir el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas,⁴¹ por lo que el Registro Civil de Yucatán debió inscribir inmediatamente al menor para respetar su derecho a la identidad.

Respecto a la voluntad procreacional, la Corte ha establecido que ésta se desprende del derecho a decidir de manera libre e informada sobre el número y esparcimiento de los hijos. Inserto en el contexto de las TRHA, a pesar de que no existan lazos de consanguinidad entre el menor y los padres, existe un elemento volitivo por parte de los progenitores de constituir un vínculo filial entre ellos y el recién nacido.⁴²

II. Acción de inconstitucionalidad 16/2016⁴³

En esta controversia se impugnaron las disposiciones del Código Civil de Tabasco que establecen la forma y requisitos para el otorgamiento de células germinales; se argumentó que existía una omisión legislativa por parte del Congreso local al no establecer un criterio económico en el contrato de gestación.

En primer lugar, se argumentó la incompetencia del Congreso de Tabasco para regular la gestación por sustitución, específicamente, respecto de la necesidad del consentimiento para la donación de gametos *post mortem*.

⁴¹ Amparo en revisión 533/2018, párr. 51, cit.

⁴² Véase la tesis de jurisprudencia 1a. LXXVIII/2018, VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, junio de 2018, tomo II, p. 980, registro digital 2017285.

⁴³ Sentencia de 07 de junio de 2021, SCJN, Pleno, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Votación 1, 3 y 7 de junio de 2021 disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194229>»

La Corte optó por invalidar las disposiciones impugnadas, así como la porción que establece "por algún cónyuge o concubino", por considerarla discriminatoria.

También se impugnó la autorización que la legislación otorga a la gestante para demandar la custodia,⁴⁴ por considerarse que se violaba el interés superior del menor. La Corte determinó que si bien la voluntad procreacional es un factor determinante para establecer la filiación del menor en el contexto particular, también es necesario considerar otros factores, como el interés superior de la niñez. Por lo tanto, la norma deviene inconstitucional, al ser una calificación *a priori* que excluye toda posibilidad de evaluar la situación particular de acuerdo con el interés superior de la niñez.

La Corte también invalidó la referencia al consentimiento requerido del cónyuge o concubino para que la gestante lleve a cabo el procedimiento, considerando que se vulneraba la autonomía de las mujeres y reforzaba el estereotipo de que son incapaces de tomar decisiones sobre su propio cuerpo. También se invalidaron las referencias a "la madre y el padre", pues, interpretadas como un requisito de que los contratantes fueran una pareja de distinto sexo, restringía el derecho a las parejas homosexuales o personas solteras.

Por otra parte, la Corte determinó que no existía una omisión legislativa por parte del Congreso de Tabasco con respecto a la naturaleza gratuita del contrato, ya que no existía una obligación constitucional previa que obligara a los legisladores locales, por lo que, al menos en principio, la remuneración parece estar autorizada por la postura de la Corte.

Extendiendo los efectos de la resolución, la Corte también decidió invalidar todas las porciones normativas que se refirieran a "padre o madre" y "cónyuges o concubinos".

⁴⁴ Ibidem.

III. Amparo en revisión 129/2019⁴⁵

El amparo fue presentado por un centro de fertilidad de Tabasco en contra de la reforma de enero de 2016.⁴⁶ En primer lugar, la Corte resolvió sobre la constitucionalidad de sancionar con nulidad el contrato de gestación cuando intervenga una agencia, despacho o tercera persona en su celebración, concluyendo que esta sanción es violatoria de la libertad de trabajo y comercio consagrada en el artículo 5o. constitucional.

Igualmente, se impugnó la prohibición a la participación de extranjeros dentro del contrato. La Suprema Corte coincidió en la inconstitucionalidad del artículo, al establecer una distinción injustificada con base en el origen nacional, pero no alcanzó un consenso respecto del nivel de escrutinio requerido.

En tercer lugar, la Corte analizó el argumento en contra de la exigencia de un procedimiento doble (notarial y jurisdiccional);⁴⁷ sin embargo, determinó por mayoría considerarlo un requisito válido impuesto por el legislador local para salvaguardar los intereses en juego.

H. Iniciativas de reforma

Ante la imperiosa necesidad de colmar los vacíos legislativos que han generado una buena parte de los problemas señalados en secciones anteriores, las legislaturas, tanto locales como federal, han presentado diversas iniciativas encaminadas a regular la gestación subrogada.

I. Ciudad de México

En noviembre de 2010, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó la iniciativa para una Ley de Maternidad Subrogada para la capital, y

⁴⁵ Sentencia de 4 de diciembre de 2019. SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente Jorge Mario Rebolledo. Votación disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250856>»

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Idem.

aunque fue descartada por una moción de censura en diciembre de 2011, vale la pena resaltar algunas de sus características.

En primer lugar, la iniciativa no contemplaba la posibilidad de que madres solteras o parejas del mismo sexo llevaran a cabo el procedimiento; únicamente permitía acceder a él con un certificado médico de infertilidad. También habría sido la primera legislación en el país en prescribir la naturaleza gratuita de la subrogación como obligatoria.⁴⁸ Además, a diferencia de Tabasco y Sinaloa, esta ley únicamente sería aplicable a los habitantes del entonces Distrito Federal.⁴⁹

Por otra parte, al igual que Sinaloa, la iniciativa preveía que, previa notificación a las autoridades correspondientes, la filiación del menor se estableciera respecto de los padres intencionales desde el momento de la fecundación.⁵⁰

El Registro Civil, en coordinación con la Secretaría de Salud, debería llevar una lista de los instrumentos y nacimientos derivados de esta práctica, debiendo incluir en el asiento el nombre de las personas que participaron en el instrumento, su edad, estado civil y la fecha en la que se suscribió, así como el nombre y número del notario público que intervino, el folio y libro en el que se encontraba inscrito y el nombre del médico tratante y de la institución en la que se llevó a cabo el procedimiento.⁵¹

⁴⁸ "Artículo 27 de la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal".

⁴⁹ "Artículo 14. El Instrumento para la Maternidad Subrogada podrá ser suscrito por la madre y el padre subrogados y la mujer gestante, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:
1. Ser habitantes del Distrito Federal, hecho que deberá ser acreditado a través de una constancia de residencia, expedido por autoridad competente;".

⁵⁰ "Artículo 19. El Instrumento para la Maternidad Subrogada, una vez que sea suscrito, deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud y al Registro Civil para que el estado del menor nacido mediante esta práctica sea contemplado en su filiación como hija o hijo desde el momento de la fecundación de sus progenitores biológicos, es decir, madre y padre subrogados".

⁵¹ "Artículo 27. La Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil llevará un registro de los instrumentos de Maternidad Subrogada y nacimientos que se hayan efectuado mediante esa práctica médica. El registro deberá contener el nombre de las personas que participaron en la Maternidad Subrogada, así como su edad y estado civil; además de la fecha de suscripción del Instrumento para

II. Iniciativas federales

Existen hasta la fecha tres iniciativas de reforma en proceso (dos en la Cámara de Diputados y una en el Senado) que pretenden regular, en el ámbito federal, el acceso a los procedimientos de gestación subrogada y las particularidades de su implementación.

Aunque las tres iniciativas coinciden en varios puntos, como la prohibición de pago o contraprestaciones a la gestante o de que esta participe más de dos veces en el procedimiento, resulta particularmente destacable la presentada por la diputada Maricela Contreras el 23 de febrero de 2017 ante la Cámara de Diputados, pues es la única que no exige a los padres intencionales tener la nacionalidad mexicana ni un diagnóstico de infertilidad, además de establecer restricciones a las cláusulas que puede contener el contrato, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las partes (en especial, de la gestante).

Por otro lado, las tres iniciativas establecen, aunque en distinto grado, sanciones penales para quienes realicen prácticas en contravención a lo impuesto por la ley, siendo nuevamente la de la diputada Contreras la única que establece sanciones específicas para el personal médico.

I. Conclusiones

Aunque definitivamente se puede categorizar a México entre los Estados que autorizan la gestación subrogada, la regulación, como hemos visto, aún deja mucho que desear. Sólo dos 2 de las 32 legislaturas locales han optado por regular expresamente esta clase de acuerdos e, incluso en estos casos, los ordenamientos han demostrado adolecer de importantes defectos de constitucionalidad, que no han logrado superar el escrutinio de los tribunales.

la Maternidad Subrogada, nombre y número del Notario Público, folio y libro en que se encuentra inscrito el Instrumento, nombre del médico tratante y de la institución médica en la que se lleve a cabo dicho procedimiento".

Lo anterior se agrava ante una distribución poco clara de competencias, en virtud de la cual varios aspectos fundamentales para esta clase de procedimientos corresponden al gobierno federal, que hasta el momento no se ha decidido a legislar en la materia.

Si bien, como consecuencia de su sistema federal, existe en México una regulación fragmentada y dispar, que en gran medida es complementada con la actividad interpretativa jurisdiccional, autores como Alborno y López González señalan la necesidad de una regulación más detallada y extensiva para la materia, recalando los problemas que derivan del tráfico internacional y la comercialización con las mujeres gestantes, así como el vacío que existe respecto a la intervención de centros médicos y otros intermediarios dentro del proceso.⁵²

Aunque, sin duda, las iniciativas que actualmente se encuentran en proceso contribuirán, en su momento, a aclarar el panorama, es probable que, al menos en un futuro cercano, los tribunales continúen teniendo una participación activa y preponderante en la evolución de esta institución en el derecho mexicano.

Bibliografía

Alborno, María y López González, Francisco, "Marco Normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", *SCIELO*, 2017. Disponible en: «<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00009.pdf>». [Consultado el 1 de octubre de 2021].

Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., *Gestación Subrogada en México*, México, GIRE, 2017.

⁵² Alborno, María y López González, Francisco, "Marco Normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", *SCIELO*, 2017. Disponible en: «<http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00009.pdf>». [Consultado el 1 de octubre de 2021].

Tesis de jurisprudencia 1a. LXXVIII/2018, VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, junio de 2018, tomo II, p. 980, registro digital 2017285.

Amparo en revisión 553/2018. Sentencia de 21 de noviembre de 2018, SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente: José Ramón Cossío. Votación por unanimidad de cinco votos. Disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=238503>».

Amparo en revisión 533/2018. Sentencia de 07 de junio de 2021, SCJN, Pleno, Ministra Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Votación 1, 3 y 7 de junio de 2021 disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=194229>».

Amparo en revisión 129/2019. Sentencia de 4 de diciembre de 2019. SCJN, Primera Sala, Ministro Ponente Jorge Mario Rebolledo. Votación disponible en «<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=250856>».

CAPÍTULO 9

La gestación por subrogación en Perú

Paula Siverino Bavio*

* Abogada en derechos humanos y doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Miembro del International Bioethics Committee, UNESCO.

SUMARIO: A. Introducción. B. Contexto adverso al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y a los derechos de las personas LGBTQ+; C. Regulación y praxis de las técnicas de reproducción humana asistida en Perú; D. El emplazamiento filiatorio y la transferencia de la filiación en la gestación por sustitución; I. Soluciones jurisprudenciales; 1. Casación 5003-2007: ADN, legitimidad procesal y ovodonación; 2. Casación 4323-2010: la legalidad de la ovodonación; 3. Impugnación de la maternidad en un caso de subrogación solidaria, C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad; 4. Casación 563-2011, una supuesta adopción especial; E. Nuestra lectura sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud; F. Acuerdos de subrogación; G. Acuerdos transnacionales; H. Criminalización y agencias; I. Propuestas de regulación de la gestación por sustitución; J. Conclusiones. Bibliografía.

A. Introducción

La gestación por sustitución es una práctica legal no regulada en Perú que presenta aristas ética y legalmente complejas, sobre todo en lo relativo a garantizar los derechos humanos de las mujeres gestantes, que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad¹ y, en particular, "ante la existencia de grandes brechas económicas y sociales [...] entre quienes buscan acceder a estas técnicas de reproducción humana asistida para lograr su anhelo de paternidad/maternidad y quienes buscan ser donantes a cambio de una retribución económica", cuestionando la libertad —y el consentimiento informado— de esta decisión.² Pero también

¹ International Bioethics Committee-Unesco, "IBC Report on Assisted Reproductive Technologies (ART) and Modern Parenthood", París, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: «<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367957>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

² Garcés Peralta, Carolina, "Ventre de alquiler, maternidad subrogada o gestación por sustitución ¿Debe el derecho evitar los abusos?", *Ius 360*, 2018. Disponible en: «<https://ius360.com/ventre-de-alquiler-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-sustitucion-debe-el-derecho-evitar-los-abusos/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

se han dado situaciones de niños y niñas sin filiación ni nacionalidad esclarecida durante años, personas que no han podido dejar el país con sus hijos y parejas detenidas y procesadas por tráfico de niños. Resulta fundamental, en este tema, el enfoque de derechos humanos y bioética, así como el enfoque de género y diversidades.³

En este artículo analizaremos la gestación por sustitución en Perú, dando un breve contexto de los derechos sexuales y reproductivos en el país y el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTQ+, para luego analizar la regulación y praxis de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), enfocándonos en la gestación por sustitución y su problema principal: el emplazamiento filiatorio y si es o no posible la transferencia de la filiación en la regulación actual.

Luego, veremos cuál ha sido la posición jurisprudencial en el tema, mencionaremos la cuestión de las agencias y la criminalización de la práctica, para cerrar mencionando las propuestas de reforma legislativa y las conclusiones.

B. Contexto adverso al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos y a los derechos de las personas LGBTQ+

Perú es uno de los países con peores estándares en materia de violencia por prejuicio y protección de los derechos de las personas LGBTQ+ en la región;⁴ no cuenta con ley de identidad de género ni se admite el matrimonio igualitario, ni siquiera de aquellas personas legalmente casadas

³ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis", en Llaja Villena, Jeanette (ed.), *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*, Lima, Demus, 2014. Disponible en: «https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/771_observatorio_ok.pdf». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

⁴ Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*, sentencia del 12 de marzo de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

en el extranjero.⁵ Si bien en los últimos años se ha logrado incluir los enfoques de derecho, género y multiculturalidad en la legislación, todo lo referido a avances en materia de derechos sexuales y reproductivos encuentra una firme oposición en el Congreso y una opinión ciudadana dividida y mayormente inclinada a posiciones conservadoras, al tener la religión cristiana (católica y evangélica) un fuerte peso en la opinión pública y el cabildeo político.⁶

Los proyectos para regular la reproducción asistida no han prosperado a lo largo de los años, y los que existieron no contemplaban a las personas sexualmente diversas. En 2009, el Tribunal Constitucional reconoció al óvulo fecundado como sujeto de derecho, jaqueando la reproducción asistida, si bien, posteriormente,⁷ la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo*⁸ despejaría las dudas sobre la legalidad de las prácticas, fijando los parámetros de convencionalidad. A la fecha de redacción de este texto (julio de 2021) se espera el pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre un caso de ovodonación y gestación por sustitución que será clave para dilucidar la legalidad y extensión de las prácticas en el futuro cercano.

C. Regulación y praxis de las técnicas de reproducción humana asistida en Perú

Perú no cuenta aún con una ley de reproducción asistida; sin embargo, desde hace al menos 30 años existen centros privados que ofrecen tratamientos de reproducción asistida de alta y baja complejidad, rigiéndose

⁵ Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 676/2020, del 3 de noviembre de 2020, Exp. núm. 01739-2018 PA/TC, Oscar Ugarteche Galarza.

⁶ Cfr. Siverino Bavio, Paula, "Bioética y derechos humanos: la «bioética» confesional como estrategia", en Mujica, Jaris y Vaggione, Marco (comp.), *Grupos conservadores en América Latina*, Córdoba, CONICET, 2013, pp. 195-236. Disponible en: «<https://programadddsrr.files.wordpress.com/2015/08/vol7coleccionp.pdf>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

⁷ Tribunal Constitucional EXP. núm. 02005-2009-PA/TC LIMA, ONG "Acción de Lucha anticorrupción Sin Componenda", sentencia del 16 de octubre de 2009.

⁸ Corte IDH., *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, sentencia del 28 de noviembre de 2012 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

mediante autorregulación, difiriendo en los tipos de tratamiento, los costos y las prácticas consideradas problemáticas. Atienden a parejas casadas, unidas de hecho y a mujeres solteras, tanto peruanas como extranjeras; alguna clínica ha aceptado a parejas de mujeres, pero no suelen atender a personas sexualmente diversas. Las clínicas que ofrecen tratamientos de alta complejidad incluyen la ovodonación, el diagnóstico preimplantatorio, la crioconservación de embriones y la gestación por sustitución. El sistema público de salud solamente brinda acceso a tratamientos de baja complejidad a parejas casadas o unidas de hecho.⁹ No existen criterios uniformes en el abordaje, salvo las sugerencias de la Red Lara,¹⁰ entidad regional a cargo de la acreditación de las clínicas de reproducción asistida.

La legislación vigente cuenta con un solo artículo referido a las TRHA, el polémico artículo 7 de la Ley General de Salud (LGS):

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

⁹ Concebir: «<https://www.concebir.com/fecundacion-in-vitro/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].; Inmater: «<https://www.inmater.pe/somos-clinica-fertilidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].; Procrear: «<https://procrear.com.pe/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; «<https://procrear.com.pe/tratamientos/#INVO>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Fertilidad gestar: «<https://fertilidadgestar.com/tratamientos>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; IGF: «<https://www.igf.com.pe/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Fertigyn: «<http://fertigyn.com.pe/#>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Fecundar: «<https://fecundarperu.com/infertilidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Clínica Angloamericana: «<https://clinicaangloamericana.pe/servicios/fertilidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Nacer: «<http://www.nacer.com.pe/nosotros>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Clinicafer: «<https://www.clinifer.pe>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

¹⁰ Red Latinoamericana de Reproducción Asistida: «<https://redlara.com>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

El artículo considera que tratar la infertilidad es un derecho y requiere consentimiento informado por escrito, admitiendo la fecundación heteróloga sólo con material genético masculino y exigiendo que la condición de madre gestante y madre genética coincidan, lo que obstaculizaría la ovodonación, la embriodonación y la gestación subrogada. Sin embargo, una correcta lectura del artículo 7 de la LGS ampara la legalidad de estas técnicas y las falencias del razonamiento contrario,¹¹ posición sostenida en la casación 4323-2010 de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, que determina que "al no estar expresamente legislada la ovodonación, no constituye ilícito ni delito", aunque excluye a la gestación subrogada.

En la posición contraria, existe doctrina que la considera ilegal y antiética, por configurar "una forma de explotación económica donde una mujer por necesidad económica se compromete a llevar en el vientre a un embrión de otras personas a cambio de dinero", recomendando que deben auditarse las clínicas de fertilidad para dismantelar "el mercado negro" existente.¹² También se ha postulado que constituye una "desnaturalización" de varias instituciones jurídicas e instrumentaliza a la mujer.¹³

D. El emplazamiento filiatorio y la transferencia de la filiación en la gestación por sustitución

Para la legislación peruana, la madre es la mujer que lo dio a luz al infante. Si esa mujer es casada, el recién nacido o nacida tiene al esposo como padre (presunción de paternidad, artículo 361, Código Civil peruano [CC]); si no es casada, el padre puede reconocer de manera voluntaria la

¹¹ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis".

¹² Mosquera, Clara, "Otra vez los vientres de alquiler, *La Ley*, 2018. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6071/otra-vez-los-vientres-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

¹³ Valdivieso López, Erika, "Ventre de alquiler, presupuestos de su antijuridicidad", *Legispe*, 2018. Disponible en: «<https://lpderecho.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

paternidad o ser obligado mediante una acción legal. Es un indicador interesante de resabios patriarcales que en el Código Civil peruano la presunción de maternidad no está explicitada, mientras que la presunción de paternidad encabeza el capítulo sobre filiación. Se ha entendido que el Código Civil en su artículo 409 recepta el principio *mater semper certa est*: "La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo". Así se deduciría del artículo 362 del CC, el cual señala que: "El hijo se presume matrimonial, aunque la madre declare que no es de su marido o sea condenada como adúltera".

Como en Perú no están reguladas las TRHA, en general, ni la gestación por sustitución, en particular, el parto determina la atribución de maternidad y el matrimonio o el reconocimiento posterior —voluntario o mediante sentencia judicial— hace lo propio con la paternidad. La filiación surge del hecho natural con consecuencias jurídicas del parto y de actos jurídicos tales como el reconocimiento y la adopción. La voluntad procreacional no es reconocida como fuente filiatoria, para lo cual haría falta una modificación del Código Civil, por vía sustitutoria o complementaria, pudiendo, sin embargo, ser declarada por el juez en un caso concreto.

A la fecha, han trascendido muy pocos casos en los que se ha acudido a la justicia para solicitar el cambio del emplazamiento filiatorio de niños nacidos mediante gestación por sustitución, en relación con la cantidad de procedimientos que se estima se realizan en Perú, de los cuales, una buena parte serían gestaciones altruistas.¹⁴ De los casos judicializados que tomamos conocimiento, el ciento por ciento lo son luego del nacimiento de la criatura, por considerar que el interés superior del infante inclinaría a la justicia a fallar a favor de los comitentes.

¹⁴ Tal es el caso en *C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad*, resuelto por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia Lima, 2009.

Considerando la experiencia de países con un registro más largo de prácticas de gestación por sustitución, como Argentina, y teniendo en cuenta el enorme grado de incertidumbre legal al que se exponen las personas que buscan formar una familia por esta vía en Perú, existen alternativas legales. En lugar de esperar al nacimiento para petitionar la regularización filiatoria, podría iniciarse un proceso judicial, mediante el cual —con la documentación requerida, los consentimientos informados y el acuerdo de subrogación— se solicite a un juez o jueza que ordene la inscripción en el certificado de nacido vivo y en el Registro como hijo o hija de la persona o pareja comitente.

El juez o la jueza suele pedir una audiencia con las partes, para tomar conocimiento del caso y tiene la posibilidad de entrevistar a la potencial gestante para descartar situaciones irregulares o de potencial explotación. Estos procesos suelen iniciarse una vez logrado el embarazo. Ciertamente es que los largos plazos legales a veces atentan contra la obtención de una inscripción a tiempo y también se duda de la posición de un magistrado en una sociedad conservadora como la peruana, temiendo la negativa *a priori*. Debido a ello y por considerar que el peso casi ineludible del interés superior del niño, una vez nacido, hará más viable lograr el resultado positivo, las personas suelen optar por regularizar después la situación.

El conservadurismo en materia de derechos sexuales y reproductivos, así como la poca formación de la mayoría de los magistrados y las magistradas en temas relacionados con la bioética jurídica, en general, y a la reproducción asistida, en particular, podría ser una razón. Frente al temor de una respuesta judicial negativa o el escenario de largas dilaciones antes de lograr una autorización legal, las clínicas prometen resultados médicos positivos soslayando las dificultades legales, tal como se comentará en el acápite sobre criminalización.

I. Soluciones jurisprudenciales

En Perú, las vías procesales elegidas para determinar la filiación en casos de gestación por sustitución han sido: a) el proceso de amparo, enfocado

en el derecho a la identidad del infante y el interés superior del niño; b) el proceso civil de impugnación de la maternidad, y c) el proceso de adopción especial. Comentaremos brevemente los casos que han alcanzado notoriedad pública, incluyendo dos casaciones de la Corte Suprema de Justicia sobre un caso de ovodonación, ya que esta práctica está presente en la mayoría de las gestaciones por sustitución.

1. Casación 5003-2007: ADN, legitimidad procesal y ovodonación¹⁵

Se trató de un caso que involucraba ovodonación. La señora A y el señor B convivieron varios años como pareja estable y, al no lograr un embarazo, recurrieron a la fecundación *in vitro* en la Clínica P, primero con material genético de la pareja y luego con óvulos de una donante anónima, logrando finalmente el embarazo. En el transcurso de este proceso, el señor B, que mantenía una relación afectiva paralela, contrajo matrimonio con la segunda mujer (la señora C), quien quedó embarazada, por lo que dejó en abandono afectivo y material a la señora A. Sumado a ello, el señor B desconoció la filiación de la niña que estaba gestando la señora A. Al nacer la niña, la señora A inició un proceso de filiación y, producto de ello, el señor B reconoció a la nacida como su hija. De manera simultánea, nació su hijo con la mujer con quien se había casado. Luego de que el señor B reconociera a la niña, la señora C inició en contra de la señora A una demanda por impugnación de la maternidad basada en que sabía, por su relación con el señor B, que la señora A no era la madre biológica de la menor al haberla concebido mediante ovodonación y, para hacerlo, en representación de su hijo —medio hermano de la menor—, alegó un interés legítimo en develar la "verdadera identidad" de la madre, pues lo contrario le ocasionaba un grave daño a la identidad de su propio hijo.¹⁶

¹⁵ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis".

¹⁶ Habiendo tomado conocimiento directo del caso hacia el final del proceso en la Corte, quien suscribe este artículo considera que es uno de los casos de violencia de género más crudos e inverosímiles que haya visto en su vida profesional.

El planteamiento de la señora C —enmarcado en una situación más propia de una telenovela que de un proceso judicial— fue rechazado en primera y segunda instancias por entender, sobre distintas bases, que ella carecía de legitimación procesal y que, aun teniéndola, no se había acreditado la existencia de un daño. Estos sensatos razonamientos fueron revertidos por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, la cual defendió la legitimidad procesal de la señora C sobre la base del ligamen biológico que une a los medio hermanos (infantes que no se conocían ni convivían al tiempo de la demanda). La Sala Civil aceptó el recurso de casación por entender afectado el derecho a un debido proceso, interpretando que no era preciso probar afectación o daño, sino que, acreditado este vínculo (ADN), se presumía el "interés moral" en el esclarecimiento de la verdad biológica de la niña que tendría el medio hermano. Así, declaró nulas las resoluciones judiciales anteriores y ordenó que el juez de primera instancia volviera a pronunciarse sobre la base de la decisión resultante. Además de la acción civil, la señora A fue demandada penalmente por adulteración de instrumento público y sufrió detención y privación de la libertad y un sinnúmero de violencias a lo largo del proceso civil y penal, hasta que, luego de siete años, los reclamos fueron desestimados.

La Sala Civil de la Corte consideró "ilegal" y "falsa" la maternidad de la señora A por no ser la madre genética, ignorando completamente las implicancias de la fecundación heteróloga, el interés superior de la niña, varios tratados de derechos humanos y 30 años de doctrina en el derecho comparado sobre el tema. Asimismo, parece no advertir la falta de valor social de esta demanda, cuyo único interés era causar daño a una mujer con una limitación reproductiva y dejar sin filiación a una niña, la cual, de prosperar la demanda, enfrentaría estos escenarios, cual más perjudicial: *a)* quedar irremediablemente privada de filiación materna, contra la realidad de una madre que la gestó, alimentó y amó desde el primer momento; *b)* que se le atribuya la maternidad a la donante del óvulo (que sería la madre "verdadera" según el criterio de la Sala que sólo admite el vínculo biológico), lo cual sería un absurdo, pues implicaría levantar

el anonimato de la donación y atribuir voluntad procreacional a quien sólo realizó una donación de gametos, en una injerencia arbitraria e inaceptable en su derecho a la intimidad, sus derechos reproductivos y su proyecto de vida; c) promover la adopción de la cónyuge de su progenitor, mujer que no sólo no tiene ningún vínculo con la menor, sino que es quien promueve la impugnación de la maternidad que le causa un daño irreparable, en un escenario digno de una historia de terror.

La segunda cuestión que quedó planteada ante la Sala fue la denuncia que hizo la señora C de que el embarazo se logró con el óvulo de una donante y el semen de su marido, utilizado sin el consentimiento de éste y en abierta contradicción con la prohibición del artículo 7 de la LGS. Ello fue resuelto un par de años después en la casación 4323-2010 mediante un recurso interpuesto por la Clínica P., que comentamos a continuación.

2. Casación 4323-2010: la legalidad de la ovodonación

El recurso fue interpuesto por la Clínica P y por la señora A en contra de la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, fundado en una incorrecta interpretación del artículo 7 de la LGS, que consideró la ovodonación como una práctica prohibida, y en que las cláusulas de los acuerdos de Autorización de Fertilización In Vitro y Transferencia Embrionaria y el Convenio de Realización de Técnica de Reproducción Asistida, celebrados entre la clínica y la pareja que entonces formaban la señora A y el señor B, violaban el orden público. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema consideró que la Corte de Lima violó el derecho a la motivación de las sentencias judiciales al basar su decisión en una interpretación incorrecta del artículo 7 de la LGS.

¿Qué sostiene la casación 4323-2010?: a) que al no estar expresamente legislada la ovodonación, conforme al principio de clausura, no constituye ilícito ni delito; b) siendo legal la técnica empleada, es válido el

acuerdo suscrito; c) reconoce que de esta unión nace una niña que es sujeto de derecho y que debe ser protegida (un gran avance si consideramos la casación anterior en el mismo caso), y d) considera que la no permisión se refiere a la gestación por sustitución.

3. Impugnación de la maternidad en un caso de subrogación solidaria, C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad¹⁷

En el caso *C.M.S.A. c/ L.A.U.O. y otro s/ impugnación de maternidad*, resuelto por el Décimo Quinto Juzgado Especializado de Familia, en 2009, la señora X y su esposo, el señor Y, recurrieron a la fertilización *in vitro* utilizando su propio material genético y contando con el apoyo de la madre de la señora X, la señora Z, quien gestó a su nieta, ya que la señora X padece una insuficiencia renal severa y es candidata a un trasplante. Al nacer, la niña fue anotada en la clínica como hija de la señora Z y su yerno, el señor Y. La señora X interpuso una acción de impugnación de la maternidad a fin de que se le reconociera el carácter de madre legal de la niña. La jueza entendió que era preciso contemplar nuevas formas de maternidad, pidió una prueba de ADN y, ante el resultado positivo, estimó que no existiendo una prohibición respecto de la maternidad subrogada y con mayor razón cuando la gestación, asumida por la madre de la accionante, fue un acto altruista y amoroso, cabía definir la filiación biológica a favor de la señora X, dando lugar a la acción.

Sin embargo, lo que hace notable esta sentencia es que al saber que como consecuencia del procedimiento de fecundación *in vitro* realizada resultaron sobrantes tres óvulos fecundados congelados, el tribunal ordenó

¹⁷ Este acápite reproduce lo sostenido en Siverino Bavio, Paula, "Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: cuando los genes ganan y las personas pierden", *Revista de Derecho de Familia* 55, 2012.

que éstos fueran "traídos a la vida, por sí o por una nueva maternidad subrogada", en el plazo perentorio de dos años desde la sentencia, bajo apercibimiento de que el Ministerio Público iniciara "el proceso de abandono de los citados embriones congelados y pueda otorgarse en adopción a padres sustitutos, con la finalidad de hacer efectivo el derecho a la vida que tienen dichos embriones en su calidad de niños y, por ende, sujetos de derechos y de protección específica", ordenando a la Defensoría del Pueblo que controlara la ejecución de esta sentencia.

Esta es una determinación de dudosa legitimidad legal y ética; la jueza no sólo soslayó la patología que llevó a la accionante a pedir a su madre que gestara a su propia nieta, sino que es válido preguntarse si cabe dentro de la competencia de una magistrada ordenar "que se traiga a la vida" a esos embriones, desconociendo las violaciones de derechos fundamentales en las que se podría incurrir (derechos reproductivos, derecho a la privacidad, al proyecto de vida, a la salud, entre otros), asumiendo que los óvulos fecundados crioconservados son niños y tienen iguales o mejores derechos que sujetos ya nacidos.

En este orden de ideas, ese mismo año, el Tribunal Constitucional consideró al óvulo fecundado como sujeto de derechos, en una polémica sentencia al pronunciarse sobre la distribución de la píldora del día siguiente.¹⁸ El valor de esta posición quedará soslayado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* (2012), que fijó los parámetros de convencionalidad para la región estableciendo claramente que el ovocito fecundado crioconservado no puede considerarse sujeto de derechos, menos aún tener el estatus de niño.

¹⁸ Siverino Bavio, Paula, "El derrotero de la píldora del día después en Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia* 16, 2009, pp. 63-88; publicado también en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2, 2010, pp. 244-269.

4. Casación 563-2011, una supuesta adopción especial

En este caso de 2011, la Sala Civil de la Corte Suprema rechazó un recurso de casación interpuesto por la madre biológica de una niña dada en adopción habiendo mediado una (oculta) maternidad subrogada. El caso gira en torno a una demanda de adopción por excepción que al asumir la existencia de un enlace familiar entre adoptado y adoptantes, se tramita por vía judicial. Se trata de un proceso civil de adopción especial de una niña de —a esa fecha— seis años, que desde los nueve días de nacida fue entregada por una pareja a los "preadoptantes" mediando incluso acuerdo notarial. Entre la mujer preadoptante y el supuesto padre de la criatura mediaba parentesco (tía-sobrino). En el medio del proceso de adopción, iniciado de común acuerdo entre la pareja preadoptante y los supuestos padres de la niña, la madre legal se arrepintió, negó desearla en adopción, alegó que lo hizo por necesidad económica y denunció que en realidad los preadoptantes no calificaban por dos razones: falta de solvencia moral, ya que todo el tiempo habían mentido al tribunal, y por no proceder la adopción especial, ya que no existía parentesco entre la preadoptante y su marido, al no ser el padre biológico de la niña.

Así, la señora denunció que se trató desde el inicio de un vientre subrogado, que el preadoptante era en realidad el padre biológico (lo que se comprobó por la prueba de ADN) y que ella aceptó dinero para irse a Italia y mejorar las condiciones de sus hijos. De la sentencia se conoció que la madre legal exigió dinero para no abortar en más de una ocasión y que extorsionó a la pareja comitente. Los informes ambientales se mostraron favorables a la pareja preadoptante, los magistrados justificaron lo ocurrido en el fuerte deseo de tener un hijo, reprocharon duramente la actitud de la pareja que entregó a la niña por dinero y recalcaron la importancia del interés superior de la niña, lo amada y cuidada que era por la pareja a la cual finalmente se le dio la adopción de la niña. Consideraron que si bien un padre biológico no puede adoptar a una niña, al no ser el padre legal, ello no obsta a proseguir el trámite. La Corte no se pronunció

sobre la gestación por sustitución ni sobre la voluntad procreacional. Al develarse la maniobra fraudulenta y paralelamente al proceso de adopción, el Ministerio Público inició contra la pareja que gestó y entregó a la niña un proceso penal por extorsión y alteración del estado civil de la menor.¹⁹

E. Nuestra lectura sobre el artículo 7 de la Ley General de Salud²⁰

Dada la constante invocación en sede judicial del artículo 7 de la LGS, se sistematizan, a continuación, argumentos para reforzar las conclusiones sobre la legalidad de la ovodonación y la gestación subrogada:

- a) Metodología: la norma no contiene una prohibición respecto de la ovodonación, la maternidad subrogada o la embriodonación. Si atendemos a su metodología, el último párrafo del artículo contiene las dos prohibiciones respecto de las técnicas (fecundación para fines distintos de la reproducción humana y clonación reproductiva). Si el legislador hubiera querido prohibir la ovodonación o la gestación por subrogación, lo lógico hubiera sido enumerarlas en esta parte de la norma.
- b) Principios de legalidad y de clausura: las prohibiciones no pueden interpretarse de manera analógica, lo cual vulneraría el principio de clausura que establece que "aquello que no está prohibido, está permitido" y el principio de legalidad. Por lo tanto, la frase "siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona", podría considerarse una exhortación del legislador, mas no una prohibición.

¹⁹ Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia Cas 563-2001, sentencia del 6 de diciembre de 2011.

²⁰ Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas", *op. cit.*

- c) Principio de igualdad y no discriminación: integrando el artículo 7 a la legislación peruana, consideramos que la distinción entre admitir el uso de material genético masculino y prohibir el uso de material genético femenino de terceras personas constituiría una inaceptable discriminación por razón de género, ya que sólo permitiría el acceso a las técnicas en el caso que las dificultades o problemas para concebir radiquen en el varón, pero no admitiría soluciones a la gran mayoría de los problemas vinculados a la infertilidad de origen femenino.
- d) Legalidad y utilidad social: si conforme a lo dicho sólo tuvieran acceso a las técnicas de reproducción asistida las mujeres sanas, con óvulos viables, sin dificultades para lograr y mantener un embarazo, ¿cuál sería la utilidad de las técnicas en reproducción asistida? ¿Permitir paliar la infertilidad masculina? Conforme esta lectura, el valor social de las técnicas de reproducción asistida residiría en que permitirían superar exclusivamente la infertilidad del hombre. Esta interpretación, que instrumentaliza a la mujer como mero objeto de tránsito reproductivo para preservar la descendencia del hombre, no sólo es éticamente inaceptable sino, además, contraria a derecho.
- e) Eficacia normativa: por otro lado, si lo que se pretende es evitar los conflictos en torno a la configuración de la identidad de los niños y las niñas que nacieran producto de las técnicas de reproducción asistida heterólogas, entonces la prohibición debería ser total, no justificándose la donación de espermatozoides, motivo que no alcanzaría a la maternidad subrogada. Se ha alegado que la disposición pretende proscribir la gestación por subrogación. Esto mismo deja entrever la casación 4323-2010. Tampoco estamos de acuerdo. Si esa fuera la razón, entendemos que la medida es, cuanto menos, ineficiente ya que es factible que, coincidiendo madre genética y madre gestante, la gestación por subrogación tenga lugar utilizando material genético de un donante anónimo o del varón

de la pareja. Más propio, en todo caso, sería establecer una clara prohibición de la gestación por subrogación, aunada a la ya existente determinación de la maternidad legal por el parto. Aunque vale aclarar al respecto —y sin que ello implique en modo alguno desconocer la complejidad que puede revestir el caso concreto— que disposiciones como la presunción de maternidad respecto de la mujer gestante (mismo por su carácter de presunción) no podría ser alegada para impedir u obstaculizar el reconocimiento de la identidad y adecuado emplazamiento filiatorio de un infante nacido mediante una gestación por subrogación.

- f) Viabilidad ética y técnica de la embriodonación: el artículo 7 cerraría la posibilidad de la embriodonación, la cual puede ser una alternativa válida para parejas infértiles, ya que constituye un tratamiento menos gravoso (físicamente para la mujer, al evitar la estimulación ovárica, y en términos económicos, por su costo mucho menor) y que permitiría la experiencia de la gestación, consolidando el vínculo filial y utilizando embriones congelados, dando una solución concertada al problema de los embriones supernumerarios y evitando que se sigan generando embriones "sobrantes".
- g) Inconveniencia de la interpretación literal: por último, si quisieramos abogar por la validez de la literalidad de la norma, nos encontraríamos con otro obstáculo, éste es el muy cuestionable requerimiento del consentimiento expreso de los "padres biológicos", ya que, al admitirse la donación de esperma (siendo este hombre el padre biológico), se estaría exigiendo la presencia y firma de un donante anónimo que asumiría, entonces, ¿obligaciones? ¿derechos? ¿configuraría adulterio?, en un curioso cuadro jurídico que sólo se entiende a merced de una errónea técnica legislativa, lo que demuestra claramente cuán conflictivo e inadecuado resulta ceñirse exclusivamente a su aplicación literal.

Es relevante mencionar que la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso, en ocasión del predictamen del Proyecto de Ley 1722/2012 sobre THRA, consideró, al analizar el supuesto de la gestación por sustitución (prohibida en el proyecto de ley, pero ya con antecedentes jurisprudenciales), refiriéndose al artículo 7 de la LGS y al caso en que no coincidan madre gestante y genética: "[E]sta situación fáctica no está prohibida legalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 2o., numeral 24, inciso a), de la Constitución Política del Estado que regula el Principio de Reserva, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni prohibido de hacer lo que ella no prohíbe".²¹

F. Acuerdos de subrogación

En Perú, al no estar reguladas las técnicas de reproducción asistida, no resultan vinculantes ni exigibles los acuerdos o contratos de gestación por sustitución, puesto que se tratarían de un objeto ilícito (artículo 129, CC) y, por ello, nulo de nulidad absoluta (no subsanable). Y ello debido a que si bien el procedimiento médico mediante el cual se lleva adelante el embarazo de la gestante no está prohibido, un acuerdo de subrogación regula los derechos y obligaciones de las partes, siendo el objeto principal la entrega del infante gestado. En el derecho peruano no existe aún una norma general que legitime la voluntad procreacional en las técnicas de reproducción asistida como fuente filiatoria y, por ende, no puede pactarse la transferencia de la filiación mediante un instrumento privado, ya que ello colisiona con las normas de orden público que determinan la filiación. Agravaría aún más este hecho el que tal acuerdo contemplara cláusulas de retribución económica a cambio de la entrega del recién nacido para emplazarlo en una filiación distinta a la prevista legalmente.

²¹ Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley núm. 1722/2012, que propone la ley que regula la reproducción asistida. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Por esta razón, las clínicas de fertilidad no publicitan la práctica de la gestación por sustitución en sus páginas web ni la incluyen entre los tratamientos ofrecidos, si bien es un hecho que esas prácticas se realizan, habiéndolo constatado mediante entrevistas a médicos y abogados que han tenido conocimiento directo de casos, por las demandas que llegan a los tribunales e, incluso, habiendo tenido a la vista, quien suscribe este texto, modelos de acuerdos de subrogación.

Así las cosas, la realidad indica que en Perú se practica regularmente la gestación por sustitución y se celebran acuerdos para este fin, si bien no se incluyen cláusulas de retribución económica, las que pueden constar en un registro privado paralelo. Todos los casos son asumidos y registrados como gestaciones solidarias, aun aquellos en los que la gestante no tiene ninguna relación con la persona o pareja comitente. Hasta donde ha sido posible averiguar, no se registran casos de controversia o disputa por querer conservar o negarse a asumir la tenencia del infante nacido mediante uno de estos acuerdos, aunque sí un caso en el cual en medio del proceso se generó la controversia.²² Lo que sí ha sucedido es que, en los casos en los cuales se ha judicializado el emplazamiento filiatorio, los acuerdos de subrogación son utilizados como un elemento probatorio clave para probar la voluntad procreacional de la pareja comitente y la falta de ella por parte de la mujer colaboradora.

Un acuerdo típico de subrogación contiene la declaración de voluntad libre y esclarecida de la gestante —"la colaboradora"— de ayudar a la pareja beneficiaria o beneficiarias a que sean padres biológicos, mediante la intervención de un profesional que se detalla, debido a la incapacidad de la señora X de gestar por sí misma. Se entiende que la gestante está haciendo uso de su útero como parte disponible del cuerpo humano. Se firma un acuerdo por embarazo y, de fallar la transferencia y no lograrse el embarazo, se firmará otro acuerdo. Previamente a éste, las partes han

²² Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia Cas 563-2001, sentencia del 6 de diciembre de 2011.

pasado por una asesoría psicológica y existe un estudio de la personalidad de la gestante, la cual también accede a que se le haga seguimiento psicológico durante el embarazo y hasta 40 días después del parto. También se deja constancia de haber tenido asesoría legal para comprender los alcances del acuerdo.

En segundo lugar, se deja constancia de que la colaboradora no intentará establecer un vínculo con el niño gestado, con quien no tendrá vínculo genético. Se utilizarán técnicas de reproducción asistida y se transferirán máximo dos embriones, se indican las tasas de embarazo por transferencia en ciclo, así como de embarazo múltiple. La colaboradora acuerda someterse a una cesárea y a no realizarse un aborto, salvo que se trate de un aborto terapéutico, medicamento indicado.

Asimismo, se advierte sobre la posibilidad de que el recién nacido o nacida presente alteraciones genéticas o congénitas y que, en todos los casos, serán los beneficiarios quienes se harán cargo de los infantes nacidos aun si presentaran cualquier patología. Luego, la colaboradora manifiesta "estar de acuerdo en firmar todas las declaraciones juradas necesarias y otros documentos posteriores luego del nacimiento del niño" y participar voluntariamente en cualquier procedimiento de paternidad o maternidad para que los nombres de la pareja beneficiaria figuren en la partida de nacimiento como los padres biológicos.

En caso de muerte de uno de los beneficiarios, la colaboradora acuerda entregar al niño o niña a quien lo sobreviva (nada dice sobre si mueren ambos). En cuanto a los cuidados y responsabilidades, la gestante o colaboradora "asume el embarazo de manera humanitaria, libre, informada, consciente, responsable y gratuita. Acepta su compromiso de poner en práctica las indicaciones médicas a fin de procurar un embarazo exitoso, tranquilo y sin exposiciones perjudiciales de cualquier género para el concebido". En este acuerdo se reconoce "que el hijo producto de la misma, conforme lo disponen nuestras normas legales, es de la mujer que lo gesta y, en su caso, tiene como padre al marido de ésta"; sin embargo,

en función de una serie de consideraciones éticas y legales, quien gesta "se compromete expresamente a entregar al menor [a la pareja beneficiaria] después del alumbramiento".²³

G. Acuerdos transnacionales

Dado que la gestación por sustitución no es una práctica regulada, no hay acuerdos transnacionales formales y, hasta donde se ha podido averiguar, tampoco hay acuerdos informales con los consulados para regularizar la situación de los niños o niñas nacidos en Perú de padres extranjeros, residentes en el exterior o de quien acude a TRHA en países donde la gestación subrogada es legal.

Ello deja en un "limbo" legal fuertemente lesivo de derechos a familias y a niños nacidos en el extranjero, donde la gestación subrogada es legal, al ingresar a Perú. Tal es el caso del productor y activista Ricardo Morán, quien hizo público, en diciembre de 2020, su caso, cuando el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) le negó la inscripción registral de sus hijos, nacidos en Estados Unidos mediante gestación subrogada. Los niños tienen partida de nacimiento y pasaporte estadounidense, pero se les ha negado la inscripción en Perú, por no constar la madre, y tampoco se les permite salir del país, para lo cual se les exige autorización de la "madre".²⁴ El Reniec alega no haber negado la inscripción, sino haberla observado, pudiendo él subsanar dicha observación "cumpliendo los requerimientos de la normativa vigente",²⁵ es decir, colocando los

²³ "Acta de Colaboración. Acuerdo de Subrogación" (copia facilitada a la autora).

²⁴ El Comercio, "Ricardo Morán reveló que la Reniec no le permite inscribir a sus hijos por ser solo un padre", *El Comercio Digital*, 9 de diciembre de 2020. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/tvmas/farandula/ricardo-moran-revelo-que-la-reniec-no-le-permite-inscribir-a-sus-hijos-por-solo-tener-un-padre-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021]; Massi, Diana, "Ricardo Morán sobre ser padre subrogado: 'Yo soy gay, no estéril. Son dos cosas completamente diferentes'", *BBC News Mundo*, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-50169907>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

²⁵ República Digital, "Ricardo Moran sobre sus hijos: 'Somos familia aunque el Reniec no quiera'", *La República Digital*, 12 de mayo de 2021. Disponible en: «<https://larepublica.pe/espectaculos/2021/05/12/ricardo-moran-sobre-sus-hijos-familia-aunque-el-reniec-no-quiera/>». [Consultado el 3

datos de la mujer que es "la madre". El caso está judicializado y pendiente de respuesta actualmente.

H. Criminalización y agencias

En Perú no se ha registrado a la fecha la existencia de agencias facilitadoras de gestaciones subrogadas. No ha surgido ni del relevamiento de la práctica legal o médica ni de las entrevistas a personas vinculadas a la reproducción asistida.

En cuanto a la criminalización de la gestación por sustitución, como se ha mencionado, es una práctica legal no regulada, pero la falta de precisión normativa y de un apropiado asesoramiento legal brindado por las clínicas que ofrecen servicios a quienes optan por este método —el cual es ofrecido, mas no públicamente— han derivado en situaciones dramáticas o en la comisión de delitos contra la fe pública y el estado civil de las personas, de cuya gravedad ni las clínicas ni los comitentes parecieran tomar cabal conciencia.

Cuando un infante nace es inscrito en la clínica donde la mujer lo dio a luz y se labra un certificado de nacido vivo con los datos de la gestante. Luego, este certificado es llevado al Reniec, donde, a partir de estos datos, se confecciona la partida de nacimiento y se emite el documento nacional de identidad. Con la partida de nacimiento se consolida el emplazamiento filiatorio del menor.

El Código Penal prohíbe y castiga hasta con cinco años de prisión a quienes alteren el estado civil de una persona, finjan un embarazo, sustituyan a un menor por otro, le atribuyan falsa filiación o expongan u oculten al menor (artículos 143-145).

de septiembre de 2021]; RPP Noticias, "Ricardo Morán tras rechazo del registro de sus hijos: 'Vamos a pelear hasta que RENIEC los inscriba'", *RPP Noticias*, 14 de marzo de 2021. Disponible en: <https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-rechazo-de-reniec-registro-de-sus-hijos-vamos-a-pelear-hasta-que-los-inscriba-noticia-1325681>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Pese a ello, es sabido que se han realizado prácticas de falseamiento de los documentos de identidad de la gestante (a la que se provee de un documento de identidad con su foto y los datos legales de la madre de intención) para que cuando se registre el nacimiento se consignen los datos de la madre comitente. Otra estrategia consiste en adulterar los certificados de nacido vivo: la clínica de reproducción asistida conserva el certificado original donde consta como madre la mujer que dio a luz y elabora uno nuevo con el nombre de la madre de intención, siendo este último certificado el que se lleva al Registro Público para la inscripción del nacido.

Se da entonces la paradoja de que si bien el procedimiento médico de gestación por sustitución es una práctica legal, permitida por no estar prohibida, cuando se trata de realizar el emplazamiento filiatorio de los padres de intención de manera irregular, los involucrados infringen la ley, cometiendo una serie de delitos contra la fe pública y el estado civil de las personas al intentar transferir la filiación mediante medios ilícitos. La digitalización en el registro de los nacimientos en las clínicas de casi todo el país y la centralización en la expedición de los certificados de nacido vivo en los últimos años ha obstaculizado la continuidad de estas maniobras irregulares.

Lamentablemente, la desactualizada normativa peruana, unido a un deseo tan intenso de formar una familia que conduzca a soslayar los riesgos legales, pueden llevar a personas bien intencionadas a avalar o participar de prácticas irregulares o, incluso, derivar en la comisión de delitos. Otras veces se presentan situaciones de "limbo legal", en las que los progenitores tienen niños que no figuran como sus hijos legales, o bien que habiendo obtenido una inscripción irregular, no pueden regresar con ellos a sus países de origen.²⁶

²⁶ En las entrevistas se mencionó el caso de una ciudadana peruano-estadounidense que desde hace cinco años está impedida de regresar a Estados Unidos de América con su hija, por no poder justificar su nacimiento conforme a las leyes requeridas para ingresar al país e inscribirla legalmente como suya.

Algo muy llamativo —que quien suscribe este texto ha podido observar de manera sostenida a lo largo de más de una década de trabajo como abogada y bioeticista que asesora en fertilidad humana— es la resistencia de no pocos profesionales de la salud frente a las normas legales. En muchas entrevistas ha surgido la dificultad de comprender el alcance real de la gravedad de pretender desconocer las normas de orden público que establecen la filiación legal. Estos últimos años ha ido ganando terreno una visión más legalista en materia de gestación subrogada, a fuerza de casos en los que parejas comitentes, profesionales de la salud y dueños de clínicas han sido objeto de imputaciones penales, que han obligado a mayor previsión y cautela.

En Perú, uno de los casos más sonados fue uno protagonizado en 2018 por una pareja de ciudadanos chilenos que, luego de más de una década de intentos infructuosos y por recomendación de sus médicos tratantes, acudieron a una reconocida clínica peruana para llevar adelante un proceso de fecundación *in vitro*. Dada las características de la pareja, se les recomendó una gestación subrogada con material genético del padre comitente. Iniciado el embarazo en la mujer gestante, que no tenía vínculo afectivo con los comitentes, pero con quien no medió acuerdo económico, la pareja retornó a Chile. El parto, de mellizos, se adelantó un par de semanas y los padres de intención ingresaron a Perú un día después del nacimiento. En el certificado de nacido vivo original, los niños figuran como hijos del varón comitente, que es el padre biológico, y de la gestante. La clínica, basándose en una supuesta recomendación legal, redactó un nuevo certificado de nacido vivo, en el que los niños figuraban como nacidos del padre biológico y su esposa, la mujer comitente. Con ese certificado irregular, los niños fueron inscritos en el Reniec. Según la clínica, se les aconsejó a los comitentes buscar asesoría legal para realizar el trámite ante el consulado chileno para poder obtener el pasaporte chileno para sus hijos y evitar cualquier problema al regresar.

La pareja comitente no realizó ninguna gestión consular ni legal y se dirigió al aeropuerto para regresar con los niños, peruanos, a Chile. Alertados

por las diferencias en la nacionalidad de padres e hijos, y al constatar que en el sello de ingreso a Perú era posterior a la fecha de nacimiento, la pareja fue detenida en Migraciones a la espera de una fiscal de familia. Según el relato del dueño de la clínica donde se realizó el procedimiento de subrogación, al escuchar explicar a la pareja que se trataba de un "vientre de alquiler" habría exclamado "¡eso es pecado!". La pareja fue detenida en el acto, separada de los niños, que fueron derivados a una institución de cuidado estatal mientras sus padres eran privados de su libertad. Durante un mes se les negó la realización de la prueba de ADN hasta que la presión mediática,²⁷ sumada a otras estrategias, logró que se autorizara la realización de las pruebas genéticas que descartaron la filiación con la gestante y confirmaron la filiación del padre de intención.²⁸

Con esta prueba se autorizó la libertad de la pareja y se les entregó a los niños, aunque se les prohibió en un primer momento salir del país. Tanto la pareja comitente como el director de la clínica fueron objeto de un proceso penal por tráfico de niños, el cual fue finalmente desestimado, pero los procesos por adulteración de documentos públicos continúan.²⁹

I. Propuestas de regulación de la gestación por sustitución

El Anteproyecto de Propuesta de Mejoras al Código Civil peruano,³⁰ publicado en febrero de 2020, propone cambios en la regulación vigente

²⁷ Siverino Bavio, Paula, "Cuando tu madre no te parió", *El Comercio*, 5 de noviembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

²⁸ Mosquera, Clara, "¿Llegó el momento de regular las técnicas de procreación asistida?", *La Ley*, 2019. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6131/llego-el-momento-de-regular-las-tecnicas-de-procreacion-asistida>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

²⁹ Vargas, Mónica, "El drama de una pareja chilena encarcelada en Perú", *Univision*, 8 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://www.univision.com/noticias/america-latina/el-drama-de-una-pareja-chilena-encarcelada-en-peru-tras-intentar-viajar-con-sus-bebes-nacidos-por-vientre-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

³⁰ Anteproyecto de Mejoras al Código Civil Peruano. Grupo de Trabajo de Revisión y Mejoras al Código Civil (RM N° 0300-2016-JUS y modificatorias), publicado mediante Res. Min. N° 0046-2020-JUS,

en relación con las técnicas de reproducción asistida, en general, y de la gestación por sustitución, en particular, si bien de manera confusa y deficiente. En síntesis, se reconoce la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida y se admite la gestación por sustitución solidaria. El Anteproyecto, en el artículo 415-A, exige el consentimiento informado y reconoce la voluntad procreacional. Asimismo, mantiene la presunción *mater est* —madre es la mujer que da a luz (proyectado artículo 415-D)— y regula la gestación por sustitución:

Artículo 415-D.- Determinación de la maternidad.

1. El parto determina la maternidad.
2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.
4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.

La propuesta avalaría la gestación solidaria al exigir que los acuerdos no tengan contenido patrimonial. Pero ¿qué se entenderá por contenido patrimonial? El pago de los gastos médicos, la contratación del seguro médico y de un seguro de vida, por ejemplo, prestaciones elementales y de indudable contenido patrimonial en protección de la gestante y el infante por nacer ¿no podrían, entonces, ser incluidas en el acuerdo de subrogación?

5 de febrero de 2020. El trabajo se llevó a cabo entre el 24 de octubre de 2016 y el 4 de julio de 2018; en el grupo de trabajo no participó ninguna mujer jurista.

La compensación por la gestación, cuando constituye un acto económicamente neutro, algo también usualmente aceptado como éticamente apropiado ¿se entendería que no podrían ser incluidos? Por otra parte, recordemos que las restricciones no pueden interpretarse analógicamente, y decir que no tienen contenido patrimonial es diferente a prohibir que lo tengan.

El inciso 1 del artículo 415-D establece como regla que el parto determina la maternidad, salvo que el infante nacido no sea hijo genético de la mujer que lo da a luz, por tener material genético de "otra mujer o pareja o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros". ¿Y qué sucede en el caso de una mujer que gesta a su propio hijo, pero mediante ovodonación? ¿Se podría denuncia que no es madre de ese niño?³¹ Pareciera colocar así, en la falta de vínculo genético, el peso para poder desvirtuar la presunción de maternidad, en lugar de reconocer claramente la voluntad procreacional como fuente filiatoria y el valor legal de los acuerdos de subrogación. Pero, además, resulta muy difícil interpretar qué quiere decir "no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros"; la última parte del enunciado es realmente inescrutable.

El inciso 3 no clarifica demasiado la situación al declarar que, en el caso de falta de correspondencia genética que permita dejar de lado la presunción de maternidad, "se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí". Esta redacción enumera los criterios que viene utilizando la jurisprudencia para emplazar a los niños o niñas nacidas mediante gestación por sustitución, por lo cual el artículo, aparentemente, dejaría en manos de los jueces la determinación de la filiación, pese a que la reforma del Código apuntaría a la certeza jurídica al regularla legalmente.

³¹ Recordemos que eso sucedió en el caso comentado de la casación y fue avalado por la Corte; la mujer incluso estuvo presa, pues se consideró que había cometido varios delitos.

De aprobarse el Anteproyecto con el articulado que comentamos, podría generar todo tipo de inconvenientes y situaciones a dirimir judicialmente, que es lo que, ante todo, se debería evitar para salvaguardar especialmente el interés superior de los infantes nacidos mediante esta tecnología.

Otra propuesta, mucho más sólida, fue la propiciada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que convocó a una mesa de expertos en 2014 para redactar un Proyecto de Ley sobre Reproducción Humana Asistida; éste contemplaba la regulación de la gestación por sustitución, la creación de una Comisión Nacional de Reproducción Humana Médicamente Asistida y de un Registro Nacional de Donantes de Gametos, Embriones y Gestantes, incluyendo sanciones de conductas delictivas e irregulares y disposiciones modificatorias de los Códigos Civil y Penal.

La propuesta incluía a la voluntad procreacional como fuente filiatoria en casos de nacimientos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, la cual debe expresarse de manera formal en el formulario de consentimiento informado, constituyendo un medio probatorio. Admite la gestación altruista como método excepcional, previamente autorizada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida. La gestación por sustitución se rige por el principio de solidaridad, presumiendo la finalidad altruista y vedando la transacción comercial, aunque se contempla la cobertura de gastos y la recompensa por las molestias pasadas a raíz de la práctica.

Existen al menos otros dos proyectos de ley que sí recibieron tratamiento parlamentario: uno sobre TRHA de 2012, que prohibía expresamente la gestación por sustitución, atribuyendo la filiación materna a la mujer que da a luz y dejando a salvo la acción de paternidad por parte del "padre biológico".³² Este proyecto tuvo predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del parlamento en el periodo de sesiones

³² Artículo 10, Proyecto de Ley núm. 1722/201. Disponible en: «<http://proyectosdeley.pe/p/4sceux/seguimiento/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

2012-3 y se recomendó la conformación de una Comisión Especial de Estudio, encargada de elaborar el anteproyecto de la ley de reproducción humana asistida.³³

En 2013 se presentó el proyecto núm. 2839/2013-CR, que tenía como finalidad modificar el mencionado artículo 7 de la LGS e incorporar la modalidad de "maternidad sustituta parcial altruista", el cual fue elevado a la Comisión de Salud y Población, donde quedó pendiente de dictamen en el periodo parlamentario 2011-6.³⁴

J. Conclusiones

La falta de regulación en Perú genera una situación de incertidumbre legal que expone a las personas que optan por una gestación por sustitución a graves violaciones de sus derechos humanos, particularmente, a los nacidos mediante este sistema y, por otra parte, propicia la comisión de irregularidades y delitos.

Una futura reforma del Código Civil debería dejar claramente establecido:

1. De manera general: los derechos de las personas LGBTQ+ a la identidad de género, el matrimonio igualitario y el derecho a formar una familia acudiendo a los beneficios de la ciencia y la tecnología, en conformidad con los parámetros de convencionalidad establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. De manera específica: *a)* la legalidad de la práctica de gestación por sustitución; *b)* la voluntad procreacional como fuente filiatoria en los casos de reproducción médicamente asistida emanada de los

³³ Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República.

³⁴ Estrada Mora, Himilce, Informe de Investigación "Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo", Legislatura 2018-19-número 26, Septiembre de 2018, p. 15. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

consentimientos informados y reafirmada en el acuerdo de subrogación; c) la validez de los acuerdos de subrogación y su condición de prueba suficiente, junto con los consentimiento informados, de la voluntad procreacional; d) el procedimiento registral para seguir en casos de gestación por sustitución; e) la referencia al dictado de una ley que regule los pormenores del procedimiento para garantizar los derechos humanos de todas las partes involucradas y los mecanismos de control respectivo, y f) la existencia de un órgano independiente que analice caso a caso y tutele los derechos humanos de las gestantes, descartando cualquier posibilidad de explotación o coacción.

Bibliografía

Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y Otra vs. Perú*, sentencia del 12 de marzo de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).

El Comercio, "Ricardo Morán reveló que la Reniec no le permite inscribir a sus hijos por ser solo un padre", *El Comercio Digital*, 9 de diciembre de 2020. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/tvmas/farandula/ricardo-moran-revelo-que-la-reniec-no-le-permite-inscribir-a-sus-hijos-por-solo-tener-un-padre-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Estrada Mora, Himilce, Informe de Investigación "Maternidad subrogada: Desarrollo conceptual y normativo", Legislatura 2018-19-número 26, Septiembre de 2018, p. 15. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B0092018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B0092018-2019_maternidad.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Garcés Peralta, Carolina, "Ventre de alquiler, maternidad subrogada o gestación por sustitución ¿Debe el derecho evitar los abusos?",

Ius 360°, 2018. Disponible en: «<https://ius360.com/vientre-de-alquiler-maternidad-subrogada-o-gestacion-por-sustitucion-debe-el-derecho-evitar-los-abusos/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

International Bioethics Committee-Unesco, "IBC Report on Assisted Reproductive Technologies (ART) and Modern Parenthood", París, 20 de diciembre de 2019. Disponible en: «<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367957>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Massi, Diana, "Ricardo Morán sobre ser padre subrogado: 'Yo soy gay, no estéril. Son dos cosas completamente diferentes'", *BBC News Mundo*, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: «<https://www.bbc.com/mundo/noticias-50169907>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Mosquera, Clara, "Otra vez los vientres de alquiler, *La Ley*, 2018. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6071/otra-vez-los-vientres-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Mosquera, Clara, "¿Llegó el momento de regular las técnicas de procreación asistida?", *La Ley*, 2019. Disponible en: «<https://laley.pe/art/6131/llego-el-momento-de-regular-las-tecnicas-de-procreacion-asistida>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Predictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en el Proyecto de Ley núm. 1722/2012, que propone la ley que regula la reproducción asistida. Disponible en: «[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/\\$FILE/PL-1722Predictamen.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2011/com2011jusderhum.nsf/746aabb1ed76b49a05257a6900618267/d0e75694414894cb05257cdb000272f1/$FILE/PL-1722Predictamen.pdf)». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Proyecto de Ley núm. 1722/201. Disponible en: «<http://proyectosdeley.pe/p/4sceux/seguimiento/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

República Digital, "Ricardo Moran sobre sus hijos: "Somos familia aunque el Reniec no quiera", *La República Digital*, 12 de mayo de 2021. Disponible en: «<https://larepublica.pe/espectaculos/2021/05/12/ricardo-moran-sobre-sus-hijos-familia-aunque-el-reniec-no-quiera/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

RPP Noticias, "Ricardo Morán tras rechazo del registro de sus hijos: 'Vamos a pelear hasta que RENIEC los inscriba'", *RPP Noticias*, 14 de marzo de 2021. Disponible en: «<https://rpp.pe/famosos/farandula/ricardo-moran-rechazo-de-reniec-registro-de-sus-hijos-vamos-a-pelear-hasta-que-los-inscriba-noticia-1325681>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Siverino Bavio, Paula, "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Análisis especializado en jurisprudencia RAE Jurisprudencia* 16, 2009.

Siverino Bavio, Paula, "El derrotero de la píldora del día después en el Perú. Algunos comentarios en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano sobre el particular", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* 2, 2010, pp. 244-269.

Siverino Bavio, Paula, "Impugnación de la maternidad, identidad y reproducción asistida heteróloga en el Perú: Cuando los genes ganan y las personas pierden", *Revista de Derecho de Familia* 55, 2012.

Siverino Bavio, Paula, "Bioética y derechos humanos: la 'bioética' confesional como estrategia", en Mujica, Jaris y Vaggione, Marco (comp.), *Grupos conservadores en América Latina*, Córdoba, CONICET,

2013, pp. 195-236. Disponible en: «<https://programaddssrr.files.wordpress.com/2015/08/vol7coleccionp.pdf>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Siverino Bavio, Paula, "Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y principios para el análisis", en Llaja Villena, Jeanette (ed.), *Los derechos de las mujeres en la mira. Informe anual del Observatorio de Sentencias Judiciales*, Lima, Demus, 2014. Disponible en: «https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/771_observatorio_ok.pdf». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Siverino Bavio, Paula, "Cuando tu madre no te parió", *El Comercio*, 5 de noviembre de 2018. Disponible en: «<https://elcomercio.pe/opinion/colaboradores/madre-pario-paula-siverino-noticia-553974-noticia/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Tribunal Constitucional, Pleno Sentencia 676/2020, del 3 de noviembre de 2020, Exp. núm. 01739-2018 PA/TC, Oscar Ugarteche Galarza.

Valdivieso López, Erika, "Ventre de alquiler, presupuestos de su antijuridicidad", *Legispe*, 2018. Disponible en: «<https://lpderecho.pe/ventre-alquiler-presupuestos-antijuridicidad/>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

Vargas, Mónica, "El drama de una pareja chilena encarcelada en Perú", *Univision*, 8 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://www.univision.com/noticias/america-latina/el-drama-de-una-pareja-chilena-encarcelada-en-peru-tras-intentar-viajar-con-sus-bebes-nacidos-por-ventre-de-alquiler>». [Consultado el 3 de septiembre de 2021].

CAPÍTULO 10

La gestación por subrogación en Puerto Rico

Esther Vicente*

* Catedrática de la Facultad de Derecho Universidad Interamericana de Puerto Rico.

SUMARIO: A. Introducción; B. Marco legal; C. Información sobre proveedores de servicios; D. Derechos reproductivos y constitucionales en Puerto Rico; E. Vaivenes legislativos; I. Propuestas restrictivas; II. Propuestas legislativas para el reconocimiento de la reproducción por subrogación; F. Paternidad o maternidad Legal; I. Una controversia ante la judicatura; G. Acuerdos de gestación por subrogación; I. Acuerdos de gestación por subrogación, derecho vigente al año 2021; II. Nueva propuesta legislativa para reglamentar los acuerdos de reproducción por subrogación; III. Elegibilidad para la gestación por subrogación; IV. Derechos de los y las menores de edad; V. Agencias y criminalización; VI. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación; H. Conclusión. Bibliografía.

A. Introducción

No fue hasta la segunda década del siglo XXI que se nombró por primera vez la reproducción por subrogación —aunque de manera matizada e incompleta— en el ordenamiento jurídico formal de Puerto Rico. El 1 de junio de 2020 se incorporaron cuatro artículos al Código Civil de Puerto Rico que reconocen lo que se denominó "maternidad subrogada", limitada a la gestacional. El 17 de junio de 2021 el Tribunal Supremo emitió una sentencia que reconoce el derecho de la madre intencional a inscribir mediante un reconocimiento voluntario a la criatura nacida por un proceso de reproducción subrogada gestacional; sin embargo, señaló claramente que ese derecho procede sólo cuando "la mujer gestante no está vinculada genéticamente con el menor".¹

¹ *RPR & BJJ*, ex parte, 2021 TSPR (Tribunal Supremo de Puerto Rico) 83, 201 DPR (Decisiones de Puerto Rico) 2021, p. 40.

La práctica de la reproducción por subrogación se ha realizado en Puerto Rico desde mucho antes de su reconocimiento jurídico, pero había sido víctima de los vaivenes entre los sectores liberales y los conservadores de tendencias fundamentalistas que ocupaban los poderes políticos con facultad para legislar.² Los grupos de presión involucrados en los debates en torno a la reproducción por subrogación y otros derechos, como los incluidos en la propuesta de revisión del Código Civil de Puerto Rico discutida en 2007, se encuentran entre grupos religiosos, defensores de derechos humanos y, en un plano secundario, algunas agencias gubernamentales, medios de comunicación, juristas e integrantes de la academia.³

La propuesta de reforma del Código Civil de 2007 fue derrotada y no pasó siquiera a convertirse en Proyecto de Ley.⁴ Posteriormente, en 2010, se discutió, ante una comisión legislativa, el Proyecto de Ley 1568, que pretendía añadir nuevos incisos al Código Penal a los fines de prohibir la utilización de las técnicas de reproducción asistida para procrear embriones humanos; la utilización de gametos de personas difuntas para la concepción *post mortem*; la utilización de gametos, cigotos, embriones o material genético de procedencia desconocida, y la compraventa de gametos, cigotos, embriones y alquiler de vientres.⁵

Nuevamente se activaron los sectores que promueven la libertad reproductiva y los que ofrecen los servicios necesarios para hacerlos una realidad. En el debate público y legislativo participaron varios médicos, la Sociedad para la Medicina Reproductiva de los Estados Unidos, la

² Labadie, Glenda, "Bioética y derecho de familia: acotaciones y clareos acerca de la gravidez subrogada", *Rev. Jur. U.P.R.* 76, 2007, pp. 1291, 1299.

³ Martínez-Rivera, Carlos, "Grupos de presión religiosos y su influencia sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.P.R.* 263, 2012, pp. 273-276.

⁴ La directora ejecutiva de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de 1930, organismo que había elaborado los borradores de la propuesta tras 10 años de trabajo, expresó en entrevista con Martínez-Rivera: "Yo no hubiese querido que prevalecieran los grupos religiosos, pero prevalecieron", *ibidem*, p. 264.

⁵ "Prohibición de la reproducción asistida", Proyecto del Senado 1568, 16ª Asamblea Legislativa, 3ª Sesión Ordinaria (7 de mayo de 2010).

Sociedad para la Tecnología de la Asistencia Reproductiva; la Comisión de Derechos Civiles de Puerto Rico, la organización no gubernamental Profamilias Puerto Rico, así como juristas, académicos y estudiantes de derecho. La movilización de estos sectores en contra de la criminalización de la reproducción por subrogación y otras prácticas de reproducción asistida logró detener la aprobación de la medida propuesta y la comisión legislativa que la estudiaba emitió un informe negativo al respecto.⁶ Continuó la práctica invisibilizada, sin reconocimiento jurídico, pero tolerada y practicada en las clínicas proveedoras del servicio.

En el presente se discute un proyecto de ley para atender aspectos tales como: establecer las normas y los requisitos para realizar acuerdos de reproducción por subrogación gestacional; disponer sobre los derechos y las responsabilidades de las partes involucradas; establecer el procedimiento judicial requerido, las órdenes judiciales a solicitar previo al nacimiento, la filiación y disposiciones para la inscripción en el certificado de nacimiento, entre otras.

B. Marco legal

El 1 de junio de 2020 se aprobó la Ley 55- 2020 contentiva del nuevo Código Civil de Puerto Rico, que entró en vigor el 28 de noviembre del mismo año. En los artículos 76, 556, 567 y 570 se menciona la "maternidad subrogada", lo que se ha interpretado como el reconocimiento jurídico de la práctica de reproducción por subrogación en la modalidad gestacional. El artículo 76 dispone que "el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto salvo las disposiciones sobre [...] maternidad subrogada, o cuando la ley disponga algo distinto".⁷ Los artículos 556, 567 y 570 hacen referencia a dos conceptos relacionados con la reproducción por subrogación. El artículo 556 establece que la filiación tiene lugar

⁶ Véase Informe Negativo del Senado sobre el Proyecto del Senado 1568 (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, Comisión de lo Jurídico Penal, 3 de febrero de 2011).

⁷ Artículo 76 del Código Civil de Puerto Rico de 2020, 31 LPRA 5523.

por vínculo genético o por métodos de procreación asistida o por adopción. El artículo 567 recoge la presunción de que el parto determina la maternidad, pero dispone como excepción que no procede en casos de "maternidad subrogada gestacional". El artículo 570 reconoce a la madre intencional la facultad de impugnar la maternidad cuando ocurre por medio de la subrogación.⁸

Aunque el concepto utilizado, maternidad subrogada, matiza el reconocimiento de la reproducción por subrogación y los artículos se limitan a mencionar la práctica sin definir las normas sobre los acuerdos ni sobre los procesos de filiación, entre otros aspectos, se ha desatado el nudo y el estancamiento en que se encontraba el ordenamiento jurídico. Así se abrió la puerta al reconocimiento de diversos medios de reproducción humana y se proveyó cierta atención a sus efectos jurídicos en el área de la filiación. Además, los artículos del nuevo Código Civil han dado paso a nuevas propuestas legislativas que, igual que en el pasado, revelan la tensión entre la perspectiva liberal y la conservadora.

A pesar del retraso del ordenamiento jurídico en incorporar la reproducción por subrogación de forma específica, la gente, las parejas, los médicos y las familias lo han reclamado por décadas en Puerto Rico.⁹ Cada vez que la Asamblea Legislativa de Puerto Rico considera algún proyecto de ley relacionado a la reproducción por subrogación comparecen a dejar saber su sentir múltiples personas e instituciones.

C. Información sobre proveedores de servicios

Es importante resaltar que la medida recién aprobada como parte del Código Civil de Puerto Rico de 2020 incorpora la llamada "maternidad

⁸ Artículos 556, 567 y 570 del Código Civil de Puerto Rico de 2020, 31 LPRA 7106, 7121 y 7124, respectivamente.

⁹ Martínez-Rivera, Carlos, *op. cit.*, pp. 273-276.

subrogada gestacional", es decir, cuando la persona gestante no aporta material genético; sin embargo, no dispone procedimientos, normas ni definiciones claras para atender las controversias que genera esta práctica. Los médicos y las clínicas que ofrecen el servicio se guían por los principios de la libertad de contratación; se remiten a los estándares emitidos por la Sociedad Americana para la Medicina Reproductiva¹⁰ y por los reglamentos de la Administración Federal de Drogas y Alimentos de Estados Unidos (FDA).¹¹

En Puerto Rico operan, hasta junio de 2021, cuatro clínicas¹² que ofrecen servicios para atender problemas de infertilidad e informan a los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC) sobre sus servicios de reproducción asistida. Según la página web de los CDC, las clínicas proveedoras de estos servicios son: GREFI, Gynecology, Reproductive Endocrinology & Fertility Institute; Clínica de Fertilidad HIMA-San Pablo Caguas; Pedro J. Beauchamp, MD IVF Program dba, Puerto Rico Fertility Center; Genes Fertility Institute.

Los datos más recientes a los que hemos tenido acceso, sobre los servicios provistos por estas clínicas, surgen del informe de 2018 publicado por los CDC y se refieren a tres de las clínicas identificadas; revelan que

¹⁰ Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion, Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine and Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology, American Society for Reproductive Medicine, Birmingham, Alabama 2016; Consideration of the gestational carrier: an Ethics Committee opinion, Ethics Committee of the American Society for Reproductive Medicine American Society for Reproductive Medicine, Birmingham, Alabama 2013; Minimum standards for practices offering assisted reproductive technologies: a committee opinion, Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine, Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology, and Practice Committee of the Society of Reproductive Biologists and Technologists, American Society for Reproductive Medicine, Society for Assisted Reproductive Technology, and Society of Reproductive Biologists and Technologists, Birmingham, Alabama 2019.

¹¹ U.S. Department of Health and Human Services Food and Drug Administration Center for Biologics Evaluation and Research, "Eligibility Determination for Donors of Human Cells, Tissues, and Cellular and Tissue-Based Products (HCT/PS)", agosto de 2007.

¹² Centers for Disease Control and Prevention, "Puerto Rico Clinics". Disponible en «https://nccdc.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicsList&SubTopic=&State=PR». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

éstas ofrecen los siguientes servicios: "ART for single women, Donor egg services, Donor embryo services, Embryo cryopreservation services, Gestational carrier services", éste se refiere a situaciones en las que una mujer gestante lleva a término un embarazo de un bebé al que no está vinculada genéticamente. El informe indica que el porcentaje de ciclos en la categoría de *gestational carrier services* informados por las clínicas GREFI, Gynecology, Reproductive Endocrinology & Fertility Institute y Pedro J. Beauchamp, MD IVF Program dba, Puerto Rico Fertility Center es de 9.5% de 54 ciclos y 3.2% de 197 ciclos, respectivamente. La Clínica de Fertilidad HIMA-San Pablo Caguas informó 0.0% de 63 ciclos y la Clínica GENES Fertility Institute no dio datos.¹³

D. Derechos reproductivos y constitucionales en Puerto Rico

Los derechos reproductivos cuentan con protección constitucional en Puerto Rico al amparo de la Carta de Derechos de la Constitución y de las doctrinas constitucionales dimanantes de la Constitución de Estados Unidos, producto de la interacción del ordenamiento jurídico constitucional puertorriqueño con el de Estados Unidos.

El estatus de Puerto Rico como territorio no incorporado, es decir, colonia de Estados Unidos, levanta serias preguntas desde el derecho a la autodeterminación de los pueblos. A pesar de esa situación de democracia menguada, en Puerto Rico se ha mantenido vivo un imaginario de derechos y libertades que va más allá de los derechos civiles y políticos e incluye derechos económicos, sociales y culturales. La historia del desarrollo de estos derechos en la legislación, la jurisprudencia y la sociedad puertorriqueña revela un compromiso con un marco de derechos humanos y democracia más cercano a las socialdemocracias europeas

¹³ Centers for Disease Control and Prevention, "National Data". «Disponible en: <https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicInfo&rdRequestForward=True&ClinicId=9999&ShowNational=1>. [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

que a la democracia capitalista norteamericana. A partir de esta visión, el Estado adquiere un papel dual. Por un lado, ha de abstenerse de intervenciones de los poderes públicos y de entes privados en la esfera de la vida privada y familiar. Por otro lado, ha de garantizar los derechos fundamentales a la libertad, la integridad personal, la dignidad, la intimidad y la igualdad de los integrantes de las familias, frente a las intromisiones y violaciones que ejerzan otros integrantes de la familia o del entorno social.

La Carta de Derechos, contenida en el artículo II de la Constitución de Puerto Rico, adoptada en 1952, ha servido de escalón de soporte a la construcción de una mayor equidad para quienes integran las familias y confrontan inequidades por razón de nacimiento, sexo o género y por otros motivos.¹⁴ También ha sido punta de lanza y escudo ante el poder regulador y controlador que ejerce el Estado sobre las familias y sus integrantes.¹⁵

La Constitución protege específicamente los derechos a la dignidad, la igualdad, la intimidad y la libertad, entre otros. Tomados en su conjunto y de manera integrada, en la interpretación de los derechos constitucionales no debe adoptarse una actitud restrictiva, sino que, por lo contrario, se deben interpretar en su plenitud.¹⁶ El Tribunal Supremo ha establecido precedentes no sólo en el ámbito del derecho de las familias,

¹⁴ Vicente, Esther, "El derecho de las familias en el Puerto Rico del siglo XX y principios del XXI", en *El derecho en clave histórica: Ensayos sobre el ordenamiento jurídico puertorriqueño*, San Juan, Inter-Juris, 2014, pp. 581-630. Por ejemplo, en el caso *Ocasio v. Díaz*, 88 DPR 676 (1963), el Tribunal Supremo dejó de lado el principio que establecía que la filiación se determinaba de acuerdo con la ley vigente al momento del nacimiento de la persona a ser filiada e hizo realidad el mandato de igualdad y dignidad para todas las personas, independientemente de las circunstancias y la fecha de su nacimiento.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Figuerroa Ferrer v. E.L.A.*, 107 DPR 250 (1978) establece que el derecho al divorcio por consentimiento mutuo y el derecho a divorciarse es una vertiente del derecho a la intimidad. Otro ejemplo de la interacción entre el derecho a la dignidad y la igualdad surge del proceso ocurrido en 1976 cuando se enmendó el Libro de Familia del Código Civil con el propósito de cumplir con el derecho a la dignidad y la igualdad sin distinción de género y así equiparar a la esposa con el marido en los procesos de toma de decisiones en el interior de la familia. Véase Ley 51 de 21 de mayo de 1976. Disponible en: «<https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/2/0051-1976.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

sino también en torno al derecho a la intimidad de las trabajadoras y los trabajadores;¹⁷ las personas que confrontan violaciones a su intimidad ante una expareja que les tomó videos sin su autorización y reclaman el cierre de una vista judicial en un caso civil;¹⁸ la familia de una persona asesinada de forma violenta cuya imagen fue utilizada en una campaña política sin la autorización correspondiente;¹⁹ el jefe de una agencia gubernamental ante una manifestación efectuada por la unión de trabajadores de la agencia frente a su residencia privada;²⁰ un empleado a quien se pretendía obligar a someterse a una prueba de polígrafo;²¹ el derecho a rechazar tratamiento médico,²² y otros.

La sección primera de la Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico, comienza con un enunciado claro y terminante: "[l]a dignidad del ser humano es inviolable".²³ Este principio es fundamental. Toda interpretación de la Carta de Derechos debe hacerse en consideración y a la luz del derecho a la dignidad y su inviolabilidad, pilar que sirve de base a los demás derechos.²⁴ El Tribunal Supremo de Puerto Rico ha establecido claramente que el propósito de esta disposición constitucional, unida al principio de igualdad, es fijar como base consustancial de todos los derechos contenidos en la Carta el principio de la dignidad del ser humano y que "la inviolabilidad personal y la intimidad son valores de la persona que merecen protección no sólo frente a atentados provenientes de otros particulares, sino también contra injerencias abusivas de las autoridades".²⁵

¹⁷ *Vega v. Telefónica*, 156 DPR 584 (2002); *Segarra Hernández v. Royal Bank of Puerto Rico*, 145 DPR 178 (1998).

¹⁸ *Fulana de tal y Sutana de cual v. Demandado*, 138 DPR 610 (1995).

¹⁹ *Colón v. Romero Barceló*, 112 DPR 273 (1982).

²⁰ *E.L.A. v. Hermandad*, 104 DPR 436 (1975).

²¹ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35 (1986).

²² *Lozada Tirado v. Tirado Flecha*, 177 DPR 893 (2010).

²³ Art. II, Sec. 1, Constitución de Puerto Rico.

²⁴ *Arroyo v. Rattan Specialties*, supra n. 21, p. 58.

²⁵ *Idem*.

El derecho vigente en Puerto Rico sobre derechos sexuales y reproductivos está ligado a su relación con Estados Unidos, pero supera las garantías constitucionales protegidas en dicho país. Las decisiones del Tribunal Supremo de Estados Unidos en materia de derechos constitucionales fundamentales vinculan a Puerto Rico. Una vez que se ha determinado por dicho foro que la reproducción cuenta con la protección del derecho fundamental a la intimidad, reconocido como garantía de la libertad y el debido proceso de ley, tal derecho es extensivo a todos los estados y territorios. Cada estado y territorio tiene que garantizar, como mínimo, el alcance del derecho fundamental definido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos; sin embargo, puede ampliar la protección y las garantías que provee. Esta doctrina surge de varios casos resueltos por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en los que incorporó de forma selectiva los derechos constitucionales fundamentales de la Carta de Derechos, conformada por las primeras 10 enmiendas a la Constitución de Estados Unidos, que inicialmente sólo aplicaban al gobierno federal, a la Cláusula del Debido Proceso de Ley de la Enmienda Decimocuarta de la Constitución de Estados Unidos que aplica a los Estados de ese país o por la Quinta Enmienda a los territorios y posesiones de Estados Unidos.²⁶

En Puerto Rico la Asamblea Legislativa y las ramas ejecutiva y judicial se guían por este mandato. Un caso reciente en que el Tribunal Supremo consideró esta doctrina trata precisamente sobre las relaciones familiares; la aplicación del caso paradigmático *Obergefeld v. Hodges*,²⁷ sobre el matrimonio igualitario, en el que el Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció que el derecho a casarse es un derecho fundamental y no puede negarse a las parejas del mismo sexo. Dicha doctrina aplica en

²⁶ Para una explicación detallada, véanse Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*, 6a. ed, Nueva York, Wolters Kluwer, 2020, capítulo 8: "Fundamental rights under due process and equal protection", pp. 903-1015; Serrano Geyls, Raúl, *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, v. II, San Juan, Programa Educación Jurídica Continuada, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1988, capítulo VIII, sección 3: "La doctrina de la 'incorporación selectiva'", y sección 6: "El ámbito mínimo federal", pp. 780-796.

²⁷ 135 S. Ct. 2584 (2015).

Puerto Rico, por lo que se refrendó la constitucionalidad de la orden ejecutiva del gobernador García Padilla en la que se requería a todas las agencias del gobierno de Puerto Rico garantizar trato igualitario a las parejas del mismo sexo.²⁸

La Carta de Derechos de la Constitución de Puerto Rico protege específicamente el derecho a la intimidad, por lo que el Tribunal Supremo ha determinado en *Arroyo v. Rattan Specialties, Inc.*²⁹ que este derecho es de factura más ancha al amparo de la Constitución de Puerto Rico que de la Constitución de Estados Unidos. Estableció que opera *ex proprio vigore*, es decir, no requiere legislación que haga extensiva su protección ante actuaciones de entes y personas privadas y por ello se puede reclamar frente a todo el mundo. Señaló, además, que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ejercieron una influencia significativa en la redacción de la Carta de Derechos.³⁰

La importancia y el alcance que reviste el derecho a la intimidad, unido al respeto por la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho a la igualdad, es la fuente de la protección constitucional de los derechos reproductivos³¹ en el ordenamiento jurídico. Conforme a la doctrina constitucional establecida, el Estado sólo podrá intervenir para limitar los derechos reproductivos si demuestra que 1) existe un interés apremiante que lo justifique; 2) su intervención es necesaria para atender el interés apremiante y está estrechamente relacionada con él, y 3) si no cuenta con otras alternativas menos restrictivas para alcanzar el interés apremiante. En 1980 el Tribunal Supremo de Puerto Rico tuvo la ocasión

²⁸ *Charbonier y otros v. García Padilla, Gobernador de Puerto Rico*, 193 DPR 516 (2015), voto particular Jueza Asociada Rodríguez Rodríguez, pp. 522-3.

²⁹ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35 (1986).

³⁰ *Arroyo v. Rattan Specialties*, 117 DPR 35 (1986), pp. 61-64. Véanse *Colón v. Romero Barceló*, 112 DPR 573, 576 (1982); *Figueroa Ferrer v. E.L.A.*, 107 DPR 250 (1978); *Sucn. de Victoria v. Iglesia Pentecostal*, 102 DPR 20, 23 (1974); *E.L.A. v. Hermandad de Empleados*, 104 DPR 436, 439-440 (1975).

³¹ *Ibidem*; véase *Pueblo v. Duarte Mendoza*, 109 DPR 596 (1980).

de expresarse respecto al derecho al aborto en el caso *Pueblo v. Duarte Mendoza*,³² en el que se impugnó la validez constitucional de la ley que penalizaba el aborto. El Tribunal indicó que el caso *Roe v. Wade*, resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, reconoció el derecho a terminar un embarazo como garantía del derecho fundamental a la intimidad de la mujer embarazada y entendió que ese dictamen es vinculante en Puerto Rico. Por ello reconoció el derecho al aborto e interpretó el artículo del Código Penal que establecía el delito de aborto de manera tal que estableció que no constituye conducta ilícita el que una mujer procure y obtenga la terminación de un embarazo en cualquier momento. Además, expuso que el derecho al aborto en Puerto Rico es más amplio que el reconocido por la jurisprudencia de Estados Unidos. Por ello, no adoptó el esquema de trimestres de *Roe v. Wade*, sino que extendió el criterio allí establecido para el primer semestre a todo el periodo del embarazo. A esos efectos, el Tribunal Supremo estableció lo siguiente:

Como cuestión de hecho, tanto el Art. 1 de la Ley Núm. 136 como el vigente Art. 91 del Código Penal se colocan dentro de la mayor perspectiva de permisibilidad del aborto, toda vez que prescriben para todo el período del embarazo, el criterio constitucional establecido por el Tribunal Supremo federal para el primer trimestre, cual es, que la paciente en consulta con su médico, sin la intervención del Estado, puede poner fin a su embarazo.³³

Esto significa que en cualquier momento del embarazo la mujer, en consulta con su médico, puede tomar la decisión de terminarlo para proteger su vida o su salud física o mental. En *Pueblo v. Duarte Mendoza*, se reconoció, además, que no podía concederse un veto absoluto a los padres respecto a la decisión de abortar de una menor, siempre que ésta contara con madurez intelectual suficiente para tomar la decisión de terminar su embarazo. En el caso se discute la amplia interpretación del concepto

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*, p. 608.

salud que incluye tanto aspectos físicos como emocionales. Tan amplia protección al derecho a terminar el proceso de reproducción se extiende como corolario, por supuesto, al derecho a procurarla por los medios y las tecnologías desarrolladas por los avances científicos.³⁴

E. Vaivenes legislativos

I. Propuestas restrictivas

Entre las medidas propuestas para restringir y hasta criminalizar la reproducción por subrogación que se han presentado a la Asamblea Legislativa, cabe destacar el Proyecto del Senado 1568, de 7 de mayo de 2010, 3ª Sesión Ordinaria, 16ª Asamblea Legislativa. Conforme indicamos, éste perseguía enmendar el Código Penal de Puerto Rico para criminalizar el uso de las técnicas de reproducción asistida.³⁵ Se pretendían tipificar como delito conductas, acciones y tratamientos médicos legítimos practicados en países alrededor del mundo para atender la infertilidad masculina y femenina. Esta propuesta representaba una clara violación a los derechos a la salud, a la libertad reproductiva, a la autonomía personal, y a la dignidad y a la intimidad; un retroceso incomprensible en pleno siglo XXI. Tras varias sesiones de vistas públicas a las que comparecieron organizaciones de la sociedad civil, profesionales de la salud, varias asociaciones médicas, incluyendo la Sociedad Americana de Medicina Reproductiva, así como personas en su carácter privado que se oponían a la medida, el 3 de febrero de 2011, la Comisión de lo Jurídico Penal del Senado rindió un informe negativo de la adopción de la medida, en el que manifestó:

Del extenso proceso de vista pública y análisis de las diversas comparecencias ante esta Comisión Senatorial no se ha demostrado

³⁴ *Idem*; véanse *Acevedo Montalvo v. Hernández Colón*, 377 F. Supp. 2nd 1332, 1343-4 (1974); *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535 (1942) (derecho fundamental a la procreación).

³⁵ Proyecto del Senado 1568, de 7 de mayo de 2010, 3ª Sesión Ordinaria, 16ª Asamblea Legislativa. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=33827>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

que estamos ante un problema social, económico, de seguridad o de salud pública que amerite la intervención del Estado mediante la prohibición y penalización de la conducta que establece el P del S. 1568. Los datos o estadísticas presentadas ante esta Comisión Senatorial no demostraron la existencia de algún problema real que requiera la intervención del estado con derechos fundamentales reconocidos a los individuos en nuestro ordenamiento, según se propone en esta medida.³⁶

Otro intento para limitar el acceso a la reproducción por subrogación ocurrió en 2018, cuando se presentó en la Cámara de Representantes de Puerto Rico un proyecto sustituto al elaborado por el Senado de Puerto Rico para la aprobación de la reforma del Código Civil; el Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, de 18 de junio de 2018, 3ª Sesión Ordinaria, 18ª Asamblea Legislativa, de la autoría de la comisión legislativa presidida por la representante Milagros Charbonier. Éste incorporaba el artículo 75 en el proyecto sustitutivo, el que limitaría la autonomía de la voluntad sobre la que se sustentan los acuerdos de reproducción por subrogación. La prohibición se complementaba con el artículo 76 de ese proyecto, que prohibiría la remuneración económica por la donación de órganos, tejidos o fluidos del cuerpo humano.³⁷

El 4 de marzo de 2020 la delegación del partido de oposición sometió un informe negativo al Proyecto de la Cámara de Representantes de 1654, en el que se opuso a varias de sus disposiciones. En lo concerniente a la reproducción subrogada, hizo eco de lo planteado por varias organizaciones de derechos humanos y se opuso a los artículos 75 y 76. Se planteó que de aprobarse dichos artículos se establecería una prohibición

³⁶ Informe Negativo del Proyecto del Senado 1568, Comisión de lo Jurídico Penal, Senado de Puerto Rico, 3 de febrero 2010, 5ª Sesión Ordinaria, 16ª Asamblea Legislativa, p. 90. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=33827>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

³⁷ Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, de 18 de junio de 2018, 3ª Sesión Ordinaria, 18ª Asamblea Legislativa. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

expresa, sin excepciones, a la contratación privada con el cuerpo humano, por lo que se criminalizaría la reproducción por subrogación.³⁸

La consideración de la reforma del Código Civil se detuvo por unos meses y finalmente fue aprobada por el Senado de Puerto Rico con enmiendas al Proyecto Sustitutivo de la Cámara, incluidas las antes referidas. Finalmente fue aprobado por la conferencia legislativa, la gobernadora en funciones lo firmó y se convirtió en la Ley 55 de 1 junio de 2020. El nuevo Código Civil de Puerto Rico entró en vigor el 28 de noviembre de 2020 y reconoce la "maternidad subrogada". Ello representa una victoria para quienes promueven el derecho a acceder a la reproducción por subrogación, aunque limitada e incompleta.

No obstante, iniciada la implantación del Código Civil 2020 con una Asamblea Legislativa nueva y diversa, resultado de las elecciones celebradas el 3 de noviembre de 2020, volvió a la carga el sector conservador fundamentalista, que se organizó en un partido religioso-fundamentalista llamado Proyecto Dignidad y logró colocar a una persona en el Senado de Puerto Rico y otra en la Cámara de Representantes. La senadora de dicho sector, quien se autodefine como abogada canónica, presentó el Proyecto del Senado 196 de 18 de febrero de 2021 para enmendar los artículos 76 y 77 de la Ley 55-2020, conocida como el Código Civil de Puerto Rico. Su propuesta tiene el propósito de "prevenir la trata humana en cuanto a la comercialización de órganos, células, tejidos, sangre, plasma, gametos, embriones y maternidad subrogada". Además, propone establecer que: "[n]inguna persona podrá recibir remuneración económica por *órganos*, tejidos, sangre, plasma, gametos, embriones o maternidad subrogada".³⁹ La exposición de motivos de esa medida indica que

³⁸ Senado de Puerto Rico, Informe de la Delegación del Partido Popular Democrático, Sustitutivo de la Cámara al Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, 3 de abril de 2020, pp. 4-5. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

³⁹ Proyecto del Senado 196 de 18 de febrero de 2021, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, 19ª Asamblea Legislativa, 1ª Sesión Ordinaria.

responde al interés de proteger a las mujeres vulnerables de la posible explotación mediante la mercantilización de sus cuerpos. Cabe señalar que ese problema no existe ni se ha documentado en Puerto Rico.

Realmente, lo que persigue esa propuesta es llevar nuevamente al Código Civil la criminalización de la reproducción por subrogación y limitar la libertad de contratación en ese campo. De aprobarse tendría un serio impacto sobre los procesos de reproducción por subrogación, pues no define el concepto remuneración, de manera que no provee criterios para determinar si incluye la compensación a la persona gestante por las necesidades y gastos que le genere el proceso, tales como transportación, alimentación, gastos médicos, salarios dejados de percibir, ropa de maternidad, cuidado de niños. Dicho proyecto no se ha sometido a discusión pública hasta el presente.

II. Propuestas legislativas para el reconocimiento de la reproducción por subrogación

No todos los esfuerzos y proyectos de ley presentados ante la Asamblea Legislativa de Puerto Rico responden a ese ánimo prohibitivo del sector religioso-fundamentalista. Antes de la aprobación del Código Civil en 2020, en 1997 se había establecido la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico, mediante la Ley 85, del 16 de agosto de 1997. Los trabajos de la Comisión se iniciaron en febrero de 1998; ésta presentó a la comunidad y discutió en vistas legislativas públicas, celebradas en 2007, borradores de todos los libros del Código Civil, incluido el relativo a las relaciones familiares.⁴⁰ Éste proponía el reconocimiento de la reproducción por subrogación y procedimientos detallados para reglamentar los procesos, la contratación y la filiación. En el memorial explicativo que acompañó al borrador se

⁴⁰ Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: el proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 35, 2001, p. 491; Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: los borradores del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 40, 2006, p. 419.

planteaba que la reglamentación de esos asuntos era necesaria, ya que los tribunales del país tenían que lidiar con las controversias en ausencia de normativa clara al respecto. El borrador, sin embargo, no llegó siquiera a convertirse en un proyecto de ley debido al revuelo que causaron éstas y otras disposiciones innovadoras. Se acercaba el periodo eleccionario de 2008 y el partido que ganó las elecciones decidió terminar con los trabajos de la Comisión, sin presentar la propuesta de reforma como un todo. La reforma del Código Civil se retomó posteriormente con los resultados que hemos reseñado, incompletos para el tema de la reproducción por subrogación.

Hubo otros intentos de reglamentar la práctica de la reproducción por subrogación. El Proyecto de la Cámara de Representantes 1766 de 7 de septiembre de 2018 proponía "crear la Ley para la Reglamentación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida; establecer prohibiciones; determinar la filiación de las personas nacidas como producto de estas técnicas y otros fines relacionados."⁴¹ Además contenía reglas sobre la reproducción *post mortem*.⁴² Los vaivenes de la política partidista y el impacto del sector conservador-fundamentalista descarriló la posibilidad de que este asunto se atendiera en el periodo 2007-2008, y 10 años después, en 2018, mediante el Proyecto de la Cámara de Representantes 1766. Las tensiones entre estos dos sectores de la sociedad puertorriqueña no sólo han afectado los procesos legislativos sobre la reproducción asistida, sino también han tenido impacto serio en la incorporación de la perspectiva de género en el currículo escolar, la prohibición de las terapias de conversión utilizadas para desalentar los procesos transicionales de las personas trans y las medidas y acercamientos para prevenir e intervenir con la violencia de género.⁴³

⁴¹ Gobierno de Puerto Rico, Cámara de Representantes, Proyecto de la Cámara de Representantes 1766, 18ª Asamblea, 4ª Sesión Legislativa Ordinaria de 7 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=128112>».

⁴² *Ibidem*, sección quinta: "Maternidad subrogada" y sección sexta: "Reproducción *post mortem*", pp. 9-11.

⁴³ Véase Martínez-Rivera, Carlos, *op. cit.*; Fernós, M. D., "El derecho, los mecanismos del Estado y el partidismo en la incorporación de la equidad de género en el sistema escolar público (1974-2015),

F. Paternidad o maternidad Legal

El Registro Demográfico, adscrito al Departamento de Salud de Puerto Rico, tiene a su cargo, por mandato de la Ley Núm. 24 del 22 de abril de 1931, según enmendada, la inscripción de los eventos vitales tales como nacimientos, defunciones, matrimonios, divorcios, adopciones, filiación, cambios de nombres y otros asuntos relacionados con los eventos vitales de las personas. El Registro Demográfico ha informado que durante los últimos años ha recibido a parejas que solicitan que se valide un contrato de reproducción subrogada para la inscripción de la criatura nacida. Debido a que no existe normativa en torno a este asunto, el personal del Registro señala a las parejas que cuando la mujer que ha parido a la criatura no tiene vínculo genético con ésta, el contrato de subrogación tiene que pasar por la verificación y validación del tribunal y que éste ha de emitir una orden al Registro Demográfico para la inscripción de la o el menor.

Si se trata de una situación en que la mujer que da luz a la criatura tiene vínculo genético con ésta, el proceso que se debe seguir es el de adopción.⁴⁴ Los procesos de adopción en Puerto Rico están altamente reglamentados, requieren la intervención del Departamento de la Familia, de los procuradores de familia y de un tribunal, así como la terminación de la filiación de los progenitores biológicos o, en el caso de la subrogación,

Rev. Jur. U.I.P.R., 31, 2014-2015; Vicente, Esther, "Sexo, género y sexualidad en la adjudicación de controversias constitucionales" en *Derecho constitucional en el Caribe género, sexualidad y raza*, San Juan, Inter-Mujeres, 2015, pp. 44-55; Burgos Rosado, E., "Todas las vidas valen. ¿Por qué si matan más hombres que mujeres debemos pensar que hay una emergencia por la violencia contra la mujer?", *El Nuevo Día*, sección *Punto de vista*, de 4 de diciembre de 2020 (el autor aborda el debate en torno a si la declaración de un estado de emergencia por la violencia de género es o no pertinente); Fontanet Rodríguez, Claudia, "¿Estado de emergencia inclusivo?", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 8 de diciembre de 2020; Román, Madeline, "La importancia de los apellidos de la violencia", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 7 de diciembre de 2020; Gobierno de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, 18ª Asamblea, 6ª Sesión Legislativa Ordinaria, Proyecto del Senado 1349, de 23 de agosto de 2019, pp. 3-4; Gobierno de Puerto Rico, Senado de Puerto Rico, 18ª Asamblea, 7ª Sesión, Legislativa Ordinaria, Informe Negativo Proyecto del Senado 1349 de 11 de febrero de 2020, pp. 6-7.

⁴⁴ Memorial Explicativo sobre el Proyecto de la Cámara de Representantes 577, del Departamento de Salud de Puerto Rico, presentado el 28 de abril de 2021, p. 2.

de la progenitora con vínculo genético con la criatura o el consentimiento de ésta a la adopción y su renuncia a la patria potestad. Esta situación crea inestabilidad, tensiones y costos económicos y de tiempo para todas las partes participantes en el proceso que afectan muy particularmente a las criaturas nacidas por este medio.

I. Una controversia ante la judicatura

El 6 de febrero de 2020 la comunidad jurídica del país se topó con la opinión judicial emitida en el caso *Melissa P.R. v. Sasha M.L.R., Jason J.R.L.; Luis N.R.; por sí y en representación del menor de edad E.N.*⁴⁵ Éste fue resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Puerto Rico, un tribunal intermedio entre el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Supremo, que se constituye en paneles de tres integrantes, quienes emiten una determinación por mayoría. Las opiniones del Tribunal de Apelaciones no sientan precedente, contrario a lo que ocurre con las opiniones del Tribunal Supremo de Puerto Rico; sin embargo, resaltan la importancia de la controversia planteada por las partes que hacen el esfuerzo y la inversión de tiempo y recursos económicos para lidiar con las controversias que genera el vacío legal sobre la reproducción asistida y la subrogada particularmente.

El Tribunal se limitó a resolver si se puede sustituir el apellido de la madre biológica y gestante de un menor por el de la madre intencional, quien realizó un reconocimiento voluntario a través de dos declaraciones juradas, sin que mediara un proceso de adopción. En 2014, Luis y Melissa, puertorriqueños residentes en el estado de Florida, contrajeron matrimonio. A Melissa, quien era madre de un niño, se le había realizado una histerectomía total. La pareja deseaba tener descendencia y ante la imposibilidad de concebir biológicamente, Sasha, residente en Puerto Rico y

⁴⁵ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020). Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

hermana de vínculo sencillo por vía materna de Melissa, ofreció a la pareja someterse a un procedimiento de reproducción por subrogación. La aportación de los gametos masculino y femenino procederían del material genético de Luis y de Sasha, esposo y media hermana de Melissa, respectivamente.

El procedimiento se llevó a cabo en Puerto Rico. El 30 de septiembre de 2015 Sasha suscribió el documento "Consentimiento, exoneración y relevo de responsabilidad por donante para el uso de sus óvulos", en el que accedió a que se le extrajeran óvulos con el *único* propósito de ser usados para fertilizarlos y luego transferirlos a su útero. El documento consignaba su renuncia a todo derecho "legal, moral, filosófico, patrimonial, filial, de custodia, sentimental emocional o divino" que pudiese tener sobre las muestras y sobre la criatura humana que las muestras pudiesen engendrar en el futuro. También, su renuncia a reclamar cualquier derecho contra el equipo médico responsable por el proceso de reproducción asistida o quienes usaran las muestras.

El 7 de octubre de 2015 Melissa y Luis suscribieron el documento titulado "Consentimiento para fertilización in-vitro con donante femenina conocida". Éste disponía que el embrión de la donante sería transferido a Sasha, quien lo firmó en calidad de testigo. Posteriormente, el 28 de octubre de 2015, Sasha suscribió otro documento, titulado "Consentimiento, exoneración y relevo de responsabilidad por recipiente de embriones, gestadora o madre subrogada tradicional", el cual indicaba que no era un acuerdo legal entre quienes lo suscribieron; Luis y Melissa afirmaron como padre y madre intencionales y todos reiteraron el propósito de que la criatura engendrada con espermatozoides del padre intencional y óvulos de Sasha, quien lo gestaría en su vientre, se entregaría a los padres intencionales, independientemente de quien aportara los gametos.

El 11 de julio de 2016 nació la criatura, en Puerto Rico, identificada como E. N. Ese mismo día, Luis y Melissa suscribieron una declaración jurada conjunta en la que reconocieron voluntariamente a E. N. como su

hijo. Acudieron a la oficina central del Registro Demográfico de Puerto Rico; allí la funcionaria que les atendió anotó en el renglón de madre el nombre de Sasha, pero inscribió al menor con los dos apellidos de Luis. Inconformes con la acción de la funcionaria, la pareja instó una acción legal ante el Tribunal de Primera Instancia requiriendo se ordenara al Registro Demográfico aceptar el reconocimiento voluntario de Melissa e inscribir al menor con los apellidos de Luis y Melissa. El Tribunal de Primera Instancia emitió una sentencia a favor de la pareja y ordenó al Registro Demográfico inscribir al menor con los apellidos de Luis y Melissa. El Registro Demográfico apeló la determinación judicial y Sasha solicitó intervenir. Entonces, tanto Sasha como Luis plantearon en sendos escritos que estaban de acuerdo en que se llevara a cabo un proceso de adopción y rechazaron el proceso de reconocimiento voluntario refrendado por el Tribunal de Primera Instancia. El 9 de febrero de 2017 un panel del Tribunal de Apelaciones revocó el dictamen apelado por falta de parte indispensable por entender que Sasha y su esposo debieron ser parte del proceso ante el Tribunal de Primera Instancia y determinó que carecía de jurisdicción para entender en el recurso apelativo planteado.

Mientras tanto, el 25 de enero de 2017, Luis y Sasha, en tanto progenitores biológicos de E. N., instaron una demanda de custodia contra Melissa. Además solicitaron al Registro Demográfico que inscribiera al menor con sus apellidos. El Registro Demográfico expidió un segundo certificado de nacimiento del menor E. N. El pleito de custodia se tornó académico, puesto que el menor fue entregado por Melissa al padre biológico, Luis, por orden de una corte del estado de Florida. Posteriormente Sasha y Luis suscribieron un acuerdo de custodia compartida.

En Puerto Rico rige la norma que establece que la maternidad se determina por el parto y la presunción de filiación marital que establece que el hijo de una mujer casada se presume hijo del marido. Inicialmente la pareja de progenitores intencionales trató de inscribir a la criatura con sus apellidos, para lo que utilizaron los documentos otorgados privadamente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad y guiados por las

normas que siguen los centros que proveen servicios de reproducción por subrogación. Dichos documentos no estaban sustentados por reglamentación jurídica específica ni formaban parte de la normativa que rige la inscripción de nacimientos en el Registro Demográfico.⁴⁶ Por esta razón, la pareja confrontó las limitaciones reseñadas; los documentos otorgados en el contexto de los servicios médicos no se consideraron legalmente vinculantes.

El 16 de julio de 2018, Melissa presentó una demanda de sentencia declaratoria y solicitud de remedio urgente contra Luis y Sasha ante el Tribunal de Primera Instancia de Puerto Rico. Alegó que el artículo 113 del Código Civil, vigente entonces, adolecía de inconstitucionalidad porque permitía a un hombre reconocer a recién nacido o nacida aunque no fuera el padre biológico, pero le negaba ese derecho a una mujer. Planteó además que a Luis le permitieron inscribir al menor E. N. como su hijo, pero a ella el Registro Demográfico le exigió llevar a cabo un procedimiento formal de adopción. Planteó que ello constituía un trato diferenciado por razón de género e inconstitucional al amparo de la Constitución de Puerto Rico. El Estado compareció al pleito porque se cuestionaba la validez constitucional de un estatuto y planteó que una mujer podía hacer un reconocimiento voluntario. Sasha, al contestar la demanda, aceptó que sus intenciones iniciales eran ceder la criatura al disuelto matrimonio de Melissa y Luis. Sin embargo, narró que Melissa cambió su conducta y suspendió todo tipo de comunicación con ella, por lo que decidió reconocer al menor E. N., pues era su derecho como madre biológica. Además, expresó que el acuerdo que invocó Melissa era inmoral y contrario al bien público. Luis, ahora exesposo de Melissa, respondió a la demanda alegando que los documentos de la clínica sólo eran consentimientos médicos.

⁴⁶ Véase Ley del Registro Demográfico de Puerto Rico, Ley 24, de 22 de abril de 1931, según enmendada, 24 LPRA sec. 1041 y ss.

Melissa, entonces, presentó al Tribunal una Moción de Sentencia Sumaria amparándose en la aceptación por parte del Estado de que la Ley del Registro Demográfico permitía a una mujer reconocer voluntariamente a un menor mediante una declaración jurada al efecto, y afirmó que ello era suficiente para proceder con la inscripción. Sasha y su marido, quien ahora era parte del pleito, así como Luis, se opusieron a la solicitud de Melissa. Luis planteó que poco después del nacimiento del menor, dada la conducta mostrada por su exesposa, en alegada contravención a los intereses del menor, apoyó la determinación de Sasha de reclamar sus derechos como madre biológica y compartir la custodia y patria potestad del menor con ella. El Tribunal de Primera Instancia declaró con lugar la solicitud de Melissa y ordenó al Registro Demográfico inscribir al menor con los apellidos de ella y su exesposo.⁴⁷

Luis presentó una apelación de la sentencia emitida por el Tribunal de Primera Instancia y Sasha presentó, junto a su esposo, un recurso de apelación. El Tribunal de Apelaciones consolidó ambos recursos y recurrió al derecho vigente en Puerto Rico sobre la filiación e indicó en su opinión que el ordenamiento jurídico reconoce dos tipos de filiación, la natural y la adoptiva; que se manifiesta por dos tipos de realidades, la biológica y la jurídica. Recurrió al artículo 113 del Código Civil —vigente a febrero de 2020—, que establecía unas presunciones controvertibles tanto de la filiación paterna como de la materna, cuyo contenido se había enmendado mediante la Ley Núm. 215-2009, del 29 de diciembre de 2009, y disponía que "El parto determina la maternidad".⁴⁸

El Tribunal entendió que la presunción de maternidad del artículo 113 es diáfana al atribuir al hecho del parto la presunción del vínculo mater-

⁴⁷ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020), pp. 19-20. Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

⁴⁸ El artículo 567 del Código Civil de 2020 establece la misma presunción, excepto en casos de maternidad subrogada en los que la persona gestante no tenga vínculo genético con la criatura y desde el principio su intención original fuere llevar el embarazo a término para otra persona.

no filial; probado el hecho del parto y la identidad de la criatura, la relación materno filial está libre de ambigüedades. Sólo se puede impugnar en los supuestos de simulación de parto o sustitución inadvertida de la criatura. A pesar de reconocer que los avances de la medicina y la ciencia imponen la necesidad de reexaminar las normas sobre filiación, afirmó que el vacío jurídico no puede suplirse con acuerdos privados, verbales o escritos carentes de oponibilidad jurídica, ni fundarse en un anhelo de ser madre o padre ajeno a toda regulación estatal.⁴⁹ Además, señaló que aunque en la jurisdicción los contratos de "maternidad subrogada" no están expresamente prohibidos, la exigibilidad de los derechos de las personas involucradas no es irrestricta. Concluyó que la forma reconocida por el derecho actual para advenir como madre legal de un menor procreado por subrogación, biológicamente vinculado con otra mujer que lo gestó y alumbró, es el procedimiento de adopción. Indicó que la Ley de Adopción provee para la aceptación de la renuncia voluntaria de las madres biológicas y la realización de acuerdos de adopción entre éstas y los adoptantes intencionales; sin embargo, indicó, estos acuerdos no pueden vulnerar el derecho de la madre biológica y gestante a dejarlos sin efecto y a retractarse de entregar a la criatura. Los acuerdos de adopción, acotó, deben ser escritos y debidamente juramentados ante notario y contener una cláusula de retracto de la renuncia a la maternidad previa al nacimiento de la criatura por parte de la madre biológica.⁵⁰

En consecuencia, el Tribunal de Apelaciones determinó que era ineludible reconocer la existencia de una madre biológica y gestante, que nunca se sujetó a formalidad alguna para renunciar a sus prerrogativas sobre su criatura y ejecutó su derecho de retracto, por lo que ostentó la patria

⁴⁹ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020), p. 56 (citás omitidas). Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

⁵⁰ Basado en la Ley de Reforma Integral de Procedimientos de Adopción de 2009, Ley 186-2009, 8 LPRA sec. 1051 et seq., derogada pero vigente a la fecha del nacimiento de E.N., y en la actual Ley de Adopción de Puerto Rico, Ley 61-2018, 8 LPRA sec. 1081 et seq.

potestad sobre el menor, aun cuando no hubo tenencia física durante el primer año de vida.⁵¹ Por estas razones, revocó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Esa sentencia fue apelada al Tribunal Supremo, por lo que no terminó la saga del caso sobre el menor E. N. El caso reciente resuelto por el Tribunal Supremo, comentado al inicio de este escrito, tampoco atiende el dilema de las madres intencionales en situaciones de reproducción por subrogación cuando la persona gestante aporta material genético al proceso, lo que implica que para lograr la inscripción de su maternidad sólo podrán hacer un proceso de adopción.⁵²

G. Acuerdos de gestación por subrogación

I. Acuerdos de gestación por subrogación, derecho vigente al año 2021

El ordenamiento jurídico de Puerto Rico, conforme al Código Civil que entró en vigor el 28 de noviembre de 2020, reconoce el derecho a recurrir a la reproducción por subrogación. Sin embargo, deja al arbitrio de la autonomía de la voluntad y de las operaciones de la Ley de Adopción las situaciones en que la persona gestante tiene vínculos genéticos con la criatura. Deja, además, en manos de la persona gestante la decisión de hacer realidad la entrega de la criatura a los progenitores intencionales.⁵³ No se acogió la sugerencia de incorporar al ordenamiento jurídico una presunción específica a favor de los progenitores intencionales propuesta desde 2007.⁵⁴

⁵¹ *Pérez Rodríguez v. López Rodríguez*, KLAN201900435, 2020 PR App. LEXIS 397, (TA PR 2020), p. 57 (citas omitidas). Disponible en: «<https://dts.poderjudicial.pr/ta/2020/KLAN201900435-06022020.pdf>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

⁵² *RPR & BJJ*, ex parte, 2021 TSPR (Tribunal Supremo de Puerto Rico) 83, 201 DPR (Decisiones de Puerto Rico) (2021).

⁵³ Artículos 76, 556, 567 y 570 del Código Civil de Puerto Rico de 2020, citados al inicio de este escrito.

⁵⁴ Sánchez de Braseró, Linette, "Determinación filial basada en el bienestar del menor ante vínculos genéticos, gestacionales e intencionales", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 499, 2007, p. 506.

Al inicio de este escrito, comentamos el alcance de la reforma del Código Civil aprobada en junio de 2020 y cómo meramente abrió las puertas al reconocimiento de la procreación asistida al mencionarla en el artículo 556 como uno de los tipos de filiación. El artículo 567, aunque repite la norma de que el parto determina la maternidad, reconoce que dicha filiación no opera en casos de "maternidad subrogada en los cuales la mujer gestante no tiene vínculo genético alguno con el hijo (*sic*) que se desprende de su vientre y desde un principio su intención original fue llevar el embarazo a término para otra persona", y el artículo 570 reconoce la capacidad para impugnar la maternidad a la "madre intencional subrogada". ¿Son estos cambios suficientes para atender las controversias y aspectos legales que puede generar la reproducción asistida? No.

II. Nueva propuesta legislativa para reglamentar los acuerdos de reproducción por subrogación

En respuesta a la limitada atención provista por la reforma del Código Civil de Puerto Rico 1 del junio de 2020, se ha presentado el Proyecto de la Cámara de Representantes 577, del 10 de marzo de 2021,⁵⁵ que persigue crear una ley sobre acuerdos de reproducción por subrogación. A pesar de los encomiables propósitos del proyecto, adolece de los siguientes problemas: utiliza lenguaje sexo-específico; refiere "maternidad subrogada" en lugar del concepto más amplio de reproducción por subrogación; señala la "madre gestante", no la persona gestante; separa la "maternidad subrogada tradicional" —en que la mujer tiene vínculo genético— de la "maternidad subrogada gestacional" —situación en que no lo tiene—; indica que en el caso de la "maternidad subrogada tradicional" opera la Ley de Adopción de Puerto Rico para lidiar con la filiación,

⁵⁵ Proyecto de la Cámara de Representantes 577, 19ª Asamblea Legislativa, 1ª Sesión Ordinaria, 10 de marzo de 2021, para crear la Ley de Acuerdos de Subrogación Gestacional.

y confiere poder al cónyuge de la mujer gestante para rescindir el acuerdo.⁵⁶

Además, el Proyecto incluye propuestas dirigidas a generar estándares consistentes y salvaguardas procesales para la protección de todas las partes en un acuerdo de subrogación gestacional; establecer requisitos de elegibilidad; que la intención de las partes determinará las relaciones filiales; exigir el consentimiento informado de todas las partes sobre los procedimientos médicos y orientación legal separada e independiente antes de comenzar el procedimiento de reproducción asistida; permitir el pago de los gastos razonables en que incurra la "subrogada", que será responsabilidad de los padres intencionales; disponer que los acuerdos consten por escrito y sean pactados antes de comenzar cualquier procedimiento médico; establecer que los progenitores intencionales serán responsables por el costo de honorarios de abogado para la orientación de la persona gestante y cualquier procedimiento judicial necesario; disponer un proceso judicial especial previo al nacimiento de la criatura, la celebración de una vista para evaluar el acuerdo y su cumplimiento por las partes dentro de los 15 días posteriores a la presentación de la petición, y la emisión de una orden dentro de los 30 días después de presentada la solicitud sobre los aspectos requeridos por ley; entre otros.

Entre la comunidad jurídica, el sector médico que ofrece los servicios de reproducción por subrogación y las agencias gubernamentales concernidas se ha manifestado apoyo a este proyecto de ley,⁵⁷ aunque se han recomendado cambios. Los médicos recomiendan que no se establezca un

⁵⁶ Esta última disposición, de convertirse en ley, sería inconstitucional en cuanto a que da facultad al cónyuge de la mujer de tomar una decisión sobre sus derechos reproductivos y contractuales en violación a sus derechos a la dignidad, la libertad, la intimidad y la igualdad.

⁵⁷ Al final del mes de mayo de 2021 habían presentado escritos en apoyo a la medida con sugerencias de enmiendas: Colegio de Médicos Cirujanos de Puerto Rico; Departamento de Justicia de Puerto Rico; Linette Sánchez, J.D.; Nabal J. Bracero, MD, FACOG-Presidente de la clínica PROGYN, Inc. y del Capítulo de Obstetricia y Ginecología del Colegio de Médicos Cirujanos de Puerto Rico, Catedrático auxiliar Escuela de Medicina de la Universidad de Puerto Rico y Tesorero del Distrito IV del Colegio Americano de Obstetras Ginecólogos (ACOG); Comisión de Derecho de Familia del Colegio de Abogados y Abogadas de Puerto Rico; Dra. Carmen Ana González Magaz, Secretaria del

reglamento sobre las evaluaciones médicas y psicológicas de las personas participantes en los procesos; enmendar la disposición para prohibir la retractación después de la transferencia de embriones y eliminar el establecimiento de un registro sobre los procedimientos.

Las agencias gubernamentales recomiendan incluir entre los requisitos de elegibilidad para la "madre subrogada" que haya tenido embarazos exitosos anteriores; establecer claramente el deber de los "padres intencionales" de iniciar el procedimiento judicial especial propuesto antes del nacimiento; modificar la prohibición de toda compensación económica para que se permita el pago de una compensación opcional, por acuerdo entre las partes, luego del nacimiento de la criatura por concepto de los riesgos, molestias físicas, inconveniencia y responsabilidades asumidas, y que se incorporen normas en el Registro Demográfico para poder inscribir niños y niñas nacidos mediante la subrogación gestacional y la tradicional.

III. Elegibilidad para la gestación por subrogación

Aún no hay legislación en Puerto Rico sobre los criterios para elegir a las personas que actúan como gestantes. Evidencia anecdótica que surge de los casos atendidos en los tribunales y de testimonios presentados en vistas legislativas revela que se tiende a utilizar a mujeres familiares de los progenitores intencionales. No hay investigación sobre sus características ni sus razones para participar en los procesos de reproducción por subrogación. Las clínicas que ofrecen los servicios, como hemos indicado, utilizan las guías de entidades profesionales para hacer las evaluaciones y determinaciones de elegibilidad. El Proyecto de la Cámara de Representantes 577, de ser aprobado, establecería criterios de elegibilidad tanto para la persona gestante como para los progenitores intencionales.

Departamento de la Familia de Puerto Rico; Carlos Mellado López, MD, Secretario del Departamento de la Salud de Puerto Rico.

IV. Derechos de los y las menores de edad

En Puerto Rico rige el criterio del mejor bienestar e interés del menor que siguen los tribunales y las agencias gubernamentales al hacer determinaciones sobre asuntos relacionados con menores de edad. Como es posible comprobar en el caso comentado, mientras no se legisle específicamente sobre la materia, los tribunales utilizan las reglas generales sobre filiación que descansan en el vínculo biológico y el parto para establecer los derechos de patria potestad y custodia.

V. Agencias y criminalización

No contamos con información sobre la existencia o el papel de las agencias intermediarias en Puerto Rico. Los esfuerzos de criminalización de la reproducción por subrogación no han prosperado.

VI. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación

El Departamento de Salud no tiene datos públicos sobre los acuerdos de gestación por subrogación y la página web de los CDC no nos permite determinar este dato. Es de conocimiento general que artistas conocidos que residen en Puerto Rico han tenido prole mediante reproducción por subrogación fuera del país. De otra parte, a Puerto Rico acuden con frecuencia personas de otras islas del Caribe hispano y angloparlante a recibir servicios de salud de diversa índole, por lo que no sería extraño que también recibieran los servicios de reproducción por subrogación.

H. Conclusión

El proceso en torno a las normas jurídicas dirigidas a reconocer y reglamentar de manera específica la reproducción por subrogación en Puerto Rico demuestra el impacto de las condiciones históricas y políticas en el desarrollo del derecho. Contamos en el país con la ciencia, la medicina,

y las organizaciones defensoras de los derechos humanos y de los derechos de las mujeres, profesionales del derecho y miembros de la legislatura y de la judicatura conscientes de la falta que hace atemperar el derecho a los avances científicos. Como ha ocurrido en varios estados de Estados Unidos y países de la región caribeña y latinoamericana, el sector conservador-fundamentalista ha logrado paralizar, achicar o neutralizar los avances en la normativa. El futuro del proyecto para reglamentar los acuerdos de reproducción por subrogación demostrará si el balance de fuerzas entre los sectores políticos y cívicos continúa abriendo camino al cambio necesario para asegurar la garantía eficaz de los derechos reproductivos, constitucionales y fundamentales relacionados a la reproducción por subrogación.

Bibliografía

Burgos Rosado, E., "Todas las vidas valen. '¿Por qué si matan más hombres que mujeres debemos pensar que hay una emergencia por la violencia contra la mujer'", *El Nuevo Día*, sección *Punto de vista*, de 4 de diciembre de 2020.

Centers for Disease Control and Prevention, "National Data". «Disponible en: https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicInfo&rdRequestForward=True&ClinicId=9999&ShowNational=1». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Centers for Disease Control and Prevention, "Puerto Rico Clinics". Disponible en https://nccd.cdc.gov/drh_art/rdPage.aspx?rdReport=DRH_ART.ClinicsList&SubTopic=&State=PR. [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Chemerinsky, Erwin, *Constitutional Law*, 6a. ed, Nueva York, Wolters Kluwer, 2020.

Fernós, M. D., "El derecho, los mecanismos del Estado y el partidismo en la incorporación de la equidad de género en el sistema escolar público (1974-2015), *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 31, 2014-2015.

Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: el proceso de revisión del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 35, 2001

Figueroa Torres, Marta, "Crónica de una ruta iniciada: los borradores del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 40, 2006.

Fontanet Rodríguez, Claudia, "¿Estado de emergencia inclusivo?", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 8 de diciembre de 2020.

Gobierno de Puerto Rico, Cámara de Representantes, Proyecto de la Cámara de Representantes 1766, 18ª Asamblea, 4ª Sesión Legislativa Ordinaria de 7 de septiembre de 2018. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=128112>».

Labadie, Glenda, "Bioética y derecho de familia: acotaciones y clareos acerca de la gravidez subrogada", *Rev. Jur. U.P.R.* 76, 2007, pp. 1291, 1299.

Martínez-Rivera, Carlos, "Grupos de presión religiosos y su influencia sobre la reforma del Código Civil de Puerto Rico", *Rev. Jur. U.P.R.* 263, 2012, pp. 273-276.

Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, de 18 de junio de 2018, 3ª Sesión Ordinaria, 18ª Asamblea Legislativa. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Román, Madeline, "La importancia de los apellidos de la violencia", *El Nuevo Día*, sección *Punto de Vista*, 7 de diciembre de 2020.

Sánchez de Braseró, Linette, "Determinación filial basada en el bienestar del menor ante vínculos genéticos, gestacionales e intencionales", *Rev. Jur. U.I.P.R.*, 499, 2007, p. 506.

Senado de Puerto Rico, Informe de la Delegación del Partido Popular Democrático, Sustitutivo de la Cámara al Proyecto de la Cámara de Representantes 1654, 3 de abril de 2020, pp. 4-5. Disponible en: «<https://sutra.oslpr.org/osl/esutra/MedidaReg.aspx?rid=124126>». [Consultado el 19 de septiembre de 2021].

Serrano Geyls, Raúl, *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, v. II, San Juan, Programa Educación Jurídica Continuada, Universidad Interamericana de Puerto Rico, 1988.

U.S. Department of Health and Human Services Food and Drug Administration Center for Biologics Evaluation and Research, "Eligibility Determination for Donors of Human Cells, Tissues, and Cellular and Tissue-Based Products (HCT/Ps)", agosto de 2007.

Vicente, Esther, "El derecho de las familias en el Puerto Rico del siglo XX y principios del XXI", en *El derecho en clave histórica: Ensayos sobre el ordenamiento jurídico puertorriqueño*, San Juan, InterJuris, 2014.

Vicente, Esther, "Sexo, género y sexualidad en la adjudicación de controversias constitucionales" en *Derecho constitucional en el Caribe género, sexualidad y raza*, San Juan, Inter-Mujeres, 2015.

CAPÍTULO 11

La gestación por subrogación en República Dominicana

Bernabel Moricete*

Kenya Romero**

* Juez presidente de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes de La Vega, República Dominicana.

** Jueza Coordinadora de los Juzgados de la Instrucción del Distrito Nacional.

SUMARIO: A. Precisiones preliminares; B. Precisiones normativas; I. En cuanto a la reproducción asistida; II. Dificultades en el ámbito de la normativa penal; III. Sobre el proyecto de modificación del Código Penal; IV. Un caso documentado de gestación subrogada en República Dominicana; V. Sobre la situación contractual y eventual nulidad de los contratos de gestación por subrogación; C. Legislación sobre el reconocimiento de paternidad y maternidad: aspectos que podrían ser de interés para la gestación por subrogación; I. Sobre las declaraciones de filiación levantadas en el extranjero; II. Los derechos de niños y niñas; D. Conclusiones. Bibliografía.

A. Precisiones preliminares

La modernidad arroja ya todos los aspectos de la vida de las personas. Los avances tecnológicos que procuran la satisfacción de las necesidades humanas impactan de forma importante en el goce de los derechos humanos y, además, propician la aparición de nuevas prerrogativas que, dada su incidencia en la tutela de la dignidad humana,¹ van ganando espacio en el catálogo de los derechos fundamentales.

En particular, el tema de la intervención de los avances en los procesos al inicio de la vida humana, procedimientos de fecundación y gestación, viene acompañado de una entendible situación de controversia. Imaginar

¹ La Constitución dominicana, en su artículo 8, establece como función esencial del Estado la protección de los derechos de la persona, así como el respeto de dignidad en un marco de desarrollo progresivo, equitativo e igualitario. Para luego consagrar, en el artículo 38, la dignidad humana como un derecho fundamental en sí mismo, al establecer que "La dignidad del ser humano es sagrada, innata e inviolable; su respeto y protección constituyen una responsabilidad esencial de los poderes públicos".

conjugan en sociedades extremadamente conservadoras los elementos que tienen como fin formar a la persona y la idea del afecto, de la unión carnal y de la familia preconstituida bajo los estándares que la sociedad considera como normales² son las situaciones que legislación y ciencia encuentran de frente cuando intervienen en el proceso de procreación asistida.

Intentar un acercamiento al concepto de gestación por subrogación y a otros términos asociados al problema es útil para contextualizar el tema. Se observa, por ejemplo, que doctrina³ y jurisprudencia⁴ hablan indistintamente de gestación subrogada, maternidad delegada, vientre de alquiler, entre otros términos, por lo que una definición como la del *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, referido al vientre de alquiler, ilustra muy bien las razones de este uso indistinto. Lo define como "Mujer que, previo acuerdo o contrato, cede su capacidad gestante para que le sea implantado un embrión ajeno, engendrado mediante fecundación in vitro, y se compromete a entregar el nacido al término de su embarazo".

El profesor Nolasco, al tratar el tema en su obra *Instituciones del derecho de familia*, apunta que "La maternidad subrogada, a través del contrato de

² El Tribunal Constitucional Dominicano (TC) ha dicho sobre estos criterios arraigados en la sociedad dominicana, al referirse a una controversia sobre la objeción a la difusión de cuatros publicaciones promocionales sobre la salud sexual y reproductiva, que "este tribunal considera que disfrutar de relaciones sexuales es una de las manifestaciones de más significativo valor para los seres humanos, no solo porque en ella la libertad y la intimidad se conjugan para propiciar el disfrute de quienes la practican, sino también porque las relaciones sexuales constituyen el mecanismo natural de reproducción de la especie humana", Sentencia TC/0966/18, párr. 11.27. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc096618/>. [Consultado el 25 de octubre de 2021].

³ Cruz Méndez, por ejemplo, utiliza la expresión maternidad subrogada como título de un interesante trabajo, en el que aborda múltiples ejemplos de conflictos en torno a la práctica y finalización del contrato de gestación por subrogación. Señala que "La maternidad subrogada plantea una gran diversidad de cuestiones tanto éticas como jurídicas, por lo que tiene detractores, gran parte de la doctrina civilista y muchos defensores, especialistas en fertilidad, agrupados en la Sociedad de Reproducción Humana y Embriología (E.S.H.R.E.) y muchos juristas especialistas en Derecho Internacional Privado", Cruz Méndez, José Manuel, "La maternidad subrogada", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 30, 2012-2013, pp. 641-653. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4832049>. [Consultado el 25 de octubre de 2021].

⁴ Sentencia TC/0966/18. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc096618/>. [Consultado el 25 de octubre de 2021].

arrendamiento de útero o alquiler de vientre, consiste en un embarazo por sustitución".⁵ Agrega que este hecho "acontece cuando una mujer presta su concurso para gestar y alumbrar una criatura por cuenta de un matrimonio o por mandato de una unión consensual de pareja que, a fin y al cabo, recibirá el ser biológico que habrá de nacer del parto de la madre receptora".⁶ Una conceptualización que si bien identifica una suerte de condiciones, se limita a indicar el fenómeno de expansión en el "derecho continental" como derecho de procreación, pero sin entrar en el ámbito normativo dominicano.

Como se observa, la definición dada supone que la gestante no aporta ningún material genético que genere, en experticia científica posterior al nacimiento, un vínculo de parentesco. Este aspecto resulta de capital importancia en la solución de los conflictos de paternidad y maternidad que a futuro puedan presentarse en el marco de una débil o inexistente legislación que, sin prohibir de forma expresa la realización de esos tipos de contrato, haga del silencio un espacio de práctica no regulada de ellos.

B. Precisiones normativas

Es importante destacar que no existe en República Dominicana un marco legal que regule los contratos de gestación por subrogación. Esto haría suponer que tampoco existiría una práctica del procedimiento en el país y que no se producirían los problemas derivados de ésta.

No obstante lo indicado, es necesario identificar el *corpus* normativo aplicable a situaciones en que, conforme las declaraciones públicas de los contratantes, se realizó un procedimiento de gestación por subrogación entre dominicanos al amparo de una legislación extranjera.

⁵ Nolasco, Daniel, *Instituciones de derecho de familia*, t. I, Santo Domingo, Ed. Trajano Potentini, 2002, p. 24.

⁶ *Ibidem*, pp. 24-25.

I. En cuanto a la reproducción asistida

Existen en República Dominicana los medios para la fertilización mediante la inseminación asistida, la que tiene como amparo normativo la Resolución 1, de 2017, emitida por el Ministerio de Salud. Esta resolución, al reglamentar la operatividad de estos centros, establece en su artículo 8.32 que el

Servicio de reproducción asistida: es el servicio ambulatorio de alta complejidad que ofrece un conjunto de procedimientos clínicos con el objetivo de evaluar, tratar y mejorar la fertilidad, y para facilitar el embarazo cuando este no se consigue de forma natural. Este servicio incluye banco de esperma, banco de ovocitos, consulta de endocrinología ginecológica, consulta de andrología, procedimientos de fertilidad tales como inseminación artificial y fecundación in vitro.⁷

La normativa citada, al validar el procedimiento de inseminación asistida, no reglamenta ni condiciona su práctica a determinadas circunstancias, lo que permite que la inseminación se realice sin que la gestante receptora aporte material genético propio. Tal circunstancia haría posible que cualquier procedimiento de gestación por subrogación se ponga en práctica, amén de la ausencia de regulación para la realización de estos tipos de contratos.

II. Dificultades en el ámbito de la normativa penal

El Código Penal dominicano, en su artículo 345,⁸ establece que "Los culpables de sustracción, ocultación o supresión de niños y niñas, los que

⁷ Resolución 1, de 2017, del Ministerio de Salud Pública dominicano. Disponible en: «<https://repositorio.msp.gob.do/bitstream/handle/123456789/99/9789945591613.pdf?sequence=1&isAllowed=y>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

⁸ Modificado por las Leyes 2497, del 28 de enero de 1997, G.O. 9945 y 4699, del 20 de mayo de 1999.

sustituyan un niño o niña con otro, y los que supongan el nacimiento de un niño o niña en una mujer que no le hubiere dado a luz, serán castigados con pena de cinco a diez años de reclusión mayor y multa de quinientos a cinco mil pesos".

Con lo indicado sobreviene el dilema de si tal previsión resulta o no en una prohibición tácita de la elaboración de tales contratos de gestación por subrogación o si, en cambio, se puede interpretar que la firma del contrato conteniendo la información del papel de la gestante sería suficiente para quitar el carácter doloso que pretende evitar y castigar la norma penal.

Se observa, por ejemplo, que la jurisprudencia dominicana, al examinar un conflicto de filiación por alegada supresión de estado, ha establecido un régimen de libertad probatoria, respecto de lo cual, en términos generales, la Suprema Corte de Justicia (SCJ) indica que

Se trata de probar una situación de hecho, el parto o el no posible alumbramiento de [J.L.H.H.] por parte de su presunta madre, como punto de partida para el establecimiento de su verdadera filiación *ad matrem*, materia en que existe absoluta libertad para el suministro de la prueba, los jueces también son libres para apreciarlas en su contenido, siempre dentro de los límites de la racionalidad, y ante dos categorías similares en su contundencia y alcance, decidirse por el medio probante que a su juicio les resulte más creíble.⁹

Con tal criterio, si bien no se inhabilita la norma penal en cuanto al ilícito de simulación de parto con fines de suplantación dolosa de la madre, se abren las puertas para que, despejado el carácter doloso, se pueda determinar la filiación real mediante la intervención científica.

⁹ SCJ, sentencia núm. 30, 10.04.2013, BJ 1229, Vol. I, p. 156. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2013/ABRIL.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Son varios los conflictos de filiación que se podrían presentar: identificar si es madre, a la luz de la normativa existente, quien ha gestado y parido a la criatura, o si la filiación atiende sólo al aspecto biológico o si emana de las reglas de la filiación matrimonial conforme al Código Civil.

III. Sobre el proyecto de modificación del Código Penal

Se debe destacar que en el Congreso Nacional dominicano cursa un proyecto de modificación del Código Penal, que al abordar el tema de fecundación asistida se limita a dos esquemas de prohibiciones. Por un lado, la fecundación de óvulos para fines distintos a la procreación y, por otro, la reproducción asistida no consentida.

En el primer caso (artículo 219), el proyecto establece que

Quien fecunde óvulos humanos o el embrión resultante para cualquier fin distinto a la procreación humana será sancionado con dos a tres años de prisión menor y multa de nueve a quince salarios mínimos del sector público. Con las mismas penas será sancionado quien se dedique a la creación de seres humanos por clonación o a efectuar otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza.

Para la reproducción asistida no consentida (artículo 220), el proyecto de Código Penal consagra que "Quien practique la reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento será sancionado con dos a tres años de prisión menor y multa de nueve a quince salarios mínimos del sector público". También cabe destacar, aunque se trata más bien de un tema de protección de la salud reproductiva, que el proyecto de Código Penal tipifica como infracciones de lesa humanidad, en el artículo 87.8, "el embarazo forzado". Esta cuestión resulta de interés, sobre todo, para proteger a personas especialmente vulnerables que podrían ser utilizadas para ser inseminadas y gestar con otros fines, como la conversión de los

niños en mercancía, tal como lo advierte la relatora especial Maud de Boer-Buquicchio.¹⁰

El proyecto no aborda un esquema de prohibición sobre los acuerdos de gestación subrogada, lo que podría hacer suponer una ruta aún más despejada hacia su reglamentación y regularización.

IV. Un caso documentado de gestación subrogada en República Dominicana

De lo que no cabe duda es de que la práctica en el extranjero de forma autorizada hace posible que ciudadanos dominicanos se trasladen a lugares donde ya está reglamentada, para suscribir los contratos de subrogación y realizar los procedimientos de inseminación en la gestante, así como posibilitar la declaratoria de paternidad y maternidad de los aportantes del material genético bajo el esquema de legalidad que les ofrece el país donde se culmine el proceso de gestación y parto.

Un caso que ejemplifica esta práctica lo señaló en entrevista, en el programa *Noche de Luz*,¹¹ una pareja de esposos de nacionalidad y domicilio en República Dominicana, que dieron el testimonio de haber acudido al procedimiento de gestación por subrogación y que, al momento de la entrevista, estaban a la espera del nacimiento de su hijo. Narraron que el proceso se inició, de hecho, en República Dominicana, donde se realizaron el procedimiento de fecundación e implantación del embrión en la gestante subrogante, y que culminaría en México con el parto.¹² Esto

¹⁰ "La gestación subrogada puede convertir a los niños en mercancías". Bajo este título advierte la relatora especial Maud de Boer-Buquicchio sobre los riesgos de la ausencia de regulación sobre gestación subrogada, en su informe ante el Consejo de Derechos Humanos. Disponible en «<https://news.un.org/es/story/2018/03/1428492>». [Consultado el 10 de noviembre de 2021].

¹¹ Noche de Luz, "Entrevista exclusiva vientre en alquiler Tamara Martinez parte 2". Disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=8Helyk9KYpc>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

¹² Noche de Luz, "Entrevista exclusiva vientre en alquiler Tamara Martinez parte 3" «<https://www.youtube.com/watch?v=SDXBJYI2r0k>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

último debido a que este país ofrece soluciones legales a las cuestiones derivadas de la declaración de paternidad y maternidad,¹³ con lo cual evitaban lidiar con el vacío legal del ordenamiento dominicano.

En el mismo programa de televisión, la psicóloga Ana Simó expresó haber tratado o acompañado a múltiples parejas y personas gestantes que han consentido en la gestación por subrogación en República Dominicana. Lo que evidencia, conforme a la opinión de autoridad de Simó, que hay una práctica reiterada de procesos en el país.

Partiendo del caso dado, debemos reiterar que la legislación en República Dominicana es muda respecto a los acuerdos de gestación por subrogación: no los regula, tampoco los prohíbe,¹⁴ salvo lo ya indicado por el Código Penal vigente. Aunque, el profesor Nolasco, en una suerte de distinción de la naturaleza jurídica entre procreación natural y asistida señala que "la procreación sin manipulación es un hecho natural, prejurídico; mientras que la reproducción es un hecho jurídico por estar regulado ab initio por el derecho".¹⁵

La situación, desde el punto de vista normativo, supone algunos matices que deben ser analizados desde la perspectiva de la validez de las obligaciones que nacen entre los contratantes; además de analizarlo desde el punto de vista de la relación jurídica del hijo con cada una de las partes contratantes, es decir, desde la perspectiva de los derechos del niño.

También se debe pensar en la problemática que genera la gestación por subrogación respecto de las expectativas de impugnación de paternidad y maternidad que, en el ámbito de los avances científicos, han sido legis-

¹³ La Constitución dominicana, en su artículo 18.1, reconoce la nacionalidad dominicana de los hijos e hijas de madre o padre dominicano.

¹⁴ De hecho, la Constitución dominicana en su artículo 42.3 dispone que "3) Nadie puede ser sometido, sin consentimiento previo, a experimentos y procedimientos que no se ajusten a las normas científicas y bioéticas internacionalmente reconocidas. Tampoco a exámenes o procedimientos médicos, excepto cuando se encuentre en peligro su vida".

¹⁵ Nolasco, Daniel, *op. cit.*, p. 28.

ladas respecto a los padres y los hijos, y que han sido admitidas por la jurisprudencia y la doctrina. Estos conflictos se generan con mayor frecuencia tiempo después del nacimiento, al resolver cuestiones unas veces de índole estrictamente económica y, otras veces, de carácter afectivo.

Una eventual situación sobre esta práctica de hecho, en ausencia de regulación legal en República Dominicana, la constituye el problema de las responsabilidades subyacentes por la negativa de cumplimiento de las obligaciones contractuales para la gestación por subrogación. Situaciones que podrían generarse tanto por la negativa de la gestante de trasladarse al país donde se firmó el acuerdo para el parto como por su negativa a entregar el niño o, desde el lado de los padres comitentes, la resistencia a recibir el niño al momento del nacimiento. Se trata de situaciones que están latentes debido a la ausencia de regulación y que constituirían un reto para los tribunales. Se debe recordar que el artículo 4 del Código Civil establece que "El juez que rehusare juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia".

V. Sobre la situación contractual y eventual nulidad de los contratos de gestación por subrogación

La cuestión para resolver sobre la gestación por subrogación es si la ausencia de normativa implica la nulidad de cualquier contrato firmado en el país conteniendo tal compromiso. Así como determinar si son exigibles judicialmente las obligaciones asumidas, sea la de la gestante de entregar el niño o la de los comitentes de asumir la responsabilidad de crianza.

El Código Civil, al referirse a la autonomía de la voluntad, inicia estableciendo de forma general unas limitantes a las convenciones entre los particulares, al disponer en su artículo 6 que "Las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenciones particulares". Agrega el artículo 1133 que "Es ilícita la

causa, cuando está prohibida por la ley, y cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres". De esta forma, la ausencia de prohibición tendrá que lidiar entre la consideración de las buenas costumbres, el orden público y la licitud del acuerdo de gestación por subrogación en general.

Pero vale recordar, para no pecar de incautos, que en materia de contratos (o al menos el uso de la expresión *contrato*) el mismo Código Civil pretende reservar el término sólo para las cosas que están en el comercio. De forma expresa lo revela el artículo 1128, al establecer que "Sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de los contratos". En cambio, el artículo 1134 del Código Civil dispone que "Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho. No pueden ser revocadas, sino por su mutuo consentimiento, o por las causas que estén autorizadas por la ley. Deben llevarse a ejecución de buena fe". Esta situación genera una suerte de ambivalencia que no ayuda a resolver el silencio de la ley respecto a gestación por subrogación y sobre lo que no se tienen datos de apoderamiento de los tribunales dominicanos.

Otro elemento aporta el Código Civil en el artículo 1135, que dispone que "Las convenciones obligan, no solo a lo que se expresa en ellas, sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación según su naturaleza". De esta norma se desprende que la exigibilidad de este mandato dependerá de la licitud del objeto del contrato que, en el caso de gestación por subrogación ya descrito anteriormente, parece haberse ejecutado, es decir, las obligaciones respectivas se han cumplido sin problema.

Es importante tener en cuenta que presunciones legales contenidas en el Código Civil y otras leyes comentadas, como la de *pater it est*, o *mater samper certa est*, han cedido en su interpretación y aplicación al impulso de la ciencia, removiendo prohibiciones que obstaculizaban las indagatorias de paternidad, tal como se indicará más adelante. Situaciones que

demuestran la adaptabilidad del campo normativo a las necesidades de satisfacción de los derechos de las personas, como ocurre con los derechos a conocer la filiación real y a tener una familia.

Finalmente, cabe reiterar que la falta de regulación trae como resultado una presunción de ausencia de celebración del contrato de gestación por subrogación o, por lo menos, de datos oficiales al respecto. Tampoco se conoce si los tribunales han resuelto alguna problemática sobre el cumplimiento de obligaciones relativas a la gestación por subrogación, lo que nos deja sin fuente jurisprudencial para determinar el carácter nulo o no de estos tipos de convenciones. Tampoco la doctrina dominicana se ha ocupado del tema en profundidad, destacando apenas los llamados a que se legisle al respecto, los que, generalmente, aparecen en trabajos de grado universitario.¹⁶

C. Legislación sobre el reconocimiento de paternidad y maternidad: aspectos que podrían ser de interés para la gestación por subrogación

La normativa constitucional dominicana, en sus últimas reformas, ha generado un interesante enfoque en relación con la protección de la familia y la filiación, a lo que ha dedicado, de forma más o menos amplia, el artículo 55, con una multiplicidad de matices que varían de manera importante el esquema tradicional y conservador que imperó en el país. Temas como la protección de las uniones de hecho, las obligaciones del Estado de protección de la familia, la igualdad de los hijos nacidos dentro o fuera del matrimonio, los derechos de maternidad, promoción de la paternidad y maternidad responsables, entre otros aspectos. En este punto,

¹⁶ González Alonso, I., *Análisis jurídico de la gestación subrogada en la República Dominicana*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santiago de los Caballeros, 2017; Alejos de León, E. I., *Validez del contrato de maternidad subrogada a la luz de la legislación de la República Dominicana*, Tesis de grado, Universidad Católica del Cibao, La Vega, 2013.

precisamente nos interesa enfocarnos en los aspectos relativos a la maternidad y paternidad que consagra la norma constitucional y cómo se relacionan con el tema de la gestación subrogada.

Resulta interesante que al desarrollar la denominación de familia la Ley 136/03 (artículo 58) indique que se entiende por familia el grupo integrado por "a) El padre y la madre, los hijos(as) biológicos(as), adoptados(as) o de crianza, frutos de un matrimonio o de una unión consensual". La circunstancia de referir a los hijos biológicos podría abrir soluciones a los conflictos derivados de la gestación subrogada, considerando además la tendencia generalizada de acudir a las pruebas científicas en las indagatorias de filiación.

En este sentido, plantea el artículo 55.1 de la Constitución que "Toda persona tiene derecho a constituir una familia, en cuya formación y desarrollo la mujer y el hombre gozan de iguales derechos y deberes". Si bien en este contexto no es apreciable una referencia al uso de los avances modernos de la ciencia¹⁷ para llegar a constituir esa familia, amén de que la reforma que incluye esta noción es de 2010, la fórmula escogida por el legislador constituyente no parece colisionar con el empleo de usos científicos en los medios para la gestación, tal como ocurre con la intervención que se realiza para la inseminación asistida que, por vía reglamentaria, ya ha sido regulada.¹⁸

Refiere el artículo 55, inciso 6, de la Constitución dominicana que "La maternidad, sea cual fuere la condición social o el estado civil de la mujer, gozará de la protección de los poderes públicos y genera derecho a la asistencia oficial en caso de desamparo". También destaca el inciso 10

¹⁷ Ferrajoli plantea que "el fundamento axiológico del pacto constitucional está no en el hecho de que ninguno quede excluido de su estipulación —lo que sería imposible y generaría constituciones minimalistas e incluso tal vez regresivas— sino en que se pacte la no exclusión", Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 15, 2006. Disponible en: «<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

¹⁸ Resolución 1, de 2017, del Ministerio de Salud dominicano.

del mismo artículo, que contiene el principio de solidaridad familiar,¹⁹ sobre el que ha dicho el Tribunal Constitucional dominicano (sentencia TC/0310/18) lo siguiente:

el principio de solidaridad familiar desarrollado en el artículo 55 de la Constitución dominicana es además inherente a la procreación y consecuencia de la filiación. De manera que es deber inexcusable el de cumplir esta obligación que requiere un tratamiento eminentemente protector, con carácter imperativo y de orden público, sin importar que alguno de los deudores haya fijado su residencia fuera del país.

Entonces, es interesante preguntar si la idea de maternidad de los textos citados se refiere a la condición biológica de haber gestado y dado a luz al nacido o nacida de que se trata o si se amplía a la relación jurídica entre una mujer y una persona menor de edad, en forma de madre e hijo o hija y a pesar de que la primera no dio a luz a la segunda, con las obligaciones y derechos que de tal relación deben surgir. La pregunta resulta pertinente porque la legislación dominicana admite la relación jurídica de filiación que emana de otras instituciones, como la adopción, que es el resultado de una decisión administrativa que se somete a control judicial, por la que una persona es reconocida e inscrita en los libros registros de nacimientos como hijo o hija de terceras personas que no son sus padres biológicos.²⁰

Sobre el asentamiento del nacimiento en los libros registros, los profesores Castellanos, Pérez Lora y Duarte Mena señalan que, "independientemente de la manera en que se establezca la filiación (matrimonio, extra-matrimonial, adopción, fecundación artificial), los hijos, una vez asentados

¹⁹ Principio de solidaridad familiar sobre el que reitera el TC criterios en la Sentencia 0224/20. Disponible en: «<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc022420/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

²⁰ La Ley núm. 136/03 dispone en su artículo 111 que "La adopción es una institución jurídica de orden público e interés social que permite crear, mediante sentencia rendida al efecto, un vínculo de filiación voluntario entre personas que no lo tienen por naturaleza".

como tales en el registro de nacimiento, serán denominados simplemente como hijos para garantizar la igualdad".²¹ Así, la exigencia de igualdad de trato²² es el resultado del mandato del inciso 9 del referido artículo 55 de la Constitución, cuando dispone que "Se prohíbe toda mención sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en todo documento de identidad".²³

Lo indicado permite concluir que el registro oficial del nacimiento, que establece la relación de filiación materna y paterna con el hijo o hija, excluye antiguas menciones como "legítimo" o "natural", y que también supone la prohibición de la mención de la adopción u otras circunstancias de su origen. De este modo, por consecuencia lógica, deberá omitir la información sobre la existencia de cualquier acuerdo de gestación por subrogación y de la persona gestante en el mismo, tal como sucedió en el caso mencionado de la pareja de esposos dominicanos que se amparó en la validez operante en otro país.

Sobre la presunción de maternidad, la ley dominicana se ha amparado en el principio *mater semper certa est*, que "refiere a la certidumbre del hecho natural, directo e indubitado (objetivamente comprobable) de la gestación y del parto".²⁴ Principio que el profesor Pérez Lora interpreta en el sentido de "que la madre siempre es conocida por el hecho del embarazo y posterior parto, el niño es hijo de la mujer que lo parió".²⁵

²¹ Castellanos, Víctor José, Duarte Mena, Mirta Felicia, Pérez Lora, Francisco Antonio, *Biblioteca Básica de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes: Derecho de Familia*, vol. 1, Santo Domingo, Poder Judicial, 2020, p. 143.

²² La Constitución establece (artículo 39) el derecho a la igualdad en los siguientes términos: "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, reciben la misma protección y trato de las instituciones, autoridades y demás personas y gozan de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de género, color, edad, discapacidad, nacionalidad, vínculos familiares, lengua, religión, opinión política o filosófica, condición social o personal".

²³ Castellanos, Víctor José, Duarte Mena, Mirta Felicia, Pérez Lora, Francisco Antonio, *op. cit.*, p. 143.

²⁴ Gonzales Pérez de Castro, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013. Véase el capítulo cuatro: "El principio *mater semper certa est*. Especial referencia a los supuestos de ocultación de la maternidad". Disponible en: «<https://vlex.es/vid/semper-certa-est-supuestos-maternidad-517977874>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

²⁵ Castellanos, Víctor José, Duarte Mena, Mirta Felicia, Pérez Lora, Francisco Antonio, *op. cit.*, p. 144.

Sentido que es el adoptado por la Ley 985, de 5 septiembre 1945, cuyo artículo 2 establece que "La filiación natural se establece respecto de la madre por el solo hecho del nacimiento".

Sobre las posibles controversias en relación con la determinación de la filiación materna, la SCJ se plantea la cuestión de si

6) En la especie, el punto a determinar es si tal como aduce el recurrente, el elemento biológico no tiene prevalencia ante la existencia de una consolidada identidad filiatoria, o si, por el contrario, como juzgó la alzada, la prueba de ADN es el método más eficaz para demostrar la paternidad, siendo suficiente para establecer una relación filial (Sent. núm. 0505/2021, de 24 marzo 2021, [6]).²⁶

En sentencia de fecha 28 de febrero de 2019, la SCJ hace referencia a la admisión de pruebas para la impugnación de filiación materna y paterna, tendiente a acreditar filiación materna a una tercera persona, en dos sentidos: *a)* por un lado, dar como ciertas las declaraciones de las partes, tanto de los padres demandados como de la presunta madre reclamante, que señalan que la reclamante es la madre biológica, acreditándolo como hecho no controvertido que puede ser tomado como cierto, y *b)* establecer que ante la duda sobre la maternidad biológica, el tribunal puede acudir, aun por propio impulso, a la prueba de ADN. Así establece la referida sentencia:

Considerando, que el examen de la sentencia de primer grado como de la ahora impugnada en casación, ponen de relieve que ambas partes admiten en sus conclusiones que [R.A.M.R.] y [A.L.] no son los padres biológicos de [L. A.], sino que su madre es [J. J. T.], lo cual fue corroborado por las medidas de comparecencia personal de [R.A.M.R.] e informativo testimonial de J.D.J.T.; que

²⁶ SCJ, Boletín Judicial núm. 1324, p. 437. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2021/Abril.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

ante este hecho incontrovertido, corroborado además por las medidas de instrucción realizadas, la corte aqua no podía establecer que no se encontraban pruebas suficientes para refutar el acta de nacimiento objeto de la litis, toda vez que se imponía, al dar las partes un hecho como cierto, si la alzada entendía que no se encontraban pruebas suficientes para garantizarlo, que dispusiera, aún de oficio, la realización de una experticia de ácido desoxirribonucleico (ADN), la cual constituía un elemento fundamental para la investigación del parentesco biológico, para así poder hacer una correcta y justa valoración de la prueba, motivos por los cuales la alzada incurrió en el vicio de desnaturalización de los hechos denunciado por la parte recurrente, por lo que procede acoger el presente recurso de casación y por vía de consecuencia, casar la sentencia impugnada²⁷ [los corchetes son nuestros y las siglas buscan anonimizar a las personas en el proceso].

El posicionamiento de la jurisprudencia parece ir abriendo espacio para la solución de las controversias que se puedan presentar entre los padres biológicos y la persona gestante sobre la filiación, aun en ausencia de regulación de los procesos de gestación subrogada.

I. Sobre las declaraciones de filiación levantadas en el extranjero

Respecto a la validez de las declaraciones de filiación realizadas en el extranjero, habría que acudir a distintas normas internas que tienen incidencia en la cuestión. Así, la Ley 136/03 (artículo 66) dispone, en relación con la ley competente para el reconocimiento válido, que "El reconocimiento voluntario de paternidad o de maternidad será válido si se ha hecho por la ley personal de su autor o por la ley personal del hijo o hija".

²⁷ SCJ, Boletín Judicial núm. 1299, p. 877. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2019/FEBRERO.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Por su lado, la Ley 659 sobre actos del estado civil ha dispuesto, en su artículo 33, que "Los actos del Estado Civil de un dominicano y un extranjero, hechos en país extranjero, se tendrán por fehacientes, si han sido autorizados con las formalidades que prescriben las leyes de aquel país". Mientras que en su artículo 34 establece que "Los actos del Estado Civil de los dominicanos otorgados en país extranjero, serán válidos si han sido autorizados de conformidad con las leyes de dicho país por los agentes diplomáticos y consulares de la República, de acuerdo con las leyes dominicanas". De manera que, trabado un acuerdo de gestación por subrogación en el extranjero, nada se opone a que la filiación de los padres biológicos reconocida en virtud de la legislación donde se produzca la conclusión del acuerdo sea reconocida como válida en República Dominicana.

Otros mandatos normativos que afianzan la anterior afirmación están contenidos en la Ley Dominicana de Derecho Internacional Público (544/14) que dispone que "La filiación se rige por la ley de la residencia habitual del hijo". Estableciendo, además, que "La ley de la residencia habitual del hijo comprende los supuestos y los efectos de la determinación y del desconocimiento del estado de hijo", y que, "el estado de hijo legítimo adquirido en base a la ley del domicilio de uno de los padres, únicamente puede ser impugnado conforme a dicha ley".

De manera que, haciendo a un lado la falta de regulación sobre los acuerdos de gestación por subrogación en República Dominicana, cuando estos se celebran en el extranjero la declaratoria de filiación válida en el país donde se produce el nacimiento del niño será válida en la República Dominicana.

II. Los derechos de niños y niñas

Un elemento que se debe priorizar es el relativo al derecho de niños y niñas a conocer su filiación real, tal como lo ha expresado la SCJ, al concluir:

Que en virtud de los principio de protección integral y del interés superior del niño, el Estado y la sociedad deben proteger, prioritariamente y con preferencia, los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, aplicándolos en la toma de decisiones que involucren o pudieren afectar el conjunto de normas que han sido reconocidos a su favor, tal como lo es el derecho a poseer una identidad oficial que incluye nombre, apellido, fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad y a su vez conocer la identidad de sus progenitores, esto último que le permite preservar sus orígenes y la relación de parentesco que lo liga a sus padres biológicos, lo que conlleva la expedición de un acta de nacimiento, según consagra nuestra Constitución en su artículo 55, numeral 8.²⁸

En materia de adopción, por ejemplo, hay dos escenarios interesantes respecto al derecho de los hijos a conocer los datos sobre las circunstancias que rodean el origen de la adopción y, de paso, la posibilidad de conocer su filiación real.

Por un lado, está la reserva de documentos, consagrada en la Ley 136/03 (artículo 152), que establece una orden de secreto por 30 años, permitiéndose durante, ese periodo, sólo el acceso de los adoptantes, y que habilita el acceso a la información para el adoptado cuando haya alcanzado la mayoría de edad (lo que obstaculiza a los parientes biológicos, cuando son ajenos a la adopción, conocer la documentación). Por otro lado, resulta interesante que, no obstante lo anterior, la misma ley reconoce, en el artículo 154, el derecho del adoptado a conocer su vínculo familiar, disponiendo que "todo adoptado tendrá derecho a conocer su origen y el carácter de su vínculo familiar", con lo cual coloca en manos del padre y la madre²⁹ adoptivos la determinación del momento oportuno para comunicarle la información.

²⁸ SCJ, Primera Sala, Boletín Judicial núm. 136/03, sentencia del 25 de septiembre de 2019, p. 304.

²⁹ El artículo 154 de la Ley 136/03 establece que la sentencia de homologación de la adopción producirá todos los efectos creadores de derechos y obligaciones propias de la relación materno o paterno filial. Destaca de forma expresa, entre estos efectos: a) ruptura lazos familiares de origen; b) creación de vínculos paterno-materno-filial con la familia adoptante; c) impedimento matrimonial

Otro escenario de interés dentro del marco normativo, siguiendo con la misma Ley 136/03, y en referencia a los derechos del niño, son las presunciones de paternidad y la prueba de la maternidad, las que, en caso de legislarse sobre gestación subrogada, deberán revisarse. En efecto, el artículo 62 establece que "Los hijos nacidos dentro del matrimonio se reputan hijos del esposo" y que "La filiación materna se prueba por el simple hecho del nacimiento".

En todo caso, cabe considerar que este texto legal abre las puertas a la ciencia, al disponer que "En todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna". Es así como existe un amplio escenario, construido vía pretoriana, que admite indagatorias de paternidad gracias a las pruebas de ADN. Ello permite superar añejas presunciones que, en el pasado, se planteaban como irrefragables por pretenderse *jure et jure*.

Pérez Lora, al referirse a la vigencia de estas presunciones legales, ha dicho que

La Ley núm. 136/03, a los fines de hacer coincidir la filiación matrimonial con la verdad biológica, transformó la presunción de paternidad absoluta a relativa, por lo que se permite ahora la impugnación de la presunción de paternidad y la paternidad declarada, fuera incluso de supuestos que eran reconocidos por los artículos 312 y siguientes del Código Civil (adulterio, engaño, ocultamiento e imposibilidad física).³⁰

Sobre lo anterior, el TC ha indicado que

El artículo 62 de la referida ley núm. 136/03, relativo a las pruebas de filiación paterna y materna de los niños, niñas y adolescentes,

en la familia adoptante; d) derechos sucesorales; e) apellidos de los adoptantes, y f) reconoce la autoridad parental con todas sus prerrogativas y obligaciones.

³⁰ Castellanos, Víctor José, Duarte Mena, Mirta Felicia, Pérez Lora, Francisco Antonio, *op. cit.*, p. 145.

le reconoce valor probatorio a las actas de nacimiento emitidas por el oficial del Estado Civil para probar la filiación; sin embargo dispone en su parte in fine que "...En todo caso se podrá recurrir a las pruebas científicas para confirmar o negar la filiación materna o paterna", normativa que es acorde con el planteamiento de la parte recurrente, cuando señala que el valor probatorio de las actas de nacimiento no se extiende a las declaraciones que transcriben las oficialías del Estado Civil al momento de instrumentar los actos propios de su ministerio, las cuales no hacen fe más que hasta prueba en contrario.³¹

Evidentemente se trata de un marco de apertura que ha de impactar cualquier indagatoria de filiación y de lo cual se puede aprovechar la práctica de gestación subrogada, toda vez que la búsqueda de la verdad biológica, por vía de procedimientos científicos de ADN, se ha ido convirtiendo en una práctica comúnmente aceptada por los tribunales, como ya se ha indicado anteriormente.

Una cuestión que hace saltar las alarmas en este importante tema está vinculada a la pregunta siguiente: ¿se puede hablar de gestación subrogada cuando ninguno de los futuros padres jurídicos (subrogados) aporta material genético? Este complicado aspecto tiene una interesante dimensión jurídica, ya que su práctica podría constituirse en una trama para defraudar o evadir la siempre complicada institución de la adopción.

D. Conclusiones

Obviamente, la falta de regulación de la figura de gestación subrogada hace suponer que, normativamente, no es necesaria la atribución de competencias para ninguno de los órganos estatales existentes, ya que se trata, en principio, de un problema inexistente.

³¹ Disponible en: «<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc000218/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Ahora bien, como los hechos llevan por lo regular un paso adelante sobre la velocidad con la que el legislador hace la norma, la eventualidad de que se produzcan casos locales es muy probable, especialmente en el extranjero. En estos supuestos, los efectos jurídicos del pacto de gestación subrogada necesariamente habrían de ser reconocidos en el país y sería posible identificar las instituciones nacionales que tendrían alguna participación en la búsqueda de soluciones jurídicas a los vacíos existentes.

Así, en la Ley núm. 513, sobre atención a la discapacidad, se aborda de soslayo el tema en el marco de la generación de políticas de protección, en las que se establece de forma expresa una particular atención a la salud reproductiva. En efecto, el artículo 65 dispone la creación del Departamento de Prevención y Salud, cuya finalidad es garantizar que la política general de los servicios de salud y prevención asegure a las personas con discapacidad el acceso efectivo a la atención adecuada de su salud física y mental, incluyendo salud sexual y reproductiva, generando una particular atención a la pronta detección e intervención, cuando proceda, y ofrecimiento de servicios destinados a prevenir y reducir la aparición de nuevas discapacidades.

Otro elemento para considerar es el relativo a la trata de mujeres con fines de explotación reproductiva, ya que al ser relaciones desiguales, totalizadoras, basadas en condiciones de vulnerabilidad y factores de riesgo que bordean a la persona gestante, está presente una afectación central a derechos fundamentales, en específico, la dignidad.

En ese punto cabe interrogarse: ¿es válido renunciar a la dignidad humana como derecho de las personas contratantes por encima del mío propio? A ello se refieren ampliamente la Convención para la Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer, el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que complementan la Convención contra la

Delincuencia Organizada, la Convención Sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la misma relativo a su venta.

En cuanto a la gestación subrogada, cabe recordar que existe la de tipo altruista o emocional, que permite a una persona con imposibilidad de gestar recurrir a un familiar o relacionado que le facilite la gestación. Este supuesto innegablemente amerita examen y es de necesaria y especial regulación, importando un escrutinio minucioso que, más allá de cualquier duda razonable, evidencie la legitimidad de la práctica.

En el ámbito del registro de la paternidad y la maternidad, cuya competencia según el artículo 6 de la Ley núm. 659, de 1944, corresponde a la Oficialía del Estado Civil, que es una dependencia de la Junta Central Electoral, el problema no es menor. Ello, por cuanto su artículo 39 señala que "la declaración de nacimiento se hará ante el Oficial del Estado Civil del lugar en que se verifique el alumbramiento". Con cuya competencia se establece un criterio territorial que, por demás, tendría una intención comprobatoria por parte del funcionario encargado de la inscripción ante una eventual duda de que el nacimiento se haya producido en realidad, ya que más adelante el mismo texto legal dispone que "Si el Oficial del Estado Civil concibiére alguna duda sobre la existencia del niño cuyo nacimiento se declara, exigirá su presentación inmediata". En este punto surge un dilema: ¿qué hace el Oficial del Estado Civil teniendo a la vista un recién nacido sin una prueba científica que le permita determinar su filiación real? Obviamente, hay que colocarse en el contexto temporal de la ley, esto es, el año 1944, cuando aún no se desarrollaban las pruebas científicas que, hoy día, permiten establecer los grados de parentesco con un muy bajo grado de error.

Otro escenario que se plantea frente a las facultades del Oficial del Estado Civil es el acto comprobatorio del alumbramiento que, al producirse fuera de la demarcación de competencia de ese funcionario, permite la realización de la prueba del nacimiento con una certificación del alcalde pedáneo de la sección donde se produjo el evento, quien quizá se ha

enterado de oídas que ha nacido un niño en su demarcación, pero que no tiene los conocimientos para determinar si la declarante, como madre, es la parturienta. La SCJ señala, sobre la facultad para inscribir el nacimiento,

que como se trata de probar una situación de hecho, el parto o el no posible alumbramiento de J.L.H.H. por parte de su presunta madre, como punto de partida para el establecimiento de su verdadera filiación *ad matrem*, materia en que existe absoluta libertad para el suministro de la prueba, los jueces también son libres para apreciarlas en su contenido, siempre dentro de los límites de la racionalidad, y antes dos categorías similares en su contundencia y alcance, decidirse por el medio probante que a su juicio les resulte más creíble.³²

A esto hay que agregar —o reiterar— que la jurisprudencia de la SCJ, como se ha indicado, ha venido admitiendo de manera sostenida la prueba científica de ADN en los casos de indagatoria sobre la filiación de maternidad.

En definitiva, dada la naturaleza dinámica de las situaciones que genera la gestación subrogada, el legislador necesariamente deberá abordar su tratamiento bajo el prisma del respeto a la dignidad de las personas. Ello, para poder definir adecuadamente problemáticas vinculadas a la filiación biológica; la filiación contractual de acuerdo con las modalidades de la gestación subrogada; la suerte del delito de supresión de estado; el impacto del interés superior del niño en el ejercicio del derecho a conocer los orígenes, entre otros, y a la situación de vulnerabilidad de mujeres y niñas con riesgos de ser explotadas para estos fines.

³² SCJ, sentencia núm. 30, 10.04.2013, BJ 1229, Vol. I, p. 165. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2013/ABRIL.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Bibliografía

Alejos de León. E. I., *Validez del contrato de maternidad subrogada a la luz de la legislación de la República Dominicana*, Tesis de grado, Universidad Católica del Cibao, La Vega, 2013.

Castellanos, Víctor José, Duarte Mena, Mirta Felicia, Pérez Lora, Francisco Antonio, *Biblioteca Básica de la Jurisdicción de Niños, Niñas y Adolescentes: Derecho de Familia*, vol. 1, Santo Domingo, Poder Judicial, 2020.

Cruz Méndez, José Manuel, "La maternidad subrogada", *Anuario de la Facultad de Derecho*, 30, 2012-2013. Disponible en: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4832049>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 15, 2006. Disponible en: «<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7600>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

González Alonso, I., *Análisis jurídico de la gestación subrogada en la República Dominicana*, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM), Santiago de los Caballeros, 2017.

Gonzales Pérez de Castro, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Madrid, Dykinson, 2013. Véase el capítulo cuatro: "El principio mater semper certa est. Especial referencia a los supuestos de ocultación de la maternidad". Disponible en: «<https://vlex.es/vid/semper-certa-est-supuestos-maternidad-517977874>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Informe ante el Consejo de Derechos Humanos. Disponible en «<https://news.un.org/es/story/2018/03/1428492>». [Consultado el 10 de noviembre de 2021].

Noche de Luz, "Entrevista exclusiva vientre en alquiler Tamara Martinez parte 2". Disponible en «<https://www.youtube.com/watch?v=8Helyk9KYpc>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Noche de Luz, "Entrevista exclusiva vientre en alquiler Tamara Martinez parte 3" «<https://www.youtube.com/watch?v=SDXBJYf2r0k>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Nolasco, Daniel, *Instituciones de derecho de familia*, t. I, Santo Domingo, Ed. Trajano Potentini, 2002.

Principio de solidaridad familiar sobre el que reitera el TC criterios en la Sentencia 0224/20. Disponible en: «<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc022420/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

SCJ, Boletín Judicial núm. 1299, p. 877. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2019/FEBRERO.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

SCJ, Boletín Judicial núm. 1324. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2021/Abril.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

SCJ, sentencia núm. 30, 10.04.2013, BJ 1229, Vol. I, p. 156. Disponible en: «<https://consultaglobal.blob.core.windows.net/boletines/Boletines/2013/ABRIL.pdf>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Sentencia TC/0966/18, párr. 11.27. Disponible en: «<https://www.tribunalconstitucional.gob.do/consultas/secretar%C3%ADa/sentencias/tc096618/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

CAPÍTULO 12

La gestación por subrogación en Uruguay*

Delia M. Sánchez**

* La autora agradece la generosa y amable colaboración de la doctora Milka Bengochea, directora del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes, del doctor Eduardo Cavalli, ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de segundo turno, y de la doctora Victoria Della Ventura, docente de la Unidad Académica de Bioética de la Facultad de Medicina, Universidad de la República. Sin la información aportada por ellos no hubiera sido posible realizar este trabajo. Las opiniones vertidas aquí son de exclusiva responsabilidad de la autora y de ninguna manera comprometen las de sus informantes.

** Doctora en Medicina. Magister en Salud Pública y en Bioética. Excoordinadora de la Unidad Académica de Bioética de Facultad de Medicina, Universidad de la República. Uruguay. Exintegrante del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO.

SUMARIO: A. Marco legal general; B. Acuerdos de gestación por subrogación en general; C. Paternidad y maternidad legales al momento del nacimiento; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación; I. Criterios de elegibilidad para mujeres que actúan como gestantes; II. Criterios de elegibilidad para los padres o madres comitentes; E. Transferencia de la paternidad o maternidad; I. Proceso legal; II. Derechos de los niños y niñas; F. Agencias y criminalización; G. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación; H. Conclusiones. Bibliografía.

A. Marco legal general

La gestación por subrogación está regulada en Uruguay por la Ley 19.167, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida,¹ y por su Decreto reglamentario, Decreto 84/015.²

Antes de la aprobación de esta ley, en 1996, el senador y médico Alberto Cid presentó un proyecto de ley de fertilización humana asistida, cuyo principal objeto fue la regulación de la práctica de fertilización asistida, que se encontraba en un momento de desarrollo en el país, sin ningún marco legal. No incluía la gestación subrogada y sus artículos muestran las preocupaciones éticas de la época, especialmente en lo referente al

¹ Ley 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el Diario Oficial el 29.11.2013. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

² Decreto 84/015, Reglamentación de la Ley 19.167 relativa a las técnicas de reproducción humana asistida, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 2015. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/decretos/84-2015>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

manejo de embriones. Sin embargo, este proyecto de ley no llegó a aprobarse.³

La Ley 19.167 creó la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, integrada por un representante del Ministerio de Salud Pública, que la preside, un representante del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células, Tejidos y Órganos (INDT), un representante de las Facultades de Medicina, un representante de las Facultades de Derecho, un representante de la Sociedad Uruguaya de Reproducción Humana (SURH), un representante del Colegio Médico del Uruguay y un representante de los usuarios (artículos 29 y 30).

El artículo 31 de la Ley define las competencias de la Comisión de la siguiente manera:

- a) Asesorar en forma preceptiva al Ministerio de Salud Pública respecto de las políticas de reproducción humana asistida, así como la pertinencia de introducir nuevas técnicas en esa área.
- b) Promover las normas para la implementación de la reproducción asistida.
- c) Contribuir a la actualización del conocimiento de los profesionales y científicos en materia de reproducción humana asistida y a la difusión de los conocimientos correspondientes.
- d) Elevar opinión fundada sobre las irregularidades respecto de las cuales tomare conocimiento a la Comisión Honoraria de Salud Pública y al Colegio Médico del Uruguay en lo que correspondiere a cada uno de estos organismos, dando cuenta de ello al Ministerio de Salud Pública.

³ Disponible en: «https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/03614/ficha_completa». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

La gestación por subrogación aparece como un punto menor (en cuanto a extensión, sólo 4 de 32 artículos) de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La motivación de la ley, en un país con un Sistema Nacional Integrado de Salud,⁴ fue no sólo regular los procedimientos de reproducción humana asistida, sino aliviar el costo económico para las parejas que recurrían a éstas. Por ese motivo, su artículo 5 prevé el financiamiento de las técnicas de baja complejidad por los prestadores del Sistema Nacional Integrado de Salud y las de alta complejidad por el Fondo Nacional de Recursos, estableciendo detalladamente las condiciones para acceder a este financiamiento público. Se refiere siempre a ellas como técnicas para el tratamiento de la infertilidad, definiéndose ésta como "incapacidad de haber logrado un embarazo por vía natural después de 12 meses o más de relaciones sexuales".

Existen en Uruguay tres clínicas habilitadas por el Ministerio de Salud Pública para la realización de técnicas de reproducción humana asistida. Ninguna anuncia en su página web la prestación de servicios de gestación subrogada, pero la página de la asociación que las agrupa sí lo hace, aunque sólo se refiere a su inclusión entre las técnicas de alta complejidad previstas en la ley.

La primera clínica de reproducción asistida surgió en Uruguay en 1986 y el primer nacimiento por fertilización intrauterina ocurrió en 1990. Desde fines de la década de 1980, por lo tanto, las parejas infértiles podían

⁴ El Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) fue creado por la Ley 18.211, de diciembre de 2007. El sistema se financia mediante un Seguro Nacional de Salud (Fonasa) con aportes obligatorios de trabajadores y empleadores, además del Estado, y es regido por una Junta Nacional de Salud (Junasa), en la que participan representantes de los usuarios, trabajadores de la salud e instituciones prestadoras. Junasa contrata servicios de todos los prestadores integrales, tanto públicos como privados, a los que abona una cápita mensual. Los usuarios son libres de elegir el prestador de su preferencia. La atención es integral y su contenido está definido por el Ministerio de Salud Pública. El Fondo Nacional de Recursos es un reaseguro que precede en el tiempo a la creación del SNIS y que cubre a toda la población del país en una serie de prestaciones de muy elevado costo y tecnología, como trasplantes, diálisis, algunos procedimientos de cirugía traumatológica y medicamentos de muy alto costo, entre otros. Todas las instituciones que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud aportan a éste por sus afiliados, si pertenecen al sector privado, o por servicios utilizados, en el caso del sector público.

acceder a diferentes técnicas, pero solamente en el sector privado, pagando de su bolsillo tratamientos muchas veces muy prolongados y costosos. La solución de este problema económico fue el objetivo detrás de la promulgación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como surge de la exposición de sus motivos.

En general, las parejas consultan por infertilidad en servicios de ginecología y obstetricia en una institución dentro del Sistema Nacional Integrado de Salud. Desde allí son derivadas a cualquiera de las clínicas habilitadas, en caso de requerir tratamiento especializado. Tratándose de parejas de mujeres o mujeres solas, en quienes no existe un problema de infertilidad según la definición médica, se opta por la consulta directa en una de las clínicas.

Si bien las clínicas no hacen publicidad en medios masivos, no es infrecuente la participación de algunos de sus profesionales en programas de televisión en formato de charlas informales, realmente con fines publicitarios, pero presentadas como divulgación.

La donación de cualquier órgano o tejido en Uruguay debe realizarse en forma honoraria, ya que no se considera al cuerpo sujeto al derecho comercial sino al derecho de la persona. Por ese motivo, la ley prevé que la gestación subrogada sólo podrá hacerse en forma altruista y en forma análoga a la donación de órganos por donantes vivos, se limita a los familiares directos de primer y segundo grado. Admitiendo que un tercero podría tener motivaciones altruistas, se entiende que sería prácticamente imposible descartar el intercambio de dinero o bienes y, por lo tanto, la situación de abuso de personas necesitadas.

La gestación subrogada "tradicional" no está permitida en Uruguay. En efecto, el artículo 214 Código Civil⁵ prohíbe el acuerdo de una pareja

⁵ Código Civil, aprobado por Ley 16.603, publicado en el Diario Oficial el 21 de noviembre de 1994. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

con una tercera persona para concebir un hijo, indicando que "Es nulo todo acuerdo firmado entre cónyuges o concubinos referido a la concepción de una criatura fruto de la unión carnal entre hombre y mujer, sin perjuicio de las obligaciones que la ley prevé para el cónyuge no concubiente respecto del hijo concebido".

Los legisladores extremaron el cuidado para evitar la falsificación de la filiación del recién nacido, por lo cual el Código de la Niñez y Adolescencia,⁶ en su artículo 25 ("Derecho a la identidad"), señala que

Sin perjuicio de las normas del Registro de Estado Civil, el recién nacido deberá ser identificado mediante las impresiones plantar y digital acompañadas por la impresión digital de la madre.

Todas las maternidades públicas y privadas deberán llevar un registro para cumplir con lo dispuesto en el inciso anterior, al momento de realizarse el parto. Se le otorgará copia a la madre y se enviará otra al Registro de Estado Civil.

Los médicos o parteros que asistan nacimientos fuera de la maternidad, deberán realizar el registro de igual forma y, en caso de imposibilidad, anotarlo en la historia clínica.

En este último caso y fuera de las hipótesis señaladas anteriormente, las impresiones digitales y plantar del recién nacido se tomarán al momento de hacerse la inscripción en el Registro de Estado Civil.

Según la información proporcionada en entrevista telefónica por un integrante de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que debe preceptivamente intervenir en la autorización de la realización

⁶ Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823, publicado en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2004. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

de la técnica, hasta marzo de 2021 hubo ocho nacimientos mediante gestación subrogada en Uruguay. No se dispone del número de acuerdos de subrogación realizados fuera del país.

Este pequeño número contrasta con la alta utilización de otras técnicas de reproducción humana asistida de baja y alta complejidad. Dos de los tres centros habilitados en el país integran la Red Lara (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida), a la que informan sobre sus procedimientos. Según Zegers-Hochschild et al.,⁷ con base en datos de dicha red, en 2017 esos dos centros realizaron un total de 1,419 procedimientos de fertilización asistida (no nacimientos, sino procedimientos), sin incluir en ninguno de los centros de distintos países que la integran información sobre gestación subrogada. Debido a la accesibilidad cultural y económica de las técnicas, la misma publicación informa de 535 ciclos de fertilización asistida iniciados por millón de habitantes, valor similar al de Argentina y superior al del resto de los países de América Latina, aun considerando que uno de los tres centros habilitados no contribuye datos a esta base.

B. Acuerdos de gestación por subrogación en general

El artículo 25 ("Nulidad") de la Ley 19.167 indica que

Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros, para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido

⁷ Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier, et al, "Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry, 2017", *JBRA Assisted Reproduction*, 24, 2020. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7365541/>. [Consultado el 25 de octubre de 2021].

a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación de embrión propio.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

El artículo 26 ("Suscripción de acuerdo"), a su vez, señala que "El acuerdo a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes".

C. Paternidad y maternidad legales al momento del nacimiento

Son dos los artículos de la Ley 19.167 que tratan sobre la filiación del recién nacido fruto de un acuerdo de gestación subrogada. En primer lugar, el artículo 27 ("Filiación"), que prevé que "En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación". En segundo término, el artículo 28 ("Filiación Materna"), que agrega que "La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica, o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada".

En todos los otros casos, se entiende que la mujer que pare al hijo es la madre y, respecto al padre, el Código Civil incluye tanto previsiones para la fecundación natural como para las gestaciones producto de donación de gametos, por lo que establece lo siguiente:

Artículo 214. Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.

Las personas legitimadas por la ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico no existe.

Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior, las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial.

El consentimiento para la concepción con persona ajena al matrimonio, será revocable con las mismas formalidades, hasta el momento de la concepción.

Como señalamos anteriormente, la subrogación tradicional está prohibida en Uruguay.

El artículo 215 del Código Civil establece los plazos para la presunción de paternidad dentro del matrimonio de la siguiente manera:

Se considera concebida dentro del matrimonio, a la criatura nacida fuera de los ciento ochenta días después de contraído este y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Esta presunción es relativa salvo en los casos de acuerdo expreso y escrito bajo las condiciones establecidas en el artículo 214.

Si bien en la donación de gametos se procede a un proceso de anonimización, la legislación uruguaya prevé que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo o hija tiene derecho a solicitar conocer su identidad biológica, aun cuando esto no establece relaciones de filiación ni obligaciones mutuas entre donantes e hijos resultado de la donación.

El artículo 11 ("Derecho a la identidad") del Decreto 84/2015 establece que

El o los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su fecundación mediante petición por escrito ante la institución en la cual se practicó la técnica de que se trate, conforme al procedimiento establecido en la Ley que se reglamenta.

No hay ninguna especificación sobre la gestación subrogada en particular, incluyéndosela entre las otras técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad. Tampoco existe previsión del mecanismo para garantizar que los hijos puedan conocer el procedimiento de su concepción, a menos que sus padres les informen o por algún motivo tengan dudas sobre su identidad.

A diferencia de lo previsto en el caso de una adopción simple, no se indica la necesidad de ninguna anotación en la partida de nacimiento.

Para hacer posible lo anterior, los centros de reproducción humana asistida deben recoger y conservar una serie de datos. El capítulo VII del Decreto 84/2015 no trata específicamente de la gestación subrogada, sino, en general, de los donantes en técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad. En ese caso, estipula lo siguiente

Artículo 21- La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente.

Esta acción podrá ser ejercida por el nacido por aplicación de la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad o sus representantes legales y, en caso de que hubiere fallecido, por sus descendientes en línea recta hasta el segundo grado, por sí o por medio de sus representantes.

La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación.

El artículo 24 ("Del registro") del mismo Decreto indica que

El Instituto Nacional de Donaciones y Trasplantes llevará un registro a nivel nacional de los datos relativos a donantes de gametos y embriones, así como del material biológico (ovocitos, espermatozoides, embriones) que ingresa a, o egresa de, cada Banco o Laboratorio, debiendo los mismos proporcionar dicha información con la periodicidad que el Ministerio de Salud Pública establezca.

Cada Banco y/o Laboratorio deberá tener a disposición del Instituto Nacional de Donaciones y Trasplantes la información referente a los donantes, gametos, y embriones de acuerdo a lo que dispongan los protocolos que el Ministerio de Salud Pública establezca.

Según información aportada por el Instituto Nacional de Donación y Trasplante,⁸ los datos que se recogen de los donantes en las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad (incluida la gestación subrogada) son nombre completo, documento de identidad y domicilio. Cuando se trata de embriones, se recogen los datos de ambos miembros de la pareja. El material donado se identifica también por la fecha de donación y un código.

La responsabilidad de llevar adelante el registro nacional de donantes es del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes, y no existe una limita-

⁸ El Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos (INDT) sucede en el tiempo al Banco Nacional de Órganos y Tejidos, creado el 8 de febrero de 1977 mediante un decreto ley. Actualmente se rige por la Ley N° 18.968 y es un organismo conjunto del Ministerio de Salud Pública y la Universidad de la República. Toda la información sobre el Instituto se encuentra disponible en su página web: «www.indt.gub.uy».

ción determinada en el tiempo durante el cual se guardará esta información. En las clínicas que desarrollan los procedimientos no se conocen los datos de los donantes de gametos, pero sí de los de embriones.

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

I. Criterios de elegibilidad para mujeres que actúan como gestantes

De acuerdo con la Ley 19.167, la mujer que actúe como gestante debe ser familiar consanguíneo hasta de segundo grado de uno de los miembros de la pareja que solicita la subrogación. Este acto debe ser altruista, no se permite la remuneración. No se estipulan otras características, más allá de lo que el médico o los médicos tratantes estimen seguro para la madre y el niño.

II. Criterios de elegibilidad para los padres o madres comitentes

La única previsión de autorización de gestación subrogada en Uruguay es en el caso de "la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas".

En este caso sólo se permite la implantación de un embrión propio, entendiéndose por tal el "formado como mínimo por un gameto de la pareja, y en el caso de la mujer sola, por su óvulo".

Este criterio es distinto y mucho más estricto que el que la misma ley establece para el acceso y cobertura financiera a las técnicas de reproducción humana asistida en general, que según el artículo 2 de la Ley 19.167

podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley

Lo anterior muestra que se considera como un caso excepcional y que merece restricciones especiales, debido a los riesgos biológicos y psicológicos a los que se expone la mujer que lleva adelante la gestación.

En la reglamentación de la ley (artículo 8 del Decreto 84/2015) se estipula que las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad "serán aplicadas a las mujeres de hasta 40 años de edad y que para acceder a la cobertura financiera del Fondo Nacional de Recursos se deberá estar radicado en el país y efectuar los aporte a dicho Fondo para la cobertura de estas personas por cualquiera de los sistemas legalmente establecidos" (artículo 31).

La donación de gametos está regulada por la Ley de Reproducción Humana Asistida y su Decreto reglamentario. Estos prevén que la donación de gametos se realice en forma anónima (sin perjuicio del derecho del hijo nacido por estos procedimientos a conocer su identidad) y altruista. Sin embargo, es práctica habitual de las clínicas realizar un pago a los donantes como "compensación por el tiempo y molestias".

El Decreto 38/2015 establece que

sólo podrá donarse gametos de acuerdo al siguiente detalle:

Espermatozoides: Veinticinco (25) nacimientos por donante. Óvulos: Hasta cinco (5) estimulaciones por donante, no más de tres (3) en un año y hasta veinticinco (25) nacimientos por donante. Los óvulos obtenidos en cada donación serán utilizados en una o

varias receptoras de acuerdo al protocolo que dicte el Ministerio de Salud Pública.

La diferencia entre donantes de esperma y óvulos se justifica por los riesgos inherentes a la hiperestimulación ovárica a la que se somete la mujer donante.

En cuanto a los requisitos de los donantes de gametos, el artículo 14 del Decreto 84/2015 establece que los donantes

deberán ser mayores de edad y acreditar un buen estado de salud psicofísica, mediante estudios que demuestren que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento, de acuerdo al protocolo que el Ministerio de Salud Pública establezca.

E. Transferencia de la paternidad o maternidad

I. Proceso legal

Como se ha mencionado, cualquier acuerdo de subrogación fuera del caso previsto por la ley es inválido en el territorio nacional. En el caso admitido por la ley, ésta prevé que la filiación del niño corresponderá a "quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación" (artículo 27). El proceso en este caso será el habitual, de inscripción del recién nacido o nacida en el Registro Civil.

II. Derechos de los niños y niñas

La normativa uruguaya parte del reconocimiento del interés superior del niño (artículo 6 del Código de la Niñez y Adolescencia), por lo que se tutela el derecho a conocer su identidad y las condiciones de su concepción.

Esto incluye el caso excepcional de la subrogación de su gestación por una familiar consanguínea de segundo grado de uno de sus padres.

No existe sin embargo una norma que garantice que los hijos sean informados de estas circunstancias, para que, si así lo desearan, soliciten los datos de sus progenitores biológicos (o gestante subrogada).

Alterar los documentos de filiación se considera, en el artículo 258 del Código Penal uruguayo,⁹ un delito de supresión del estado civil y conlleva una pena de 18 meses de prisión a 8 años de penitenciaría.

F. Agencias y criminalización

La gestación por subrogación en Uruguay debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que no es una agencia ni un intermediario, sino parte del sistema regulador. Su composición fue descrita más arriba.

Existía una página web¹⁰ manejada por quien se presentaba en ella como un abogado argentino, que informaba sobre la legislación uruguaya y sobre las posibilidades de subrogación en otros países. Al no incitar a ningún delito ni en territorio nacional ni en el extranjero (informa sobre los países que tienen distintas normas para la subrogación de la gestación), no fue regulada ni sancionada.

Ni la Ley de Reproducción Humana Asistida ni su Reglamento estipulan sanciones por su incumplimiento, pero es importante señalar que dada la habilitación y cobertura pública del financiamiento de los procedimientos de reproducción humana asistida, los prestadores tienen un incentivo claro para mantenerse dentro de la normativa.

⁹ Código Penal, aprobado por Ley 9.155, del 4 de diciembre de 1933, actualización de la versión oficial publicada el 26 de octubre de 1967. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

¹⁰ La página web era: «<https://maternidadsubrogada.uy>».

G. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación

No existen reglas específicas sobre los acuerdos de gestación subrogada que tienen lugar en otras jurisdicciones. En lo relativo a la filiación y nacionalidad, se reconoce lo estipulado por la jurisdicción donde nació el niño o la niña (artículo 28, Ley 19.920, de derecho internacional privado, promulgada el 27 de noviembre de 2020). Al ingresar a Uruguay se debe contar con toda la documentación del país de origen del niño o niña que acredite que los adultos que lo acompañan son sus padres o tutores y se procede a inscribir esos documentos en el Registro Civil, en el Departamento de Actos y Hechos Ocurrecidos en el Extranjero.

Uruguay reconoce la nacionalidad uruguaya a los hijos de sus nacionales que hayan nacido en el extranjero y admite también la doble nacionalidad (artículo 81 de la Constitución de la República, de febrero de 1967).

Lamentablemente, en este caso, el niño o la niña no cuenta con las mismas garantías de respeto de su derecho al conocimiento de su identidad, ya que el acceso a la información dependerá de las normas y procedimientos en el país de origen.

H. Conclusiones

La normativa uruguaya sobre gestación por subrogación es restrictiva, considerándose como un caso excepcional dentro del abanico de las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, debido a los riesgos físicos y psicológicos en los que incurre la mujer que lleva adelante la gestación. Esta restricción se manifiesta en la clara limitación de las causas que habilitan a una mujer a solicitar la subrogación y quienes pueden llevar adelante el embarazo.

A pesar de ello, es tolerante respecto a los nacimientos en el extranjero, aceptándose la filiación que asigne el país donde ocurrió el parto.

Como toda la normativa relacionada con la donación de órganos y tejidos, parte del principio de donación altruista y, para garantizarla, al igual que en la donación de órganos de donante vivo, sólo se permite entre familiares de segundo grado. El motivo para la defensa de la donación altruista es tanto filosófico como práctico. Filosófico, porque se considera al cuerpo humano sujeto al derecho de la persona, no al comercial (en el caso específico de la gestación subrogada, se rechaza además la posibilidad de que un niño se pueda comprar y no se reconoce la existencia de un derecho a tener un hijo), y práctico, ya que busca el amparo de las personas cuyo derecho a la protección de su integridad física podría verse vulnerado debido a una situación de necesidad económica o presiones de cualquier otro tipo.

Por este motivo, la experiencia ha sido muy reducida, a diferencia de la utilización de otras técnicas de reproducción humana asistida, en las cuales Uruguay presenta tasas que se encuentran entre las más altas de América Latina.

El Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños,¹¹ afirma que

la gestación por sustitución, en particular la de carácter comercial, suele comportar prácticas abusivas. Además, supone un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes vigentes en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños, así como otras normas de derechos humanos.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 37º Período de Sesiones, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

En este sentido, la normativa uruguaya fue pensada con el fin de evitar la compra de niños en el territorio nacional, pero no ha previsto lo mismo cuando la gestación por subrogación se realiza en otro territorio. Este último punto es problemático y de difícil solución mientras existan jurisdicciones que permiten la subrogación comercial. El mismo informe de la relatora especial parte de la premisa de que "todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención. Aunque el imperativo de prohibir y prevenir la venta de niños no ofrece respuestas a todos los debates de política que rodean a la gestación por sustitución, sí limita el alcance de los enfoques admisibles".

Fundamenta en el ámbito jurídico internacional la consideración de la gestación subrogada comercial como un caso de venta de niños, con base en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma", señalando además que el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, define la venta de niños como "todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución".

El criterio del interés superior del niño está presente en la legislación uruguaya, especialmente en las garantías de su derecho a la identidad, recogido en el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Civil, el Código Penal y en la normativa específica sobre reproducción humana asistida. No es de olvidar la triste experiencia sufrida en varios países del Cono Sur durante las dictaduras militares de las décadas de 1970 y 1980, en las que se sustrajeron niños y se modificó su filiación. Esto ha dejado en nuestra población una gran sensibilidad sobre el derecho a conocer la propia identidad.

El referido Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas hace un paralelismo entre la subrogación comercial y la adopción internacional,

partiendo del interés superior del niño, afirmando que, si bien existen diferencias,

son aplicables a ambos determinados principios de derechos humanos, como la prohibición de la venta de niños, el interés superior del niño como consideración primordial, la inexistencia del derecho a tener un hijo, regulaciones y limitaciones estrictas en relación con las transacciones financieras, los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales y las protecciones frente a la explotación.

Aunque existen algunos colectivos que proponen una disminución de las restricciones a la gestación subrogada en Uruguay, sea desde el lado de quienes podrían solicitarla, sea de quienes pudieran oficiar de gestante subrogada, no se presentó ningún proyecto legislativo al respecto hasta mayo de 2021. En esta fecha un representante nacional presentó ante el Parlamento un proyecto de ley eliminando tanto la necesidad de relación de consanguinidad de la mujer gestante con uno de los miembros de la pareja solicitante como el requisito de gratuidad.¹² Esta modificación, que alteraría totalmente las bases no sólo de la gestación subrogada, sino de todo el sistema de donación de órganos y tejidos por donantes vivos y afectaría el espíritu del Código de la Niñez y Adolescencia, aún no ha tenido trámite parlamentario.

La normativa vigente es, a juicio de quien suscribe este texto, satisfactoria, ya que se enmarca en un conjunto amplio de prestaciones de reproducción humana asistida, es económicamente accesible para aquellos casos en los que está permitida, impide la comercialización tanto del hijo como del cuerpo de la gestante y garantiza el derecho a la identidad del niño nacido o la niña nacida por esta técnica en el territorio nacional. Existe, sin embargo, un vacío respecto a garantizar los mismos derechos

¹² Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Cámara de Representantes. Proyecto de ley. Técnicas de reproducción humana asistida. Carpeta 1469, de 2021. Disponible en: «<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/150797>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

a los niños producto de gestación subrogada en el extranjero, especialmente respecto a la prohibición de la compra de niños y la garantía de sus derechos de identidad y acceso a los orígenes personales.

Debido al tamaño de nuestro país (aproximadamente 3,400,000 habitantes), la existencia de solamente tres centros habilitados para la reproducción humana asistida, la financiación pública y centralizada y la participación tanto de los reguladores como de los prestadores en la Comisión que debe autorizar los procedimientos, se entiende que la normativa funciona adecuadamente. De hecho, el principal problema relatado por los entrevistados no se relaciona con la gestación subrogada, sino con el número limitado de donantes de gametos.

Bibliografía

Código Civil, aprobado por Ley 16.603, publicado en el Diario Oficial el 21.11.1994. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823, publicado en el Diario Oficial el 14.09.2004. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Código Penal, aprobado por Ley 9.155, de 04.12.1933, actualización de la versión oficial publicada el 26.10.1967. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Cámara de Representantes. Proyecto de ley. Técnicas de reproducción humana asistida. Carpeta 1469, de 2021. Disponible en: «<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/150797>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Decreto 84/015, Reglamentación de la Ley 19.167 relativa a las técnicas de reproducción humana asistida, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 2015. Disponible en: «<https://www.impco.com.uy/bases/decretos/84-2015>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Ley 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el Diario Oficial el 29.11.2013. Disponible en: «<https://www.impco.com.uy/bases/leyes/19167-2013>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 37º Periodo de Sesiones, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier, et al, "Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry, 2017", *JBRA Assisted Reproduction*, 24, 2020. Disponible en: «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7365541/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Autores y autoras

Joyceane Bezerra de Menezes

Profesora titular de la Universidad de Fortaleza y profesora asociada de la Universidad Federal de Ceará, Brasil.

Nicolás Espejo Yaksic

Investigador del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México; profesor visitante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leiden, Reino de los Países Bajos.

Claire Fenton-Glynn

Profesora asociada en Derecho y Fellow del Jesus College, Universidad de Cambridge.

Alberto Jiménez Mata

Profesor de Derecho de Familia de la Universidad de Costa Rica.

Fabiola Lathrop Gómez

Profesora titular de la carrera ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Sonia Merlyn

Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Ecuador.

Jennie Aimée Molina Morán

Docente de la Escuela de Estudios Judiciales del Organismo Judicial de Guatemala y jueza de familia.

Bernabel Moricete

Juez presidente de la Corte de Apelación de Niños, Niñas y Adolescentes de La Vega, República Dominicana.

Gustavo Ribeiro

Profesor asociado de la Universidad Federal de Lavras (UFLA), Brasil.

Mariana Rodríguez Iturburu

Miembro integrante del Comité de Ética de la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA) e Integrante del Comité de Ética de CEGYR-Medicina Reproductiva.

Kenya Romero

Jueza del Séptimo Juzgado de la Instrucción del Distrito Nacional, República Dominicana.

Natalia Rueda

Profesora de la Universidad Externado de Colombia.

Delia M. Sánchez

Excoordinadora de la Unidad Académica de Bioética de Facultad de Medicina, Universidad de la República, Uruguay.

Jens M. Scherpe

Profesor de Derecho Comparado y Fellow del Gonville and Caius College, Universidad de Cambridge, Profesor electo en la Universidad de Aalborg, Dinamarca.

Paula Siverino Bavio

Miembro del International Bioethics Committee, UNESCO, Perú.

Fernando Sosa Pastrana

Profesor de Derecho Civil en el Centro de Investigación y Docencia Económicas, México.

Esther Vicente

Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Julio de 2022.

Esta obra es fruto del trabajo conjunto desarrollado entre el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y el Centro de Derecho de Familia de la Universidad de Cambridge. Como tal, el presente trabajo se enmarca en los esfuerzos desplegados por ambas instituciones para generar una dogmática comparada robusta para comprender críticamente los diversos desarrollos del derecho familiar constitucionalizado en el mundo y en América Latina en especial.

En este libro se presenta panorámicamente la situación de la gestación por subrogación en 12 países de América Latina; da cuenta de al menos cuatro enfoques distintos sobre la gestación por subrogación: prohibitivo, tolerante, regulador y basado en regulación por parte de profesión médica. Debido a que sus legislaciones regulan realidades con componentes sociales, políticos y culturales muy distintos, sus normas suelen diferir y proveer respuestas específicas a los desafíos planteados por esta práctica. Esta característica trae como consecuencia que el derecho de cada país –incluidas la legislación, la jurisprudencia y la propia doctrina– presente estadios de desarrollo disímiles en lo que se refiere a materias civiles y de familia, que son las más atingentes a la figura en estudio. En particular, son pocos los sistemas jurídicos que han avanzado hacia una regulación específica de la gestación por subrogación. En muchos otros casos, y frente al silencio del legislador, han sido las juezas y los jueces, así como otras iniciativas médicas o administrativas, quienes han debido intentar dar respuesta a los diversos desafíos normativos que presenta esta institución.

