

MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN*

A la memoria de la maestra Laura Trigueros: una bella y fina señora; gran docente y precursora de las actividades profesionales de la abogacía de la mujer.

SUMARIO: I. *Nota introductoria.* II. *Nuevas estructuras familiares.* III. *Maternidad subrogada y adopción internacional: conexión y problemas planteados en la Comisión Especial de 2010 sobre adopción internacional.*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Para poder comenzar a plantear la relación que pueda tener —directa o indirectamente— la maternidad subrogada y la adopción internacional tenemos que partir de una serie de presupuestos o premisas muy puntuales. Entre ellas, destacamos la evidente crisis —global, pero con sus variantes de escala— de la institución familiar en donde los valores o percepciones de necesidad/utilidad/validez de la misma están poco “cotizadas” y de ahí la falta de in-

* Doctora en derecho por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, España. Investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

terés de conformar un seno familiar, en sus distintas modalidades, y todo lo que de ello deriva.

Estamos ante la proliferación de una serie de situaciones diferentes, en comparación con otros tiempos, y así tenemos un incremento de uniones esporádicas o de poca duración, búsqueda de los hijos en edades avanzadas¹ —con la consabida dificultad para acceder a la paternidad/maternidad—, el empleo discriminado de técnicas anticonceptivas, enfermedades como el estrés,² entre otras. Todos ellos son supuestos o situaciones difíciles, que van más allá de la evidente polarización de posiciones en relación al tema y que proyectan la urgente necesidad de buscar soluciones a cuestiones puntuales, por el tema que nos ocupa, en torno a la posibilidad de ser padres a través de la maternidad o gestación subrogada.³

¹ El hecho de buscar a los hijos en edades avanzadas se debe, asimismo, a una variedad de situaciones diferentes, desde la consecución, en lo individual o por pareja, de fines académicos o fines económicos, lo que la doctrina ha denominado la “salvaguarda de sus propios intereses”, lo cual es una realidad y no es objeto de censura *per se*. La valoración de estas opciones es realmente subjetiva.

² Sobre el tema, podemos ver a Rodríguez López, Dina, “Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto del contrato”, *Revista de Derecho Privado*, México, nueva época, año IV, núm. 11, mayo-agosto 2005, pp. 101-103.

³ Ingrid Brena, en la contribución que tiene en esta obra coordinada, hace una diferencia puntual en torno a la maternidad subrogada o sustituta y la gestación subrogada. La cuestión la expresa de la siguiente manera: “Debemos tener presente que los derechos reproductivos se hacen efectivos en la mujer solicitante cuando ella aporta sus óvulos y su cónyuge o pareja hace lo propio con sus gametos. La gestante en este supuesto sólo lleva a cabo el embarazo.

En cambio, en la llamada maternidad subrogada, la mujer solicitante no aporta su carga genética contenida en los óvulos, ya sea por un problema médico o porque así lo decide. En este caso, no es posible hacer referencia a una reproducción, la mujer no puede invocar el ejercicio de sus derechos reproductivos para solicitar un niño que, por no tener su carga genética no será su descendiente”. De esta manera, la autora expresa que la maternidad subrogada no tiene justificación ética, social o jurídica y sí, en cambio, la pertinencia de la legislación de la gestación subrogada.

El término maternidad subrogada tiene, realmente, muchas críticas desde la propia denominación, al no deberse incluir los supuestos en los que hay aportación genética de la madre portadora, y aquellos supuestos, por ejemplo, en

Por otra parte, es importante destacar que el concepto de familia lo encontramos vinculado con las sociedades y el momento en el cual le toca vivir, es decir, está vinculado con el espacio y el tiempo en el que se encuentra enmarcado. En el contexto de occidente, por acotar el comentario, su evolución actual es el fruto de un proceso de adaptación a las nuevas realidades, que se traducen en puntuales demandas sociales y jurídicas —tales como las que presentamos con la maternidad subrogada—. Ante este dinamismo, hay una tendencia universal hacia la postura actual de que no tenemos, y quizás no debemos tener, un concepto de familia universal y mucho menos unívoco⁴ porque los cambios son vertiginosos e incluso imprevisibles.⁵

los que no la hay. Sin despreciar que el término “maternidad” engloba una realidad mucho más extensa que la referida a la gestación. De esta manera se manifiesta Fernández Pacheco, María Teresa, “La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M.”, *RGLJ*, 5 de mayo de 1988, p. 649, *cit.* por Souto Galván, Beatriz, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, España, nueva época, núm. 1, 2005, p. 276.

⁴ De hecho, la tendencia del derecho internacional privado a la hora de plantear definiciones puntuales en torno a la familia o al matrimonio, o la residencia habitual, o el interés superior del menor... es no definir las porque plantearían un grave problema de consenso, con lo cual, las disposiciones internacionales al respecto concluyen que se entenderá por familia, matrimonio, residencia habitual... aquello que cada uno de los Estados entiendan por tal. Más concretamente la tradición o inercia de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado consiste en no definir los conceptos jurídicos que se emplean en sus textos con objeto de evitar problemas de calificación. No obstante, en materia de cooperación internacional entre autoridades (en adelante CIA) hay dos tendencias opuestas a esta idea, pero que van dirigidas a un mismo objetivo “lograr conceptos autónomos que operen en el respectivo marco convencional de manera independiente a los derechos internos de los Estados parte, y que sean interpretados uniformemente en todos los Estados, teniendo en cuenta únicamente el espíritu y la finalidad convencional”. García Cano, Sandra, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, Colex, 2003, p. 58.

⁵ No obstante, destacamos, aunque sea de manera tangencial, que hay una tendencia, sostenida por la doctrina, hacia la posibilidad de armonizar y unificar el derecho de familia a la luz de los cambios originados por el traspaso transfronterizo y todo lo que deriva de ello; nos referimos en esta oportunidad

Nos referimos, entonces, a la concepción de nuevas formas de organización familiar o familiares,⁶ las denominadas *nuevas formas de familia* o *nuevas estructuras familiares*, que a veces ni son tan nuevas ni tan cercanas a la percepción tradicional de familia; no obstante, justificamos dicha denominación, importada de Europa, porque aunque no son de nueva generación —“nuevas” en el sentido más estricto de la palabra— sí son de gran proliferación en la actualidad y, por otra parte, son muestras del amplio abanico que debemos contemplar cuando hablamos de una nueva dimensión, reconceptualización, de la familia.

II. NUEVAS ESTRUCTURAS FAMILIARES

Con estos prolegómenos podemos visualizar, en el área del derecho de familia internacional, *nuevas estructuras familiares* cuando nos situamos ante la familia y la reproducción asistida, al abrirse expectativas en el tratamiento o alternativas, por ejemplo, para la infertilidad⁷

a las técnicas de reproducción asistida, la maternidad subrogada, las parejas del mismo sexo y, por qué no, la adopción internacional. Esta premisa está ya incorporada en los debates más actuales en torno al derecho internacional privado, la cuestión difícil de consensuar es la metodología que debemos tomar y los criterios con los cuales se trabaje. Schewenzer, I., “Methodological Aspects of the Armonisation fo Family Law”, *European Journal of Law Reform*, vol. VI, núm. 1-2, 2006, pp. 145-157.

⁶ Hablamos, con más propiedad, de familias, en plural, porque en pleno siglo XXI, no hay una sola concepción de familia, sino una pluralidad. Las concepciones que tenemos sobre lo que son y/o deberían de ser las familias, así como cuáles son las funciones que se les asignan, etcétera, es una cuestión vital. Véase, en torno a la “deconstrucción” del concepto, su historia, y la calificación de las mismas según su integración (familia nuclear, familia extensa, familia expandida, relaciones sin nombre —el novio de mamá, la pareja de papá, etcétera—, Suares, Marínés, *Mediando en sistemas familiares*, Argentina, Paidós, 2005, pp. 161 y ss.

⁷ Hay una variedad importante de técnicas de reproducción asistida y entrar en el concepto de cada una excede el objeto de nuestro trabajo, el cual desea circunscribirse a la maternidad subrogada. Sobre su enumeración podemos citar: inseminación artificial, hiperestimulación ovárica controlada (HOC), perfusión espermiática a oviductos (FSP), fertilización *in vitro* (FIV), transferencia de embriones (TE), transferencia intratubaria de gametos (GIFT), transfe-

o ante el aumento de uniones o matrimonios entre personas del mismo sexo.⁸

Así es, ante los cambios sociales también encontramos novedades en las maneras de procrear,⁹ es decir, en la actualidad existen aproximadamente 27 maneras distintas de procrear y ninguna de ellas responde, en principio, a un capricho; no obstante, el

rencia intratubaria de embriones o cigotos (ZIFT). Rodríguez López, Dina, *op. cit.*, pp. 106-109.

⁸ Aunque no es el tema específico de esta contribución, creemos pertinente mencionar la proliferación de la regulación jurídica de los matrimonios entre personas del mismo sexo, ejemplo de ello, lo tenemos en México, con la reformas al Código Civil del Distrito Federal y al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 29 de diciembre de 2009 y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Procuraduría General de la República y la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En torno a dicho recurso véase: “Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de agosto de 2010. 2/2010 Acción de Constitucional promovida por el procurador general de la República contra actos de la Asamblea Legislativa y del jefe de Gobierno del Distrito Federal, demandando la invalidez de los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal, publicados en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 29 de diciembre de 2009”. En dicha versión taquigráfica se expresa que de un universo aproximado de doscientos veinte países con plena soberanía, no todos desde luego registrados ni miembros de la ONT, treinta regulan este tipo de uniones entre personas del mismo sexo y de ellos, sólo diez, le otorgan la denominación de matrimonio: Holanda, Bélgica, España, Noruega, Suecia, Portugal, Estados Unidos de América, Canadá, Sudáfrica y Argentina.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 16 de agosto de 2010, emitió la sentencia de la acción de inconstitucionalidad 2/2010 decidiendo la constitucionalidad de las reformas al Código Civil del Distrito Federal que declaró la validez del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como que es constitucional la adopción de menores de edad por parte de parejas —matrimonios— homosexuales.

Sobre el tema general, véase, además, González Martín, “Nuevas estructuras familiares: Algunos apuntes que trascienden al derecho internacional privado”, *Curso anual de actualización de profesores de derecho internacional privado y público*, Cuadernos de trabajo del Seminario de Derecho Internacional, Facultad de Derecho-UNAM (en prensa).

⁹ Comité Spécial des Nouvelles Techniques de Reproduction, *Les nouvelles techniques de reproduction humaine*, Canadá, 1991.

uso de algunas de dichas técnicas suscita un apasionado debate con cuestiones como:¹⁰

- si habría que poner un límite de edad para ser madre por medio de un tratamiento de fertilización ¿50, 60 o 70 años?;
- la cuestión sin resolver sobre la elección del sexo de un bebé por parte de sus progenitores;
- la posibilidad de tener un bebé sano, a través de diagnósticos genéticos, a los que se someten las parejas con anomalías genéticas de las denominadas enfermedades raras, o buscar el nacimiento de un hijo sano para que sea donador para su hermano que nació con alguna anomalía genética;
- la adopción de embriones como posible solución a la esterilidad biológica;¹¹
- congelación de embriones, óvulos o espermias para su posterior implantación;
- la maternidad subrogada, y así un largo etcétera de presupuestos distintos en torno a la fertilización o reproducción asistida.¹²

¹⁰ Cañazares, Francisco, *Revista Quo Cit. El periódico de la adopción*, año II, núm. 33, mayo de 2006.

¹¹ Stilerman, Marta N. y Sepliarsky, Silvia E., *Adopción. Integración familiar*, Argentina, Universidad, 1999, pp. 266 y ss. La adopción prenatal de embriones congelados, constituye una situación que va tomado cada vez más fuerza en el ámbito de las llamadas técnicas de reproducción asistida. Lo que ha implicado la necesidad de pasar de simples reflexiones y cuestionamientos bioéticos, a la concretización de normas “bio-jurídicas” que aporten soluciones a los casos que se presentan y para los cuales el derecho tradicional no ofrece soluciones adecuadas. Dentro de este marco, el derecho internacional privado ha jugado un papel importante, debido a que en muchos casos existe una falta de regulación clara acerca de estos procedimientos, y la misma dinámica de la globalización ha contribuido a que se genere un significativo aumento de las situaciones privadas internacionales, siempre tratando de encontrar un ordenamiento jurídico que regule supuestos que no tienen cabida en otros o, que simplemente no lo prevén.

¹² A las técnicas de reproducción asistida acuden, ampliando los comentarios vertidos arriba, mujeres solteras, hombres solteros, parejas o matrimonios

No hablamos de ciencia ficción, sino de realidades que ya tenemos que atender para poderle dar la cobertura necesaria e imprescindible, a nivel jurídico, ético y social, además de la reflexión siempre presente,¹³ en donde indiscutiblemente tenemos que actuar en clave de protección de aquellos que pertenecen a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad y muy especialmente nos referimos a la protección de los infantes.

En el caso puntual de la maternidad subrogada y la adopción internacional tenemos una situación realmente delicada en el que se presenta un panorama muy variado, de acuerdo con:

- los *sujetos* que demandan la maternidad subrogada (solter@s, casad@s o parejas del mismo o distinto sexo);¹⁴
- las *motivaciones* que llevaron a la maternidad subrogada (infertilidad,¹⁵ incapacidad para procrear por parte de

homosexuales o simplemente la mencionada maternidad subrogada que tan de moda está —véase los casos de personas famosas—.

¹³ Sobre el tema véase la página de la International Planned Parenthood Federation, <http://www.ippf.org>

¹⁴ Rosjurconsulting, Derechos Reproductivos y el Centro de Ética de la Investigación, Moscú, Rusia, proporciona datos de enero a junio de 2010 y afirma que a partir de la firma de la ley reproductiva tiene 246 solicitudes para los programas de subrogación gestacional de 21 países: 68% provenía de parejas heterosexuales, el 19% de hombres solteros y 13% de mujeres solteras.

¹⁵ La Organización Mundial de la Salud determina que la infertilidad es una enfermedad y problema de salud mundial. Además, manifiesta que el término a utilizar debe ser el de infertilidad y no el de esterilidad, no obstante, tradicionalmente tenemos conceptos diferenciados. Hay una doctrina que conceptualiza la esterilidad de la siguiente manera: “por pareja estéril se entiende a un hombre y una mujer que buscan la procreación de un nuevo ser de manera biológica y que presenta una incapacidad para concebir, es decir, la unión de los gametos masculinos y femeninos no se puede dar bajo ninguna circunstancia”, Arrighi, Arturo y Gogorno, Miguel, “Infertilidad”, en Rozzini, Roberto Italo *et al.*, *Esterilidad e infertilidad humanas*, 2a. ed., Buenos Aires, Médica Panamericana, 1992, p. 352, cit. por Rodríguez López, Dina, *op. cit.*, p. 100. Igualmente, la doctrina conceptualiza a la pareja infértil como “aquella que presenta la capacidad para lograr la concepción pero no para tener hijos viables, es decir, no se tiene la capacidad para lograr un producto vivo, y ésta a diferencia de la esterilidad es susceptible de corrección”, Pérez

parejas del mismo sexo, temor a dar a luz, peligro a la hora de dar a luz, decisión de no pasar por el proceso de embarazo y, por qué no, aquellas personas que ante la imposibilidad de adoptar —jurídica o práctica—, optan por la maternidad subrogada y a través de esta ficción consiguen su fin último: ampliar su familia a través de la adopción);¹⁶

- los *medios* para la consecución de la paternidad/maternidad¹⁷ (paternidad —genética o social—: gametos masculinos del varón [o de uno de los varones] de la pareja que solicite el niño o gametos aportados por un tercero. Maternidad —gestacional, genética, o jurídica/social—: alquiler de útero —la mujer gestante recibe el embrión— o si la mujer gestante además aporta su óvulo —madre biológica— o que una mujer aporte su óvulo, otra gestante y una tercera se queda o adopta al menor —madre jurídica o social—),¹⁸ y
- el *fin* que se busca (lucro o gratuidad).

Peña, Efrain, *Infertilidad, esterilidad y endocrinología de la reproducción, un enfoque integral*, 2a. ed., México, Salvat, 1995, p. 2, *cit.* por Rodríguez López, Dina, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶ Podemos y debemos pensar no sólo en la adopción por parte de parejas o matrimonios heterosexuales sino también en las parejas o matrimonios homosexuales. Así, una decisión judicial de 2005 concedió a una pareja de lesbianas el derecho de adoptar a un niño nacido de la otra por inseminación artificial y, si bien fue un hito para una población que soñaba con ser padres, eso no conllevó al derecho, *per se*, de las parejas del mismo sexo a la maternidad subrogada. Pondel Evan, “La paternidad genética”, <http://www.minipost.com>.

¹⁷ No podemos evitar hacer el comentario que la paternidad/maternidad no son sinónimos de procreación. Este detalle conceptual o de percepción, por llamarlo de alguna manera, es lo que impide que en un determinado contexto social, no haya una verdadera cultura de la adopción.

¹⁸ De esta manera, existe en la técnica de la maternidad subrogada una serie de modalidades:

1) Subrogación total —mujer contratada inseminada con sus propios óvulos y después de la gestación y parto entregue el hijo al padre biológico (portador de los espermatozoides), que la misma renuncie a sus derechos y admita la adopción de la pareja del padre biológico—.

III. MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIÓN
INTERNACIONAL: CONEXIÓN Y PROBLEMAS
PLANTEADOS EN LA COMISIÓN
ESPECIAL DE 2010
SOBRE ADOPCIÓN INTERNACIONAL¹⁹

De un concepto de maternidad subrogada tenemos que la misma es el acto productor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer —la cual puede ser madre sólo gestante y/o biológica—, sujeta a un acuerdo, contrato, pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el re-

2) Subrogación parcial —mujer contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado *in vitro* y que éste proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja contratante—.

3) Subrogación comercial —mujer contratada que acepta embarazarse por otra y se le paga una cantidad además de los gastos de la gestación—.

4) Subrogación altruista —mujer que acepta gestar un hijo por cuenta de otra de manera gratuita, los lazos de amor, amistad o parentesco, permea este tipo de subrogación—.

Rodríguez López, Dina, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

Como vemos, el tema tiene una variedad de aristas impresionante y en el que se debe uno abocar al estudio pormenorizado de cada una de ellas. De esta manera ponemos en antecedente de que no estamos ajenos a que el tema, por ejemplo, de la validez de este tipo de contratos es fundamental, no obstante, por el perfil que decidimos centrarnos en esta contribución, nos queda realmente lejos el abordar dichas “aristas”, sobre la materia; en el ámbito civil, recomendamos sobradamente la lectura de los textos de Clavería González y, por citar alguno en concreto, Clavería González, Luís Humberto, “Las categorías negociales y su adaptación en función de la reproducción”, en *La filiación a finales del S. XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Trivium, 1988.

¹⁹ Como veremos, en esta Comisión Especial de 2010 de seguimiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993 sobre la Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional se presentó este rubro general titulado “Maternidad subrogada y adopción internacional: conexión y problemas planteados” y como suborden del día: 1) ejemplos de situaciones que han producido problemas; 2) situaciones en las que la madre portadora y los padres solicitantes residen en países distintos, incertidumbre sobre la situación del niño, y 3) alcance del Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional.

ción nacido a favor de otra mujer u hombre que figurará como madre o padre de éste.

Esta puede ser una definición perfectible o actualizable si visualizamos que la realidad supera a la ficción; no obstante, de ella partimos para poder esbozar el tema en torno a la maternidad subrogada y la adopción internacional.

La subrogación es un tema complejo y delicado que los diferentes sistemas de derecho de familia, a lo largo del mundo, lo tratan de diversas maneras. Así, fundamentalmente el trabajo que gira en torno a los aspectos del derecho internacional privado de tales acuerdos, pactos o compromisos se circunscriben, por el momento, en el análisis de las amplias diferencias existentes entre las leyes nacionales que rigen la subrogación y el “escape” que supone cruzar una frontera buscando el desenlace final que es tener un hij@ o hij@s a través de técnicas de reproducción asistida.²⁰ Pensamos que las situaciones en las que incurre este

²⁰ La fundación Nuffield subvenciona, entre otros, a los profesores Paul Beaumont y Katarina Trimmings, los cuales realizan un trabajo destinado a sentar las bases de un proyecto sobre estos acuerdos, explorando los posibles tipos de regulación internacional de los acuerdos de subrogación y preparar un documento que sirva de base para un futura convención internacional sobre el tema, de hecho, ésta es una iniciativa conjunta con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. George, M., “A Study on the International Private Law Aspects of Surrogacy Agreements”, *Conflict of Law.net*, septiembre 21, 2010, <http://www.conflictoflaws.net/2010/a-study-on-the-private-international-law-aspects-of-international-surrogacy-agreements/>.

Una perspectiva comparada la encontramos en Faraoni, Alicia Benedetta, *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Giuffrè, Milán, 2002, pp. 95 y ss.

En este análisis comparativo tan necesario, por nuestra parte hemos elaborado una tabla en el que se contempla una diversidad de países —una muestra— en donde se establece si se regula o no en su legislación la maternidad subrogada y la ley específica —permisiva o prohibitoria—. Por la extensión de esta contribución no hemos podido incorporarla pero podemos, en este momento, dar una pauta general al respecto. Así tenemos: 1) Países —y/o entidades— que no permiten o contemplan la maternidad subrogada (Parlamento Europeo —Resolución del 16/03/89—, España —Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida—, Bélgica, Holanda, Hungría, Arabia Saudita, Japón); 2) Países que sí permiten o contemplan la maternidad subrogada (Rusia

cruce de fronteras son alarmantes²¹ y las soluciones se pueden encontrar a través de la cooperación interjurisdiccional.²²

—Ley Básica No. 5487-1 Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación de Rusia de 22 de junio de 1993—, Georgia, Ucrania —Cláusula 123 Código de Familia y la Orden 771 del Ministerio de Salud—, India, Estados Unidos de América —SI la admite, concretamente, en los Estados de la Unión Americana siguientes: Arkansas, California, Connecticut, Florida, Illinois, Massachusetts, Nebraska, Nevada, New Hampshire, New Jersey, Nuevo México, Carolina del Norte, Oregon, Texas, Uta, Virginia, Washington, Virginia del Este, Wisconsin. NO la admite, concretamente, en los Estados de la Unión Americana siguientes: Alabama, Distrito de Columbia, Delaware, Indiana, Iowa, Kansas, Louisiana, Michigan, Nueva York, Dakota del Norte. SIN claridad o con restricciones, concretamente, en los Estados de la Unión Americana siguientes: Alaska, Colorado, Georgia, Hawaii, Idaho, Maine, Maryland, Minnesota, Mississippi, Missouri, Montana, Oklahoma, Pensilvania, Rhode Island, California del Sur, Dakota del Sur, Tennessee y Vermont—); 3) Países que la permiten con ciertas restricciones o requisitos específicos (Francia, Reino Unido, Australia, Israel, Brasil, Canadá). Agradezco a Claudia Marcela Ríos Núñez, el apoyo ofrecido para un sondeo preliminar sobre el cuadro comparativo esbozado.

De esta manera, podemos visualizar la variedad y, por ende, la complejidad que implica encontrar consenso buscando la universalización, tan necesaria, a través de un tratado internacional.

²¹ Un potencial mercado abierto para estos menesteres que va desde el desplazamiento de las parejas occidentales hacia países con un “bajo costo” de servicios de maternidad subrogada como es la India, Europa del Este o América del Sur, hasta un mercado selecto de madres subrogadas con un perfil de fenotipo y genotipo ideal. Véase el caso Greenfield en <http://www.minipost.com>, “La paternidad genética”, en donde se expresa que “el reto era encontrar un sustituto que se alinéó con los valores de Greenfield... la búsqueda comenzó hojeando docenas y docenas de perfiles. Color de ojos, altura, educación, creencias religiosas...”.

²² No podemos evitar expresar, al hacer esta afirmación en torno a las vías de solución a través de la cooperación interjurisdiccional, que éste es el Tema (con mayúscula) para el derecho internacional privado porque a través de la cooperación, en su conjunto, y a través de instrumentos convencionales universales e, incluso, a través de las magníficas redes judiciales, se encuentran las vías más actuales y pertinentes para dar respuesta a numerosas claves de solución en el área de esta rama del derecho. Crear convenios universales sobre acuerdos de elección de foro, o de reconocimientos y ejecución de sentencias extranjeras o participar de las redes judiciales siempre en clave de cooperación —como cuarto pilar o sector constitutivo del contenido del derecho internacional privado en materia de protección internacional de menores— es el camino.

El tema de la maternidad subrogada y la adopción internacional está presente en el debate, discusión y puesta en marcha de la normativa convencional relacionada con el derecho internacional privado, quizá no con la rapidez que se desearía, pero hay un punto de partida, actualmente, hacia la necesidad de regular convencionalmente las situaciones que detonan la maternidad subrogada, fundamentalmente en la necesidad de establecer la ley aplicable a la filiación o a la nacionalidad de un niño.²³

Prueba de ello es que en la Tercera Reunión de la Comisión Especial de 2010 de seguimiento del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (en adelante Convenio de La Haya de 1993), convocada por la Oficina o Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y que tuvo lugar en la sede de la Academia de Derecho Internacional Privado en La Haya, Holanda, durante los días 17 al 25 de junio de 2010, tuvimos la oportunidad de ver en el orden del día el tema de la maternidad subrogada para visualizar sus implicaciones o incidencia o no con la adopción internacional.²⁴

Así, es destacable que en el orden del día se contempló, expresamente, las situaciones entre la maternidad subrogada y la adopción internacional ante la proliferación de casos que se dan en la actualidad y que dejan en la indefensión al menor, por no decir en el limbo jurídico, en “tierra de nadie” o en el vacío legal, al

²³ A nadie se le escapa la complejidad de este tema y las voces que se han decantando ya sobre la misma. Véase, por ejemplo, las prolíficas manifestaciones en “La gestación pour autrui estache de vice la posesión d’état”, *Recueil Dalloz*, París, núm. 42, 3 de diciembre de 2009, pp. 2845-2848; Bandrac, Monique, Dealisi de Parseval, Geneviève et Depardt-Sebag, Valérie, “Repenser la prohibition de la gestation pour autrui?”, *Recueil Dalloz*, París, núm. 7, 14 de febrero de 2008, pp. 434-441; Sériaux, Alain, “Maternités pour le compte d’autrui: la mainlevée de l’interdit?”, *Recueil Dalloz*, París, núm. 18, 7 de mayo de 2009, pp. 1215-1220.

²⁴ González Martín, Nuria, “Cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 sobre cooperación y protección en materia de adopción internacional, a propósito de la Comisión Especial de 2010”, en Fresno de Aguirre, Cecilia (coord.), *Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado*, Paraguay, CEDEP-ASADIP, 2010 (en prensa).

no tener regulaciones pertinentes sobre la materia o simplemente porque éstas están prohibidas en el país de recepción al que llegará después de efectuada la gestación y alumbramiento o, en el mejor de los escenarios, en forma de una adopción, por ejemplo.

1. *Estudio de casos*²⁵

Las manifestaciones de las autoridades centrales presentes en dicha Comisión Especial fueron muy diversas, expresando los aspectos vigentes que tienen las legislaciones de sus países y expresando casos puntuales que se han dado en su contexto particular.

De esta manera destacamos una serie de casos, algunos perfilados en dicha Comisión Especial y otros no.

Comenzamos por un caso que puede representar —lamentablemente— una tónica general. En él está involucrada Alemania

²⁵ Creemos conveniente abordar el tema concreto de la maternidad subrogada y la adopción internacional centrando el análisis en el estudio de casos actuales y puntuales sobre la materia, como la tendencia evolutiva de la enseñanza del derecho tanto en un sistema del romano germánico o *civil law* como en uno del *common law*. Véase, en ese sentido, nuestra opinión en González Martín, Nuria, “La enseñanza y las fuentes del derecho en el *common law* y *civil law* ¿Acercamiento entre familias jurídicas?”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *Cooperación jurídica internacional en materia de formación, educación e investigación*, México, Porrúa, 2010, pp. 171-214.

La selección de casos la tomamos, básicamente, de la exposición marcada de las autoridades centrales en la mencionada Comisión Especial de 2010; no obstante, para aquellos a quienes les guste tener un punto de partida de la materia, debemos expresar que en 1975 en los Estados Unidos de América se publicó un anuncio en un periódico, a petición de una pareja estéril, la solicitud de una mujer para que fuera inseminada artificialmente ofreciendo retribución por dicho servicio. A partir de ese momento el tema cobra un realce particular y así en 1982, en el Estado de California, aparecen sistemáticamente anuncios de madres que se ofrecen como vientres de alquiler y personas que solicitan dicho servicio. El 27 de marzo de 1986, en el Monmouth Medical Center de Long Branch, New Jersey, nace la famosa “Baby M” y de ahí el debate en torno a esta figura de la maternidad subrogada. Para el caso concreto véase una amplia bibliohemerografía, entre otras Souto Galván, Beatriz, *op. cit.*, pp. 284 y ss.; Guzmán Ávalos, Anibal, “La subrogación de la maternidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, año I, otoño-invierno 2007, pp. 115 y ss.

y la India²⁶ en donde una pareja alemana, de Bavaria, no casada, acuerda con una mujer casada hindú, del Estado de Gujard, que ésta geste el embrión de una tercera persona. Producto de este acuerdo, nacen en la India unos gemelos; cuando la pareja alemana quiere tramitar los pasaportes de los gemelos no se lo conceden: primero, argumentando que los niños no son alemanes, ya que Alemania no reconoce la subrogación en términos de paternidad, y en segundo lugar, argumentando que la pareja alemana no tenía ningún vínculo con los gemelos, ya que la legislación hindú expresa que la mujer casada hindú es la mamá y su esposo el papá.

Este es un caso pendiente de resolver que se abrió en 2008, en el que el ciudadano alemán vive en la India con los dos niños y su pareja alemana se encuentra en su país de origen, laborando para mantener a su pareja con los dos niños. Se puede constatar una situación entre absurda y sobre todo muy delicada.

La autoridad alemana expresa que los gemelos son hindús; la autoridad hindú expresa que los gemelos son alemanes y como resultado de ello, no tienen nacionalidad, son apátridas. La única vía es solicitar una decisión judicial y obtener los documentos necesarios para poder viajar y así los niños puedan dejar la India. Otra opción es adoptar internacionalmente a los niños, pero el proceso es realmente largo e incluso no olvidemos que sería, *stricto sensu*, una adopción de las denominadas privadas e independientes²⁷ o directas, una práctica que es realmente

²⁶ *www.dw-world.de*, author: Kai Kütner/du y editor: Grahame Lucas.

²⁷ Tal y como expresa la Guía Práctica núm. 1 del Convenio de La Haya de 1993, el término de *adopción independiente* se utiliza para referirse a los casos en que los futuros padres adoptivos son aprobados como adecuados y aptos para adoptar por su autoridad central u organismo acreditado, y viajan entonces de manera independiente a un país de origen en busca de un niño para adoptar, sin la asistencia de una autoridad central u organismo acreditado del Estado de origen. Las adopciones independientes, así definidas, no constituyen una buena práctica ya que no cumplen con los requisitos del Convenio, y por lo tanto no deben ser certificadas conforme al artículo 23 como adopciones dentro del marco del Convenio.

censurada y a la cual se le solicita una puesta en marcha, al unísono, hacia la prohibición absoluta en la comunidad internacional²⁸ y por lo tanto no tendría sentido que se quisiera solventar

En cuanto a la *adopción privada*, en las mismas guías, se refiere a aquella en que los arreglos para la adopción han sido realizados directamente entre un padre/madre biológico en un Estado contratante y los futuros adoptantes en otro Estado contratante. Las adopciones privadas concertadas directamente entre los padres biológicos y adoptivos recaen dentro del ámbito de aplicación del Convenio siempre que se presenten las condiciones establecidas en el artículo 2o. (entre otras, que el niño haya sido o sea trasladado desde el Estado de origen hasta el Estado de recepción). Sin embargo, tales adopciones no son compatibles con el Convenio. Las adopciones privadas nunca podrán ser certificadas conforme al artículo 23. <http://www.hcch.net> (sección adopción internacional).

En la práctica, algunas veces no se hace distinción entre los términos “adopción independiente” y “adopción privada”, y esto puede inducir a error. Al respecto, aconsejamos la lectura de Loon, J.H.A. van, “International Co-operation and Protection of Children with Regard to Intercountry Adoption”, *cit.*, esp. pp. 379-381 dedicado al significado de las expresiones “adopción independiente” o “adopción privada”, su terminología, definición y ambigüedades.

²⁸ Durante la Tercera Reunión de la Comisión Especial 2010 de seguimiento del Convenio de La Haya de 1993 se manifestó claramente que las adopciones privadas e independientes no constituyen una buena práctica y, de hecho, no son compatibles con el Convenio de La Haya de 1993. Se les podría denominar adopciones individuales, pero la esencia sigue siendo la misma, con lo cual hay una posición, *cuasi* unánime, al plantear que los Estados de origen propongan reformas a su legislación para que éstas queden prohibidas y de esta manera eliminarlas. La idea es clara: todo aquello que suponga un riesgo para el menor, bien porque no se han seguido las salvaguardas, el principio de subsidiariedad o simplemente el interés superior del niño, debe eliminarse. Aquí destacamos, por el tema que siempre llevamos en mente, que quizás, y así lo manifestó alguna autoridad central, para combatir las adopciones privadas e independientes la solución sería un convenio bilateral en el cual se prohíba expresamente dichas adopciones; no obstante, este no es un manto protector que cubra esta mala práctica porque las adopciones independientes se siguen efectuando con Estados no contratantes del Convenio de La Haya de 1993. Una propuesta que efectuó el International Social Services (en adelante ISS), en el sentido de prohibirlas totalmente, es que en la Guía Práctica núm. 2 de seguimiento y aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1993 se dé más claridad en lo que son dichas adopciones. www.hcch.net (sección adopción internacional).

el asunto invocando una práctica censurada y, esperamos, con los días contados. Se da, en paralelo, la situación de que la visa del ciudadano alemán está a punto de expirar; si las autoridades de la India no renuevan la visa, él tendrá que salir del país sin los gemelos.

En este caso puntual, quizá la posibilidad de adopción internacional no pone en riesgo a los gemelos, pero no olvidemos que detrás de esta idea de la maternidad subrogada y la adopción internacional pueden estar redes de tráfico internacional de menores, en donde hay una clara oportunidad para el lucro. La otra opción, descartada por la pareja alemana, es dejar a los gemelos en un orfanato hindú.

El caso hubiera tenido una connotación distinta si la mujer hindú no hubiera estado casada, ya que el señor alemán habría podido reconocer a los niños bajo las leyes hindúes, pero ¿sería

La adopción internacional —o nacional— no es un “asunto privado”, sino un procedimiento que precisa del control público de los organismos que participan en dicho proceso adoptivo. En torno al tema, Herranz Ballesteros, Mónica, “Problemas actuales en torno a la adopción internacional. Adopciones encubiertas y tráfico de niño”, en Adam Muñoz, María Dolores y García Cano, Sandra (dirs.), *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 213 y ss., esp. 215; Loon, J. H. A. van, “Rapport sur l’adoption d’enfants originaires de l’étranger”, Doc., Preliminaire, núm. 1 d’avril 1990, *Actes et documents de la Dix-septième session. Adoption-Coopération*, t. II, p. 30.

De esta manera quedaron redactadas las recomendaciones efectuadas a este respecto:

Recomendación 22. Las adopciones acordadas directamente entre los padres biológicos y los padres adoptivos (*i. e.* adopciones privadas) no son compatibles con el Convenio.

Recomendación 23. Las adopciones independientes, en las que los padres adoptivos han sido declarados idóneos para adoptar en el Estado de recepción y localizan un niño en el Estado de origen sin la intervención de la autoridad central o del organismo acreditado de ese Estado, tampoco son compatibles con el Convenio.

Recomendación 24. Se recomienda imperiosamente proporcionar formación a los jueces y otras autoridades o personas que ejerzan funciones previstas en el Convenio. Esta formación debería estar dirigida en particular a los problemas relacionados con las adopciones privadas e independientes, así como a otras posibles formas de soslayar los procedimientos y salvaguardas del Convenio.

igual para las leyes alemanas?; no olvidemos que Alemania prohíbe esta práctica y que el embrión es de una tercera persona y por lo tanto no hay vínculo genético.

Estas situaciones de anomia y, por ende, de indefensión de los menores hay que evitarlas, bien regulando las situaciones específicas ante la proliferación de dichos contratos o acuerdos, o bien prohibiéndolas, pero tendríamos el enorme problema de que todo aquello que se prohíbe incurre en la clandestinidad, y en este caso se trataría, como ya expresamos, del tráfico internacional de menores.

Otro caso representativo o ilustrativo de las múltiples situaciones que se viven bajo la maternidad subrogada es el de un padre homosexual francés, de 40 años de edad, que permanece en la India con sus gemelos ya que su Embajada se ha negado a expedir actas de nacimientos o pasaportes u otro documento de viaje a los niños. Francia no reconoce el alquiler de vientres y las normas son especialmente exigentes para las parejas homosexuales. El padre ha conseguido un puesto de trabajo en la India, con la esperanza de que el gobierno francés se ablande²⁹ o al menos se pronuncie sobre el caso.

Israel plantea, asimismo, una serie de casos al respecto, pero hay que puntualizar que éste representa una situación diferente al ser el primer país en legislar y aceptar la materia de la maternidad subrogada, la cual está controlada por el Estado, en el sentido que cada contrato se debe aprobar directamente por el Estado y en el que hay una serie de restricciones como: 1) acuerdos entre ciudadanos israelíes que compartan la misma religión; 2) los sustitutos deben ser solteros, viudos o divorciados, y 3) sólo contratan las parejas heterosexuales infértiles.

Esta situación de restricción a la subrogación en virtud del derecho israelí, ha llevado a algunos futuros padres a recurrir a la subrogación fuera del país. Algunos recurren a la India debido a sus bajos costos, otros van a los Estados Unidos de América don-

²⁹ <http://www.aarogya.com>

de hay una ventaja añadida: la automática nacionalidad para el recién nacido.³⁰

La diversidad de casos que se dan en la actualidad, plantean la necesidad de pronunciarse para el supuesto puntual. De esta manera, tenemos el caso de una pareja homosexual israelí, en donde uno de ellos buscó una madre en la India aportándole el esperma. Cuando los gemelos nacieron se quedó tres meses en Bombay porque la legislación israelí determina que cuando el padre es biológico es su papá, pero para ello es necesario una prueba genética que indique la paternidad;³¹ la autoridad israelí se la negó expresando que no era de su competencia permitir la prueba de paternidad. Finalmente el tribunal se la concedió y pudo regresar a Israel.³²

Noruega tiene en su seno, asimismo, una serie de casos relativos a maternidad subrogada, con una diversidad de países de emisión de menores. Su legislación expresa que quien da a luz al menor es su madre biológica (genética o no) y sólo será madre legal quien tramite una adopción. Con esta premisa vemos, a todas luces, que la legislación noruega no prohíbe la maternidad subrogada pero es insuficiente al respecto.³³

Un caso reciente en el contexto noruego es el de una madre noruega que estaba tratando de regresar a su país con dos niños gemelos varones con los cuales no compartía ningún vínculo genético.³⁴ En mayo de 2009, la ciudadana noruega acudió a la clínica de fertilidad, Rotunda en Bandra, a solicitar una mater-

³⁰ <http://www.minipost.com>, “La paternidad genética”. En dicho artículo se narran situaciones verídicas y menciona el Círculo de Subrogación con sede en Boston, Estados Unidos de América.

³¹ Otro supuesto, muy diferente, es para la legislación israelí, la determinación de la maternidad.

³² <http://www.ivf-icsi.org>; <http://www.aarogya.com>

³³ En países como Dinamarca, Noruega y Suecia se limita el uso de tecnología para la reproducción en relación con la subrogación.

³⁴ <http://aarogya.com> El Sitio del Bienestar: Sumitra Deb Roy, Bombay, India, “Mujer de noruega atrapada en el limbo con gemelos que no son genéticamente suyos”, 21 de julio de 2010.

nidad subrogada. Debido a que la mujer de 31 años estaba sufriendo de una deficiencia prematura en los ovarios, ella escogió un donador de esperma de origen escandinavo y una donación de óvulos de la India, este es un caso además de subrogación de elección de embriones “hecho a la medida”. Los niños nacieron en abril de 2010.

Estamos ante otro caso similar a los narrados más arriba en el que la ciudadana noruega no previó que muchos consulados europeos solicitan la prueba de DNA obligatoria a raíz de las recientes controversias de maternidad subrogada. En su caso la prueba reveló que ella y sus hijos no estaban relacionados biológicamente por lo cual no tiene ningún vínculo genético con los niños. La única relación que tiene con los gemelos es que ella había solicitado la subrogación y había firmado un contrato en la clínica de reproducción asistida en la que se establecía que ella sería legalmente la madre.

Así las cosas, el cónsul general de Noruega rechazó tanto su petición de obtener la documentación para viajar como el papeleo necesario para obtener la nacionalidad.

Al igual que en el caso mencionado de la pareja alemana, los niños no tienen vínculo genético con los progenitores o en este caso, concretamente, con la madre.

La pregunta que se suscita casi de manera inmediata, por parte de los expertos, es por qué la ciudadana noruega no adoptó un niño en lugar de “crear bebés”, incluso hechos a la medida, que no están relacionados con ella. Una razón pudo haber sido que ella quería evitar las estrictas leyes de adopción, creyendo que la subrogación podría ser un camino más fácil.³⁵

Definitivamente no podrá probar la maternidad ante ningún tribunal, pero Noruega está dispuesto a realizar el proceso de adopción con el nombre de la madre sustituta, apareciendo esta como madre de los niños, pero olvidó que el proyecto de ley realizado por el Consejo de la India de Investigación Médica (en

³⁵ *Idem.*

adelante ICRM) impide que la madre sustituta dé su nombre a los gemelos subrogados.³⁶

Una vez más, quedan los niños en el “limbo jurídico”. El destino de los niños no se conoce. La alternativa real es que los niños sean dados en adopción y por esta misma razón, la madre noruega ya comenzó el proceso para su adopción.

En este caso destaca el debate ético de los bebés hechos a la medida y la adopción en la India.

La polémica y, por ende, la polarización de posiciones, con toda la reflexión ética y jurídica, está servida; de hecho se tiene una idea bastante clara, por parte de los partidarios de la maternidad subrogada, que ésta es la única opción real para las mujeres que no pueden concebir de manera natural, pero en esta afirmación ¿irá implícita que la mujer prescinda del varón que es su pareja y determine un perfil idóneo genético para su prole?

Como vemos, la India es un país frecuentado por aquellas personas que quieren ampliar su familia a través de la maternidad subrogada. Ante la proliferación de casos en las clínicas hindúes, este país ya posee una ley que prohíbe las clínicas en donde se practique la maternidad subrogada;³⁷ pero insistimos en la idea de que aquello que se prohíbe no subsana situaciones anómalas, sino que las orilla hacia la clandestinidad, bajo las peores condiciones

³⁶ Las normas de la ICMR claramente establecen que únicamente el nombre del cliente es el que puede aparecer en el acta de nacimiento. De esta manera, la normatividad del ICRM establece:

- Si un extranjero o una pareja de extranjeros busca la donación de un esperma o de un óvulo o bien de gestación subrogada en la India, el niño no podrá ser nacional hindú.
- El acta de nacimiento expedida a un bebé nacido a través de subrogación deberá llevar el nombre de la persona que solicitó la subrogación.
- La parte que solicita la subrogación debe establecer mediante documentación adecuada que su país le permita la subrogación y al niño que nazca le será permitida la entrada en el país como un nacional.

³⁷ E incluso hay directrices que se utilizan por la sociedad médica hindú y por los abogados para valorar estos casos, pero no hay legislación sobre la materia expresamente.

de salubridad para la mamá y el niño, y con todas las connotaciones de tráfico que se derivan de las mismas.

La situación no es fácil pero, como decimos, en 2010 a través del Consejo de la India de Investigación Médica (ICMR), las normas de las clínicas de fertilidad están asegurando que los clientes internacionales cuenten con la aprobación de sus respectivos consulados para evitar problemas con las visas o pasaportes de sus hijos. Mientras hay un número considerable de supuestos que no tienen una salida legal.

Situaciones similares las encontramos en otros casos. Por ejemplo en Inglaterra sus leyes siempre han tomado una postura intermedia, es decir, validan los acuerdos de subrogación cuando no hay disputa entre las partes y si no se han pagado más que gastos razonables, pero prohíben los acuerdos comerciales; sin embargo, no siempre se dan o se cumplen estas premisas.

En el contexto inglés, tenemos el supuesto de una pareja británica³⁸ que después de buscar por todos los medios posibles concebir a un hijo en común, se inscribieron en un programa, muy recomendado, de subrogación en Ucrania.³⁹ Ellos concibieron gemelos a través de IVF, los cuales fueron hijos biológicos del padre británico y de una donante anónima de óvulo, gestados por una madre subrogada ucraniana y nacieron en Ucrania.

³⁸ Nos referimos al caso reciente de *Re X and Y* (subrogación extranjera) (2008) EWHC 3030 (Fam), (2009) 1 FLR, “presidido por Hedley J en la Suprema Corte en diciembre de 2008, ha puesto a prueba la viabilidad de este enfoque intermedio hasta su límite, y ha demostrado cuan complejas se pueden poner las cosas cuando la ley inglesa entra en conflicto con un sistema extranjero de leyes con un enfoque distinto. Como Hedley J adecuadamente comentó en el párrafo segundo «el camino de la paternidad no ha sido tanto un viaje por un lecho de rosas, sino una excursión a través de un bosque espinoso». Theis, Luci *et al.*, “Re X and Y (Foreign surrogacy): A Trek through a Thorn Forest”, *Family Law*, Gran Bretaña, marzo de 2009, vol. 39, pp. 239 y ss.

³⁹ La Federación Rusa o Rusia y los países que componen la Confederación de Estados Independientes, y específicamente Armenia, Belarús, Kazajstán y, en donde también incluimos Ucrania, son destinos, bastantes codiciados, para el turismo reproductivo.

Una vez que los niños nacieron, los padres se encontraron atrapados en un “campo minado legal”. Para poder conservar sus hijos, realizaron una solicitud a la Suprema Corte inglesa para conseguir su estatus parental, además de solicitar un permiso especial del Ministerio del Interior (Home Office) para llevar a sus hijos al Reino Unido.⁴⁰

Esta situación descrita se da porque para las leyes ucranianas ni la subrogada ni su esposo tenían ninguna responsabilidad con los niños al nacer, puesto que las leyes ucranianas consideran a los padres británicos que contrataron como los padres legales de los gemelos. Pero bajo las leyes inglesas, los padres ingleses que hicieron el contrato tampoco tienen responsabilidad alguna puesto que los padres de los gemelos son la madre subrogada y su esposo.

Una vez más, el efecto práctico de este conflicto sobre la paternidad legal era que cada sistema de leyes invalidaba la responsabilidad paternal a cada grupo de padres. Los niños nacieron, por lo tanto, sin padres y, por extensión, apátridas.⁴¹

Los gemelos estaban, esencialmente, atorados en una laguna legal sin padres y sin ningún derecho a permanecer en Ucrania ni a entrar en el Reino Unido. Al igual que expusimos en el caso de la pareja alemana, los padres británicos se hicieron responsables de los gemelos desde su nacimiento, pero sólo tenían derecho a permanecer en Ucrania mientras estén vigentes sus limitadas visas de turistas dejando a los niños con un futuro incierto (posiblemente en un orfanato ucraniano) si los asuntos legales no se resolvían.

Como el juez Hedley J. describió: “la ley había dejado a los gemelos, varados sin patria y sin padres mientras los solicitantes no podían permanecer en Ucrania ni llevar a los niños a su casa”.⁴²

Finalmente, se convenció a las autoridades de inmigración mediante una prueba de ADN (que tuvo que ser procesada en el

⁴⁰ Theis, Luci *et al.*, *op. cit.*, p. 239.

⁴¹ *Ibidem*, p. 240.

⁴² *Idem*.

Reino Unido, causando así mayor retraso) de que el padre petionario era el padre biológico de ambos niños, y así a los niños se les dio permiso para entrar al Reino Unido “fuera del reglamento” por un periodo de 12 meses, permitiéndoles regularizar su estatus bajo la ley inglesa mediante la solicitud de una orden parental. El caso aún está pendiente.

En el caso de España, debido a su elevado nivel de especialidad en este campo, los buenos precios de los centros y la restrictiva legislación de otros países europeos y no europeos, ha florecido una nueva modalidad de turismo, el reproductivo; así italianos, alemanes, turcos, marroquíes y egipcios, entre otras nacionalidades, representan ya el 20% de los tratamientos que se efectúan en las clínicas españolas,⁴³ descartando la maternidad subrogada al no estar ésta reconocida en la legislación española.⁴⁴

Para corroborar la situación descrita en torno a la amalgama de situaciones y la falta de regulación al respecto, tenemos que en España, el 5 de octubre de 2010, la Dirección General del Registro y el Notariado (DGRN)⁴⁵ ha expedido una Instrucción sobre la regulación del registro de filiación en casos de embarazo subrogado con el objeto de proteger el interés superior del menor y los intereses de las mujeres que dan a luz.

De acuerdo con la Instrucción, se solicita un prerequisite para el registro de los nacimientos por maternidad subrogada. Es necesario presentar, ante el responsable del registro civil español, una resolución judicial de la corte competente del país en el cual

⁴³ Cañizares, Francisco, *Revista Quo*, cit. *El periódico de la adopción... cit.*

⁴⁴ El legislador español para regular el campo de las nuevas técnicas de reproducción humana recurrió a la creación de una Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro* y la Inseminación Artificial Humanas, la denominada Comisión Palacios, reuniendo, así, un grupo de expertos relacionados con estas cuestiones tales como biólogos, ginecólogos, juristas, filósofos y moralistas que pudieran discutir los problemas genéticos, biológicos y éticos que plantea la reproducción asistida. Sobre el tema, véase Souto Galán, Beatriz, *op. cit.*, pp. 279 y ss. Asimismo, véase Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, 1994.

⁴⁵ *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, 7 de octubre de 2010.

ocurrió el embarazo subrogado. La resolución judicial debe determinar la filiación del niño. Este requisito es exigido con objeto de controlar los requerimientos legales del contrato de embarazo subrogado y para asegurar la protección del interés superior del menor y los intereses de la madre embarazada.

La decisión de la corte extranjera provoca una cuestión de reconocimiento en España.

La DGRN distingue entre proceso contencioso y no contencioso: por una parte, las decisiones contenciosas extranjeras deben ser reconocidas por *exequatur*; por otra parte, la DGRN da un conjunto de guías para el reconocimiento de las decisiones no contenciosas en materia de filiación. En resumidas cuentas, el oficial español encargado del registro civil debe revisar: *a*) la validez formal de una decisión extranjera, *b*) que la corte original ha basado su jurisdicción internacional en condiciones equivalentes a las previstas por la ley española, *c*) el respeto al proceso debido; *d*) que los intereses del menor y de la madre embarazada han sido garantizados, y *e*) que la decisión extranjera es una decisión final y que los consentimientos dados en el contrato son irrevocables.

Finalmente, la DGRN española manifiesta que los certificados de registro extranjeros no avalan el registro de filiación en el registro civil español.⁴⁶

Italia, que prohíbe todo tipo de fertilización asistida, también tiene en su seno una serie de casos que provocan la reflexión. Son dos los casos que proponemos respecto a este país como punto de mira a nivel internacional, por todas las implicaciones que se derivan de los mismos, como una consecuencia directa uno del otro.

Por una parte, tenemos un caso en el 2000, cuando una jueza del Tribunal de Instancia de Roma decidió autorizar un pro-

⁴⁶ “Surrogate Motherhood and Spanish Homosexual Couple”, Ana Quiñones Escamez (Pompeu Fabra University — Spain—), cit. por Rodríguez Uría Suárez, Isabel. Antecedentes a la materia lo tenemos en Quiñones Escámez, Ana, “Double Paternity of Twins Born Abroad by Surrogate Motherhood”, *InDret*, vol. 3, 2009. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440237, o Requejo, Marta, “Spanish Homosexual Couple and Surrogate Pregnancy”, <http://conflictoflaws.net/2008/spanish-homosexual-couple-and-surrogate-pregnancy/>.

cedimiento de fecundación asistida con el uso de un embrión congelado mediante gestación de sustitución. Se trataba de una paciente afecta por una patología que afecta al aparato genital femenino, determinando una malformación que imposibilita el embarazo. En 1995 los ovocitos fueron fecundados en una probeta, y tras una donación, los embriones fueron también congelados. En 1999, y gracias a la disponibilidad de una amiga de la paciente para llevar a cabo la gestación, se solicitó la implantación del embrión crio-conservado. Sin embargo, el ginecólogo que la atiende se niega a realizar la implantación, puesto que el Código Deontológico italiano se opone a la práctica de la gestación de sustitución. Ante esta decisión la pareja acude a la autoridad judicial y obtiene una decisión judicial favorable a las pretensiones de la autora y, por tanto, autoriza el procedimiento. La sentencia parte del presupuesto de la “imposibilidad de tener hijos”.

El caso mencionado provoca que la Ley italiana sobre Procreación Asistida, de 19 de febrero de 2004, prohíba la gestación de sustitución, llenando el vacío legislativo previo que se dio en el caso citado; sin embargo, ha surgido de nuevo la polémica en torno a la práctica de la gestación de sustitución debido a que una pareja italiana ha contratado a una madre de alquiler en Estados Unidos tras haber enviado por correo embriones producidos con el material genético de la pareja.

El caso se narra de la siguiente manera:⁴⁷ un médico italiano envió a EE.UU. una serie de embriones de una pareja para que fueran implantados en una madre de alquiler. A través de esta maternidad subrogada nacieron gemelos —un niño y una niña—⁴⁸ que fueron posteriormente trasladados a Italia, en donde, como expresamos, la ley no permite la subrogación materna. Los antecedentes del caso concreto comienzan en 1993, cuando a una mujer de Roma se le diagnosticó un carcinoma microinvasivo del útero, pero la intervención logró salvar los ovarios. La

⁴⁷ <http://mx.groups.yahoo.com/group/accioncatolicamexicana/message/3254> (consultado el 4 de octubre 2010).

⁴⁸ Del resto de los embriones enviados no se tiene noticia.

maternidad todavía se complicaba más a causa de una grave carencia de movilidad de los espermatozoides del marido. En 1995, el doctor Bilotta logró obtener cinco embriones fecundados *in vitro*, que fueron congelados durante 5 años. Privada de su útero, la mujer no podía sacar adelante un embarazo. Por eso, decidieron mandar los embriones a Estados Unidos en el 2000.

En Estados Unidos, las agencias de subrogación se encargan prácticamente de todo, desde seleccionar la madre de alquiler, darle seguimiento médico, y hasta cumplimentar el certificado de nacimiento en donde figuran sólo los padres biológicos,

El ministro de Salud italiano ha encargado a las oficinas de su Ministerio el estudio urgente del tema para tratar de cerrar estas vías de huida.

En Italia —declaró el ministro de Sanidad— no puede haber alquiler de úteros, y para evitar que se haga en el exterior pienso firmar una ordenanza que prohíba, o por lo menos deba someterse a autorización ministerial, la exportación de embriones, de modo que las autoridades fronterizas puedan bloquear toda posible iniciativa de este tipo.⁴⁹

Bélgica tiene un caso también paradigmático y desde el interés del derecho internacional privado se plantea un supuesto de conflicto de leyes. Así a la Corte de Apelación belga⁵⁰ se le plantea el caso de dos hombres casados en Bélgica, quienes realizaron un contrato de maternidad subrogada con una mujer con residencia habitual en California, Estados Unidos de América, quien dio a luz a gemelas en diciembre de 2008 y en donde uno de los varones era el padre biológico de las niñas.

Como ya hemos podido constatar, de acuerdo con las leyes de California, en las actas de nacimiento de las gemelas se inscriben los apellidos de los esposos. Cuando los padres regresaron a Bél-

⁴⁹ Souto Galván, Beatriz, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

⁵⁰ La Corte de Apelación recientemente ha emitido su decisión, revirtiendo, en parte, la decisión de un tribunal inferior (Tribunal de Apelación de Lieja, primera Cámara, sentencia del 6 de septiembre de 2010, hoja núm. 2010/RQ/20).

gica con sus hijas, las autoridades belgas se negaron a dar validez a las actas de nacimiento, una cuestión que se corroboró en un tribunal de primera instancia con fecha de 22 de marzo de 2010. No se ponía en duda el reconocimiento de los certificados o actas de nacimiento autorizados, incluso autorizados previamente al nacimiento de las niñas por la Suprema Corte de California, sino apoyados en el reconocimiento de las actas de nacimiento, propiamente con un sustento jurídico basado en el artículo 27 del Código de Derecho internacional privado belga, el cual exige que los actos extranjeros, incluyendo los concernientes al estatus civil y familiar de los individuos, cumplan con los requerimientos de la ley declarada aplicable por las reglas belgas del derecho internacional privado. Así, el tribunal enfocó las disposiciones específicamente, como decimos, en el artículo 27 de la ley de políticas públicas como un fraude a la ley.

Los padres, buscando una salida legal, argumentaron que ya que las leyes de Bélgica permiten la adopción de niños por dos personas del mismo sexo, el reconocimiento de las actas de nacimiento no puede sostener lo contrario a los principios fundamentales del orden legal de Bélgica. El tribunal no le dio seguimiento a esta postura planteada por los padres y estableció:

- 1) que se debería de considerar no únicamente la cuestión de las actas de nacimiento, sino toda la historia completa de los acuerdos entre los padres y la madre subrogada, y⁵¹
- 2) de esta manera, examinó el contrato que se había concluido entre las partes y manifestó que ese contrato era inválido para la legislación belga al no ser seguro para las políticas públicas y en el supuesto de que se pudiera defender la validez de dicho contrato.⁵² En definitiva, aún no se sabe si

⁵¹ Field, Martha A., *Surrogate Motherhood, USA*, Harvard University Press, 1988, pp. 17 y ss.

⁵² El tribunal se basó en dos convenciones internacionales: artículo 7o. de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en donde garantiza a cada niño el derecho a saber y a ser cuidado por uno o dos de sus padres, y la Convención Europea de los Derechos Humanos, basándose en su artículo

esta sentencia va a ser apelada y, en definitiva, la parte más vulnerable siguen siendo las gemelas que quedan en una especie de “limbo jurídico”.⁵³

Para finalizar, señalamos un par de casos que siguen dando pauta a la reflexión. Luxemburgo, en su legislación, permite dar a luz sin que aparezca el nombre de los padres en el acta, es decir, dar a luz de manera anónima, lo cual entraña una serie de problemas, mediatos o inmediatos, como es la dificultad de buscar el origen de una persona debido al anonimato de su acta de nacimiento; de hecho, hay un caso en el que un padre no reconoció a su hijo y pasado un tiempo decidió adoptarlo, el juzgado que llevaba la solicitud de adopción determinó que no podía adoptar a su propio hijo.

Tailandia tuvo un caso de una pareja de coreanos residentes allí, los cuales acordaron con la chica de su servicio doméstico, soltera, alquilar su útero en donde se depositó el embrión de la pareja coreana. En Tailandia, al igual que en la mayoría de las legislaciones, la madre es quien da a luz, no obstante, el juzgado ante el que se presentó el caso, solicitó una prueba de ADN y determinó que los padres eran la pareja coreana. De esta manera el esposo coreano es el padre biológico y la madre que dio a luz

3o., considerando que el hecho de que aunque la madre subrogada es pagada por sus servicios es difícil recompensar su dignidad humana. Nota de Patrick Wautelet, profesor de derecho de la Universidad de Lieja.

Incluso esta afirmación del pago es como hablar de “poner un precio” y no es exclusiva del debate en torno a la maternidad subrogada sino que lo podemos ver, claramente, en el tema de la adopción. De esta manera el International Social Service expresa que “Cuando niños son vendidos con fines de explotación (la definición de trata), como la prostitución o la esclavitud doméstica, los niños víctimas son automáticamente retirados del cuidado de los compradores, autores del crimen. Cuando son vendidos con el objetivo de brindarles una familia adoptiva afectuosa o cariñosa, la respuesta no es tan inequívoca” y la reflexión, añadimos, debería de darse para plantearse alternativas y soluciones apropiadas. ISS, “Resolver el futuro de un niño cuando ha sido vendido para la adopción”, *Boletín Mensual*, núm. 10/2010, octubre 2010.

⁵³ Wautelet, Patrick, “Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy”, 2 de noviembre de 2010.

al menor dio su consentimiento para que fuera adoptado por la madre coreana. Tailandia quiere legislar sobre la materia y el objetivo que persigue, tal y como se manifiesta desde sus trabajos preparatorios, es evitar el abuso, explotación y uso comercial de esta práctica de maternidad subrogada. Así, el elemento más importante es el consentimiento por escrito, informado ética, legal y médicamente, e incluso prevén la posibilidad de anular dicho acuerdo hasta el momento de la concepción. La metodología médica a seguir debe ser aprobada por el tribunal de familia.

Estas premisas perfiladas en el caso tailandés son de un gran valor.

2. *Recomendaciones de la Comisión Especial 2010*

Después de este breve recorrido transitando por una representación de casos sinalagmáticos en torno a la maternidad subrogada, tenemos que expresar que el fin último que buscó al poner sobre la mesa el tema actual de la maternidad subrogada, en una Comisión Especial sobre adopción internacional, es evitar el tráfico de menores, no vulnerando ni los derechos humanos ni el principio toral de la adopción internacional que es buscar el interés superior del menor.⁵⁴ Toda la intención es proteger a los niños, pero esta categoría de protección, a través de la maternidad subrogada, es diferente y así se plantea la no viabilidad de que en convenios dedicados a la adopción internacional sea el medio idóneo para generar toda una amplia y profunda legislación sobre la materia.

Tampoco olvidemos que la maternidad subrogada puede ser un fenómeno que puede ir ligado al tráfico internacional de menores, imaginemos aquellos niños que no son reconocidos por sus padres y se utiliza (o se abusa) el Convenio de La Haya de 1993, por parte del órgano jurisdiccional, para salir de “esta embosca-

⁵⁴ González Martín, Nuria y Rodríguez, Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción internacional y del tráfico internacional de menores. Contexto mexicano*, México, Porrúa, 2010 (en prensa).

da jurídica” y emitir sentencia de adopción internacional cuando en realidad son casos de maternidad subrogada.⁵⁵

¿Sería pertinente, entonces, tratar el tema de la maternidad subrogada en el Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional?

Las recomendaciones fueron:

Recomendación 25. La Comisión Especial observa que el número de acuerdos de maternidad subrogada en el ámbito internacional está aumentando rápidamente. Esta Comisión expresa su preocupación sobre la incertidumbre que supone respecto a la situación de muchos niños que han nacido como resultado de estos acuerdos y considera inadecuado el uso del Convenio en los casos de maternidad subrogada en el ámbito internacional.

Recomendación 26. La Comisión Especial recomienda que la Conferencia de La Haya desarrolle estudios sobre los temas legales, especialmente en materia de Derecho Internacional Privado, relacionados con la maternidad subrogada.

La respuesta, como vemos, es negativa. La solución podría venir en la puesta en marcha de un marco regulatorio internacional sobre la materia que atienda específicamente el tema de la maternidad subrogada, evitando cualquier alteración que implique un tráfico internacional de menores y que dicha regulación internacional derive hacia la protección, de hecho y de derecho, de la minoridad, en esta ocasión, en el contexto internacional.

La tendencia hacia convenios universales sobre las materias concernientes al derecho internacional privado es la vía, y en el caso particular en torno a la maternidad subrogada es la propuesta viable debiéndose regular, concienzudamente, la normativa al respecto.

Hasta el presente, y tal como hemos conversado en innumerables ocasiones con nuestro amigo y colega Andrés Linares, las

⁵⁵ Son numerosos los casos en los que se promueven decisiones en el sentido de contemplar, incluso, a los niños como nacidos fuera del matrimonio, entrando —con fraude a la ley— y residiendo permanentemente en el país de sus padres, realmente, adoptivos.

reglas de la filiación, por la línea materna, se establecía por el hecho del nacimiento. Con las técnicas de reproducción asistida se produce un cambio debido a la interacción —para la determinación de la filiación— digamos, de las “reglas de la genética”, así la filiación se debe regir por quienes aportan o solicitan la donación de las células germinales agregándole, además, la participación de un útero en el que la titular puede no aportar nada genéticamente.

Estos hechos, reales y actuales, nos sitúan en un supuesto práctico en el que se pueden tener hasta cinco sujetos a quienes atribuirle la filiación. Insistimos en que no estamos ante supuestos de ciencia ficción, sino ante una variedad de casos en los que el legislador debe poner su máxima atención para abordarlos y darles una respuesta lógica, congruente y justa, fundamentalmente para el ser que nace fruto de esta subrogación.

Y así es, ante la falta de una buena regulación de la maternidad subrogada se van a presentar problemas serios tales como la exigencia del cumplimiento del contrato por quien se considera la madre (biológica, gestacional, social); cuestiones a solventar cuando la madre biológica no recibe al menor o no le corresponde hacerse cargo del mismo a la madre subrogada, en definitiva, situaciones prioritarias cuando hablamos del derecho natural del menor nacido a conocer su origen.

Otra situación igualmente delicada y que exige una puesta en marcha, al menos desde la reflexión, es que ante la manipulación genética —que tantos pasos de avanzada da y tantas esperanzas y soluciones gestiona— nos encontremos ante situaciones, en un futuro próximo o lejano, en la que no seamos capaces, los seres humanos, de concebir por los medios naturales y tengamos que acudir a la búsqueda de los hijos exclusivamente a través de técnicas de reproducción asistida; sólo pensemos en la proliferación de parejas que no pueden concebir y la opción que supone conseguir la maternidad/paternidad a través de la subrogación y, en esa línea, visualicemos las consecuencias que se pueden generar cuando genéticamente se van transmitiendo, por ejemplo, impedimentos para concebir.