

INFORME SUBROGACIÓN

América Latina y Argentina

Susana Medina¹, María J. Binetti² y María Sofía Sagues³

I. Contexto

América Latina es el continente más desigual del mundo, también el más violento y peligroso para las mujeres y las niñas. La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estima que la mitad de las mujeres latinoamericanas son pobres, unos 118 millones⁴. Desigualdad, pobreza, debilidad institucional e inseguridad jurídica convierten a la región en un objetivo apetecible para los mercados globales ilícitos que buscan contextos de vulnerabilidad y fáciles desregulaciones legales. La industria reproductiva es uno de estos mercados. La guerra en Ucrania y las mayores restricciones de Asia –India, Tailandia y Nepal– en materia de subrogación dispararon aún más el interés en América Latina como proveedora de recursos reproductivos y mano de obra barata.

Valga mencionar que mientras que en Estados Unidos subrogar cuesta entre 110.000 y 160.000 dólares y en Ucrania unos 50.000 dólares, en América Latina es posible hacerlo por 10.000 dólares en Argentina o por unos 6000 en Colombia⁵.

Dos grandes iniciativas a nivel internacional presionan la desregulación internacional de la maternidad subrogada:

1) La Conferencia de La Haya en materia de derecho internacional privado está trabajando en un protocolo para el reconocimiento del vínculo filial establecido por subrogación. Esta Conferencia cuenta con representantes de América Latina, entre ellos la argentina Nieves Rubaja, especialista en Derecho Privado Internacional de Familia.

2) los Principios de Verona buscan proteger los derechos de los niños nacidos por maternidad subrogada regulando y legalizando las agencias intermediarias de esta práctica⁶.

¹ Presidente de la Asociación de Mujeres Jueces de Argentina, Jueza del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Magíster en Magistratura y Derecho Judicial (Univ. Austral), Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Univ. de Bolonia), Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Univ. De Bolonia).

² Doctora en Filosofía (Universidad Católica Argentina / Universidad de Navarra), investigadora del CONICET con sede en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Profesora de grado y posgrado. Entre sus trabajos se cuentan: “Extractivismo reproductivo en tiempos de ideología queer. Deconstruyendo las falacias socio-constructivistas”, en *Atlánticas. Revista Internacional de Estudios Feministas*, 8/2 (2023), pp. 110-135. doi: <https://dx.doi.org/10.17979/arief.2023.8.2.9431>

³ Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica Argentina, Máster en Derecho por la Universidad de Georgetown y Profesora de derecho constitucional.

⁴ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46633/5/S2000740_es.pdf

⁵ <https://www.infobae.com/tendencias/2020/06/26/subrogacion-de-ventre-como-es-y-cuanto-sale-en-la-argentina/>

⁶ Para una crítica a los Principios de Verona cfr.: <http://abolition-ms.org/es/nuestras-acciones/una-critica-feminista-a-los-principios-de-verona/>

A pesar de que en la mayoría de los países latinoamericanos –con excepción de Cuba, Uruguay, Brasil y Puerto Rico, donde está legalizada bajo diversas figuras⁷– la gestación subrogada es ilegal porque la madre es la que da a luz, sin embargo su práctica es cada vez más tolerada y normalizada aduciendo un supuesto vacío legal. El enfoque de tolerancia asumido, si bien no regula la práctica, legaliza sus efectos y habilita registrar al recién nacido a nombre de los compradores apelando al interés superior del niño y reconociendo *de facto* el carácter filiativo de la subrogación. Tal es la situación actual en Argentina, México, Colombia, Guatemala, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, Bolivia, Chile, Paraguay. La tolerancia crea una apariencia de legalidad a la vez que naturaliza la práctica, romanizada por los medios masivos y el establishment en general.

En este contexto, se explica la presión cada vez mayor del lobby corporativo para regular la explotación reproductiva, ejercida de manera sincrónica en todo el continente latinoamericano, particularmente en México, Colombia y Argentina. La Suprema Corte de Justicia de México trabaja desde hace varios años en la regulación de la subrogación. En un libro reciente coeditado con el Centro de Estudios Constitucionales de México y el Cambridge Family Law, la Corte mexicana señala la urgencia de regular la gestación subrogada en todo el continente, independientemente de los aspectos morales del caso y los cuestionamientos en materia de trata y explotación⁸. En dos estados mexicanos la maternidad subrogada es legal: en Tabasco desde 1997 y en Sinaloa desde 2013. La Ciudad de México no cuenta con una legislación específica sobre gestación subrogada, pero tampoco existe su prohibición con lo cual su práctica es corriente.

En el caso de Colombia, el partido del presidente Gustavo Petro presentó en febrero del 2022 un proyecto para regular la maternidad subrogada en respuesta a un pedido de la Corte Constitucional. El proyecto de ley presentado denomina “producto” al hijo y contiene incluso un informe sobre el impacto fiscal positivo de este negocio.

II. Argentina

En Argentina, los intentos para regular esta práctica se suceden ininterrumpidamente por lo menos desde 2018 con la presentación de los proyectos de Ley de :

— **Marcelo Germán Wechsler** presentado el 22/03/2018 en el Cámara de Diputados de la Nación. Expediente:1374-D-2018⁹.

⁷ Cuba ha incorporado recientemente la maternidad subrogada en el nuevo Código de Familia adoptado en mayo de 2022 bajo la presión del lobby LGBTIQ+. En Puerto Rico es legal desde 2020 en su modalidad gestacional, es decir cuando la persona gestante no aporta material genético. Uruguay permite la gestación subrogada altruista mediante la utilización de un familiar de primer grado de consanguinidad para la implantación y gestación del embrión. Recientemente, un nuevo proyecto de ley pretende regularla incluyendo hasta el segundo grado de consanguinidad. En Brasil, la gestación subrogada ha sido regulada en junio de 2021 a través de una resolución del Consejo Federal de Medicina que la permite solo en su versión altruista, no lucrativa ni comercial.

⁸ Espejo Yaksic, N., Fenton-Glynn, C., Lathrop Gómez, F. and Scherpe, J. M. (eds.), *La gestación por subrogación en América Latina*, Suprema Corte de Justicia de la Nación - Centro de Estudios Constitucionales SCJN - Cambridge Family Law, México 2022. Disponible en:

<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/la-gestacion-por-subrogacion-en-america-latina>

⁹ Cfr. <https://dequesetrata.org/proyecto/1374-d-2018-1688606247887x919622237272021500>

- **Julio César Cleto Cobos** presentado el 27/03/2018 en el Senado de la Nación Argentina. Expediente:825-18.
- **Julio César Cleto Cobos** presentado el 06/07/2020 en el Senado de la Nación Argentina. Expediente:1429-20.
- **Ariel Alvarez Palma** presentado el 26/10/2020 en el Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Expediente: CABA-2541-D-2020¹⁰ NO SANCIONADO
- **Araceli Ferreyra** presentado el 06/12/2019 en el Cámara de Diputados de la Nación Expediente: 5422-D-2019¹¹.
- **Gabriela Beatriz Estevez** presentado el 15/07/2020 en el Cámara de Diputados de la Nación. Expediente:3524-D-2020.
- **Anabel Fernández Sagasti** presentado el 12/5/2022 ante el Senado de la Nación¹².

La Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta además desde 2017 con la disposición número 93/DGRC/17¹³ que autoriza preventivamente la inscripción de los nacidos por subrogación sin autorización judicial. Dicha disposición fue la respuesta al amparo colectivo del Defensor del Pueblo y la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) para inscribir al recién nacido con el nombre del comitente. La disposición incluye tanto a ciudadanos argentinos como extranjeros, y es el mayor facilitador de esta práctica dentro del país y hacia el exterior.

Fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es posible subrogar mediante autorización judicial. Centenares de sentencias judiciales han habilitado la práctica a lo largo de todo el país. Mendoza, además, cuenta desde 2015 con un Protocolo que permite regular los casos de gestación por sustitución¹⁴. El Protocolo vino a solucionar los problemas judiciales de la agencia mendocina Argentina Maternity¹⁵.

Desde el Ministerio de Justicia y DDHH de la Nación, esta práctica es normalizada como una exigencia de respeto a la diversidad familiar, la pluralidad de la sociedad y el reconocimiento a la solidaridad de las gestantes¹⁶. Los medios de comunicación publicitan el negocio usando la imagen de angelicales niños rubios, blancos y lozanos, nacidos por selección de biomateriales bajo criterios racistas y eugenésicos. Numerosos abogados argentinos se anuncian en en las redes sociales para ofrecer este servicio desde Buenos Aires a cualquier parte del mundo¹⁷.

III. Base Jurídica

¹⁰ Cfr. <https://dequesetrata.org/proyecto/caba-2541-d-2020-1688608365820x685805676877608400>

¹¹ Cfr. <https://dequesetrata.org/proyecto/5422-d-2019-1688607991161x269596129785536480>

¹² Cfr. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/1038.22/S/PL>

¹³ Cfr. https://documentosboletinoficial.buenosaires.gob.ar/publico/ck_PE-DIS-MGOBGC-DGRC-93-17-5239.pdf

¹⁴ Cfr. <https://www.mendozapost.com/nota/132387-como-funciona-el-alquiler-de-vientres-legal-en-mendoza/>

¹⁵ Cfr.

<https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/polemico-caso-de-alquiler-de-ventre-en-mendoza-gestionado-por-una-agencia/>

¹⁶ Cfr.

<http://www.saij.gob.ar/andrea-gonzalez-gestacion-sustitucion-como-una-realidad-puede-ser-silenciada-dacf150426/123456789-0abc-defg6240-51fcanirtcod>

¹⁷ <http://www.subrogargentina.info/>

La propuesta se sostiene en una incontrastable base jurídica, que se sustenta en la inconstitucionalidad del contrato de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico argentino, en cuanto la técnica de procreación médicamente asistida mediante el contrato de gestación subrogada atenta contra valores y principios fundamentales de la constitución argentina, en particular la dignidad de la persona humana, vulnera directamente derechos de personas que reciben tutela constitucional preferente (mujer embarazada, niños y niñas), e implica, en los hechos, una compra venta de personas, conducta tipificada por el constituyente como crimen, de lo que se concluye su nulidad.

1) *la dignidad humana como centro de los derechos fundamentales constitucionales en el que se asienta un límite infranqueable a los derechos reproductivos y la libertad de contratación.*

La dignidad humana es el valor supremo de nuestro orden constitucional¹⁸, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales¹⁹. Es decir, constituye el valor fundante de mayor jerarquía y prevalencia en el techo axiológico constitucional, y, en cuanto tal, inspira e infunde toda su interpretación axiológica y limita el razonable ejercicio de los restantes derechos. Claro está que, acorde al techo axiológico de nuestra constitución enmarcado por su preámbulo, que reconoce a “*Dios como fuente de toda razón y justicia*” y propone “*afianzar la justicia*” y “*promover el bienestar general*”, el concepto de dignidad humana se funda en una concepción iusnaturalista neotomista. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos humanos ha reconocido el derecho a la “*vida digna*”²⁰.

En cuanto centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de la Constitución, la dignidad humana actúa como coto o tope en el ejercicio de los derechos que generalmente son invocados como base para el reconocimiento de la validez del contrato de gestación subrogada (sea oneroso o altruista), como sería la libertad de contratación y el derecho a procrear. Tales prerrogativas no constituyen derechos absolutos para nuestro ordenamiento constitucional, sino limitados, que pueden ser regulados, máxime cuando se tiene en cuenta un fin o interés constitucional prevalente, como lo es la protección de la dignidad humana.

En efecto, la libertad de contratación ha sido reconocida como derivación del derecho a usar y gozar de la propiedad (art. 14 y 17 CN), y se proyecta a todos los derechos “*transables*”, sobre la regla de la “*libertad de contratación*”, a la que Alberdi llama “*la nodriza de la patria*”²¹, pero ello se encuentra subordinado a la dignidad de la persona humana.

¹⁸ CSJN, Fallos: 333:405.

¹⁹ Así lo ha expresado la CSJN en “*Aquino*”, Fallos: 327:3753, “*Pupelis*”, Fallos: 314:424.

²⁰ Por ejemplo, Corte IDH, “*Comunidad Xàkmok kàsek vs. Paraguay*”, SENTENCIA DE 24 DE AGOSTO DE 2010 (FONDO, REPARACIONES Y COSTAS), Serie C No. 214, par. 194 y ss.

²¹ Señala Juan Bautista Alberdi, referente de la génesis del constitucionalismo argentino, como la libertad tiene como eje a la persona “*Conviene, sin embargo, no olvidar que, así como la libertad individual es la nodriza de la patria, así la libertad de la patria es el palladium de las libertades del hombre, que es miembro esencial de esa patria. Pero ¿cuál puede ser la Patria más interesada en conservar nuestros personales derechos, sino aquella de que nuestra persona es parte y unidad elemental?* Por decirlo todo en una palabra final, la libertad de la patria es una faz de la libertad del hombre civilizado, fundamento y término de todo el edificio social de la humana raza”, en “*La omnipotencia del Estado es la negación de la libertad*”, Discurso pronunciado en el acto de graduación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad de Buenos Aires, el 24 de mayo de 1880. En ese acto fue nombrado Miembro Honorario de esa Facultad. Este ensayo fue reproducido de sus “*Obras Selectas*”.

Los derechos reproductivos también han recibido reconocimiento por parte del orden jurídico: la Corte Suprema argentina ha reconocido a la maternidad como “*un derecho humano esencial*”²² y el orden regional de derechos humanos ha reconocido que pertenece a la esfera autónoma y de la vida privada elegir sobre sus planes de vida y, entre ellos, si desea mantener o no su capacidad reproductiva, el número de hijos que desea tener y el intervalo entre ellos. Se ha dado lugar, así, al reconocimiento de los “derechos reproductivos”, que involucran el derecho a la planificación familiar (como determinar el número de nacimientos y su intervalo), y el derecho (y también deber) a la procreación razonable, ejercicio sin coacción ni discriminaciones.

Sin embargo, tales derechos no implican un cheque en blanco para todo tipo de prácticas y acuerdos, ya que sobre ellos actúa el coto de la dignidad humana como límite infranqueable, y faro de orientación.

La libertad de contratación y los derechos reproductivos, como todo derecho constitucional, no son derechos absolutos²³, sino que deben ser sometidos a una regulación conforme la axiología constitucional, en la que la dignidad de la persona humana tiene un rol prevaleciente. Nótese, por ejemplo, como la misma constitución, en su artículo 42, limita el derecho a contratar en el marco de la relación de consumo, exigiendo trato “equitativo y digno” del consumidor. Es más, la corte ha sostenido que la admisión de un derecho ilimitado significa “una concepción antisocial” (CSJN. Fallos, 254:54).

2) *La mujer embarazada, y los niños y niñas son sujetos de tutela constitucional preferente, cuyos derechos no pueden ser vulnerados por acuerdos entre particulares.*

Frente a las demandas de la “cuestión social”²⁴ que identificó desigualdades estructurales en la sociedad, y a la luz del nuevo paradigma de igualdad material que se reconociera por el constitucionalismo social desde mediados del siglo pasado, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado que determinados grupos de personas, en virtud de sus particulares circunstancias de vulnerabilidad y desigualdad, deben recibir una tutela constitucional preferente, una protección acentuada por parte del ordenamiento jurídico. Entre ellos toman un lugar protagónico la mujer embarazada y los niños y niñas.

El constituyente argentino del año 1994, a través del artículo 75 inciso 23 de nuestra constitución nacional ha sido claro en cuanto obliga al congreso a adoptar “un régimen de seguridad social especial e integral en protección del *niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.*”. A su vez, debe “*legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*”.

²² CSJN, “De Mignone”, Fallos: 268:159.

²³ CSJN, Fallos 304:319, 312:318, 304:1293, entre muchos otros.

²⁴ Cuyo planteo y exigencias encontraron especial génesis en la doctrina de la Iglesia (ver. Alocución de Pío XII dada en Navidad de 1942, CARTA ENCÍCLICA POPULORUM PROGRESSIO DEL PAPA PABLO VI, 1967, CARTA ENCÍCLICA CENTESIMUS ANNUS DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II, 1991 y muchos otros).

Estas normas se ven robustecidas por la convención de los derechos del niño (ONU, 1989), y la Convención de eliminación de toda discriminación contra la mujer (1979), que contienen un largo catálogo de previsiones tuitivas, y que tienen rango constitucional a la luz del art. 75 inciso 22 de nuestra norma fundamental.

En efecto, la protección de la mujer embarazada recibe tratamiento específico en CEDAW, a través de diversos artículos (art. 11 inc. a y d, 12). A su vez, los niños y niñas tienen no solo los derechos que corresponden a todos los demás seres humanos, menores y adultos, sino además un estatuto propio, derechos especiales derivados de su condición, los que engendran deberes igualmente específicos para la familia, el Estado y la sociedad (Corte IDH, OC 17, 54, 56 y 60). la Corte Interamericana de derechos humanos ha destacado que tanto el Pacto de San José de Costa Rica como la Convención sobre los Derechos del Niño fueron parte del corpus iuris internacional de protección de los derechos de los niños²⁵.

Al respecto, conforme a las reservas y declaraciones argentinas, nuestro país puntualiza que el concepto de “niño” es el de “todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad”, declaración que también tiene (en el marco del artículo citado), jerarquía constitucional.

En consecuencia, la especial protección que el ordenamiento jurídico proyecta sobre la mujer embarazada y los niños y niñas (desde su concepción), contribuye en la veda de la adopción de “arreglos” o “contratos” que, con marcada lesión a su dignidad humana, vulneran sus derechos más fundamentales y que, en definitiva, resultan inconstitucionales a la luz de los valores involucrados. En efecto, los datos duros citados en la primera parte de este informe dan cuenta de como las personas que aceptan celebrar esos contratos como madre sustituta son mujeres en situación de vulnerabilidad y sometidas a prácticas generalizadas de exclusión en el goce de sus derechos, es decir, discriminación estructural muchas veces en un marco de interseccionalidad. A su vez, las cláusulas propias de estos arreglos desnaturalizan de manera irrazonable sus derechos fundamentales, incluso su derecho a la salud, y a la integridad física. Pero es en la figura del niño o niña por nacer donde la práctica se vuelve aún más abusiva, al desdibujarse plenamente su derecho a la identidad, y atentarse contra su dignidad al punto de conllevar, en los hechos, prácticamente una compra venta de personas.

3) *La compraventa de personas es un delito constitucional.*

La Constitución Argentina, desde su momento más germinal, adoptó una enfática posición en contra de contratos o acuerdos que atenten con la dignidad humana. A través del artículo 15 de nuestra norma fundamental, aprobado por los constituyentes de 1853, no solo se hizo eco de la tradición germinal contraria a la esclavitud que podemos encontrar en la libertad de vientres declarada en la asamblea de 1813, sino que además el constituyente agregó que “... *Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebren, y el escribano o funcionario que lo autorice. ...*”.

²⁵ CorteIDH, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Serie C No. 32, Serie C No. 63, Serie C No. 77, Fondo. 19 de noviembre 1999, párrafo 194 y 196; Chitay Nech, SENTENCIA DE 25 DE MAYO DE 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) párr. 165.

Si bien la norma revestía una suma importancia en el escenario histórico en que fue adoptada, donde diversos países mantenían el reconocimiento de la validez de la esclavitud, su actualidad presenta hoy matices también de trascendencia primordial, ya y se proyecta sobre la veda de las formas actuales de trabajo esclavo, la trata de personas, y, en particular, el contrato de gestación subrogada, en el que se procura someter a una transacción comercial a una persona por nacer, así como restringir de manera absurda y desnaturalizadora los derechos de la mujer embarazada.

La norma es categórica, no sólo impide la validez de este tipo de “contratos” (que, por lo tanto, no podrían ser nunca legales), sino que los califica como “crimen”, definiendo los aspectos esenciales del tipo penal, e incluso reputándose muy significativo, ya que la terminología usada refiere a una figura agravada, según la concepción del momento de redacción de la pauta).

En consecuencia, los contratos de gestación subrogada entran en categoría exclusiva y restrictiva de nuestro orden jurídico de “delitos constitucionales”. Es sabido que el recurso a este tipo de figuras, es decir, a la tipificación misma de un delito por el texto constitucional, solo se reserva a conductas consideradas aberrantes, absolutamente incontestables con los valores y principios fundantes de nuestra sociedad, categoría comprensiva de un conjunto sumamente excepcional y específico de supuestos (compra venta de personas, sedición, traición a la patria, concesión de facultades extraordinarias o suma del poder público, atentado contra el orden constitucional y el sistema democrático), que socavan las bases de nuestra sociedad, y, en cuanto tales, su punición es decidida directamente por el constituyente, y no sometida al criterio del legislador.

Es por ello paradigmático y claro que la veda constitucional a supuestos acuerdos comerciales que atentan directamente contra la dignidad humana resulta palmaria y evidente, máxime cuando, como se ha explicado pretenden alterar y restringir derechos de personas que reciben una tutela constitucional preferente, como son la mujer embarazada y los niños y niñas. Se trata de conductas tipificadas por el mismo constituyente como crímenes, lo que impide su no regulación pro el legislador, y, por el contrario, exige su punición como tipo penal.

IV. Propuesta

Ante la gravedad de la situación y el exponencial avance de este mercado global, consideramos urgente que Argentina tipifique la maternidad subrogada en el delito de trata con fines de explotación reproductiva y tráfico de menores, prohíba la inscripción de los nacidos por esta práctica a nombre de los comitentes, declare nulos los contratos que se firmen en el extranjero, prohíba la publicidad de este método, y persiga y sancione a todos los intermediarios.