SALIR DEL MITO REGULADOR. LA PROHIBICIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Y LOS FUNDAMENTOS DEL CONSTITUCIONALISMO EUROPEO

VALENTINA CALDERAI
Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

RESUMEN: El mercado transnacional de servicios de reproducción ejerce una presión sobre los Estados de Europa occidental que se niegan a reconocer los contratos de subrogación por motivos de política pública. Los casos decididos hasta ahora plantean tres cuestiones. En primer lugar ¿en qué circunstancias deben reconocerse las sentencias de gestación subrogada extranjeras? En segundo lugar ¿cuáles serían las repercusiones constitucionales del reconocimiento de esas sentencias? Tercero ¿cómo sería una reforma a la vez eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales de todas las partes implicadas? Este artículo examina la relación entre estos problemas y propone algunas respuestas.

Con base en un análisis de los costos de transacción de los contratos de gestación subrogada, se llega a la conclusión que ni las estrategias regulatorias *top-down*, ni las tentativas de reforma planteadas en la regulación del mercado superan el fundamento constitucional de la prohibición de la subrogación en la protección de los derechos fundamentales. Se toma en consideración un enfoque alternativo, basado en el derecho internacional privado y en medidas nacionales de derecho substancial.

RIASSUNTO: Il mercato transnazionale dei servizi riproduttivi mette a dura prova gli Stati dell'Europa occidentale che si oppongono al riconoscimento degli effetti dei contratti di maternità surrogata per ragioni di ordine pubblico. I casi finora decisi sollevano tre ordini di problemi. In primo luogo, in quali circostanze le sentenze straniere sulla maternità surrogata dovrebbero essere riconosciute? In secondo luogo, quali sarebbero le ripercussioni costituzionali del riconoscimento di queste sentenze? Terzo, quali sarebbero le linee portanti di una riforma al tempo stesso efficace e rispettosa dei diritti fondamentali di tutte le parti coinvolte? Questo articolo esamina le relazioni tra questi problemi e avanza alcune risposte.

Sulla base di una analisi dei costi di transazione dei contratti di maternità surrogata, si giunge alla conclusione che né le soluzioni regolatorie *top-down*, né i tentativi di riforma basati sulla regolamentazione del mercato superano il fondamento costituzionale del divieto di maternità surrogata nella tutela dei diritti fondamentali. Un approccio alternativo è avanzato, basato sul diritto internazionale privato e su misure nazionali di diritto sostanziale.

ABSTRACT: The transnational market of reproductive services puts a strain on western European States that refuse to acknowledge surrogacy contracts on public policy grounds. The cases decided so far rise three questions. First, under what circumstances foreign surrogacy judgements should be recognized? Second, what would be the constitutional repercussions of the recognition of these judgements? Third, how would it be like a reform at once effective and respectful of fundamental rights of all parties involved? This Article analyses these questions and how they relate to each other.

Based on a transaction-cost economic framework an argument is made that neither top-down, nor market-based regulatory solutions overcome the constitutional arguments that uphold the ban to surrogacy. An alternative approach to legal reform is considered, grounded on IPL and substantive domestic measures.

PALABRAS CLAVE: Mercado transnacional de servicios de reproducción, regulación del mercado, ejecución del contrato, reglas de inalienabilidad, derechos fundamentales.

PAROLE CHIAVE: Mercato transnazionale dei servizi riproduttivi, regolamentazione del mercato, costi di transazione, adempimento del contratto, regole di inalienabilità, diritti fondamentali.

KEY WORDS: Transnational market of reproduction services, regulation of the market, transaction costs, execution of the contract, rules of inalienability, fundamental rights.

I. INTRODUCCIÓN: LA CONQUISTA DE LA UBICUIDAD POR LA TECNOLOGÍA Y LAS TRANSFORMACIONES DE LA PARENTALIDAD

«*Nos Beaux-Arts ont été institués, et leurs types comme leur usages fixés, dans un temps bien distinct du nôtre, par des hommes dont le pouvoir d'action sur les choses était insignifiant auprès de celui que nous possédons* (Nuestras Bellas Artes y sus tipos y usos fueron instituidos en un tiempo muy distinto del nuestro, por hombres cuyo poder de acción sobre las cosas era insignificante a comparación de lo que tenemos nosotros)». *La conquête de l'ubiquité*, que data de 1928, es un fragmento premonitorio de Paul Valéry que sueña con un futuro en el que el acceso a las artes se libere de los lazos con un lugar, un tiempo, un programa establecido por alguien más: «*Je ne sais si jamais philosophe a rêvé d'une société pour la distribution de Réalité Sensible à domicile* (no sé si jamás un filósofo soñó de una sociedad para la distribución de la Realidad Sensible a domicilio)».[1] Noventa años después, la ubicuidad conquistada por la tecnología y los mercados ha cambiado para siempre las formas en que vivimos y pensamos, nos comunicamos y deseamos; las formas

[1] P. Valéry, *La conquête de l'ubiquité'* en *Œuvres*, Gallimard, Paris, 1960, p. 1283; las palabras de Valéry aparecen como un pie de foto en la tercera versión de W. Benjamin, *The Work of Art in the Age of its Technical Reproducibility*, en *Illuminations. Selected Works*, vol. 1, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1977, p. 136.

y contenidos de la política; los medios de (re)producción material y simbólica. Este cambio no podía dejar indemne al Derecho, y desde sus inicios, las instituciones de parentalidad y familia, comerciada en el mercado transnacional de los servicios reproductivos como parte del paquete ofrecido al consumo privado de la fertilidad humana. Los fundamentos de la paternidad pertenecen, después de todo, a una época en la que el dominio de la tecnología sobre la vida era «insignificante a comparación con el nuestro».

En lo que sigue se ve esta transformación a través de la lente del dilema al que se enfrentan los tribunales de los países de Europa occidental que prohíben los acuerdos de gestación subrogada por motivos de política pública, cuando se les pide que reconozcan el estado familiar asignado a un niño de acuerdo con una ley extranjera que reconoce y hace llevar a cabo estas transacciones. Los casos decididos hasta ahora plantean tres cuestiones:

En primer lugar ¿en qué circunstancias, y con sujeción a qué restricciones, si las hubiere, debe reconocerse por ley un nacimiento en el extranjero, a pesar de la existencia de una prohibición nacional? La deferencia incondicional a los principios del orden público interno seguramente representaría una pesada carga para los sujetos implicados, y tal vez demasiado pesada para los más vulnerables. Pero una aquiescencia igualmente sin reservas al *fait accompli* podría estar en contradicción con la comprensión básica de la inalienabilidad del cuerpo humano y de la condición parental en el derecho interno. Curiosamente, varios tribunales han abordado estas cuestiones, llegando a diferentes conclusiones.[2] Esto lo llamaré la cuestión del Derecho Internacional Privado (DIP).

[2] Ver abajo, el apart. 3 y las notas que lo acompañan.

Esto plantea una segunda cuestión ¿Cuál sería el impacto para el derecho interno del reconocimiento pleno de las sentencias extranjeras, conforme a los términos de los acuerdos de subrogación? Un sistema jurídico que permita a sus ciudadanos acomodados acogerse a reglamentaciones permisivas en el extranjero, prohibiendo o incluso penalizando los acuerdos de gestación subrogada en el país, se consideraría muy probablemente contradictorio e injusto, pero lo mismo ocurre con un sistema que permita a las mujeres más pobres vender su capacidad reproductiva, prohibiendo al mismo tiempo el comercio de médula ósea y sangre, o que vete la adopción privada y el tráfico de niños, pero que permita a los futuros padres encargar un niño a terceros.[3] Ésta es la cuestión constitucional.

Lo que nos lleva a un tercer tema. Supongamos que las legislaturas de Alemania, Francia o Italia decidieran que el prohibicionismo ha sido ineficaz e injusto: ¿qué sería una legislación a la vez eficaz y respetuosa de los derechos fundamentales? La regulación vertical basada en el altruismo y el acceso no discriminatorio parece la respuesta obvia a las objeciones que se basan en las violaciones de los derechos humanos de las madres subrogadas y los niños de alquiler, pero las pruebas empíricas demostraron que era vulnerable a la falta de incentivos económicos y a la invasión burocrática de la privacidad de los *intended parents*. Los partidarios de la regulación del mercado, por su parte, se jactan de la superioridad del sistema de precios, pero —una vez más— hay pruebas de que los mecanismos eficaces de observancia de los contratos se producirían a expensas de profundamente sentidas intuiciones acerca de la igualdad de acceso a la asistencia sanitaria pública y la discriminación contra

[3] Ver abajo, los apart. 4 y 5 y las notas que los acompañan.

las mujeres.[4] Llamaré a esta cuestión la cuestión regulatoria.

Este artículo analiza estas tres preguntas y cómo se relacionan entre sí. El argumento es el siguiente: tras una breve exposición del desarrollo del mercado de servicios de gestación por subrogación y una explicación del objeto de los acuerdos (sección 2) la sección 3 trata de la cuestión del DIP, es decir, las cuestiones políticas que están en juego en la decisión de renunciar o aplicar la excepción de *ordre publique* contra las sentencias de subrogación extranjeras. Las secciones 4 y 5 abordan la cuestión constitucional, es decir, la tensión que ocasiona el reconocimiento de las sentencias de gestación subrogada extranjeras y la conexión entre las legislaciones prohibicionistas y permisivas dentro del mercado transnacional de servicios de gestación subrogada. En los apartados 5.1 y 5.2 se examina la cuestión regulatoria a la luz de los mecanismos alternativos de asignación *top-down* y de mercado existentes. Basándose en un marco de economía de costos de transacción, se argumenta que ninguno de los dos enfoques supera los argumentos constitucionales que defienden la prohibición de la subrogación. En la última sección se examina brevemente un enfoque alternativo a la reforma jurídica, basado en el Derecho Internacional Privado y complementado con medidas nacionales sustantivas encaminadas a la reducción de los riesgos y la lucha contra la discriminación.

II. De qué tratan los contratos de subrogación (y de qué no)

El mercado transnacional de servicios de gestación por sustitución se encuentra en la encrucijada de dos innovaciones formidables en materia de tecnologías de re-

[4] Véase más abajo, los app. 5.1-5.2 y notas adjuntas.

producción asistida (TRA) y tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC). La primera innovación ha dado nueva forma a la imagen de la parentalidad, al desplazar el acento de la cultura y la costumbre a la autonomía y la libertad de contrato. A finales del decenio de 1980 en los Estados Unidos la popularización de la fecundación in vitro y de las técnicas de trasplante de preembriones permitió romper y reasignar los factores de reproducción entre los clientes, los donantes de gametos, las madres de alquiler, los intermediarios y los profesionales, en un contexto de medicalización extrema de la procreación y de la gestación.[5] La subsiguiente y espectacular caída de los costos de transacción —barreras psicológicas, sociales y raciales, escrúpulos morales arraigados en la religión y la incertidumbre sobre la condición jurídica de la descendencia—[6] allanó el camino para satisfacer la demanda de "niños blancos sanos" expresada por parejas blancas heterosexuales de clase media y acomodada,[7] con una oferta compuesta en gran parte por mujeres indigentes de minorías étnicas y grupos socialmente desfavorecidos.[8]

A medida de que la protesta pública encendida por el caso del Baby M gradualmente se aplacaba,[9] un nuevo

[5] Dejaré de lado los desarrollos contemporáneos de la tecnología de edición del genoma conocida como CRISPR (repeticiones palindrómicas agrupadas e intercaladas regularmente), ya que aún no se aplica extensamente en la industria de la reproducción humana, aunque en unos pocos años, su impacto será enorme: ver H. Greely, *The End of Sex and the Future of Human Reproduction*, Cambridge (Mass.), 2016.

[6] D.L. Spar, *'For Love and Money': The Political Economy of Commercial Surrogacy*, en *Review of International Political Economy* (2005), p. 287.

[7] R.A. Posner, *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, en *Journal of Contemporary Health Law and Policy* (1989), p.21-22.

[8] A. L. Allen, *The Socio-Economic Struggle for Equality. The Black Surrogate Mother*, en *Harv. BlackLetter Journal* (1991), p. 17.

[9] E. S. Scott, *Surrogacy and the Politics of Commodification*, en *Law and Contemporary Problems* (2009), p. 109.

mercado surgía. En la carrera hacia la regulación estatal que siguió,[10] la solución más rentable provenía de una decisión del Tribunal Supremo de California, que reformulaba la norma de reconocimiento de la maternidad de la mujer que da a luz al niño a la madre prevista, considerada como la "verdadera" madre de acuerdo con el contrato de subrogación.[11] A primera vista, este razonamiento no es muy persuasivo. La intención de ser padre/madre no puede hacer que la parentela sea "verdadera" más de lo que puede hacerla "falsa", ya que no es un marcador ontológico de la esencia de la parentela, sino un criterio normativo aplicado por la ley para atribuir la filiación.[12] Incluso en un sistema que otorga un papel importante al consentimiento en los procedimientos de adopción, el hecho de fundamentar la paternidad en la intención como una cuestión general sería una exageración, a la luz de la extensión de reglamentación pública destinada a salvaguardar los intereses tanto de los niños como de los padres (adoptivos y biológicos).[13] Pero

[10] C. Spivak, *The Law of Surrogate Motherhood in the United States*, en *The American Journal of Comparative Law* (2010), p.97. Véase también: I. G. Cohen and K. L. Kraschel, *Gestational Surrogacy Agreements: Enforcement and Breach*, en E. Scott Sills (ed.) *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge, 2016, p. 85; E. Hall, *From European Theory to American practice: the United States as a laboratory for Surrogacy Law*, en B. Ditzen and M.-Ph. Weller (eds.), *Regulierung der Leihmutterschaft. Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen*, Möhr, Tübingen, 2018, p. 69; L. Engelhardt, *Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire*, *ibid.*, p. 133.

[11] *Johnson v. Calvert*, 5 Cal. 4th 84 (1993): «*she who intended to procreate the child, that is, she who intended to bring about the birth of a child that she intended to raise as her own, is the natural mother under California law*». En 2013 las disposiciones de la jurisprudencia en el caso Johnson v. Calvert fueron incorporadas en el Family Code (FAM), Division 12, part 7.

[12] J. H. Hollinger and N. Cahn, *Forming Families by Law - Adoption in America Today*, en *Human Rights* (2009) p. 16; J.H. Hollinger, *Adoption Law and Practice*, Matthew Bender & C., New York, 2019, § 1.01[2][a] § 1.01[1].

[13] La analogía entre la adopción y las tecnologías de reproducción es subrayada por D.L. Spar, *As You Like It: Exploring The Limits of Parental Choice*

la flagrante confusión entre hechos y normas pasó desapercibida, o tal vez simplemente se adaptó demasiado bien al implacable compromiso de las sociedades de mercado de desplazar la frontera entre el estatus y el contrato, a favor de este último.

Incluso en un sistema que otorga un papel importante al consentimiento en los procedimientos de adopción, el hecho de fundamentar la paternidad en la intención como una cuestión general sería una sobrestimación, a la luz de la considerable extensión de la reglamentación pública destinada a salvaguardar los intereses tanto de los niños como de los padres (adoptivos y biológicos). Pero la flagrante confusión entre hechos y normas pasó desapercibida, o tal vez simplemente se adaptó demasiado bien al incesante impulso de las sociedades de mercado de desplazar la frontera entre el estatus y el contrato, a la ventaja de este último.[14]

in Assisted Reproduction, en *Law & Inequality* (2009), p. 481, 491; M. Garrison, *Regulating Reproduction*, en *George Washington Law Review* (2008), p. 1623, 1627.

[14] Aunque solo sea para restaurar la dicotomía, bajo nuevas apariencias: J. Halley, *¿Qué es el Derecho de Familia? Una genealogía. Parte II*, en *Yale Journal of Law & the Humanities* (2011), p. 189. Un ejemplo de ello: E. S. Scott and R. E. Scott, *From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships*, en *Columbia Law Review* (2015), p. 293. La adscripción de los acuerdos de subrogación a la categoría de los contratos no es universalmente aceptada en las culturas jurídicas que establecen una clara distinción entre el derecho de familia y el derecho de las obligaciones y los contratos. Véase, por ejemplo, en la literatura italiana: M. Gattuso, *Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino*, en *Questione Giustizia* (2019), nº 2, p. 74, 83-84, que considera engañosa la calificación de los acuerdos de gestación subrogada como «contratos» en el ordenamiento jurídico italiano, ya que no tiene en cuenta el «conjunto de relaciones humanas que preceden, acompañan e incluso siguen al parto» (mi traducción). Los orígenes de la distinción «familia/patrimonio» se remontan al pensamiento de Savigny de D. Kennedy, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, en *American Journal of Comparative Law* (2010), p. 811. Sobre la función (no fácil de eliminar) de las obligaciones contractuales en los acuerdos de gestación subrogada: a continuación, ap. 5.1 y las notas que lo acompañan.

La segunda innovación ha afectado la geografía económica del mercado de subrogación. Internet es la infraestructura que utiliza la industria de los servicios de reproducción para canalizar una demanda procedente de las sociedades prósperas hacia los países en los que las condiciones de indigencia económica y de desigualdad de género permiten recurrir al proletariado femenino para reducir los costos de la reproducción.[15] Cada año se firman y ejecutan miles de contratos de gestación subrogada, en virtud de legislaciones que aprovechan las oportunidades de la división internacional del trabajo que ofrece la convergencia de la tecnología de la comunicación, la fecundación in vitro y el trasplante de preembriones. Sin embargo, se trata de un mercado deshonesto, como se describe en un informe de 2017 del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia:[16]

«*Les gestatrices sont, dans leur grande majorité, des femmes des pays pauvres et des pays intermédiaires qui connaissent de fortes disparités économiques: Asie du Sud-Est, Ukraine, Russie et, dans une moindre mesure, Méxique, Grèce. Ce sont des femmes issues de groupes défavorisés qui deviennent gestatrices, si l'on excepte le cas américain qui constitue un modèle en soi, avec toutefois une grande disparité entre les États. Les violences observées sont d'ordre économique, juridique, médical et psychique* (La mayoría de las gestantes son mujeres de países pobres e intermedios que conocen fuertes desigualdades económicas: Asia del sur-este, Ucrania, Rusia y en una medida menor, México y Grecia. Son mujeres salidas de grupos desfavorecidos que se convierten en gestantes, a excepción del caso americano que constituye un modelo en sí, aunque con grande disparidad entre Estados. Las violencias que se observan son de orden económico, jurídico, médico y psíquico)».

[15] M. Fabre-Magnan, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, Fayard, Paris, 2013, p. 82, habla de «proletariat réproductif».

[16] *Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé, Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation (15 juin 2017), www.ccne-ethique.fr*, 34. Vease también: *European Parliament, Plenary sitting*, 30.11.2015, A8-0344/2015, 114. *National Rapporteur on Trafficking in Human Beings. Human trafficking for the purpose of the removal of organs and forced commercial surrogacy* (2012) The Hague, 21.

El resultado de la innovación técnica se conoce como subrogación gestacional transfronteriza comercial, que la mayoría de las jurisdicciones prohibicionistas europeas distinguen tanto del caso (i) en el que falta totalmente una conexión genética entre los padres intencionales y el niño,[17] como del caso (ii) en el que el padre intencional es una mujer, compañera de la mujer que da a luz al niño.[18]

La gestación subrogada comercial es, en efecto, diferente de cualquier otra forma de TRA,[19] ya que la mujer

[17] Véase: BGH, 10.12.2014, XII ZB 463/13, (BGHZ 203, 350), Rn. 53, 62; Corte de Cas. italiana civ., sala I, 26.9.2014, n. 24001; ECtHR No. 25358/12, *Grand Chamber*, 24 January 2017 – *Paradiso and Campanelli v. Italy*.

[18] Véase la decisión del *Verfassungsgerichtshof* / Tribunal constitucional austríaco (VfGH 10.12.2013, G 16/2013-16, G 44/2013-44, EF-Z 2014, 66), por la que se anula una disposición de la Ley de medicina reproductiva de 1992 (FmedG), según la cual solo las parejas heteroxesuales tenían acceso a la inseminación artificial y la fecundación in vitro, ya que la exclusión de las parejas de lesbianas violaba la prohibición de discriminación consagrada en el artt. 14 y 8 del CEDH. En respuesta a esta constatación, el 21 de enero de 2015 el *Nationalrat*/ Congreso aprobó una enmienda a la Ley de Medicina Reproductiva (FMedRäG 2015.4), que ha dado lugar a un cambio de gran alcance en la ley austríaca de medicina reproductiva. En el ordenamiento jurídico italiano la distinción ha sido hecha por la Corte de Casación: Cass. civ., sala. I, 30.9.2016, n. 19599, párr. 10.2, en *Nuova giurisrudenza civile commentata* (2017), no. 4, I, p. 372. Una crítica a la equiparación de las mujeres lesbianas y los hombres homosexuales realizada bajo la bandera de los derechos reproductivos: S. Niccolai, *Liberare la maternità lesbica dal discorso neutro sull'omogenitorialità: un interesse di tutte (e di tutti)*, en D. Brogi, T. De Rogatis, C. Franco, L. Spera (eds.), *Nel nome della madre. Ripensare le figure della maternità*, Del Vecchio, Roma, 2017, p. 43.

[19] Contrariamente a una ordenanza poco meditada de un tribunal italiano: C. Apel. Trento, ord. 23.2.2017, en *Nuova giurisrudenza civile commentata* (2017), nº 7-8, I, p. 994-996, comentado críticamente por V. Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale, ibid.*, p. 986-

acepta renunciar temporalmente a sus derechos a la intimidad personal, la autonomía, la procreación y la paternidad, con el fin de generar un niño cuyo estado familiar se establece por contrato antes del inicio del procedimiento de FIV. Por lo tanto, el objeto de estos contratos no es el "alquiler" de úteros, como pretende la vulgata repulsiva y misógina, ni el comercio de niños, a pesar de las cláusulas que obligan a la madre de substitución a «*deliver*/entregar» al niño,[20] siempre que la paternidad se base en la descendencia genética de uno o de ambos padres intencionales. Los contratos de gestación subrogada ni siquiera se refieren principalmente a la obligación de quedar embarazada, llevar el feto a término de acuerdo con exigentes estipulaciones de comportamiento y renunciar a la patria potestad a cambio de una compensación. Pues todas estas obligaciones, por muy importantes que sean para el complejo deber de desempeño que pesa sobre la madre de substitución, son instrumentales para la institución de un sujeto legalmente reconocido —una *persona*, en el sentido técnico jurídico de la palabra latina—[21] antes de la concepción, y para la colocación de ese ser humano todavía puramente ficticio dentro de un sistema de genealogía y parentesco que, al menos en parte, entra en conflicto con el sistema de genealogía y parentesco asignado al niño por la ley del Estado en el que viven los futuros padres y cuya ciudadanía poseen.

993, y anulado por la Corte de Casación civil, SS.UU., 08.05.2019, n. 12193, v. abajo la nt. 38.

[20] Una cláusula típica de un contrato, por ejemplo, sería la siguiente: «La madre de sustitución tiene la intención de llevar a término el hijo o los hijos del padre genético y posteriormente entregarlo al padre genético y a la madre cuidada». Véase: M. Fabre - Magnan, *La gestion pour autrui* op. cit., p. 52.

[21] Y. Thomas, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, en *Droits* (1995), p. 17 ; Id., *Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, en *Le Débat* (1998), p. 85.

Esta operación no es del todo original. Las codificaciones modernas todavía conservan los restos de las ficciones acuñadas por los juristas medievales para permitir a los testadores gestionar la transmisión del patrimonio más allá de los límites de la existencia humana, mediante el mecanismo de las sustituciones.[22] A principios de este siglo, un análisis magistral de un caso francés encontró una aplicación retrospectiva de esta misma técnica en la decisión de la Corte de Casación de anular la prescripción «que subordina la autonomía del sujeto de derecho a las condiciones naturales de su nacimiento», para conceder una indemnización a un niño, nacido con graves discapacidades después de que los médicos hubieran omitido por negligencia el diagnóstico de la infección de rubéola que padecía su madre en una fase temprana del embarazo.[23] Sin embargo, a comparación con la audacia de la sentencia *Perruche*, la inversión de la secuencia temporal entre un ser humano y su persona jurídica obtenida mediante acuerdos de subrogación parece casi trivial.[24] Porque si se puede decir que la perso-

[22] A fin de evitar la fragmentación de la herencia y asegurar su transmisión a la rama más antigua de la familia, los Glosadores y Comentaristas se basaron en el *fideicommissum hereditatis* diseñado por los juristas romanos, según el cual el testador confiaba la totalidad o parte de la herencia a un heredero (*fiduciarius*), con la obligación de transferirla a una tercera persona (fideicomisario). Los sujetos inexistentes podían ser instituidos como herederos mediante el mecanismo de sucesivas sustituciones conjuntas, mucho más allá del límite de cuatro generaciones fijado por Justiniano para las sustituciones en fideicomiso. Los artt. 462.3 y 784 Cód.civ. italiano, relativos a la capacidad del hijo aún no concebido (*concepturus*) para - respectivamente - suceder y recibir como donatario participar precisamente de esta lógica. Véase Y. Thomas, *Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective*, en O. Cayla y Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Gallimard, París, 2002, p. 159.

[23] *Ibid.*, p. 149.

[24] Corte de Cas. civ. francesa, A.p., 17.11.2000, JCP, II, 10438. Los críticos reprocharon al Tribunal haber volcado el elemento de causalidad en la responsabilidad civil para reconocer «*un droit de ne pas naître*», a la vez contradictorio (un derecho jurídico solo puede basarse en un sujeto existente) e inmoral

na de Nicolas Perruche se ha creado a sí misma, con la ayuda del Tribunal,[25] la persona de un niño nacido de una madre de sustitución es llevada a la existencia legal por las partes de un contrato y "establecida" por una sentencia,[26] dejando intacto el orden de las generaciones.

Desarrollando este hilo de razonamiento, la diferencia entre el acto de institución como heredero y el acto de institución como hijo de la familia antes de la concepción se transforma en una «cuestión meramente técnica» de derecho privado, que oculta las cuestiones biopolíticas en juego, convencionalmente recapituladas bajo la excepción de *public policy* o *ordre public*.[27]

(menoscaba la dignidad humana de las personas discapacitadas): véase L. Aynès, *Le préjudice de l'enfant né handicapé: le plant de Job devant la Cour de Cassation*, en *Dalloz* (2001), no. 6, p. 492-496. Estas críticas se basaron finalmente en el hecho de que el tráfico como compensación por haber nacido («vida ilícita») es en realidad una compensación por las consecuencias de la discapacidad: «*la reparation du préjudice resultant de ce handicap*» como dice la sentencia. Tan pronto como la pérdida se identifica con la segunda, se hace evidente la combinación de la necesidad biológica y la causalidad jurídica inherente a la primera: «*La Court a tout simplement, sans supposer aucun droit à ne pas naître, aucun droit à être éliminé par avortement, reconnu à l'enfant une fois né le droit de se plaindre, non de sa naissance même, mais de l'état d'infirmité dans lequel il est né* (Sin suponer ningún derecho a no nacer, ningún derecho a ser eliminado por un aborto, simplemente la Corte ha reconocido al niño, una vez nacido, el derecho de quejarse no de su nacimiento, sino del estado de enfermedad en que ha nacido)» (Y. Thomas, *Le sujet* op. cit., p. 107). Para un análisis minucioso y agudo de los casos de «vida ilícita» en las jurisdicciones del *Common Law* y del Derecho Civil, véase: J. K. Mason, *The Troubled Pregnancy. Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 188-240.

[25] Cf. Y. Thomas, *Le sujet* op. cit., p. 164 - 166.

[26] Véase Ch. 7962, sub e), del California Family Law Code (FAM): «*A copy of the assisted reproduction agreement for gestational carriers shall be lodged in the court action filed for the purpose of establishing the parent and child relationship* (Una copia del acuerdo de reproducción asistida para el desarrollo de una gestación tendrá que ser depositada en el registro del tribunal con la finalidad de establecer la relación entre padres y niño)», donde la palabra «*establish*» denota precisamente la acción de establecer algo sobre una base firme y permanente, o lograr el reconocimiento permanente de algo.

[27] Véase D. Kennedy, *The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law*, en *European Review of Private Law* (2001), p. 7, para una investi-

Estas cuestiones tocan los conflictos entre los modos a través de los cuales se forman los vínculos de filiación y la constitución política, e incluyen, entre otras cosas, la legitimidad de una práctica que se origina fuera y contra el derecho interno y la posición de la adopción como instrumento de política social; lo que equivale y no a la discriminación en el acceso a las tecnologías de reproducción; la inalienabilidad del cuerpo humano y la condición familiar y los límites de la injerencia gubernamental en la intimidad individual.

III. El problema del Derecho Internacional Privado: Las cuestiones políticas que están en juego en el reconocimiento de las sentencias de sustitución extranjeras

La dimensión biopolítica de la cuestión del DIP nace de la contradicción entre las promesas ilimitadas de la tecnología y los límites del mundo tal como se reflejan en las leyes e instituciones nacionales. En determinadas circunstancias, puede exigirse a los países prohibicionistas que reconozcan los efectos jurídicos de las transacciones realizadas en lugares más permisivos. Esta situación implica generalmente: i) la concertación y ejecución de un acuerdo de gestación por sustitución con arreglo a un derecho extranjero; ii) una relación de ascendencia

gación pionera sobre las relaciones mutuas de los argumentos técnicos de derecho privado con la intervención reguladora arraigada en preocupaciones políticas. El concepto de biopolítica tal y como fue elaborado por M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France* (1978-1978), Seuil, París, 2004, se presta bellamente a un análisis de la inversión del sentido de la autodeterminación enmarcado en la teoría neoliberal de los derechos: desde la piedra angular del ejercicio de los derechos fundamentales hasta la herramienta utilizada por el «empresario de sí mismo» para maximizar sus oportunidades.

genética entre el niño y por lo menos uno de los progenitores previstos, si son una pareja; iii) un certificado de nacimiento legítimo y fiel, y iv) una orden emitida por la autoridad judicial competente del país en que se haya ejecutado el acuerdo. Siempre que se cumpla con estos requisitos, los mecanismos habituales de reconocimiento del Derecho Internacional Privado se aplican y, en última instancia, permiten a los futuros padres recuperar parcialmente los efectos de un contrato nulo en virtud de su legislación nacional. Con el aval de la Corte Europea de Derechos Humanos,[28] esta solución incitó a varias jurisdicciones prohibicionistas —en Francia,[29] España,[30] Italia,[31] Austria[32] y Suiza—[33] a modificar su orientación

[28] CEDH, *Mennesson v. France*, no. 65192/11; *Labassée v. France*, no. 65941/11, 26.6.2014.

[29] Cas. franc., ass. plen., 3.7.2015, n. 14-21323, PB. Cf. M.A. Frison- Roche, *Comprendre la Cour de Cassation (à propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dite GPA)*, en *Petites Affiches*, (2015), p. 4.

[30] Tribunal supremo, 6.2.2014, 247/2014. Véase: H. Fulchiron y C. Guilarte Martin-Calero, *L'ordre public international a l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. A propos de la décision du Tribunal supremo español du 6 février 2014*, en *Revue critique du droit international privé* (2014), p. 531.

[31] App. Milano, 28.12.2016 y Trib. Napoli, 14.7.2011, en *Foro it.* (2012), I, p. 3349. En ausencia de una conexión genética entre los padres y el niño, estas decisiones no se apartan del contenido del fallo de la Corte de Cas. It., 11.11.2014, en *Nuova giurisprudenza civile commentata* (2015), n. 3, p. 239, comentado por C. Benanti, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore, ibid.*, p. 235-249.

[32] *Österreichisches Verfassungsgericht*, 14.12.2011, B 99/12 y B 100/12, (2012), en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, p. 65. Véase: B. Lurger, *Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot*, en *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2013), p. 282, 287.

[33] *Bundesgericht*, 21.5.2015, 5A 748/2014. Véase: L. Engelhardt, *Die Leihmutterschaft im schweizerischen Recht*, in B. Ditzen and M.-Ph. Weller, op. cit. arriba nt. 10, p. 93.

anterior y a autorizar la inscripción en el registro nacional de nacimientos de un certificado extranjero, con efecto limitado al hombre que ha dado su semen para el procedimiento de FIV y que ha reconocido legalmente al niño. Entretanto, en el Reino Unido,[34] Alemania[35] e Italia[36] se ha puesto de manifiesto una orientación judicial diferente, favorable al reconocimiento pleno de las órdenes parentales extranjeras, conforme a los términos del certificado de nacimiento y del acuerdo de subrogación, en nombre del "interés superior del niño".

Este desacuerdo fue encarnado recientemente por dos Cortes nacionales al más alto nivel de sus respectivas jurisdicciones, actuando sobre hechos comparables, pero con interpretaciones muy diferentes de la excepción de orden público. En septiembre de 2018, el *Bundesgerichtshof* / Supremo Tribunal Federal alemán revocó la sentencia del Tribunal de Apelación de Braunschweig, que negaba el reconocimiento de una orden parental emitida por un Tribunal de Distrito del Estado de Colorado, en la que se reconocía a dos cónyuges alemanes como padres de dos hermanos, nacidos de una mujer en ejecución de un acuerdo de subrogación.[37] Unos meses más tarde, en mayo de 2019, las Salas reunidas de la *Corte di Cassazione* italiana anularon una sentencia dictada por la Corte de Apelación de Trento, que había ordena-

[34] Re X and Y (*Foreign Surrogacy*) [2009] 1 FLR 733, Re D (A Child) [2014] EWHC. Véase: C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Medical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Agreements*, en *Medical Law Review* (2016), p. 59.

[35] BGH, 10.12.2014, XII ZB 463/13, (BGHZ 203, 350) (2015) *Neue Juristischen Wochenschrift*, p. 479.

[36] App. Trento, ord. 23.2.2017, mencionada arriba nt. 19.

[37] BGH, XII ZB224/17, 05.09.2018, (2018) *Familienrecht Zeitung*, p. 1846, que revierte OLG Braunschweig 12.04.17, AZ: 1 UF 83/13, (2017) *Familienrecht Zeitung*, p. 972. Este enfoque había sido completamente desarrollado por K. Duden, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs- Völker- und Europarecht*, Möhr, Tübingen, 2015, p. 216.

do el registro de una sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Ontario, reconociendo como padre de dos hermanos nacidos de una madre de sustitución a la pareja civil del hombre que dio su semen para el procedimiento de FIV.[38]

Contrariamente a las expectativas generadas por la oposición trivial entre valores libertarios y valores comunitarios, ningún juicio se basa en una concepción absoluta de lo justo: de hecho, la esencia del desacuerdo es a la vez el rasgo de unión entre ellos. De verdad, ambas Cortes consideraron prioritario para el reconocimiento de una decisión extranjera el criterio del orden público internacional, entendido como un concepto más amplio y generoso que el orden público interno, gobernado por la convergencia de las tradiciones constitucionales nacionales hacia normas comunes de protección de los derechos fundamentales, con un fuerte énfasis en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.[39] Por consiguiente, se pide a los jueces nacionales que determinen si la aplicación del derecho extranjero en el caso examinado estaría en una contradicción tan marcada con la idea de justicia inmanente a los principios básicos del derecho interno para introducir resultados intolerables.[40] Pero mientras que el tribunal alemán fundamentó su decisión en la prioridad de la consideración «*der Schutz des Kindeswohls [...] als Individualschutz des Kindes* (de la protección del bienestar del niño... como protección individual del niño)» con una apreciación *ex ante* del derecho

[38] Cass. civ. it., Salas Reunidas, 08.05.2019, n. 12193, en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* (2019), no. 4, p. 741, comentada por U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità, ibid.*, p. 737.

[39] *Ibídem*, No 12.1; BGH, 10.12.2014, citada arriba nt. 35, párr. 44-45, y 05.09.20198, citada arriba nt. 37, párr. 21-23.

[40] BGH, cit. arriba nt. 37, párr. 15; Cass. civ. it., cit. arriba nt. 38, párr. 12.1-12.2.

de las mujeres y los niños a no ser tratados como objeto de transacciones comerciales,[41] el Tribunal italiano adoptó una perspectiva más vaga. El reconocimiento de una sentencia extranjera que ordene la inscripción del certificado de nacimiento de un niño nacido en ejecución de un acuerdo de gestación por sustitución, se aceptará en la medida en que el hombre designado en el certificado como el padre sea el padre biológico del niño, mientras que se rechazará respecto de su cónyuge, siempre que el sistema jurídico disponga de medios adecuados, como los procedimientos simplificados de adopción,[42] para establecer una relación de parentesco.[43]

En particular, esta sentencia se basa en una decisión del Tribunal Constitucional italiano (22 de noviembre de 2017, n. 272) relativa a un caso de gestación subrogada transnacional, que rechazó una demanda presentada contra el art. 263 del Código Civil italiano, en el supuesto de que no limita la impugnación del reconocimiento de un niño por falta de veracidad a la circunstancia de que la acción responda al interés del propio niño. Según el tribunal, ninguno de los dos intereses puede reclamar la primacía absoluta sobre el otro. En cambio, el juez debe tener en cuenta «variables mucho más complejas»

[41] BGH, cit. arriba nt. 37.

[42] Como el art. 44, secc. 1, d), L. n. 184/1983 (Ley de adopción) en la legislación italiana: véase Cas. civ. it., Salas Reunidas, *supra* nt. 38. Curiosamente, antes del veto impuesto a los acuerdos de gestación subrogada, los tribunales italianos y franceses aplicaban procedimientos especiales de adopción en los matrimonios para determinar la "paternidad" de la esposa del hombre que dio su semen para el procedimiento de FIV: véase M.R. Marella, *Adozione*, Torino, 2000, p. 1.

[43] Un argumento similar se había presentado en un comentario crítico a la decisión anulada por la Corte de Casación de parte de V. Calderai, op. cit. arriba nt. 19, p. 992. Este enfoque es impugnado por los estudiosos que observan que de acuerdo a una (controvertida) interpretación del art. 74 del Código Civil italiano, la adopción de *stepchild* no otorga al niño la misma protección que la adopción plenaria: véase, en particular, G. Ferrando, *I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto*, en *GenJus* (2019), nº 1, p. 6-8.

que la alternativa «verdadero o falso», entre ellas la duración de la relación entre los padres comisionados y el niño, las modalidades de concepción y la disponibilidad de otros instrumentos, como la adopción, que proporcionen una protección adecuada al niño.[44]

En el mismo orden de ideas, la Casación francesa[45] dictaminó en sesiones unidas que el cónyuge del padre biológico de un niño nacido de una madre de sustitución debe recurrir al procedimiento de adopción, subrayando, en una serie de sentencias emitidas por su primera sección, el significado de la adopción como institución a la que se confía la protección del niño.[46] Este punto de vista ha recibido finalmente el respaldo de la Corte Europea de Derechos Humanos. En respuesta a una pregunta planteada por el juez francés de última instancia en virtud del Prot. n. 16, secc. 1-2, CEDH, el Tribunal convino en remitir a los Estados, si no el *an*, el *quomodo* del establecimiento de la relación parental entre el hijo y el cónyuge del padre biológico:[47]

[44] Corte Cost., 22.11.2017, nº 272, en *Giurisprudenza Costituzionale* 62 (2017), nº 6, p. 2970, comentada favorablemente por S. Niccolai, *La regola di giudizio. Un invito della Corte a riflettere sui limiti del volontarismo, ibid.*, p. 2990. Este enfoque flexible de la prueba del mejor interés es discutido críticamente por V. Scalisi, *Maternità surrogata: come «far cose con regole»*, en *Riv. dir. civ.* (2017) no. 5, I, p. 1097, 1111-1112, y M.C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, en *Genlus* (2018) no. 1, p. 85.

[45] Cass. fr., A.p., 3.7.2015, mencionada arriba nt. 29, y n. 824, 5.7.2017.

[46] Cass. fr, 1re Civ., 12.2.2019, n. 785. 1re Civ., 5.7.2017, n. 15-28.597, Bull. 2017, I, n. 163, n. 16-16.901 et n. 16-50.025, Bull. 2017, I, n. 164, n. 16-16.455, Bull. 2017, I, n. 165.

[47] CEDU, 132 (2019) 10.04.2019, para 53. Un análisis comparativo de las repercusiones de la sentencia del CEDH en los ordenamientos francés e italiano es realizado por A. G. Grasso, *Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale*, en *Nuova Giurisprudenza civile commentata* (2019) no. 4, p. 757. El mayor énfasis puesto por la Corte en comparación con sus sentencias anteriores en el margen de apreciación del Estado mitiga en cierta medida el riesgo, subrayado por algunos autores, de que la deferencia al derecho de los niños a que se respete su vida privada «*amounts to compromising the best interest of children in general, i.e. the requirement not to tackle the commodification of children*»: véase K. Trimmings, *Surrogacy Arrangements and the Best Intrerests of the Child*, en E. Bergamini and C. Ragni (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families, Intersentia*, Cambridge, 2019, p. 187 - 208. Una interesante aplicación de la distinción entre las mujeres que actúan como madres de alquiler y los diferentes grupos de mujeres afectadas por la práctica de la subrogación la hace una filósofa jurídica feminista italiana: S. Pozzolo, *Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista*, en *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto* (2016) no. 2, p. 93, y 104.

«*Depending on the circumstances of each case the child's best interest can be served in a suitable manner by other means than the registration of the birth certificate, including adoption, which, with regard to the recognition of that relationship, produces similar effects to registration of the foreign birth details* (Con base en las circunstancias de cada caso, el mejor interés del niño se puede conseguir en manera adecuada, por otros medios distintos del registro del certificado de nacimiento, incluyendo la adopción, que con referencia al reconocimiento de esta relación, produce efectos similares al registro de los datos de un nacimiento extranjero)».

En la sentencia que siguió,[48] la *Assemblée Plenière* francesa fue solicitada por los demandantes de que se pronunciara sobre la cuestión de si una relación parental derivada de la ejecución de acuerdos de subrogación, en ausencia de una relación de ascendencia genética, puede establecerse mediante la «posesión de estado» (art. 311-1 del Code Civil),[49] certificada por una decisión de un juez de primera instancia (o por un acto notarial). Al rechazar esta pretensión, la sentencia puso de relieve el papel de la adopción en el reconocimiento de las sentencias de sustitución extranjeras:[50]

[48] Cass., A.p., 4.10.2019, n. 648 (10-19053).

[49] *Ibid.*, par. 16 y 18.

[50] *Ibid.*, par. 16.

«*il convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant* (conviene privilegiar todas las manera de establecer la filiación permitiendo al juez controlar evidentemente la validez del acto o del juicio de estado civil extranjero con referencia a la ley del lugar de su establecimiento, y examinar las circunstancias particulares en que se encuentra el niño)».

Al mismo tiempo, la Corte subrayó las circunstancias del caso —es decir, la duración excepcional del litigio y el hecho de que la iniciativa del procedimiento de adopción está reservada a los padres— con el fin de *trancher en équité* (solucionar con equitad) la cuestión y finalmente correr el telón de la batalla de quince años entre el Estado francés y la familia Mennesson:[51]

«*Il résulte de ce qui précède, qu'en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X... consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger de A... et B... X... ne saurait être annulée* (Resulta de lo que precede que en el caso específico, tratándose de un litigio que dura desde hace más de quince años, en ausencia de otra vía que permita reconocer la filiación en condiciones que no determinarían una espera desproporcionada al derecho de respetar la vida privada de las Señoras A y B, consagrado por el

[51] *Ibid.*, par. 19.

artículo 8 del Convenio de salvaguardia de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, y puesto que se debe terminar esta espera, la transcripción en los registros del estado civil de Nantes de los actos de nacimiento establecidos al extranjero de A y B no deberá ser anulada)».

Para algunos la línea que separa el reconocimiento pleno de las sentencias de subrogación y el reconocimiento parcial junto con la adopción puede parecer otra distinción sofisticada, minuciosa y, en última instancia, inútil. ¿Por qué tendríamos que adoptar esa línea, si los resultados son esencialmente los mismos? La respuesta a esta pregunta depende de la dimensión constitucional de la excepción de política pública. Porque si el parámetro de orden público internacional significa que una decisión extranjera está sujeta a la excepción siempre que el Tribunal sostenga que la Constitución impediría que la legislación aprobara una ley cercana a la que se basó la decisión extranjera, entonces en el fondo de la cuestión está un problema de legitimidad constitucional. Según el juez alemán, una ley que declare que los contratos de subrogación son jurídicamente vinculantes no sería, en determinadas circunstancias, incompatible con los valores del constitucionalismo europeo, mientras que para los jueces italianos y franceses sí lo sería.

En mi opinión, estos últimos probablemente tienen razón en la cuestión constitucional. Por cierto, no se puede negar *a priori* todo estatuto jurídico a una relación basada en el cuidado y el afecto, si una autoridad judicial de conformidad con la ley de un país extranjero lo establece. Por muy elusiva que sea la fórmula del «interés superior»,[52] sin duda necesitan razones de peso para renunciar a las normas generales de reconocimiento mutuo

[52] Los azares del mejor interés son puestos de relieve con agudeza por M. Di Stefano, *The Best Interests of the Child Principle at the Intersection of Priva-*

y negarse a reconocer un documento oficial expedido por un juez extranjero. Aun así, e independientemente de la cláusula de salvaguardia de conformidad con el art. 8, secc. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es justo reconocer que el interés superior del niño expresa una directriz general, que no es todavía la norma del caso.[53]

En primer lugar, el lector probablemente habrá notado la extraordinaria falta de continuidad entre la premisa —«el interés superior de los niños debe ser salvaguardado»— y la conclusión de que la consideración apropiada del bienestar del niño tiene una prioridad absoluta, incondicional, de todo o nada en todas las cuestiones relativas a su condición. Del reconocimiento de que los niños tienen un interés prominente en mantener la condición que les fue asignada por una sentencia extranjera,[54] simplemente no se desprende que esa sentencia deba ser reconocida en su totalidad.

---

te International Law and Human Rights, en E. Bergamini y C. Ragni (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child*, op. cit., p. 157.

[53] Véase una interpretación de la fórmula del interés superior como *standard* y no como *rule*: J. Eekelaar, *Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children*, en E. Sutherland y L. Barnes Macfarlane, *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and WellBeing*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, p. 99. Esa misma distinción es aplicada a la subrogación por C. Thomale, *Mietmutterschaft. Eine international-privatrechtliche Kritik*, Tübingen 2016, p. 31 y ID. *Das Kinderwohl ex ante - Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft*, en *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (2017), p. 583, 587. En Italia cf.: P. Morozzo Della Rocca, *Diritti del minore e circolazione all'estero del suo stato familiare*, en G.O. Cesaro et al. (eds.), *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico interno e interesse del minore*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 35 - 46.

[54] Ver en las diferentes jurisdicciones europeas: G. Ferrando, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, en *Corriere giuridico* (2017), p. 946; S. Stefanelli, *Procreazione e diritti fondamentali*, en A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli (eds.), *La filiazione e i minori*, en *Trattato di diritto civile*, vol. IV, UTET, Torino, 2018, p. 93; A. Diel, *Leihmutterschaft und Reproduktionstourismus*, Metzner, Frankfurt a.M., 2015, p. 207; C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Medical Dilemmas* op. cit., p. 69.

Del mismo modo, del hecho de que la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos reconozcan la filiación legal fuera de la ascendencia genética y la familia heterosexual,[55] no se desprende que sea legítimo ningún modo de establecer la filiación, para que el interés del niño no disminuya, *a fortiori* si se origina en la evasión de las leyes nacionales, máxime si estas leyes ponen en práctica principios constitucionales fundamentales.[56] La atenta consideración del parámetro del orden público internacional exige sin embargo un examen atento y profundo antes de llegar a la conclusión de que el reconocimiento pleno de las sentencias de subrogación se impone, o incluso simplemente se permite por la ley. Por consiguiente, la respuesta a esa pregunta puede abordarse desarrollando los criterios de identificación de los intereses que pueden, en determinadas condiciones, justificar el recurso a la excepción de orden público.

Se puede elaborar un principio de respuesta examinando los desarrollos del orden público internacional: comparado con un pasado no muy lejano, en el que se asociaba a la soberanía del Estado, su *Leitbild* contemporáneo se caracteriza por el énfasis en la dimensión

---

[55] La intención es la esencia de la regla de reconocimiento de la maternidad según la sentencia en Jonhson vs Calvert (mencionada arriba nt. 11). Al respecto ver: K. Horsey, *Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements*, en *Child and Family Law Quarterly* n. 4 (2010), p. 449; G. Palmeri, *Gestation agreements for others, principle of self-determination and parent responsibility*, en M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci (eds.), *Reproduction and relationships. La subrogación de la maternidad en el corazón de la cuestión de género*, CIRSDe, Turín, 2019, p. 44.

[56] Un asunto similar es hecho por K. Norrie, *Surrogacy in the United Kingdom: An Inappropriate Application of the Welfare Principle*, en E. Sutherland y L. Barnes Macfarlane (eds.), op. cit. arriba nt. 53, p. 165 y 178-179: «*Best interests is not a trump card [...] it is a statutory rule that needs to be interpreted consistently with other – equally valid – statutory rules*».

supranacional del derecho y la consecuente reducción simétrica de la libertad de los Estados para trazar los límites de su participación en una cultura jurídica común, hasta el punto de que la elección del particularismo en defensa de los valores que lo caracterizan parece ya inalcanzable. La exclusión de estos valores, sin embargo, no ofrece un criterio adecuado cuando los intereses que reclaman protección tienen su origen en una práctica considerada ilegal, e incluso criminalizada por el Estado de destino,[57] para proteger los derechos fundamentales de los individuos y grupos más vulnerables.

Cabría preguntarse si la excepción de orden público no sería justificada ante la imposición por contrato de un control casi absoluto sobre la vida y la intimidad de la mujer y del feto,[58] la transformación de la condición del niño no nacido en objeto de un deber de cumplimiento,[59] la violación de la prohibición de hacer del cuerpo humano «como tal» una fuente de lucro (art. 3, Carta Eur. Der. Fund. y art. 21 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina),[60] la elusión de la adopción, como

[57] Esta es una elección compartida por muchos sistemas jurídicos de Europa occidental: a continuación, v. nt. 65. Con un claro *inversionsverfahren* (procedimiento invertido) la excepción de orden público en la judicatura italiana se ha remontado a veces a la sanción penal (véase, por ejemplo, el Ap. Trento, ord. 23.2.2017, arriba n. 19) cuando en realidad ocurre lo contrario: la sanción penal es la consecuencia, no la causa de la infracción del orden público constitucional.

[58] Véase más abajo la sección 5.2.

[59] Véase la sección 2 anterior.

[60] La inviolabilidad de la integridad física, moral y social de todo ser humano, considerado en sí mismo y como representante de la especie (*Gattungswesen*) es el significado de la protección de la «dignidad humana» en biomedicina y justifica los límites de la posesión del cuerpo, incluso cuando tiene la apariencia del acto de autodeterminación. Ver E. Olivito, *Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale*, en S. Niccolai y E. Olivito (eds), *Maternidad, filiación, crianza de los hijos. Los nudos de la subrogación en una perspectiva de derecho constitucional*,

«*the one procedure that is truly geared towards [the interest of the child] and is based on detailed international and national regulation to that effect* (el único medio que es proyectado hacia el interés del niño y que está basado en una reglamentación internacional y nacional detallada para este efecto)».[61] En este caso no parece inadecuado dar certeza y estabilidad a la condición asignada al niño en la mayor medida que permita la salvaguardia de otros intereses constitucionalmente relevantes, según un principio de adecuación y proporcionalidad de los medios a los fines, es decir, el reconocimiento de la sentencia extranjera se limitará al hombre que dio su semen para el procedimiento de FIV, quedando abierto el camino de la adopción de parte de su pareja.

Un reconocimiento más amplio cedería a la lógica del hecho cumplido —en palabras del Tribunal Federal Suizo— con el ineludible y precipitado detrimento de la prohibición de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico nacional.[62] Que es exactamente lo que sucede en varias jurisdicciones europeas.

Jovene, Nápoles, 2017, p. 3-29, en p. 23 el autor comenta: «*la maternità surrogata è in potenza una pratica idonea a cambiare la nostra percezione della vita e della persona umana, poiché – in nuce e in concreto – sottende la pensabilità della loro mercificazione* (La maternidad subrogada podría ser una práctica adeguada a cambiar nuestra percepción de la vida y de la persona humana porque – en hipótesis y en concreto – refleja la idea de considerarlas como mercaderías)».

[61] C. Thomale, *State of play of cross-border surrogacy arrangements – is there a case for regulatory intervention by the EU?*, en *Journal of Private International Law* (2017), p. 463, 471 and ID., *Das Kinderwohl ex ante* op. cit., p. 583-587, a favor de la extensión del procedimiento de adopción a ambos padres comisionados.

[62] *Bundesgericht*, 21.5.2015, mencionado arriba nt. 33, n. 5.3.3. La erosión del control de los Estados sobre los fallos del mercado a través de la ley obligatoria, es el tema de un convincente libro de J. Stark, *Law for Sale: A Philosophical Critique of Regulatory Competition*, Oxford, 2019, p. 126-173.

VI. La cuestión constitucional: La justicia social en la era de la tercera globalización del Derecho

La presión que ejerce la subrogación transfronteriza sobre la identidad constitucional de los sistemas jurídicos prohibicionistas prospera en la tensión entre el énfasis del derecho contemporáneo en la identidad individual y el modelo de justicia social desarrollado en Europa occidental a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Ese modelo tenía un rasgo único, utópico y casi paradójico: unía el universalismo y el particularismo, la reivindicación de los derechos fundamentales a un reconocimiento sin reservas y su relevancia para una comunidad: «*a place in the world that makes opinion significant and actions effective* (un lugar en el mundo que hace una opinión significante y las acciones efectivas)».[63]

Inmanente a esta opinión es la idea de que los seres humanos tienen la misma dignidad social, en cuanto son parte de una comunidad política, y que el objetivo de preservar y mejorar la igual dignidad de los conciudadanos puede justificar la imposición de límites al poder de los individuos para encargar al Estado la aplicación de sus acuerdos privados.[64] Las restricciones impuestas por el Convenio de Oviedo sobre biomedicina y la mayoría

[63] H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1976, p. 296.

[64] Sobre el significado de la dignidad como proyecto de emancipación social: A. Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 169-75. V. en la doctrina italiana: M.R. Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti*, en *Rivista critica del diritto privato* (2007), p. 67; S. Niccolai, *Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia*, en *Genlus* (2017), p. 49. Las implicaciones de la desigualdad social y económica entre las partes del acuerdo de subrogación son analizadas por E. Beck-Gernsheim, *Ware Kind? Kinderwunsch Transnational*, en C. Koppetsch (hrsg.), *Nachrichten aus den Innenwelten des Kapitalismus*, Springer, New York, 2011, p. 99-111.

de los sistemas jurídicos de Europa occidental con referencia a la apropiación del cuerpo humano y sus funciones, incluso cuando adopta la forma de transacciones voluntarias,[65] participan precisamente en esa idea, a saber, que los mercados pueden ser restringidos para proteger los derechos individuales y sociales de terceros, así como los intereses de la sociedad.

El argumento expuesto por el gobierno francés ante el CEDH en los casos conjuntos Mennesson y Labassée para encuadrar la injerencia del Estado en el marco de la «*protection de la santé et [...] des droits et libertés d'autrui* (protección de la salud y de los derechos y libertades de otros)» (art. 8, sec. 2, CEDH) encaja perfectamente en este esquema.[66] Por el contrario, cuando el CEDH, para justificar la restricción del margen de apreciación del Estado, responde que «*un aspect essentiel de l'identité des individus est en jeu dès lors que l'on touche à la filiation* (un aspecto esencial de la identidad de los individuos está en juego en el momento en que se toca la filiación)»,[67] se aparta de ese horizonte.

Se trata seguramente de una salida parcial, limitada como está a la protección del niño, sin referencia a los padres intencionales como tales. Pero incluso según esta estrecha descripción, sin embargo, el retiro de la excepción de orden público antes la privacidad de la relación entre el niño y los padres de intención resuena profundamente en el horizonte post-ideológico de la

[65] Cf. el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, art. 21. En Alemania la prohibición del GPA y la represión de la intermediación están - significativamente - incluidas en la *Adoptionsvermittlungsgesetz*, §§ 13 c, 13d, 14. En Francia la nulidad del acuerdo (art. 16-7 y 16-9 c.c.) se ve reforzada por la sanción penal que se impone a los intermediarios: el art. 227-12, al. 1, c. pen. En la ley italiana, la represión criminal de la intermediación está representada por el arte. 12.6, l. 40/2004, que regula la reproducción asistida.

[66] CEDH, bajo el n. 28, para. n. 60.

[67] *Ibid.*, n. 80.

"tercera globalización del derecho" analizada por Duncan Kennedy.[68]

El turismo reproductivo[69] ofrece, en efecto, una sorprendente experiencia de primera mano sobre la forma en que las identidades individuales pueden desplegar contra las identidades colectivas el mismo potencial abrasivo que en su día esgrimieron estas últimas contra el sujeto jurídico abstracto de los sistemas jurídicos del siglo XIX. La solicitud del interés de los niños en mantener su condición y la consideración de la privacidad de los futuros padres bien podría asegurar la conexión con los derechos humanos necesaria para superar la inalienabilidad de la privacidad corporal y la condición de los padres. En consecuencia, el fundamento constitucional de la prohibición de la subrogación se vuelve repentinamente «transparente», y parece perder su pertinencia,[70] mientras que una industria que por razones obvias de desregulación prospera donde se pisotean los derechos humanos recibe una fachada humanitaria y antidiscriminatoria.[71] El argumento es el siguiente: el prohibicionismo en el país y los mercados clandestinos en el extranjero no disuadirán a las parejas estériles de buscar una progenie; de hecho, puede ocurrir lo contrario: las políticas restrictivas en el país se basan en la «válvula de seguridad» que proporciona la maternidad subrogada comercial transfronteriza.[72] El camino a seguir sería entonces:

[68] D. Kennedy, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, en D. M. Trubek y A. Santos (eds.), *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*, New York, 2006, p. 19, 59.

[69] Ver I. G. Cohen, *Circumvention Tourism*, en *Cornell Law Review* (2012), p. 1309.

[70] M.-A. Frison-Roche, *La gestation pour autrui* op. cit., p. 10: «*la pertinence de la convention de maternité de substitution pour l'établissement de l'état civil est montée d'un écran*».

[71] Ch. Thomale, *Das Kinderwohl ex ante*, op. cit., p. 469.

[72] L. Brunet et al., *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels, 2013, p. 36.

«*not to fully prohibit certain ART and surrogacy, but rather regulate them in a way that ensure the protection of those in need of protection, particularly the surrogate mothers and the children. Any other approach, while protecting ethical views and the dignity of individuals at home, runs the risk that this is done at the expense of sacrificing the same values abroad by effectively condoning or even encouraging exploitation elsewhere – the ethical issue is thus merely exported* (el de no prohibir enteramente ciertas Tecnologías Reproductivas Artificiales, sino regularlas de modo que aseguren la protección de los que la necesitan, en particular las madres subrogadas y los niños. Toda distinta solución mientras proteje valores éticos y la dignidad de los individuos en patria, implica el riesgo que se haga con el sacrificio de los mismos valores al extranjero, condonando de hecho o también favoreciendo la explotación en otros lugares, así la cuestión ética meramente se exporta)».[73]

Esta intervención se haría en forma de regulación del mercado (se permiten los servicios comerciales de gestación subrogada, siempre que cumplan con estrictos requisitos subjetivos y objetivos) o de asignación jerárquica (solo se permiten los servicios de gestación subrogada no comerciales, dentro de un sistema de asignación burocrática).

V. La cuestión regulatoria: Un análisis jurídico y económico

La industria transnacional de los servicios de reproducción se describe a menudo como un fenómeno que se sitúa en el margen extremo del espectro jurídico.[74] El

[73] V. J. Scherpe, *The Present and the Future of European Family Law*, Cheltenham, 2016, p. 98.

[74] *Ibídem*, 93, observando una «*surprising lack of regulation*».

análisis empírico presenta una imagen diferente. La gestación subrogada transnacional, sobre todo, es una práctica intensamente regulada, aunque por un *puzzle* de fuentes heterogéneas —acuerdos privados, derecho legislativo, decisiones de tribunales nacionales e internacionales, autorregulación de la industria— que se va aglutinando lentamente, por así decirlo, bajo la presión de la tecnología y los mercados.

Esta lectura es coherente con una conocida sentencia del CEDH en un caso austríaco, relativa al margen de apreciación de los Estados en la limitación del acceso a la terapia antirretroviral, en la que el Tribunal, *inter alia*, observa:[75]

«*there is no prohibition under Austrian law on going abroad to seek treatment of infertility that uses artificial procreation techniques not allowed in Austria and [...] in the event of a successful treatment the Civil Code contains clear rules on paternity and maternity that respect the wishes of the parents* (conforme al Derecho Austriaco, no existe una prohibición de ir al extranjero para un tratamiento de infertilidad que utiliza técnicas de procreación artificial no permitidas en Austria y, en caso de tratamiento exitoso, el Código Civil contiene reglas claras sobre la paternidad y la maternidad que respetan los deseos de los padres)».

Este pasaje ilustra vívidamente el carácter cuasi-omeostático de la relación entre los poderes públicos y los

[75] CEDH, S.H. y otros c. Austria [GC], no 57813/00, 3 de noviembre de 2011), párr. 82. Esta decisión ha suscitado un animado debate: W. van Hoof y G. Pennings, *The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments*, en *Reproductive Biomedicine Online* (2012), p. 665-69; I.G. Cohen, *S.H. and Others v. Austria and Circumvention Tourism, ibid.*, p. 660-62. S. Arnold, *Fortpflanzungstourismus und Leihmutterschaft im Spiegel des deutschen und österreichischen internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, en S. Arnold, E. Bernat, Ch. Kopetzki (eds.), *Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015. Analyse und Kritik*, Manz, Wien, 2016, p. 125.

derechos privados. El alcance del margen de apreciación del Estado en cuanto a las decisiones reproductivas de sus ciudadanos está en función de la libertad de estos últimos para acceder a una legislación más permisiva, al tiempo que se benefician de los mecanismos de reconocimiento parental que ésta ofrece. Si esa libertad se restringe, también el poder del Estado disminuirá proporcionalmente.

Se podría leer esta doctrina a la luz de la voluntad de la Corte de llegar a un compromiso político entre concepciones antitéticas de la dignidad humana, ya sea como *constraint* o *empowerment*. Esta interpretación es sin duda un argumento de peso a favor de una intervención regulatoria destinada a contrastar los efectos más odiosos del turismo reproductivo, mientras al mismo tiempo se sostiene la libertad reproductiva a nivel nacional.

El objetivo sería poner fin a una práctica «cínica» de «subcontratación de dilemas éticos»,[76] en la que los Estados permisivos funcionan como una red de seguridad para los Estados prohibicionistas, y el prohibicionismo interno alimenta a los mercados clandestinos al exterior.[77]

A veces los argumentos que sustentan la tesis de la externalización son pura erística. La afirmación de que el prohibicionismo refuerza la explotación, por ejemplo, es desmentida empíricamente por el hecho de que la oposición a la industria transnacional de la subrogación en muchos países occidentales ha sido fundamental para

[76] Ver, respectivamente, J. Scherpe y C. Fenton-Glynn, *Subrogación en un mundo globalizado: Comparative Analysis and Thoughts on Regulation*, en J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Cambridge, 2019, p. 518, 577; C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Medical Dilemmas* op. cit., arriba nt. 34.

[77] Véase, por ejemplo, G. Pennings, *Reproductive tourism as moral pluralism in motion*, en *Journal of Medical Ethics* (2002), p. 337; R.F. Storrow, *Judicial review of restrictions on gamete donation in Europe* en *Reproductive Bio Medicine Online* (2012) p. 655 e Id., *The Pluralism Problem in Cross-border Reproductive Care*, en *Human Reproduction* (2010) p. 939-943.

inducir a los gobiernos de la India y Thailandia a revisar su anterior enfoque de libre mercado y renunciar a la subrogación comercial.[78]

Además de las consideraciones de hecho, el argumento de que los Estados prohibicionistas deberían derogar las normas de inalienabilidad contra la venta de la capacidades reproductivas y el estado parental, a menos que no puedan impedir efectivamente que sus ciudadanos se aprovechen plenamente de las regulaciones más indulgentes en el extranjero, es un claro ejemplo de *ignoratio elenchii*: la conclusión no aborda la cuestión pertinente. Se podría decir también que, como los Estados que prohíben el trabajo infantil suelen importar de los países en desarrollo muchas cosas que en realidad se fabrican explotando a los niños, el trabajo infantil debería introducirse en la legislación nacional —de manera respetable y saneada, por cierto— para que no se socave la «integridad» de la legislación nacional.[79] O que como muchos ciudadanos acomodados disfrutan de paraísos fiscales extranjeros, los impuestos progresivos deben ser abolidos de inmediato, para que la oportunidad de esquivar los impuestos «se convierta en un privilegio para los ricos», y así siguiendo.[80] Si no ocurre nada de eso, es porque nuestras sociedades creen, con razón o sin ella, que hay motivo para prohibir el trabajo infantil y mantener la fiscalidad progresiva al interior y que no se ven subvertidas por la competición regulatoria de las legislaciones fiscales y el *dumping* social en el extranjero. En otras palabras, el argumento no considera que la interpretación de las normas —en particular de las normas imperativas— «*hängt [...] in der Luft* (pende en el aire)», como enseñó famosamente Wittgenstein, a falta de unirla a las razones que sustentan esas normas.[81] Tales razones, a su vez, están imbricadas con instituciones, sistemas de valores y modelos sociales —«formas de vida»—[82] y no pueden superarse simplemente señalando otras normas, sin entrar en consideraciones normativas relativas a su mérito y pertinencia intrínsecos.

Sin embargo, los defensores del argumento de la «externalización de los dilemas morales» tienen razón cuando insisten en los resultados discriminatorios e injustos de esta situación. En la medida en que la deslocalización de las facultades reguladoras puede disimular una asignación injusta de recursos culturalmente «trágicos»,[83] como la posibilidad de tener hijos, el resultado de la convergencia de los ordenamientos jurídicos permisivos y prohibicionistas en la infraestructura normativa de los mercados de subrogación transnacional sorprendentemente es similar al funcionamiento de los mecanismos descentralizados de decisión para la asignación de «bienes trágicos» dentro de un único sistema jurídico.[84] Los Estados prohibicionistas delegan *prima facie* a los Estados permisivos la decisión de quién tendrá hijos con

[78] P. Kotiswaran, *India*, en J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy* op. cit., p. 469; S. Hongladarom, *Thailandia, ibid.*, p. 499.

[79] Sobre el argumento de la «integridad de la legislación nacional» aplicado a la subrogación: J. Scherpe y C. Fenton-Glynn, *Subrogación en un mundo globalizado* op. cit., p. 577.

[80] *Ibíd.*, p. 568.

[81] L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, Blackwell, Londres, 1999 [19531], § 198, p. 80.

[82] Ibid., §241, p. 88: «*So sagts du also, daß die Übereinstimmung der Menschen entscheide, was richtig und was falsch ist? - Richtig und falsch ist, was Menschen sagen; und in der Sprache stimmen die Menschen überein. Diese ist keine Übereinstimmung der Meinungen, sondern des Lebensformen* (Así ¿dices que la percepción del hombre distingue lo que es correcto y lo que es falso? Correcto y falso es lo que los hombres dicen y en el lenguaje los hombres los perciben. Ésa no es la percepción de los sentidos, sino de las formas de vida)».

[83] Ver G. Calabresi y Ph. Bobbitt, *Tragic Choices*, Norton, New York, 1978, p. 17-18 para la definición de «bienes trágicos» como aquellos bienes cuya distribución «*arouse emotions of compassions, outrage, and terror*».

[84] *Ibíd.*, p. 53-79.

TRA, la elección se hace realmente por el sistema de precios, pero se ha ocultado la discriminación económica por el lado de la demanda.[85]

Los resultados injustos del prohibicionismo podrían, en efecto, justificar la búsqueda de una reglamentación si se reconociera algo como un derecho fundamental a la descendencia genética.

En los apartados siguientes se argumenta que ese derecho, a pesar de su linaje constitucional, solo podría garantizarse al precio de inyectar más discriminación en los países prohibicionistas de Europa occidental. Por muy hipócrita y contradictorio que les parezca a los partidarios de las soluciones regulatorias, el compromiso actual podría ser una hipocresía necesaria y una contradicción ingeniosa.

1. *La inutilidad de la regulación vertical*

Dado que la maternidad subrogada comercial está en contradicción con la inalienabilidad del cuerpo humano y la condición parental declarada en varias constituciones nacionales y Tratados supranacionales, la regu-

[85] En una línea similar, I.G. Cohen, *S.H. and Others v. Austria and Circumvention Tourism* op. cit., p. 662; aunque admite que hay una serie de «*possible reasons why a home country might justifiably, based on exploitation concerns, maintain a ban at home but not on citizens who travel abroad* (posibles razones por qué un pais, basándose en cuestiones de explotación, justamente pueda establecer una prohibición en patria, pero no impedir a sus ciudadanos de viajar al extranjero)», reconoce que la elección de un régimen de doble rasero es muy probablemente «*a reflection of the general default rule against extraterritorial application of domestic laws and/or a cynical attempt to 'divide and conquer' opponents in favor of more procreative liberty, by providing a way for the wealthy and more informed to opt out of the domestic policy through international travel* (un reflejo de una regla general automática en contra de una aplicación extraterritorial de leyes nacionales y/o una tentativa cínica de 'dividir y mandar' los oponentes favorables a una mayor libertad procreadora, indicando una vía a los más ricos e informados para evitar la solución nacional por medio de un viaje internacional)».

lación vertical parece, a primera vista, la opción más adecuada, según un modelo ampliamente experimentado en las legislaciones de atención sanitaria de toda Europa. Sin embargo, como muestran claramente los ejemplos de la sangre y los órganos humanos, la decisión de rechazar la asignación del mercado afecta en distinta medida a las diferentes categorías de «deudores». Si la prohibición de vender un riñón se explica, entre otras cosas, por la voluntad de impedir al vendedor una elección de la que podría arrepentirse algún día, la misma lógica no se aplica seguramente a la venta de sangre, siendo el fundamento común de la regla de inalienabilidad de los riñones y la sangre más bien la voluntad de retirar del mercado la asignación de los bienes trágicos, incluso a costa de empeorar a los que podrían mejorar su condición con un sacrificio algo limitado.[86]

¿Hasta dónde puede llegar este argumento si reemplazamos la sangre y los riñones con el embarazo? Debemos imaginar una estructura de gobierno jerárquica, que ajuste la oferta y la demanda de servicios de gestación subrogada sobre una base puramente altruista y no discriminatoria: no se permitiría la remuneración, solo la restitución de «gastos razonables», y tanto las mujeres dispuestas a actuar como madres subrogadas como los futuros padres serían elegibles de acuerdo con un sistema de registros, clasificaciones de méritos, licencias y autorización.[87] Sin duda, los padres intencionales no po-

[86] See G. Calabresi and Ph. Bobbitt, *Tragic Choices* op. cit., p. 29-34. En la doctrina italiana véase G. Resta, *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, en *Rivista di diritto civile* (2002), p. 801, 816.

[87] Como ejemplo moderado del modelo burocrático esbozado en el texto se puede considerar la Lei n. 25/2016 portuguesa, que modificó la Lei n. 32/2006 sobre reproducción médica asistida, rechazando la antigua proibición absoluta. La gestación subrogada ha sido concebida por el legislador como un medio excepcional de reproducción asistida: se condiciona a la aparición de una patología médica grave, requiere la utilización de los gametos de al me-

drían ejercer ningún control sobre el inicio y el desarrollo de las gestaciones, incluido el aborto,[88] ni asegurarse de obtener la condición jurídica de padres hasta después del nacimiento, o más tarde, para que no se violaran los derechos fundamentales a la autodeterminación de las mujeres que actuaban como madres de sustitución.[89]

nos uno de los padres y en ningún caso puede utilizarse el ovocito de la mujer que actúa como madre de sustitucion para la FIV. La regulación de los contratos es esencial para este esquema, ya que la ley permite acuerdos de gestación por sustitución únicamente sobre una base no comercial, sujetos a la autorización previa del Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida, basada en el asesoramiento de la Asociación Médica de Oporto. Los derechos de las partes en el acuerdo, incluido el receso contractual, están garantizados por disposiciones obligatorias relativas a la forma y el contenido del contrato. Este marco normativo ha sido alterado por el Tribunal Constitucional, Acórdão n. 225/2018 (http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20180225.html). Aunque elogió el marco general de la «vía portuguesa de la subrogación», el Tribunal anuló varias disposiciones, entre ellas la falta de criterios jurídicos para la autorización de los acuerdos de subrogación por el Consejo Nacional de Procreación Médicamente Asistida y los límites impuestos al derecho de la subrogada a dar su consentimiento. Sobre la legislación portuguesa ver: R. Teixeira Pedro, *Portugal*, en J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, op. cit., p. 229.

[88] Véase más adelante, el ap. 5.2.

[89] Dos decisiones del Tribunal Constitucional de Portugal son un ejemplo de ello. Según la ley que regula la gestación subrogada, las mujeres que actúan como madres de alquiler solo pueden revocar su consentimiento hasta el inicio del procedimiento terapéutico de la FIV. En el Acórdão n. 225/2018 (*supra*, nt. 87) el Tribunal consideró que se trataba de una violación desproporcionada del derecho al desarrollo de la personalidad, de conformidad con el principio de la dignidad humana (párrafo 2 del artículo 18, párrafo 1 del artículo 26 y artículo 1 de la Constitución), y exigió que la revocación del consentimiento se pusiera a disposición de la mujer de alquiler al menos hasta el momento del parto. Esta sentencia provocó una crisis institucional sin precedentes, después de que el Parlamento aprobara una nueva versión de la ley que no acataba la sentencia y el Presidente de la República, por su parte, retuviera la promulgación y decidiera, en cambio, devolverla al Tribunal para una revisión *ex ante* (bastante poco ortodoxa). El 18 de septiembre de 2019, el Tribunal Constitucional confirmó su sentencia anterior, declarando la «*inconstitucionalidade, por violação do direito ao desenvolvimento da personalidade da gestante, interpretado de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, e do direito de constituir família, em consequência de uma restrição excessiva dos mesmo*» (Acórdão n. 465/2019, disponible en: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/

El historial mediocre de los modelos basados en la prohibición de la subrogación comercial y la autorización *ex post facto* de acuerdos no vinculantes testimonia empíricamente que los sistemas de asignación jerárquica son vulnerables a la falta tanto de oferta como de demanda.[90] Tampoco hay motivos para pensar que los regímenes basados en la autorización *ex ante* se desenvolverían mucho mejor, como sugiere la turbulenta historia de la legislación portuguesa.[91] Estos *regulatory failures* pueden explicarse con un simple análisis de los costos de transacción pertinentes. Dar a luz a un niño es, en efecto, una prestación mucho más gravosa que el don de la sangre: sin incentivos económicos ni mecanismos de aplicación, vínculos emocionales se necesitan, y una profunda confianza, que la asignación jerárquica no puede sustituir.[92]

acordaos/20190465.html). Mientras tanto, todos los tratamientos de subrogación en Portugal siguen suspendidos.

[90] Ver para el Reino Unido y los Países Bajos, respectivamente, K. Parizer-Krief, *Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif*, en *Revue international de droit comparé* (2011), p. 645, 646 (subrayando «*l'impossibilité d'inscrire la GPA dans le cadre d'un don gratuit*») y B. van Beers, *Is Europe giving into Baby Markets? Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets*, en *Medical Law Review* (2015), p. 103. Para el Reino Unido, C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Medical Dilemmas* op. cit. arriba del nt. 34, sugiere una reforma basada en la autorización ex ante de los acuerdos comerciales.

[91] V. arriba notas 87 y 89.

[92] O.E. Williamson, *Calculativeness, Trust, and Economic Organization*, en *Journal of Law & Economics* (1993), p. 453, 484: «*Be that as it may, trust, if it obtains at all is reserved for very special relations between family, friends, and lovers. Such trust is also the stuff of which tragedy is made. It goes to the essence of the human condition* (Como que sea, la confianza, si vale, es reservada para relaciones especiales entre familia, amigos y amantes. Dicha confianza también es el material de que se compone la tragedia. Llega a la esencia de la condición humana)».

En consecuencia, muy pocas mujeres estarían dispuestas a actuar como madres sustitutas y la mayoría de los futuros padres preferirían irse al extranjero en lugar de someterse a un control burocrático y dejarse a la discreción de una desconocida.

Curiosamente, mientras que la regulación vertical no funciona como un sustituto de la confianza que requieren las relaciones verdaderamente altruistas, el auténtico altruismo hace innecesaria la regulación legal, ya que la expectativa en ese caso no tiene la calidad de un interés de expectativa, sino debe considerarse más bien como el complemento de las puras, no ejecutables promesas.[93] El carácter super ético de la subrogación verdaderamente altruista es, por lo tanto, lo que explica en última instancia la existencia de un mercado de servicios gestacionales. Con pequeños ajustes, las proverbiales palabras de Smith sobre el papel del interés personal en la división del trabajo social siguen siendo válidas:[94] no es de la benevolencia de los sustitutos e intermediarios de los que esperamos nuestra descendencia, etc. La práctica de la subrogación tal y como la conocemos hoy en día simplemente no existiría sin una industria, un mercado y obligaciones ejecutables.

No es una coincidencia por lo tanto que hay muchos que prefieran optar por la regulación del mercado: ¿no son los mercados regulados por definición superiores a los mercados salvajes y no regulados?

[93] Este punto es perfectamente puesto de relieve por G.B. Ferri, *Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà*, en *Diritto privato*, (1999-2000), p. 327. En el sistema italiano la gestación subrogada con una base verdaderamente altruista podría realizarse mediante el ejercicio del derecho de la madre a negarse a ser nombrada en el certificado de nacimiento (art. 30, secc. 1, D.P.R. 396/2000) junto con el reconocimiento del niño realizado por el hombre que le dio su semen.

[94] A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*, Oxford University Press, Oxford, 1979, p. 19.

2. *La insignificancia de la regulación del mercado*

A pesar de lo que dice Monsieur de La Palisse, hay razones de peso para rechazar la petición de un mercado regulado de servicios de subrogación, y todas ellas tienen que ver con la preocupación por la idea de igualdad y justicia social que sustenta el modelo constitucional europeo. Para medir ese impacto podríamos considerar cómo un régimen hipotético abordaría la cuestión de los recursos contra las infracciones cometidas por las madres de alquiler en áreas tan difíciles y delicadas como las estipulaciones de comportamiento y el derecho al aborto, con base en pruebas empíricas.

Long term contracts suelen exigir a los directores que vigilen estrictamente el desempeño de sus agentes, ya que las infracciones son difíciles de verificar *a posteriori*. Los acuerdos de subrogación no son una excepción. En los países en desarrollo, estos problemas de los organismos se abordan a veces confinando a las madres de alquiler en compuestos durante el tiempo del embarazo bajo un estricto control médico y de comportamiento,[95] como si se tratara de una réplica postcolonial, privatizada y barata de «*The Handmaid Tale*» de Margareth Atwood. Por eficaz que sea, tal vez precisamente porque es eficaz, esta estrategia es claramente inapropiada - cuanto más la aceptación jurídica y social de la subrogación se basa en los valores de la autodeterminación y la autonomía. Por lo tanto, como una solución algo más modesta, los acuerdos en Estados Unidos que permiten la subrogación están repletos de estipulaciones de comportamiento en relación con la alimentación y los hábitos de vida, las prescripciones y exámenes médicos, etc., las veinticuatro horas del día, los siete días de la semana, desde antes del inicio hasta el final del embarazo. Sin embargo, por

[95] I. G. Cohen, *Circumvention Tourism* cit., p. 1324-1326.

regla general, estas cláusulas no establecen disposiciones de indemnización por daños y perjuicios y, aunque así fuera, no es en absoluto evidente que un tribunal estadounidense esté dispuesto a hacerlas cumplir.

Mucho más complicadas son las cuestiones que tratan al aborto. En la precedente perspectiva de un libre mercado, las madres indianas subrogadas tenían que reembolsar los gastos a sus clientes y a la clínica en caso de que decidieran interrumpir el embarazo, lo que ocasionaba que la opción para el aborto fuera bastante gravosa.[96] En sentido opuesto, en un mercado libre los acuerdos de subrogación en Estados Unidos permiten a ambas partes pedir el aborto en cualquier momento y por cualquier causa, aunque normalmente no prevén nada para los daños y perjuicios.[97]

La reticencia de los que preparan dichos contratos en lo que concierne a los remedios, no es casual. Irónicamente procede de la misma razón que justifica la aceptación social de la subrogación: el derecho constitucional a la privacidad, dentro del cual están incluidos los derechos de procreación, de autonomía personal y de aborto, protegidos por reglas enajenables:

[96] *Ibídem*, 1325. Esta característica se anula con el nuevo enfoque estrictamente regulado de la gestación subrogada introducido por el recientemente aprobado *Surrogacy (Regulation) Bill* de 2019. Para abortar se requiere el consentimiento por escrito de la madre de alquiler y la autorización de la autoridad competente, de conformidad con la Ley de terminación médica del embarazo de 1971.

[97] D. Mazer, *Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts*, en *Yale Journal of Law & Feminism* (2017), p. 211, 236. Ver también N. Cahn y J. Carbone, *United States of America*, en J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, op. cit., p. 307-330. Una inquietante investigación empírica es llevada a cabo por D. Danna, *'It's not their pregnancy'. L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi*, en *About Gender. International Journal of Gender Studies* (2014), p. 139. En el Estado de California, una cláusula del contrato que regule la elección de (no) abortar sería inaplicable: véase Johnson vs Calvert, mencionada arriba nt. 11, p. 96-97.

«*If the nature of the right is such that it must be recognized as fully inalienable or market-inalienable, then again, whatever else is happening, there is not an enforceable contract* (Si la naturaleza del derecho es tal que debe reconocerse como enajenable enteramente o bien enajenable para el mercado, entonces no hay un contrato vinculante, a pesar de lo que pueda ocurrir)».[98]

La cultura jurídica más proclive a la libertad de contrato aparentemente tiene dificultades para llegar a un acuerdo sobre un mecanismo que permita empujar el límite de las restricciones acordadas a los derechos fundamentales hasta el punto de la autoesclavitud temporal. De ahí el silencio de las legislaturas estatales y la precariedad de las estipulaciones de comportamiento, las disposiciones obligatorias relativas al aborto e incluso la indemnización por daños y perjuicios ante los tribunales de Estados Unidos.[99]

[98] M.J. Radin, *Boilerplate: the Fine Print, the Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton University Press, Princeton, 2014, p. 181. Agréguese A. L. Allen, *Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human*, en *Harvard Journal of Law & Public Policy* (2018), p. 753. Ver también I. G. Cohen y K. L. Kraschel, *Gestational Surrogacy Agreements* op. cit., p. 91: «*the idea of a judicially super-vised and mandated abortion, even that is what the parties agreed to, seems to be something a US court simply would refuse to order. ... Also unclear is what would happen in the opposite situation, where the contract prohibited having an abortion, but the surrogate did not want to deliver the baby ... Again, specific enforcement, entailing judicial monitoring of the woman to prevent abortion, seems very unlikely. Damages might be possible, but they pose significant quantification challenges* (la idea de un aborto controlado y ordenado judicialmente, aunque es lo que las partes acordaron, parece ser algo que una corte estadounidense simplemente rehúsa ordenar ... También es poco claro lo que ocurriría en la situación opuesta, en que el contrato prohibe abortar, pero la madre subrogada no quiere entregar el niño ... aun, un vínculo específico que implique un monitoraje judicial de la mujer para impeder un aborto, parece muy improbable. Podrían ocasionarse daños, pero su cuantificación pondría significativos problemas)».

[99] I. G. Cohen y K. L. Kraschel, *Gestational Surrogacy Agreements* op. cit., p. 91: «*Damages do not require the same judicial supervision, nor do they require forcing an abortion, but at the same time, it seems that most courts would be loath to do anything that might pressure a woman to choose to have an abortion to avoid*

¿Cómo abordaría estas cuestiones una legislatura nacional europea favorable a la regulación del mercado? La primera opción que se me ocurre es un esquema legal dentro de un marco de libre mercado.[100] A fin de establecer una alternativa creíble a los mercados clandestinos en el extranjero, esta legislación abordaría la cuestión de los recursos, permitiendo generosamente el cumplimiento de los contratos en el espíritu de las doctrinas neoliberales, y se refundiría como parte de una reevaluación general de la distribución de «bienes trágicos» en cumplimiento con un estricto *welfare-economics approach*.[101] Sin embargo, ambas líneas de intervención se verían

paying damages (Los daños no requieren la misma supervisión judicial ni requieren constreñir a un aborto, pero al mismo tiempo, parece que la mayoría de los tribunales podrían ser dispuestos a hacer algo para presionar a una mujer para que aborte con la finalidad de evitar el pago de daños)». Véase en particular el problema de las cláusulas de «reducción selectiva» (es decir, las cláusulas que dan a los futuros padres el derecho a elegir la interrupción de uno o más fetos en caso de embarazo múltiple o anomalía fetal): H. Jones, *Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses*, en *Hastings Law Journal* (2019), p. 595.

[100] Incluso más que la jurisdicción de California, que solo establece requisitos de procedimiento, la legislación rusa es la que se acerca más a un enfoque de libre mercado: véase, respectivamente, N. Cahn y J. Carbone, op. cit., y O. Khazova, *Russia*, ambos en J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, *ibid.*, mencionada arriba nt. 78, p. 281.

[101] Véase E. Landes y R. A. Posner, *The Economics of Baby Shortage*, en *Journal of Legal Studies* (1978), p. 323-48 y R.A. Epstein, *Surrogacy: the Case for Full Contractual Enforcement*, en *Virginia Law Review* (1995), p. 2305-401. Ver también: H. Hansman, *The Economics and Ethics of Markets for Human Organs*, en *Journal of Health Politics, Policy & Law* (1989), p. 57-85; P. H. Schuck, *The Social Utility of Surrogacy*, en *Harvard Journal of Law & Public Policy* (1990) 132; K. D. Krawiec, *Price and Pretense in the Baby Market*, en M. Goodwin (ed.), *Baby Markets: Money, Morals, and the New Politics of Creating Families*, New York, 2009, p. 41-55; Ead., *Altruism and Intermediation in the Market for Babies*, en *Washington & Lee Law Review* (2009), p. 203; Y. Margalit, *In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective*, en *William & Mary Journal of Women & the Law* (2014), p. 423. Para una visión general del marco teórico: L. Kaplow y S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, Cambridge, Mass., 2002. Véase también M.J. Radin, *From Babyselling to Boilerplate: Reflections on the Limits of the Infrastructures of the Market*, en *Osgoode Hall Law Journal* (2017), p. 339.

drásticamente socavadas por los límites establecidos por la mayoría de las constituciones europeas, a la libertad de las partes para regular estas cuestiones por sí mismas. En primer lugar, en lo que respecta a la cuestión de la ejecución, la presión ejercida por los recursos contra el caso de incumplimiento —ya sea en la forma fuerte de ejecución específica o en la forma más leve de indemnización por daños y perjuicios— difícilmente encajaría con los intereses constitucionalmente protegidos de los niños no nacidos y las mujeres embarazadas, ya que el acceso a la regulación del aborto y los derechos de privacidad se encuentran claramente fuera de los límites de la libertad de contrato. En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de la asignación, en la medida en que las objeciones al comercio de médula ósea, sangre y gametos se sostienen igual de bien con el embarazo, el establecimiento de un mercado de servicios para la gestación implicaría casi lógicamente la aceptación de un enfoque parcial de la gestión de los sistemas de atención de la salud: una perspectiva contraria al acceso universal a la atención de la salud, en la que se basan los sistemas de seguridad social europeos.

En ausencia de esa reevaluación dramática y profundamente "reaccionaria",[102] la regulación del mercado probablemente adoptaría la forma de una suspensión limitada y condicionada de los derechos fundamentales relacionados con la intimidad personal, la autonomía, la procreación y la situación familiar, a fin de permitir que la mayoría de las mujeres empobrecidas (y solo las mujeres, en complemento del útero artificial) utilicen su capacidad reproductiva para generar hijos para las personas acomodadas.

[102] Según el significado dado a la palabra por A.O. Hirschmann, *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), p.1991.

Ese plan regulador podría admitir o rechazar la indemnización por daños y perjuicios por infracciones cometidas por mujeres que actúan como sustitutas. El primer escenario apunta a una flagrante violación de las garantías constitucionales, ya que los cuerpos de las mujeres serían considerados *pro tempore* como una utilidad privada, en beneficio de sus clientes. En el escenario alternativo, las madres sustitutas mantendrían un margen sustantivo de control sobre su intimidad, y la invasión del principio de la igualdad de género sería algo atenuado, o encubierto, aunque al precio de una reglamentación costosa e ineficaz, incapaz de competir con mercados más baratos, menos respetuosos de los derechos fundamentales, en el extranjero.

VI. Cuatro propuestas de política del Derecho

Ha pasado más de un siglo desde que Anatole France se burló de las leyes burguesas que, «en un gran sentido de igualdad», prohibían a los ricos y a los pobres dormir bajo los puentes (*Le Lys rouge*, 1894). Basta con sustituir «prohibir» por «permitir» para comprender las razones de la elección aparentemente muy poco práctica de mantener la prohibición de la gestación subrogada, compensada por un reconocimiento parcial del estatuto jurídico obtenido por los padres comisionados en el extranjero.

Si el estado actual de las cosas parece «trágico», no es porque el prohibicionismo o el permisivismo sean intrínsecamente correctos o incorrectos. Es más bien porque en el marco de la creciente desigualdad dentro de las naciones y entre las naciones, los regímenes prohibicionistas y permisivos son como las dos caras de una misma moneda: el mercado transnacional de servicios

de reproducción. Este mercado tiene costos muy elevados tanto para los Estados prohibicionistas (que delegan en el sistema de precios la elección entre quién puede y quién no puede tener hijos) como para los Estados permisivos (que intercambian la desigualdad social y de género con la «libertad» de la mujer para vender su capacidad procreadora). También produce externalidades negativas bilaterales, ya que el prohibicionismo alimenta los mercados locales con consecuencias sociales perjudiciales, y la permisividad socava el imperio de la ley y amenaza los derechos sociales y civiles que se creen inexpugnables con demasiada premura.

En el presente estudio se ha llegado a la conclusión de que la reglamentación interna solo contribuiría a la discriminación económica y de género en el país, sin ofrecer ninguna alternativa creíble a los mercados clandestinos en el extranjero.

De hecho, el derecho privado nacional difícilmente puede asumir por sí solo problemas que tienen una dimensión transnacional. Pero puede y debe actuar teniendo en cuenta la igualdad y el control de riesgos. La protección de la vida familiar, en primer lugar, no justifica la renuncia a la excepción de orden público contra las sentencias de gestación subrogada extranjeras, siempre y cuando el Estado de acogida se acoja a un procedimiento jurídico adecuado (por ejemplo, la adopción simplificada) para establecer la relación parental entre el niño y la pareja del padre biológico de un niño nacido de una gestación subrogada.[103]

En segundo lugar, cuando el acuerdo se ejecuta en condiciones de explotación comparables a la trata de seres humanos, una respuesta a la vez eficaz y consciente del interés de los niños no es una represión penal, que conduce a la separación forzosa del niño de los padres

[103] Véase el ap. 3, y notas adjuntas.

previstos, sino una sanción pecuniaria evaluada a costa de los servicios de gestación subrogada en los países en que la concertación y la ejecución de los acuerdos tienen lugar en un marco de garantías para la salud y la seguridad de las mujeres y los niños.

En tercer lugar, e independientemente del marco jurídico de la maternidad subrogada transfronteriza, el reconocimiento de la condición de padre o madre limitado al padre o madre biológicamente vinculado al niño parece una solución adecuada a la necesidad de equilibrar el interés del niño y las consideraciones de política pública, siempre que el camino de la adopción esté abierto al otro padre.

En cuarto lugar, y por las mismas razones, nada justifica la supervivencia de normas anacrónicas y discriminatorias en los sistemas jurídicos que prohíben la adopción a las personas solteras y a las parejas homosexuales.

Bibliografía

Allen, Adeline A. "Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human". *Harvard Journal of Law & Public Policy* 41, no. 3 (2018), pp. 753-811.

Allen, Anita L. "The Socio-Economic Struggle for Equality: The Black Surrogate Mother." En *Applications Of Feminist Legal Theory*, edited by D. Kelly Weisberg, pp. 1117–1125. Philadelphia: Temple University Press, 1996.

Arendt, Hannah, *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harvest Book, 1976.

Arnold, Stefan, "Fortpflanzungstourismus und Leihmutterschaft im Spiegel des deutschen und österreichischen internationalen Privat- und Verfahrensrechts". En *Das Recht der Fortpflanzungsmedizin 2015. Analyse und Kritik*, edited by S. Arnold, E. Bernat, Ch. Kopetzki, pp. 125-67. Wien: Manz, 2016.

Aynès, Lauren, "Le préjudice de l'enfant né handicapé: le plant de Job devant la Cour de Cassation". En *Dalloz*, no. 6 (2001), pp. 492-496.

Beck-Gernsheim, Elisabet, "Ware Kind? Kinderwunsch Transnational". En *Nachrichten aus den Innenwelten des Kapitalismus*, edited by C. Koppetsch, pp. 99-112. New York: Springer, 2011.

Benanti, Claudia, "La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore". En *Nuova giurisprudenza civile commentata* 31, no. 2 (2015), pp. 235-248.

Benjamin, Walter, "Das Kunstwerk im Zeitalter seiner technischer Reproduzierbarkeit". En *Illuminationen. Ausgewählte Schriften*, vol. I. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1977.

Brunet, Laurence, Carruthers, Janeen, Davaki, Konstantina, King, Derek, Marzo, Claire, Mccandless, Julie, "A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States." Brussels, 2013. Disponible al enlace: *http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403.*

Bureau of the Dutch National Rapporteur on Trafficking in Human Beings. *Human trafficking for the purpose of the removal of organs and forced commercial surrogacy*. The Hague, 2012.

Cahn, Naomi and Carbone, June, "United States of America". En *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, edited by J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, pp. 307-330. Cambridge: Intersentia, 2019.

Calabresi, Guido and Bobbitt, Philip, *Tragic Choices*, New York, Norton, 1978.

Cohen, I. Glenn, "Circumvention Tourism." *Cornell Law Review* 97, no. 6 (2012), pp. 1309-1398.

——, "S.H. and Others v. Austria and Circumvention Tourism." *Reproductive BioMedicine Online* 25 (2012), pp. 660-662.

Cohen, I. Glenn, and Kraschel, Katherine L., "Gestational Surrogacy Agreements: Enforcement and Breach." En *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, edited by E. Scott Sills, pp. 85-92. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

Calderai, Valentina. "Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale". *Nuova giurisrudenza civile commentata* 33, no. 7-8 (2017), pp. 986-993.

Comité Consultatif National d'Ethique pour les sciences de la vie et de la santé. "Avis du CCNE sur les demandes sociétales de recours à l'assistance médicale à la procréation". *http://www.ccne-ethique.fr* (2017).

Danna, Daniela, "*It's not their pregnancy*. L'aborto nei contratti di maternità surrogata statunitensi" *About Gender. International Journal of Gender Studies* 3 (2014), pp. 139-173.

Di Stefano, Marcella, "The Best Interests of the Child Principle at the Intersection of Private International Law and Human Rights". En E. Bergamini and C. Ragni (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, edited by E. Bergamini and C. Ragni, pp. 157-170. Cambrige: Intersentia, 2019.

Duden, Konrad, *Leihmutterschaft im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht: Abstammung und ordre public im Spiegel des Verfassungs- Völker- und Europarecht.* Tübingen: Möhr Siebeck, 2015.

Eekelaar, John, "Two Dimensions of the Best Interests Principle: Decisions About Children and Decisions Affecting Children". En *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well- Being*, edited E. Sutherland and L. Barnes Macfarlane, pp. 99-111. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Engelhardt, Lisa, "Die Leihmutterschaft im Schweizerischen Recht". En *Regulierung der Leihmutterschaft. Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen*, edited by B. Ditzen and M.-Ph. Weller, pp. 93-100. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

——, "Die Leihmutterschaft im US-amerikanischen Recht am Beispiel von Kalifornien und New Hampshire." En *Regulierung der Leihmutterschaft. Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen*, edited by B. Ditzen and M.-Ph. Weller, pp. 133-146. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

Epstein, Richard A., "Surrogacy: the Case for Full Contractual Enforcement." *Virginia Law Review* 81 (1995) 2305-2401.

Fabre-Magnan, Muriel, *La gestation pour autrui. Fictions et réalité*, París, Fayard, 2013.

Fenton-Glynn, Claire, "Outsourcing Medical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Agreements". *Medical Law Review* 24 (2016), pp. 59-75.

Ferrando, Gilda, "I bambini, le loro mamme e gli strumenti del diritto". *GenJus* 6, no. 1 (2019), pp. 6-17.

——, "Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli *status filationis*." *Corriere giuridico* 34 (2017), p. 946-966.

Ferri, Giovan Battista, "Dall'intento liberale al cosiddetto impegno etico e superetico: ovvero l'economia della bontà." *Diritto privato* 6-7 (1999-2000), pp. 327-464.

Foucault, Michel, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France* (1978-1978), París, Seuil, 2004.

Frison-Roche, Marie-Ange, "Comprendre la Cour de cassation (à propos des deux arrêts d'Assemblée plénière du 3 juillet 2015 sur la pratique des maternités de substitution (dite GPA)." *Petites Affiches* 404 (2015), pp. 4-20.

FULCHIRON, H. and GUILARTE MARTIN-CALERO, C., "L'ordre public international a l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. A propos de la décision du Tribunal supremo español du 6 février 2014". *Revue critique du droit international privé* 6 (2014), pp. 531-558.

GARRISON, Martha, "Regulating Reproduction", *George Washington Law Review* 76, no. 6 (2008), pp. 1623-1656.

GATTUSO, Marco, "Dignità della donna, qualità delle relazioni familiari e identità personale del bambino". *Questione Giustizia* 30, no. 2 (2019), pp. 74-92.

GREELY, Hank, *The End of Sex and the Future of Human Reproduction*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2016.

GRASSO, Alfio G., "Maternità surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale". *Nuova Giurisprudenza civile commentata* 35 no. 4 (2019), pp. 757-764.

HALL, Eliza, "From European Theory to American practice: the United States as a laboratory for Surrogacy Law". En *Regulierung der Leihmutterschaft. Aktuelle Entwicklungen und interdisziplinäre Herausforderungen*, edited by B. Ditzen and M.-Ph. Weller, pp. 69-80. Tübingen: Mohr Siebeck, 2018.

HALLEY, J., "What is Family Law?: A Genealogy. Part II". *Yale Journal of Law & the Humanities* 23, no. 2 (2011), pp. 189-293.

HANSMANN, Henry, "The Economics and Ethics of Markets for Human Organs." *Journal of Health Politics, Policy & Law* 14 (1989), pp. 57-85.

HIRSCHMANN, Albert O., *The Rhetoric of Reaction. Perversity, Futility, Jeopardy*. Cambridge (Mass): Harvard University Press, 1991.

HOLLINGER, J. H. *Adoption Law and Practice*. New York: Matthew Bender & C., 2019.

HOLLINGER, J. H. and CAHN, N., "Forming Families by Law - Adoption in America Today". *Human Rights* 36 (2009), pp. 16-19.

HONGLADAROM, Soraj, "Thailand." In *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, edited by J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, pp. 499-511. Cambridge: Intersentia, 2019.

HORSEY, Kirsty, "Challenging presumptions: legal parenthood and surrogacy arrangements". *Child and Family Law Quarterly* 22, n. 4 (2010), pp. 449-474.

JONES, Holly, "Contracts for Children: Constitutional Challenges to Surrogacy Contracts and Selective Reduction Clauses". *Hastings Law Journal* 70, no. 2 (2019): pp. 595-620.

LANDES, Elisabeth and POSNER, Richard A. "The Economics of Baby Shortage." *Journal of Legal Studies* 7 (1978), pp. 323-348.

LURGER, B. "Das österreichische IPR bei Leihmutterschaft im Ausland – das Kindeswohl zwischen Anerkennung, europäischen Grundrechten und inländischem Leihmutterschaftsverbot." *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 32 (2013), pp. 282-289.

KAPLOW, Louis and SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2002.

KHAZOVA, Olga A. "Russia." *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, edited by J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, p. 281-306. Cambridge: Intersentia, 2019.

KENNEDY, Duncan, "The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law". *European Review of Private Law* 1 (2001), pp. 7-28.

——, "Three Globalizations of Law and Legal Thought". In *The New Law and Economic Development: a Critical Appraisal*, edited by D. M. Trubek and A. Santos, pp. 19-73. New York. Cabridge University Press, 2006.

——, "Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought". *American Journal of Comparative Law* 58 (2010), pp. 811-841.

Kotiswaran, Prabha. "India." En *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, edited by J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, pp. 499-511. Cambridge: Intersentia, 2019.

Krawiec, Kimberly D. "Altruism and Intermediation in the Market for Babies." *Washington & Lee Law Revew* 66 (2009), pp. 203-257.

——, "Price and Pretense in the Baby Market." En *Baby Markets: Money, Morals, and the New Politics of Creating Families*, edited by M. Goodwin, pp. 41-55. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

Marella, Maria Rosaria, "Adozione". In *Digesto delle discipline provatistiche. Sezione civile*, agg., Torino: Utet, 2000.

Marella, Maria Rosaria, "Il fondamento sociale della dignità umana. Un modello costituzionale per il diritto europeo dei contratti." *Rivista critica del diritto privato* 25, no. 1 (2007), pp. 67-103.

Mason, J. Kenyon, *The Troubled Pregnancy. Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Mazer, Deborah S., "Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts." *Yale Journal of Law & Feminism* 28, no. 1 (2017), pp. 211-240.

Morozzo della Rocca, Paolo, "Diritti del minore e e circolazione all'estero del suo stato familiare". En *La famiglia si trasforma. Status familiari costituiti all'estero e loro riconoscimento in Italia, tra ordine pubblico interno e interesse del minore*, a cura di G. O. Cesaro, P. Lovati, G. Mastrangelo, pp. 35-48. Milano: Franco Angeli, 2014.

Niccolai, Silvia, "Alcune note intorno all'estensione, alla fonte e alla ratio del divieto di maternità surrogata in Italia." *GenIus* 5, no. 2 (2017), pp. 49-59.

——, "Liberare la maternità lesbica dal discorso neutro sull'omogenitorialità: un interesse di tutte (e di tutti)". En *Nel nome della madre. Ripensare le figure della maternità*, edited by D. Brogi, T. De Rogatis, C. Franco, L. Spera, pp. 43-59. Roma: Del Vecchio, 2017.

Norrie, Kenneth McK, "Surrogacy in the United Kingdom: An Inappropriate Application of the Welfare Principle". En *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the Child: Best Interests, Welfare and Well- Being*, edited by E. Sutherland and L. Barnes Macfarlane, pp. 165-179. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

Olivito, Elisa, "Una visione costituzionale sulla maternità surrogata. L'arma spuntata (e mistificata) della legge nazionale". En *Maternità, filiazione, genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva di diritto costituzionale*, edited by S. Niccolai and E. Olivito, pp. 3-29. Napoli: Jovene, 2017.

Palmeri, Giuseppa, "Accordi di gestazione per altri, principio di autodeterminazione e responsabilità genitoriale, in M. Caielli, B. Pezzini." En *Riproduzione e relazioni. La surrogazione di maternità al centro della questione di genere*, edited by M. Caielli, B. Pezzini, A. Schillaci, pp. 44-81. Torino, 2019.

Parizer-Krief, Karène, "Gestation pour autrui et intérêt de l'enfant en Grande-Bretagne. De l'indemnisation raisonnable de la gestatrice prévue par la loi à la reconnaissance judiciaire des contrats internationaux à but lucratif", *Revue intérnational de droit comparé* 63, no. 3 (2011), pp. 645-59.

Pennings, Guido, "Reproductive tourism as moral pluralism in motion." *Journal of Medical Ethics* 28, no. 6 (2002), p. 337-41.

Posner, Richard A., "The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood." *Journal of Contemporary Health Law and Policy* 5 (Spring 1989), pp. 21-31.

Pozzolo, Susanna, "Gestazione per altri (ed altre). Spunti per un dibattito in (una) prospettiva femminista". *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto* 3 no. 2 (2016), pp. 93-110.

Radin, Margareth J., *Boilerplate: the Fine Print, the Vanishing Rights, and the Rule of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

Radin, Margareth J., "From Babyselling to Boilerplate: Reflections on the Limits of the Infrastructures of the Market". *Osgoode Hall Law Journal*, 54 (2017), pp. 339-376.

Resta, Giorgio, "La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)". *Rivista di diritto civile* 48, no. 6, (2002), pp. 801-848.

Salanitro, Ugo, "Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità". *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 35, no. 4 (2019), pp. 737-741.

Scalisi, Vincenzo, "Maternità surrogata: come «far cose con regole»". *Riv. dir. civ.* 63, no. 5 (2017), pp. 1097-1114.

Scherpe, Jens, *The Present and the Future of European Family Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

Scherpe, Jens and Fenton-Glynn, Claire, "Surrogacy in a globalised world Comparative Analysis and Thoughts on Regulation". En *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, edited by J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, pp. 518-592. Cambridge: Intersentia, 2019.

Schuck, Peter H., "The Social Utility of Surrogacy". *Harvard Journal of Law & Public Policy* 13, no. 1 (Winter 1990), pp. 132-138.

Scott, Elisabeth S., "Surrogacy and the Politics of Commodification". *Law and Contemporary Problems* 72, no. 3 (Summer 2009), pp. 109-146.

Scott, Elisabeth S. and Scott, Robert E., "From Contract to Status: Collaboration and the Evolution of Novel Family Relationships". *Columbia Law Review* 115, no. 2 (March 2015), pp. 293-374.

Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of the Nations*, Oxford, Clarendon, 1979.

Spar, Debora L., "For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy". *Review of International Political Economy* 12, no. 2 (May 2005), pp. 287-209.

——, "As You Like It: Exploring the Limits of Parental Choice in Assisted Reproduction." *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice* 27, no. 2 (2009), pp. 481-492.

Spivak, Carla, "The Law of Surrogate Motherhood in the United States." *The American Journal of Comparative Law* 58, Supplement: Welcoming the World: U. S. National Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law (2010), pp. 97-114.

Somek, Alexander, *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

Stark, Johanna, *Law for Sale: A Philosophical Critique of Regulatory Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2019.

Stefanelli, Stefania, "Procreazione e diritti fondamentali". En *Trattato di diritto civile*, IV, edited by A. Sassi, F. Scaglione, S. Stefanelli, pp. 93-175. Torino: UTET, 2018.

Storrow, Richard F., "Judicial review of restrictions on gamete donation in Europe", *Reproductive Bio Medicine Online* 25 (2012), pp. 655–659.

Storrow, Richard F., "The Pluralism Problem in Cross-border Reproductive Care". *Human Reproduction* 25 (2010), pp. 2939-2943.

TEIXEIRA PEDRO, Rute, "Portugal". En *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, edited by J. Scherpe, C. Fenton-Glynn, T. Kaan, pp. 229-257. Cambridge: Intersentia, 2019.

THOMALE, Chris, "State of play of cross-border surrogacy arrangements-is there a case for regulatory intervention by the EU?" *Journal of Private International Law*, 13 (2017), pp. 463-473.

——, *Mietmutterschaft. Eine international- privatrechtliche Kritik*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

——, "Das Kinderwohl ex ante – Straßburger zeitgemäße Betrachtungen zur Leihmutterschaft." *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 37, no. 6 (2017), pp. 583-590.

THOMAS, Yan, "Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales". *Droits* 21 (1995), pp. 17-93.

——, "Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit". *Le Débat* 100 (Mai-Août 1998), pp. 85-107.

——, "Le sujet concret et sa personne. Essai d'histoire juridique rétrospective". En *Du droit de ne pas naître*. À propos de l'affaire Perruche, edited by O. Cayla and Y. Thomas, pp. 89-170. Paris: Gallimard, 2002.

TRIMMINGS, Katarina, "Surrogacy Arrangements and the Best Intrerests of the Child". En *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families*, edited by E. Bergamini and C. Ragni, pp. 187-208. Cambrige: Intersentia, 2019.

VALÉRY, Paul, "La conquête de l'ubiquité". En *Œuvres*, vol. II, pp. 1283-1287. París, Gallimard, 1960.

VAN BEERS, Britta, "Is Europe Giving in to Baby Markets? Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets". *Medical Law Review* 23, no. 1 (Winter 2015), pp. 103-134.

VAN HOOF, Wannes and PENNINGS, Guido, "The consequences of S.H. and Others v. Austria for legislation on gamete donation in Europe: an ethical analysis of the European Court of Human Rights judgments", *Reproductive Biomedicine Online* 25 (2012), pp. 665-669.

VENUTI, Maria Carmela, "Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente", *GenIus* 6, no. 1 (2018), pp. 85-100.

WILLIAMSON, Oliver E., "Calculativeness, Trust, and Economic Organization". *Journal of Law & Economics*, 36, no. 1 (April 1993), pp. 453-486.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophische Untersuchungen. Philosophical Investigations*, London, Blackwell, 1999.