

Simposio sobre la Reforma del Código Civil y Comercial

Miércoles 12 de Septiembre de 2012

MERCADOS REPRODUCTIVOS, JUSTICIA, Y FILIACIÓN

LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL

Por Miguel Alzola (Fordham University | UTDT)

§1. La maternidad subrogada es la más antigua y, tal vez, la más controvertida de las técnicas de reproducción humana asistida conocidas (en adelante, TRHA).¹ Ausente en el ordenamiento jurídico argentino vigente, su inclusión en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – a partir de aquí, el *Anteproyecto*² – la ha convertido en uno de los aspectos más debatidos de la reforma. El artículo 562 del *Anteproyecto*, titulado “Gestación por sustitución”³, admite y regula esta práctica y establece las condiciones para validar el acuerdo.⁴

¹ La maternidad subrogada consiste en la provisión de un servicio reproductivo, que una mujer (la gestante) acuerda con uno o más comitentes para llevar a término un embarazo por cuenta del comitente renunciando a cualquier privilegio sobre el niño resultante. Existen dos formas tradicionales de subrogación, la tradicional y la gestacional. En la primera modalidad la gestante aporta sus gametos, mientras que en la segunda el embrión del comitente (o uno de donantes) es implantado en el útero de la gestante, de modo que ella no tiene relación genética con el niño. La existencia o no de un pago por tales servicios reproductivos hace que se distingan formas comerciales y no-comerciales de subrogación.

² Disponible en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Texto-del-Proyecto-de-Codigo-Civil-y-Comercial-de-la-Nacion.pdf>

³ La Comisión redactora del *Anteproyecto* (“Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización, y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación” creada por decreto PEN 191/2011) elige la expresión gestación por sustitución – en adelante GPS – en lugar de maternidad subrogada. Véase Eleonora Lamm, “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho.” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3(2012): p. 4, n. 1. En este trabajo, me refiero a ambas expresiones de manera indistinta.

⁴ El artículo 562 del *Anteproyecto* dispone: “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:

En este trabajo me propongo evaluar normativamente la permisibilidad de la maternidad subrogada y la justificación de su regulación en el *Anteproyecto*. El artículo tiene cuatro partes. En la segunda, voy a examinar los fundamentos del proyecto.⁵ En la tercera, esbozaré las líneas principales para la evaluación moral de esta práctica. En la cuarta, me enfocaré brevemente en el tratamiento jurídico propuesto por la comisión redactora. En la sección final, ofreceré algunas conclusiones preliminares.

Adelanto que mi posición respecto de la GPS es negativa; voy a sostener que constituye una práctica moralmente objetable (aunque no me voy a pronunciar respecto de cuál debería ser el tratamiento jurídico de la misma).

§2. Los fundamentos del proyecto enumeran y explican los tres principios que, a criterio de la Comisión, justifican la admisión y regulación de la GPS en el nuevo Código Civil.⁶ Ellos son los principios de “realismo jurídico”, de no-discriminación, y de seguridad jurídica.

El principio de realismo jurídico justifica la permisión de la GPS apelando a “la fuerza de la realidad nacional e internacional”. La idea es que esta técnica es practicada lícitamente en varios países extranjeros y, de manera irregular, en Argentina.⁷ La ausencia de un marco jurídico internacional uniforme ha dado lugar, como respuesta a tal diversidad, a la aparición del denominado “turismo reproductivo”, esto es, al desplazamiento de individuos o parejas fuera de su país de origen para acceder a servicios de subrogación en las jurisdicciones en donde sí están permitidos. La admisión y regulación de la GPS, se sostiene, “es la tendencia que prevalece en el derecho comparado”.⁸ El interés superior de niños ya nacidos exige reconocer, concluye la Comisión, la existencia del vínculo con los comitentes.

-
- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
 - b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
 - c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
 - d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
 - e) la gestante no ha aportado sus gametos;
 - f) la gestante no ha recibido retribución;
 - g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces;
 - h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.

⁵ Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

⁶ *Fundamentos...*, pp. 95-96.

⁷ Por ejemplo, existen casos de impugnación de la maternidad de la mujer que dio a luz por no ser ella la titular del material genético femenino utilizado, además de la falsificación de las partidas de nacimiento. Véase *Fundamentos...*, p. 95 y Eleonara Lamm, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en el Anteproyecto de Código Civil” *Jurisprudencia Argentina* II(12) (2012): 78.

⁸ Lamm, “La filiación derivada...” p. 80.

Hay, al menos, dos formas de disputar el argumento del realismo jurídico. En primer lugar, es problemático el paso inferencial desde premisas descriptivas a conclusiones normativas. La célebre “guillotina de Hume” desacredita pasar desde enunciados de hecho acerca de lo que algunos ciudadanos argentinos hacen al margen de la ley – o del tratamiento jurídico de ciertas prácticas sociales en el extranjero – a enunciados acerca del tratamiento que tales prácticas deberían tener en el ordenamiento nacional. Ciertas prácticas permitidas en jurisdicciones extranjeras son de todos modos prohibidas internamente (las formas comerciales de subrogación, por ejemplo). Y otras prácticas permitidas aquí no se permiten en otros países (el matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo). Así es que la inferencia es incorrecta: la fuerza de la realidad no tiene fuerza normativa.

En segundo lugar, la descripción misma de esa “fuerza de la realidad” es también controvertida. Efectivamente, la GPS es admitida ampliamente en países como India, Georgia, Rusia, y Ucrania, como también lo es en algunos estados de los EE.UU., tales como Florida, New Hampshire, Nevada, y Arkansas. Pero está prohibida en muchos países tales como Alemania, Francia, Suecia, Italia, y Suiza, y también lo está en estados como New Mexico, North Carolina, D.C., y Michigan.⁹ Y tales prohibiciones son justificadas apelando a razones que son moralmente relevantes. Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico de Francia, el principio de dignidad de la persona y las posibles secuelas emocionales en los hijos.¹⁰ Es decir, no está prohibida por razones de conveniencia administrativa, sino a partir de consideraciones éticas significativas respecto de las partes en los acuerdos de maternidad subrogada y respecto de las externalidades de estas prácticas sobre terceras personas y comunidades. Uno puede suscribir o desafiar esas razones (me referiré brevemente a ellas a continuación). Pero no deberían ser soslayadas.

Pasemos entonces al segundo argumento justificatorio, el principio de no-discriminación. El principio propugna la igualdad en el acceso de matrimonios de personas del mismo sexo a técnicas de reproducción humana asistida, extendiendo las reglas que regulan la adopción – a la que sí tienen acceso – a la GPS. Este principio es más robusto que el primero. Sin embargo, parecería que el argumento para justificar la práctica – para admitir la GPS – apela a cuestiones referidas a la filiación. Es decir que la evaluación moral de una práctica que suscita serias preocupaciones morales aparece

⁹ No se trata, desde luego, de comparar la cantidad de países que prohíben y permiten la GPS para determinar el criterio adecuado sino de atender a las razones de tal tratamiento. En respuesta a esta crítica al principio de realismo jurídico, Marisa Herrera respondía que esta reforma pone a la ley argentina a la vanguardia en Latinoamérica en la regulación de la GPS (Simposio UTDT, 12/09/2012). Sin perjuicio de que a ese argumento le aplican las objeciones anteriores, ya no se trata del argumento de “la fuerza de la realidad nacional e internacional” sino de uno diferente, por lo cual me seguiré concentrando en los argumentos enumerados en los *Fundamentos*.

¹⁰ Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé. (C.C.N.E.) “Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA).” Avis n° 110 (2010). Véase <http://www.bdsp.chesp.fr/Base/413921/>

subordinada a consideraciones sobre la regulación de la filiación de los niños nacidos o a nacer como resultado de esta técnica. Las cuestiones filiatorias son significativas, en tanto determinan aspectos centrales de los derechos del niño, desde su identidad hasta su nacionalidad, pero no agotan la discusión – en todo caso la inician – acerca de la moralidad de la GPS.

El tercer argumento de los *Fundamentos* es el principio de seguridad jurídica, respecto no sólo de las partes de los acuerdos de maternidad subrogada, sino también de los niños nacidos de tales prácticas. La Comisión sostiene que prohibir la GPS o no regularla no evitaría que se presenten conflictos jurídicos que de todos modos deben resolverse. Al igual que en la discusión del principio de no-discriminación, la cuestión de cómo resolver la filiación parece tener prioridad en la justificación de una práctica que genera preocupaciones morales que trascienden a la determinación de la filiación.

La conclusión es que, sin perjuicio de posibles réplicas a estas objeciones, la evaluación moral de la GPS – y la deliberación pública acerca de la permisibilidad de esta práctica – debería apoyarse en razones que son independientes de los principios ofrecidos en los *Fundamentos*. ¿Cuáles serían algunas de esas razones?

§3. La discusión pública acerca del tratamiento de la GPS en el *Anteproyecto* está atravesada por un enfrentamiento entre posiciones liberales y conservadoras, las primeras a favor, las segunda en contra, de la aceptación de la GPS. Así, parecería que las objeciones a la GPS necesariamente deben articularse apelando a nuestra idiosincrasia particular y nuestras tradiciones o que necesariamente expresan posiciones religiosas irreductibles acerca de ciertas formas de organización familiar.¹¹ Luego, estas razones contrarias a la GPS son descalificadas para ser invocadas en una discusión pública razonable. Esta caracterización me parece imprecisa y la mentada dicotomía es, al menos en lo que respecta a la justificación de la GPS, falsa.¹² Sin perjuicio del mérito de tales argumentos, sostengo que es posible articular el caso en contra de la GPS en términos que son no solamente consistentes con posiciones liberales sino que hasta podrían ser parte de la mejor interpretación del compromiso liberal con valores como la autonomía, la libertad, el bienestar, y la igualdad.

Mi objetivo es, entonces, esbozar las líneas de un argumento contrario a la GPS. El argumento no es original. Algunas variantes del mismo han sido defendidas por autores enrolados en la posición liberal y en la perspectiva feminista.¹³ Sostendré que la

¹¹ Lamm, “La filiación derivada de las técnicas de reproducción...” p. 78 (n. 63).

¹² Parecería que los defensores del *Anteproyecto* suscriben esta dicotomía. Véase Marisa Herrera y Eleonora Lamm, “Una trilogía sobre las bases constitucionales del derecho filial en el Anteproyecto de reforma del Código Civil: Técnicas de reproducción humana asistida (Bleu)” *Diario Microjuris, MJAR. Boletín Diario* (2012): 1 – 29.

¹³ Elizabeth Anderson, “Is Women's Labor a Commodity?,” *Philosophy and Public Affairs* 19 (1990): 71-92; Susan Moller Okin, “Reason and Feeling in Thinking about Justice,” *Ethics* 99 (1989): 229-49, y *Justice, Gender, and the*

práctica de la GPS es moralmente objetable por, al menos, tres razones: (i) mercantiliza a la gestante, al niño, y al trabajo gestacional, (ii) conlleva la explotación de la gestante, y (iii) refuerza la desigualdad de género. Las presento a continuación.

El argumento de la mercantilización (o cosificación) de la gestante y del niño gestado alude al tratamiento de seres humanos de conformidad con las reglas de mercado, de una manera que atenta contra la dignidad de la persona. La GPS cosifica tanto al niño gestado como a la gestante. En un contrato típico de subrogación, la madre renuncia a sus derechos respecto del niño a cambio de una suma de dinero que se fija de acuerdo con las reglas del mercado. Y el producto de ese acuerdo es un niño que pasa de manos como si se tratara de una mercancía. Rigen las reglas de las transacciones comerciales. Es decir, si uno paga, lo hace en la expectativa de recibir algo a cambio que tiene un cierto valor. Así, es natural que el comprador se pregunte si la relación precio-calidad de lo que ha recibido es ventajosa.

Asimismo, las relaciones entre las partes del contrato siguen el tipo de normas que regulan la producción y el intercambio de bienes económicos, esto es, cosas a las que valoramos por la utilidad que proveen para la satisfacción de ciertos fines ulteriores. Los defensores de las formas no comerciales de GPS resisten la tesis de la cosificación, en la medida en que la gestante no recibe una retribución por el niño sino apenas una compensación por los gastos e inconvenientes que trae aparejado el embarazo. Pero aunque este fuera el caso – y aunque fuera realista la predicción de que el sistema se mantendrá conforme al designio original de la Comisión – el argumento de la mercantilización permanece vigente puesto que la GPS distorsiona la naturaleza del vínculo entre madre e hijo, no trata al niño como fin en sí mismo, y trata a la gestante como mero medio para fines reproductivos. Nótese que esta objeción no alude al tratamiento del trabajo como un bien económico; el punto es que la labor gestacional es diferente de cualquier trabajo, en tanto demanda, creemos, amor.¹⁴ Las cláusulas contractuales tratan el trabajo gestacional como un *commodity*. La GPS degrada a la gestante – obligándola a manipular su perspectiva respecto del embarazo, la aliena – en tanto la fuerza a no crear lazos afectivos con el niño que está gestando, y la explota – sometiéndola a las normas características de los intercambios económicos (y que son convencionales en los lugares en los que esta técnica se encuentra aceptada).¹⁵ El principal problema, en términos de esta objeción, es obligar a la gestante – por el acuerdo de subrogación – a renunciar al niño que ha parido y a negar legitimidad a sus

Family (New York: Basic, 1989); y Debra Satz, *Why Some Things Should not Be For Sale. The moral limits of markets* (Oxford/New York: Oxford University Press, 2010). Véase también Michael Walzer, *Spheres of Justice* (New York: Basic Books, 1984) y Michael Sandel, *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012).

¹⁴ Carole Pateman, *The Sexual Contract* (Cambridge: Polity Press, 1988).

¹⁵ Anderson, "Is Woman's Labor a Commodity?", pp. 80-87.

sentimientos de culpa y al remordimiento que podría conllevar ese renunciamiento.¹⁶ Así, la gestante se transforma, en última instancia, en una mera incubadora.

El argumento de la explotación se refiere a las condiciones que favorecen la obtención de ventajas injustas de una de las partes en desmedro de la otra en el acuerdo de subrogación. Uno de los patrones más característicos de la maternidad subrogada en los lugares en los que está permitida es la diferencia social entre la gestante y los comitentes.¹⁷ Otro patrón es la vulnerabilidad emocional de las mujeres que se ofrecen como madres subrogantes: un porcentaje importante ha tenido experiencias traumáticas de abortos (26%) o entrega de hijos en adopción (9%).¹⁸ La subrogación constituye, entonces, una forma de procesar sentimientos de culpa y remordimientos por esas pérdidas.

Tenemos buenas razones para sospechar que la admisión de la GPS en Argentina podría confirmar esos patrones. Aún en el caso de formas no comerciales de subrogación, es concebible el caso de la gestante que cede a las presiones de un/a amigo/a, un pariente, etc. que no puede llevar un embarazo a término y que reclama a la gestante ese sacrificio como “prueba de amor”. En última instancia, la clave de la psicología del acuerdo de subrogación consiste en escindir – en la mente de la gestante – la decisión de engendrar un hijo del deseo de tenerlo y de criarlo. Si los incentivos para ofrecerse como gestante pueden en principio reducirse a los pecuniarios y los psicológicos, en ambas dimensiones, la gestante aparece como la parte más vulnerable. Luego, el acuerdo de subrogación traduce y reproduce esas diferencias en la explotación económica – morigerada por la prohibición de remuneración en las formas no comerciales de subrogación – y emocional de la gestante. Ambas formas de explotación

¹⁶ Los psicólogos reportan que algunas madres gestantes se arrepienten de su decisión, aunque los estudios registran porcentajes dispares. Véase Lori B. Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, *Virginia Law Review*, 81(8) (1995), p. 2351 y Emily Jackson, *Regulating Reproduction: Law, Technology and Autonomy* (Oxford: Hart Publishing, 2001). Igualmente controvertidos son los efectos psicológicos de la GPS sobre la gestante. En algunos estudios, un porcentaje significativo de subrogantes (alrededor del 25%) declara haber experimentado angustia emocional significativa. Véase Eric Blyth, “I wanted to be interesting. I wanted to be able to say ‘I’ve done something with my life’”: Interviews with surrogate mothers in Britain. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 12 (1994): 189–198 y “Not a primrose path”: Commissioning parents’ experiences of surrogacy arrangements in Britain. *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, 13(1995): 185–196. Merece destacarse que los porcentajes de insatisfacción de las gestantes se reducen cuando han recibido asistencia psicológica. Véase nota 36. Un estudio reciente sostiene que no han podido establecerse problemas psicológicos significativos en las gestantes. Véase Vasanti Jadva1, Clare Murray, Emma Lycett, Fiona MacCallum and Susan Golombok, “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers.” *Human Reproduction* 18 (2003): 2196-2204.

¹⁷ Diversos estudios revelan que los ingresos familiares de las gestantes son bajos y que en general son mujeres de clase trabajadora (aunque no se trate de mujeres en situación de extrema pobreza). De acuerdo con esa evidencia, la retribución no es la principal motivación para la mayoría de las gestantes, pero las disparidades entre los ingresos y la clase social de los comitentes y la gestante podrían ser suficientes para crear condiciones potenciales de explotación. Véase Janice C. Ciccarelli y Linda J. Beckman, “Navigating Rough Waters: An Overview of Psychological Aspects of Surrogacy.” *Journal of Social Issues*, 61 (2005): 21–43.

¹⁸ Philip Parker, “Motivation and Surrogate Mothers: Initial Findings” *American Journal of Psychiatry* 140 (1983): 117.

convergen en la obtención de beneficios, condiciones, y exigencias que la gestante no aceptaría de no ser por esa situación de vulnerabilidad económica y emocional.¹⁹ Por caso, cláusulas del acuerdo que dirigen el tratamiento médico de la gestante, su alimentación, hábitos, emociones, y hasta la posibilidad de exigir la aplicación de amniocentesis y/o de hacerse un aborto en caso de defectos genéticos o de otros resultados no deseados por los comitentes.²⁰

El argumento de la desigualdad se refiere a los efectos de la GPS en cuestiones de justicia de género. La permisión de la GPS refuerza los estereotipos de género usados habitualmente para justificar la desigualdad entre hombres y mujeres y para legitimar las relaciones de dominación de los primeros respecto de las segundas. La subrogación supone poner el cuerpo de la mujer a disposición de otras personas (aunque sean mujeres), reforzando la división del trabajo tradicional, basada en el género. Al menos en nuestras sociedades, que todavía conservan una valoración desigual del trabajo femenino, y una división no igualitaria del cuidado de los niños en las familias, la permisión de la GPS somete a las mujeres y confirma un patrón social: la brecha de ingresos entre hombres y mujeres se mantiene o expande, las mujeres siguen en una posición de desigualdad relativa en el acceso a posiciones jerárquicas en empresas privadas y entes estatales, etc.²¹

La GPS contribuye a la desigualdad de género de cuatro maneras distintivas.²² En primer lugar, confiriendo acceso y control del cuerpo y de la sexualidad de las mujeres a otras personas (a diferencia de los donantes hombres, que sólo venden un producto de su cuerpo, sin perder control del mismo o de su sexualidad). Por las características del embarazo, por más que se intente regular la práctica, los acuerdos de maternidad subrogada conllevan necesariamente el control sobre la conducta de la gestante. En segundo lugar, la GPS confirma estereotipos negativos respecto de la mujer y de su rol social. Unas pocas mujeres aspiraban a ser profesionales independientes hace un siglo, en parte por los sistemas de incentivos existentes, en parte por las expectativas sociales de que su lugar estaba en el hogar. Hoy, la legalización de la GPS hace una contribución adicional a reforzar la manera en que las mujeres, como clase, se ven a sí mismas. En

¹⁹ Algunos autores advierten también la posibilidad de explotación de los comitentes por la gestante, dada la desesperación de los primeros respecto de la posibilidad de negarse a renunciar al niño de la segunda. Esta vulnerabilidad de los comitentes aumentaría el poder de negociación de la gestante, al punto de permitirle extorsionar a los comitentes. Véase Cécile Fabre, *Whose Body Is It Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, (Oxford and New York: Clarendon Press, 2006), p. 202.

²⁰ Recientemente, Helen Beasley, una joven de nacionalidad británica fue obligada a abortar uno de los dos fetos gemelos que gestaba porque la pareja norteamericana que la contrató para ello solo quería un niño. Véase <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/1485494.stm>. De manera similar, en ocasiones el comitente exige a la sustituta que se practique un aborto si la amniocentesis revela que el feto padece, por ejemplo, de síndrome de Down (<http://www.dailymail.co.uk/news/article-1319273/Row-couple-discovered-unborn-child-Downs-want-abortion-surrogate-carrying-foetus-disagrees.html>).

²¹ Véase United Nations Development Programme, “Human Development Report 2011: Sustainability and Equity: A Better Future for All”, <http://hdr.undp.org/en/reports/global/hdr2011/>

²² En líneas generales, sigo aquí a Satz, *Why Some Things Should Not Be For Sale*, pp. 127-132.

tercer lugar, en la medida en que la voluntad procreacional tiene prioridad sobre lo biológico, la ley refuerza el antiguo estereotipo de la mujer incubando la semilla implantada en ella por el hombre. Finalmente, la experiencia de la maternidad queda, como resultado de la GPS, fragmentada. Las mujeres, como clase social, se ven afectadas negativamente por la aceptación de esta fragmentación. Soslayar la contribución gestacional o ponerla a la par de la genética y la volitiva, es una forma ilegítima de tratamiento desigual, puesto que es la gestante la que asume la responsabilidad principal de traer el niño al mundo.

Un cuarto argumento en contra de la GPS, de corte más especulativo, da cuenta de los efectos perniciosos sobre los niños gestados por este sistema. Algunos estudios médicos reportan que buena parte de las subrogantes registran uno o más factores importantes de riesgo prenatal.²³ El niño resultante será también afectado por posibles conflictos entre las partes del acuerdo de subrogación, especialmente cuando es rechazado por ambos, comitentes y gestante, sea por desavenencias contractuales o porque él – el niño – no se ajusta a las expectativas de ellos.²⁴ Y, en el *Anteproyecto*, el derecho del nacido por GPS a conocer la verdad biológica queda condicionado a la demostración de razones fundadas por vía judicial.²⁵ La imposibilidad de conocer la identidad de su madre gestacional y/o de sus padres genéticos puede afectar significativamente la constitución de la personalidad del niño y de su autoestima.²⁶ Los efectos perniciosos de la GPS sobre los nacidos a través de esta técnica se proyectan también a los otros niños de la gestante,²⁷ quienes podrían tener buenas razones para

²³ Ethics Committee of the American Fertility Society. “Ethical Considerations of Assisted Reproductive Technologies”, *Fertility and Sterility* 62(5) (Suppl 1) (1994): 15-125S.

²⁴ Abundan los casos de este tipo. Un niño nacido con microcefalia es rechazado por el comitente y la gestante y termina en adopción (*Stiver v. Malaboff*). Una mujer que actuaba como madre sustituta para su hermana y su cuñado da a luz a un bebé HIV-positivo también rechazado por ambas partes (la gestante usaba drogas por vía intravenosa, lo cual era desconocido por los miembros de su familia antes del nacimiento del niño). Otra gestante da a luz a mellizos, un niño y una niña, pero los comitentes se niegan a aceptar al varón, dado que ya tienen tres hijos varones y no quieren otro (véase <http://news.google.com/newspapers?nid=1499&dat=19880422&id=fW4aAAAAIIBAJ&sjid=vCoEAAAAIIBAJ&pg=5247,7020430>). El primer caso de un niño huérfano nacido por subrogación en India se registró en 2007, luego del divorcio de la pareja japonesa que lo encargó (véase <http://www.dailymail.co.uk/news/article-1042534/Surrogacy-orphan-trapped-limbo-prospective-parents-divorce.html>).

²⁵ Y a que el centro de salud interviniente exista al momento en que el gestado reclama por su derecho a la identidad. En este sentido, el interés de los nacidos por GPS – y en general de los nacidos de donantes – es tratado con un criterio diferente al de los hijos adoptivos, que sí pueden acceder sin condiciones al expediente judicial y administrativo por el que se ha tramitado la adopción (Artículo 595 del *Anteproyecto*). Para las TRHA rige la regla del anonimato del donante (*Fundamentos*, p. 94). Sin esa regla, el abastecimiento de los bancos de gametos se vería previsiblemente amenazado por una reducción en la oferta de donantes, tal como lo explican los defensores del *Anteproyecto* a partir de la experiencia británica (Véase Lamm, “La filiación derivada...” p. 74). En consecuencia, son consideraciones comerciales las que parecen guiar la protección del derecho a la identidad del gestado. Véase ponencia de Eduardo Rivera López en este mismo volumen.

²⁶ John A. Robertson, “Surrogate Mothers: Not So Novel alter All” *The Hastings Center Report* 13(1983) (5): 28-34.

²⁷ El artículo 562 inciso (h) del *Anteproyecto* exige que la gestante haya dado a luz al menos un hijo propio, como condición para que el acuerdo sea homologado judicialmente.

preguntarse por qué su madre no retiene al bebé, y hasta para preocuparse por su futuro en manos de esa madre. La GPS puede afectar, entonces, a niños que no son parte de tales acuerdos. Puede debilitar los lazos biológicos que dan a los niños un lugar seguro en el mundo, uno en el que el deber de cuidarlos no depende del deseo o la voluntad procreacional sino de un sistema preexistente de vínculos y redes sociales con sus correspondientes obligaciones y sanciones. Usando la jerga de los economistas, los acuerdos de maternidad subrogada generan inquietantes externalidades negativas.

El argumento del daño respecto del gestado y de los otros niños es, en buena medida, especulativo. Es que carecemos de evidencia empírica concluyente respecto de los efectos de la GPS en la salud psicológica de los niños gestados y en los otros hijos de la gestante, en parte por el estigma social asociado a la subrogación – por el cual las partes son renuentes a participar de estos estudios, y en parte por la necesidad que las partes tienen de preservar su privacidad por razones legales, especialmente en las jurisdicciones donde la práctica está prohibida.

§4. Estas objeciones no son irrefutables pero, en conjunto, articulan un argumento sólido respecto de la inmoralidad de la GPS.²⁸ Se trata de problemas inherentes a esta práctica social. Ahora bien, ¿qué se sigue de ello desde el punto de vista jurídico?

Existen, al menos, tres formas de lidiar con los acuerdos de maternidad subrogada desde el derecho. La ley puede prohibir estos acuerdos y acusar y castigar, al menos, a las agencias intermediarias en el caso de las formas comerciales de subrogación. Alternativamente, puede no legislarse en la materia, con la resultante de que los acuerdos de subrogación se tienen por nulos, tal como ocurre en el ordenamiento actual. Finalmente, se puede permitir la práctica y, tal como se sostiene en defensa del *Anteproyecto*, regularla.

En este trabajo no voy a pronunciarme respecto de estas alternativas, pero a primera vista parece evidente que la posición que defiendo es consistente tanto con la primera como con la segunda opción. Como mínimo, se sigue de mi argumento que la GPS no debería ser legalmente permisible, es decir, que los acuerdos de subrogación deberían ser inejecutables. De otro modo, se obligaría a la gestante a ceder al niño al que no quiere renunciar, a cumplir con las condiciones potencialmente desventajosas –

²⁸ Para una evaluación crítica del argumento de la cosificación, véase Richard Arneson, “Commodification and Commercial Surrogacy,” *Philosophy and Public Affairs*, 21(2) (1992): 132–164. La tesis de la explotación es atacada en Alan Wertheimer, “Two Questions about Surrogacy and Exploitation,” *Philosophy & Public Affairs*, (1992): 211-241. Y el argumento de la desigualdad de género es parcialmente desacreditado por Fabre, *Whose Body Is It Anyway?*, pp. 205-207. Otra línea de defensa de la GPS relativiza las objeciones anteriores invocando la ausencia de evidencia empírica en contra de su permisibilidad. En particular, se sostiene que no se han encontrado diferencias significativas en el desarrollo cognitivo y social de los nacidos por esta técnica (Cicarelli y Beckman, “Navigating Rough Waters”, p. 36-37), que es improbable que resulte en daño serio para los niños (Andrews, “Beyond Doctrinal Boundaries”, p. 2350), y que la evidencia es insuficiente para concluir que la gestante, su familia, los comitentes, o los nacidos por GPS sean significativamente dañados por esta práctica.

injustamente desventajosas – establecidas por el acuerdo, y a aceptar su valoración impropia como mero medio para los fines de los comitentes, reforzando asimismo la desigualdad de género. ¿Son estas razones suficientes para prohibir la práctica de la GPS?

Uno podría suscribir estas razones y reconocer que la GPS es moralmente condenable y, aún así, resistir su criminalización. Esto porque la prohibición entrañaría, de acuerdo con una objeción antipaternalista, un avance sobre otros derechos, en particular, el derecho a procrear y la libertad de contratación.²⁹

Respecto del primero, trabajos publicados por algunos de los miembros de la Comisión redactora del *Anteproyecto* ofrecen, como argumento positivo a favor de la admisión de la GPS, que esta práctica hace efectivo el derecho de las personas a procrear y a fundar una familia, un derecho que es independiente de los medios usados para formar una familia y que sería infringido por la prohibición.³⁰

Sin embargo, si los argumentos ofrecidos en la sección anterior son convincentes, tenemos buenas razones para pensar que la GPS es disvaliosa para la gestante y para los niños. ¿Es justificado imponerles ese costo para satisfacer el interés de parejas infértiles y del mismo sexo en formar una familia? Tenemos, al menos, tres razones fuertes para objetar la ejecución de los acuerdos de maternidad subrogada. Y otras tantas para rechazar que sean las leyes del mercado las que gobiernen las políticas reproductivas. Hacer ilegales los acuerdos de maternidad subrogada no impide que parejas infértiles o del mismo sexo puedan ejercer ese derecho a formar una familia. Al fin y al cabo, la alternativa de la adopción sigue disponible. Y aunque se invocan dificultades prácticas³¹ y motivacionales³² en contra de la adopción, hay buenas razones para tomar esa

²⁹ Otra objeción a la prohibición – más especulativa y menos plausible – consiste en sostener que la prohibición “resultará en daño sustantivo para el niño.” Véase Liezl van Zyl y Anton van Niekerk, “Interpretations, perspectives, and intentions in surrogate motherhood” *Journal of Medical Ethics* 26 (2000): 404.

³⁰ Véase Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Eleonora Lamm “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, *Revista La Ley*, (2011): 1–19; Eleonora Lamm, “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”, *Revista de Derecho de Familia* 50 (2011): 107-132; Adriana Dreyzin de Klor y Carolina Harrington, “La subrogación materna en su despliegue internacional: ¿más preguntas que respuestas?”, *Revista de Derecho de Familia*, 50 (2011): 301-329; y María Victoria Famá, “Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación”, *La Ley* (2011): 1204-1225.

³¹ Desde la reducción del número de niños dados en adopción a la arduidad del trámite burocrático para adoptarlos. Lamm, *Gestación por Sustitución*, p. 9. Respecto de lo primero, la evidencia indica que no hay carencia de niños en adopción relativamente mayores o con discapacidades neurológicas, conductuales, motrices o cognitivas, sino sólo carencia de aquellos “mejor valorados” por la demanda de padres potenciales. Véase Herbert T. Krimmel, “The Case against Surrogate Parenting.” *The Hastings Center Report*. October, 1983, vol. 13, no. 5, pp. 35-39. Y para el caso argentino, Véase <http://www.puntal.com.ar/v2/article.php?id=99635>. Respecto de lo segundo, el agente responsable de agilizar y hacer menos tortuosos los mecanismos de adopción carece de legitimidad moral para invocar esas mismas dificultades como justificación de la GPS.

³² Estudios psicológicos indicarían que algunas parejas infértiles ni siquiera consideran la adopción como una opción realista, dada la ausencia de vínculo genético con el niño. Véase Olga van den Akker, “Psychosocial Aspects of Surrogate Motherhood” *Human Reproduction Update*, 13(1) (2007): 53-62.

alternativa seriamente, esto es, para reconocer que tal vez tengamos una obligación moral de adoptar en lugar de procrear niños en forma natural o haciendo uso de las TRHA.³³

En contra de la criminalización de la GPS, se alega también que infringe el derecho de contratación y el derecho de la gestante a disponer libremente de su cuerpo.³⁴ Aún en los casos de subrogación comercial, la gestante potencial tiene derecho, sigue la objeción, a un rango de opciones que le permita mejorar su situación y que se vería reducido por la prohibición de la GPS. En la medida en que la decisión de ofrecerse como gestante sea voluntaria, aunque la GPS comporte explotación, su prohibición infringe la autonomía de la gestante, de acuerdo con la objeción antipaternalista.³⁵

Pero uno de los principales motivos de inquietud respecto de la GPS es, precisamente, la manera en que amenaza la autonomía de las gestantes. De acuerdo con recientes estudios antropológicos, las experiencias exitosas de subrogación requieren intenso apoyo psicológico y manipulación ideológica de las gestantes para lograr que se escindan de su embarazo y del niño y para que interpreten su experiencia y sus emociones – a través de la terapia – de conformidad con las demandas del acuerdo de subrogación. Para que el resultado final sea el establecido en el acuerdo, indica la evidencia, la gestante debe convencerse de que ella no es la madre sino una especie de niñera o anfitriona, que no está embarazada de su hijo sino del de sus comitentes.³⁶ De modo que, lejos de proteger o expandir la autonomía de las gestantes, la permisibilidad de la GPS la restringe y crea condiciones que distorsionan el juicio y el consentimiento de la gestante.³⁷

Ahora bien, los tres incisos finales del Art. 562 podrían interpretarse en el sentido de que la Comisión reconoce que la GPS es, tal como he sostenido, moralmente objetable. La prohibición de formas comerciales de subrogación así como la exigencia de que la gestante no se haya sometido a un proceso de GPS más de dos veces parece

³³ Para una discusión de la obligación de adoptar a niños que necesitan un hogar y de otras obligaciones estatales en relación con las políticas de procreación y adopciones, Véase Elizabeth Bartholet, *Family Bonds: Adoption, Infertility, and the New World of Child Production* (Beacon Press: 1999); Thomas S. Petersen, “The Claim from Adoption.” *Bioethics*. 16(2002): 353-375; y Eduardo Rivera Lopez, “The Claim from Adoption Revisited”, *Bioethics*, 20(6) (2006): 319-325.

³⁴ Alan Wertheimer, “Exploitation and commercial surrogacy”, *Denver University Law Review* 74(1997): 1215–1229 y Lori B. Andrews “My body, my property”, *Hastings Center Report*, 16(5) (1986): 28–38.

³⁵ Cecile Fabre, “Whose Body Is It Anyway...” p. 201. Véase también Stephen Wilkinson, “The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy” *Bioethics* 17(2) (2003): 169-187 y Hugh V. McLachlan y J. Kim Swales, “Commercial Surrogate Motherhood and the Alleged Commodification of Children: A Defense of Legally Enforceable Contract” *Law and Contemporary Problems*, 72(3) (2009): 91-107. Aunque no se menciona esta objeción a la prohibición de la GPS en los *Fundamentos*, algunos defensores locales del *Anteproyecto* la suscriben. Véase Eleonora Lamm, “Gestación por sustitución: Realidad y Derecho”, p. 8. Sin embargo, la prohibición de formas de subrogación comerciales constituiría, también, una interferencia paternalista a la libertad de contratación, por lo que esta referencia es confusa.

³⁶ Helena Ragoné, *Surrogate Motherhood: Conception in the Heart* (Boulder, Colorado, and Oxford: Westview Press, 1994); Brenda M. Baker, “A Case for Permitting Altruistic Surrogacy”, *Hypatia* 11(2) (1996): 34-48.

³⁷ La posición opuesta es defendida en Alan Wertheimer, “Two Questions about Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy & Public Affairs*, (1992): 211-241.

orientada a hacer frente al primer argumento, referido a la mercantilización de la gestante, del niño, y del trabajo gestacional.³⁸ Y el requisito de que la gestante haya dado a luz, al menos, un hijo propio para que el acuerdo sea homologado está encaminado a asegurar las condiciones para un consentimiento libre e informado, en respuesta al argumento de la explotación.³⁹ El razonamiento de la Comisión, entonces, es que la mejor manera de lidiar con el problema de la GPS no es prohibirla sino permitirla y regularla.

Pero aún si aceptáramos la regulación de la GPS, el *Anteproyecto* no cumple en mejorar la posición de la gestante, quien es, además del niño, la parte más vulnerable en los acuerdos de maternidad subrogada. Aunque algunas mujeres cumplen con los términos del contrato de GPS sin dificultades, otras gestantes denuncian daños psicológicos intensos y sentimientos de angustia y arrepentimiento por renunciar al niño que han parido.⁴⁰ El acuerdo de maternidad subrogada se desarrolla a lo largo de un extenso período de tiempo, durante el cual la gestante puede experimentar cambios fundamentales en su voluntad de ceder al niño, cambios que no ha podido anticipar al momento de suscribir el acuerdo. Tal incertidumbre acerca de las posibles consecuencias futuras de su conducta se proyecta no sólo sobre terceros sino sobre ella misma. La gestante tiene un derecho moral, debería tener un derecho legal, a un período de gracia en el que pueda cambiar de opinión, en particular, a terminar el acuerdo y negarse a renunciar al niño. Un acuerdo de subrogación que obligue a la gestante a completar lo acordado, que no la deje libre de obrar más allá de lo establecido por las cláusulas del contrato, debería tenerse por nulo.⁴¹

Luego, si el contrato no es ejecutable, la relación quedará marcada por un grado significativo de incertidumbre, que puede crear en las partes un clima de desconfianza y temor mutuo: los comitentes esperando nueve meses por la decisión de la gestante de renunciar o no al niño, y, de manera similar, la gestante resolviendo primero si lo retiene y esperando luego la decisión de los comitentes de aceptarlo o rechazarlo. Es decir, si el contrato es ejecutable es moralmente objetable, y si no es ejecutable deja de servir los

³⁸ Los defensores del *Anteproyecto* sostienen que en el régimen jurídico actual “la cosificación de la mujer se está llevando adelante igual”, mientras que en el propuesto por el *Anteproyecto*, “la aludida cosificación no solo tendría un cuidado detrás sino también un límite”. Esto es, se podrá cosificar a la gestante no más de dos veces. Véase Marisa Herrera y Eleonora Lamm, “Una trilogía...” p. 19.

³⁹ Lamm, “La filiación derivada...” p. 83 (aunque en p. 82, la autora sostiene que el argumento de la explotación es paternalista).

⁴⁰ Véase Rosemarie Tong, *Feminist Approaches to Bioethics: Theoretical Reflections and Practical Applications* (Boulder, CO: Westview Press, 1997) y Christine Overall, *Ethics and Human Reproduction: A Feminist Analysis* (Boston: Allen & Unwin, 1987). Por una posición diferente, Véase nota 16.

⁴¹ ¿Y en el caso de los comitentes? ¿Deberían tener un período de gracia semejante? Kemelmajer de Carlucci sostiene que no deberían tenerlo, que los comitentes deben cumplir con el acuerdo que han firmado (Simposio UTDT, 12/09/2012). El principio, que sostiene que uno debe cumplir con lo que uno firma, es diferente del que regiría para la gestante. Cualquiera sea la justificación de esta distinción, difícilmente podrá apelar al “interés superior del niño” (que Kemelmajer de Carlucci invoca como criterio rector en la regulación de la GPS). Puesto que, en este caso, obligar a los comitentes a honrar lo pactado y aceptar al niño supone dejarlo en las manos de quienes desearían no haber firmado aquel acuerdo y no tener que recibir al gestado.

finances que se supone debe servir. Por consiguiente, no es obvio que la alternativa de admitir y regular la GPS remueva los problemas que la Comisión se propone eliminar ni que consiga proteger efectivamente los intereses de las partes más vulnerables del acuerdo.⁴²

§5. Es indudable que la diversidad regulatoria de la GPS en el nivel internacional genera conflictos jurídicos en lo que hace a la filiación de los niños nacidos de esa práctica. Empero, si el problema es global, su solución no provendrá de modificaciones en la legislación doméstica. Por otra parte, la solución a esa problemática filiatoria no puede obturar, en el contexto de una discusión pública razonable, el debate acerca de la dimensión moral de la práctica en sí misma. Permitir la GPS no es sólo una manera de resolver un problema administrativo; es un pronunciamiento político, en forma de ley, acerca de la legitimidad de esa práctica. Y el uso del aparato administrativo y judicial para organizar la práctica es, también, un subsidio indirecto.

Se impone hacer una concesión: no es obvio que la mejor manera de responder a mercados nocivos sea prohibiéndolos. Pero tampoco es obvio que la respuesta correcta sea permitirlos. La posición defendida en este trabajo es compatible con la prohibición y con la no regulación. No es obvio que la única manera de realizar el derecho de formar una familia sea a través de las TRHA, cuando miles de niños se mantienen sin hogar. Lo que sí parece evidente es que la permisión ofrecerá opciones que los potenciales participantes de esta práctica no tienen hoy: los comitentes podrán obtener lo que las gestantes podrán ofrecer. El *Anteproyecto*, entonces, facilita las cosas a aquellos que hacen uso o tienen intención de hacer uso de esta práctica, y abre las puertas al desarrollo de un mercado hasta el momento prohibido internamente y floreciente en otras jurisdicciones.⁴³

⁴² Además de las objeciones por mercantilización, explotación, y desigualdad de género, algunos podrían atacar el Anteproyecto por no proteger los intereses financieros de la gestante. En ese entendimiento, la GPS debería ser siempre remunerada. Véase Cecile Fabre, “Whose Body Is It Anyway...” p. 213 y Liezl van Zyl y Ruth Walker. “Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model,” *Bioethics* (forthcoming) doi:10.1111/j.1467-8519.2012.01962.x.

⁴³ Se estima que el mercado de la maternidad subrogada representa, solamente en India, alrededor de 2.5 billones de dólares por año. El atractivo principal de India es que un tratamiento de GPS allí es sensiblemente más barato que en otras jurisdicciones. Mientras que en los Estados Unidos cuesta alrededor de US\$ 100.000, puede obtenerse por US\$ 22.000 o menos en India. Una regulación permisiva y buenas condiciones de seguridad son los factores de competitividad que explican el éxito internacional de la industria de la subrogación hindú. Véase http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2010/08/india_the_rentawomb_capital_of_the_world.htm. Véase también Hague Conference on Private International Law, Prel. Doc. No 11 of March 2011, “Private International Law Issues Surrounding The Status Of Children, Including Issues Arising From International Surrogacy Arrangements”. Disponible en: <http://www.hcch.net/upload/wop/genaff2011pd11e.pdf>

Al igual que en lo que concierne al tratamiento del derecho a la información, y a contrario de lo que se invoca en defensa del *Anteproyecto*, no es el interés superior del niño sino las leyes de mercado las que parecen gobernar el tratamiento de la GPS y, en general, de las TRHA en el proyecto de reforma del Código Civil. Si para evitar las dificultades propias de la diversidad normativa internacional Argentina tiene que adaptar sus normas a las legislaciones más permisivas, es la esfera económica la que domina el derecho, en este caso habilitando una industria que ya rige las decisiones de reproducción en otros países.

Más que “la fuerza de la realidad”, es la fuerza del mercado la que se impone. Viene a cuento, entonces, retomar el concepto de externalidades: la aceptación (y legalización) de la GPS impondrá un costo psicológico a algunas mujeres – tal vez de las capas sociales más bajas – en tanto les presentará una posibilidad de generar ingresos que les está vedada actualmente. Así, considerarán la decisión de no ofrecerse como gestantes en términos del costo de oportunidad de generar ingresos para sus familias. Aunque a primera vista la permisibilidad de la maternidad subrogada expande la libertad de contratación, cuando se mira con cuidado se vislumbra que la recorta.