

LA “MATERNIDAD SUBROGADA” ¿UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MÁS?

Por María Eugenia Borrajo

RESUMEN

En un escenario posmoderno de creciente infertilidad, quienes se ven imposibilitados de concebir naturalmente encuentran en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la vía a la ansiada familia. La maternidad subrogada se inserta en este contexto como una práctica peculiar, generalmente merecedora de un tratamiento distinto del resto de las técnicas de reproducción humana asistida. El presente trabajo estudia la postura de las jurisdicciones que no aceptan la gestación por sustitución, comparándolo al tratamiento favorable que reciben –en estas mismas jurisdicciones–, las demás técnicas de fertilización asistida. En un intento por comprender este enfoque diferente, posteriormente se aborda el principio heredado del Derecho romano, *mater semper certa est*, en tanto la práctica del “alquiler de vientres” lo afecta directamente. Concluye con un cuestionamiento a la validez actual del principio.

PALABRAS CLAVE

Maternidad subrogada – alquiler de vientres – gestación por sustitución – subrogación gestacional –
Técnicas de reproducción humana asistida – fecundación asistida - *mater semper certa est*

SURROGACY: JUST ANOTHER ASSISTED REPRODUCTION TECHNIQUE?

By María Eugenia Borrajo

ABSTRACT

In a post-modern scenario of growing infertility, those incapable of conceiving naturally turn to ART, in the hopes of starting the eagerly sought-for family. In this context, surrogacy is presented as a peculiar practice, generally deserving of a treatment disparate to the rest assisted reproductive techniques. This paper studies the position taken by those jurisdictions that do not accept surrogacy, and compares it to the positive treatment that other techniques receive from the same jurisdictions. In an attempt to understand this different approach, subsequently the *mater semper certa est* principle –inherited from Roman law- is addressed, since surrogacy deeply affects it. The paper finally questions the current validity of the maxim.

KEY WORDS

Surrogacy – surrogate motherhood – ART – Assisted reproduction technology - Assisted reproduction techniques – surrogate mother – gestational carrier - *mater semper certa est*

LA "MATERNIDAD SUBROGADA" ¿UNA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA MÁS?

Por María Eugenia Borrajo*

I. Introducción

La maternidad subrogada¹ es definida como la práctica por la cual una mujer –la “gestante”– acepta someterse a técnicas de reproducción humana asistida, con la intención de llevar a término un embarazo en favor de una persona o pareja –los “comitentes” o “padres intencionales” –, “a quienes se compromete a entregar el niño o niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la gestante, sino con él o los padres comitentes” (SCOTTI, 2013: 274).

En un escenario posmoderno de creciente infertilidad, quienes se ven imposibilitados de concebir naturalmente encuentran en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la vía a la ansiada familia.

La maternidad subrogada se inserta en este contexto como una práctica peculiar, generalmente merecedora de un tratamiento distinto del resto de las técnicas de reproducción humana asistida.

En este sentido, del informe preliminar elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012), parece surgir que, en lo que respecta a la gestación por sustitución, no existe una tendencia regulativa clara común en el derecho comparado. A su vez, se evidencia que un número significativo de países prohíbe – o, por lo menos, no admite²– la práctica, en cualquiera de sus modalidades.

El presente trabajo se propone analizar el tratamiento que estas mismas jurisdicciones le otorgan a las demás TRHA³, con el objeto de realizar una comparación con la regulación de la gestación por sustitución. Estas legislaciones ¿se enmarcan en un contexto de rechazo hacia las TRHA? ¿O –por el contrario–, el “alquiler de vientres” goza de un tratamiento especial?

* Estudiante avanzada de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Promedio alcanzado: 9.11. Participa de proyectos de investigación como adscripta y como investigadora estudiante.

¹ Los conceptos de “maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientres”, “subrogación gestacional”, en el presente trabajo serán utilizados en forma indistinta, salvo aclaración en contrario.

² Carece de valor jurídico y por lo tanto no es ejecutable.

³ Se limitará el estudio a la regulación de ciertas TRHA –las “clásicas” (inseminación artificial y fecundación in vitro) y la fecundación post-mortem (también rodeada de controversia)-, y únicamente en el marco de los ordenamientos jurídicos que rechazan la gestación por sustitución.

Una primera aproximación parece indicar que esta situación se contrapone a la del resto de las TRHA, las cuales -en términos generales-, siguen una tendencia hacia la aceptación en estos mismos países.

¿A qué se debe esta distinción? La última sección del trabajo pretenderá responder a este interrogante, haciendo especial énfasis en el precepto heredado del derecho romano *-mater semper certa est-*, entre otras particularidades de la técnica.

II. La gestación por sustitución en el Derecho comparado

Del Informe Preliminar de la Haya de marzo de 2012 (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012) - confirmado por el Documento Preliminar de marzo de 2014 (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014) -, se desprende que las posturas adoptadas por las jurisdicciones frente a la práctica, son variadas y pueden clasificarse en cuatro grandes grupos:

- Prohibición: en este caso, los contratos que se formalicen en contravención a las normas que establecen la prohibición de la práctica, son nulos y no exigibles. Además, en la mayoría de estas jurisdicciones se aplicarán sanciones penales para las partes involucradas o los terceros intermediarios que hayan facilitado el acuerdo. Como consecuencia, la filiación de los niños nacidos de la práctica se determinará considerando las reglas generales del ordenamiento jurídico del que se trate.
- Falta de regulación: la característica saliente de estos casos es que, a pesar de no existir prohibición expresa, los acuerdos de maternidad subrogada son “ya sea expresamente o por aplicación de reglas generales, nulos y no ejecutables en términos de la cláusula principal (la obligación de la madre gestante de entregar al niño/s a los padres intencionales luego del nacimiento)”⁴. “En estos Estados, al igual que en los Estados en que la maternidad subrogada se encuentra expresamente prohibida, el estado legal de los niños nacidos como resultado de cualquier acuerdo se determinará por las reglas generales sobre la filiación”⁵.
- Admisión restrictiva: estos Estados solamente permiten la gestación por sustitución de tipo “altruista”, en que la gestante no recibe dinero a cambio del compromiso (independientemente de que reciba compensación por los gastos necesarios en que incurre durante el embarazo). En general, también requieren que al menos uno de los comitentes aporte el material genético, y

⁴ “Such arrangements are either expressly, or under general law principles, void and unenforceable in terms of their main clause (the obligation of the surrogate mother to surrender the child(ren) to the intending parents following the birth)” (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 10).

⁵ “In these States, as in the States where surrogacy is expressly prohibited, the legal status of the child born as a result of any arrangement will be determined by the general laws concerning legal parentage” (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2012: 11).

rechazan la posibilidad de que la gestante sea la que aporte el ovulo fecundado, es decir, no admiten la "maternidad subrogada"⁶ (en el sentido estricto del término).

- Admisión amplia: una cantidad reducida de jurisdicciones admite, además del contrato de tipo "altruista", el "comercial", por el cual la gestante recibe compensación económica a cambio de cumplir con la obligación estipulada en el acuerdo. A su vez, esta postura suele verse acompañada de legislación que prescinde de conectores del tipo "nacionalidad" o "domicilio", que limiten la admisión de la práctica a los nacionales o residentes en el país. Por lo tanto, suelen ser polos del "turismo reproductivo"⁷, atrayendo a padres intencionales de todo el mundo.

Este tratamiento dispar que le otorgan las legislaciones a la gestación por sustitución, permite confirmar que no existe una tendencia regulativa común.

De entre las diversas aproximaciones, una se encuentra representada por la no-admisión de la práctica en el ordenamiento jurídico interno, que abarca tanto la "prohibición" como la "no-regulación"⁸.

Ahora bien ¿qué tan extendida se encuentra esta postura? Para responder al interrogante, se enumeran a continuación las jurisdicciones que la siguen:

1. Alemania⁹
2. Austria¹⁰
3. Bulgaria (DIRECTORATE-GENERAL, 2013: 15).
4. Canadá (Quebec)¹¹
5. China¹²

⁶ Con el término "maternidad subrogada" es conocida la practica cuando la gestante es inseminada artificialmente con el esperma del padre intencional, o de un tercero donante. Es decir, bajo esta modalidad, es su propio óvulo el que será fecundado, y por lo tanto será madre genética del niño.

⁷ "El fenómeno se identifica con el desplazamiento de posibles receptores de TRA (técnicas de reproducción asistida) desde una institución, jurisdicción o país donde una técnica en concreto no se encuentra disponible, a otra institución, jurisdicción o país donde pueden obtenerla." (LAMM, 2012: 21-22).

⁸ Esto es así en la mayoría de las legislaciones, aunque existen casos, tales como Tailandia, en que la falta de regulación se tradujo en una admisión de la práctica. "Thailand has an absence of regulation concerning surrogacy but for-profit surrogacy arrangements appear to be flourishing". Del Informe Preliminar de marzo 2014, p. 16. Sin embargo, luego del caso "baby Gammy", Tailandia parece haber restringido el acceso a la práctica.

⁹ "La ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90, en su art. 1, referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: "1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento" (LAMM, 2012: 11).

¹⁰ A pesar de que no hay prohibición específica respecto de la maternidad subrogada en su tipo "tradicional", se considera que Austria prohíbe la práctica. "Conforme al artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden. De esta manera, ni la donación de ovocitos ni la gestación por sustitución son opciones posibles en Austria". Además, la sección 143 del Código Civil de Austria establece que la mujer que da a luz al niño es la madre (LAMM, 2012: 11).

¹¹ "Cualquier acuerdo en que una mujer entra para procrear o gestar el niño de otra persona es absolutamente nulo" (traducción propia) CÓDIGO CIVIL QUEBEC, 1991: a. 541)

¹² ".../ the Chinese Government banned surrogacy of both the commercial and altruistic varieties in 2001". Administrative Measures for Assisted Human Reproductive Technology, order of the Ministry of Public Health of the People's Republic of China, No 14 of 2001 (TRIMMINGS y BEAUMONT, 2013: 93-94).

6. Croacia¹³
7. Dinamarca¹⁴
8. EEUU (Arizona¹⁵ – Distrito de Columbia¹⁶ – Michigan¹⁷ – Nebraska¹⁸ – Louisiana¹⁹ – Kentucky²⁰ – Indiana²¹ – Nueva York²²)
9. Eslovaquia (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16).
10. España²³
11. Filipinas (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16)
12. Finlandia (NORDFORSK, 2014: 7)
13. Francia²⁴
14. Islandia²⁵
15. Italia²⁶
16. Malta (DIRECTORATE-GENERAL, 2013: 15)
17. México (Querétaro²⁷ y Coahuila²⁸)

¹³ "Surrogacy and cloning are prohibited" (BUSARDO y otros, 2014).

¹⁴ "An agreement on the transfer of the child from the mother to another after birth is invalid" (CHILDREN'S ACT, 2001: a. 31) "Forbids giving fertility treatment in situations where an agreement on surrogacy is deemed to exist" (ACT OF ASSISTED FERTILISATION, 1997: a. 13).

¹⁵ "A. No person may enter into, induce, arrange, procure or otherwise assist in the formation of a surrogate parentage contract/.../" (ARIZONA REVISED STATUTES, 2011: a. 25-218)

¹⁶ "Surrogate parenting contracts are prohibited and rendered unenforceable in the District" (CODIGO DE DC, 1997 : a. 16-402)

¹⁷ "A surrogate parentage contract is void and unenforceable as contrary to public policy" (SURROGATE PARENTING ACT, 1988: a. 722 -855)

¹⁸ Nebraska Revised Statutes, 2000, "(1) A surrogate parenthood contract entered into shall be void and unenforceable" (NEBRASKA REVISED STATUTES, 2014: a. 25-21, 200)

¹⁹ RS 9:27: 13: "A. A contract for surrogate motherhood as defined herein shall be absolutely null and shall be void and unenforceable as contrary to public policy" (LOUISIANA REVISED STATUTES, 2013: 9:2713)

²⁰ "A person, agency, institution, or intermediary shall not be a party to a contract or agreement which would compensate a woman for her artificial insemination and subsequent termination of parental rights to a child born as a result of that artificial insemination. A person, agency, institution, or intermediary shall not receive compensation for the facilitation of contracts or agreements as proscribed by this subsection. Contracts or agreements entered into in violation of this subsection shall be void" (CODIGO DE KENTUCKY, 2005: 199.590)

²¹ "A surrogate agreement described in section 1 of this chapter that is formed after March 14, 1988, is void" (CODIGO DE INDIANA, 2013: a.20)

²² "Surrogate parenting contracts are hereby declared contrary to the public policy of this state, and are void and unenforceable" (NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, 2012: a. 122)

²³ "1) Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero" (Ley No 4, 2006).

²⁴ "El art. 16-7 Cod. Civ., dispone que "Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo" (LAMM, 2012: 11).

²⁵ "Artificial fertilisation performed on a woman who intends to carry a child for another woman, and has agreed before the pregnancy to give up the child immediately after the birth, is prohibited" (Ley sobre la fertilización asistida, 1996: a.1)

²⁶ "El art. 4.3 de la ley núm. 40 del 19 de febrero de 2004, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo. No hay duda que también está prohibida la gestación por sustitución /.../, es nula en cualquiera de sus modalidades". En su artículo 12, parr. 6, penaliza a los que "realizan, organizan o comercializan" la maternidad subrogada, lo cual se interpreta en sentido de alcanzar a todos los que intervienen (LAMM, 2012: 11).

²⁷ "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 /.../" (CÓDIGO CIVIL QUERÉTARO, 2009: a. 400)

18. Noruega (NORDSFOLK, 2014: 7)
19. Portugal (Ley 32, 2006)
20. República Dominicana (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16) ²⁹
21. Serbia (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 16)
22. Suecia (NORDSFOLK, 2014: 7)
23. Suiza³⁰

De este análisis es posible deducir que existe una cantidad variada y significativa de jurisdicciones que no admiten la maternidad subrogada.

Aunque considerando la cantidad total de Estados y jurisdicciones no parece tratarse de un número revelador, es necesario notar que la mayoría de los países africanos no son considerables en este sentido, por una imposibilidad de acceso que torna inexistente la regulación.

Asimismo, en lo que respecta a la mayor parte de centro-América y sud-América, "estas tecnologías casi no están reguladas" (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, 2008: 48). Es decir, "la mayoría de los países de América Latina no tienen regulación legal" (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, 2008: 49).

Por lo tanto, representan principalmente al norte del continente americano, y al europeo. Quizás en este último caso es donde deba enfocarse el análisis, ya que no es posible ignorar el hecho de que "la mayoría de los países europeos prohíben la maternidad subrogada" (SCOTTI, 2013: 280).

En relación a los países islámicos³¹ que han incorporado la *Sharia* a su legislación, cuando se la interpreta a la luz de la práctica del alquiler de vientres, se ha entendido que se encuentra prohibida, salvando el caso en que el óvulo de una primera mujer del marido sea implantado en el útero de la segunda mujer (MUHAMMAD RIZVI, n.d).

III. Las TRHA y la gestación por sustitución

La práctica de la gestación por sustitución se enmarca en un contexto de creciente demanda de técnicas de reproducción asistida, lo cual ha acarreado su regulación por parte de las legislaciones internas de los Estados.

²⁸ "Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente" (CÓDIGO CIVIL COAHUILA, 1999: a. 489), y "El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno" (CÓDIGO CIVIL COAHUILA, 1999: a. 491).

²⁹ Ya que República Dominicana contestó, en abril de 2013, el cuestionario de la Conferencia de Haya indicando que cualquier tipo de gestación por sustitución se encuentra prohibida, pero luego aclarando que "There are no regulations in this regard, the mother who has given birth will be considered the mother and the father will be the one that the mother says". A su vez, también se respondió que no hay mecanismos para que se establezca la filiación a favor de los padres intencionales (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2013)

³⁰ "Está prohibida por el artículo 119.2 letra d) de la Constitución Federal ("La donación de embriones y todas las formas de maternidad de sustitución están prohibidas") y por el artículo 4 de la ley federal sobre procreación médicamente asistida de 1998 (reformada en 2006) que expresamente prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades (tanto a título oneroso como gratuito)" (LAMM, 2012: 11).

En virtud de ello, se considerará el tratamiento que las jurisdicciones bajo análisis –que no admiten la maternidad subrogada– le otorgan a las demás TRHA. El examen limitará el estudio a las técnicas “clásicas” (inseminación artificial y fecundación in Vitro), y fecundación post-mortem –que resulta tan controversial como la practica bajo análisis–:

- Inseminación artificial homóloga: deposición de semen, extraído del marido o pareja, a la entrada del útero, mediante el uso de una jeringa, para hacer posible la concepción (CHAVEZ VELA, 2006).
- Inseminación artificial heteróloga: la diferencia con la homóloga reside en la procedencia del esperma utilizado. En este caso, es el de un tercero donante.
- Fecundación in Vitro: implica reproducir, afuera del cuerpo humano, el proceso de la fecundación del óvulo por un espermatozoide, previamente extraídos (GLOSARIO DE TERMINOLOGIA TRA, n.d.). Una vez obtenidos los embriones, se procede a su inserción en el útero de una mujer, que puede, o no, ser la mujer de la cual provinieron los óvulos.
- Fecundación post-mortem: tiene dos modalidades; en la primera, una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. En la segunda, la mujer se le implanta el embrión ya fecundado con aporte genético del fallecido (AHARGO, 2013).

Ahora bien, ¿que tan extendidas se encuentran estas técnicas? En este sentido, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado recoge, en su informe preliminar de marzo de 2014, un dato determinante: “Solo un Estado respondió que todas las formas de reproducción asistida están prohibidas en el Estado” (Mónaco) (traducción propia) (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 12).

De ello se desprende que prácticamente todas las jurisdicciones que abarca el estudio de la Conferencia admiten las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

¿Cómo se compatibiliza este dato con el rechazo de la gestación por sustitución? ¿Ocurre que estos países tienen una posición restrictiva con respecto a las TRHA en forma general? ¿O, por el contrario, la práctica del “alquiler de vientres” goza de un “tratamiento especial”?

Con el objeto de responder estos interrogantes, se analizan a continuación las tendencias legislativas en materia de TRHA, únicamente de países que no admiten los contratos de maternidad subrogada:

1. Alemania: la sección cuarta de la ley alemana de protección del embrión 745/90 del 13/12/90 establece la prohibición de la fecundación post-mortem (MEMORANDUM, 2009: 13). Admite la inseminación artificial, tanto homóloga como heteróloga. También la fertilización in Vitro, pero

³¹ Entendiéndose por tal el Estado cuyo gobierno tiene como base principal la *Sharia* (ley religiosa musulmana), que rige todos los aspectos de la vida musulmana.

limitándola para los casos en que la mujer tenga problemas en su útero, o el hombre de fertilización³².

2. Austria: admite la inseminación artificial de tipo homóloga y la fecundación in Vitro. El artículo 2.3 de la ley federal sobre reproducción asistida, del 1 de julio de 1992, indica que los ovocitos y embriones sólo pueden ser utilizados en el paciente del cual proceden, lo cual da cuenta de la admisión de la fecundación in Vitro³³, aunque en forma sumamente restrictiva. A su vez, solamente admite la inseminación artificial de tipo heteróloga cuando el marido o el co-habitante sea infértil (BERNAT y VRANES, 1993). En su artículo 4 también prohíbe la fecundación post-mortem³⁴.
3. Bulgaria: admite ambas formas de inseminación artificial, pero prohíbe la fecundación post-mortem (BUSARDO y otros, 2014: tabla 3). A su vez, admite la fecundación in Vitro³⁵.
4. Canadá (Quebec): las TRHA se encuentran reguladas por la ley sobre las actividades clínicas y de investigaciones relacionadas con la reproducción asistida, del 2010. En su artículo 17, ésta regula la fecundación in Vitro, estableciendo que, en principio, solo 1 embrión puede transferirse a la mujer³⁶. El artículo 16, por su parte, se refiere a la posibilidad de tomar muestras de espermatozoides con el propósito de la inseminación³⁷, mientras que el artículo 19 se refiere al donante de gametos. A su vez, el apartado 5 del mismo artículo 16 se refiere a la inseminación artificial, con lo cual es posible concluir que tanto la homóloga como heteróloga son admitidas. Con respecto a la inseminación post-mortem, la cuestión no se encuentra regulada en Quebec³⁸; sin embargo, en este contexto podría aplicarse, en subsidio, la legislación federal canadiense, que la admite solo cuando haya existido previo consentimiento escrito para el procedimiento³⁹.
5. China: no tiene una norma federal que regule las prácticas, sino que el Ministerio de Salud Pública ha emitido medidas administrativas que indican que el uso de tecnologías de reproducción asistida deberán de conformarse a la política de planificación familiar China (TRIMMINGS y BEAUMONT, 2013). De hecho, las TRHA se admiten siempre que estén afiliadas a hospitales públicos (QIAO y FENG, 2014).

³² En el caso en que se trate de fecundación in Vitro heteróloga, las restricciones son aun mayores (debiendo, por ejemplo, haber fallado la inseminación artificial y otras técnicas de tipo homologas) (MEMORANDUM, 2009: 15).

³³ "IVF in Austria may be used only by a married or cohabiting heterosexual couple with their own gametes" ((SHALEV y WERNER-FELMAYER, 2012).

³⁴ "In Austria, postmortem use and surrogacy is forbidden by Fortpflanzungsmedizingesetz Reproduction Law 2004" (DIRECTORATE GENERAL HEALTH AND CONSUMERS, 2008: 19).

³⁵ Véase <http://www.ivf.bg/fl/index.php/en/the-law>

³⁶ "Following an in vitro fertilization activity, only one embryo may be transferred into a woman. /.../ A physician who transfers more than one embryo must justify his or her choice" (Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation, 2010: a. 17).

³⁷ " /.../ sperm sampling and treatment for insemination purposes" (Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation, 2010: apartado 3)

³⁸ Conforme <http://www.droit-inc.com/article3085-Rejet-d-une-demande-d-insemination-post-mortem>

³⁹ "No person shall remove human reproductive material from a donor's body after the donor's death for the purpose of creating an embryo unless the donor of the material has given written consent, in accordance with the regulations, to its removal for that purpose" (Canadian Assisted Human Reproduction Act, 2004: a. 8).

6. Croacia: "The Act Concerning Medical Measures for Exercising the Right to Free Decision about Giving Birth to Children", permite tanto la fecundación in vitro, como la inseminación artificial tanto de tipo heteróloga como homologa (BUSARDO y otros, 2014).
7. Dinamarca: se rige por ley No. 460 del 10 June 1997 (reformada por ley 427 del 2003), y admite la inseminación artificial tanto homologa como heteróloga, además de la fertilización in Vitro (BRINSDEN, 1999). A su vez, prohíbe la fecundación post-mortem (BUSARDO y otros, 2014).
8. Estados Unidos (Distrito de Columbia - Nueva York - Louisiana - Arizona): el distrito de Columbia regula las TRHA en el capítulo 16 de su Código, estableciendo en la sección 402 únicamente la prohibición con respecto a la maternidad subrogada⁴⁰. Nueva York admite las técnicas (NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, 2012: a. 5, S.73), incluso la fecundación post-mortem (NEW YORK CONSOLIDATED LAWS, 2012: a. 4, S. 4). Louisiana, en su Código civil, establece que "el uso de un ovulo humana fertilizado in- vitro es solamente para el apoyo y contribución de un completo desarrollo humano en el útero implantado"⁴¹ (traducción propia). La situación en Arizona se evidencia en el caso *Gillett-Netting v. Barnhart* (2004), en que se petitionó para obtener los beneficios de la seguridad social para unos mellizos concebidos con posterioridad a la muerte de su padre - aportante del material biológico congelado-, por medio de fertilización in vitro⁴² post-mortem.
9. Eslovaquia: admite la inseminación artificial tanto homologa como heteróloga (donación de esperma sin compensación a cambio) (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 14), como también la fecundación in vitro, siempre que se trate de parejas heterosexuales (COUNCIL OF EUROPE, 2012: 17). Con respecto a la fecundación post-mortem, se encuentra prohibida (BUSARDO y otros, 2014).
10. España: por medio de la ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, que es la misma que prohíbe -en su artículo 10-, la gestación por sustitución, se regulan las demás técnicas, admitiéndolas bajo ciertas condiciones. Como indica la "exposición de motivos", la norma, "/.../ sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día" (Ley 14, 2006: apartado II). Efectivamente, en el anexo establece: "a) Técnicas de reproducción asistida: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in Vitro /.../". A su vez, la misma ley española admite la fecundación post-mortem en su artículo 9, apartado segundo, cuando indica: "/.../el marido podrá prestar su consentimiento /.../ para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer".

⁴⁰ "Prohibitions and penalties: Surrogate parenting contracts are prohibited and rendered unenforceable in the District" (CODIGO DE DC, 1997 : a. 16-402).

⁴¹ "The use of a human ovum fertilized in vitro is solely for the support and contribution of the complete development of human in utero implantation" (LOUISIANA REVISED STATUTES, 2013: 9:122).

⁴² "In-vitro fertilization of Gillett-Netting's eggs with Netting's sperm was undertaken successfully on December 19, 1995" (*Gillett-Netting v. Barnhart*, 2004).

11. Filipinas: las Filipinas regula la inseminación artificial en el artículo 164 del Código de Familia, admitiendo tanto la homóloga como la heteróloga siempre que exista consentimiento escrito formalizado en un instrumento previo al nacimiento del niño⁴³. Sin embargo, no existe regulación alguna vigente sobre el resto de las TRHA (LAPUZ, 2009).
12. Finlandia: por medio del "Act on Assisted Fertility Treatments" de 2006 (entrada en vigor en 2007), admite tanto la inseminación artificial homóloga como heteróloga, incluso para mujeres solteras, al igual que la fertilización in Vitro (BUSARDO y otros, 2014). Prohíbe la fecundación post-mortem.
13. Francia: las técnicas de fertilización asistida se encuentran reguladas por Ley n° 2004-800, del 6 de agosto de 2004, relativa a la Bioética. Admite la inseminación artificial tanto heteróloga (ZURRIARAIN, 2011: 204) como homóloga, y la fecundación in Vitro siempre que el embrión haya sido concebido con los gametos de al menos uno de los miembros de la pareja (CÓDIGO FRANCÉS de SANIDAD PÚBLICA, 2002: L.2141-3). Prohíbe la fecundación post-mortem, al establecer que "el hombre y la mujer que formen pareja deben estar vivos y la muerte de cualquiera de ellos impide la inseminación o la transferencia de embriones" (CÓDIGO FRANCÉS de SANIDAD PÚBLICA, 2002: L.2141-2).
14. Islandia: el "Act on Artificial Fertilisation and use of Human Gametes and Embryos for Stem-Cell Research" (No. 55, 1996), y la regulación número 144/2009 sobre fertilización asistida admite tanto la inseminación artificial (homóloga y heteróloga), como la fertilización in Vitro⁴⁴.
15. Italia: la Ley 40 del 2004 no autoriza la donación de espermatozoides, ni, por lo tanto, la inseminación artificial heteróloga (Ley 40, 2004: a. 4.3), por lo que la mujer sólo podrá ser fecundada con gametos de su marido (inseminación artificial homóloga) (ZURRIARAIN, 2011). El artículo 5 de la misma ley también prohíbe la fecundación post-mortem⁴⁵. Sin embargo, en abril de este mismo año, el Tribunal Constitucional italiano declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la ley relativos a la prohibición respecto de la fertilización heteróloga asistida (N° 162, 2014). Con respecto a la fecundación in Vitro, el artículo 14 la admite pero con restricciones: "inc. 2: Las técnicas de producción de embriones /.../ no deben crear un número de embriones superior al estrictamente necesario para una única y simultánea transferencia /.../"; "inc. 3: Cuando la transferencia de los embriones al útero no resulte posible /.../ se autoriza la crioconservación de los embriones hasta el momento de la transferencia, que deberá realizarse lo antes posible". También estas últimas disposiciones han sido objeto de revisión en los últimos años por parte de

⁴³ "Children conceived as a result of artificial insemination of the wife with the sperm of the husband or that of a donor or both are likewise legitimate children of the husband and his wife, provided, that both of them authorized or ratified such insemination in a written instrument executed and signed by them before the birth of the child" (FAMILY CODE OF THE PHILIPPINES, 1987: a. 164).

⁴⁴ "Artificial fertilisation may be carried out by artificial insemination or by in vitro fertilisation". A su vez, admite la donación de espermatozoides y óvulos (NORDFORSK, 2014: 7).

los tribunales; tras la sentencia 151 de la Corte Constitucional (N° 151, 2009)⁴⁶, a partir del año 2009 la situación de la reproducción asistida ha cambiado haciéndose más flexible. El número de ovocitos a inseminar y posteriormente el número de embriones a transferir es decidido por el médico a cargo del seguimiento.

16. Malta: la ley número 21 del 4 diciembre de 2012 (en vigor enero 2013), sobre la protección del embrión, prohíbe la fecundación post-mortem en su artículo 12. La norma hace una enumeración de los procedimientos prohibidos (artículo 12), sin mencionar a las técnicas de inseminación artificial o in Vitro particularmente. Sin embargo, al no verse éstas prohibidas, ha de entenderse que se encuentran permitidas, en virtud del artículo 5, que estipula que "todo padre futuro tendrá acceso a las técnicas de reproducción asistida /.../" (traducción propia) (Ley 21, 2012: a. 5), siempre que cumpla con los requisitos para ser considerado tal. A su vez, en relación con la fertilización in Vitro se hace referencia, en el artículo 2, a la reproducción médicamente asistida, "/.../ que incluye todos los tipos de intervención, sean intra corporales o extra corporales, que ayudan a juntar los gametos"⁴⁷ (traducción propia) (Ley 21, 2012: a. 2).
17. México (Querétaro y Coahuila): los estados de Coahuila y Querétaro tienen disposiciones similares. El Código Civil de Coahuila, en su sección tercera, trata la filiación de los niños resultante de la fecundación humana asistida, admitiéndose tanto la inseminación artificial como la fecundación in Vitro. Sin embargo, el artículo 483 aclara que solo estará permitida la heteróloga en caso de esterilidad o infertilidad médicamente diagnosticada, y únicamente para quienes se encuentren unidos en matrimonio o concubinato. Por su parte, el Código Civil de Querétaro dispone reglas similares en su artículo 22 (CÓDIGO CIVIL QUERÉTARO, 2009: 22).
18. Noruega: la ley no. 100, de diciembre de 2003 en relación a la aplicación de la biotecnología en la medicina humana, indica que tanto la inseminación artificial (homóloga y heteróloga⁴⁸), como la fecundación in Vitro se admiten, siempre que la pareja se encuentre casada o en una relación estable (Ley no. 100, 2003: a. 2-1 y 2-2).
19. Portugal: las técnicas de fertilización asistida se encuentran reguladas por la ley número 32, del 26 de julio de 2006, en su segundo artículo indicando que se aplica tanto a la fecundación in Vitro, como a la inseminación artificial. Con respecto a la inseminación artificial, la legislación portuguesa tiene una particularidad: solamente admite la heteróloga en caso en que no pueda

⁴⁵ "/.../ pueden acceder a las técnicas de procreación asistida las parejas compuestas por personas mayores de edad, de sexo diverso, casadas o convivientes, en edad potencialmente fértil y en las que ambos miembros estén vivos" (destacado propio) (Ley 40, 2004: a. 5)

⁴⁶ Esta decisión estableció que "/.../ the decision on the number of oocytes to be used for insemination, the embryos to be transferred and the embryos to be frozen were a matter of good clinical practice and under the full responsibility of the reproductive specialist" (LEVI SETTI y PATRIZIO, 2012).

⁴⁷ "/.../ which includes all types of intervention, be they intracorporeal or extracorporeal that help the bringing together of gametes /.../"

⁴⁸ El artículo 2-7 indica que el niño nacido a consecuencia de una TRHA que involucre espermia donado tiene el derecho de conocer la identidad del donante a la edad de 18.

producirse la homóloga con semen del marido o co-habiente de la mujer⁴⁹. El artículo 22, por otro lado, establece la prohibición de utilización del esperma post-mortem, pero admite que el embrión ya fecundado sea implantado en la mujer tras el fallecimiento del marido (o co-habiente) que ha prestado consentimiento previamente a tal fin.

20. República Dominicana: de acuerdo a las respuestas otorgadas en el cuestionario de la Conferencia de la Haya, no existen normas en vigencia sobre técnicas de reproducción asistida en el país (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2013: 10). Por lo tanto, la inseminación artificial homóloga no podría plantear problemas mientras no haya regulación que la prohíba.
21. Serbia: las TRHA se encuentran reguladas por la Ley sobre el Tratamiento de la Infertilidad a través de los procedimientos biomédicos de fertilización asistida, del 2009 (entrada en vigor en 2010). Se admite la fecundación in Vitro y la utilización post-mortem de gametos y embriones, siempre que haya existido previo consentimiento escrito (DÉMENY y otros, n.d.: 12). Con respecto a la inseminación artificial, Serbia admite la homóloga para las parejas heterosexuales, y solamente a modo de excepción para mujeres solteras (no parejas homosexuales), lo cual necesariamente debe realizarse con esperma donado (es decir, la heteróloga también, a modo de excepción) (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 13).
22. Suecia: la ley 1988:711 respecto a la fertilización afuera del cuerpo humano regula la fecundación in Vitro en el país desde 1988 (MEMORANDUM, 2009: 25). Con respecto a la inseminación artificial, se admite tanto la homóloga como la heteróloga, aunque ésta última únicamente bajo la supervisión de un especialista⁵⁰. Se prohíbe la fecundación post mortem (BUSARDO y otros, 2014).
23. Suiza: la ley federal sobre reproducción médica asistida, del 18 de diciembre de 1998, prohíbe la fecundación post-mortem en el artículo 3, apartado 4⁵¹. Por el otro lado, en el artículo 4 se establecen las únicas prácticas prohibidas: la maternidad subrogada, y la donación de embriones y óvulos. Por ende, también acepta la inseminación artificial y la fecundación in Vitro. De tal forma, admite la donación de esperma para ser usado en las técnicas "legítimas" de reproducción asistida (SR 810, 1998: a. 18), y restringe la remoción y el análisis de las células del embrión in Vitro (SR 810, 1998: a. 5).

⁴⁹ "La inseminación con semen de un tercer donante sólo puede tener lugar cuando, en la cara de los conocimientos médicos y científicos disponibles objetivamente, no puede obtener el embarazo por inseminación con semen del marido o de quien vive en unión de hecho con la mujer inseminada" (Ley no. 32, 2006: a. 19)

⁵⁰ Conforme "The Present Law", apartado 2, sección II, b). "The Swedish Insemination Act contains seven sections and provides that AID may be carried out only in a hospital under the supervision of a specialist physician" (LAW REFORM COMMISSION, 1986)

⁵¹ "Reproductive cells or impregnated ova may not be used after the death of the person from whom they were obtained" (SR 810, 1998).

El siguiente cuadro resume las posturas adoptadas por las jurisdicciones bajo estudio:

Cuadro 1	Maternidad Subrogada/ Gestación por Sustitución	Inseminación artificial homóloga	Inseminación artificial heteróloga	Fecundación In- Vitro	Fecundación post-mortem
Alemania	NO	SI	SI	SI	NO
Arizona (EEUU)	NO	SI	SI	SI	SI
Austria	NO	SI	SI	SI	NO
Bulgaria	NO	SI	SI	SI	NO
China	NO	SI	SI	SI	-
Coahuila (México)	NO	SI	SI	SI	-
Distrito de Columbia (EEUU)	NO	SI	SI	SI	-
Croacia	NO	SI	SI	SI	-
Dinamarca	NO	SI	SI	SI	NO
Eslovaquia	NO	SI	SI	SI	NO
España	NO	SI	SI	SI	SI
Filipinas	NO	SI	SI	NO REGULADA	NO REGULADA
Finlandia	NO	SI	SI	SI	NO
Francia	NO	SI	SI	SI	NO
Islandia	NO	SI	SI	SI	-
Italia	NO	SI	NO*	SI	NO
Louisiana (EEUU)	NO	SI	SI	SI	-
Malta	NO	SI	SI	SI	NO

* La Ley 40 italiana del 2004 así lo estipula, aunque el 9 de abril del presente año el Tribunal Constitucional del país declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la ley relativos a la prohibición.

Noruega	NO	SI	SI	SI	-
Nueva York (EEUU)	NO	SI	SI	SI	SI
Portugal	NO	SI	SI	SI	SI
Quebec (Canadá)	NO	SI	SI	SI	SI**
Querétaro (México)	NO	SI	SI	SI	-
República Dominicana	NO***	NO REGULADA	NO REGULADA	NO REGULADA	NO REGULADA
Serbia	NO	SI	SI	SI	SI
Suecia	NO	SI	SI	SI	NO
Suiza	NO	SI	SI	SI	NO

El patrón que se desprende de este análisis es el siguiente: aquellos Estados o jurisdicciones que no admiten la maternidad subrogada o gestación por sustitución, no toman la misma posición con respecto al resto de las TRHA.

Efectivamente, todos aceptan la inseminación artificial homóloga, por tratarse del método más simple y menos controversial⁵² para concebir.

Lo mismo ocurre con la fertilización in Vitro, que en lo que hace a la generalidad de la práctica⁵³, también se encuentra receptada, -o, por lo menos, no prohibida-, por todos los mismo países que prohíben o no le otorgan validez a la gestación por sustitución.

Con respecto a la inseminación artificial heteróloga, Italia es el único país de los occidentales bajo estudio, cuya legislación la prohíbe absolutamente. Sin embargo, es necesario dar cuenta de que en abril de este año, el Tribunal Constitucional revirtió la prohibición de la ley en este sentido, habilitando las técnicas de fertilización asistida de tipo heterólogas (Sentencia n° 162, 2014).

La decisión recepta esta tendencia hacia la aceptación de las técnicas "clásicas" (inseminación artificial, fecundación in Vitro), que no necesariamente abarca, -como es el caso bajo estudio-, a las más controversiales (gestación por sustitución, fecundación post-mortem).

** La prohibición se deriva de lo contestado por el país en el cuestionario elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

*** Por aplicación de la ley federal canadiense, que suple el vacío legal de la ley de Quebec, que no se expide sobre este aspecto.

⁵² Incluso hay quienes entienden que no debería considerársela una técnica de reproducción asistida. Véase <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2454/html>

⁵³ Con la salvedad de que existen casos, fuera del objeto de estudio, en que las legislaciones solo admiten, por ejemplo, la fecundación in Vitro de tipo homóloga, vedando la heteróloga. Tal es el caso de Portugal y Austria.

En lo atinente a la fecundación post-mortem, se evidencia que, a pesar de tener tantos detractores como la práctica bajo estudio, algunas jurisdicciones que rechazan el "alquiler de vientres" aceptan esta técnica. Países como España o Portugal, que cuentan con férreas legislaciones en materia de maternidad subrogada, admiten algún tipo de fecundación post-mortem.

Con respecto a los países islámicos, gracias al *ijtihad*⁵⁴, se proveen respuestas a estas cuestiones de bioética. En virtud del lugar que ocupa la "autenticidad del linaje" en la identidad musulmana y la estructura familiar, sólo el espermatozoides del marido puede dar lugar a la inseminación (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, 2008: 28).

Así, la inseminación artificial es lícita solo en el caso en que el donante del espermatozoides sea el cónyuge legalmente unido por el matrimonio (homóloga), prohibiendo la inseminación artificial heteróloga (AL-QARADAWY, 2006). Con respecto a la fecundación in Vitro, una condición obligatoria es que el embrión implantado sea resultado de la unión únicamente de los gametos de los esposos⁵⁵. El Islam, a su vez, aceptaría la inseminación post-mortem (GAFO y GUERRA FLECHA, 1998).

De la comparación entre la cultura islámica y occidental⁵⁶, en lo que respecta al tratamiento de las TRHA, surge una conclusión que ayuda a comprender el rechazo de la gestación por sustitución.

Efectivamente, los primeros prohíben aquellas prácticas que importan el contacto entre los gametos de la pareja, y otros ajenos⁵⁷, con lo cual la razón de la prohibición de la maternidad subrogada tiene esta causa⁵⁸.

En cambio, es distinto el razonamiento al que acuden los países occidentales para rechazar la práctica estudiada. Si bien es cierto que, al igual que lo que ocurre en la cultura islámica, en ciertas ocasiones la influencia religiosa fija restricciones en cuanto a las técnicas heterólogas⁵⁹, el rechazo al "alquiler de vientres" cuenta con razones distintas.

De hecho, en las jurisdicciones estudiadas, la no-admisión es absoluta, independientemente de si se trata de la modalidad de "maternidad subrogada" o "gestación por sustitución". Es decir, el rechazo no depende de si, como es el caso de la primera, el óvulo fecundado es el de la gestante, o si es de otra mujer (madre intencional o donante), y el espermatozoides lo aportó el padre intencional o un donante.

⁵⁴ Incluido dentro de la *Sharia* comprende el *qiyas* y el *iymaa*. El *qiyas* es el método por el cual se puede deducir una regla religiosa, moral o jurídica a partir de otra regla planteada por el Corán o la *sunna*. El *iymaa* es el medio de creación de reglas nuevas por los juristas musulmanes. Extraído de http://www.webislam.com/articulos/38954-islam_y_bioetica.html

⁵⁵ Sección "procreación artificial", extraído de http://www.webislam.com/articulos/38954-islam_y_bioetica.html

⁵⁶ En lo que respecta a los países estudiados.

⁵⁷ "/.../ prohíbe lo que se conoce como inseminación artificial, cuando el donante del semen no es el esposo" (AL-QARADAWY, 2006: sección 6ta).

⁵⁸ En general, se encuentra prohibida, salvo que la gestante sea la segunda esposa del marido que dio su espermatozoides para la fecundación del óvulo proveniente de la primera mujer. A su vez, se encontrará prohibida en forma absoluta, cuando se pretenda inseminar artificialmente a la gestante que no forma parte de la pareja (ya sea con semen donado o con el del padre intencional). También se veda la gestación por sustitución cuando el embrión no proviene de los gametos de la pareja. Conforme http://www.webislam.com/articulos/38954-islam_y_bioetica.html

⁵⁹ Tal era el caso, previamente comentado, de Italia. Véase http://www.clarin.com/mundo/Fertilizacion-asistida-Italia-Corte-Iglesia_0_1117688254.html

Por lo tanto, ello solo puede tener su origen en aquello común a todas las modalidades de la práctica, que se repite inequívocamente y la define: la mujer que da a luz, no es la madre del niño.

Así las cosas, el siguiente paso consistirá en profundizar en las causas del rechazo de este precepto, principalmente a través del análisis de aquel principio –heredado del Derecho romano–, que se le contrapone: *Mater semper certa est* (la madre siempre cierta es).

IV. Las particularidades del “alquiler de vientres” y el principio *mater semper certa est*

En esta última sección, el trabajo se centrará en estudiar aquello que diferencia a la subrogación gestacional del resto de las TRHA, tomando en especial consideración el principio que indica que “la madre siempre es cierta”.

En la época romana, la madre y la filiación materna gozaban –desde el punto de vista jurídico–, de certeza, en virtud de la capacidad natural de la mujer de gestar. Es decir, con respecto a la maternidad eran todas seguridades, ya que solo la mujer podía dar a luz a un niño, y la prueba de ello provenía del parto, hecho objetivamente comprobable. De allí la frase *Mater semper certa est*, atribuida al jurista romano Paulo (DUPLÁ MARIN, 2012).

De esta manera, durante los siglos siguientes la preocupación girará en torno a la paternidad, que por oposición a la maternidad, se encontraba marcada por la inseguridad, en tanto su determinación se encontraba subordinada a distintos mecanismos de atribución (especialmente considerando la variable matrimonio).

Mientras tanto, la máxima por la cual se reconocía la maternidad con arreglo al parto, fue recogida –en forma directa o indirecta–, en un gran número de legislaciones.

De ello da cuenta el Documento Preliminar de marzo de 2014, de la Conferencia de la Haya, que indica que en la vasta mayoría de los Estados (que respondieron al cuestionario), “/.../ la mujer que da a luz al niño es la madre legal del niño por ministerio de la ley: es decir, automáticamente, en virtud del principio *mater semper certa est*⁶⁰” (traducción propia).

Sin embargo, con el advenimiento de la fertilización asistida y, en particular, el éxito de la fertilización in Vitro, surge la posibilidad de que la identidad de la madre ya no sea siempre segura.

Efectivamente, mientras que la inseminación artificial, y a través de ésta, la maternidad subrogada (en el sentido estricto del término), planteaban problemas en cuanto a una “doble maternidad” –quien da a luz y la mujer comitente–, con el recurso de la fertilización in Vitro éstos se intensifican, agregando la cuestión de la posible distinta identidad de la madre biológica, y quien lleva adelante el parto.

Es decir, la revolución biotecnológica posibilita la escisión entre la mujer que da a luz, la que aporta el material genético, y aquella que tiene la voluntad procreacional. Por ende, independientemente de

⁶⁰ “In the vast majority of States which responded to the Questionnaire, the woman who gives birth to a child is the legal mother of the child “by operation of law”: that is, automatically, by virtue of the *mater semper certa est* principle” (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 9).

cuál de estas tres mujeres sea considerada "madre", es posible asegurar que el precepto que aseguraba la "certeza" de la identidad de la madre –por asociación al parto–, se torna ineficaz.

Ahora bien, ante el derrumbe del carácter absoluto del precepto y su evidente ineficacia ante el estado actual de cosas, ¿cómo responden estos ordenamientos jurídicos? ¿Resignan el precepto a un lugar secundario, admitiendo la posibilidad de separación entre el parto y la maternidad? ¿O, por el contrario, se da una continuidad con el principio históricamente sostenido, por el cual la mujer que da a luz es la madre?

Para responder a estos interrogantes, basta observar la legislación estatal respecto de la subrogación de vientres. Aquellas en que el precepto encuentra mayor arraigo, optan por prohibir o negarle efectos a los contratos que tengan por fin escindir el concepto de madre, del de "mujer que da a luz". Admitirlo terminaría por enterrar la máxima *mater semper certa est*.

En concreto, ¿Por qué la practica del "alquiler de vientres" pone en crisis este precepto? Despoja de certezas al hecho del alumbramiento, y por lo tanto deja sin efecto el valor jurídico absoluto del mandato, que aseguraba la existencia de una asociación infalible entre maternidad y parto.

De esta forma, la situación se invierte, y el concepto de "maternidad" esta ahora teñido de incertidumbre, ante la posibilidad de que existan hasta tres "madres": quien tiene la voluntad de serlo, quien aportó el material genético, y quien atraviesa el parto.

Este "abanico" de alternativas derrumba la base de la filiación materna de la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, que históricamente han identificado a la maternidad con el parto.

De tal forma, estos Estados o jurisdicciones pretenden atenerse al precepto y otorgarle certeza a la identidad de la madre rechazando el recurso de la gestación por sustitución.

Es decir, al no admitir la posibilidad de que quien de a luz sea solo una "gestante", aseguran la identificación entre el parto y la mujer que pretende criar al niño, en un intento por reafirmar que "la madre siempre es cierta" (por el hecho objetivo del alumbramiento).

Esta relevancia tan marcada de la máxima *mater semper certa est*, no niega que existan innumerables cuestiones en juego involucradas en la práctica, que influyen –en los casos mencionados– para evitar su admisión en el ordenamiento jurídico interno.

Entre estas otras causas que hacen a su rechazo, pueden mencionarse:

- Las cuestiones contractuales: el objeto del contrato de gestación por sustitución, que establece el compromiso de llevar un embarazo y entregar al niño que nace a consecuencia, estaría constituido por personas, lo cual se encuentra prohibido, por inmoral, fuera del comercio, o contrario a las buenas costumbres.
- La dignidad de la mujer gestante y del niño se vería vulnerada, tornándolos en cosas susceptibles de ser negociadas, transferidas y entregadas.

⁶¹ A veces, ello resulta de la legislación, en algunos Estados, y en otros es considerada una practica o la posición del *common law*. En palabras del documento, "This position results from legislation in some States, and in others it is deemed simply an established practice or the position at common law" (CONFERENCIA DE LA HAYA, 2014: 9).

- Ocasionaría la cosificación de la gestante que sería "utilizada" como "incubadora" o "recinto gestador" (LAMM, 2012).
- El "negocio" y la explotación: conllevaría la explotación de mujeres pobres por las personas o parejas adineradas, al igual que por los terceros intermediarios que hacen un negocio de las esperanzas de los padres intencionales, mientras que la gestante recibe una pequeña porción del beneficio económico.
- Los derechos del niño: se alega que quien nace a consecuencia de esta técnica "heredaría una filiación compleja", lo cual "puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quienes son sus padres y ocasionar alteraciones psicológicas" (SCOTTI, 2013: 277). Especialmente en lo atinente al derecho a la identidad, también encuentra relación con el precepto de *la madre es siempre cierta*, ya que son dos las objeciones que suelen plantearse. La primera, en cuanto a la vulneración de la identidad del niño por negársele información sobre su historia. En el caso en que, por ejemplo, se acuerde que la gestante guardará el anonimato tras el parto, y/o al niño no se le ponga en conocimiento de su realidad biológica. La segunda, en torno a la confusión que se genera para el niño -a la hora de formarse una consciencia de sí mismo-, cuando toma conocimiento del hecho de que quien lo gestó por nueve meses y le dio a luz, no es su madre. Ambas críticas encuentran respuesta en la no-admisión del "alquiler de vientres", al negarse la posibilidad de separación entre madre natural e intencional.

Es necesario notar que estas objeciones son propias de la gestación por sustitución, y no se aplican a otras técnicas de reproducción humana asistida (independientemente de que éstas cuenten con sus propias críticas).

De hecho, la posible reprobación de las religiones no fue mencionada en la enumeración, porque se trata de una característica que la subrogación gestacional comparte con el resto de las TRHA.

En este sentido, especialmente crítica es la Iglesia Católica, que rechaza todas las TRHA, por considerarlas reemplazantes de la reproducción sexual correspondiente al matrimonio, que separa artificialmente el significado procreador de la unión⁶².

Así, en general, en las religiones "las técnicas que reciben una mayor aceptación son la inseminación artificial conyugal (solo rechazada por la Iglesia Católica), la fecundación in Vitro homóloga (la rechaza, de nuevo, la Iglesia Católica, así como la Ortodoxa si se producen embriones supra numerarios) /.../" (GAFO y GUERRA FLECHA, 1998: 194).

Sin embargo, también con respecto al culto, el "alquiler de vientres" ocupa un lugar especial: "por el contrario, hay un rechazo total de la maternidad sustitutiva –tanto la realizada con compensación económica como si se hace de forma filantrópica" (GAFO y GUERRA FLECHA, 1998: 194).

⁶² "En el acto conyugal no es lícito separar artificialmente el significado unitivo del significado procreador". De la audiencia general de Juan Pablo II, del 22 de agosto de 1984. Véase http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/audiences/1984/documents/hf_jp-ii_aud_19840822_sp.html

Esta toma de posición es clara, por ejemplo, en el caso de la Iglesia ortodoxa búlgara, que no se opone a la fertilización in Vitro, pero subraya la prohibición de la maternidad subrogada⁶³.

⁶³ Véase http://sofaechno.com/2012/01/04/1738409_bulgarian-orthodox-church-is-not-against-in-vitro-fertilisation-metropolitan-says

V. Conclusión

En un contexto global que se inclina hacia la recepción de las técnicas de reproducción humana asistida, el "alquiler de vientres" se encuentra prohibido – o no aceptado–, en diversas jurisdicciones.

Efectivamente, las mismas jurisdicciones que rechazan la práctica, tienden a admitir el resto de las TRHA.

De tal modo, es indudable que, como TRHA, la gestación por sustitución recibe un tratamiento distintivo, sea cual fuere el enfoque desde el que se la analice: jurídico, ético, religioso.

En última instancia, esta realidad es motivada por las particularidades que la caracterizan; esencialmente, la práctica propone un escenario en que la mujer que da a luz al niño no es la madre.

En conclusión, la no-admisión de la práctica en las legislaciones estudiadas –y aquello que la diferencia de otras TRHA–, responde a una problemática particular de la gestación por sustitución, especialmente influenciada por la tradición histórica-cultural de la cual se hereda el precepto *mater semper certa est*.

Estas jurisdicciones pretenden mantener la unidad de identidad entre la mujer que da a luz, y la madre del niño, y para ello deben recurrir al rechazo de la gestación por sustitución.

Es decir, se trata de una relación de doble sentido: mientras que la tradición tan arraigada logra que aun se identifique "el hecho biológico del nacimiento con la constitución de la relación jurídica de filiación" (PEREZ DE CASTRO, 2014: 330) materna, la no-admisión del "alquiler de vientres" pretende amparar el precepto histórico, para que su contenido no carezca de absoluto sentido.

A la luz de lo analizado, y a pesar del esfuerzo de las legislaciones bajo estudio, es posible asegurar que con el advenimiento de la tecnología que hizo posible la gestación por sustitución, las bases de la filiación materna se vieron alteradas de tal forma, que el principio *mater semper certa est* pierde validez.

Con la consecuente imposibilidad de identificar certeramente a la madre por el hecho del parto, el antiguo precepto parece darle paso a uno nuevo y opuesto: la madre es siempre incierta.

Referencias bibliográficas

Doctrina

- AHARGO, A. C. (2013) "Fecundación Post Mortem. El derecho a procrear y el interés superior del niño". En *Revista de Derecho UNS*, 1931, Año 2, Número 2.
- AL-QARADAWY, Y. (2006) *Lo lícito y lo ilícito en el Islam*. Buenos Aires, Oficina de Cultura y difusión Islámica, 2006. Disponible en <http://www.nurelislam.com/licito/libro.html> [Consulta: 28 de noviembre de 2014]
- BERNAT, E. y VRANES, E. (1993) "Reproductive Health Care Policies Around the World: The Austrian Act on Procreative Medicine: Scope, Impacts, Inconsistencies". En *Journal of Assisted Reproduction and Genetics*, 1993, Vol. 10, No. 7.
- BRINDSEN, P. R. (1999) *A Textbook of In Vitro Fertilization and Assisted Reproduction*. CRC Press, 1999.
- BUSARDO, F. P., y otros (2014) "The Evolution of Legislation in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members". En *BioMed Research International*, 2014, vol. 2014.
- CHAVEZ VELA, N. A. (2006) *Glosario de Biotecnología*, UAA, 2006.
- DÉMÉNY, E. y otros (n.d.) *Different perspectives on regulation of assisted reproduction treatments in Serbia and Hungary: Comparative analysis*. Disponible en http://hpi.sk/cdata/Documents/Different_Perspectives_SRB-HU_Kosice_Article.pdf [Consulta: 25 de noviembre de 2014]
- DUPLÁ MARIN, M. T. (2012) "El Principio Mater Semper Certa Est ¿A debate?". En RESINA SOLA, P. (2012) *Fundamenta Iuris. Terminología, Principios e Interpretatio*. Universidad Almería, 2012, p. 309.
- GAFO, J., y GUERRA FLECHA, J. M. (1998) *Procreación humana asistida: aspectos técnicos, éticos y legales*. Univ. Pontificia Comillas, 1998.
- LAMM, E. (2012) "Gestación por sustitución". En *Indret* 3/2012, julio 2012.
- LAPUZ, J., R. (2009) "ART (assisted reproductive technology) and its legal innuendos: A Challenge for a Statutorial Renovation". En *UST Law Review*, 2009, vol.LIII. Disponible en http://ustlawreview.com/pdf/vol.LIII/ART_and_its_Legal_Innuendos.pdf [Consulta: 28 de noviembre de 2014]
- LEVI SETTI, P. E., y PATRIZIO, P. (2012) "The Italian Experience of A Restrictive IVF Law: A Review". En *J Fertiliz In Vitro*, 2012.

MUHAMMAD RIZVI, S. (n.d.) *Marriage and Morals in Islam*. Islamic Education & Information Center, n.d. Disponible en <http://www.al-islam.org/marriage-and-morals-islam-sayyid-muhammad-rizvi> [Consulta: 20 de noviembre de 2014]

PEREZ DE CASTRO, M. G. (2014) *La verdad biológica en la determinación de la filiación*. Midac, SL, 2014.

QIAO, J., y FENG, H. L. (2014) "Assisted reproductive technology in China: compliance and non-compliance". En *Translational Pediatrics*, 2014, Vol 3, No 2. Disponible en <http://www.thetp.org/article/view/3545/4408> [Consulta: 28 de noviembre de 2014]

SCOTTI, L. (2013) "El reconocimiento de la "maternidad subrogada": una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas". En *Pensar en Derecho*, 2013, N°1, pp. 267 – 289. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf> [Consulta: 18 de noviembre de 2014]

SHALEV, C., y WERNER-FELMAYER, G. (2012) "Patterns of globalized reproduction: Egg cells regulation in Israel and Austria". En *Israel Journal of Health Policy Research*, 2012. Disponible en <http://www.ijhpr.org/content/1/1/15> [Consulta: 23 de noviembre de 2014]

TRIMMINGS, K., y BEAUMONT, P. (2013) *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*. Bloomsbury Publishing, 2013.

ZURRIARAIN, R. J. (2011) "Técnicas de reproducción humana asistida: determinación legal de la filiación y usuarias en el derecho comparado". En *Cuad. Bioét.* 2011, Vol. XXII, p. 204. Disponible en <http://www.aebioetica.org/revistas/2011/22/2/75/201.pdf> [Consulta: 25 de noviembre de 2014]

Legislación y sentencias

Alemania: Ley 745/90 de protección del embrión, del 13 de diciembre de 1990.

Arizona: Arizona Revised Statutes (2011). Disponible en <http://law.justia.com/codes/arizona/2011/title25/section25-218> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Arizona: *Gillett-Netting v. Barnhart*, 2004 371 F.3d 595, Circuito 9no.

Canadá: Canadian Assisted Human Reproduction Act (2004). Disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/A-13.4/> [Consultado 19 de noviembre de 2014]

Coahuila: Código Civil (1999). Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/6/168/523.htm?s=> [Consulta: 20 de noviembre de 2014]

DC: Código (1997). Disponible en <http://dcode.org/browser/#/16/16-402> [Consulta: 22 de noviembre de 2014]

Dinamarca: Ley No. 460 del 10 de junio 1997 (reformada por ley 427 del 2003).

España: Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, de 26 de mayo; BOE, núm. 126, de 27 de mayo 2006. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292> [Consulta 10 de noviembre de 2014]

Filipinas: Family Code of the Philippines (1987). Disponible en <http://www.chanrobles.com/executiveorderno209.htm#.VHJ8KdKG8uc> [Consulta: 25 de noviembre de 2014]

Francia: Código de Sanidad Pública (2002). Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3172BA02570413BDD54D80F77754BB82.tpdoj07v_1?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20110311 [Consulta 20 de noviembre de 2014]

Francia: Ley n° 2004-800, de 6 de agosto, relativa a la Bioética. Boletín Oficial de la República Francesa, 7 de agosto 2004.

Islandia: Ley No. 55/1996, sobre la fertilización asistida y el uso de gametos humanos y embriones para la investigación.

Italia: Ley 40/2004, de 19 de febrero, sobre Normas en materia de procreación médica asistida. Boletín Oficial, n° 45, 24 febrero 2004.

Italia: Sentencia del 10 de junio de 2014, n° 162, del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=25143> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Italia: Sentencia del 8 de mayo de 2009, n° 151, del Tribunal Constitucional. Disponible en <http://www.altalex.com/index.php?idstr=20&idnot=45982> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Kentucky: Código de Kentucky (2005). Disponible en <http://www.lrc.ky.gov/statutes/statute.aspx?id=7197> [Consultado 23 de noviembre de 2014]

Louisiana: Louisiana Revised Statutes (2013). Disponible en <http://law.justia.com/codes/louisiana/2013/code-revisedstatutes> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Malta: Ley No. 21, sobre la Protección del Embrión. Aprobada el 4 diciembre de 2012. En vigor desde enero de 2013. Disponible en <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=24269&l=1> [Consultado 18 de noviembre de 2014]

Michigan: Surrogate Parenting Act (1988) en Michigan Compiled Laws. Disponible en <http://law.justia.com/codes/michigan/2014/chapter-722/statute-act-199-of-1988> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Nebraska: Nebraska Revised Statutes (2014). Disponible en <http://law.justia.com/codes/nebraska/2014/> [Consultado 20 de noviembre de 2014]

Noruega: Ley no. 100, de diciembre de 2003 en relación a la aplicación de la biotecnología en la medicina humana.

Nueva York: New York Consolidated Laws (2012). Disponible en <http://public.leginfo.state.ny.us/MENUGETF.cgi?COMMONQUERY=LAWS+&TARGET=VIEW> [Consulta: 21 de noviembre de 2014]

Portugal: Ley 32/2006, del 26 de julio de 2006 sobre la procreación médicamente asistida. Disponible en http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Quebec: Act respecting clinical and research activities relating to assisted procreation (2010). Disponible en http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=3&file=/A_5_01/A5_01R1_A.HTM

Quebec: Código Civil, (1991). Disponible en http://ccq.lexum.com/ccq/en#!fragment/TITLE_TWO_FILIATION_581478 [Consulta: 19 de noviembre 2014]

Querétaro: Código Civil (2009). Disponible en <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/23/927/402.htm?s=> [Consulta: 20 de noviembre de 2014].

Suecia: La ley 711 de 1988, respecto a la fertilización afuera del cuerpo humano.

Suiza: SRS Federal Act on Medically Assisted Reproduction (1998) Disponible en <http://www.admin.ch/ch/e/rs/8/810.11.en.pdf> [Consulta: 23 de noviembre de 2014]

Documentos

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012): Documento Preliminar numero no. 10, de marzo de 2012. "A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements, drawn up by the Permanent Bureau". Disponible en <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf> [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2013): "Cuestionario numero 1 relativo a cuestiones de Derecho Internacional Privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada", abril 2013. Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2013pd03_es.doc [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2014): Documento Preliminar numero no. 3 C, de marzo de 2014. "A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements". Disponible en http://www.hcch.net/upload/wop/gap2014pd03c_en.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Council of Europe (2012) "Replies by the member States to the questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP) and on right to know about their origin for children born after MAP", Estrasburgo, 2012. Disponible en http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/INF_2005_7%20e%20REV2%20MAP.pdf. [Consulta: 26 de noviembre de 2014]

Directorate General Health and Consumers; European Commission (2008) "Comparative Analysis of Medically Assisted Reproduction in the EU: Regulation and Technologies: Final Report". Disponible en http://ec.europa.eu/health/blood_tissues_organs/docs/study_eshre_en.pdf [Consulta: 23 de noviembre de 2014]

Directorate-General for internal policies (2013) "A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States", Union Europea, 2013. Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies> [Consulta: 26 de noviembre de 2014]

Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (n.d.). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). Disponible en

http://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf [Consulta: 24 de noviembre de 2014]

Law Reform Commission (1986) "Report 49 - Artificial Conception: Human Artificial Insemination". Disponible en http://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/agdbasev7wr/lrc/documents/pdf/report_49.pdf [Consulta: 22 de noviembre de 2014]

Memorandum from White & Case LLP to The Center for Reproductive Rights (2009) "European laws governing in vitro fertilization". Disponible en http://www.federa.org.pl/dokumenty_pdf/invitro/jbf_European_laws_governing_in_vitro_fertilizati_on%5B2%5D.pdf [Consulta: 28 de noviembre de 2014]

Ministry of Justice, Finland (n.d): "A Legal Overview of the Nordic Countries". Disponible en <http://ncbio.org/nordisk/arkiv/Salla-ppt.pdf> [Consulta: 28 de noviembre de 2014]

Nordforsk (2014) "Legislation on biotechnology in the Nordic countries– an overview 2014", Oslo, 2014. Disponible en http://www.nordforsk.org/en/publications/publications_container/legislation-on-biotechnology-in-the-nordic-countries-2013-an-overview-2014 [Consulta: 24 de noviembre de 2014]