Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición

Coordinadores

ALDO PETRUCCI

RODOLFO GÓMEZ ALCALÁ

Presentación

Ricardo Antonio Silva Díaz

Presentazione

Francesco Dal Canto

Escuela Libre de Derecho

1912

Università di Pisa

Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición

Coordinadores
ALDO PETRUCCI
RODOLFO GÓMEZ ALCALÁ

Presentación
Ricardo Antonio Silva Díaz

Presentazione
Francesco Dal Canto

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

UNIVERSITÀ DI PISA

Los derechos del cuerpo humano y sus actos de disposición

Primera edición, 2021

D. R. © Escuela Libre de Derecho, 2021
D. R. © Università di Pisa, 2021

D. R. Del diseño editorial
Procesos Editoriales Don José, SA de CV
Ganaderos 149, Granjas Esmeralda
09810, Iztapalapa, Ciudad de México

ISBN 978-607-99541-3-0

Todos los derechos reservados.

Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni registrada o transmitida por un sistema de reproducción de información o cualquier otro medio, sea éste electrónico, mecánico, fotoquímico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin permiso por escrito previo de los titulares de los derechos.

Impreso en México/*Printed in Mexico*

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
DIRECTORIO

Rector
Ricardo Antonio Silva Díaz

Junta Directiva
Fernando Cataño Muro Sandoval
Ligia Claudia González Lozano
Álvaro J. Altamirano
Claudia Aguilar Barroso
Juan Pablo Estrada Michel

Secretarios
José Manuel Villalpando
Secretario académico

Renata Sandoval Sánchez
Secretaria de administración

Cecilia Lizardi Tort
Secretaria de posgrado

Arturo Ramos Sobarzo
Director del Centro de Investigación e Informática Jurídica

Manuel Alexandro Munive Páez
Director de doctorado

Comité editorial
Juan Pablo Estrada Michel
Director

Francisco de Icaza Dufour
Director honorario

Lizbeth América Cedillo Valderrama
Rodolfo Gómez Alcalá
Rafael Estrada Michel
Francisco Pablo Muñoz Díaz
Arturo Ramos Sobarzo
José Manuel Villalpando

ÍNDICE

Presentación XIII
Ricardo Antonio Silva Díaz

Presentazione XVII
Francesco Dal Canto

Introducción. Los derechos del cuerpo XIX
Aldo Petrucci
Rodolfo Gómez Alcalá

Primera parte
DERECHO ROMANO
E
HISTORIA DEL DERECHO

Los actos de disposición del propio cuerpo en el Derecho Romano: lugares comunes y datos de las fuentes 3
Alessandro Cassarino

Disposiciones sobre la disposición del cuerpo en interpretación de la jurisprudencia romana y sus alcances en el concepto de la obligación ... 41
Juan Cortiñas Barajas

Nadie es dueño de sus miembros: "*Nemo est dominus membrorum suorum*". Una *regula iuris* para los actos de disposición del propio cuerpo..... 59
ANDREA LANDI

SEGUNDA PARTE

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

Actos del final de la vida: Suspensión de tratamientos vitales y ayuda al suicidio. Los principios constitucionales y su aplicación por parte de los Tribunales Supranacionales, Constitucionales y de los Jueces Ordinarios..... 87
ROBERTO ROMBOLI

Derechos y actos de disposición del cuerpo humano a la luz del Derecho Constitucional y Administrativo en México..... 131
MOISÉS ABDUL SMEKE ROSELLÓN

TERCERA PARTE

DERECHO CIVIL

Salir del mito regulador. La prohibición de la maternidad subrogada y los fundamentos del constitucionalismo europeo..... 207
VALENTINA CALDERAI

Derechos de disposición sobre el cuerpo humano. Algunas consideraciones desde el Derecho Civil.. 267
CARLOS ANTONIO MORALES MONTES DE OCA

CUARTA PARTE

DERECHO PENAL

La maternidad subrogada desde la perspectiva del Derecho Penal. El caso italiano y el problema del "turismo procreativo" 331
ANTONIO VALLINI

Aspectos penales de la maternidad subrogada 381
RAÚL OMAR GARCÍA MOLINA

QUINTA PARTE

BIOÉTICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Cuerpo como máquina. Consideraciones sobre la maternidad subrogada..... 427
TOMMASO GRECO

Enfoque bioético de la maternidad subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano, como acto de disposición del cuerpo humano..... 471
FERNANDO CATAÑO MURO SANDOVAL

Voluntad procreacional y familias monomaternales: el libre desarrollo de la personalidad a examen . 499
JOSÉ JULIÁN DOMÍNGUEZ ARROYO

PRESENTACIÓN

Ricardo Antonio Silva Díaz
Rector
Escuela Libre de Derecho

A raíz de los estudios publicados a finales de las décadas de los cuarenta y cincuenta del siglo pasado en los Estados Unidos por Alfred Kinsey, conocidos popularmente como los *reportes Kinsey*, se comenzó a ver al cuerpo humano con otro enfoque muy diferente, novedoso y desligado del talante espiritual con que tanto las religiones preponderantes como la gran tradición filosófica y científica occidental lo habían revestido. De dichas investigaciones, que mantienen aun hoy en día el mismo carácter controversial que cuando aparecieron, se desprendió que debía verse al cuerpo humano con base en sus propias necesidades y cuidados, que debíamos atender y satisfacer, como lo hacen los otros seres vivos, sin tener remordimientos o sentimientos negativos.

En ese sentido, como lo afirma el brillante constitucionalista y iusfilósofo Robert P. George, de la Universidad de Princeton, dichos estudios, junto con las revoluciones sexuales, científicas y tecnológicas de los años recientes, nos han llevado a superar las barreras tradicionales respecto de cómo pensamos, sentimos y utilizamos nuestros cuerpos. En efecto, gracias a estos grandes cambios, se ha llegado a extender la duración de nuestras vidas, mejorar su calidad, generar vida por métodos

artificiales, hallarle otro sentido a nuestra sexualidad, predecir con relativa certeza las enfermedades que le pondrán término a nuestra existencia, o el gran sufrimiento que provocarán a las personas, la posibilidad de trasplantar o mejorar órganos. Todo ello finalmente nos ha llevado a preguntarnos si en realidad a nuestro cuerpo no le corresponderían, además de sus propios requerimientos, desatendidos en otros tiempos, sus propias prerrogativas como parte importante de la autonomía personal, de la dignidad humana, y que deben ser tuteladas por el Derecho.

Sin embargo, como se mostrará en esta obra, nuestras concepciones y visiones de carácter religioso, filosófico, científico, y sobre todo a partir de nuestros sistemas normativos, siguen todavía ancladas en concepciones pasadas y, por ello, sin posibilidad de hacer frente a estos grandes cambios ni de aportar respuestas adecuadas a los problemas vitales que se les presentan a los hombres día con día.

Por ello, la Escuela Libre de Derecho y el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa han considerado como relevantes para su sexta investigación conjunta los problemas jurídicos nacionales, regionales y globales que se han producido por estas revoluciones y los nuevos "derechos", si es que se puede decir así, que se le han dado a nuestro cuerpo. Con estos estudios no solo se trata de entender el origen y los alcances de los problemas que han aparecido en torno a este tema, sino de encontrar elementos de las áreas de historia del derecho, derecho romano, derecho constitucional, derecho civil, derecho penal, junto con la filosofía jurídica y la bioética, que den soluciones a los problemas que se han suscitado ante el desafío de las revoluciones indicadas.

De esta forma, en este libro que ahora me complazco en presentar, se incluyen diversas investigaciones realizadas por los muy cualificados profesores de ambos ins-

titutos, que tratan de adentrarse en la problemática y los intentos de solución de las cuestiones más delicadas que han aparecido, como son, entre otras, la procreación de la vida, su prolongación artificial con los avances médicos, el aborto, la maternidad subrogada, el trasplante y la donación de órganos, tratando de demostrar la diversidad que existe en las regulaciones mexicana e italiana, pero también adentrándose en los sistemas regionales de derechos humanos en los que se encuentran comprendidos ambos países, para resaltar los puntos comunes y elementos compartidos que nos permitan atender a estas preocupaciones, buscando, además, un diálogo continuo entre sistemas jurídicos diferentes. Esperamos que su lectura no solo ayude a resaltar la importancia de esta problemática, sino que contribuya a la actualización de nuestros sistemas normativos, introduciendo nuevos elementos para su reforma y evolución. En ese sentido, ambos institutos quieren contribuir al desarrollo de nuestra ciencia jurídica, que a pesar de sus diferencias, pertenece a una misma familia de gran tradición en todo el mundo.

Como las investigaciones anteriores, la presente se encuentra totalmente redactada en español porque lo que se busca es que llegue al mayor auditorio posible de especialistas y personas interesadas de habla hispana y así difundir el pensamiento, las regulaciones, decisiones y las discusiones doctrinales que se dan no solo en nuestro continente, sino además en el europeo.

Quiero agradecer al profesor Francesco Dal Canto, director del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, por su decidido apoyo para continuar con estas investigaciones conjuntas, que sin duda fortalecen y hermanan a ambos institutos, así como a los profesores investigadores autores de esta obra no solo por compartir sus conocimientos, su experiencia, su tiempo, sino también sus recursos económicos y materiales, para que

esta investigación pudiera publicarse a pesar de haberse desarrollado durante la pandemia, la cual no evitó que se concluyera y hoy pueda darse a conocer.

Con esta publicación también queremos honrar a nuestra escuela, que está por cumplir sus ciento diez años, y por ello en la portada, a título de homenaje, hacemos referencia a uno de nuestros sellos característicos, como lo es nuestra manera de evaluar, y de ahí que hemos creído conveniente enseñar nuestro salón de exámenes profesionales, en el que tantos prestigiados juristas han concluido su formación universitaria.

Nuestro reconocimiento también a los profesores y personal de ambas instituciones, que contribuyeron a darle forma definitiva a esta obra, tomando en cuenta que no solo se busca preparar a los jóvenes en el campo del Derecho, sino sobre todo desarrollar y difundir el conocimiento jurídico, para el bien de nuestras naciones.

Diciembre del 2021

PRESENTAZIONE

Francesco Dal Canto
Direttore del Dipartimento

Dopo tre anni di intenso lavoro vede la luce il presente volume, in cui sono racchiusi i risultati della sesta ricerca congiunta fra la *Escuela Libre de Derecho* di Città del Messico ed il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa, dedicata al tema dei diritti del corpo umano e degli atti di disposizione dello stesso. La sua pubblicazione non è solo motivo di grande soddisfazione in quanto ulteriore risultato dell'Accordo di Collaborazione avviato fra le due Istituzioni nel 2004, ma rappresenta anche un barlume di viva speranza in un momento in cui il mondo è ancora afflitto dall'emergenza sanitaria, economica e sociale dovuta al coronavirus.

Il libro attuale si aggiunge alle altre cinque opere già edite su tematiche giuridiche di ampio respiro e di spiccata attualità: "*La crisi della legge*" (2007); "*Principi e regole*" (2011); "*La responsabilità giuridica del giudice, del funzionario pubblico e dei professionisti*" (2013); "*La reazione formale e sostanziale dei diritti di fronte alla crisi economica*" (2015); "*L'accesso alla giustizia*" (2018). Tutte si sono caratterizzate per l'approccio interdisciplinare agli argomenti, per il confronto fra i due ordinamenti e per il fecondo dialogo fra cultori di materie diverse in una prospettiva sia diacronica che sincronica.

Anche in questa nuova ricerca sono stati coinvolti docenti di entrambe le Istituzioni con differenti competenze: di ambito storico – giuridico, di diritto costituzionale, civile e penale, di filosofia del diritto e bioetica. In particolare, seguendo l'ordine del libro, si devono agli studiosi pisani i contributi: *"Los actos de disposición del propio cuerpo en el Derecho Romano: lugares comunes y datos de las fuentes"* (Alessandro Cassarino); *"Nadie es dueño de sus miembros: «Nemo est dominus membrorum suorum». Una regula iuris para los actos de disposición del propio cuerpo"* (Andrea Landi); *"Actos del final de la vida: suspensión de tratamientos vitales y ayuda al suicido. Los principios constitucionales y su aplicación por parte de los tribunales supranacionales, constitucionales y de los jueces ordinarios"* (Roberto Romboli); *"Salir del mito regulador. La prohibición de la maternidad subrogada y los fundamentos del constitucionalismo europeo"* (Valentina Calderai); *"La maternidad subrogada desde la perspectiva del Derecho Penal. El caso italiano y el problema del «turismo procreativo»"* (Antonio Vallini); *"El cuerpo como máquina. Consideraciones sobre la maternidad subrogada"* (Tommaso Greco).

In chiusura, non mi resta che formulare l'auspicio che la *Escuela Libre de Derecho* ed il Dipartimento di Giurisprudenza di Pisa possano proseguire nel cammino di reciproca collaborazione da lungo tempo intrapreso, rafforzandola e sfruttando al meglio tutte le potenzialità insite nel loro Accordo.

Pisa, dicembre 2021

INTRODUCCIÓN.
LOS DERECHOS DEL CUERPO

ALDO PETRUCCI
(Universidad de Pisa)

RODOLFO GÓMEZ ALCALÁ
(Escuela Libre de Derecho)

"Cuerpo soy yo y alma"– así habla el niño ¿Y por qué no hablar como los niños? Pero el despierto, el sapiente dice: cuerpo soy yo íntegramente y ninguna otra cosa; y alma es sólo una palabra para designar algo en el cuerpo".

"De los despreciadores del cuerpo".

Así habló Zaratustra
Friedrich Nietzsche

Tenía razón Nietzsche cuando en su obra *Así habló Zaratustra* condenaba a los pensadores y científicos que no le hubieren dado la debida importancia y por el contrario restaban valor al cuerpo humano. En efecto, si algo podemos apreciar de la revisión del pensamiento occidental, es precisamente la división que permanentemente ha estado presente entre cuerpo y alma y cómo por regla general el primero se ha llevado la peor parte, si-

tuación que apenas cambió en la segunda mitad del siglo XX, con los avances tecnológicos y científicos que le pudieron dar cierta independencia a las partes del cuerpo y con ello se empezó a pensar en ciertos derechos sobre él y en la posibilidad de celebrar actos de disposición con respecto al mismo.

Ya para el siglo VI a. C., se tienen registros de que el hombre poseía la idea de esta dualidad, pero en ese inicio, se apreció más al cuerpo que al espíritu. Por ejemplo, Homero en la *Odisea*, nos relata el viaje de Ulises al hades para poder conversar con personajes que ya no estaban vivos, entre ellos, Aquiles, donde pudo conocer que después de la muerte hay una separación del cuerpo y alma y que la vida como la conocemos, no regresa jamás y a pesar de que subsiste el alma, todos los espíritus añoran volver a contar con su cuerpo. El famoso guerrero a pesar de su noble origen y grandes hazañas de perenne recuerdo, prefería ser sirviente, labrador, o incluso mendigo, a vivir y reinar con su alma en el mundo de los muertos.[1]

También Savater nos recuerda que en la antigua Grecia los órficos confundían los términos *soma* (cuerpo) con *sema* (sepulcro) de lo que se desprendía que el alma estaba encerrada en el cuerpo y esta prisión sólo terminaba con la muerte, momento en que se dejaba libre, cual mariposa, a la *psijé*, es decir, al alma.[2] En este mismo sentido y dentro de la escuela pitagórica, que se desarrolló de los siglos VI a. C. al IV a. C., se prohibía a sus integrantes el comer carne por la creencia en la *metempsicosis*, es decir, la permanencia y transmigración de las almas de un cuerpo a otro, pero la idea de la permanencia del alma y de ahí su preponderancia en su valor con

[1] Homero, *Odisea*, Canto XI, 487 y ss.

[2] Savater, Fernando, *Las preguntas de la vida*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1999, p. 83.

respecto del organismo, idea que se desarrollará posteriormente con Platón, Plotino y de ahí al posterior desarrollo de la ciencia.

La filosofía presocrática se centró preponderantemente en cuestiones sobre el origen y la naturaleza del cosmos, pero no le interesó profundizar en la naturaleza humana, particularmente no tenían una posición clara con respecto del alma, a la cual reducían al aire, al fuego, o a los átomos, por ello no la distinguían del cuerpo.

Fue Platón el primero en hacer un estudio conceptual respecto del alma para distinguirla del cuerpo, haciendo de la primera el segmento más importante de la vida, reduciendo al organismo a la misión principal de conservar el espíritu y que éste pudiera realizar su misión hacia la búsqueda de la verdad. En el diálogo *Fedro*[3] Sócrates ruega para que los miembros de su ser físico se armonicen y estén en amistad con su interior, debido a que sólo es rico y feliz quien tiene una buena alma. Más tarde en las *Leyes*[4] enfatiza el dualismo del cuerpo y el alma que existe en el ser humano y la preeminencia del alma sobre el cuerpo, para poner en la primera la fuente del movimiento. En el *Timeo* va más allá y señala que la única entidad existente que posee la inteligencia es el alma y el cuerpo es sólo un añadido más que en realidad sólo nos impide ser realmente nosotros.[5] Con estas ideas empieza la nota negativa que acarreará nuestra parte somática en los siglos venideros.

[3] Platón, *Fedro*, 279b8-c 3.

[4] Platón, *Las Leyes*, 896a1-2.

[5] Platón, *Timeo*. 46d5-7. De hecho como lo señala Jaeger fueron los griegos y sobre todo Platón los encargados de fijar para la cultura occidental la naturaleza e importancia del alma contribuyendo a su "divinidad" y "santidad". Véase Jaeger, Werner, *La teología de los primeros filósofos griegos* (traducción José Gaos), 2a. reimpresión, Fondo de Cultura Económica, S.A., México, 1980, pp. 70 y ss.

Aristóteles, en su tratado *Acerca del alma* indicaba que aún las plantas contaban con una porque era su principio vital. Es decir, era una entelequia de un cuerpo natural dotado con la capacidad de vivir y es ella la que le da su coherencia y finalidad.[6] El hombre si bien cuenta con un cuerpo, es el alma la que detenta su forma, que es además el principio de su movimiento y fin. Como lo enseñara su maestro, el cuerpo existe para el alma puesto que esta última es su principio vital.

Los estoicos especulaban que aún en los animales había un alma, que en los seres humanos se asemeja a la misma razón, pero que en este caso, es la más noble de todas, porque constituye un segmento del fuego divino que descendió a los hombres cuando fueron creados y que luego se transfirió de generación en generación. Esta alma tiene su centro en el pecho porque de ahí salen las palabras con las que expresamos nuestros pensamientos y al morir retornan a ese fuego divino, aunque no todas ellas, como lo registraba Cleantes, sino únicamente la de algunos sabios, como lo apuntaba Crisipo.[7]

Para Epicuro cuerpo y alma tienen una naturaleza material porque están compuestas de átomos, aunque en el hombre posee una parte racional, pero la muerte hace que los átomos se separen y por lo tanto no pueda existir el alma más allá de la existencia del cuerpo,[8] esta desintegración final nos debe sentir seguros en la vida y no temer a la muerte porque cuando llega se da una cesación de toda sensación.

Según Plotino los hombres cuentan con una alma que está dividida en tres partes de las cuales la más alta equivale al pensamiento mismo, que no está contaminada por la materia, ni hunde sus raíces en el mundo

[6] Aristóteles *Acerca del Alma*, 414 a 19 y siguientes.

[7] Citado por Diógenes Laercio, *Vidas de los filósofos más ilustres*, VII, 157.

[8] Epicuro, *Epístola a Herodoto*, 64 y 65.

inteligible, pero en la medida en que se une con el cuerpo para formar un compuesto se infecta con la materia y por ello hay la necesidad de realizar una ascensión ideal para procurar asemejarse a Dios, ya que nuestra meta final es la unión con el Uno.[9]

Con el cristianismo se da también esta dualidad entre cuerpo y alma, pero se acentúa su oposición, debido a que el alma puede reconocer la ley divina pero no así el cuerpo, que se opone a ella y por el contrario, busca el pecado,[10] de ahí que se puede y debe afirmar que si una parte de nuestro cuerpo atenta contra la ley divina debe ser extirpada, sin ningún miramiento moral. Pero a pesar de ello, el mismo cuerpo debe ser preservado por ser el templo de Dios y de ahí que esté santificado. De esto se deben reconocer determinadas reglas para poder participar de una nueva vida en Cristo y en preparación de la resurrección, por lo que ciertas prácticas corpóreas deben ser condenadas.[11] Esto nos ayuda a explicar por qué a lo largo de la cultura occidental con base en consideraciones religiosas se tuvieron ciertas restricciones al uso y disposición de los propios cuerpos, que sólo se irán eliminando en los tiempos recientes.

Más adelante, San Agustín en la *Ciudad de Dios*, señaló que el hombre ocupa una posición privilegiada en la creación, porque se encuentra jerárquicamente entre los ángeles y los animales.[12] Pero el hombre no es sólo cuerpo ni sólo alma, sino compuesto de ambos, pero es el alma la que garantiza la inmortalidad, por ello, la prudencia nos debe ayudar a seleccionar lo que los sentidos y el cuerpo nos proporciona para buscar y contemplar la verdad eterna.

[9] Plotino *Eneas* 4, 7 y 8.

[10] San Pablo, *Carta a los romanos*, 7, 18-24.

[11] Véase por ejemplo: Marcos, 9, 42-49, la primera carta de San Pablo a los corintios 6, 9-13, o la segunda carta a la misma comunidad, 15, 35-58.

[12] San Agustín, *Ciudad de Dios*, Libro XII, XXI.

En cambio, Santo Tomás de Aquino, en concordancia con Aristóteles, apuntaba que en el ser humano no había más que una forma sustancial, que radica en el alma, que era racional y que organizaba directamente a la materia, que era el cuerpo, pero constituyendo una sola unidad. Es decir, el hombre es un alma y cuerpo juntos, que conforman una sustancia completa, pero es una vez más el alma, la que otorga al hombre todos sus atributos, con sus operaciones vegetativas, sensitivas e intelectivas. Cuando llega la muerte, alma y cuerpo se separan desintegrándose el cuerpo, pero subsistiendo el alma. Pero la unión del alma y el cuerpo no es en detrimento del alma sino en su provecho, porque de otra manera no podría realizar sus funciones sensitivas y vegetativas.[13]

La filosofía moderna no sale mejor librada en el tratamiento que le dio al cuerpo. Así su fundador, René Descartes consideraba que el ser humano estaba constituido por dos sustancias separadas, siendo la relación de la mente con el cuerpo análoga a la que existe entre un piloto y una nave, pero con la preponderancia de la primera que es lo que incide en la verdadera naturaleza humana: "*por lo tanto, el sólo hecho de que conozco con certeza que existo, y de lo que sin embargo no noto en ninguna otra cosa pertenezca por necesidad a mi naturaleza, sino que soy una cosa que piensa o una sustancia cuya naturaleza toda no es sino pensar*".[14] Así, como se le criticó posteriormente, parece indicar que la esencia y por ello la naturaleza del hombre es meramente intelectual y el cuerpo sólo está relegado a ser un simple instrumento al servicio del espíritu.

Esta concepción empeora con David Hume quien mencionó que el dilema del cuerpo llega a una resolución

[13] Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I, 76, 45, 89

[14] Descartes, René, *Meditaciones metafísicas* (traducción Jorge Aurelio Díaz) Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2011, "sexta meditación", p. 59

radical, al no poder demostrar objetivamente su existencia, sino sólo la recepción cronológica de meras percepciones y de ahí que niegue cualquier significado al concepto de *persona*, así como al *yo*, como una sustancia.[15]

Por otro lado, para John Locke el hombre posee una libertad natural y por lo mismo, se ve ajeno a cualquier potestad superior a él, pero en el caso del poder político esta autoridad tiene que ser producto de su mismo consentimiento.[16] Al tener libertad tiene el control sobre su vida, pero paradójicamente no puede renunciar a ella, tampoco puede disponer de su propia vida o de su cuerpo o de algunos de sus componentes,[17] de ahí que no pueda quitarse la vida. Todavía es más enfático, pese a su libertad, el hombre no tiene poder sobre su propia persona y cuando entra en una comunidad política, su propia voluntad es el poder que surge de ese consentimiento y renuncia a regirse por él. Por ello, el Estado debe preservar su identidad física y moral, así como la vida de sus súbditos.[18]

En tiempos de Immanuel Kant si bien no existía un mercado de órganos, se daba la venta de los dientes que los pobres ofrecían para podérselos poner a las personas adineradas. Para el pensador de Königsberg dicha práctica la consideraba como una infracción a la idea de la *dignidad humana* y con ello el deber de considerar a todas las personas como fines en sí mismas y jamás

[15] Véase al respecto Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana* (traducción V. Viqueira, revisada por José Luis Tassety Raquel Díaz Seijas) Editorial Gredos, S.A., Madrid, 2012, en especial el libro primero, parte cuarta, sección 2, pp. 172 y ss.

[16] Locke, John, *Segundo tratado del gobierno civil* (traducción Carlos Mellizo) Alianza Editorial, S.A., Madrid 1990, los números 22 a 24, pp. 52 a 54.

[17] *Op. cit.*, loc. cit.

[18] *Op. cit.*, números 131 y 135.

como medios, debido a que todos somos susceptibles de guiarnos por nuestra razón. Derivada de esta idea, las personas no tienen un derecho a vender una pierna, un órgano, ni siquiera un diente, por lo mismo tampoco podrían comprarlos y es que con esas acciones se transforma el propio cuerpo en un objeto, una mercancía y con ello en un instrumento para obtener un provecho propio y económico,[19] lo que no era correcto desde el punto de vista moral.

Podemos así apreciar el legado filosófico que nos ha dejado nuestra cultura hasta el siglo XIX. En primer lugar la separación que se da en su ser tangible, en la que se da una preponderancia de nuestra parte espiritual y de cierta manera se permite un descuido de nuestra materia. Además, existe un deber moral de considerar no solo al cuerpo sino asimismo al alma como sagrados para alcanzar un fin ulterior terreno y que además posee dignidad que lo hace colocarse fuera del interés de las demás personas o del propio sujeto y del mercado, todo eso le obliga a preservar en las condiciones recibidas nuestro cuerpo y sus distintas partes.

También como ya tuvimos oportunidad de señalar, esta postura permanente de menospreciar nuestra parte corpórea fue duramente criticada, tal vez el único, por Friedrich Nietzsche, que reprochaba a los que habían despreciado el cuerpo que asumían una actitud hipócrita, porque detrás de sus teorías o enseñanzas, se ocultaba un verdadero y real deseo, no reconocido, de inmortalidad, pero no para consagrarse a una vida futura anímica, por el contrario, sólo para dar un mayor placer al mismo cuerpo, que evidentemente era el bien por excelencia, porque la persona no era más que su cuerpo.

[19] Véase *Lecciones de ética* (traducción de Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán), Editorial Crítica, S.A., Barcelona, 2002, p. 64.

De lo anterior tal parece ser que el pensamiento occidental no logró por lo menos hasta el siglo XIX dar una adecuada respuesta y valorización a nuestra parte corporal y lo llevó a un callejón sin salida desde el punto de vista conceptual. Esto sólo cambiará hasta el siglo XX cuando el pensamiento científico empiece ahora a materializar el alma y tratar de unificar desde el punto de vista científico a la persona.

En ese sentido, el ser humano siempre fue consciente de su fragilidad y brevedad. Por ello, avivó en su imaginación la posibilidad de cambiar órganos o miembros de su cuerpo por otros que lo aliviaran, lo mejoraran o superaran. Esta capacidad para vislumbrar entre realidad e idealidad, lo llevó a imaginar dioses o seres imaginarios, ahora superhéroes, que cuentan con partes de órganos de otras especies o individuos o incluso la posibilidad de no enfermar o tener partes de cuerpo que se pueden suplir o intercambiar. En el pensamiento medieval fue famosa la leyenda de los santos Cosme y Damián, hermanos médicos que nos dan, al parecer, el primer ejemplo de trasplante a partir de un donante cadavérico, con la amputación de la pierna a un etíope para reemplazarla de otra gangrenosa del diácono Justiniano, sacristán de la Basílica de San Pedro, en Roma.[20]

Esto sólo se pudo lograr en el siglo XX, con la acumulación de los conocimientos necesarios para ello. Alexis Carrel en 1902, logró por primera vez el trasplante de vasos sanguíneos dentro de un mismo organismo, en este caso de un perro, mediante la *anastomosis vascular directa,* pero reconoció la existencia de una misteriosa *fuerza biológica* que impedían avanzar en los estudios.

[20] Este dato y los que se dan a continuación pueden verse en el documento: *programas de acción: trasplantes*; en: *http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/documentos/trasplantes.pdf*

No fue hasta 1940 con el doctor Peter Brian Medawar quien señaló que dicha fuerza era lo que imposibilitaba los trasplantes, por lo que se dedicó a tratar de investigar en qué consistía y superarla. Ya para la década de los sesentas se detectó que era el antígeno "HLA" (antígeno leucocitario humano) el determinante en el rechazo de los órganos, pero con la ayuda de drogas se podía eliminar los efectos de esa fuerza y con ello poder comenzar con los trasplantes de órganos y su aceptación por el organismo receptor.[21] El propio doctor Medawar pudo realizar el primer trasplante de riñón en el año de 1954. Ya para el año de 1963 Guy Alexandre realizó el primer trasplante renal a partir de un cadáver en situación de *muerte cerebral* y con corazón latiente. Ese mismo año Thomas Starz realizó el primer trasplante de hígado entre humanos. En el año 1967 en Ciudad del Cabo, Christian Bernard realizó el primer trasplante cardíaco en el ser humano y en 1979 se logró el trasplante de la medula ósea y así se pudo dar inicio a una acelerada carrera médica para lograr más transplantes de la mayor parte de órganos del cuerpo.

La investigación médica pudo avanzar enormemente, para no solamente trasplantar órganos de seres vivos, sino también de personas muertas o incluso de animales para ser utilizados en las personas, mediante la ingeniería genética en donde se puede disfrazar molecularmente el órgano para hacerlo parecer propio del organismo y evitar su rechazo. Esto permitió la posibilidad de realizar trasplantes de células, tejidos y órganos.

Sin embargo, como se ha expuesto, ni la filosofía occidental ni los sistemas normativos estaban preparados para enfrentar estos avances vertiginosos desde el punto de vista de la ciencia y para ofrecer respuestas

[21] Para ver el desarrollo de esta revolución médica puede verse en: *https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/1990/press-release*

satisfactorias a este problema así como los que se han generado con el tratamiento de enfermedades terminales, la prolongación de la vida, la certeza en el diagnóstico sobre la vida y la muerte, la posibilidad de realizar fecundaciones artificiales, la donación de órganos y de investigación sobre el genoma y las células madre.

Por lo que se refiere al genoma humano, su estudio y sus aplicaciones prácticas, nos tenemos que remontar a sus inicios hasta el siglo XIX con Gregory Johann Mendel religioso agustino quien fue el primero en realizar experimentos sobre hibridación de chícharos, que lo llevaron a formular sus famosas leyes que fueron el origen de la ciencia genética. Para 1869 Johan Friederich Miescher descubrió la molécula del ácido desoxiribonucleico (ADN) que almacena la información necesaria para formar a un individuo, a fin de que pueda reproducirse y fabricar una copia de sí mismo.

Fuera de ello se tuvo que esperar hasta 1944 para descubrir que era en el ADN donde residía la información genética. Gracias a los profesores Francis Harry Compton Crick, James Watson y Maurice Wilkins descubrieron la estructura molecular del ADN como una doble hélice similar a una escalera de caracol.[22] Todo ello permitió la ciencia genómica y la ingeniería genética, lo que amplió los estudios genéticos hacia el hombre. En el año de 1996 la oveja *dolly* se convierte en el primer mamífero clonado a partir de una célula adulta con éxito, ya que este ejemplar muere hasta el año 2003, lo que generó gran expectación científica pero sobre todo cultural. No es hasta junio del 2000 donde se anunció la secuenciación completa del genoma humano, pero también la necesidad de seguir estudiando los genes humanos

[22] Para mayor desarrollo puede verse: Wilkins; Maurice, H. F. S: "The molecular configuration of nucleic acids", Nobel Lecture, December 11, 1962, en *https://www.nobelprize.org/uploads/2018/06/wilkins-lecture.pdf*

que permiten la clonación humana y las prácticas genéticas para el tratamiento de enfermedades de origen genético, lo cual ha introducido también grandes problemas no solo a nivel legislativo, sino sobre todo en el campo de la bioética y la filosofía.[23]

Por otro lado, los estudios clínicos han permitido describir el desarrollo de la gestación humana y sus distintas etapas, por lo que se han podido diferenciar elementos relevantes en la gestación que hacen preguntarnos sobre el momento en que estamos en presencia o no de la vida o del ser humano. Esto junto con la revolución sexual que se originó con la invención de la píldora anticonceptiva, modificó nuestra manera de ver el cuerpo femenino, el embarazo y las alternativas a la gestación específicamente en el tema del aborto, problema que si bien ha estado presente a lo largo de la historia humana como un medio para evitar el crecimiento demográfico o familiar, ha dado nuevos elementos para su discusión a todos los niveles.

Al desarrollo creciente de la tecnología genética, médica y biológica sin que se tengan respuestas certeras a todas las implicaciones que trajo con ella, se le unen los problemas de su aplicación en el mercado quien también ha puesto sus propias reglas del juego y que en la situación actual se corre el riesgo que sea la única instancia que pueda dar respuesta a todas estas interrogantes.

Volviendo a las ideas filosóficas, podemos señalar que si bien gran parte de la cultura occidental se intentó espiritualizar al cuerpo humano, en el siglo XX y lo que llevamos del XXI podríamos decir que se percibe una acción contraria. Así, se habla de la materialización del alma, dando así a lo que se llama el *giro naturalista* de la

[23] Para ver una somera historia de la genética se puede consultar: Pérez Herrera, Julieta de Montserrat, "El genoma humano. Estudios y repercusiones" en *www.https://go.gl/v3JHPX*.

ciencia, como se le conoce desde la perspectiva filosófica, lo que sin duda constituye un nuevo capítulo para tratar de avanzar en el arcano interrogante de la relación cuerpo y alma, no resuelto al día de hoy. En ese sentido y con base es ese giro, a la psique humana se le aplican las ideas del *fisicalismo* que deriva de la tesis de que todas las cosas que existen y aun de aquellas que no podemos ver, incluyendo la personalidad, el alma, o la psique son elementos derivado de la *materia* y por ello se comportan de acuerdo con las leyes de la física, por ser fenómenos materiales.[24]

Estos grandes avances científicos, clínicos y farmacológicos han cambiado nuestra perspectiva sobre el cuerpo, pero sobre todo, han generado una serie de interrogantes que la humanidad y el Derecho deben atender pero que al día de hoy no se ha dado una respuesta satisfactoria. Por ello el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, han seleccionado como su sexta investigación conjunta, un muestrario de estos problemas inherentes a la relación del cuerpo y el alma, los posibles derechos que se tienen sobre el cuerpo, o los actos de disposición de partes de él, para confrontarlos con el propio sistema jurídico, no solo con la finalidad de resaltar aquellos déficit de razonamientos o de normas jurídicas adecuadas para atender esas interrogantes, sino también para intentar dar una respuesta, en la medida en lo que sea posible, a estas mismas cuestiones. De esta manera el trabajo pretende contribuir al debate contemporáneo y proporcionar elementos para su atención.

[24] Un mayor desarrollo de estas ideas pueden verse en Kim, Jaegwon, "The Mind-Body. Problem at Centuryś Turn", dentro de la obra colectiva organizada por el Dr. Brian Leiter: *The Future for Philosophy*, Oxford University Press, New York, 2004, así como el propio estudio introductorio del profesor Leiter.

Para ello se ha procurado seleccionar los aspectos más relevantes de esas problemáticas y aprovecharse no sólo de la legislación nacional, de los tratados internacionales, sino de la reflexión que nos deja la historia del derecho, en especial el Derecho Romano, conjuntamente con la bioética y la filosófica de derecho.

Esperemos, que todos estos trabajos ayuden, no solo a la comprensión de estos nuevos problemas jurídicos que se han introducido, en el diálogo jurídico, sino también establecer derroteros sobre cómo puede ser la regulación y los límites que se deben imponer.

Por ello la investigación está dividida en cinco partes como sigue:

La primera comprende el Derecho Romano, así como la historia del derecho medieval y protomoderno, y tiene como propósito desarrollar una amplia premisa histórica, cuya finalidad consiste en demonstrar que la problemática de la licitud de los actos de disposición del propio cuerpo y de su alcance, no es solo un tema que se discute en la época moderna o en la actualidad, sino que se discutió ya en el mismo Derecho Romano y en la experiencia jurídica medieval y protomoderna, bajo distintos perfiles y con resultados que en amplia medida, no coinciden por la fractura cultural e ideológica entre los dos mundos. Conocer esta evolución y el cambio de perspectiva resulta interesante y podría interesar también a los juristas contemporáneos para entender ciertos influjos, que siguen existiendo aun hoy y allegarse de elementos y razones que se tuvieron como válidas para resolver problemas prácticos actuales.

La contribución del profesor pisano Alessandro Cassarino (*"Los actos de disposición del propio cuerpo en el Derecho Romano: lugares comunes y datos de las fuentes"*) parte de la pregunta general: ¿hasta qué punto en el Derecho Romano, una persona podía disponer libre-

mente del cuerpo y modificar su configuración? Para buscar una respuesta, su atención se enfoca en un acto de disposición para el cual las fuentes jurídicas nos proporcionan datos bastante puntuales: el cambio del sexo, que aun hoy representa la máxima expresión de la libertad sobre el cuerpo. En efecto, los juristas romanos tuvieron que solucionar varios problemas acerca del hombre libre que voluntariamente decidía cercenar su órgano sexual y los efectos jurídicos que derivaban de ello.

Para evitar caer en lugares comunes, la primera parte del artículo trata de ubicar en sus contextos originales, los dos principios: *"nadie puede considerarse dueño de sus miembros (dominus membrorum suorum nemo videtur)"* y *"el cuerpo de un hombre libre no se puede evaluar económicamente (liberum corpus nullam recipit aestimationem)"* poniendo de relieve las finalidades para las que fueron formulados. Luego, se pasa a examinar la cuestión central, al analizar primero la terminología con la que las fuentes jurídicas romanas indicaban al hombre libre, que voluntariamente se hubiese sometido a la extirpación quirúrgica total o parcial de su órgano reproductivo: la palabra más específica era castrado (*castratus*) mientras en el uso común, se prefería la de *spado*, cuya traducción literal a un idioma moderno es muy difícil, porque identifica no solo a los eunucos, sino todos los hombres que se encuentran en una condición física que les impide la procreación natural (por eso en español, se traduce con el término *espadón*).

Con referencia a los que hubiesen querido modificar su conformación sexual al privarse de los órganos reproductivos, el ordenamiento romano puso límites precisos. Según el testimonio de Ulpiano en el Digesto (D. 48.8.4.2) se introdujo en época adrianea (117–138 d. C.) una prohibición general de la castración, que se extendía tam-

bién a los que fuesen condescendientes a sufrirla, conminándoles la pena de muerte junto al médico que hubiese practicado la operación. A pesar de la esfera de aplicación de dicha prohibición en la edad clásica del Derecho Romano (I-III siglo d. C.) que sigue siendo discutida, la condición de castrado se evalúa por la jurisprudencia contemporánea, con relación en algunos institutos de la familia y la sucesión hereditaria, en donde se le niegan ciertos derechos, como la aceptación de la dote (porque no hay un verdadero matrimonio) y el nombramiento de un heredero póstumo (dado que la castración excluía totalmente tal posibilidad). Por el contrario, a estas consecuencias no sería sometido el que se encontrase en una condición de *espadón* por una causa distinta de la castración; en tal caso seguirían correspondiéndoles los derechos que eran suprimidos a los castrados.

En conclusión, según el autor, aunque el Derecho Romano intentó estar de acuerdo con el Derecho Natural (*"que la naturaleza enseñó a todos los animales/ quod natura omnia animalia docuit"*, como comenta Ulpiano, 1 *inst.* en D. 1.1.1.3) se le dejaba al individuo también la libertad de gozar de determinados derechos, a pesar de la conformidad de su sexualidad. Si al acto extremo de la castración (sufrida o voluntaria) se le conectaban determinadas consecuencias jurídicas negativas dependientes de las imposibilidades naturales, lo mismo no ocurría para los demás *déficits* sexuales que hubiesen obstaculizado la procreación, pese de los motivos (genéticos, casuales o voluntarios) que los hubiesen ocasionado.

Por su parte el profesor Juan Cortiñas Barajas en su artículo (*"Disposiciones sobre la disposición del cuerpo en interpretación de la jurisprudencia romana y sus alcances en el concepto de la obligación"*) se dedica a comentar un texto

de Ulpiano en el D. 9.2.13 por el que se concede una acción útil con base en la Ley Aquilia: *"al hombre libre le compete en su nombre la acción útil de la ley Aquilia; pero no le corresponde la directa porque ninguno es señor de sus miembros: también la tiene el señor en nombre del siervo fugitivo"* (*"liber homo suo nomine utile Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur"*) del cual interpreta que en el Derecho Romano no se reconoció la posibilidad de disposición sobre partes del cuerpo humano y para ello, utiliza la figura de la esclavitud, para señalar que no existía una acción para la disposición de los órganos del esclavo y de ahí el que tampoco existiera una acción civil respecto de órganos de los hombres libres.

En su artículo (*Nadie es dueño de sus miembros: «Nemo est dominus membrorum suorum». Una regula iuris para los actos de disposición del propio cuerpo*) Andrea Landi toma en consideración el tema de las disposiciones del cuerpo humano, tratando de reconstruir la perspectiva con la que los autores del Derecho Común (*ius commune*) lo consideraron. A partir de la regla de Ulpiano contenida en el Digesto, ya señalada anteriormente, según la cual «*Nadie es dueño de sus miembros*» (*Nemo est dominus membrorum suorum*) y después de haber llevado a cabo una investigación terminológica precisa del término «*membrum*» *(miembro)* los autores llegaron a declarar la invalidez de tales disposiciones.

Su análisis parte del artículo 5 del vigente Código Civil italiano de 1942, en donde por primera vez, el legislador se ocupó de los actos de disposición del cuerpo humano, dándoles una regulación básica, que se viene a conectar inseparablemente a la institución de la propiedad privada, pues se le concede al agente —dentro de ciertos límites— disponer de su propio cuerpo como si

de alguna manera, fuera una cosa. Sin embargo, para enfrentarse con la problemática de los actos de disposición del propio cuerpo en la experiencia jurídica del Derecho Común, Landi reputa necesario abandonar una visión de tal tipo, que es fruto de un modelo antropológico dominado por la ideología del «individualismo posesivo» y considerar en cambio, los valores específicos de aquella experiencia, que se presuponen en las soluciones ofrecidas por la ciencia del Derecho.

En vía preliminar, se recuerda que en la sociedad medieval, caracterizada por la coincidencia entre ciudadano (*civis*) y fiel de la Iglesia (*fidelis*) el hombre se consideraba como una creatura de Dios que en cuanto Creador, tenía todo el poder sobre él: solo a Dios le correspondía el derecho de disponer de la vida de cada individuo y consecuentemente, de su cuerpo, que no era más que como ya se ha expuesto, el instrumento confiado a él para llegar a la salvación de su alma. También cuando el aforismo *"nadie es dueño de sus miembros"* se transformó de regla negativa a positiva —en el sentido de que cada uno es dueño de su cuerpo, exceptuándose los actos explícitamente prohibidos por el Derecho Divino y la ley humana— el resultado de esta operación, exclusivamente teórica, fue análogo a aquél consecuente a la aplicación de la regla originaria.

En tal perspectiva, en los inicios del siglo XVII, el magistrado español Balthasar Gómez de Amescua, en su *Tractatus de potestate in se ipsum*, llegó a la conclusión de que la señoría reconocida al individuo sobre su cuerpo, no podía incluir la elección de morir, ni a la de vulnerarlo o mutilarlo. Su opinión se fundamentaba en las fecundas reflexiones de los teólogos de la Segunda Escolástica, que al retomar algunas referencias de Santo Tomás de Aquino, habían reconocido al hombre como consecuencia de su libre arbitrio, un

"uso del cuerpo y las acciones, pero no de la vida ni de sus miembros".

Solo con la edad moderna, se ve la progresiva aparición y afirmación de nuevas teorías filosóficas de la libertad del hombre, a las que ya hemos hecho referencia, con su capacidad de ser sujeto de derechos; así también la problemática de la disponibilidad del cuerpo, no se sustraerá *"al patrón del derecho real ni aquél de las obligaciones"*, patrimonializándose según itinerarios completamente extraños a la elaboración de la ciencia del derecho intermedia. Sin embargo, al parecer del profesor Landi, la experiencia del Derecho Común nos transmite una visión personalística del problema de los actos de disposición del cuerpo humano, que aunque parta de supuestos de una moral cristiana, que difícilmente se encuentran en la sociedad moderna, puede ofrecer al legislador y al intérprete jurídico útiles elementos de reflexiones, sobre todo en la perspectiva de que todo el Derecho también el más rudo y atormentado, siempre y de veras debe estar en el interés de los hombres.

La segunda sección de la investigación se dedica al Derecho Constitucional y Administrativo: y para ello, el enfoque de la contribución del profesor Roberto Romboli se centra en los actos del final de la vida (*Actos del final de la vida: suspensión de tratamientos vitales y ayuda al suicidio. Los principios constitucionales y su aplicación por parte de los tribunales supranacionales, constitucionales y de los jueces ordinarios*). Su indagación comienza con la explicación de los distintos sentidos de actos de disposición del propio cuerpo en que se incluyen tales actos, y con las definiciones de los tipos de eutanasia, suicidio asistido, tratamientos sanitarios y ensañamiento terapéutico. Luego se exponen los tres principios constitucionales básicos involucrados: *a)* la actividad de ponderación

entre diferentes derechos y principios constitucionales; *b)* los llamados *nuevos derechos*; y *c)* el principio del consentimiento informado.

Después de estas premisas, se pasa a analizar algunos casos emblemáticos, que se refieren a dos distintas situaciones: la suspensión de tratamientos vitales con la consecuente certeza de la muerte del paciente, y la ayuda al suicidio, de las que se explican las diferencias conceptuales y ordinamentales. En cuanto a la primera situación, se examinan los casos italianos de Welby y de Eluana Englaro, con los juicios ante los jueces ordinarios y la Corte Constitucional, el caso francés de Lambert a la luz de la ley francesa sobre obstinación terapéutica, con el juicio ante los jueces franceses y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, y finalmente el caso del pequeño Charly Gard en Inglaterra. Esta parte de la investigación se termina con un comentario a la ley italiana de 2017 sobre las declaraciones anticipadas del fin de la vida.

Respecto de la segunda situación, la ayuda al suicidio, se mencionan las decisiones del Tribunal Constitucional colombiano de 1997 y 2014, del Tribunal Supremo inglés de 2014 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El autor se detiene más detalladamente en el caso Carter ante la Corte Suprema de Canadá y sus fallos de 1993 y 2015 sobre la legitimidad de la ayuda al suicidio, con los comentarios favorables y contrarios, y sobre todo, en el caso Cappato ante la Corte Constitucional Italiana, con la comparación entre la posición de los jueces ordinarios y la decisión *en dos etapas* de la Corte, después de haber dejado al legislador un período de tiempo para aprobar una ley al respecto.

En conclusión, el autor expresa algunas consideraciones sobre los elementos de conexión entre las situa-

ciones de suspensión de tratamientos vitales y de ayuda al suicidio, e indica los aspectos que merecen una reflexión más profunda como son: el problema político-institucional de la relación entre juez y legislador en la protección de los derechos fundamentales; los problemas derivados del fondo de las decisiones examinadas: lo sagrado y el contenido del derecho a la vida; la noción de dignidad humana; la cuestión de la objeción de conciencia por parte del personal médico y paramédico; así como la relación entre el Derecho y la ciencia.

Ahora bien el profesor Moisés Abdul Smeke Rosselló en su artículo (*"Derechos y actos de disposición del cuerpo humano a la luz del Derecho Constitucional y Administrativo en México"*) se adentra en los actos de disposición del cuerpo humano a la luz del Derecho Constitucional y Administrativo en México para tratar de confrontar esos actos con los derechos a la vida, protección de la salud y al reconocimiento de la dignidad humana. Establece que el derecho a la vida goza de la protección que otorga nuestra Constitución Política y la Convención Interamericana sobre los Derechos Humanos por lo que su ejercicio no puede ser suspendido, de ahí el que no esté permitido en nuestro sistema jurídico la eutanasia activa ni el suicidio asistido. Además, tomando en cuenta el principio de dignidad de las personas se puede decidir rechazar toda obstinación terapéutica, así como los medios extraordinarios o tratamientos curativos y que se le suministran únicamente medios paliativos a un paciente en caso de enfermedad terminal.

Por lo que hace al cuerpo de las personas físicas, concluye que no puede constituir jurídicamente una cosa, sino un elemento inseparable de su ser, por lo que debe ser respetado y tratado con dignidad tanto en la vida como después de la muerte. De ahí que los derechos de disposición del cuerpo humano deben despren-

derse como derechos fundamentales que proceden de la dignidad del ser humano cuyo contenido, límites y alcances guardan estricta relación con la vida, salud y autonomía de las personas.

De acuerdo con la legislación mexicana, los enfermos terminales en ejercicio de su autonomía y su dignidad personal pueden rechazar tratamientos curativos o médicos extraordinarios y obstinación terapéutica que les prolongue artificialmente la vida con sufrimiento, lo que va en detrimento de su propia dignidad, pero posteriormente se enfoca al caso de los enfermos en situación terminal con afecciones físicas como los cuadripléjicos irreversibles para lo cual propone el método de interpretación constitucional con base en ponderación de los principios del derecho a la vida y a la propia dignidad personal.

Por lo que toca al tema del aborto y desde el punto de vista personal del autor, opina que nuestro sistema constitucional protege siempre la vida sin distinción alguna, incluso desde su inicio, por lo que el individuo desde su concepción goza de los derechos humanos que nuestro texto supremo reconoce.

También analiza el tema de la donación de órganos para trasplantes, donde desarrolla y analiza la regulación que hace la Ley General de la Salud llegando a la conclusión que es razonable y adecuada, respetando los estándares internacionales y comprendiendo las distintas interrogantes que se pueden plantear.

De igual forma este autor, critica la regulación nacional respecto de los derechos de reproducción humana asistida, porque no se toman en cuenta las opiniones o voluntades de las parejas del mismo sexo, o a los cónyuges, o a la pareja en las decisiones más importantes dentro de este proceso. Por último, por lo que toca a los cadáveres considera que deben ser tratados con respeto y

dignidad, debiendo tener como destino final, desde el punto de vista moral y jurídico solo su inhumación, incineración, o previo consentimiento correspondiente, su utilización para su estudio para fines científicos o de investigación.

La tercera parte del trabajo conjunto está dedicada al Derecho Civil y por ello en el artículo (*"Salir del mito regulador. La prohibición de la maternidad subrogada y los fundamentos del constitucionalismo europeo"*) la profesora Valentina Calderai después de haber destacado que el mercado transnacional de servicios de reproducción ejerce una presión muy fuerte sobre los Estados de Europa occidental y que la mayoría de ellos se niegan a reconocer los contratos de subrogación por motivos de política pública, afronta tres cuestiones que se plantean de los casos decididos. 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?

La autora se propone examinar la relación entre estos problemas y darle algunas respuestas. Al final de un razonamiento analítico de las distintas normativas y 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 pueden superar el fundamento constitucional de la prohibición de la subrogación en la protección de los derechos fundamentales. A su parecer, el estado actual de las cosas resulta trágico, no tanto porque el prohibicionismo o el permisivismo son intrínsecamente correctos o incorrectos, sino

porque 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 efectos negativos 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.

Por consecuente, se toma en consideración un enfoque alternativo, basado en el Derecho Internacional Privado y en medidas nacionales de derecho substancial, con la finalidad: *a)* de introducir reglas jurídicas adecuadas, así como 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, o bien, la eliminación de las prohibiciones de adoptar para las personas solteras y las parejas homosexuales; *b)* de evitar situaciones de explotación comparables a la trata de seres humanos, aplicando a quienes lo hagan, sanciones pecuniarias evaluadas a costa de los servicios de gestación subrogada, en los países en que la concertación y la ejecución de los acuerdos se realizan en un marco de garantías para la salud y la seguridad de las mujeres y los niños; y *c)* de reconocer la condición de padre o madre solo al padre o madre biológicamente vinculados al niño para equilibrar el interés del propio niño y las consideraciones de política pública, siempre que el camino de la adopción esté abierto al otro padre.

Por su parte el maestro Carlos Antonio Morales Montes de Oca en su artículo (*"Derechos de disposición sobre el cuerpo humano. Algunas consideraciones desde el Derecho Civil"*) trabaja sobre las consecuencias de que el ordenamiento jurídico mexicano no realice una clasificación integral de los *bienes* en los que se puedan encuadrar los órganos, tejidos y componentes biológicos, una vez que se desprenden del cuerpo y su posible comercialización, siempre con base en el consentimiento informado. Según su parecer, en el Derecho Mexicano no existe una respuesta clara ni definitiva sobre la posibilidad de comercializar las partes separadas del cuerpo, lo que deja con muchas interrogantes tanto a juristas como a la sociedad en general, en descuido a una de las funciones del Estado de brindar seguridad jurídica.

También se adentra en la problemática de la gestación por otros y los diversos problemas que se suscitan en la práctica mexicana, aportando elementos de análisis del tema desde la legislación de otros países.

La cuarta faceta de la indagación, está dedicada al Derecho Penal y para el profesor Antonio Vallini en su investigación (*"La maternidad subrogada desde la perspectiva del Derecho Penal. El caso italiano y el problema del 'turismo procreativo' "*) parte de una constatación preliminar: la prohibición italiana de la maternidad subrogada, prevista penalmente, ha demostrado una óptima capacidad de disuasión, a tal punto que jamás se ha trasgredido, puesto que las parejas que tienen la intención de recurrir a este tipo de práctica procreacional, prefieren, más bien, irse al extranjero donde en cambio, está permitida, y donde dicha prohibición no rige en razón de los límites representados por la aplicación de la ley penal en el espacio.

El trabajo de Vallini valora críticamente el uso que de esta prohibición han hecho la Corte Constitucional italiana y las Salas Reunidas de la Casación Civil italiana, considerándolo expresión de un *orden público* que impide la inscripción en Italia, de las actas de nacimiento regulamente perfeccionadas en el extranjero como consecuencia de la maternidad subrogada. En particular, estas orientaciones dejan abiertos varios aspectos problemáticos desde una perspectiva del Derecho Penal: la inconstitucional indeterminación de la incriminación, las aproximaciones en la individuación del bien jurídico protegido y la dudosa conexión teleológica entre el tipo penal y la protección de la verdad biológica (la *veritas*) de la maternidad.

Después de haber destacado la escasa plausibilidad de las lógicas publicistas, funcionalistas y sancionatorias, el autor se propone solucionar la cuestión central de cuál es la real y oportuna finalidad de la prohibición. Al término de un cuidadoso y detallado análisis, dicha finalidad se identifica no con la necesidad de garantizar a toda costa la verdad de la filiación, sino con la exigencia de prevenir *disociaciones de maternidad* respecto de las cuales tal verdad no podría ser afirmada, de ninguna manera, en términos constitucionalmente adecuados.

En efecto —concluye Vallini— es oportuno que el ordenamiento jurídico evite cualquier posibilidad de contraposición entre las dos experiencias de maternidad biológica y social-afectiva, ambas constitucionalmente protegidas, de las que una no puede ser privilegiada sino a costa de sacrificar la otra, poniéndose, de todos modos, en contradicción con los artículos 30 y 31 de la Constitución italiana. Además, esta prohibición no afecta el derecho fundamental a la salud, no pudiéndose considerar la maternidad subrogada, que se impide, a la par de un tratamiento debido a una patología *ex* art. 32 de la propia Constitución.

Por lo que hace a la parte mexicana, el artículo (*"Aspectos penales de la maternidad subrogada"*) del profesor Raúl Omar García Molina, aborda la problemática de que en el país no existe un tipo penal que sancione la gestación subrogada, en razón de que las técnicas de reproducción asistida y específicamente la de gestación subrogada no se encuentran debidamente reguladas.

Para complicar lo anterior, México al ser un Estado Federal, cada una de sus treinta y dos entidades federativas cuenta con facultades para establecer sus propias normatividades en materia penal, particularmente la relativa a la tipificación de los delitos. Así, de esas entidades solo dos de ellas se han dado a la tarea de regular la gestación subrogada de forma específica en un contexto netamente civil, San Luis Potosí y Querétaro, las cuales han prohibido en sus respecticos Códigos Civiles la maternidad sustituta, asistida o subrogada y la segunda de ellas también ha prohibido cualquier acuerdo de gestación subrogada.

Por si lo anterior no fuera suficiente en la complejidad mexicana, la regulación de las técnicas de reproducción asistida, al ser materia de salud, pertenece a la autoridad federal que a la fecha no lo ha hecho, a pesar de estar en proceso una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud. En ese sentido, al día de hoy únicamente se regulan los servicios de ginecoobstetricia, así como el manejo de células y tejidos. De aprobarse esa reforma se establecerán tipos penales que sancionan conductas con penas que van de los seis a los diecisiete años de prisión y elevadas multas.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han visto en la necesidad de resolver casos relacionados con técnicas de reproducción asistida, específicamente de gestación subrogada, mediante la aplicación

directa de normas constitucionales y convencionales que protegen diversos derechos humanos como lo son el derecho a la familia, a la esfera de la vida privada y familiar de las personas infértiles, al ejercicio de la autonomía de la voluntad, a la procreación, a la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar de los avances del progreso científico y tecnológico, así como al principio de no discriminación por razones de género, discapacidad y/o condición económica, a la igualdad y que evidentemente juegan un papel definitorio en la interpretación, aplicación y defensa de tipos penales que pudieran llegar a actualizarse como resultado de prácticas relacionadas con la gestación subrogada.

Ahora bien, la falta de regulación del tema tanto a nivel estatal como en el federal ha abonado a que determinadas conductas relacionadas con la gestación subrogada se pretendan sancionar por parte del poder público, indebida e inconstitucionalmente, mediante la aplicación de diversos tipos penales que no fueron creados para sancionar dicha conducta, como son las de tráfico de menores, trata de personas, abandono de menores, retención o sustracción de menores, delitos en materia de alimentos, delitos patrimoniales como fraude o administración fraudulenta, revelación de secretos, usurpación de identidad, lesiones, violencia familiar, aborto o responsabilidad penal de médicos, entre otros.

Pero en realidad la conducta consistente en la realización de una técnica de reproducción asistida con miras a la práctica de la maternidad subrogada no puede ni debe ser penada en México por sí sola, debido a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con respecto en los diversos derechos fundamentales entre ellos el del libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, derecho a la procreación, etc. No obstante esto, si bien es cierto la conducta tal cual no puede ser

punible, no menos cierto es que de forma circundante existen diversas conductas que giran en torno a la maternidad subrogada que claramente pueden actualizar tipos penales concretos y que deberán ser motivo de análisis exhaustivo en una investigación más extensa. En ese tenor, urge el autor a los legisladores nacionales a tomar cartas en el asunto de manera urgente en este tema por la relevancia que se tiene en la sociedad, los valores afectados y los casos que ya se están produciendo en el país.

La quinta y última sección está dedicada a la Bioética y a la Filosofía del Derecho. Así, en el trabajo del profesor Tommaso Greco (*"El cuerpo como máquina. Consideraciones sobre la maternidad subrogada"*) se divide en dos partes estrechamente relacionadas entre sí. En la primera, se abordan las cuestiones de la autonomía y de la libertad del sujeto, por un lado, y la concepción mecánica del cuerpo humano por el otro, pues las dos cuestiones se superponen cuando surge el problema, filosófico y jurídico del estatus del cuerpo humano y de su instrumentalización para fines que son alcanzables gracias al progreso de la técnica y de la medicina.

Al término de su análisis, el autor subraya el cambio que, en virtud de las dos pautas —autonomía y mecanización— deriva en la posición que el cuerpo humano asume en las relaciones de poder y en las relaciones legales. Retomando una idea de Michel Foucault, se afirma que el cuerpo está cada vez más sujeto a la manipulación de la política y de las técnicas y que un cuerpo manipulable se convierte en dócil, pudiendo ser sometido, usado, transformado y perfeccionado. La microfísica del poder, entendida como una densa red de ejercicios de poder compuestos de prácticas minuciosas e invasivas que se ejercen de manera regular y sistemática, no solo concierne a la transformación de los mecanismos

del poder institucional y su relación con los sujetos, sino que puede extenderse a las relaciones entre sujetos *privados*. Se habla de un biopoder acompañado por un tecnopoder resultante del entrelazamiento de la economía y la tecnología, a los que los ciudadanos están sujetos, pero de los cuales al mismo tiempo, ellos son protagonistas activos, como lo muestra la figura legal de la subrogación, en donde por medio del contrato, se conjugan la autonomía y la concepción del cuerpo humano como un objeto.

Una vez enmarcado el terreno en el que la maternidad subrogada tiene sus raíces, empieza la segunda parte de la investigación del profesor Greco, dedicada a los efectos problemáticos que ella implica. A su parecer, hablar de manera genérica de autonomía y libertad de decidir sobre el propio cuerpo no sirve para enfrentar y resolver todos los problemas que plantea el uso de las nuevas tecnologías, especialmente para fines reproductivos. Partiendo de las distintas definiciones de maternidad subrogada, se tratan las cuestiones del respeto por la autonomía individual y su verdadera existencia, de la comercialización de la vida humana y de los derechos del feto que se dará a luz. A dichas cuestiones se agregan otros perfiles que deberían tenerse en cuenta, así como el orden público, la discriminación entre las esferas pública y privada y la posición de los padres clientes.

Del complejo de todas estas problemáticas emerge la urgencia de que el legislador fije una vez por todas, los principios y las reglas generales sobre la maternidad subrogada, para intentar eliminar cualquier incertidumbre para aquellos que se encuentran en la necesidad de recurrir a las posibilidades que ofrece la tecnología, y facilitar de esta manera, también la tarea de los jueces que deben decidir sobre los casos individuales. Con su intervención el legislador tendría que dar una solución a la

pregunta fundamental si lo que es posible también es deseable y si debemos querer lo que la tecnología quiere, porque los problemas éticos que surgen en virtud del desarrollo científico y tecnológico, no se pueden dejar enteramente a preferencias personales para evitar que sean tecnología y mercado, junto con decisiones individuales a determinar, las opciones éticas de una sociedad.

Por su parte, el profesor Fernando Cataño Muro Sandoval en su ensayo sobre el (*"Enfoque bioético de la maternidad subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano, como acto de disposición del cuerpo humano"*) señala que la primera y más íntima comunidad social es la familia, la cual se ha visto complementada por la posibilidad de desarrollarse a través de las técnicas de reproducción asistida y con ello se han introducido en la sociedad nuevos desafíos de carácter social, médico, ético, filosófico y, desde luego, jurídico.

Particularmente dentro de la figura de la maternidad subrogada se pueden hacer presentes, por un lado, la siempre deseable solidaridad humana pero por el otro, los riesgos que la soberbia humana y la necesidad económica suelen plantear a la convivencia. El deseo de ser padre o madre y formar una familia amerita, no obstante los riesgos, poner en análisis a la maternidad subrogada sin por ello dejar de lamentar que sea más fácil hallar preguntas que respuestas. Ésa es, en última instancia, la constante de la intimidad humana, donde resulta necesario el que se regule lo más adecuadamente posible en donde se debe garantizar la vinculación genética con el menor, con la consolidación familiar, evitando al máximo los fines de lucro y explotación humana, debido a que con ella las personas pueden ver cumplidos sus derechos a la maternidad o a la paternidad conjuntamente con los derechos de reproducción y salud.

Por lo que se refiere a la gestadora sustituta, receptora del embrión, debe ser la responsable de una gestación saludable y exitosa, como persona capaz, pone en su actuar, en calidad de madre sustituta, todo su ser, no sólo el aspecto biológico sino, a su vez, los aspectos emocionales, psicológicos e, incluso, filosóficos. La decisión de la mujer gestante de llevar a término el embarazo podrá, sin embargo, fundarse en diversos motivos, causas o circunstancias, algunas de ellas altruistas y otras, desafortunadamente, económicas. La oportuna intervención del Derecho habrá de incentivar los unos y contener o encauzar los otros. La mujer que preste un servicio gestacional debe ser reconocida en toda su dignidad y protegida por los sistemas jurídicos a través de regulaciones normativas que prevean la maternidad subrogada remuneratoria o la altruista y garanticen una adecuada condición de salud de la misma, así como los posibles efectos secundarios a la referida salud.

El estatus de mujer gestante conlleva grandes responsabilidades y obligaciones de carácter legal de las que conviene, por certeza y seguridad jurídica, promover su regulación. Pero también, por eso, los derechos inherentes a los cuales es merecedora, entre ellos, el respeto y protección a la intimidad, privacidad, datos personales, imagen, honor y, fundamentalmente, la disposición de su propio cuerpo.

El nasciturus, principio de un ser humano, tiene derecho a la vida y a su plena y absoluta protección jurídica. Por ello, cualquier medida en su contra, representa un acto injustificable, salvo aquellos casos o supuestos de complicación en la salud de la mujer gestante.

Una posible regulación de la maternidad subrogada deberá señalar como eje central, el cuidado y protección otorgados al menor cuyo interés superior deberá guiar sus derechos de filiación e identidad.

Por su parte en el artículo del profesor Julián Domínguez, "*Voluntad procreacional y familias monomaternales: el libre desarrollo de la personalidad a examen*" nos muestra cómo las novedosas técnicas de reproducción humana asistida han enriquecido los modelos de familia que pueden existir y con ello se incrementan las posibilidades de ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad en su vertiente de la autonomía reproductiva. Lo anterior es debido a que las limitaciones físicas o genéticas que tradicionalmente se presentaban en las personas, gracias a esas técnicas ya no constituyen un impedimento para ser padres.

Así, dentro de estos nuevos modelos, nos encontramos con las familias monoparentales y particularmente las maternales sin padre. La voluntad procreacional de las mujeres que deciden ser madres provoca en la realidad diversos conflictos de derechos que urge dar una solución satisfactoria desde el punto de vista argumentativo. De ahí que el artículo desde una perspectiva filosófica liberal y de autonomía moral, frente a las diferencias que existen en las regulaciones que se dan en diversos países, contribuye a formar una respuesta a las interrogantes que se presentan cuando el que aporta el material genético masculino es anónimo o no lo es, ponderándolo con el respeto del derecho de los menores a conocer su origen.

Dentro de los problemas que se analizan en el estudio, está el de la filiación, donde las reglas jurídicas tradicionales no pueden servirnos para resolver las nuevas situaciones que se han creado y por ello, ha surgido una novedosa forma de filiación que es la voluntaria, misma que depende de la decisión del hombre o la mujer cuando ejecutan las acciones procedentes a fin de ser padres. Así, ya no solo la naturaleza o la ley son las que determinan las causas de la filiación.

En conclusión como se podrá apreciar de los artículos anteriores, se ha tratado de pasar revista a los principales desafíos jurídicos desde los aspectos más importantes del Derecho, no sólo de los sistemas italiano y mexicano sino también desde el derecho comunitario e internacional que los avances médicos, científicos y nuevas tecnologías han traído al ser humano, para que ayude a los hombres a comprender y mejorar sus puntos de vista sobre sus partes corporales junto con los derechos que le deben corresponder con base en la idea a la dignidad humana. Espero que lo hayamos logrado.

Una vez más debemos agradecer a todas aquellas instituciones y personas que nos ayudaron a llevar a buen término esta aventura de búsqueda universitaria. En primer lugar, al Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, así como al Rector de la Escuela Libre de Derecho, no solo por la confianza que han depositado en sus profesores para encomendar la investigación, sino el ánimo que han tenido para continuar con el espíritu de colaboración que por más de una década han existido entre ambos institutos, el cual ya ha rendido varios y muy valiosos frutos. Solo nos queda desear el que ese espíritu y colaboración permanezca por mucho tiempo más en beneficio del estudio y difusión de las inquietudes jurídicas y producciones intelectuales que se realizan en ambos países.

Por último queremos agradecer a las personas que nos ayudaron con las traducciones del italiano, inglés y español entre quienes se encuentran los maestros Aldo Petrucci, David Fabio Esborraz, por sus traducciones de los artículos y resúmenes del italiano al español; así como el maestro Santiago Soní Velasco por sus traducciones de los resúmenes de los profesores mexicanos al inglés. Sin duda sus aportaciones fueron vitales para que la obra aparezca totalmente en español y tenga una mayor difusión en el público de habla hispana.

Asimismo, agradecemos infinitamente a los investigadores de la presente obra por su empeño en el trabajo conjunto que realizaron y además el esfuerzo que representó realizar la investigación en medio de una pandemia que trastoca todos los aspectos de la vida y particularmente la universitaria. El hecho de que se terminara y que se logre su publicación es sin duda un éxito más de ambos institutos y por ello nos permitimos dedicar la obra a las Facultades de Derecho del mundo y a todos aquellos profesores y alumnos que se vieron afectados por esa terrible plaga.

Primera parte

DERECHO ROMANO E HISTORIA DEL DERECHO

LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO EN EL DERECHO ROMANO: LUGARES COMUNES Y DATOS DE LAS FUENTES[1]

ALESSANDRO CASSARINO
Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

RESUMEN: En la presente Investigación conjunta partimos de la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto conforme al ordenamiento jurídico, una persona puede disponer libremente del cuerpo y modificar su configuración? Hoy en día existe un amplio grado de libertad para el individuo de cambiar su propio aspecto, sin que ello determine según el artículo 5 del Código Civil Italiano, una "disminución permanente de la integridad física". La máxima expresión de tal libertad resulta el cambio del sexo que depende, como es lógico, de la evolución de las técnicas quirúrgicas. Es interesante observar cómo los juristas romanos tuvieron que enfrentar el problema de los efectos jurídicos que afectan al hombre libre que voluntariamente decide cercenar su órgano sexual. Para indicarlo encontramos la terminología de *"castrado"*, aunque, casi siempre, se prefiere la palabra más general de *"spado"*, cuya traducción literal a un idioma moderno es muy difícil.

RIASSUNTO: Nella presente Investigación conjunta partiamo dalla seguente domanda: fino a che punto è conforme all'ordinamento giuridico, che una persona possa disporre liberamente del corpo al fine di modificarne l'architettura? Al giorno d'oggi assistiamo ad un ampio grado di libertà per l'in-

[1] Traducción al español de Aldo Petrucci.

dividuo di cambiare il proprio aspetto senza che ciò porti, secondo l'articolo 5 c.c.it., ad "una diminuzione permanente all'integrità fisica". Massima espressione di tale libertà appare il cambio del sesso che dipende, come è logico, dall'evoluzione delle tecniche chirurgiche. Interessante è osservare come i giuristi romani abbiano affrontato il problema dei risvolti giuridici relativi all'uomo libero che decida volontariamente di recidere una parte del proprio organo sessuale. Per indicarlo incontriamo la terminologia di *"castrato"*, anche se, quasi sempre, si preferisce il termine più generico di *"spadone"*, la cui traduzione letterale nelle lingue correnti appare difficile.

ABSTRACT: In this paper I move from the following question: might someone freely dispose of his body in order to change its architecture according to a legal system? Nowadays there is a great freedom for everyone to change his body aspect, unless it causes a permanent diminution of its physical integrity (under article 5 of the Italian civil code). The highest expression of this freedom is the change of the sex, the logically depends on the evolution of the surgical technologies. It is very interesting to observe how the Roman jurist have solved the problem of the legal effects concerning a freeman who decides to sever a part of his sexual organ. To indicate him the most used term his *"castrate"*, but the *iurisprudentia* seems to prefer *"spado"*, a word very difficult to translate into modern languages.

PALABRAS CLAVE: Derecho Romano, disposición del cuerpo, *liber homo*, *spado*, castración.

PAROLE CHIAVE: Diritto Romano, disposizione del corpo, *liber homo*, *spado*, castrazione.

KEY WORDS: Roman Law, disposition of the human body, *liber homo*, *spado*, castration.

I. PREMISA

Según su sentido literal, el verbo «disponer» indica el derecho de usar una cosa libremente, a menos que no

haya una expresa prohibición legal.[2] Por lo tanto, es el ordenamiento jurídico en vigor o reconstruido históricamente, el que pone los límites. Si tomamos en consideración el clásico ejemplo del derecho de propiedad sobre una cosa,[3] y la consecuente posibilidad de que su titular disponga de ella a su voluntad, no hay duda que se puedan introducir eventuales frenos jurídicos para su uso o abuso.

En la presente investigación conjunta el bien de que se discute, es el propio cuerpo humano y la pregunta es ¿hasta qué punto conforme al ordenamiento jurídico, una persona puede disfrutar libremente de ello y modificar su arquitectura?[4]

La libertad (*libertas*) en cuanto cosa inestimable (*res inaestimabilis*)[5] tiene una extención muy amplia, que sin embargo encuentra algunos límites solo en el caso de que haya el riesgo de crear una «patología social» a falta de la cual, el ordenamiento jurídico normalmente (podría decirse, en el plan fisiológico) no la toma en consideración.[6]

---

[2] Cf. *www.treccani.it/vocabolario/disporre 4 (a.*

[3] Que como se sabe, los romanos en origen, llamaron *Meum esse* (ser mío) una denominación a la que se sustituyó después la de dominio (en vía etimológica derivante de *dominus*- dueño) mientras resulta más tardío el término *proprietas* (propiedad) nacido en contraposición al derecho de usufruto, como se deduce del texto del jurista Paulo (21 *ad ed.*) en D. 6.1.33.

[4] Sería impensable hacer aquí un listado detallado de todas las posibilidades, que hoy en día una persona tiene para modificar a su cuerpo. Bastaría reflexionar además del cambio del sexo, sobre los tatuajes con cualquier imagen pintada en el cuerpo, o también el lento "suicidio" ocasionado por el vicio de fumar, que los ordenamientos así como el italiano, por un lado permite y por el otro, considera como contrario al derecho fundamental a la salud previsto por el art. 32 de la Constitución italiana.

[5] Las palabras son de Paulo (2 *ad ed.*) en D. 50.17.106. Cf. también las Institutas de Justiniano 1.6.7 (... *sed cum libertas inaestimabilis est* ...) En la doctrina, véase A. D. Manfredini, *'Liberum corpus nullam recipit aestimationem'. Morte ferite cicatrici libertà arti e mestieri*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 76, 2010, pp. 364-376.

[6] Entre las más frecuentes disposiciones del cuerpo se incluye a la prostitución, en la que el agente se dirige a cualquiera que esté dispuesto a pagar su prestación o bien la profesión de gladiador con todas sus consecuencias.

La inestimabilidad de la libertad que acabamos de recordar, se relaciona a las interpretaciones de la jurisprudencia romana, que parecen negar una cualquiera evaluación del cuerpo humano y afirmar la ausencia de un derecho de propiedad pleno y exclusivo sobre el mismo, como se deduce de los dos principios: «el cuerpo libre no recibe una estimación pecuniaria/ *liberum corpus nullam recipit estimationem*»[7] y «nadie se considera

[7] El principio se enuncia en Gayo (7 *ad ed. prov.*) en D. 9.1.3: «ya no se duda que por esta ley puede reclamarse también por causa de personas libres, por ejemplo, si el cuadrúpedo hubiere causado daño a un padre de familia, o a un hijo de familia; por supuesto, no para que se tenga en cuenta de la deformidad, porque un cuerpo libre no admite estimación, sino de los gastos hechos en la cura, y del trabajo perdido, y del que hubiera de perder cualquiera que hubiese quedado inutilizado (*Ex hac lege iam non dubitatur etiam liberarum personarum nomine agi posse, forte si patrem familias aut filium familias vulneraverit quadrupes: scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus aestimationem non recipiat, sed impensarum in curationem factarum et operarum amissarum quasque amissurus quis esset inutilis factus*)», y *Idem* (6 *ad ed. prov.*) en D. 9.3.7: «Cuando con lo que se hubiere arrojado o derramado hubiere sido lesionado el cuerpo de un hombre libre, el juez computa los honorarios pagados al médico y los demás gastos, que se hicieron en la curación; y además el importe del trabajo, de que estuvo privado, o de que haya de estar privado porque quedó inútil. Mas no se hace estimación alguna de las cicatrices, o de una deformidad, porque el cuerpo de un hombre libre no admite estimación alguna (*Cum liberi hominis corpus ex eo, quod deiectum effusumve quid erit, laesum fuerit, iudex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id, quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem*)»; Ulpiano (23 *ad ed.*) en D. 9.3.1.5: « (*Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit*)»; Paulo (34 *ad ed.*) en D. 14.2.2.2: «Habiendo muchos mercaderes reunidos en una misma nave varios géneros de mercancías, y navegando además en ella muchos pasajeros esclavos y libres, por haberse formado una grande tempestad se había hecho necesariamente alijo; después se preguntó lo siguiente: ¿deberían responder todos del alijo, también si algunos hubiesen embarcado tales mercancías, que con ellas no se gravase la nave, como piedras preciosas, margaritas, y de que porción se ha de responder, y se deberá acaso pagar también por las personas libres, y por qué acción podrá demandarse esto? Se estableció, que todos aquellos a quienes hubiese interesado que se hiciera el alijo, debían contribuir, porque deberían esta contribución las cosas conservadas; y así también el dueño de la nave estaba obligado a proporción.

dueño de sus miembros/ *dominus membrorum suorum nemo videtur*».[8]

Parece oportuno precisar preliminarmente, que tales negaciones no afectan a la propiedad de un siervo ni a su evaluación económica en caso de daños, siendo por el derecho común a todos los pueblos (*ius gentium*)[9] un bien patrimonial que se puede ceder a otros.

El importe del alijo debe distribuirse conforme al precio de las cosas; no puede hacerse estimación alguna de los individuos libres; los dueños de las cosas perdidas deberán ejercitar la acción de conducción contra el marinero, esto es contra el patrón. Así mismo, se discutió ¿si deberá hacerse estimación también de los vestidos de cualquiera, y de los anillos? Y pareció bien que de todo, a no ser que algunas cosas hubieran sido embarcadas para ser consumidas, entre las que estarían los comestibles, con tanta más razón, cuanto que si hubieren faltado para la navegación, lo que cada cual tuviera lo aportara en común (*Cum in eadem nave varia mercium genera complures mercatores coegissent praetereaque multi vectores servi liberique in ea navigarent, tempestate gravi orta necessario iactura facta erat: quaesita deinde sunt haec: an omnes iacturam praestare oporteat et si qui tales merces imposuissent, quibus navis non oneraretur, velut gemmas margaritas? et quae portio praestanda est? et an etiam pro liberis capitibus dari oporteat? et qua actione ea res expediri possit? placuit omnes, quorum interfuisset iacturum fieri, conferre oportere, quia tributum ob id servatae <ad h. l.* nt. 5> *res deberent: itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse. iacturae summam pro rerum pretio distribui oportet. corporum liberorum aestimationem nullam fieri posse. ex conducto dominos rerum amissarum cum nauta, id est cum magistro acturos. itidem agitatum est, an etiam vestimentorum cuiusque et anulorum aestimationem fieri oporteat: et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa imposita forent, quo in numero essent cibaria: eo magis quod si quando ea defecerint in navigationem, quod quisque haberet in commune conferret*).

[8] Que se encuentra en Ulpiano (18 *ad ed.*) en D. 9.2.13 pr.: «Un hombre libre en su nombre, tiene la acción con base en la ley Aquilia, en vía útil: en efecto no tiene la acción directa porque nadie se considera dueño de sus miembros (*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*)».

[9] Gai *Inst.* 1.52: «Están bajo potestas los esclavos respecto de sus dueños. Y este poder es de Derecho de gentes, pues en todos los pueblos podemos advertir que los dueños tienen derecho de vida y muerte sobre los esclavos y todo lo que se adquiera por el esclavo es adquirido por el dueño (*In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur*)».

La falta de cualquiera evaluación del hombre libre y de la posibilidad por él, de disponer de su cuerpo encuentra una colocación sistemática al interior del libro noveno del Digesto, que se centra todo en el sector que hoy se llamaría, de la responsabilidad extracontractual.[10] De otra parte, no se duda de que tal falta dentro de la jurisprudencia romana, es relacionada solamente con casos de responsabilidad por daños y que los dos principios mencionados arriba, nunca se construyeron como máximas constitucionales reguladoras del ordenamiento jurídico porque el método de los juristas romanos respondía a la lógica práctica, que encuentra su esencia en la solución de los casos concretos. A continuación procedamos a algunas consideraciones.

II. *Liber homo*/hombre libre y esclavitud aparente

Según lo que afirma Ulpiano (18 *ad ed.*) en D. 9.2.13 pr.: «Un hombre libre en su nombre, tiene la acción con base en la ley Aquilia, en vía útil: en efecto no tiene la acción directa porque nadie se considera dueño de sus miembros (*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*)». Al aplicar rigurosamente el principio de la falta de un derecho de propiedad sobre el cuerpo humano, tendríamos que concluir que cuando una persona que no tiene una condición servil, sufra un daño ocasionado por un error médico u otro evento, así como por ejemplo, el corte del rostro por culpa de la

[10] El esquema del libro noveno es: título I, Si se diga que un cuadrúpedo haya ocasionado un daño (*Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*) título II, Sobre la ley Aquilia (*Ad legem Aquiliam*) título III, De los que hayan demarrado o arrojado algo (*De his, qui effuderint vel deiecerint*) y, por último, título IV, Sobre las acciones noxales (*De noxalibus actionibus*).

mano trémula de un barbero, no le sería reconocida conforme a la ley Aquilia, ninguna tutela para el resarcimiento de los daños.[11]

Esta ley nacida de un plebiscito[12] y luego equiparada a una ley comicial (*lex*) en virtud de la ley *Hortensia* (287 a.C.) contempla en su primer capítulo, un resarcimiento para el dueño en caso de que otro le matase un esclavo o un animal cuadrúpedo (utilizado para el transporte o el trabajo o bien incluido en un rebaño) proporcionado al mayor valor que tendrían en el año anterior a la matanza,[13] y en su tercer capítulo, el resarcimiento de cualquier otro daño causado a esclavos, animales o cosas (mediante una actividad de quebrar, quemar o romper) calculado en el valor más elevado del esclavo, animal o cosa en el último mes anterior.[14]

Por lo tanto, con base bien sea en el primer capítulo, así como en el tercero, se le otorgaba al dueño un derecho al resarcimiento. En cambio, distinta era la situación del

[11] Cf. R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 1015.

[12] Ulpiano (18 *ad ed.*) en D. 9.2.1.1: «Cuya ley Aquilia es un Plebiscito, puesto que la presentó a la aprobación de la plebe el tribuno de la plebe, Aquilio (*Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit*)».

[13] Gayo (7 *ad ed. prov.*) en D. 9.2.2 pr.: «Dispónese en el capítulo primero de la ley Aquilia: «que el que hubiere matado injuria al esclavo o a la esclava ajenos, a un cuadrúpedo, o a una res, sea condenado a pagar al dueño el precio mayor que aquello tuvo en aquel año (*Lege Aquilia capite primo cavetur: 'si quis <ad h. l.* nt. 3> *servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'*)».

[14] Ulpiano (18 *ad ed.*) en D. 9.2.27.5: «Mas en el tercer capítulo dice la misma ley Aquilia: Respecto a las demás cosas excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciere daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado, o roto alguna cosa con injuria, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los treinta dias próximos (*Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto'*).»

hombre libre dañado en su cuerpo, que podría gozar de la tutela prevista en la ley Aquilia, no por medio de la acción «directa», sino utilizando solo la acción «en vía útil»: es decir, el pretor le concedía un remedio procesal apropiado al extender la regla legislativa del derecho civil (*ius civile*) incluida en la ley Aquilia a los casos que estaban fuera de su rigurosa aplicación.

La inexistencia de un derecho de propiedad de sus miembros para el hombre libre, hizo pensar a una parte de la doctrina moderna,[15] que Ulpiano en su texto, se refiera a la situación del esclavo aparente. Esta interpretación podría adaptarse bien a la realidad de una época en la que no era inusual que un hombre libre pudiera reputarse esclavo de otro, y en cuanto tal, ser vendido a terceros.[16]

El problema es tratado por la jurisprudencia romana, con referencia no al efecto traslativo de la propiedad, que era excluido por ser el objeto jurídicamente imposible, sino a los eventuales efectos obligatorios del contrato aunque inválido.[17] Al leer los fragmentos de los juristas romanos, en que directa o indirectamente (como en Ulpiano, 18 *ad ed.* D. 9.2.13.1) el tema central es la venta del hombre libre, nos damos cuenta que para la producción de efectos del contrato inválido, tiene un papel fundamental el elemento de la buena fe subjetiva de ambos los contratantes.

[15] Cf. G. Valditara, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 384, que reputa el texto de Ulpiano como interpolado por los compiladores justinianeos para extender la tutela de la ley a «ogni uomo libero … in precedenza ristretta al *liber homo* posseduto in buona fede». Es de la misma opinión también L. De Santi, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 85-87, que afirma: «è infatti plausibile che il testo originale di Ulpiano facesse generico riferimento al *liber homo bona fide serviens*, ossia di un uomo libero posseduto in buona fede come schiavo o, se vogliamo, di un servo apparente … i commissari giustinanei avrebbero soppresso la *bona fide serviens*, lasciando solamente *liber homo*».

[16] Cf. M. Talamanca, voz *Vendita* (dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, 46, Giuffrè, Milano, 1993, p. 331 nota 275.

[17] Talamanca, *ibidem*, p. 332.

Las fuentes más inherentes a nuestra temática, encuentran su sede en el título 18.1 del Digesto, cuya rúbrica es «De la contratación de la compra, de los pactos concertados entre el comprador y el vendedor, y de las cosas que no pueden ser vendidas».[18] Según el orden sistemático y cronológico de los juristas incluidos en este título, el primero que se ocupa del argumento, es Pomponio (9 *ad Sab.*) en dos textos, D. 18.1.4 y D. 18.1.6 pr., separados por uno de Paulo (5 *ad Sab.*) en D. 18.1.5, en que se explica que las ventas de hombres libres como esclavos, ocurrían a causa de la dificultad de distinguir muchas veces en concreto, entre los dos.[19]

En su texto en D. 18.1.4, Pomponio afirma: «Se entiende que hay compra, así de un hombre libre, como de un lugar sagrado, y como de uno religioso, que no se puede tener, si es comprado por el que lo ignora,»[20] y así

[18] *De contrahenda emptione et de pactis inter emptorem et venditorem compositis et quae res venire non possunt.*

[19] Paulo (5 *ad Sab.*) en D. 18.1.5: *quia difficile dinosci potest liber homo a servo.* La palabras del jurista nos revelan algunos aspectos del modo de vivir (*modus vivendi*) de las clases sociales más bajas de la sociedad romana. Si la nobleza (*nobilitas*) se identificaba fácilmente por su vestuario y su *entourage*, lo mismo no valía para la mayoría de la población. Véase en tema de costumbres, AA.VV., *Trans Antiquity. Cross-dressing and Transgender Dynamics in the Ancient World*, D. Campanile, F. Carlà-Uhink, M. Facella (edited by), Routledge, New York, 2017, *passim*.

[20] Pomponio (9 *ad Sab.*) en D. 18.1.4*: Et liberi hominis et loci sacri et religiosi, qui haberi non potest, emptio intellegitur, si ab ignorante emitur.* Cf. también Licinio Rufino (8 *Reg.*) en D. 18.1.70: «Juzgaron los más, que podía verificarse la compra de un hombre libre, si esto si hiciera entre quienes lo ignoraban. Lo mismo que parece bien, aunque lo sepa el vendedor, pero lo ignore el comprador; pero si el comprador lo hubiere comprado sabiendo que era libre, no se verifica compra alguna (*Liberi hominis emptionem contrahi posse plerique existimaverunt, si modo inter ignorantes id fiat. quod idem placet etiam, si venditor sciat, emptor autem ignoret. quod si emptor sciens liberum esse emerit, nulla emptio contrahitur*)».

continúa en D. 18.1.6 pr.: «Pero dice Celso, el hijo, que a sabiendas no puedes tú comprar un hombre libre, y que no hay enajenación, si lo supieras, de una cosa, cualquiera, como lugares sagrados y religiosos, o de las que no haya comercio, como las públicas, que no se tienen en el caudal del pueblo, sino para uso público, como es el campo Marte».[21] Si en el primero, la ignorancia parece atribuirse al solo vendedor, en el segundo se supone que también exista en el adquirente, conforme a la interpretación del jurista Celso hijo, contemporáneo al propio Pomponio. A mi parecer, no se entiende bien por qué Pomponio separa la buena fe subjetiva de los dos contratantes, dejando a la autoridad de Celso hijo la conclusión de que la venta sea inválida cuando el adquirente supiera que compraba a un hombre libre; sin embargo, nos interesa más destacar que la falta de la buena fe en ambos, hace que el contrato no produzca ningún efecto.

La discusión sobre los efectos de un contrato inválido por tener como objeto algo que no se puede comerciar, únicamente tiene la finalidad de conceder un remedio al contratante engañado, para conseguir el resarcimiento de los daños. Comenta aún el jurista Paulo (33 *ad ed.*) en D. 18.1.34.1: «Derechamente se hace venta de todas las cosas que alguno puede tener, o poseer, o perseguir, pero es nula la venta de las que la naturaleza, el derecho de gentes, o las costumbres de la ciudad eximieron del comercio».[22] Al explicar los motivos por los que no es posible comerciar un hombre libre o ciertas categorías

[21] Pomponio (9 *ad Sab.*) en D. 18.1.6 pr.: *Sed Celsus filius ait hominem liberum scientem te emere non posse nec cuiuscumque rei si scias alienationem esse: ut sacra et religiosa loca aut quorum commercium non sit, ut publica, quae non in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius.*

[22] Paulo (33 *ad ed.*) en D. 18.1.34.1: *Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

de bienes, se indica una *ratio* fundamentada en el derecho natural (*ius naturale*) o en el derecho de gentes (*ius gentium*) o bien en las costumbres de una ciudad (*mores civitatis*).[23]

Entonces, la prohibición de vender y comprar a un hombre libre, dependería del derecho natural, como se puede deducir del *incipit* de las Institutas de Ulpiano.[24] Conforme a esa misma *ratio*, a pesar de que se puedan adquirir cosas futuras, se excluye la añadida al contrato de compraventa de un hombre libre, una cláusula, con la que se subordina la adquisición al evento de que se convierta en esclavo: en efecto, siempre Paulo (33 *ad ed.*) en D. 18.1.34.2 define esta hipótesis como algo abominable (*nec fas*).[25]

En este contexto, si por un lado, se puede entender cuál sea la probable esfera de aplicación concreta de lo que comenta Ulpiano (18 *ad ed.*) en D. 9.2.13 pr., por el otro, se justifica también por qué el ordenamiento sancione de una forma grave, quien siendo libre, voluntariamente haya dispuesto de su cuerpo, haciéndose vender como esclavo a otros para compartir el precio con el vendedor.

[23] El listado de los bienes que son excluidos del normal «tráfico jurídico» por razones fundamentadas en las antiguas costumbres de una sociedad, se recaba de la lectura del Manual de Gayo (2.1 y ss.) y de las Institutas de Justiniano (2.1 y ss.).

[24] En efecto, según las palabras del jurista mencionadas en D. 1.1.4, la esclavitud es admitida en el ordenamiento jurídico romano, solo porque deriva del *ius gentium*, entendido como derecho común a todos los pueblos. Aunque por derecho natural, todos los hombres nacen libres, el sistema jurídico «supranacional» prevé la pérdida de la libertad por determinadas causas, como la captura en guerra.

[25] «No podemos a sabiendas comprar un hombre libre; pero ni se ha de admitir una tal compra, o estipulación: «cuando fuera esclavo», aunque hayamos dicho, que se pueden comprar las cosas futuras; porque no es licito esperar casos de esta naturaleza (*Liberum hominem scientes emere non possumus. sed nec talis emptio aut stipulatio admittenda est: 'cum servus erit', quamvis dixerimus futuras res emi posse: nec enim fas est eiusmodi casus exspectare*)».

En primer lugar, el edicto del pretor le negaba la acción para reclamar la libertad, cuando su finalidad era la de engañar al comprador ignorante, con la consecuencia de que se quedaba en una situación de «esclavitud de hecho».[26] Luego, la normativa se endureció al establecer que el libre mayor de veinte años si se dejase vender como esclavo para compartir el precio, se convertiría en un esclavo también jurídicamente (Marciano, 1 *inst.* en D. 1.5.5.1: «Pero los esclavos se reducen a nuestro dominio o por derecho civil, o por el de gentes: por derecho civil, si alguno mayor de veinticinco años consintió ser vendido para participar del precio / *servi autem in dominium nostrum rediguntur aut iure civili aut gentium: iure civili, si quis se maior viginti annis ad pretium participandum venire passus est*») y si el comprador después lo hubiera manumitido, no volvería a su *status* primitivo, sino asumiría la condición de liberto, como afirma expresamente Modestino (7 *reg.*) en D. 1.5.21 («El hombre libre que se vendió a sí mismo, manumitido, no regresa a su estado, sino que se hace de condición liberto /*Homo liber, qui se vendidit, manumissus non ad suum statum revertitur, quo se abdicavit, sed efficitur libertinae condicionis*») con todas las limitaciones que implica tal condición.[27]

III. La prohibición de la estimación pecuniaria del cuerpo del hombre libre

La máxima según la cual nadie puede reputarse dueño de sus miembros (*dominus membrorum suorum nemo videtur*) conceptualmente se conecta con lo que afirma

[26] Véase la cadena de textos de Ulpiano y Paulo en D. 40.12.14 – 16 pr.

[27] Para una visión general cf. A. Petrucci, *Manuale di Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 3-7.

Gayo (6 *ad ed. prov.*) en D. 9.3.7,[28] en donde se niega una evaluación económica al cuerpo del hombre libre (*liberum corpus nullam recipit aestimationem*).[29]

La afirmación de Gayo fue colocada por los compiladores de Justiniano, al final del título tercero del libro noveno del Digesto, dedicado por entero al comentario del edicto «De los que hayan derramado o arrojado algo (*De his, qui effuderint vel deiecerint*)».[30] La *ratio* en la que se

[28] El texto sustancialmente es idéntico a otro texto del propio Gayo (7 *ad ed. prov.*) en D. 9.1.3 *in fine*.

[29] Para las distintas interpretaciones de la doctrina moderna, con referencia a las posiciones «interpolacionistas» cf. las reconstrucciones de Manfredini, *'Liberum corpus nullam recipit aestimationem'*, cit, 352-354, y P. Ziliotto, *Stima del corpo e del danno al corpo dell'uomo libero*, en AA.VV, *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, L. Garofalo (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2015, p. 67-72 y notas 27, 28, 31 y en particular nota 34.

[30] El jurista Ulpiano (23 *ad ed.*) en D. 9.3.1 pr. refiere las palabras del edicto: «Dice el Pretor respecto de los que hubieren arrojado o derramado alguna cosa: «Por tanto, si se hubiere arrojado o derramado alguna cosa en el sitio por donde vulgarmente se transita, o donde la gente se detiene, daré, contra el que alli habitare, acción en el duplo por cuanto daño con ello se hubiere causado o hecho. Se si dijera que del golpe de lo arrojado había perecido un hombre libre, daré acción cincuenta áureos; si viviera, y se dijese se lo causó daño, daré acción para que aquel contra quien se reclama sea condenado en tanto cuanto por tal cosa pareciere justo al juez. Si se dijera que un esclavo lo hizo ignrándolo su dueño, añadiré en el juicio: o que lo de por el delito cometido» (*Praetor ait de his, qui deiecerint vel effuderint: 'Unde in eum locum, quo vulgo iter fiet vel in quo consistetur, deiectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum, qui ibi habitaverit, in duplum iudicium dabo. si eo ictu homo liber perisse dicetur, quinquaginta aureorum iudicium dabo. si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agetur condemnari, tanti iudicium dabo. si servus insciente domino fecisse dicetur, in iudicio adiciam: aut noxae dedere'*)». El inciso final del edicto pretorio prevé que si el hecho se haya cometido por un esclavo, sin que el dueño lo supiera, el esclavo podría ser cedido al dañado —se trata de la entrega dicha técnicamente «noxal»— para que con su trabajo, cumpla con el resarcimiento de los daños. La posibilidad de ceder a un esclavo (o un animal) autor del daño, con una finalidad de resarcimiento resulta coherente a la lógica social romana, en donde la esclavitud es antes que nada, un fenómeno económico y el esclavo tiene la característica de un bien evaluable en dinero. Sobre el tratamiento de los siervos objeto de entrega noxal, cf. F. Serrao, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Dalla società gentilizia alle origini*

fundamenta este edicto, concierne a la seguridad de la circulación en las calles públicas,[31] como se puede leer en la explicación de Ulpiano (23 *ad ed.*) en D. 9.3.1.1, en donde se subraya que corresponde a la utilidad general, que se pueda circular en las calles, sin miedo ni peligro (*publice … utile est sine metu et periculo per itinera commeari*).

Con referencia al contenido del edicto, los daños ocasionados a esclavos, animales y cosas porque alguien derramó o arrojó algo de un edificio, son calculados por el juez en medida doble respecto de la pérdida patrimonial sufrida por el dueño.[32] En cambio, es distinto el

dell'economia schiavistica, 1, Jovene, Napoli, 2006, p. 187. En tema de daños causados por animales domésticos, y de comentario al título primero del libro noveno del Digesto («Si se diga que un cuadrúpedo haya ocasionado un daño/ *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*»), véase F. Cursi, *Gli illeciti privati*, en AA. VV., *XII Tabulae. Testo e commento*, II, F. Cursi (a cura di), Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, 607-614. Para el estudio de este edicto en general, cf. S. Schipani, *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus Iuris ai codici civili europei e latinoamericani*, en *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 1994, ahora reproducido en *Idem, Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 103-109; J. B. M. Hoek, *D. 9,3,5,4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 117, 2000, 454-463; F. Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini Editore, Pisa, 2002, p. 119-143; H. Ankum, *L'édit du préteur de his qui deiecerint vel effuderint*, en *Studia iuridica*, 41, 2003, ahora reproducido en *Extravagantes: scritti sparsi sul diritto romano*, Jovene, Napoli, 2007, 427-446; F. Mattioli, *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bononia University Press, Bologna, 2010, p. 87-152. V. también, Ziliotto, *Stima del corpo e del danno al corpo dell'uomo libero*, cit., p. 63-67 y nota 15 para la doctrina anterior y L. C. Sánchez Hernández, *La responsabilidad civil extracontractual sin culpa. La tutela de la seguridad de los transeúntes en el derecho romano y la moderna responsabilidad por actividades peligrosas*, Universidad Externado de Colombia, 2018, 71-152.

[31] Cf. el recién artículo de F. Cursi, *Il concorso della colpa del danneggiato nel risarcimento e la rilevanza penale dell'azione aquiliana*, en *Index*, 47, 2019, p. 174-175 y notas 37-38.

[32] En la misma dirección se pone el edicto de los ediles curules (los magistrados diputados a la seguridad de las calles) en la cláusula en donde se prevé el resarcimiento de los daños, ocasionados por animales salvajes

sistema resarcitorio en el caso de muerte o lesión de un hombre libre.

Ulpiano (23 *ad ed.*) en D. 9.3.1.5 nos explica que la pena aplicada al habitante (el *habitator*, es decir a quien vivía en el edificio en el momento del evento) era fijada en cincuenta aureos, si el transeúnte hubiera sido muerto, porque no se podía hacer una estimación pecuniaria del cuerpo de un hombre libre («Pero cuando pereció un hombre libre, no se hace en el duplo la estimación del daño; porque respecto de un hombre libre no puede hacerse estimación alguna de su cuerpo, sino que se hace condena de cincuenta áureos/ *Sed cum homo liber periit, damni aestimatio non fit in duplum, quia in homine libero nulla corporis aestimatio fieri potest, sed quinquaginta aureorum condemnatio fit*»).[33] Es evidente cómo esta suma de dinero prevista por el edicto del pretor, para los herederos o bien el ciudadano que actuaba en contra del

(*edictum de feris*). Como nos informa aún Ulpiano (2 *ad ed. cur.*) en D. 21.1.42: «por donde comúnmente pasa el camino <dicha cláusula> dispuso que no se pueda ni perjudicar ni dañar a alguien. Si se haya hecho algo en contra de ella y por eso haya muerto un hombre libre, <el culpable> será condenado a pagar doscientos monedas de oro; si se diga que fue dañado un hombre libre, será condenado a la suma equitativa establecida por el juez; para los daños que se hayan dado o hecho a las demás cosas, será condenado a pagar el doble (*'qua vulgo iter fiet, ita habuisse velit, ut cuiquam nocere damnumve dare possit. si adversus ea factum erit et homo liber ex ea re perierit, solidos ducentos <ad h. l.* nt. 16*>, si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum iudici videbitur, condemnetur, ceterarum rerum, quanti damnum datum factumve sit, dupli'*)». Bien sea el edicto del pretor *de effusis vel deiectis* así como este edicto de los ediles se inspiran a los mismos criterios básicos.

[33] Según la interpretación de Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 131, el resarcimiento del daño no tendría naturaleza patrimonial solo en caso de que fuera reclamado por un tercero con una acción popular, que al tutelar la incolumidad pública, podría ser utilizada por un cualquier ciudadano en contra del autor del daño. Sobre las acciones populares v. el recién artículo de M. Giagnorio, *Brevi note in tema di azioni popolari*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 5, 2012, p. 1-34, en donde se encuentra una amplia exposición de las posturas doctrinales y del funcionamiento procesal de dichas acciones y a p. 40-46 en tema de *effusis vel deiectis*.

habitante (con una acción popular) asumía un carácter no patrimonial.[34]

En caso de que el transeúnte libre hubiera sufrido una lesión —en las fuentes se habla de un perjuicio—[35] se duda en la doctrina moderna,[36] si el cálculo del resarcimiento establecido por el edicto del pretor en medida equitativa (*in bonum et aequum*) incluiría además de los gastos patrimoniales, así como aquellos para las curaciones, las medicinas, los días laborales perdidos o a perderse, también daños que no podrían cuantificarse en términos monetarios. Una parte de los autores lo creen[37] solo en el caso en que el dañado se ha hecho inhábil definitivamente para el trabajo, comprometiendo su capacidad de sustento: por ejemplo, si un barbero pierde el uso de una mano.

Dicha interpretación podría apoyarse en otro texto de (23 *ad ed.*) en D. 9.3.5.5, en donde se destaca que la suma equivalente al daño causado al cuerpo de un libre, no se transmite por derecho hereditario a los sucesores, «porque no es como un daño pecuniario»,[38] sino deriva

[34] Hoy en día la doctrina y la jurisprudencia italianas identifican el daño no patrimonial como «qualsiasi danno da lesione di valori inerenti la persona»: así A. Torrente – P. Schlesinger, *Manuale di Diritto privato*, F. Anelli – C. Granelli (a cura di), 24° ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 940.

[35] Como correctamente señala Manfredini, *'Liberum corpus nullam recipit aestimationem'*, cit., p. 342 y nt. 37.

[36] Cf., *supra*, nota 34.

[37] Exactamente Serrao, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit., p. 141, observa que cicatrices y otros daños estéticos si hubieran influido en la capacidad de trabajo, podrían tomarse en consideración: «È naturale però che, ove le cicatrici, sfregi o comunque danni estetici avessero influito sulla capacità di lavoro e di guadagno, allora, essi sarebbero venuti indirettamente in considerazione».

[38] *Contra* Serrao, *ibidem*, cit., p. 142, según el cual «la motivazione *quasi non sit damnum pecuniarium* serve, nel contesto del passo ulpianeo, solo a spiegare ... l'intrasmissibilità dell'azione agli eredi «in quanto il danno non ha investito il patrimonio», e non ad escludere che il danno sofferto dal ferito sia rappresentabile patrimonialmente mediante valutazione dei danni indiretti ...».

de una evaluación equitativa hecha por el juez («porque no compete a los herederos por derecho hereditario; porque el daño que se causa a un hombre libre, no debe pasar por derecho hereditario a los sucesores, puesto que no es un daño pecuniario; porque esta acción nace por razón de bondad y de equidad / *nec enim heredibus iure hereditario competit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, nam ex bono et aequo oritur*»).

El inciso «porque no es como un daño pecuniario» a mi parecer, significa que el daño resarcible en fuerza del edicto pretorio que estamos comentando, podría también referirse a elementos no patrimoniales. En efecto, se ha destacado en la doctrina,[39] como Ulpiano «avrebbe preso atto della natura non patrimoniale del danno al corpo della persona (reconocería la naturaleza no patrimonial del daño al cuerpo de la persona)», puesto que con el empleo de la palabra «*quasi*», tendía a identificar con los daños patrimoniales los que no tenían esta naturaleza.

IV. La disposición de su propio cuerpo: el caso del «spado»

Una vez ubicados en sus contextos originarios, los dos principios «nadie puede considerarse dueño de sus miembros (*dominus membrorum suorum nemo videtur*)» y «el cuerpo de un hombre libre no se puede evaluar económicamente (*liberum corpus nullam recipit aestimationem*)» pasemos a examinar otra cuestión a la que aludimos en nuestra premisa. En caso de que una persona quiera modificar de una forma permanente su «arqui-

[39] Ziliotto, *Stima del corpo e del danno al corpo dell'uomo libero*, cit., p. 73.

tectura física» ¿cuáles son los límites que el ordenamiento jurídico le puede imponer para evitarlo? El Derecho Romano nos ofrece un ejemplo muy interesante, sobre el que vale la pena reflexionar: el de un hombre libre que voluntariamente se haya sometido a la extirpación quirúrgica total o parcial de su órgano reproductivo.

Para indicarlo, en las fuentes jurídicas romanas se utiliza el término específico de castrado (*castratus*) pero casi siempre se prefiere el más general de "*spado*"(que en español se podría traducir como "*espadón*")[40] pues una traducción literal a un idioma moderno es muy difícil, porque identifica no solo los eunucos, sino todos los hombres que se encuentran en una condición física que les impide la procreación natural.[41]

Los distintos sentidos que la jurisprudencia romana dió a la palabra *spado*, se ven en un texto de Ulpiano (1 *ad l. Iul et Pap.*) en D. 50.16.128, que es el título del

[40] Para entender el uso polisémico del término *spado*, se pueden agrupar los datos de las fuentes jurídicas, por macrosectores del derecho: Gayo (1 *inst.*) en D. 1.7.2.1 (que refleja en su contenido, *Gai inst.* 1.103 y I. 1.11.9) y Modestino (1 *diff.*) en D. 1.7.40.2, tratan el tema de la adopción de una persona *alieni iuris* o *sui iuris* de parte de un «espadón»; Ulpiano (3 *ad Sab.*) en D. 28.2.6 pr., se pone la cuestión del nombramiento de un póstumo como heredero para quien no pueda generar (v. más adelante § 6 b); Paulo (11 *ad Sab.*) en D. 21.1.7 pr., Ulpiano (1 *ad ed. aed. Cur.*) en D. 21.1.6.2, aún Ulpiano (2 *ad ed. aed. Cur.*) en D. 21.1.38.7 y Marciano (*l. s. de delat.*) en D. 39.4.16.7, se ocupan de problemas jurídicos relacionados al «espadón» – esclavo. En particular: Paulo (11 *ad Sab.*) en D. 21.1.7 pr., lo considera como una persona enferma, mientras que Ulpiano (1 *ad ed. aed. Cur.*) en D. 21.1.6.2 y *Idem* (2 *ad ed. aed. Cur.*) en D. 21.1.38.7, lo reputan sano. Marciano (*l. s. de delat.*) en D. 39.4. 16.7 afirma que deba aplicarse un impuesto sobre los «espadones». Ulpiano (33 *ad ed.*) en D. 23.3.39.1 enfrenta el caso de un «espadón» libre que se casa. En cambio, Marciano (4 *reg.*) en D. 40.2.14.1 habla del futuro matrimonio de un «espadón» esclavo, y por último, leemos en Ulpiano (7 *de off. Proc.*) en D. 48.8.4.2, la prohibición imperial de someter alguien a una operación quirúrgica de remoción total o parcial de los genitales, con su consentimiento o no (v. más adelante, § 5).

[41] Cf. § 6 b).

Digesto, dedicado al significado jurídico de los términos empleados en la entera codificación justinianea. Según lo que comenta el jurista: «La denominación de «espadón» es general; con cuya palabra se comprende tanto los que son «espadones» por naturaleza y también los castrados y esterilizados, como también cualquier otro género de «espadones» que haya (*spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur*)». Ulpiano nos informa que son incluidos en el término general de *spado*, los que son tales por naturaleza, así como los que lo son porque sus testículos fueron aplastados o comprimidos (*thlibiae / thlasiae*) y cualquier otro género de «espadón».

A mis ojos, resaltan dos aspectos. El primero implica una distinción entre *spadones* por naturaleza y por acto de disposición del cuerpo;[42] el segundo que ocasiona una cierta perplejidad, es la tautología final del texto: la denominación de «espadón» —comenta el jurista— es general al punto que incluye además de específicas categorías, también a cualquier otro género de «espadón». En la lógica de la jurisprudencia romana, dicha afirmación podría revelar la imposibilidad de realizar un elenco exhaustivo de todas las figuras que integraban el *status* de incapacidad sexual/ procreadora: la diferencia entre una u otra dependería del contexto de cada caso concreto. Solo cuando «espadón» equivale a castrado (*castratus*) la referencia resulta muy precisa al indicar la persona que por voluntad suya o de otro, sufrió la privación de su aparato reproductivo.

Procedamos a analizar algunos ejemplos del utilizo del concepto de «espadón» en los escritos de los juristas,

[42] Como también destacan los léxicos de la lengua latina: véase por ej., E. Forcellini, *Totius Latinitatis Lexicon*, Tomo V, Aldina Edente, Prati, 1871, p. 577, voz *spado*.

empezando con un texto ubicado en las Institutas de Gayo.

De la lectura de un pasaje del libro primero (1.196) aprendemos cuáles son las condiciones físicas que se requería a un joven ciudadano romano, libre y *sui iuris*, para llegar a la pubertad y salir de la protección del tutor.[43] Según las distintas visiones de las dos escuelas jurisprudenciales anteriores a Gayo, los Sabinianos reputaban que se necesitaba una inspección corporal, para averiguar la madurez sexual, mientras que los Proculeyanos la identificaban con el décimo cuarto año de edad. Cuando se pone la cuestión con referencia a un «espadón», el maestro responde que como es imposible constatar el requisito de la capacidad procreadora, es mejor aceptar el límite de edad propuesto por esta segunda escuela.[44]

¿A quiénes está refiriéndose aquí Gayo con el término «espadones»? ¿A los que tienen un retraso en el desarrollo de su madurez sexual por un hecho fisiológico o patológico? o bien ¿a los que sufrieron una intervención que les impide llegar a tal madurez? A mi parecer, ambas hipótesis son posibles, porque el jurista claramente

[43] «Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan a la pubertad Sabino y Casio y los demás de nuestros maestros creen que es púber aquél que por el hábito exterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto a aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse a aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así solo conceptúan púber al que ha cumplido los catorce años (*Masculi autem cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Puberem autem Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores eum esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendit, id est eum qui generare potest; sed in his qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. Sed diversae scholae auctores annis putant pubertatem aestimandam, id est eum puberem esse existimant, qui XIIII annos explevit*)».

[44] Según la interpretación de D. Dalla, *L'incapacità sessuale in Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 173, el análisis conjunto de *Gai* 1.103 y 1.196 hace pensar que «Gaio abbia ritenuto il principio affermato in I. 1.103 valido per ogni specie di coloro *qui generare non possunt*»

habla de los que nunca «pueden conseguir la pubertad (*pubescere non possunt*)» independientemente del transcurso del tiempo.

Podríamos suponer que se haga alusión a un joven que por cualquier razón, tenga características físicas que obstaculicen su capacidad sexual, o bien, haya sufrido una operación en su primera edad, que le haya quitado esta capacidad. En el primer caso, podría tratarse de un defecto genital del pupilo, o bien de su condición de hermafrodita;[45] en el segundo, a pesar de la duda sobre quién haya autorizado la operación,[46] podría pensarse en la castración, o bien en la práctica quirúrgica de la infibulación de los genitales de un varón aún impúber, de la que nos informan los libros VII y VIII del tratado de medicina de Celso.

A tal propósito el autor, después de haber descrito la operación, que consistía en la inserción de una hebilla en el órgano genital masculino, la considera más superflua que necesaria (*hoc quidem saepius inter supervacua quam inter necessaria est*) y nos explica que se practicaba para mejorar la voz en el canto, o por razones de salud (*valetudinis causa*)[47] que según la interpretación de algunos autores modernos, coincidirían con la necesidad de evitar un exceso de «autoerotismo».[48] Como es evidente,

[45] Al hermafrodita hacen referencia varios textos jurisprudenciales, como el de Ulpiano (3 *ad Sab.*) en D. 28.2.6.2, en donde se afirma que si en él prevale el sexo masculino, puede nombrar como heredero en su testamento, a un póstumo (*hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalebunt, postumum heredem instituere poterit*). Cf., sobre este tema, § 6 b).

[46] Tratándose de un pupilo *sui iuris*, la suposición más plausible sería la de pensar en una autorización del tutor en el interés del propio pupilo, como por ej., para permitirle una rutilante carrera de cantante.

[47] Así se expresa Celso 7.25.3. Cf. el comentario de A. Cornelio Celso, *La Chirurgia (Libri VII e VIII del De medicina)*, I. Mazzini (a cura di), Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Macerata, 1999, p. 137-139.

[48] Véase v.g., la interpretación de Mazzini en A. Cornelio Celso, *La Chirurgia (Libri VII e VIII del De medicina)*, cit., p. 214. A mi parecer, dicha explica-

la condición de «espadón» del joven castrado era destinada a ser permanente, por ser su incapacidad de procrear perpetua, mientras que la del «infibulado» podría se temporánea, si con la eliminación de la hebilla, el órgano sexual hubiera regresado a su normal funcionalidad.[49]

En todo caso, tratándose de un pupilo bajo tutela, su eventual voluntad de convertirse en un «espadón» no tendría ninguna relevancia.

V. ¿La prohibición de la castración? Las referencias textuales de algunas fuentes

Como señalamos en el inciso anterior, el término «espadón» se aplicaba también a los castrados, tanto a los que lo eran por decisión de otros, así como a los que llevaban a cabo la castración como acto de disposición voluntaria de su cuerpo. En línea general, podría afirmarse que hasta el I siglo d.C., no se encuentra en las fuentes jurídicas romanas, ninguna prohibición a la castración de un libre o un esclavo;[50] solo para este último era prevista en la ley Aquilia, una sanción a carga del

ción podría encontrar un paralelo con la práctica «bárbara» de la infibulación feminina, que en algunos pueblos, aún hoy en día tiene como finalidad la de evitar toda forma de placer erótico.

[49] En realidad, Celso no se detiene sobre esta posibilidad, pero tampoco la excluye. Se puede suponer que haya una plena recuperación del órgano, únicamente en el caso de que la infibulación no hubiese ocasionado daños permanentes.

[50] Como observa en doctrina, S. Puliatti, *Tipicità della pena e qualitas personarum nel travaglio interpretativo della cancelleria imperiale. L'evirazione*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, II, Jovene, Napoli, 1997, p. 142, las fuentes jurídicas no toman en consideración la autoeviración que se procuraban los fieles del culto de Cibeles.

médico que le hubiera ocasionado la muerte o un daño por una errónea operación.[51]

Sin embargo, la legislación cambia en la segunda mitad del I siglo d.C., cuando se empiezan a emanar ordenamientos que castigan con un proceso penal público,[52] la proliferación del fenómeno: hay noticias de una intervención de Domiciano (81-96 d.C.)[53] y de un senadoconsulto de la época de Nerva (96-98 d.C.)[54] hasta a llegar a un edicto de Adriano, reproducido en el Digesto. En ello, según lo que atestigua Ulpiano (7 *de off. proc.*) en D. 48.8.4.2, se prohibió la «formación de espadones (*constitutum quidem est, ne spadones fierent*)» estableciendo la pena de muerte con base en la ley Cornelia sobre los homicidios (*lege Cornelia <de sicariis et veneficiis> teneantur*)[55] para los esclavos que hubiesen efectuado la castración y la pena de la confiscación de los bienes y la deportación

[51] Sobre la responsabilidad del médico conforme a la ley Aquilia, v. J. Ruggiero, *Ricerche sulla Pauli Sententiae*, Giuffrè, Milano 2017, p. 309-310 y nota 378.

[52] Sobre este punto véase Puliatti, *Tipicità della pena e qualitas personarum nel travaglio interpretativo della cancelleria imperiale. L'evirazione*, cit., p. 151.

[53] Suetonio, *Domiciano*, 7: «prohibió que los esclavos varones fueran castardos, y de los «espadones» que seguían siendo en manos de los mercantes de esclavos, moderó los precios (*castrari mares vetuit; spadonum, qui residui apud mangones erant, pretia moderatus est*)». A parecer de Puliatti, *Tipicità della pena e qualitas personarum nel travaglio interpretativo della cancelleria imperiale. L'evirazione*, cit., p. 147, la noticia no significa que bajo el reinado de Domiciano, se continuase a ampliar el número de los «espadones», sino que el emperador intervino para fijar precios públicos para ellos. Una referencia a tal intervención se encontraría también en un texto de Marciano (*l. s. de delator.*) en D. 39.4.16.7.

[54] Al que parece referirse Marciano (14 *inst.*) en D. 48.8.3.4, sobre el cual nos detendremos más adelante. En doctrina v. aún Puliatti, *Tipicità della pena e qualitas personarum nel travaglio interpretativo della cancelleria imperiale. L'evirazione*, cit., p. 148. Agréguese también Ruggiero, *Ricerche sulla Pauli Sententiae*, cit., p. 311 nota 383.

[55] Para la reconstrucción del texto de la ley, véase AA.VV., *Roman Statutes*, M. H. Crawford (Edited by), vol. II, Institute of Classical Studies School of Advanced Study, University of London, London, 1996, p. 749-753.

a una isla, para los libres que la hubiesen hecho, pudiéndose en ambos casos, proceder en contumacia de los acusados.

En el enfoque de los actos de disposición de su propio cuerpo, nos interesa poner más de relieve lo que ordenaba Adriano a continuación. El emperador ordenaba a los gobernadores provinciales escuchar las denuncias de quienes hubiesen perdido la virilidad por castración, porque nadie, libre o siervo, debía ser castrado ni con su consentimiento o tolerancia (*nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet*). Al médico que en violación del edicto, hubiese cortado los testículos se le aplicaba la pena de muerte y a la misma pena era sometido quien hubiese sido condescendiente con esta conducta (*at si quis adversus edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit*).[56]

[56] Ulpiano (*7 de off. Proc.*) en D. 48.8.4.2: «El mismo Divino Adrinao resolvió por rescripto: «Se determinó ciertamente en constituciones, que no se hicieran espadones; y que los que furen acusados de esto delito estuviesen sujetos a la pena de la ley Cornelia, y que con razón debían ser reivindicados sus bienes para el fisco; y que también se debía imponer la última pena a los esclavos que hubieren hecho espadones; y que respecto a los que son responsables de este delito, si no estuvieren presentes, se ha de fallar, aun estando ausentes, como si estuvieran sujetos a la ley Cornelia. Y ciertamente que si los mismo que sufrieron esta injuria se hubieren querellado, el Presidente de la provincia debe oir a los que perdieron la virilidad. Porque nadie debe castrar a un hombre libre o a un esclavo, contra la voluntad de éste, o consintiéndolo él; ni ninguno debe prestarse espontáneamente a ser castrado. Mas si alguno hubiere obrado contra mi Edicto, habrá ciertamente pena capital para el médico, que hubiere hecho la castración, y también para el mismo que espontáneamente se prestó a ser castrado» (*Idem divus Hadrianus rescripsit: 'Constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem, qui hoc crimine arguerentur, Corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere, sed et in servos, qui spadones fecerint, ultimo supplicio animadvertendum esse: et qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque, tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse. plane si ipsi, qui hanc iniuriam passi sunt, proclamaverint, audire eos praeses provinciae debet, qui virilitatem amiserunt: nemo enim liberum servumve invitum sinentemve castrare debet, neve quis se sponte castrandum praebere debet. at si quis adversus edictum meum fecerit, medico quidem, qui exciderit, capitale erit, item ipsi qui se sponte excidendum praebuit'*)».

Este edicto fue analizado ampliamente por la doctrina moderna,[57] que se ocupó del argumento; para nuestras finalidades actuales, vale la pena subrayar que el sentido de «espadón», de que se hace mención en la primera parte, no resulta polisémico, sino corresponde de una forma más específica, al castrado. Sin embargo, mucho más importante es la observación de que según el testimonio de Ulpiano, se introdujo una rigurosa prohibición de realizar también una castración voluntaria, fijando una explícita limitación a un acto dispositivo de su propio cuerpo. Pero a tal propósito la normativa no tuvo que ser siempre así coherente.

Por un lado, la inserción del edicto adrianeo con el comentario de Ulpiano en el Digesto, refleja la postura que Justiniano adoptó en materia, al prohibir todo tipo de castración, como es confirmado también por su constitución de 558.[58] De otro lado, hay un pasaje de las Sentencias de Paulo (*Pauli Sententiae* 5.23.13) una obra redactada a lo largo de varias décadas entre los siglos III y el IV d.C., y no insertada en la Codificación justinianea, en que se prevé una sanción infringida mediante un proceso criminal, únicamente a cargo de quien haya castrado a un hombre, libre o esclavo, sin su consentimiento. Si el autor de la castración pertenecía a las clases sociales más bajas (*humiliores*) la pena era la muerte, mientras que si era de clase más alta (*honestior*) se castigaba con la deportación a una isla.[59]

[57] Cf., recientemente, Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli sententiae*, cit., p. 312, con más bibliografía en nt. 389.

[58] Novela 142.

[59] *Pauli Sententiae* 5.23.13: «Quien castró o hizo de modo que se castrara a un hombre, libre o esclavo, en contra de su voluntad, por causa de lujuria o de comercio, será punido con la muerte, pero a los culpables de clase más alta serán confiscados los bienes y serán deportados a una isla (*Qui hominem invitum libidinis aut promercii causa castravit castrandumve curavit, sive is servus sive liber sit, capite punietur; honesteriores publicatis bonis in insulam deportantur*)».

Las sanciones indicadas en las Sentecias de Paulo, son confirmadas por un texto de Marciano (14 *inst.*) incluido en D. 48.8.3.4 – 5,[60] con dos relevantes diferencias: la primera es que el jurista nos informa que este aparato sancionatorio dependía de una interpretación extensiva del previsto originariamente en la ley Cornelia sobre los homicidios; la segunda consiste en la explicación de que la aplicación de la ley a los actos de castración, fue debida a la aprobación de un senadoconsulto (en la época de Nerva, 96-98 d.C.) dirigido a impedirlo por motivos de libido o comercio, sin distinguir si el castrado estuviera de acuerdo o no.

Esta segunda diferencia es en nuestra óptica, muy relevante, porque afecta directamente a la cuestión de la libre disposición del propio cuerpo. El distinto testimonio de las *Pauli Sententiae* a pesar de quien sea su autor,[61] podría justificarse con un cambio de la normativa entre el II siglo d.C. y el lapso temporal (final del III – mitad de IV siglo d.C.) en que tal obra fue escrita. Es decir, frente a reglas más estrictas de la primera época imperial, que prohibían cada tipo de castración, habrían seguido otras más permisivas reflejadas en las Sentencias

[60] D. 48.8.3.4-5: «4. y el que por causa de liviandad o de comercio hubiere castrado a alguno es castigado por el Senadoconsulto con la pena de la ley Cornelia. 5. La pena de la ley Cornelia sobre los sicarios y envenenadores es la deportación a una isla, y la privación de todos los bienes; pero hoy suelen ser condenados a muerte, a no ser que estuvieren constituidos en honrosa posición, para sufrir la pena de la ley; porque los de clase más humilde suelen ser echados a las fieras, y los de más alta posición deportados a una isla (4. *...et qui hominem libidinis vel promercii causa castraverit, ex senatus consulto poena legis Corneliae punitur*; 5. *Legis Corneliae de sicariis et veneficis poena insulae deportatio est et omnium bonorum ademptio. sed solent hodie capite puniri, nisi honestiore loco positi fuerint, ut poenam legis sustineant: humiliores enim solent vel bestiis subici, altiores vero deportantur in insulam*)». En doctrina, Puliatti, *Tipicità della pena e qualitas personarum nel travaglio interpretativo della cancelleria imperiale. L'evirazione*, cit., p. 158-159, sostiene que «rispetto alla disciplina attestata da Marciano la nozione del reato si restringe in favore di un concetto più liberale e non totalmente proibizionistico».

[61] A tal respecto cf. Ruggiero, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, cit., p. 47-50.

pseudo-paulinas, en donde las puniciones se limitaban al acto realizado sobre quien no la quería, para volver luego en edad justinianea, al rigor primitivo. Otra explicación sería la de suponer que hasta el IV siglo d.C., se sancionaba únicamente la castración coactiva y no la voluntaria, con un sucesivo endurecimiento de la legislación entre los siglos IV y V o bajo Justiniano, y consecuente interpolación de los textos recojidos en su Compilación. Dicha explicación se comprobaría con los valores típicos de la sociedad justinianea, que veía también en el acto de castración decidido libremente por una persona, una violación de naturaleza moral, religiosa, además social.

Al aceptarla —aunque la situación actual de nuestros conocimientos, no permite ninguna certeza— se desprendería una involución del Derecho Romano, de una época histórica más abierta hacia actos de disposición extrema de su identidad sexual, a una más severa en que tal facultad le fue suprimida al individuo. De todos modos, para tener un cuadro más completo, creo que sea útil examinar otros sectores del derecho privado, en que se toma en consideración la persona del «espadón».

VI. Derechos y prohibiciones para los «espadones»

1. *El matrimonio*

Una primera reflexión concierne la posibilidad de casarse reconocida a un «espadón» libre. Los juristas romanos, respectivamente, Ulpiano (33 *ad ed.*) en D. 23.3.39.1 y Marciano (4 *reg.*) en D. 40.2.14.1, nos atestiguan que a los «espadones», libres o bien esclavos, les era concedido contraer un matrimonio legítimo; en el segundo caso, solo después de la manumisión de parte del dueño. Pero

el texto de Ulpiano precisa que si una mujer se ha casado con un «espadón» libre, necesita distinguir si es castrado o no, con la consecuencia de que si lo es, no puede hablarse de dote, mientras que si no es castrado, existe el matrimonio, la dote y la acción para recuperarla en caso de divorcio (*Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror, castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est*).

Del análisis del texto se entiende cómo el físico completo del hombre se tomó en consideración con referencia a la existencia de la dote y al derecho de la mujer (o de su padre) de pedir su restitución. Aunque en el inicio, se diga claramente que una mujer puede casarse con un varón que sufre de una minusvalidez sexual, a continuación la distinción entre castrado y no castrado, se refleja no solo en la configuración de la dote, sino también en la presencia del propio matrimonio, como se deduce de la afirmación final relacionada al marido no castrado: en tal caso «toda vez que es matrimonio, hay dote y acción dotal (*in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est*)».

Si parece excluida la conclusión del matrimonio con un hombre libre castrado, podría dudarse si lo mismo valiera para el marido, que decidiese castrarse voluntariamente después de haberse casado. En efecto el acto de castración no perjudicaría el instituto matrimonial, según lo que se recaba de otro pasaje de Ulpiano (35 *ad Sab.*) en D. 35.1.15 *in fine* (= a Ulp., 36 *ad Sab.* en D. 50.17.30) en que se sostiene que «las bodas no se hacen con la consumación, sino con el consentimiento (*nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*)».[62] En tal caso, si se acepta

[62] La referencia jurídica al solo consentimiento sin implicar la consumación, expresa la idea de que el matrimonio comparte con el contrato el elemento consensual, pero que se trata de una convención de tipo distinto:

este último principio, sería plausible pensar que una decisión del marido de castrarse después del matrimonio, no determinaría la disolución automática del mismo en caso de persistencia de su consentimiento (*affectio maritalis*).

El texto de Marciano (4 *reg.*) en D. 40.2.14.1 reconoce también a una mujer que sea su propietaria,[63] la posibilidad de manumitir a un esclavo «espadón» en caso de que quiera contraer matrimonio, excluyéndola en cambio, para el esclavo castrado (*et si spado velit matrimonii causa manumittere, potest: non idem est in castrato*).[64] La negación de parte de Marciano, se explicaría come aprendemos de las fuentes histórico-literarias,[65] por el hecho de que la falta del órgano reproductivo impide la inclusión del esclavo entre los varones, dejándolo para así decir, en una situación de «un tercer género».[66]

2. *El nombramiento como heredero de un póstumo:*

Otra cuestión que los juristas examinan con referencia a los «espadones» libres, es la posibilidad de que

«è come il contratto, un accordo o una convenzione; ma è un accordo o una convenzione diversa dal contratto». Así, F. Galgano, *Diritto privato*, 15° ed., Cedam, Padova, 2010, p. 811.

[63] «Hay quienes opinan que también las mujeres pueden manumitir por causa de matrimonio, pero esto es así, si es que a una le fue legado con este objeto un coesclavo suyo (*Sunt qui putant etiam feminas posse matrimonii causa manumittere, sed ita, si forte conservus suus in hoc ei legatus est*)».

[64] Como se sabe, los esclavos no podían casarse según las reglas del *ius civile*, denominándose su unión estable «*contubernium*». Al respecto cf., Petrucci, *Manuale di diritto privato romano*, cit., 27-28.

[65] *Scriptores Historiae Augustae*, Alejandro Severo, 23.7: *Idem tertium genus hominum eunuchos esse dicebat nec videndum nec in usu habendum a viris sed vix a feminis nobilibus*.

[66] A mi parecer, no podría presumirse una equivalencia con el género feminino, por la falta de sus características físicas: en doctrina véase con referencia a la condición de los eunucos en edad justinianea, F. Galgano, *Tertium genus? Eunuchi a Costantinopoli*, en *Rivista di Diritto Romano*, 18, 2018, passim.

nombren en su testamento, a un póstumo como heredero. En efecto, si el testador hubiese omitido de mencionar a los póstumos para incluirlos entre los herederos, o bien para deseredarlos, la consecuencia sería la invalidez del testamento.[67]

En un fragmento de Ulpiano (3 *ad Sab.*) en D. 28.2.6, se exponen en el *principium*, las distintas posturas en seno de la jurisprudencia del I siglo d.C.: a parecer de Casio y Javoleno, también el que tenía dificultad en procrear, podría nombrar como heredero a un póstumo, puesto que le era permitido casarse y adoptar (*Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit. et scribit Cassius et Iavolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest*); según la opinión de Labeón y aún Casio, incluso un «espadón» podría instituir a un póstumo como heredero, dado que ni la edad, ni la esterilidad le sería de obstáculo para hacerlo (*spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est*); en cambio, en el § 1 de este mismo fragmento, se excluye que el castrado pueda proceder al nombramiento de un póstumo, conforme a lo que afirmaban Próculo y Juliano, el único jurista mencionado que pertenezca al inicio del II siglo d.C. (*Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituere, quo iure utimur*). Por fin en el § 2, se le concede tal facultad al hermafrodita, en caso de que en él prevaleciera el sexo masculino (*Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalebunt, postumum heredem instituere poterit*).[68]

[67] V. al respecto, Petrucci, *Manuale di diritto privato romano*, cit., p. 83-85.

[68] Sobre este tema entre los estudios más recientes, véase L. Franchini, *Lo status dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2016, *passim*.

Como se ve, se confirma la misma orientación que ya tuvimos la oportunidad de analizar en relación al matrimonio. El nombramiento como heredero de un póstumo, era perfectamente lícito bien sea para quien tuviera objetivas complicaciones de engendrar, así como para quien se encontrara en una condición de «espadón»,[69] porque ni la edad mayor ni la esterilidad debían considerarse como impedimentos, aunque la posible existencia de póstumos ocurriese a hombres con una capacidad de engendrar normal y natural, como escribe Paulo (1 *ad Sab.*) en D. 28.2.9 pr. («porque se ha de atender en el hombre a la naturaleza y a la costumbre de engendrar / *quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est*»).[70] Ni la situación «intermedia» del hermafrodita lo obstaculizaba en indicar entre sus herederos, a un póstumo, con tal que su parte masculina fuera predominante permetiéndole una potencial reproducción.

[69] Cf. D. Dalla, *L'incapacità sessuale in Diritto romano*, cit., pp. 152-160.

[70] Cfr. Ulpiano (3 *ad Sab.*) en D. 28.2.4: «Está establecido, que todo varón puede instituir heredero a un póstumo, ya si sea marido, ya si aún no hubiere tomado mujer; porque también el marido puede repudiar a su mujer, y hacerse después marido el que no tomó mujer. Porque también cuando el marido instituyó heredero a un póstumo, no se considera ciertamente instituido solo aquel póstumo, que le nació de la que tiene por mujer, ó el que entonces está en el claustro materno, sino también el que nazca de cualquier mujer casada (*Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere, sive iam maritus sit sive nondum uxorem duxerit: nam et maritus repudiare uxorem potest et qui non duxit uxorem, postea maritus effici. nam et cum maritus postumum heredem scribit, non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea quam habet uxorem ei natus est, vel is qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacumque uxore nascatur*)», y Paulo (1 *ad Sab.*) en D. 28.2.9 pr.: «Si alguno instituyó herederos a póstumos, que por la edad o por enfermedad no puede acaso tener, se rompe el anterior testamento, porque se ha de atender en el hombre a la naturaleza y a la costumbre de engendrar más bien que a un vicio temporal o a una enfermedad, por la cual sea privado un hombre de la facultad de engendrar (*Si quis postumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit, superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est quam temporale vitium aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate*)».

En cambio, una tal institución testamentaria de parte de un castrado, no era admitida por la imposibilidad objetiva de procrear, debida a la falta de los genitales.

En la perspectiva de nuestra investigación, se pueden destacar varios puntos. Nombrar a un póstumo como heredero en el testamento, es un derecho propio de cada hombre libre en razón de su capacidad natural de procrear (Paul., 1 *ad Sab.* en D. 28.2.9) independientemente de las disminuciones físicas de que pueda sufrir, a excepción de la castración. En tal caso, la total imposibilidad de procrear, y de tener hijos/ hijas bajo la patria potestad, representaban límites naturales insuperables que podían remediarse solo con una eventual adopción, cuyo efecto en la validez de un testamento ya escrito, era idéntico a la sobreveniencia de un póstumo.[71] Estas consecuencias tendrían que ponderarse también de parte del que voluntariamente decidía convertirse en «espadón». Una renuncia a la función procreadora por medio de una esterilización que no implicara la castración (a pesar de que si fuera lícita o no y en qué medida, como comentamos arriba, § 5) no incidía en la libertad testamentaria con referencia a la eventual institución de herederos póstumos.

VII. Hipótesis conclusivas

De lo que examinamos en los numerales II y III de la presente investigación, resulta claramente que los dos

[71] Gayo *inst.* 2.138: «Si despues de haber hecho testamento, se adopta por hijo ante el pueblo a una persona independiente, o ante el pretor a un hijo sometido a la patria potestad, desde luego el testamento queda del todo roto por la cuasi – agnación de un heredero suyo (*Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui iuris est, aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis*).

principios: «nadie puede considerarse dueño de sus miembros (*dominus membrorum suorum nemo videtur*)» y «el cuerpo de un hombre libre no se puede evaluar económicamente (*liberum corpus nullam recipit aestimationem*)» no representeban en la experiencia jurídica romana, máximas constitucionales, sino soluciones prácticas para casos concretos.

En cambio, la normativa sobre el «espadón» constituye un ejemplo significativo de cómo el Derecho Romano trató algunos aspectos parecidos a la temática moderna de los actos de disposición del cuerpo humano. Las fuentes jurídicas antiguas recogidas en las páginas anteriores, confirman la falta de una definición unívoca de «espadón», como bien explica Ulpiano (1 *ad* l. *Iul. et Pap.*) en D. 50.16.128 (§ 4) al incluir en su noción, a todos los que por naturaleza o por operación quirúrgica, como la castración o esterilización mediante aplastamiento o compresión de los testículos (*thlibiae/thlasiae*) o bien por cualquier otra causa, ya no estuviesen en condición de engendrar.

Si a veces el término «*spado*» es sinónimo de castrado (como se lee en la constitución de Adriano mencionada en D. 48.8.4.2, § 5) hay otros textos (Ulpiano, 3 *ad Sab.* en D. 28.2.6 pr. y 1, § 6 *sub* b) en que resalta una contraposición entre «espadón» y castrado, dependiendo su sentido exacto del caso concreto, como apreciamos en las problemáticas de la restitución de la dote y la institución de un póstumo como heredero testamentario.

En el marco de una investigación en torno a la reglamentación jurídica de los actos de disposición del cuerpo humano, bajo el perfil histórico, es interesante destacar cómo el ordenamiento romano puso límites precisos a quienes voluntariamente hubiesen decidido modificar su conformación sexual al privarse de los órganos reproductivos. Según el testimonio de Ulpiano en D. 48.8.4.2 (§ 5) se introdujo en época adrianea (117-138 d.C.), una

prohibición general de la castración, que se extendía también a los que fuesen condescendientes a sufrirla, conminándoles la pena de muerte junto al médico que hubiese practicado la operación. A pesar de la esfera de aplicación de dicha prohibición en la edad clásica (I-III siglo d.C.) que sigue siendo discutida (§ 5) la condición de castrado se toma en consideración por la jurisprudencia contemporánea, en relación a algunos institutos de la familia y la sucesión hereditaria, en donde se le niegan ciertos derechos, como la aceptación de la dote (porque no hay un verdadero matrimonio) y el nombramiento de un heredero póstumo (dado que la castración excluía totalmente tal posibilidad). Por el contrario, a estas consecuencias no sería sometido el que se encontrase en una condición de «espadón» por una causa distinta de la castración; en tal caso como vimos anteriormente, seguirían correspondiéndoles los derechos que eran suprimidos a los castrados.

En conclusión podría decirse en líneas generales, que aunque el Derecho Romano intentó ser conforme al Derecho Natural («que la naturaleza enseñó a todos los animales/ *quod natura omnia animalia docuit*» como comenta Ulpiano, 1 *inst.* en D. 1.1.1.3) y que por ende el matrimonio se identificase con la unión del varón y la hembra («*maris atque feminae coniunctio*») se le dejaba al individuo también la libertad de gozar de determinados derechos, a pesar de la conformidad de su sexualidad. Si al acto extremo de la castración (sufrida o voluntaria) se le conectaban determinadas consecuencias jurídicas dependientes de las imposibilidades naturales, lo mismo ocurría para los demás *déficits* sexuales que hubiesen obstaculizado la procreación, independientemente de los motivos (genéticos, casuales o voluntarios) que los hubiesen ocasionado.

La reflexión de un jurista moderno sobre tales argumentos, sirve como admonición para apreciar en una

perspectiva de reconstrucción histórica, la importancia de que un ordenamiento jurídico siempre deba expresar los valores y las sensibilidades predominantes en una determinada sociedad, a pesar de la distinción entre esclavos y libres, que existía en la romana. No obstante todos los límites de su idea de libertad a comparación con la nuestra, en los casos que analizamos, ya se manifiestan los gérmenes de que hay aspectos de ella, que no se pueden someter a una estimación pecuniaria: «la libertad es una cosa inestimable (*libertas inaestimabilis res est*)».

Bibliografía general

AA.VV., *Roman Statutes*, M. H. Crawford (Edited by), vol. II, Institute of Classical Studies School of Advanced Study, University of London, London, 1996, 749-753.

——, *Trans Antiquity. Cross-dressing and Transgender Dynamics in the Ancient World*, D. Campanile, F. Carlà-Uhink, M. Facella (edited by), Routledge, New York, 2017.

Ankum, H., *L'édit du préteur de his qui deiecerint vel effuderint*, en *Studia iuridica*, 41, 2003, ahora reproducido en *Extravagantes: scritti sparsi sul diritto romano*, Jovene, Napoli, 2007, 427-446.

Cornelio Celso, A., *La Chirurgia (Libri VII e VIII del De medicina)*, I. Mazzini (a cura di), Istituti Editoriali e Poligrafici Internazionali, Pisa-Roma, Macerata, 1999.

Cursi, F., *Gli illeciti privati*, en AA. VV., *XII Tabulae. Testo e commento*, II, F. Cursi (a cura di), Jovene, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, 561-646.

——, *Il concorso della colpa del danneggiato nel risarcimento e la rilevanza penale dell'azione aquiliana*, en *Index*, 47, 2019, 165-194.

DALLA, D., *L'incapacità sessuale in Diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1978.
DE SANTI, L., *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2015.
FORCELLINI, E., *Totius Latinitatis Lexicon*, Tomo V, Aldina Edente, Prati, 1871, p. 577.
FRANCHINI, L., *Lo status dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 9, 2016, 1-35.
GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, 15° ed., Cedam, Padova, 2010.
GALGANO, Francesca, *Tertium genus? Eunuchi a Costantinopoli*, en *Rivista di Diritto Romano*, 18, 2018, 187-207.
GIAGNORIO, M., *Brevi note in tema di azioni popolari*, en *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 5, 2012, 1-87.
M. HOEK, J. B., *D. 9,3,5,4: Übersetzungsfragen im Bereich der actio de deiectis vel effusis als Popularklage*, en *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 117, 2000, 454-472.
MANFREDINI, A. D., *'Liberum corpus nullam recipit aestimationem'. Morte ferite cicatrici libertà arti e mestieri*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 76, 2010, 335-382.
MATTIOLI, F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, Bononia University Press, Bologna, 2010.
PETRUCCI, A., *Manuale di Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2019.
PULIATTI, S., *Tipicità della pena e qualitas personarum nel travaglio interpretativo della cancelleria imperiale. L'evirazione*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor F. Gallo*, II, Jovene, Napoli, 1997, 141-170.
RUGGIERO, J,. *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Giuffrè, Milano 2017.
SCHIPANI, S., *Il contributo dell'edictum de his qui deiecerint vel effuderint e dell'edictum ne quis in suggrunda ai principi della responsabilità civile dal Corpus Iuris ai codici*

civili europei e latinoamericani, en *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Tomo III, Giuffrè, Milano, 1994, ahora reproducido en *Idem, Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 2009.
SERRAO, F., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale. Forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini Editore, Pisa, 2002.
——, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma. Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, 1, Jovene, Napoli, 2006.
TALAMANCA, M., voz *Vendita* (dir. rom.), en *Enciclopedia del Diritto*, 46, Giuffrè, Milano, 1993, 303-475.
TORRENTE, A., SCHLESINGER, P., *Manuale di Diritto privato*, F. Anelli – C. Granelli (a cura di), 24° ed., Giuffrè, Milano, 2019.
VALDITARA, G., *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Giuffrè, Milano, 1992.
ZILIOTTO, P., *Stima del corpo e del danno al corpo dell'uomo libero*, en AA.VV, *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, L. Garofalo (a cura di), Pacini Editore, Pisa, 2015, 59-80.
ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

DISPOSICIONES SOBRE LA DISPOSICIÓN DEL CUERPO EN INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ROMANA Y SUS ALCANCES EN EL CONCEPTO DE LA OBLIGACIÓN

Juan Cortiñas Barajas
Escuela Libre de Derecho

Resumen: La disponibilidad sobre los órganos del cuerpo humano es un tema de importante debate en la actualidad. Dentro de los diversos puntos de vista, la perspectiva romanista presenta sorprendentemente particulares y relevantes similitudes. Aunque pareciera extraño, la cosmogonía jurídica romana, con instituciones como la esclavitud permiten contrastar y resaltar ciertos postulados al respecto. Pareciera extraño que pudiendo disponerse de una persona en estado de esclavitud, no pudiera disponerse de sus miembros. Pudiera esto extrapolarse a la posibilidad de disposición de los órganos o miembros de cualquier persona con base en criterios de interpretación e integración. Sin embargo, las características del derecho romano, de la esclavitud, de la propiedad y de la responsabilidad contractual parecen llevarnos por derroteros totalmente distintos. En estas líneas presentamos el análisis respectivo de cierto texto del Digesto y su interpretación en esas líneas conclusivas.

Riassunto: La disponibilitá degli organi del corpo umano é tema di un importante dibattito attuale. All'interno dei diversi punti di vista, la prospettiva romanistica presenta sorprendentemente particolari e rilevanti similitudini. Benché sembri strano, la cosmogonia giuridica romana, con istituzioni

come la schiavitú, permette di contrastare e porre in risalto certi postulati al riguardo. Sembrerebbe strano che, potendo disporsi di una persona in stato di schiavitú, non si potesse disporre delle sue membra, ció potrebbe estrapolarsi dalla possibilitá di disposizione degli organi o delle membra di qualunque persona in base a criteri di interpretazione e integrazione. Tuttavia, le caratteristiche del diritto romano, della schiavitú, della proprietá e della responsabilitá contrattuale sembrano portarci lungo sentieri totalmente distinti. In queste righe presentiamo l'analisi relativa ad un certo testo del Digesto e la sua interpretazione nelle righe conclusive.

Abstract: Now days, there is a lot of debate regarding the availability of the organs of the human body. Within the various points of view, the Romanist perspective presents strikingly particular and relevant similarities. Although it seems strange, the Roman legal cosmogony, with institutions such as slavery, allow us to contrast and highlight certain postulates in this subject. It seems strange that being able to dispose of a person in a state of slavery, its members and organs could not be disposed of. This could be decontextualize to the possibility of disposition of the organs or members of any person based on criteria of interpretation and integration. However, the characteristics of Roman law, slavery, property and contractual responsibility seem to lead us in totally different directions. In these lines we present the respective analysis of a certain text of the Digest and its interpretation in those conclusive lines.

Palabras clave: Propiedad, esclavitud, contrato, autonomía de la voluntad.

Parole chiave: Proprietá, schiavitú, contratto, autonomía della volontá.

Key words: Property, slavery, contract, autonomy of the will.

I. Introducción

El análisis del texto de Ulpiano (18 *ad ed.*) in D. 9.2.13 por el que se concede una acción útil con base en la Ley

Aquilia (*Liber homo suo nomine utile Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*) - " *... al hombre libre le compete en su nombre la acción útil de la ley Aquilia; pero no le corresponde la directa porque ninguno es señor de sus miembros: también la tiene el señor en nombre del siervo fugitivo ...*" (el "Texto") desdobla diversas líneas interesantes de análisis e interpretación.

Es sin embargo objetivo primario de este estudio exponer y demostrar que el derecho romano no reconoce la posibilidad de disposición sobre miembros del cuerpo. Toda ponderación al respecto nos parece *prima facie* inaplicable e inaceptable. Sin embargo, para efectos expositivos construiremos en las líneas siguientes nuestra argumentación conceptual y contextual al respecto, con el propósito de redondear con ello ciertos postulados fundamentales del derecho romano clásico.

Partiendo (i) de la premisa de la propiedad sobre el esclavo desdoblaremos (ii) el análisis sobre la carencia de propiedad de sus miembros para concluir que sobre los miembros del cuerpo humano —*tanto del hombre libre como del esclavo*— no es aceptable, (ni jurídicamente posible, ni valida), la disposición transaccional voluntaria respecto de éstos.

Nuestro análisis busca en última instancia concluir sobre (i) las diversas perspectivas respecto de **la naturaleza jurídica del cuerpo humano y de la persona**. El análisis no puede sin embargo soslayar el análisis, para dichos efectos, de ciertas perspectivas respecto (ii) de **la naturaleza jurídica del esclavo**, amén toda consideración respecto del poder de disposición que sobre él pesa, considerando al respecto (iii) la naturaleza de la propiedad y (iv) ciertos postulados básicos en materia transaccional sobre la autonomía de la voluntad y la exigibilidad de las obligaciones en Roma.

El contenido del Texto y sus derivaciones requieren ciertamente el análisis de **la naturaleza de la obligación y su carácter exigible *ex naturam* y *ab origine***, así como el análisis de ciertas particularidades del **derecho de propiedad expresado en las formas de transmisión reconocidas**. Por último y sin ánimo de agotarlas todas, la referencia ulpiana del Texto requiere y permite considerar como una derivación natural de análisis **el ámbito de actuación de la autonomía de la libertad**, tan defendido en ciertas etapas histórico-culturales de occidente y tal vilipendiado en otras.

Podemos considerar que todas las variables anteriores están relacionadas *ab origine* y que este fragmento de Ulpiano permite referirlas a todas y llegar a conclusiones interesantes al respecto. Consideramos indispensable correlacionar las conclusiones en cualquiera de las líneas, según el siguiente orden expositivo.

II. La propiedad

Para efectos de orden consideraremos en este análisis que el punto de partida radica en la naturaleza de la propiedad. El Texto no es ciertamente susceptible de un análisis serio en el contexto romano, si no partimos, *prima facie* de un análisis de la propiedad en Roma.

Hablar de conceptos en Roma, implica una mezcla de perspectivas que es necesario aclarar. Ciertamente, en el Derecho Romano —*específicamente en la época clásica alta*— puede difícilmente acreditarse la existencia de conceptos, en la acepción moderna de éstos. La capacidad de abstracción de la sociedad romana es ciertamente limitada en esta época y el estudio científico se basa esencialmente en precedentes. Los precedentes versan por antonomasia sobre casos concretos en los cuales, la abstracción conceptual es muy reducida, si es que llega a existir.

En este tenor, la perspectiva romana de las instituciones tendrá por consecuencia un sesgo esencialmente procesal y adjetivo, no así de índole substantiva. Hablar de propiedad en Roma —*así como en general en materia de derechos reales*— debe abordarse esencialmente a través de un análisis adjetivo. El tratamiento de las acciones reales que corresponderían a los titulares de los mismos, es el mecanismo y acceso natural y contextualmente idóneo para ello. De hecho, incluso hablar de derechos reales *vis a vis* personales resulta de una elipsis en la interpretación secular originada en la edad media. En Roma, la distinción se basará en las acciones reales *versus* las personales, trayendo esto como consecuencia las múltiples confusiones no resueltas en la doctrina moderna respecto de la diferencia entre ambas especies, cuando la realidad de la diferencia estriba en la materia adjetiva y no así en la substantiva. En razón de lo anterior, es que podríamos reducir el análisis de un derecho de propiedad al análisis de las particularidades que las acciones reales confieren al propietario en su caso. El derecho del propietario según detallan los manuales modernos de derecho romano se da como aquella facultad para utilizar disfrutar y disponer de un bien.

Esta facultad se entiende, absoluta, absorbente, con confines santos, ilimitada e irrestricta. Al respecto, sin embargo cabe claramente visualizar que la misma se distingue de lo que hoy calificamos en la dogmática jurídica contemporánea de derechos reales de menor jerarquía —*derechos reales sobre bien ajeno verbigratia usufructo, uso, habitación*— en virtud de la posibilidad de disponer —*abutendi*— del bien materia del derecho en comento. En todos los casos sin embargo, el análisis y el acercamiento deben darse de forma procesal y adjetiva y no así desde una perspectiva substantiva.

Esta facultad, se identifica en Roma con la posibilidad de reivindicar el derecho para recuperar ese bien

del cual se aduce y alega ser propietario. De ahí se desprenden las características "connaturales" al derecho real en la dogmática civil moderna, soslayándose el hecho de que las mismas corresponden a la naturaleza y visión procesal, mas que a la substantiva.

Por otro lado, resulta relevante subrayar que la acción reivindicatoria, natural para esos propósitos, no puede ser ejercitada más que por el *pater familias —sujeto de derecho que goza de la suma de todas las facultades reconocidas por el derecho romano para el hombre que amén de ser libre, es ciudadano y no está sujeto a potestad alguna—*. No es casualidad que esa suma de potestades que recaen en ese *pater familias*, sean las únicas que le permiten en el contexto del derecho clásico, enajenar ese bien mediante un acto traslativo, restringido al propio *pater familias*, tales como son la *mancipatio* o la *in iure cessio*. Más allá de esas formas, el bien *mancipi* no puede salir de la propiedad del titular en cuestión, ni siquiera en virtud de un acto jurídico voluntario.

Lo anterior está íntimamente vinculado con una visión funcionalista que desarrolla a su vez la estructura del derecho sucesorio romano con derroteros que llegan a nuestros días, decantados sin embargo, por el paso lento, pero persistente de los siglos.

En base a lo anterior, la propiedad que hoy conceptualizaríamos, no es apreciable en la Roma Clásica Alta fuera de la posibilidad de reivindicarla mediante una acción real —*rei vindicatio*— que corresponde al propietario quiritario y que consecuentemente solo permite su transferibilidad mediante un acto jurídico voluntario y solemne —*mancipatio* o *in iure cessio*—. Estos están reservados a dicho *pater familias* y por lo mismo corresponden respectivamente en los hechos, (i) a un acto jurídico (no acorde necesariamente a la visión conceptualista contemporánea) con un testigo social por el que se reconoce la renuncia del *pater familias* —"propietario" del

bien— a seguir ejerciendo facultades reivindicatorias respecto del mismo o (ii) a la representación de un proceso reivindicatorio. Este último, ante el previo acuerdo, omite la controversia derivada del reclamo del adquirente y se allana al planteamiento de la acción en comento.

El consecuente carácter restrictivo de la transferibilidad de la propiedad, hace sentido en la Roma Clásica Alta, cuando se entiende que la misma solo es aplicable respecto de aquellos bienes que por la estructura sociofamiliar y económica de la Roma Clásica Alta e incluso la Arcaica, **eran necesarios para el desempeño de la pequeña unidad economico productiva**. Esto se reduce por ende a los los *rei mancipi* (vbgr. los animales de tiro, el fundo y **los esclavos**...). Todos estos **destinados a lo mismo**: La estabilidad de la familia *comune iure*, la *autarchia* alimentaria y la base de la *gens* como estructura fundacional de las tribus que se desenvolverán ulteriomente, con el paso del tiempo, en curias, centurias y estructuras políticas de la República. Hablar de propiedad fuera del contexto anterior se antoja como una mala asociación de perspectivas modernas y contemporáneas a un escenario de no lo permite en su estructura mental que algunos calificarían de apolinea.

La determinación de esta protección procesal nos parece que puede subsumirse a una pre-conceptualización de la propiedad de naturaleza funcional, en paradójica anticipación a las ponderaciones de León Duguit, en sus *"Grandes Transformaciones del Derecho"* en los albores del siglo XX.

Así los bienes que se encontrasen fuera de la categoría *mancipi*, (i) no requerían de un acto solemne para su enajenación pero también y sobre todo más relevante en el contexto romano clásico, (ii) difícilmente serían materia del planteamiento procesal de una acción reivindicatoria. Con lo anterior, —*si bien se encontraban en el patri-*

monio—, su tutela sería más claramente conferida a una acción personal y extrapolando el concepto de forma cerrada, podríamos incluso considerar que no eran materia de propiedad.

Todo lo anterior bajo la premisa de que los conceptos abstractos no son propios a esa civilización y que nos encontramos en una visión casuística, basada en un estatuto personal —*que no territorial*— y en un acercamiento carente de abstracciones como el que la pandectística alemana y la dogmática jurídica contemporánea desarrollarán a partir del siglo XIX y en un acercamiento de naturaleza procesal tal y como se apuntó líneas arriba.

En ese contexto, podemos *prima facie* concluir que sobre los miembros del cuerpo, no versa acción reivindicatoria, pues no entrarían en la categoría de *res mancipi*, por lo mismo, los mismos no serían susceptibles de transacción traslativa solemne. Los mismos no serían *per se*, en esa línea de pensamiento, materia de propiedad. Los bienes *nec mancipi* serían siempre materia de una acción personal, pero ésta daría lugar no a una preconceptualización de dominio, propiedad o disposición real, sino en su caso solo a una compensación por equivalente.

Esa realidad funcional de la propiedad, parece evidenciar la semilla fundacional de la materia transaccional de naturaleza contractual respecto de todo aquello excluido *ex iure*, de la propiedad quiritaria y que sería por ende materia de transacción convencional que concluiría con una *traditio* post pacto y que sería definido y tratado procesalmente a través de acciones personales.

Para colegir de ahí, que los miembros de cuerpo pudieren ser materia de transacción —*aún no siendo translativa de dominio*— a través de acciones personales sería necesario recorrer un largo trecho con escollos que parecen sin embargo insalvables tanto conceptualmente como desde una perspectiva práctica.

III. La esclavitud y la propiedad sobre un esclavo

En segunda instancia, el análisis de variables básicas respecto del concepto de la esclavitud y del esclavo constituye un tópico fundamental en el análisis del Texto.

Considerando las mismas variables pre conceptuales referidas en la sección anterior, la esclavitud tanto como la personalidad son instituciones respecto de la cual solo es comprensible un acercamiento casuístico y pre conceptual.

La esclavitud como la personalidad, pueden solamente entenderse solamente como listados de sumas de facultades y restricciones particulares respecto de un ser humano. No existe al efecto **un concepto abstracto** propio de la perspectiva moderna del derecho y producto de una pléyade de influencias dogmáticas, sociales y filosóficas de origen y naturaleza moderna.

Toda conclusión contraria, basada en una perspectiva conceptual abordada para el esclavo y la esclavitud, se segregaría de forma importante del tratamiento que se daba a ambos, en la Roma Clásica Alta. Si partimos de la ausencia de un concepto de persona, jurídicamente hablando, así como de las categorías abstractas, personalidad jurídica, capacidad de goce y capacidad de ejercicio, es imposible hablar de persona, como se habla en la dogmática jurídica actual.

Lo mismo sucede *verbigratia*, respecto de la esclavitud y del esclavo. Contextualmente, debe de entenderse por esclavo al ser humano destinado a servir a otro. Este entendimiento, solo es apreciable a través de facultades expresas que son puestas fuera de su alcance para situaciones concretas, así como respecto de facultades concretas que lo ponen al alcance y a la disposición de otro, "como" una *res mancipi* susceptible de reivindicación —acción real— y de disposición mediante actos ju-

rídicos solemnes —*mancipatio* e *in iure cessio*— que están por el otro lado vedadas tanto al esclavo como como al *alieni iuris*. No es apreciable lo anterior, a través de un concepto abstracto ya que estos por lo general, no existen en la Roma Clásica Alta de acuerdo con lo que antes se ha expuesto. La ponderación como *res mancipi* susceptible de este tratamiento al esclavo, bajo ese contexto histórico evolutivo, nos parece que debe efectuarse de igual forma, en atención a su naturaleza funcional.

Derivado de lo anterior, resulta especial y adicionalmente interesante para el análisis del Texto, la discusión de si el esclavo es un bien —*res*— o solo debe considerarse "*una persona con tratamiento de cosa*".

La cuestión anterior ha sido por demás debatida por la doctrina a lo largo de las distintas épocas del derecho romano. Ciertamente la posibilidad de disponer del esclavo en tanto *res mancipi*, (bien susceptible de propiedad quiritaria stricto sensu), bien podría *prima facie* hacer pensar en la posibilidad de disponer de partes —*miembros*— del mismo bajo la premisa de que "*todo aquel que puede lo más, puede también, en consecuencia, lo menos*".

Para ello la consideración del esclavo como una cosa —*res*— parece una petición de principio. Consideramos sin embargo, que esta conclusión extrapola la circunstancia casuística original, para tratar de inferir conclusiones conceptuales bajo parámetros modernos, cuestión que no nos parece aceptable, igualmente, según lo antes expuesto.

Ciertamente, considerando entre otros los siguientes criterios, las conclusiones parecen orientarse en una dirección contraria. Aunque parece ser predominante la consideración del esclavo como una cosa, —*cuestión que nos parece prima facie controversial y discutible*— es ciertamente evidente el tratamiento jurídico en la Roma Clásica Alta, de ciertas facultades, mismas que nos parecen,

solo son comprensibles entendiendo que se trata de una persona y no así de una cosa. Por un lado la posibilidad de entablar relaciones de pareja estable con *animus* —*ius contubernium*— así como la posibilidad y el reconocimiento jurídico de sostener un credo religioso y seguir el mismo con fines *prima facie* sepulcrales, no parecen asimilables en forma alguna a los bienes, sino solo a las personas, mas allá de cualquier restricción a sus demás facultades jurídicas específicas. Por otro lado, es igualmente ilustrativo traer a colación que la esclavitud, tiene una tardía inclusión en Roma —*al no ser propia de la estructura original romana arcaica donde la clientela proveía los servicios a la familia en la gens*— donde la estructura socio-económica-familiar de autoabastecimiento y reducido contacto comercial con el exterior la hacía prácticamente inexistente.

La esclavitud se desarrolla de forma importante a partir de la expansión romana, a partir del siglo II antes de Jesucristo. Entendida en todo caso como una negación de facultades otorgada al ser humano libre —*por antonomasia al ciudadano romano*— la esclavitud bajo un parámetro de estatuto personal se explica en una autoexclusión de facultades del sujeto esclavo versus el libre y del libre respecto del esclavo destinado a servirle. Ningún ciudadano romano puede ser al mismo tiempo esclavo en los linderos de Roma y el *civis romanorum* que cae en esclavitud fuera de Roma es considerado un *servum injustum*, respecto del cual la jurisprudencia desarrollará rápidamente una pléyade de instituciones para protegerle a él así como a su familia.

En las fases primitivas de la ciudad, la esclavitud se practica entiende y utiliza muy poco. Es así como la evolución casuística redundará en la creación de "zonas limítrofes", como las situaciones afines a la esclavitud, o el tratamiento de los ciudadanos romanos materia de "esclavitud injusta" de las que pueden derivarse concu-

siones conceptuales respecto de la naturaleza real del esclavo.

En este contexto histórico y conceptual resulta asimismo relevante añadir ciertos elementos respecto del tratamiento de los esclavos. Si bien es factible considerar que el esclavo en Roma —*está destinado a servir a otros que pueden por ende disponer de él*— el esclavo no debe ser materia de tratamientos inhumanos mismos que acarrean consecuencias para el *dominus* respectivo. Al mismo tiempo cabe traer a colación la naturaleza funcional *per se* de la propiedad referida anteriormente, más allá de la posibilidad de ésta de versar sobre un esclavo.

En ese contexto, **puede disponerse del esclavo en su integridad, al estar sujeto a la potestad de otro, al que está destinado servir en su caso** —*en virtud de esa naturaleza funcional de la propiedad, evidente en el caso del esclavo como en el caso del fundo o de los animales de tiro*—. Parece anormal y antijurídico que el dueño pudiera disponer de éste como si se tratase de un ser inanimado. No parece luego entonces en forma alguna aceptable, que el *dominus* pueda transigir respecto de sus miembros u órganos. No nos parece una opción sustentable ni social, ni cultural, ni jurídicamente, la disposición de los órganos del mismo.

Ciertamente, **la disposición y propiedad del esclavo** —*que lo clasificaría como res mancipi*— se dan en función del servicio y tienen razón de ser, para los trabajos agrícolas o comerciales, no para la transacción comercial respecto de su cuerpo que no tiene *per se* valor social, cultural, ni parece tener tampoco tutela jurídica, al carecer de la funcionalidad de sustento económica para la *domus* romana ni para la *hausgemeinenschaft* de que nos habla Wiacker y Margarita Fuenteseca.

El Texto nos parece, debe ser interpretado armónicamente con todo lo anterior, al excluir explícitamente de misma forma la utilización de acciones ficticias —*actio*

aquiliae— que serían negadas sobre los miembros del esclavo. Así, cabría adicionalmente referir que si Ulpiano pondera y concluye que no es aceptable el otorgamiento de una acción ficticia para la disposición de los órganos del esclavo, por mayoría de razón, cabría concluir que no es aceptable considerar una acción civil quiritaria respecto de dichos órganos del esclavo y que igualmente, por mayoría de razón, que es aún menos aceptable el otorgamiento de acciones ni útiles ni civiles respecto de los órganos del hombre libre.

Siguiendo dicho silogismo, la conclusión respecto de la imposibilidad jurídica y la ilicitud en la pretendida disposición de los órganos de un hombre libre nos parece innegable e insoslayable.

Los derroteros de este apartado son indisociables con el concepto de propiedad respecto del esclavo mismo y por ende constituyen (a) con la propiedad sobre el esclavo, (b) con la disponibilidad del mismo y en consecuencia (c) respecto la disponibilidad de los miembros del cuerpo humano, un factor conclusivo para la interpretación del Texto de mérito.

Lo anterior parece llevar a concluir que la disposición del esclavo "*en tanto cosa*" materia de propiedad es circunstancial y solo ponderable de forma procesal en razón a su funcionalidad en una muy paradójica anticipación a la argumentación de León Duguit en los albores del siglo XX.

El texto parece especialmente enfático al respecto ya que cuando Ulpiano menciona que "*quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*" la cualidad de propietario respecto del esclavo queda segregada respecto del mismo en su integridad ya que los órganos no pueden pertenecer a nadie, en la traducción castellana "*...ninguno es señor de sus miembros...*" ya que en éstos parece que la naturaleza funcionalista de la propiedad queda eliminada *ex-conceptu*. Al respecto no solo no es aplicable una acción civil sino ni siquiera una acción pretoria o ficticia.

IV. La propiedad sobre los órganos de un ser libre

En abundamiento a lo anterior, si las premisas de esclavitud y ciudadanía son auto-excluyentes en un régimen de estatuto personal y casuístico, la disposición a guisa de propiedad quiritaria o de materia transaccional no reivindicable (sustentable solo por medio de acciones personales —*vid sección anterior*—) de los órganos del hombre libre parece aún menos aceptable, de lo que pudieran hipotéticamente haber sido considerados los órganos de un esclavo.

Lo anterior sería aplicable, aun considerando que el esclavo pudiera ser englobado dentro de la categoría de *res*, y no como una persona con tratamiento de cosa, según expuesto líneas arriba.

Ciertamente, como anticipado líneas arriba, la conceptualización de la propiedad en Roma se da de forma refleja al ejercicio procesal de las acciones correspondientes —*actio in rem*—, de naturaleza civil o quiritaria. Sin embargo, estas acciones están restringidas a los bienes que añaden ese valor de naturaleza económica a la *hausgemeinshaft* en que se compone la familia romana *comune iure* antes referida.

Las acciones reales nos parecen derivadas de un contexto funcional de los bienes *mancipi* para efectos del mantenimiento trans-generacional del patrimonio del *civis romanorum*. De lo anterior se colige la vinculación natural en el sistema de derecho privado romano, de la propiedad, la sucesión los medios de defensa de la misma y el patriarcado romano, todo ello dentro de la naturaleza procesal y el estatuto personal de este sistema.

Claramente los órganos, no tienen esa funcionalidad, respecto del ser ciudadano, ni del peregrino, como tampoco del hombre libre, ni respecto del esclavo.

Por el otro lado, para pensar que dichos miembros y órganos del esclavo pudiesen ser, en un ámbito transac-

cional —*no real ni traslativo de dominio/propiedad*—, materia jurídicamente sustentable y valida, sería igualmente necesaria y/o útil, el análisis y la consideración de su estatus real versus personal.

La ponderación anterior, basada en las premisas ya mencionadas llevaría a concluir en su caso que su ámbito transaccional se reduciría al protegido por las acciones personales. Los órganos carecerían ciertamente de esa naturaleza funcionalista mencionada.

La protección mediante acciones personales podría en su caso, asumiendo sin conceder, su factibilidad jurídica, es solo analizada en el ámbito del libre pacto y la autonomía de la libertad.

Al respecto proponemos las siguientes líneas de reflexión que ciertamente requerirán ser materia de un estudio *per se*.

V. La autonomía de la voluntad

Las premisas arrojadas por los apartados anteriores conducen a una reflexión respecto de la génesis del contrato y el paroxístico principio rector del mismo al momento de su auge. Lo anterior para verificar si la disponibilidad de los órganos de un ser vivo (o muerto) pudieran como tal ser considerados materia transaccional, desde sus orígenes en el Derecho Romano.

Al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, se ha pretendido reconocer en el sujeto de derecho la más amplia capacidad para crear obligaciones y para transmitir derechos respecto de cualquier bien.

Sin embargo, los límites a dicha autonomía de la voluntad resultan para el Texto de mérito, el punto de inflexión y reflexión respecto de la validez de una transacción respecto de los órganos tanto del esclavo como respecto de los del ser humano y su libérrima disponibi-

lidad transaccional. La aplicabilidad de estas reglas respecto del esclavo y posteriormente como consecuencia respecto de los órganos del esclavo son la meta del presente análisis, pero su premisa necesaria es la concepción jurídica creadora de obligaciones y los potenciales límites de la misma.

Así, apalancados en la naturaleza del derecho de propiedad y su función, la naturaleza jurídica del esclavo, la disponibilidad y la potencialidad del pacto contractual respecto del mismo y de parte del mismo se anticipan como la conclusión evidente a la posibilidad de su consideración como materia de pacto jurídicamente válido y lícito.

En la ponderación casuística y personalista del Derecho Romano y considerando sus pretensiones y características basadas en el análisis procesal preconceptual, el tópico de referencia no puede sino centrarse en el caso del incumplimiento.

Por lo anterior, resulta inexorable el análisis, breve pero puntual de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones en el Derecho Romano. Sin extendernos a detalles fuera del contexto del propósito de estas líneas y del análisis Texto, nos parece que algunas remembranzas al respecto pueden aportar luz y conclusiones adicionales a lo antes expuesto.

VI. La naturaleza jurídica de la obligación y su carácter exigible

El auge de la autonomía de la voluntad conduce inexorablemente hacia los linderos de la obligación que surge por el pacto. En la perspectiva romana, la obligación resultará indisociable de la exigibilidad. Así, el análisis de la exigibilidad de la obligación, orientada hacia las consideraciones derivadas de su incumplimiento,

permitirán deducir las consecuencias jurídicas respecto de la disponibilidad de los esclavos y en consecuencia de partes del cuerpo humano —*derivadas o no de esclavo*—, en connivencia con las premisas abordadas en los apartados anteriores.

Ciertamente, ya en la Época Clásica, una vez asimiladas las consecuencias de la *Lex Poetelia Papiria* y el abandono forense de las *Legis Actionis*, queda claro que en Roma (como en el occidente causahabiente imbuido de Derecho Romano) el incumplimiento de la obligación solo conduce al pago de los daños y perjuicios resultantes del mismos.

Por influencia cruzada de la *Lex Aquilia de Damno Dato*, es evidente que para el Derecho Romano (como para su causahabiente directo la civilización jurídica de tradición civil), los daños y perjuicios resultantes solo pueden ser reclamados en tanto sean efectivamente sustentables como consecuencia directa e inmediata del hecho ilícito contractual como extracontractual.

Lo anterior como único derrotero válido pero sobre todo, efectivo ante el caso de incumplimiento, al haberse rebasado la reparación *in personam-in corpore* prevista originalmente en las *Legis Actiones* bajo el supuesto de la *Legis Actio per Manus Iniectionem*.

Dicho lo anterior, el incumplimiento de pacto solo puede dar lugar al pago de daños y perjuicios, como reparación indirecta cuando el cumplimiento forzoso no es factible. Éstos resultan en una indemnización por equivalente que debe demostrarse en tanto consecuencia directa e inmediata del ilícito contractual.

Sin embargo en relación con la transacción respecto de un órgano, la pregunta sería ¿cómo cuantificar dicho daño y perjuicio? ¿Cabría hacerlo como respecto de parte de un esclavo? Como un simple pedazo de carne sin vida (cuando es evidente que científicamente el mismo difícilmente o nunca podría hacer las veces ni servir para un

trasplante) ¿Cómo cuantificar ese daño? Partiendo de esa premisa, solo cabría una indemnización compensatoria de índole punitiva indirecta o consecuencial, mismas que no tienen cabida en el universo jurídico romano.

De si en el incumplimiento, la transacción respecto de órganos humanos dejaría de ser relevante al resultar futil o inexistente el remedio contractual, de donde se colige que la referencia del texto niega la posibilidad de otorgar siquiera acciones ficticias a ese respecto, al *dominus* respecto de cuyo esclavo se pretendiesen transigir los órganos.

Bibliografía general

Arangio Ruiz, Vicenzo, *Instituciones de derecho romano*, Editorial Depalma, Buenos Aires 1952, 682 pp.

Berman Harold, J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, 586 pp.

Digesto de Justiniano.

D'Ors, Alvaro, *Derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona 1989, 635 pp.

Fuenteseca Degenefee, Margarita, *La formación romana del concepto de propiedad*, Dykinson, Madrid, 2004, 221 pp.

Iglesias, Juan, *Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1998, 662 pp.

Kunkel, Wolfgang, *Historia del derecho romano*, EUNSA, Ariel, Barcelona, 248 pp.

Villey, Michel, *La formation de la pensé juridique moderne*, Presses Universitaires de France, París, 2003, 618 pp.

Wieaecker, Franz, *A history of private law in Europe*, Oxford University Press, New York, 2003, 488 pp.

NADIE ES DUEÑO DE SUS MIEMBROS: *"NEMO EST DOMINUS MEMBRORUM SUORUM"*. UNA *REGULA IURIS* PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL PROPIO CUERPO[1]

Andrea Landi

Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

Resumen: El presente ensayo toma en consideración el tema de las disposiciones del cuerpo humano, tratando de reconstruir la perspectiva con la que los autores del *"Derecho Común"* lo han considerado. A partir de la regla contenida en el Digesto según la cual: *Nemo est dominus membrorum suorum: "Nadie es dueño de sus miembros"* y después de haber llevado a cabo una investigación terminológica precisa del término *"membrum"*, los autores llegaron a declarar la invalidez de tales disposiciones. El resultado es una visión personalista de este problema, que tal vez ofrezca algunas reflexiones para el jurista de hoy, a pesar de la diversidad del contexto social y de los valores en los que se encuentra obligado a operar.

Riassunto: Il saggio prende in considerazione la tematica degli atti di disposizione del corpo umano, tentando di ricostruire la prospettiva con la quale gli autori del Diritto comune hanno guardato ad essa. Partendo dalla regola contenuta nel Digesto, secondo la quale *Nemo est dominus membrorum suorum* e dopo aver compiuto una puntuale indagine terminologica sulla parola *membrum*, essi sono giunti a dichiarare l'invalidità di siffatti atti di disposizione. Ne esce una visione personali-

[1] Traducción al español de Aldo Petrucci.

stica di tale problematica, che forse può offrire spunti di riflessione anche per il giurista odierno, pur nella diversità del contesto sociale e valoriale in cui egli si trova ad operare.

Abstract: This essay takes into consideration the theme of the dispositions of the human body, trying to reconstruct the perspective by which the authors of the *Roman Canon Law* have looked at it. Starting from the rule contained in the Digest, according to which *Nemo est dominus membrorum suorum* and after having carried out a precise terminological investigation of the term *membrum*, they have come to declare the invalidity of such dispositions. The result is a person-centered vision of this problem, which may perhaps offer suggestions of think even for today's jurists, despite the diversity of the social and value context in which he finds himself operating.

Palabras clave: Cuerpo humano, miembros, propiedad, libertad individual, drecho común.

Parole chiave: Corpo umano, membra, proprietà, libertà individuale, diritto comune.

Key words: Human body, limbs, ownership, individual freedom, *ius commune*.

I. Dos perspectivas para el mismo fenómeno

Con el artículo 5 del Código Civil italiano de 1942, por primera vez el legislador se ocupó de los actos de disposición del cuerpo humano, dandoles una regulación básica,[2] en la que, se viene a conectar inseparablemente "al instituto de la propiedad privada". En efecto,

[2] El texto es: "Art. 5. *Atti di disposizione del proprio corpo - Gli atti di disposizione del proprio corpo sono vietati quando cagionino una diminuzione permanente dell'integrità fisica, o quando siano altrimenti contrari alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume* (*Actos de disposición del propio cuerpo —Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física, o bien cuando de cualquier manera sean contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres*)".

en este artículo mediante una especie de hibridación, se combina la figura del «sujeto-persona» y del «objeto-cuerpo», de modo que el agente dispone de su propio cuerpo como si de alguna manera fuera una cosa y por lo tanto, un verdadero objeto jurídico.[3]

Para enfrentarse con la problemática de los actos de disposición del propio cuerpo en la experiencia jurídica del Derecho Común, se necesita abandonar una visión de tal tipo que es fruto de un modelo antropológico dominado por la ideología del "individualismo posesivo"[4] y considerar en cambio, los valores específicos de aquella experiencia, que se presuponen en las soluciones ofrecidas por una ciencia del derecho (*scientia iuris*) que fue intérprete fiel de ellos.

Antes que nada, debemos recordar que en la sociedad medieval, caracterizada por la coincidencia entre ciudadano (*civis*) y fieles de la Iglesia (*fidelis*)[5] el hombre se consideraba como una creatura de Dios que en cuanto Creador, tenía todo el poder sobre él: solo a Dios le correspondía el derecho de disponer de la vida de cada individuo y consecuentemente, de su cuerpo, que no era

[3] Sobre tal argumento son fundamentales las precisaciones de U. Breccia-A. Pizzorusso, "*Atti di disposizione del proprio corpo*", edición a cargo de R. Romboli, Pisa, Plus, 2007, incluidas en la presentación de la obra (pp. 13-15) de donde derivan las expresiones entre comillas. Además cabe observar como la *Relazione al Codice* (n. 37) —el Comentario oficial al Código Civil del Secretario de Justicia— se limita a parafrasear el artículo al afirmar su inspiración «ad imprescindibili esigenze di carattere morale e sociale (exigencias esenciales de carácter moral y social)».

[4] Breccia-Pizzorusso, "*Atti di disposizione...*", op. cit., p. 12. Y oportunamente, nótese solo *en passant*, la norma del art. 5 del Código Civil fue sujeta a una interpretación por parte de la Corte Constitucional italiana, que ha cambiado profundamente su carácter jurídico a la luz de los principios de la salud, integridad de la persona humana, autodeterminación, etc.

[5] P. Grossi, "*Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*", ahora reproducido en Id., "*Scritti canonistici*", edición a cargo de C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013, p. 133.

más que el instrumento confiado a él para llegar a la salvación de su alma.[6]

Además es necesirio observar que las soluciones a esta problemática ofrecidas por la doctrina, fueron el fruto de la *"interpretatio iuris"* (interpretación del derecho) es decir, de aquella función de formación del Derecho (*'nomopoiética'*) llevada a cabo por los juristas, que determinó la elaboración de preceptos jurídicos partiendo de la relectura de los textos justinianeos, que habían vuelto a circular en el bajo medievo gracias a Irnerio y a la Escuela de Bolonia.[7] La formación de la regla: *Nemo est dominus membrorum suorum"* (Nadie es dueño de sus miembros) fue realizada conscientemente mediante una lectura creadora, que los juristas hicieron de un texto de Ulpiano incluido en el Digesto (la *l. Liber homo* ff. *Ad legem Aquiliam* [D.9.2.13.pr.])[8] en donde el jurisconsulto

[6] Como se pronuncia, entre tantos autores, el inquisidor del siglo XVI D. DE SIMANCAS, *"De catholicis institutionibus ad praecavendas et extirpandas haereses"*, en *"Tractatus Universi Iuris"*, XI/2, Venetiis, 1584, fo. 142ra, tit. 18, n. 23: *"El hombre no es dueño de la vida, sino es solo Dios que la concede"* (*Homo non est vitae dominus, sed solus Deus vitae largitor*) basándose en muchos textos de la Escritura y de la Patrística; véase también A. LANDI, Iste actus non est virtus. *"Il suicidio fra scelta consentita e illecito penale nell'esperienza del Diritto comune*, en *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I, *La prospettiva storica"*, edición a cargo de A. Landi e A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 155-174. En el ámbito teológico, recuérdese la clara conclusión de Francisco de Vitoria: *"En efecto solo Dios es dueño de la vida y la muerte y al respecto el hombre es específicamente siervo de Dios"*. (*Est enim solus Deus dominus vitae, et mortis, et quantum ad hoc homo peculiariter est servus Dei*)» (en F. DE VITORIA, *"Relectio de homicidio"*, en ID., *"Relectiones theologicae"*, Matriti, Ex la Oficina de Manuel Martín, 1765, p. 413, n. 23).

[7] Sobre este tema cf. S. CAPRIOLI, v. *"Interpretazione nel diritto medievale e moderno"*, en *"Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile"*, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25.

[8] «ULPIANUS *lib. XVIII ad edictum: "El hombre libre en su nombre, tiene la acción útil de la ley Aquilia, no pudiendo tener la acción directa porque nadie se considera dueño de sus miembros"* (*Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem. Directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur*).

como enseñan los romanistas,[9] estaba comentando el ámbito más limitado de la evaluación de los daños no patrimoniales, y de la posibilidad de utilizar la acción con base en la Ley Aquilia (*actio ex lege Aquilia*) de manera que la constatación de la ausencia del dominio (*dominium*) de un hombre libre sobre sus miembros era una simple afirmación incidental para reforzar la conclusión de Ulpiano al respecto. En cambio, la ciencia jurídica bajo medieval al leer este texto, extrajo la afirmación incidental y la construyó como una regla jurídica (*regula iuris*) autónoma.[10]

Para demostrar esta conciencia en la creación de la regla, bastaría notar cómo las glosas relativas al fragmento ulpianeo y los distintos casos (*casus*) del aparato glosatorio se centran todos en la temática del *"resarcimiento"*, lo que prueba que los glosadores habían entendido bien el pasaje del jurista romano y su problemática —mientras que en el inicio de la edad moderna— es decir, cuando el sistema del Derecho Común ya se había formado y la doctrina de los Comentadores ya había llevado a cabo su productiva actividad interpretativa de los textos romanos —un descendiente de Bártolo, en un repertorio difundido entre los prácticos, pudo señalar el sentido que tiene para los ojos de un jurista de Derecho Común, la ley *Liber homo*, individualizándola en la disciplina de los actos de disposición del cuerpo humano y

[9] Véanse los artículos de Juan Cortiñas Barajas y Alessandro Cassarino en este mismo libro.

[10] Según un modo de proceder, que ya tratamos de ilustrar en otra investigación: cf. A. LANDI, Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. *"Spigolature tra dottrina e prassi sull'elaborazione di regole e principî nel tardo Diritto comune"*, en *"Principios y reglas". Investigación conjunta realizada entre la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho. 2009-2010*, México, Escuela Libre de Derecho, 2010, pp. 449-492, incluido ahora en ID., *"Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni"*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 45-75.

presentando así una serie de alegaciones doctrinales todas dedicadas a esta temática.[11]

Entonces veremos a continuación cómo se desarrolló esta actividad de la ciencia del derecho (*scientia iuris*) en dicho contexto de valores y cómo se logró utilizar la regla que habían creado, para construir una disciplina de los actos de disposición del cuerpo humano. De esta manera, empecemos con un texto literario.

II. La literatura como espejo del Derecho

En su comedia erudita "*L'uccellatoio*" (así nombrada por el lugar en donde se cazaban los pájaros) Giovan Battista Sogliani, un autor del siglo XVII, que también fue abogado y un buen conocedor de cuestiones jurídicas, comentó lo siguiente:

> *"Scrive il Giovio negli elogi degli huomini di lettere, che Filelfo celebre umanista della sua età, attaccò una gran disputa con Timoteo Greco per conto d'una sillaba e che la cosa venne a tale, che'l Filelfo scommesse certa quantità di danari con Timotèo; il quale ritrovandosi in povero stato, s'obbligò a dar la sua barba in eventum succumbentiae. e finalmente gli fu vinta. onde Filelfo vittorioso, volle con ogni rigore trionfar di quella, e non furono bastanti ne parenti, ne amici a far sì, che questo veramente barbaro Antioco piu crudel'assai di Simpulo gigante: non tagliasse la barba al povero Timotèo. Ma s'e'l poverello fosse stato difeso, se ne sarebbe liberato. dicendo Baldo nella l. 3 num. 5. C. de Accus. che se Alicui amputetur barba, dicitur membrum amputatum: et licet barba non sit membrum instrumentale ad operandum aliquid per se ad aliquam operationem: tamen est membrum formale in corpore nostro, et ideo continetur appellatione membri, quia est pars formalis. Imperò ne segue, che Timotèo non la potesse scommettere. essendo vulgata regola che Nemo est dominus membrorum suorum. E se alcun'opponesse, che la dottrina di Baldo non è ricevuta da' barbieri, si sarebbe potuto rispondere in oltre, che quella scommessa era contr'a'buoni costumi. essendo nel vero cosa indegna, e ingiusta, e senza decoro, che un barbato maestro, per la'ngordigia d'una sillaba asciutta, abbia miserabilmente a perdere, il suo primogenito barbone sottilmente filato a rocca, e senza niuna utilità dello scortese vincitore. Celso giureconsulto nella l. in fundo §. constituimus ff. de rei vindicatione, risponde in simil proposito. Neque enim malitijs hominum indulgendum est: si tectorium puta quod induxeris: picturasque corradere velis: nihil laturus nisi ut officias".*[12]

(Traducción: "Giovio escribe en sus elogios de las personas de letras, que Filelfo, célebre humanista de su época, tuvo una gran discusión con Timoteo Greco por causa

[11] Se hace referencia a B. Alfani, *Ad mille insigniora loca I. C. ex variis tam antiquorum authorum monumentis (...)*, Venetiis, Apud Franciscum Zilettum, 1570, n. 627, fo. 170v-171r. En el mismo sentido también D. Toschi, "*Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*", IV, Lugduni, Ex Officina Ioannis Pillehotte, 1634, litt. H, Concl. 153: "*Homo liber non est dominus membrorum suorum*". Para la información bio-bibliográfica sobre Bernardino Alfani (1534-1590) v. G. Mazzuchelli, "*Gli scrittori d'Italia cioè Notizie storiche e critiche intorno alle vite, e agli scritti dei letterati italiani*", I/1, Brescia, Presso a Giambattista Rossini, 1753, pp. 467-468, mientras sobre el más celebre cardenal Toschi (1535-1620), cf. Landi, "*Non ex regula*", cit., p. 460 (p. 53), nt. 25.

[12] G.B. Sogliani, *L'Uccellatoio. Commedia di Giovambatista Sogliani coll'annotazioni del medesimo*, Venetia, Appresso Giovanni Guerigli, 1627, *Annotazioni della licenza*, pp. 253-254, n. 13. Sobre Giovan Battista Sogliani, v. la información biográfica en *Notizie letterarie, ed istoriche intorno agli uomini illustri dell'Accademia fiorentina*, I, Firenze, Per Piero Matini, 1700, pp. 308-309, mientras para la comedia mencionada, cfr. B. Corrigan, *An annotated Commedia Erudita: Giovan Battista Sogliani's L'Uccellatoio*, en «Italica», 26, n. 3 (Sep. 1949), pp. 188-197, según la cual «the annotations, with all their wealth of classical learning and curious information, are more interesting than the play they illustrate» (p. 197). Recuerda con una composición poética, el episodio mencionado en el texto P. Giovio, *Elogia doctorum virorum ab avorum memoria publicatis ingenii monumentis illustrium*, Antverpiae, Apud Ioan. Bellerum sub insigni Falconis, 1557, p. 40. Sobre Filelfo y para más indicaciones bibliográficas es suficiente renviar a M. Montorzi, Fides in rem publicam. *Ambiguità e tecniche del Diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984, pp. 485-494, que lo define como «umanista grintoso e capace».

de una sílaba y que para solucionarla, apostaron una cierta cantidad de dinero. Como Timoteo se encontraba en una condición de pobreza, se obligó a dar su barba en caso de pérdida del litigo, lo que efectivamente ocurrió. Por ende Fileflo en cuanto ganador, quiso con todo rigor, conseguir la barba de Timoteo y ni familiares ni amigos pudieron persuadirlo para evitar que se la cortara. Pero si el pobrecito se hubiere defendido, se habría liberado de su obligación al mencionar Baldo que en la ley 3 *num. 5. C. de Accus.*, así dice: "*si a alguien se le amputa su barba, se reputa amputado un miembro y aunque la barba no sea un miembro instrumental para realizar algo, sin embargo siempre es un miembro formal de nuestro cuerpo y por lo tanto se incluye en la denominación de miembro*". Consecuentemente Timoteo no habría podido apostar su barba por causa de la regla de que nadie es dueño de sus miembros (*nemo est dominus membrorum suorum*). Si se hubiera opuesto que la doctrina de Baldo no es aceptada por los barberos, se habría contestado que aquella apuesta era en contra de las buenas costumbres, puesto que era una cosa indigna, injusta y desvergonzada que un maestro barbudo de una forma tan miserable, haya perdido su bonita barba y tan cuidada por causa de una sílaba sencilla y sin ninguna utilidad para el ganador. Al respecto responde el jurista romano Celso en la ley *in fundo §. constituimus ff. de rei vindicatione*: no se debe perdonar la malicia de los hombres, como cuando por ejemplo, quieres realizar un enlucido para borrar las pinturas en una pared con la única finalidad de suprimirlas)".

Nos detuvimos en esta larga cita, no tanto para dar una aura literaria a nuestro trabajo, sino para mostrar cómo también en una obra teatral de la edad moderna, aunque de modesto nivel,[13] se percibe la dinámica con-

[13] Es el juicio expresado al respecto también por Corrigan, *An annotated Commedia Erudita*, cit., p. 197, a cuyo parecer «L'Uccellatoio is not a good comedy, though it contains some lively and amusing scenes»; eso porque muchas veces las emociones de los personajes parecen artificiales y poco espontáneas para resultar verdaderas y divertir el público.

creta de la regla: "*nemo est dominus membrorum suorum*" (nadie es dueño de sus miembros). En efecto, de este pasaje se desprende cómo la problemática de los actos de disposición del propio cuerpo era tratada y resuelta por los juristas del Derecho Común: en primer lugar, con la individualización de cuáles partes del cuerpo se podrían calificar como "miembros", y luego con la evaluación de la validez o no de la obligación que los tenía por objeto y que era reputada contraria a las buenas costumbres, o de todos modos, desprovista (como en el caso expuesto en la comedia) de la relevancia económico-social para justificar su existencia y legitimar su cumplimiento por parte del deudor (según lo que aún hoy es el art. 1322, ap. 2, del Código Civil italiano prevé para las obligaciones que nacen de los contratos atípicos).[14]

III. Ontología del "nomen"

En efecto, el de la correcta definición de lo que se debía entender como "miembro" (*membrum*) fue uno de los primeros problemas con lo que se enfrentó la ciencia del derecho (*scientia iuris*) en la interpretación de la regla ulpianea.

Baldo degli Ubaldi en el texto indicado arriba,[15] exactamente se pregunta lo que es un miembro y contesta que: «en breve se dice miembro todo lo que tiene en

[14] Una evaluación que parece requerirse con base en la cita del § Constituimus (D.6.1.38[39]) en que el jurisconsulto Celso recomendaba no perdonar las malicias para impedir todo acto que tuviera como única finalidad la de perjudicar a otros, sin ventajas para quien lo realiza.

[15] Baldo degli Ubaldi, *In l. Reos* ff. *De accusationibus et inscriptionibus* (C.9.2.3), en Id., *In VII,VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, Venetiis [L.A. Giunti], 1577, fo. 207va, n. 5.

nuestro cuerpo su propia y determinada función (*breviter omne id, quod habet in corpore nostro propriam, et determinatam operationem, istud dicitur membrum*)»; así, lo es un ojo, porque sirve para ver; la nariz que es para oler; la lengua para gustar; una mano para tocar, etc.; estos miembros son «extremamente útiles (*valde utilia*)», y juntos a ellos, se encuentran también los que son «nobles (*nobilia*)», que aunque no llevan a cabo una operación propia y distinta, sin embargo se consideran «miembros con los cuales se salva la especie (*membra per quae salvatur species*)» con una evidente alusión a aquellos del aparato genital. Una vez hecha esta aclaración terminológica, el jurista perusino observa cómo quien actúe en contra de ellos, debe ser castigado en cuanto «enemigo de la naturaleza, al mismo modo que si matara a alguien (*inimicus naturae, eodem modo quo si occideret*)».[16]

Según Baldo, también la barba puede considerarse un miembro del cuerpo, pero para afirmarlo, necesita introducir otra distinción entre miembros, aquellos que son *instrumentales* para una cierta operación y los que solo son *formales*, sin los cuales nuestro cuerpo sería deforme: la barba se incluiría en este segundo tipo.

El Diccionario de Derecho (*Dictionarium iuris*) de Alberico da Rosciate registra la definición de «miembro (*membrum*)» al observar que se debe entender como tal: «el que tiene por sí mismo su propia función separada (*quod per se habet officium aliquod separatum*)» como la tienen un ojo, un pie y una mano, conforme a una intuición que Alberico directamente reconduce a Bártolo da Sassoferrato.[17]

[16] A propósito del término «matarse (*se interficere*)», en el siglo XVI, el jurista Simancas apunta: "—*podríamos decir: de una manera aristotélica— como se realiza un comportamiento «en contra de la inclinación natural (contra naturalem inclinationem)*» (Simancas, *De catholicis institutionibus*, cit., fo. 142ra, n. 26).

[17] Alberico da Rosciate, *Dictionarium Iuris tam Civilis, quam Canonici*, Venetiis, Apud Guerreos fratres, et socios, 1572, sub v. *Membrum* (sin numeración de las páginas).

Y efectivamente Bártolo había precisado que es un miembro cada parte del cuerpo que se relaciona a un «*officium, seu ministerium*» es decir, a una específica tarea y función, de modo que son miembros los pies («para caminar, *ad ambulandum*») las orejas («para oír, *ad audiendum*») y los ojos («para ver, *ad videndum*») mientras que no se podían considerar miembros los dedos de la mano, porque son «funciones de un miembro y no un miembro (*officium membri, non membrum*)» o para decirlo mejor, son una de aquellas cosas «que ayudan la función de un miembro (*quae coadiuvant officium membri*)»;[18] la misma evaluación que se propone al razonar de las consecuencias que derivan del parto de un hijo monstruoso, o de la condición de alguien que solo haya sufrido una alteración de la funcionalidad de sus miembros existentes.[19]

En efecto, Bártolo había puesto la cuestión si se debiese aplicar la disposición de un estatuto (de una comunidad municipal) por la que se punía a quien hubiese amputado un miembro a otro, a el que había amputado un dedo, y su respuesta había sido negativa, al considerar que «un dedo no es un miembro, sino la función de un miembro (*digitus non est membrum, sed officium membri*)»,[20] aunque la disposición estatutaria mencionada

[18] Bartolo da Sassoferrato, *In l. Publicorum* ff. *De publicis iudiciis* (D.48.1.2), en Id., *Commentaria in Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis [L.A. Giunti], 1590, fo. 139rb, n. 13.

[19] Bartolo da Sassoferrato, *In l. Non sunt liberi* ff. *De statu hominum* (D.1.5.14), en Id., *Prima in Digestum Vetus [pars]*, Lugduni, Excudebat Blasius Guido, 1555, fo. 27va-vb. El texto del fragmento es: «Paulus *libro quarto sententiarum*. No son hijos, los que, fuera de los acostumbrados, son procreados de forma contraria a las del género humano, como si una mujer hubiere dado a luz alguna cosa monstruosa o prodigiosa. Mas el parto que amplió los oficios de los miembros humanos, hasta cierto punto parece perfecto; y así, se contará entre los hijos (*Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur*)».

[20] Bartolo da Sassoferrato, *en l. Non sunt liberi*, cit., fo. 27vb, in fine.

pudiese interpretarse de una forma menos restrictiva. En cambio, Baldo degli Ubaldi al retomar el hilo de este razonamiento, llegará a una solución opuesta a la de su maestro, con referencia a la aplicación de la mencionada disposición estatutaria; no obstante mantenga la evaluación que un dedo es «la función de un miembro (*officium membri*)» Baldo subraya la diferencia de *ratio* entre el contenido de tal disposición estatutaria y la ley romana en D. 9.2.13.pr., pues en esta última, se presupone la relación entre miembro (*membrum*) y su función (*officium*) mientras que dicha relación no se toma en ninguna consideración en el estatuto, cuya finalidad era la de evaluar (y eventualmente punir) el hecho, que determinó la mutilación bajo el perfil exclusivo de su atrocidad.[21]

Y es Baldo quien definitivamente ancla la definición de miembro como parte del cuerpo, a una específica operación funcional del propio cuerpo, de modo que si la función no existe, no se puede ni hablar de miembro. Para el jurista perusino, no hay duda que son miembros todos los órganos «que en nuestro cuerpo, por sí mismo principalmente nos permiten actuar, como las manos, los pies, los ojos, las orejas y la nariz (*quae in corpore nostro per se principaliter actum habent, veluti manus, et pedes, oculi, aures, nasus*)» por lo tanto, siempre se necesita considerar cada órgano como relacionado a una función específica, con la consecuencia de que si «los pechos de una mujer son miembros (*mammillae mulierum sunt membra*)» pues son destinadas a amamantar a los hijos y por ende a una función específica, no se puede decir lo mismo para los «pechos de los varones (*mammillae hominum*)» que no tienen esta función. Por las mismas razones, Baldo también puede afirmar que «los genitales de

[21] Baldo degli Ubaldi, *In l. Non sunt liberi* ff. *De statu hominum* (D.1.5.14), Id., *In primam Digesti Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1616, fo. 31va.

los varones son miembros (*genitalia hominis sunt membra*)» y si con referencia a la barba o los labios, invita al lector a meditar sin proponer una solución, excluye una vez más, que sean miembros los dedos.[22]

Estas precisiones sobre el sentido del término miembro (*membrum*) fueron formuladas por Baldo al interpretar una ley «en torno a la amputación de un miembro (*de amputatione membri*)» y en dicha ocasión, había podido concluir que la amputación de un dedo constituía una simple debilitación de la mano y no la mutilación de un miembro («*debilitat membrum digiti mutilatio*»).

En el campo del Derecho Canónico, la reflexión de los canonistas encuentra un apoyo en las Sagradas Escrituras —en particular en la Carta del apóstol San Pablo a los Efesios—[23] y en toda la elaboración teológica de la Iglesia como *cuerpo místico*. Referencias a estas elaboraciones se ven en los comentarios al *Decretum Gratiani* del cardenal Giovanni Antonio da San Giorgio, el *Praepositus mediolanensis*, que recuerda la similitud entre el cuerpo natural y el cuerpo místico, con la presencia en ambos de miembros divisibles y indivisibles, según sean compuestos o no de partes distintas, señalando como ejemplos del primer tipo la mano o el pie, que se pueden subdividir en dedos y articulaciones.[24] Y el mismo autor demuestra conocer bien las interpretaciones de los juristas

[22] Baldo degli Ubaldi, *In l. Data opera* C. *De iis, qui accusare non possunt* (C.9.1.11), en Id., *In VII,VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, cit., fo. 204va, n. 50.

[23] *Ad Ephesios*, 4,4-7 e 15-16.

[24] Giovanni Antonio di San Giorgio, *In Primam Decretorum Partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1579, *distinctio XV*, fo. 48rb, n. 9. Sobre este canonista (1439 ca.-1509) siguen siendo útiles las notas de J.F. Schulte, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, II, *Von Papst Gregor IX. bis zum Concil von Trient*, Graz, Akademische Druck-u. Verlasanstalt, 1956, pp. 338-341, que considera sus escritos «Meisterwerke im Geiste der Zeit, die nur auf Autoritäten sah»; véase también L. Sinisi, v. *Sangiorgi Giovanni Antonio*, en *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, edición a cargo de I.

de Derecho Civil en torno al término miembro (*membrum*), cuando destaca en otra su texto, la relación entre él y una específica función, según la enseñanza de Bártolo.[25]

Ya no mucho tiempo antes, Niccolò de' Tudeschi (el Abad panormitano) abrió esta vía interpretativa, en el momento en que había delineado la diferencia entre debilitación (*debilitatio*) y mutilación (*mutilatio*) de un miembro, al comentar una decretal del libro *Extra*, en donde se mencionaba un sujeto que una falsa acusación había debilitado y se preveían los remedios en contra del acusador. En efecto el Abad panormitano (*Abbas panormitanus*) antes de relevar que la mutilación significaba una especie de «truncamiento (*detruncatio*)» del propio miembro, mucho más grave de la debilitación que era «sin el desacoplamiento de un miembro (*sine abscissione membri*)», había precisado que esta última ocurría cada vez que por cualquier causa (por ejemplo, «por un golpe/ *propter percussionem*») un miembro no podía «cumplir libremente (*libere exercere*)» con su propia función (*officium*).[26]

En suma, por lo menos con referencia al sentido del término miembro (*membrum*) los juristas del Derecho Civil así como del Derecho Canónico, llegaron a una identidad de opiniones; lo que no era un resultado pequeño en una sociedad, como la de la época bajo medieval, en

Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, Il Mulino, 2013 (desde ahora indicado como: DBGI), pp. 1788-1789.

[25] Giovanni Antonio di San Giorgio, *In c. De diacono* X. *Qui clerici vel voventes matrimonium contrahere possunt* (X.4.6.1) en Id., *In Quartum Librum Decretalium Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1578, fo. 53ra, n. 3: «se llama propiamente miembro, lo que por si mismo, tiene su función separada, como por ejemplo, un ojo, un pie, una mano (*membrum proprie dicitur, quod per se habet officium aliquid separatum, puta oculus, pes, manus*)».

[26] Niccolò de' Tudeschi, *In c. Accusasti* X. *De accusationibus, inquisitionibus et denunciationibus* (X.5.1.8) en Id., *Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium Librum*, Venetiis, Apud Ioannem de Gara, 1571, fo. 69ra, n. 3.

donde los nombres (*nomina*) eran como se sabe, la consecuencia de la realidad de las cosas (*consequentia rerum*).[27]

IV. La relevancia de la voluntad en el acto de disposición

Después de haber precisado el sentido del término miembro (*membrum*) es necesario evaluar ahora el contenido y la eficacia de la voluntad del individuo respecto de los actos, con los que decidía disponer de partes de su cuerpo.

La elaboración de la ciencia del derecho (*scientia iuris*) llega a negar la validez de la obligación con la que un sujeto se hubiese comprometido a lleva a cabo un acto de tal tipo.

En la primera mitad del siglo XIV, es aún Bártolo quien ofrece la clave de lectura a los intérpretes posteriores, proclamando la nulidad del pacto dispositivo conforme a la regla ulpianea. El jurista llega a esta conclusión cuando analiza el caso concreto de un «bandido y condenado (*bannitus et condemnatus*)» que había resultado muerto por un enemigo suyo, que en cambio, anteriormente se había reconciliado con él, obligándose a no causarle ofensa «so pena del estatuto municipal (*sub poena statuti*)» prevista para quienes rompían la paz (*pacem rumpentes*) con la añadida de una ulterior sanción pecuniaria. Dado que el estatuto también establecía que el bandido pudiese matarse impunemente, Bártolo se preguntaba si el asesino tenía que sufrir la pena pactada y después de haber examinado una larga serie de argumentaciones en *pro* y *contra*, había respondido que no, ya que «nadie por medio de un pacto, se obliga a una

[27] De tal que el jurista medieval consideraba los nombres del derecho (*nomina iuris*) «come la conseguenza immediata e diretta della loro consistenza ontologica» (así: Montorzi, *Fide in rem publicam*, cit., p. 24).

pena corporal (*nullus per pactum obligatur ad poenam corporalem*)», indicando la Ley *Liber homo* como fundamento de su solución.[28]

Y en el siglo sucesivo, se seguirá una impostación similar en una *decisio* de Gui Pape († 1477),[29] en la que, al contestar a la pregunta si un hombre pudiera obligarse a la amputación de una mano en caso de que no hubiese dicho la verdad sobre un hecho determinado, negaba tal facultad, en consideración no solo de varias leyes romanas (antes todas la ya dicha Ley *Liber homo*) sino también del hecho de que «tal obligación se reputaba en contra de las buenas costumbres (*talis obligatio videtur esse contra bonos mores*)».[30]

El consentimiento del sujeto, sobre cuya integridad física se quería incidir, por ende no es idóneo para la asunción de la obligación y esta incapacidad no se puede integrar ni por el fallo de un juez en función supletoria. Tendrá la ocasión de notar el Panormitano[31] que en el caso de que se haya pronunciado un fallo nulo que impone una pena corporal, el condenado no puede obligarse a renunciar a la apelación, bien sea por razones propias del ordenamiento jurídico, dado que «el consentimiento de los particulares no puede hacer de modo que sea válida una sentencia nula por una disposición

[28] Bartolo da Sassoferrato, *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Augustae Taurinorum, Apud Haeredes Nicolai Bevilaquae, 1577, Quaestio I, *Lucanae civitatis*, fo. 78rb, n. 13.

[29] En cuanto miembro autorizado del *Conseil delphinal* de Grénoble (Francia), Gui Pape, con su recopilación de decisiones, gozó de una fortuna editorial increíble; además de las edicciones manuscritas, hubo 42 impresiones contadas por G. Giordanengo, v. *Pape (Papa ou Pape) Gui*, en *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, sous la direction de P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, Paris, Press Universitaires de France, 2007, pp. 606-607.

[30] G. Pape, *Decisiones gratianopolitanae*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1554, quaestio 278, p. 370; la cita *ibidem*, en la gl. *Credo quod non*.

[31] Niccolo de' Tudeschi, *Consilia, Tractatus, Quaestiones, et Practica*, Venetiis, Apud Ioannem de Chara, 1571, pars I, cons. 92, fo. 72ra, n. 2.

de derecho, porque no puede disponer de un derecho fundamentado en la utilidad pública (*consensus privatorum non potest facere, ut sententia nulla ex iuris dispositione teneat, cum non possit super ius disponere fundatum super utilitate publica*)»,[32] así como porque no es dueño (*dominus*) de sus miembros y su renuncia se configuraría como un acto (prohibido) de disposición.

Lo mismo vale también para lo que se refiere a la función integradora, que tenía la costumbre respecto de la voluntad condescendiente del sujeto, de modo que tal costumbre unida con el consentimiento, hiciese lícito lo que era prohibido al solo consentimiento, como en el caso de un inocente que se obligue a sufrir una pena corporal para un crimen cometido por otros.

La cuestión fue solucionada por una autoridad del calibre de Diego Covarrubias y Leyva, según la cual, esta función integradora de la costumbre que parecía haber sido apoyada también por la Glosa, no podía aceptarse, pues «el propio consentimiento mucho menos puede hacer tal cosa, y no puede existir alguna justa causa, por la que un inocente sea castigado con una pena corporal por el crimen de otros (*consensus proprius multo minus potest id efficere; nec ulla potest justa causa dari, ex qua poena corporis innocens pro alterius crimine puniatur*)».[33]

V. El carácter preceptivo de la regla

La problemática del acto de disposición y de la voluntad necesaria para llavarlo a cabo —que como acaba-

[32] Niccolò de' Tudeschi, *Ibidem*; y además observa que la sentencia una vez pronunciada, no puede ser modificada ni por un juez, mediante una retractación total o parcial, puesto que este poder se reconoce solo al príncipe (fo. 72rb, n. 3).

[33] D. Covarrubias y Leyva, *Variae ex iure Pontificio, Regio et Caesareo resolutiones*, L. 2, cap. 8, n. 8, en Id., *Opera*, II, Coloniae Allobrogum, Sumpt. Cramer, Perachon et Cramer Filii, 1723, p. 194.

mos de ver, nunca fue idónea para su validez, con la consecuencia de que cada pacto al respecto era nulo— a veces se entrelaza en las elaboraciones de la ciencia del derecho, con la del *status* del sujeto que realiza un tal acto.

En particular, en la reflexión sobre una decretal del libro *Extra*, que conminaba la excomunión para quien hubiera golpeado a un clérigo, los juristas de Derecho Canónico desde los primeros, habían precisado que el clérigo no podría consentir válidamente a los golpes y si lo hubiera hecho, sería excomulgado, ya que este privilegio había sido establecido no en su beneficio, sino a favor del orden sagrado. Al respecto un caso (*casus*) de Bernardo da Parma en la primera mitad del siglo XIII, notaba que «nadie puede renunciar al derecho público (*iuri publico nemo potest renuntiare*)» y que eso valía en dicha situación, en donde la ofensa que afectaba al clérigo individual, iba a afectar a todo el orden clerical al que pertenecía, de tal forma que el glosador podía concluir «se comete injuria en contra de quien lo quiera y lo sepa y lo tolere, si al menoscabar a él, se menoscaba el derecho de otros (*volenti et scienti ac patienti fit iniuria, si in eo laedatur ius alterius*)».[34]

En el tardío siglo XV, Felino Sandei había retomado y precisado la imposibilidad del clérigo de sujetarse voluntariamente a los golpes y por lo tanto, más en general, de obligarse a sufrir una pena corporal propia, con base en la regla ulpianea, al recordar también que el privilegio había sido establecido «a favor del orden clerical (*favore ordinis clericalis*)»[35] lo que iba a coartar la libre

[34] *Casus* en c. *Contingit* X. *De sententia excommunicationis* (X.5.39.36).

[35] Felino Sandei, *In c. Contingit* X. *De sententia excommunicationis* (X.5.39.36), en Id., *Commentaria in Decretalium libros V*, III, Venetiis, Apud Iacobum Picaiam, 1570, cc. 1099-1102. Un comentario que poco tiempo después, permitirá a Ippolito Marsili, considerarlo «una verdadera lumbrera del Derecho (*verus iuris illuminator*)» y un ejemplo a seguir con amor «a causa de su

elección del individuo, que no podría ni golpearse a sí mismo, puesto que si lo hubiere hecho, sería punible penalmente.[36]

De otra parte, en los inicios del siglo XVI, ya se presentan como formadas numerosas opiniones comunes (*communes opiniones*) sobre la problemática de los actos dispositivos del cuerpo humano, con la finalidad de evidenciar su indisponibilidad por parte del sujeto.

Giovanni Francesco Sannazari della Ripa,[37] al registrarlas en su ponderoso comentario al Digesto, observa que así como ocurre para los bienes fuera del comercio, también el hombre libre no puede darse en prenda, ni el hombre libre puede arrendarse a sí mismo, pues ningún contratante (*stipulator*) puede tener «un derecho real (*ius in re*)» sobre él; al final, el hombre libre no podrá obligarse a prestar su trabajo perpetuamente, ni entregarse como rehén al acreedor, porque así perdería su libertad.[38]

Si eso era verdad para cualquier hombre libre, aún más verdadero lo era para un clérigo: así en la reflexión de otro jurista coevo, el jurista de Siena Bartolomeo Sozzini, quien recuerda que la regla, según la cual «el

eminentísima ciencia y doctrina e integridad (*propter eminentissimam scientiam et doctrinam integritatemque*)» (cfr. I. Marsili, *Singulare 189 Tu audivisti*, in G. Sarayna, *Singularia omnium clarissimorum doctorum*, Lugduni, Apud haeredes Iacobi Iuntae, 1560, p. 683). Sobre los dos autores, el primero maestro del segundo en Ferrara, cf., respectivamente, las voces del Diccionario Biográfico de M. Montorzi y M. Cavina en DBGI, pp. 1781-1783, 1286-1287.

[36] Como nota un famoso comentador del mismo periodo, al afirmar «que quien hiere y golpea a sí mismo delinque como si lo hierese otro (*quod vulnerans et percutiens seipsum delinquit sicut si alius vulneraret*)» (Giasone del Maino, *In l. Servum fugitivum* C. *De servis fugitivis* [C.6.1.1], in Id., *Secunda super Codice*, s.d.e., 1542, fo. 2va, n. 5).

[37] Sobre este jurista de Pavía cf. M. Ascheri, *Un maestro del 'mos italicus': Gianfrancesco Sannazari della Ripa (1480 c.-1535)*, Milano, Giuffrè, 1970 y ahora su voz en DBGI, pp. 1789-1790.

[38] G.F. Sannazari della Ripa, *In l. Obligatione* ff. *De pignoribus et hypothecis* (D.20.1.6), en Id., *In Secundam ff. Veteris partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1569, fo. 134vb-135rb, nn. 8-12.

hombre libre no se puede dar como rehén (*homo liber obsidem dari non potest*)» valía de un modo aún más acentuado para clérigos y monjes, sufriendo dos solas excepciones representadas por la «*publica causa*» (por razones de paz, por ejemplo) o bien cuando el sujeto no se obliga a darse como un verdadero rehén, sino simplemente a no abandonar un cierto lugar para poderse encontrar allá, limitando de tal manera su libertad, sin renunciar a ella totalmente.[39]

Sin embargo, la indisponibilidad de su cuerpo de parte del individuo no implica que no se pueda disponer de él por parte del poder público. Siempre en los albores de la edad moderna, la compleja relación entre la voluntad del individuo y la del Estado emerge en algunas observaciones de Filippo Decio en su función de jurista de Derecho Canónico, según el cual si es verdad que nadie es propietario de sus miembros, también es verdad que un dominio de ellos debe reconocerse al Estado. Así, cuando al condenado se le infringe una pena con motivo de una sentencia y hay una alternativa entre pena corporal y pena pecuniaria, conforme a lo que establece una disposición de un estatuto municipal, la autoridad pública válidamente puede elegir entre las dos, porque al final, no es el condenado el que puede realizar esta elección, sino el estatuto o bien la sentencia.[40]

[39] B. Sozzini, *Regulae et fallentiae juris*, Coloniae Agrippinae, Apud Ioannem Busaeum sub signo Monocerotis, 1663, reg. 218 e reg. 325, resp. pp. 300-301 e 445.

[40] F. Decio, *In c. Inter caeteras* X. *De rescriptis* (X.1.3.4), en Id., *In Decretalium Volumen perspicua Commentaria*, Venetiis [L.A. Giunti], 1576, fo. 56vb-57ra, nn. 37-38: «el condenado en tal caso, no dispone, si no lo hace el estatuto municipal o la sentencia (*ipse tali casu non disponit, sed statutum, vel sententia illud facit*)» (fo. 57ra). Más la cuestión seguía siendo controvertida; cf. en sentido contrario, I. Marsili, *Singulare 651 Puto te scire*, en Sarayna, *Singularia*, cit., p. 784, según el cual «si el que debe pagar una pena pecuniaria o bien ser

Y es propio en el ámbito del Derecho Penal que se subsiguen interpretaciones, que llevan a la ciencia del derecho a reflexionar sobre la conocida eximente que se resume en la regla «no hay injuria en contra del que lo quiere (*volenti non fit iniuria*)»,[41] o sea el consentimiento del que sufre un crimen en contra de él, deja cesar su carácter antijurídico.

Siempre partiendo del supuesto fijado en la regla ulpianea, Gerolamo Cagnolo (1491-1551) autor de un exitoso comentario al título final del Digesto,[42] llega a preguntarse si un sujeto puede obligarse a sufrir una tortura —con todas las lesiones que ocasiona en el físico de quien la sufre— y a pesar del parecer de algunos que lo admitían, reputa que no es lícito para los jueces, poner a alguien bajo tortura con base en un simple acuerdo con el imputado o una permisión del mismo, fundamentando las razones de esta imposibilidad en la ley *Liber homo*.[43]

azotado por haber cometido un delito, sea solvente y prefiera ser azotado que pagar, el juez no lo debe escuchar, sino debe constreñirlo a pagar y vender sus bienes (*si ille qui debet solvere poenam pecuniariam, vel fustigari ex delicto per eum commisso est solvendo, et vult potius fustigari quam solvere, iudex non debet ipsum audire, sed debet cogere eum ad solvendum et bona sua vendere*)», conforme a la ley *Liber homo*, que impide al imputado esta elección.

[41] Recogida en las *Regulae iuris* de Dino del Mugello, en apéndice al *Liber Sextus* (*Regula 27*: «Scienti et consentienti non fit iniuria, neque dolus») sus orígenes romanos fueron evidenciados por E. Calore, Volenti non fit iniuria: *una* regula *romana?*, en «Revue internationale des droits de l'antiquité», 62 (2015), pp. 223-250.

[42] Indicaciones sobre este autor y su obra en A. Mazzacane, *v. Cagnolo Gerolamo*, en DBGI, pp. 372-373, y más extensamente en su voz en «Dizionario Biografico degli Italiani», XVI, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1973, pp. 334-335.

[43] G. Cagnolo, *Commentarii in titulum ff. De regulis iuris*, Lugduni, Apud Haeredes Iacobi Iuntae, 1559, fo. 289rv, nn. 5-6. Casi en el inicio de la edad contemporánea, se sentirá la necesidad también de parte de los prácticos, de precisar esta absoluta invalidez del consentimiento; para todos en la doctrina, véase F. Mirogli, *Istruzioni teorico-pratiche criminali*, II, In Modena, Nella Stamperia di Giovanni Montanari, 1769, cap. 8, §§ 171-173, pp. 108-109, según

Y la extensión de dicha ley, es tal que prevalece sobre eventuales costumbres contrarias, así como las longobardas y romanas, que constreñían al ofensor de ponerse «en manos del ofendido (*in manibus offensi*)» para ser golpeado a voluntad. Una decisión del Senado de Burdeos, recojida por Nicolas Bohier (1469-1539), presidente (*praeses*) de aquella Corte,[44] tendrá la oportunidad de observar que tales costumbres son reprobables en cuanto contrarias al Derecho Común (*ius commune*) por no considerar la regla ulpianea mencionada antes,[45] que al final parece expresar el Derecho Natural, más que el Derecho Común, en sentido estricto.

VI. Para terminar

También si queremos transformar el aforismo: "*nadie es dueño de sus miembros*"/ *nemo est dominus membrorum suorum*, de regla negativa a positiva —en el sentido de que cada uno es dueño (*dominus*) de su cuerpo, exceptuándose los actos explícitamente prohibidos por el Derecho Divino y la ley humana,[46] el resultado de esta operación, a nuestro parecer, exclusivamente teórica, sería

el cual la confesión de un imputado aunque fuera suficiente para individualizar la pena que se le debe aplicar, no puede ser suficiente por si sola, para su condena, porque debe ser averiguada con otras pruebas y referencias, sobre todo por causa de tres motivos: «1. Nemo est Dominus membrorum suorum; 2. Ex sola sua Confessione nemo potest haberi pro delinquente; 3. Confessio non potest facere Delictum, ubi non est». Sobre la figura de este magistrado, cf. L. Garlati, v. *Mirogli Filippo*, in DBGI, pp. 1355-1356.

[44] Sobre el cual cf. G.D. Guyon, v. *Bohier (Boyer, Boerius) Nicolas*, en *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, cit., pp. 95-97.

[45] N. Bohier, *Decisiones Supremi Senatus Burdegalensis*, Francofurti, Sumptibus Ioannis Baptistae Schonwetteri, 1665, decisio 262, p. 527, n. 4.

[46] Retomando el noto fragmento de D.1.5.4.pr., en que el jurista romano Florentino precisaba que «la libertad es la facultad natural para cada uno, de hacer lo que quiera, a menos que algo no sea prohibido por violencia o por

análogo a aquél consecuente a la aplicación de la regla originaria.

En efecto en los inicios del siglo XVII, el magistrado español Balthasar Gómez de Amescua, en su *Tractatus de potestate in se ipsum*, al manifestar su insatisfacción para la regla ulpianea, prefirió transformarla en los términos positivos que acabamos de mencionar y llegó a la misma conclusión de dicha regla, dado que la señoría reconocida al individuo sobre su cuerpo, no podía incluir la elección de morir, ni a la de vulnerarlo o mutilarlo;[47] tal opinión también se fundamentaba en las fecundas reflexiones de los teólogos de la Segunda Escolástica, que al retomar algunas referencia de Santo Tomás de Aquino, habían reconocido al hombre como consecuencia de su libre arbitrio, un «uso del cuerpo y las acciones, pero no de la vida ni de sus miembros (*usus sui corporis et actionum suarum, non autem vitae, et membrorum suorum*)».[48]

Ya nos encontramos en plena edad moderna.

Derecho (*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*)».

[47] B. Gómez de Amescua, *Tractatus de potestate in se ipsum*, Panhormi, Apud Erasmum Simeonem, 1604, L. II, cap. 14, fo. 150va, n. 36: «Válidamente confirmó según lo que probamos en todo el tratado, que cada uno tiene la potestad de disponer de su propio cuerpo, con la excepción de lo que se refiere a la muerte, al herirlo o mutilarlo de un miembro (*Valide confirmo ex his, quae in toto tractatu probamus, unumquemque habere in corpus suum potestatem de eo disponendi, praeterquam, quoad mortem, aut vulnus, aut membri mutilationem*)»; este pasaje es puesto de relieve también por M.S. Testuzza, «Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi». Il Tractatus de potestate in se ipsum *di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 142, nt. 61, a la que remitimos también para la información biográfica del autor y de su obra.

[48] Gómez de Amescua, *Tractatus de potestate in se ipsum*, cit., L. I, cap. 4, fo. 15rb, in fine. Un análisis de las obras de los teólogos utilizadas por el autor, se encuentra en J. de Azcárraga, *Balthasar Gómez de Amescua «Tractatus de potestate in se ipsum»*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, Atti a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 441-446.

Y la edad moderna como se sabe, verá la progresiva aparición y afirmación de nuevas teorías filosóficas de la libertad del hombre, con su capacidad de ser sujeto de derechos; así, como el resultado de este itinerario, también la problemática de la disponibilidad del cuerpo, no se sustraerá «al patrón del derecho real ni aquél de las obligaciones»;[49] los cuales como comentamos en la parte inicial, están en la base del contenido del art. 5 del Código Civil italiano[50] y por lo tanto, completamente extraños a la elaboración de la ciencia del derecho intermedia (*scientia iuris*).

Entonces podríamos terminar diciendo, *prima facie*, que tal elaboración hoy pertenece a la historia en la manera como se enfrentó al problema y por sus postulados ideológicos. Sin embargo, si lo ponderamos mejor (*melius re perpensa*) la experiencia del Derecho Común cuando nos transmite una visión *personalística* del problema de los «actos de disposición del cuerpo humano» aunque parta de supuestos de una moral cristiana, que difícilmente se encuentran en la sociedad moderna, a mi parecer puede ofrecer aún hoy, al legislador y al intérprete jurídico útiles elementos de reflexiones, sobre todo en la perspectiva de que todo el Derecho también el más rudo y atormentado, siempre y de veras debe estar «en el interés de los hombres (*hominum causa*)».[51]

[49] Como oportunamente subraya Testuzza, «Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi», cit., p. 142.

[50] Para dicha visión general que sin embargo resulta envejecida en ciertos aspectos cf. M. Pesante, v. *Corpo umano (atti di disposizione)*, en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 653-664.

[51] Según la frecuente admonición de los Doctores medievales, con base en lo que ya afirmaba el jurista romano Hermogeniano en el III siglo d.C. y que se puede leer en la apertura de D.1.5.2 («Siendo todo el derecho constituido en el interés de los hombres/ *Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*»): de lo que se desprende la «sostanza umanissima», objeto del pensa-

Bibliografía selecta

Azcárraga, J. de, *Balthasar Gómez de Amescua «Tractatus de potestate in se ipsum»*, en *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Incontro di studio Firenze 16-19 ottobre 1972, en la edición a cargo de P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1973.

Breccia, U., Pizzorusso, A., *Atti di disposizione del proprio corpo*, edición a cargo de R. Romboli, Pisa, Plus, 2007.

Calasso, F., *Introduzione al Diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970.

Calore, E., Volenti non fit iniuria*: una* regula *romana?*, en «Revue internationale des droits de l'antiquité», 62 (2015).

Caprioli, S., v. *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, en *Digesto delle Discipline Privatistiche-Sezione Civile*, X, Torino, Utet, 1993.

Grossi, P., *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, ora en Id., *Scritti canonistici*, edición a cargo de C. Fantappiè, Milano, Giuffrè, 2013.

Landi, A., Iste actus non est virtus. *Il suicidio fra scelta consentita e illecito penale nell'esperienza del Diritto comune*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, I, *La prospettiva storica*, edicion a cargo de A. Landi y A. Petrucci, Torino, Giappichelli, 2016.

Landi, A., Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. *Spigolature tra dottrina e prassi sull'elaborazione di regole e principî nel tardo Diritto comune*, en *Principios y reglas*. México, Escuela Libre de Derecho, 2010, actualmente en Id., *Storia giuridica per*

miento jurídico (cf. F. Calasso, *Introduzione al Diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1970, rist. inalt., p. 190).

futuri giuristi. Temi e questioni, Torino, Giappichelli, 2015.

Montorzi, M., Fides in rem publicam. *Ambiguità e tecniche del Diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984.

Pesante, M., v. *Corpo umano (atti di disposizione)*, en *Enciclopedia del Diritto*, X, Milano, Giuffrè, 1962.

Testuzza, M. S., «*Ius corporis, quasi ius de corpore disponendi*». *Il* Tractatus de potestate in se ipsum *di Baltasar Gómez de Amescúa*, Milano, Giuffrè, 2016.

Segunda parte

DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO

ACTOS DEL FINAL DE LA VIDA: SUSPENSIÓN DE TRATAMIENTOS VITALES Y AYUDA AL SUICIDIO. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES, CONSTITUCIONALES Y DE LOS JUECES ORDINARIOS

ROBERTO ROMBOLI
Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

RESUMEN: El ensayo examina, dentro de los actos de disposición del propio cuerpo, los actos relacionados con el final de la vida, identificando los principios constitucionales involucrados. En particular, se comparan dos situaciones distintas: a) aquella en la que la muerte del paciente deriva de la suspensión de tratamientos vitales y b) aquella en la que la muerte deriva de un acto del mismo paciente que, sin embargo, es ayudado a hacerlo por otras personas (ayuda suicida). A continuación, se examinan importantes casos jurisprudenciales relativos tanto a la primera como a la segunda situaciones, resueltos por jueces ordinarios y constitucionales nacionales o por tribunales supranacionales, que muestran la estrecha conexión entre ambas las situaciones. En conclusión, se hacen algunas consideraciones y se plantean algunas preguntas sobre los valores involucrados en el ensayo (sacralidad de la vida y libertad de autodeterminación, la relación entre derecho político y derecho jurisprudencial y entre derecho y ciencia).

RIASSUNTO: Il saggio esamina, all'interno degli atti di disposizione del proprio corpo, gli atti relativi al fine vita, individuando preliminarmente i principi costituzionali coinvolti. In

particolare vengono poste a confronto due diverse situazioni: a) quella per cui la morte del paziente deriva dalla sospensione di trattamenti vitali e b) quella per cui la morte deriva da un atto dello stesso paziente, il quale però viene aiutato a compierlo da altre persone (aiuto al suicidio). Vengono quindi esaminati importanti casi giurisprudenziali relativi sia alla prima che alla seconda situazione risolti da giudici ordinari e costituzionali nazionali o da Corti sopranazionali, che mostrano la stretta connessione esistente tra le due situazioni. In conclusione vengono svolte alcune considerazioni e posti alcuni interrogativi sui valori coinvolti nella trattazione (sacralità della vita e libertà di autodeterminazione, il rapporto tra diritto politico e diritto giurisprudenziale, il rapporto tra diritto e scienza).

Abstract: This essay considers the acts related to the end of a person's life among the acts of disposition of her own body, moving from the constitutional principles involved. Particularly, two different situations are compared: i) the situation where the patient's death is caused by the interruption of vital treatments; ii) the situation where the patient's death is caused by an act of his own, but helped by other people (help to suicide). Then, there are analyzed important cases related to both situations, decided by national ordinary and constitutional judges and by supernational Courts, that show a close connection between them. Finally, some considerations are made and some questions are put on the values involved in this essay (sacredness of the life and freedom of selfdetermination, relations between political law and judge-made law, relations between law and science).

Palabras clave: Libertad de disposición del propio cuerpo. Actos del final de la vida. Tratamientos sanitarios. Ayuda al suicidio. Derecho político y derecho jurisprudencial. Dignidad humana.

Parole chiave: Libertà di disporre del proprio corpo. Atti di fine vita. Trattamenti sanitari. Aiuto al suicidio. Diritto politico e diritto giurisprudenziale. Dignità umana.

Key words: Freedom of disposition of one's own body. Acts related to the end of a person's life. Medical treatments. Help to suicide. Political law and judge-made law. Human dignity.

I. Premisa. Los actos del final de la vida entre los actos de disposición del cuerpo. Algunas definiciones, los principios constitucionales involucrados y tres principios básicos: a) la actividad de ponderación entre diferentes derechos y principios constitucionales; b) los llamados "nuevos derechos"; c) el principio del consentimiento informado

El tema de este ensayo se refiere específicamente a los actos de disposición del cuerpo con respecto a las elecciones sobre el final de la vida, por ello, se inserta dentro del tema más general de los actos de disposición del propio cuerpo, que por muchas razones y como es notorio, ha sido muy debatido en los últimos años.

Entre los actos de disposición del cuerpo, es posible distinguir varias hipótesis que se refieren a diferentes principios constitucionales:

a) **actos realizados personalmente** y en su totalidad por la persona en cuestión (por ejemplo, suicidio, autolesión, etc.) para los cuales prevalece siempre el criterio de libertad y autodeterminación;

b) actos que **requieren de la colaboración de personal especializado,** generalmente personal médico, por ejemplo, operaciones quirúrgicas. En este caso, los principios constitucionales son los de tutela de la salud y la presencia de un consentimiento voluntario e informado;

c) actos de **disposición en favor de terceros:** por ejemplo, trasplante entre personas vivas, en la medida permitida por la ley, basado en el principio constitucional de solidaridad;

d) actos que colocan la persona en **una situación peligrosa,** incluso grave (por ejemplo, experimentación médica o deportes violentos) para lo cual se deben tener en cuenta los principios de autodeterminación y de tutela del orden público.

En primer lugar, me gustaría comenzar con: a) algunas definiciones, solo para aclarar de qué estamos hablando, b) la identificación de los principios constitucionales más involucrados en los actos que examinaremos, así como c) los principios básicos de los temas tratados.

Comencemos con las definiciones:

1) **eutanasia:** un acto que pone fin a la vida de una persona por razones humanitarias, debido a las condiciones de sufrimiento resultantes de una enfermedad absolutamente incurable y que ha causado un daño irreversible a la persona;

2) **eutanasia activa:** conducta (del médico) que es decisiva para causar la muerte, que, por lo tanto, está directamente relacionada con este acto);

3) **eutanasia pasiva:** interrupción de un tratamiento vital que hubiera evitado la muerte, con el efecto de que la muerte sigue su curso natural y es la consecuencia de la enfermedad;

4) **eutanasia indirecta:** acto comisivo pero no con el propósito de procurar la muerte, siendo ésa solo posible;

5) **suicidio asistido:** un sujeto obtiene la muerte con la ayuda de otra persona que le ofrece las herramientas para hacerlo, el acto que produce la muerte lo realiza el paciente mismo. La otra persona puede ser un médico o un tercero (amigo, pariente, etc.) y esto, como veremos, tiene su propio significado;

6) **tratamiento sanitario** por el cual un problema particular es el que se relaciona, como veremos, con la calificación como tratamiento sanitario de la alimentación y de la ventilación artificial;

7) un concepto más específico es el de **tratamientos sanitarios obligatorios**. Estos son los tratamientos para los cuales se hace una excepción al principio de consentimiento y, de hecho, también pueden imponerse contra el consentimiento de la persona. Precisamente porque son excepcionales, deben respetarse algunas condiciones como la específica previsión por la ley; la presencia de un interés no solo del individuo, sino también de la comunidad (por ejemplo, vacunas obligatorias) y que en todo caso no sea contrario a la dignidad humana;

8) **ensañamiento terapéutico**, tanto desde el punto de vista técnico-objetivo (si los posibles tratamientos no tienen ninguna posibilidad de obtener beneficios) como a nivel subjetivo y psicológico (percepción del tratamiento por parte de la persona). Lo que se considera es la evaluación del mejor interés del paciente.

Veamos ahora a los principios y valores involucrados:

El tema tiene muchos aspectos, estrechamente relacionados entre sí, no solo de naturaleza jurídica, sino también de ciencia médica, ética, moral, sociología, religión. Nuestro examen obviamente se refiere a los aspectos jurídico-constitucionales y los principios constitucionales a los que se refieren con mayor frecuencia, y que son:

1) el principio personalista y de tutela de la dignidad humana;

2) el derecho a la salud (no solo en el sentido de salud física sino también psíquica);

3) derecho a la vida y deberes del estado para garantizarlo;

4) el principio del consentimiento informado.

Al referirse a los principios constitucionales, especialmente con respecto a las cartas constitucionales aprobadas inmediatamente después de la segunda guerra

mundial, es necesario proceder con gran precaución y esto por varias razones:

a) a menudo nos encontramos con actos que eran absolutamente inconcebibles en el momento de aprobación de la Constitución, en razón de los resultados obtenidos por la ciencia médica. Por esta razón, es totalmente desaconsejable, especialmente en este asunto, recurrir a la interpretación originalista que reconstruye la voluntad histórica del constituyente;

b) la constante evolución de la ciencia médica con respecto a la cual el Derecho no puede mantenerse actualizado;

c) evolución de la conciencia común y del sentimiento común sobre estos temas;

d) relatividad de algunos principios constitucionales (por ejemplo, vida, salud, libertad, solidaridad) que pueden usarse en un sentido y también en el sentido exactamente opuesto y que son utilizados a menudo sea por apoyar una tesis, sea la tesis opuesta.

En cuanto a los principios básicos, se pueden indicar al menos tres:

a) la actividad de ponderación entre diferentes derechos y principios constitucionales;

b) el tema de los llamados "nuevos derechos";

c) el principio del consentimiento informado.

Por el primero (*sub a*) en el supuesto de que la realización concreta de un derecho casi siempre tiene un impacto sobre otros derechos u otras posiciones protegidas constitucionalmente, un momento central está representado por las actividades de ponderación, a fin de identificar el punto de menor sufrimiento o de mejor realización para todos los derechos involucrados.

En nuestro caso, se ponen algunos aspectos problemáticos:

1) la ponderación, en efecto, se puede ejercer en abstracto, sobre la base de los datos normativos, o concretamente con especial referencia a las particularidades de cada caso. No hay duda de que en nuestro caso debe prevalecer el segundo modo de llevar a cabo la ponderación;

2) ¿Cuáles son los sujetos más adecuados para practicar realmente la actividad de ponderación? ¿Quién está en las mejores condiciones para hacerlo? ¿El legislador estatal, el legislador regional, el juez constitucional, el juez ordinario, los mismos médicos sobre la base de las reglas establecidas en los códigos deontológicos? Con referencia a estos últimos: ¿es posible que no se pueda ejercer un derecho fundamental, porque los mismos médicos lo consideran contrario a sus reglas deontológicas?

Por el segundo (*sub b*) a medida que los diferentes sistemas de protección de los derechos (el nacional, el de la Convención Europea de Derechos Humanos y el de la Unión Europea) se han potenciados e integrados, se ha asistido a una verdadera y propia "explosión" de los derechos humanos y, en el ámbito de este fenómeno, también se ha registrado la afirmación de numerosos "nuevos derechos". Si el período posterior a la segunda guerra mundial determinó el inicio de una época que correctamente fue definida por Norberto Bobbio "la era de los derechos", con igual certeza podemos afirmar que hoy en día, a partir de la década de los noventa del siglo pasado, se inauguró una nueva era, la de los "nuevos derechos".

Con esta expresión ("nuevos derechos") se hace referencia a una de las más relevantes manifestaciones del principio pluralista, que se materializa en el reconocimiento y en la protección de situaciones jurídicas subjetivas de reciente afirmación, frecuentemente y no expresamente codificadas por el derecho positivo, en estrecha colaboración con la exigencia de dar una respuesta a

nuevos "desafíos universales", o bien a nuevos grupos de interés que asumen relevancia, signo de la evolución de la conciencia social, del progreso científico y tecnológico y de las mismas trasformaciones culturales.

Sin embargo, esto puede ser aceptado entre ciertos límites, porque siempre existe el riesgo de la difícil "convivencia" entre los diferentes derechos, en el sentido que (muchas veces se ha constatado en el curso de la historia) el énfasis de algunos derechos puede conducir, y con frecuencia conduce, al redimensionamiento de otros (un derecho como tirano de los otros). Por último, como se había anticipado, otra característica recurrente de los nuevos derechos es aquella de que prevalentemente son derechos no escritos, no previstos expresamente en el derecho positivo, aunque obviamente existen diferencias entre ordenamientos, dependiendo del período histórico en el que fueron redactadas las respectivas cartas constitucionales. Sin embargo, se puede reconocer en líneas generales que en la afirmación de los nuevos derechos resulta particularmente relevante la actividad interpretativa, y a veces creativa, de los jueces.

Por el tercero (*sub c*) con referencia al consentimiento informado, se ha realizado lo que podríamos llamar una verdadera "revolución copernicana". Hasta la mitad del siglo pasado el destino (y la salud) del paciente estaba totalmente en manos del personal médico, quien decidía lo que era lo mejor para él. Esto como resultado de la explotación del individuo en interés público (el interés por ejemplo del estado fascista a un sujeto físicamente capaz de realizar las tareas de un buen padre, un buen trabajador, un buen soldado). En ese sentido el médico trabaja en soledad, el paciente es solo un objeto.

Después de la primera mitad del siglo pasado, se reconoce la necesidad del consentimiento del paciente,

pero en primer lugar, esto solo tenía la intención de autorizar la intervención del médico en su cuerpo, impidiendo así que el médico sea procesado por el delito de lesión. Entonces el consentimiento se refirió principalmente a una dimensión física. Hoy en día el objeto de protección no es el aspecto físico, sino también la persona con sus creencias (por ejemplo el caso de los testigos de Jehová y de la trasfusión de sangre) y su dimensión cultural, la persona en el sentido moral, que también puede decidir sobre las formas, los tiempos y los modos del final de la propia existencia.

Esta evolución conduce a una nueva situación, la que se indica hablando ya no de un "poder" de disposición de su cuerpo (como si se tratara de algo y separado de la persona) pero sí de "libertad", de la autodeterminación respecto a los actos que pertenecen a su cuerpo. La disposición del propio cuerpo se convierte en una forma de manifestar la propia personalidad, en una visión unitaria y no separada de la mente y del cuerpo. Por lo tanto, el consentimiento es una elección "moral" y por eso pertenece al paciente y ya no es una cuestión "técnica" en la que sólo podría pertenecer al médico. En ese sentido el espacio (para ambos) hoy está expandido, en gran medida como resultado de los continuos avances de la ciencia médica.

La evolución mencionada conduce a valorizar el principio de la autodeterminación de la persona (principio personalista) pero no debe significar la transición de una soledad (la del médico) a otra soledad (la de los enfermos). La solución preferida es, de hecho, la colaboración entre el médico, el paciente y la familia. En la reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho a respetar el consentimiento informado se incluye en el capítulo dedicado a la "dignidad" de la persona humana.

II. La suspensión de tratamientos vitales con la consecuente certeza de la muerte del paciente y la ayuda al suicidio: diferencias conceptuales y ordinamentales. El cese de los tratamientos vitales: el caso Welby y el caso Eluana Englaro ante los jueces ordinarios y la Corte Constitucional

Llegamos ahora a algunos casos elegidos como prototípicos para este ensayo, casos, cuyas decisiones se refieren, en la sustancia, a dos situaciones:

- La primera sobre los límites, las formas y las condiciones en las que es posible proceder al cese de los tratamientos vitales (hidratación artificial y ventilación) que mantienen viva a una persona, que no puede vivir de manera independiente;
- La segunda relativa a la figura del llamado suicidio asistido. Para la ayuda al suicidio, se puede proporcionar de diferentes modalidades y formas y no surge un problema de consentimiento, ya que el acto es realizado directamente por el paciente, quien él solo acepta ser ayudado.

La diferencia más profunda consiste en el hecho de que en Italia la primera hipótesis encuentra, como veremos, una base clara e inequívoca en la Constitución (art. 32.2) que establece el principio según el cual nadie puede ser obligado, sin su consentimiento, a un tratamiento de salud específico. Una ley de 2017 implementó recientemente este principio y ha establecido expresamente la posibilidad de rechazar tratamientos vitales y de poder hacerlo también a través de declaraciones anticipadas. En ambos casos, el médico está obligado a respetar la voluntad del paciente.

No se puede decir lo mismo de la ayuda al suicidio, que puede basarse en el derecho a una muerte digna, lo que, sin embargo, no está previsto en la Constitución y

debe obtenerse sobre la base de una interpretación evolutiva de los principios constitucionales (en la lógica de aquellos que se conocen como los "nuevos derechos"). A este respecto, el suicidio se describe a menudo como un "acto de libertad de facto", por lo que no se sanciona incluso cuando sería posible sancionar (intento de suicidio). Pero de una libertad de facto solo se puede derivar el derecho de que otros no interfieran en el ejercicio de esta libertad, obviamente es diferente si, en cambio, aunque sobre la base de ciertos supuestos, es posible hablar de un "derecho". En este caso (y solo en este caso) entonces se hace posible establecer la legitimidad de la ayuda al suicidio como ayuda a realizar su propio derecho.

Para la primera situación, hay que recordar dos sentencias que, incluso si bien se refieren esencialmente a casos similares, muestran diferencias interesantes entre el caso italiano (Englaro) y el francés (Lambert):

a) En Italia, en el momento de dictarse la sentencia, no existía una normativa sobre el ensañamiento terapéutico y/o las declaraciones de fin de vida, mientras que en Francia se aprobó una ley específica en 2005;

b) En Italia, también como resultado de esto, el caso tiene, como veremos, desarrollos político-institucionales, mientras que en Francia todo se lleva a cabo a nivel judicial.

Vamos a empezar con el caso italiano: Eluana Englaro está inconsciente y totalmente dependiente del tratamiento médico vital. En Italia, justo antes hubo otro caso que atrajo la atención de la opinión pública y dio lugar a intervenciones jurisprudenciales y a una amplia reflexión científica.

Éste fue el caso del Sr. Giorgio Welby, persona incapaz de cualquier movimiento del cuerpo, a excepción de los ojos con los que comunicó su voluntad. Por lo tanto,

una persona capaz de comprender y querer, que ha expresado la voluntad de suspender todo tratamiento terapéutico. A pesar del mencionado art. 32.2 Constitucional que excluye la posibilidad de someter una persona a tratamiento sanitario sin su consentimiento, el juez negó la autorización, indicando que no existe una legislación de implementación por lo cual el principio constitucional debe considerarse no aplicable y, por lo tanto, no ejercitable. El personal médico sin embargo siguió la voluntad del paciente y fue por ello sujeto a un procedimiento penal por homicidio consentido, pero fue absuelto.

Ésta fue la motivación: una vez que se ha reconocido un derecho constitucional, no se puede dejar sin protección solo porque falta una ley de implementación. La interrupción de una terapia no puede asimilarse a un tratamiento destinado a provocar la muerte del paciente. Al respecto, se señaló como paradójico que, en presencia de un derecho fundamental establecido en la Constitución (artículo 32.2) el juez no había concedido la autorización por la falta de una ley de actuación de la disposición constitucional, considerando como delito el comportamiento del médico que realiza concretamente un derecho constitucional.

En Alemania en un caso absolutamente similar, una persona en estado vegetativo permanente rechazó la alimentación artificial, cuando todavía estaba consciente y el personal médico no ejecutó la voluntad del paciente. El Tribunal Federal Alemán en 2010, declaró la primacía de la voluntad del paciente ya manifestada y que la posible intervención del personal sanitario debería haber sido considerada un ataque ilegal contra el derecho a la autodeterminación del paciente.

Este derecho a la autodeterminación relativamente al "sí", "cuándo" y en "qué casos" el estado debe interrumpir el tratamiento médico, para el Tribunal alemán encuentra fundamento en la protección de la dignidad

humana, por un lado y en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por el otro.

Volviendo al caso Englaro, éstos son los hechos:

Después de un accidente automovilístico, fue declarado por los médicos que Eluana Englaro estaba en estado vegetativo permanente y que contaba con vida solo gracias a la alimentación y respiración artificiales. El padre, sobre la base de la voluntad de su hija expresada materialmente cuando estaba viva, pidió la suspensión de los tratamientos sanitarios. En el año 2007 el Tribunal Supremo (corte de casación) dijo que la suspensión del tratamiento sanitario vital no estaba regulada específicamente, por lo que la decisión del juez debería referirse a los principios generales del derecho y uno de ellos lo es el de la autodeterminación del individuo que encuentra su reconocimiento explícito en el art. 32.2 Constitucional.

La alimentación e hidratación artificiales deben considerarse, según el Tribunal, tratamientos sanitarios, porque de hecho, se llevan a cabo utilizando técnicas médicas, por lo que se necesitan médicos con un tubo gástrico y las sustancias alimenticias no son claramente naturales. En ese sentido, existe un derecho del paciente a la autodeterminación terapéutica y que derivado de su ejercicio puede llegar a producir la muerte del paciente.

Por lo tanto, frente a la negativa del paciente, el Estado solo puede ejercer formas de persuasión y verificar si existe un consentimiento informado, auténtico y actual, pero no puede ignorar este consentimiento en nombre de un deber de tratarse, como expresión de un principio de orden público. El rechazo de las terapias no se puede considerar como una forma de eutanasia, debido a que se trata solo de la voluntad del paciente en el sentido de que la enfermedad siga su curso natural. El Tribunal, por ello, ha reconocido legítima la autorización para suspender el tratamiento, solo bajo dos

condiciones, la primera de naturaleza objetiva y la segunda subjetiva:

a) que la persona esté en: "estado vegetativo irreversible y que no exista una base médica que nos permita pensar en una posibilidad de recuperación, aunque mínima, de funciones vitales";

b) la interrupción del tratamiento "debe ser realmente expresada, sobre la base de pruebas claras, inequívocas y convincentes, sobre la voluntad del paciente, derivadas de sus declaraciones previas o de su personalidad, de su estilo de vida y de sus convicciones, correspondientes a su manera de concebir, antes de caer en un estado inconsciente, la idea misma de la dignidad de la persona".

En Italia, una parte de la doctrina criticó este pronunciamiento por varias razones y de una manera particular con base en un supuesto exceso de ideas creativas por parte de la autoridad judicial (¿cómo se puede hablar en este caso de "consentimiento informado" o "actualidad del consentimiento"? ¿Cuáles fueron en realidad "los elementos claros, inequívocos y convincentes" expresados en vida por Englaro? La sentencia fue criticada también porque atribuye un valor excesivo a la autodeterminación del individuo en violación de la obligación del Estado de proteger la vida humana.

Por el contrario, otra parte de la doctrina estuvo a favor de la sentencia y afirmó que a menudo el Derecho se refiere a la necesidad de pruebas y en este caso, no admitir las pruebas existentes significaba no reconocer esta posibilidad a las personas que no pueden expresar su voluntad y que la "situación de coma irreversible" debe referirse a los resultados de la ciencia médica en un particular momento (nada es absolutamente cierto: ¿el sol todavía saldrá mañana?).

La decisión también provocó una reacción por parte de los sujetos políticos, las dos cámaras decidieron proponer un conflicto de atribuciones entre poderes del estado (legislativo contra judicial) sobre la sentencia del Tribunal de casación; una medida ejercida en Italia con relativa frecuencia en los últimos años. Este recurso puede ser ejercido solo para denunciar un conflicto por parte de un poder estatal contra otro poder, cuando se denuncie la invasión de la competencia reconocida en la Constitución. Las dos cámaras alegaron que el Tribunal de Casación en realidad no había pronunciado una sentencia, sino que efectivamente habría aprobado una ley, invadiendo así el campo de competencia reservado al poder legislativo y que la sentencia podría influir ilegalmente sobre la actividad del poder legislativo que al mismo tiempo estaba discutiendo algunos proyectos destinados a regular la cuestión del ensañamiento terapéutico y del testamento vital.

El recurso fue fuertemente criticado por una parte de la doctrina, por ejemplo, Stefano Rodotà afirmó estar: "sorprendido por un conflicto que representaba una neta regresión cultural", mientras otros argumentaron que el recurso parecía negar a la Constitución el valor de fuente del derecho y por eso la aplicación directa por los jueces y se devuelva a la noción de Constitución como un programa político dirigido solo al legislador. Fue paradójica la acusación de influir sobre el Parlamento, ya que podría significar que los jueces no pueden decidir en materia de derechos si el Parlamento analiza un proyecto de ley en la misma materia (discusiones que en algunos casos tienen una duración incluso de años). Algunos recordaron el art. 4 C.C. francés, según el cual el juez que se niega a juzgar, bajo el pretexto de silencio, oscuridad o inadecuación de la ley, puede ser procesado como culpable de denegación de justicia. Otros en reversa afirmaron que la obligación de decidir opera en caso de incertidumbre regulatoria y obliga al uso de la actividad interpretativa, pero no opera en el caso de un vacío regulatorio, frente al cual el juez debe tomar nota de que

el sistema legal no reconoce un derecho y, por lo tanto, debe rechazar la solicitud formulada.

La Corte Constitucional italiana rechazó el recurso y negó que la sentencia del Tribunal hubiera llevado a una invasión de la competencia legislativa de las cámaras. Éstas fueron las palabras de la Corte: "el Parlamento puede en cualquier momento adoptar una regulación específica de la materia, basada en puntos de equilibrio adecuados entre valores constitucionales involucrados. Hasta que el Parlamento haya intervenido para regular la materia, el juez puede decidir los casos específicos propuestos, buscando en el sistema normativo la interpretación adecuada para garantizar la protección de los bienes constitucionales involucrados. De esta forma, no es aprobación de una ley, sino una sentencia que solo tiene eficacia en el caso concreto. Si el Parlamento lo desea, puede en cualquier momento intervenir en la materia y establecer una disciplina general con eficacia erga omnes. Por esta razón, en el caso en cuestión, no se ha producido ninguna invasión de la competencia del poder legislativo".

El poder político también intentó bloquear la aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo, que había autorizado la suspensión del tratamiento vital para la Englaro. Para ello, aprobó un decreto-ley inmediatamente eficaz, con el cual se excluyó que la hidratación y la ventilación artificial pudieran ser consideradas como un tratamiento sanitario y, por lo tanto, no podrían ser rechazadas por el paciente. Por lo tanto, el decreto ley tuvo el efecto de bloquear la decisión de la Casación. El Jefe de Estado, con un acto muy extraño en la historia republicana italiana, se negó a emitir el decreto aprobado por el gobierno, ya que se consideró contrario al principio de separación de poderes, porque fue aprobado con la finalidad de anular una sentencia específica de un juez que se pronunció para proteger un derecho fundamental de un ciudadano.

III. Sigue: el caso Lambert, la ley francesa sobre obstinación terapéutica. El juicio ante los jueces franceses y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos

Examinemos ahora el caso Lambert. En Francia, a diferencia de Italia, existía en el momento del caso una ley que regulaba el fenómeno del ensañamiento terapéutico y la posibilidad de proceder con la suspensión de los tratamientos sanitarios vitales. La ley francesa prevé un procedimiento colegiado al final del cual el médico a cargo del tratamiento puede decidir si continuar o no con los tratamientos de soporte vital, para ello, se proporciona información y participación de la persona de confianza del paciente.

Aunque está la obligación de tomar en consideración cualquier declaración de final de vida y cualquier otra expresión de voluntad expresada por el paciente, sin embargo la persona responsable de la decisión es el médico. En ese sentido, es muy importante tomar en cuenta que el médico tiene una obligación de motivación, es decir, de dar las razones por las que decide seguir una posición y no otra, papel por lo tanto decisivo a este profesionista y por eso se habla de una "delegación a la ponderación" realizada por la ley al mismo. En los años de aplicación de la ley l. 2005, éste es el primer caso judicial: prueba de que funcionó bien.

En la sentencia, la reconstrucción de la voluntad del paciente no juega un papel central, porque la ley no requiere la necesidad de este elemento. La ley prohíbe la "obstinación irrazonable" y permite la interrupción de tratamientos innecesarios y desproporcionados o que tienen el solo efecto de mantener artificialmente vivo al sujeto. Ciertamente, las nociones de "obstinación irrazonable" que lleva a la obligación de suspender y "tratamientos innecesarios, desproporcionados" que llevan a la posibilidad de suspensión, son nociones genéricas que

dejan amplio margen para la interpretación del médico y la valorización del caso práctico. En ese sentido, se debe evitar un ensañamiento terapéutico, incluso en contra de la opinión de la parte interesada o de los parientes.

Con referencia al caso específico, Lambert tuvo un accidente automovilístico y, en consecuencia, se encontraba en un estado vegetativo permanente. Los médicos habían descartado la posibilidad de haber mejoras en el estado de salud y habían afirmado que continuar en tratamientos sanitarios significa lograr una obstinación terapéutica inútil. De acuerdo con la ley francesa de 2005 (ley Lionetti) siguiendo todos los procedimientos allí establecidos, los médicos decidieron proceder a la interrupción de los tratamientos sanitarios vitales. Los familiares de Lambert estaban divididos con respecto a la decisión de los médicos: algunos a favor, otros en contra (incluso los problemas económicos derivados de la muerte de Lambert). Finalmente la decisión fue impugnada ante un juez administrativo quien admitió el recurso, revoca la decisión de suspender el tratamiento y ordena la reactivación del mismo.

Los médicos, con un procedimiento agravado, suspenden nuevamente los tratamientos; los familiares recurren al juez administrativo, quien nuevamente acepta el recurso. Los otros parientes recurren al Consejo de Estado que, en cambio, considera legítima la suspensión del tratamiento sanitario. La decisión del Consejo de Estado se basó sobre tres consideraciones: a) que el estado de salud de Lambert era, desde el punto de vista de la ciencia médica, irreversible; b) que la alimentación e hidratación artificiales deben considerarse tratamientos sanitarios, por lo que se requiere el consentimiento del paciente; c) en la vida, Lambert había expresado la voluntad de no querer experimentar tal condición y que quería detener todo tratamiento artificial.

Una parte de los familiares apeló al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que por la relevancia de la decisión asigna el caso a la Gran Cámara. Ante el Tribunal denunciaron la presunta violación del art. 2 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos (derecho a la vida) indicando que el contenido de esta disposición es doble: en sentido negativo (no intentar la vida de otros) y en sentido positivo (obligación de los estados de preparar un aparato normativo y científico adecuado para salvaguardar la vida humana).

La sentencia verifica esencialmente la ley francesa, para evaluar si está en contradicción con los principios del Convenio y el Tribunal Europeo, esencialmente examina la legitimidad formal del asunto, sobre la base de tres pautas: claridad de la ley; corrección del procedimiento seguido; posibilidad de que los parientes tengan la posibilidad de promover recursos judiciales contra la decisión. Las conclusiones del Tribunal pueden resumirse en tres puntos:

1. El Tribunal considera que no se infringe la obligación negativa, ya que autoriza a los médicos a suspender solo en casos de "obstinación irrazonable", no con el objetivo de matar, sino de restablecer el curso natural de la muerte y aliviar el sufrimiento del paciente.

2. El Tribunal también considera que no se infringe la obligación positiva: el tema es delicado y, debido a la existencia de diferentes posiciones éticas y científicas, no ha llevado a la formación de un "consentimiento europeo" comúnmente aceptado.

Por esta razón, hay un margen de apreciación y discrecionalidad por parte de los estados para equilibrar el derecho a la vida (art. 2 del Convenio) y el respeto por la vida privada y el derecho a la autodeterminación (art. 8 del mismo).

3. El margen de apreciación, sin embargo, no es ilimitado: en efecto el Tribunal se reserva el derecho de verificar si los límites se han respetados en este caso y si la ley francesa ha previsto claramente cuándo y cómo se puede interrumpir el tratamiento médico.

El Tribunal considera que la ley francesa indica claramente tanto la noción de "tratamiento sanitario" como la de "obstinación terapéutica" ("cuando el tratamiento es inútil y desproporcionado, para no tener otro efecto que la ayuda artificial al paciente") y concluye que el estado francés ha cumplido adecuadamente con su obligación de proteger la vida.

La decisión fue aprobada por mayoría (12 contra 5) y los cinco jueces contrarios presentaron un voto particular, que se basó principalmente en el hecho de que en los tratamientos sanitarios también se incluyen la hidratación y la nutrición artificial, especialmente para aquellos que no pueden expresarse.

El tratamiento vital, se afirmó, es como el biberón de un bebé o los cubiertos para comer. En la especie Lambert tuvo dificultad para tragar los sólidos, por lo que procedió a la hidratación: no es un tratamiento sanitario y no es desproporcionado al caso. La obligación de garantizar tales tratamientos se puede superar solo en presencia de la voluntad del paciente expresado de manera inequívoca. Se debe mantener la eutanasia y la ayuda al suicidio separadas, en relación con la interrupción del tratamiento. La interrupción de la hidratación artificial no es, para los cincos jueces, una terapia, sino una "asistencia de enfermería para alimentar": éste es un caso de eutanasia, porque ciertamente causa la muerte. Sería "un caso de eutanasia sin ser llamado por su nombre". Los jueces disidentes declararon que "con esta decisión, la Corte Europea ha perdido el derecho a ser considerada la conciencia de Europa".

Muchos son los comentarios que pueden hacerse sobre el caso Lambert. Se ha subrayado cómo el Tribunal Europeo se ha limitado a evaluar, a la luz del art. 2 del Convenio si la legislación francesa es compatible con el Convenio y si en el caso específico se respetaron los procedimientos ahí previstos. Si bien la Corte no ha hecho referencia alguna a elementos sustantivos, como la "dignidad humana" o "al fin digno de la existencia", ni siquiera se ha analizado las modalidades en que se puede expresar el consentimiento, ni la noción de tratamiento sanitario y algunos han enfatizado que el agua y la comida no pueden calificarse como terapia médica solo porque se administran artificialmente.

En cuanto al fondo, otros han señalado cómo, sin hipocresía, decisiones similares a la suspensión de un tratamiento vital se toman a diario en hospitales de todo el mundo, sin que sea conocido ni enfatizado.

IV. Sigue: el caso del pequeño Charly Gard en Inglaterra y la ley italiana de 2017 sobre las declaraciones anticipadas de fin de vida

Con referencia al consentimiento para el cese de tratamientos vitales, concluyo con dos eventos recientes: la sentencia sobre el caso del pequeño Charly y la aprobación de la ley italiana sobre declaraciones anticipadas de fin de vida.

El caso Charly Gard ha causado recientemente un gran clamor. El problema fue la suspensión de la ventilación artificial a un niño en los primeros días de vida. Charlie, un niño de 10 meses de Londres que sufría una enfermedad muy rara. Los jueces aceptaron la solicitud de los médicos y autorizaron la interrupción del tratamiento vital, pero los padres solicitaron nuevos tratamientos experimentales y ante ello apelaron a la Corte Europea

(junio 2017) por violación de los artículos 2 y 8 del Convenio. El Tribunal Europeo rechazó el recurso por las siguientes razones:

Con relación al artículo 2 invocado, el deber de los estados de implementar el derecho a la vida, no puede incluir el deber de garantizar tratamientos médicos inapropiados o aún en la primera fase de la experimentación. Por esta razón, los tratamientos fueron considerados del primer tipo y por ello, para integrar el ensañamiento terapéutico. Acerca del problema del consentimiento del menor (el consentimiento informado no podía claramente realizarse, en consideración de la edad del paciente) se debía nombrar un tutor que colaborara con los médicos. Por lo que toca al artículo 8, el Tribunal declaró que no hubo violación o injerencia arbitraria en la autoridad parental y que los médicos evaluaron cuál debería ser el interés del niño entre continuar el tratamiento o dejar de sufrir.

En estos casos se hace la pregunta de ¿quién guarda la última palabra: los padres, los médicos, o los jueces? La elección no es entre la vida y la muerte, sino identificar cuál es el interés del niño. No "favor mortis", ni "favor vitae", pero buscar siempre el interés del menor. La decisión del juez solo puede ser "aquí y ahora", a pesar de la evolución continua de la ciencia médica y solo puede ser debida a los jueces, cuando los diferentes posiciones (médicos, familia, etc.) no están de acuerdo. La noción de "obstinación terapéutica" coloca en el centro, el problema del mejor interés del paciente.

Para el segundo aspecto indicado, en Italia, después de muchos años, en 2017 se aprobó una ley en orden a las declaraciones anticipadas de tratamiento sanitario (Dat). La cual se regula como un acto de voluntad de un paciente, expresado por escrito, en las que se indica a qué tratamientos desea someterse y a cuáles no, si en el

futuro no puede expresar su voluntad. Los principios constitucionales involucrados son en específico la libertad de autodeterminación de la persona y la protección de la salud, que incluso pueden contraponerse. En estos casos, los tribunales constitucionales prefirieron dejar la ponderación a las elecciones discrecionales del legislador. Éstos son los aspectos y principios más importantes de la ley a subrayar:

1. Se menciona la Constitución y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pero no al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y en específico los principios de la protección del derecho a la vida, de la salud, de la dignidad y de la autodeterminación. Ningún tratamiento médico puede iniciarse o continuarse, excepto con el consentimiento de la parte interesada.

2. Se consideran tratamientos sanitarios: el de nutrición artificial e hidratación artificial, así como la administración de nutrientes por parte de dispositivos médicos.

3. El médico está obligado a respetar la voluntad del paciente.

4. El paciente no puede pedir al médico un tratamiento médico contrario a la ley y a la ética profesional.

5. En el caso de un mal pronóstico ("prognosi infausta") a corto plazo o de inminencia de la muerte, el médico debe abstenerse de cualquier obstinación irrazonable en la administración del tratamiento y del uso de tratamientos de salud innecesarios o desproporcionados.

6. Un tutor responsable debe ser designado para aquéllos que son menores e incapaces.

7. Cualquier persona mayor de edad, capaz de comprender y de querer, con anticipación de una futura incapacidad, puede expresar declaraciones anticipadas sobre la voluntad de no ser sometido a ciertos tratamientos médicos. En este sentido, nombra una persona como su "administrador".

V. Ayuda al suicidio: las decisiones del Tribunal Constitucional colombiano de 1997, del Tribunal Supremo inglés de 2014 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La otra hipótesis de la que hablamos en la premisa es la de la ayuda al suicidio, que se puede realizar a través la intervención de personal médico o de terceros (amigos, parientes u otros). Sobre este tema, en primer lugar, tres referencias, en mi opinión muy interesantes. La primera, se refiere a un pronunciamiento importante de la Corte Constitucional colombiana, la segunda de la Corte Suprema inglesa y la tercera a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

En la decisión de 1997 de la Corte Colombiana, se afirma que "condenar a una persona a prolongar por un corto tiempo su existencia, cuando no la quiere y sufre un profundo sufrimiento, equivale no sólo a un trato cruel e inhumano, que está prohibido, sino también a la efectiva anulación de su dignidad y autonomía como sujeto moral". Por lo tanto, la Corte excluye la ilegalidad del comportamiento del médico que ayuda al paciente a morir, lo que hace a través de una decisión desestimatoria, aunque interpretativa y contiene una invitación al legislador para proporcionar tan pronto como sea posible una ley para resolver el asunto de conformidad con los principios expresados en la sentencia.

El Parlamento no interviene y en 2014 (después de 17 años) con otra decisión, la Corte ordena al Ministerio de Salud dentro de un plazo de 30 días, a emitir una directiva para regular los casos de eutanasia. Esta directiva se aprueba el 20 de abril de 2015 y establece la disciplina que rige el derecho a morir con dignidad.

La Corte Suprema inglesa en 2014, por mayoría, consideró la norma sobre la asistencia al suicidio contraria

al artículo 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, considerado "institucionalmente inapropiado declarar la inconstitucionalidad de la ley sin dar al parlamento la oportunidad de evaluar el tema", porque tal solución requiere una evaluación exhaustiva por parte del legislador.

Con respecto a la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos Humanos de Estrasburgo, parece necesario recordar al menos algunas decisiones: En el año 2002, se dio un caso relacionado con la señora Pretty que terminó su vida con la ayuda de su esposo. La ley inglesa prohibió la ayuda al suicidio. La Corte excluyó el contraste de esta ley con el Convenio.

La afirmación más importante de esta sentencia fue que del artículo 2 del Convenio no se puede derivar un derecho a morir a manos de un tercero o con la asistencia de una entidad pública, porque del derecho a la vida no se puede extraer el aspecto negativo del derecho a morir, que resulta exactamente lo contrario. El Estado tiene el deber de evaluar el riesgo del abuso como resultado de la mitigación de la prohibición general del suicidio asistido. Aunque la pauta debe ser proporcionada y dirigida a fin de salvaguardar a las personas débiles y vulnerables.

En el año 2011, con el caso del Señor Hass (similar el caso Koch, del 2012) quien había pedido poder comprar medicamentos para suicidarse. Se quejó de que la legislación suiza requería una receta médica para la compra del medicamento. El Tribunal Europeo decidió que la elección del legislador podía caer dentro del margen de apreciación de los estados, porque los riesgos de abuso en un sistema que facilita el acceso al suicidio asistido no pueden subestimarse.

En el año 2012, el caso de la señora Gross, que no tenía ninguna enfermedad en particular, sino que solo

estaba deprimida por su decaimiento físico y mental y quería comprar medicamentos para suicidarse. Se quejó de que las autoridades suizas no le otorgaron los medicamentos. En las pautas del estado suizo, solo se hace referencia a casos en los que los pacientes están en peligro inminente de vida. El Tribunal Europeo señaló que en este caso, se había dado una violación del artículo 8 del Convenio, porque, si bien la ley prevé la posibilidad de prescribir medicamentos letales, no aclara cuándo lo puede hacer.

En conclusión, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo emergen dos elementos:

a) El artículo 2 del Convenio deja a los estados la libertad de decidir y sancionar o no la ayuda al suicidio, pero excluye que su legalización pueda derivarse de dicho precepto, que establece una prerrogativa opuesta a la vida. El Tribunal deja un amplio margen para la decisión sobre si legalizar o no las prácticas de eutanasia, pero no sobre el "cómo", con respecto a lo cual se reserva el poder de intervenir y juzgar.

b) El artículo 8 del Convenio permite derivar un derecho a la autodeterminación, pero los estados pueden restringirlo y, por lo tanto, llevar a cabo una interferencia legítima sobre las personas, si resulta necesario para proteger su salud, la moral o resguardar sus derechos o la libertad de los demás.

VI. Sigue: el caso Carter ante la Corte Suprema de Canadá y las decisiones de 1993 y 2015. El reconocimiento de la legitimidad de la ayuda al suicidio y los comentarios favorables y contrarios a las decisiones

Sobre el tema de la ayuda al suicidio, hay dos casos que vamos a examinar: el caso Carter juzgado por el Tribunal Supremo de Canadá en 2015 y el caso Cappato

decidido por la Corte Constitucional italiana en los años 2018 y 2019.

El pronunciamiento sobre el caso Carter se definió como una decisión de importancia que va más allá del caso decidido, destinada a tener una gran influencia sobre el tema de la ayuda al suicidio. Éstos son los hechos: dos personas habían acompañado a un pariente a una clínica suiza que proporcionó asistencia al suicidio, para garantizar a la paciente una muerte digna. El tribunal canadiense ya había examinado en 1993 la misma cuestión como un delito de ayuda al suicidio de acuerdo con la Carta de Derechos aprobada en Canadá en el año de 1982.

En esta ocasión el tribunal (sentencia Rodríguez) rechazó el recurso de constitucionalidad con un voto de 5 a favor contra 4 en contra. Ésta fue su motivación: ciertamente sancionar la ayuda al suicidio constituye una restricción a la libertad y la seguridad, pero se encuentra legitimada por los "principios fundamentales de justicia", entendido con un sentido no del tipo procesal sino sustancial. Éstos son los valores que se deben tomar en cuenta: la sacralidad de la vida y por lo tanto, la tarea del estado para protegerla; la elección individual como una elección consciente a favor de la muerte con respecto a la vida y como una voluntad de escapar del vínculo que se tiene con la comunidad. El reconocimiento del derecho de ayuda al suicidio crearía riesgos de que la población se acostumbrara y con ello, poner en riesgo a las personas vulnerables.

En el voto particular de uno de los jueces, se expresó la opinión según la cual la disciplina examinada habría determinado una discriminación contra las personas con discapacidades físicas que no pueden concluir directamente el acto que poner fin a su vida.

Después de más de veinte años, se planteó de nuevo una cuestión de constitucionalidad de la legislación que

castiga (sanciona) el delito de "ayuda al suicidio", por posible violación del artículo 7 de la Carta de los Derechos que protege la vida, incluida la libertad personal y la seguridad. Esta vez (en el año del 2015) la Corte estimó la cuestión de la constitucionalidad, por violación del "derecho a la vida". Ésta fue su motivación: prohibir la asistencia al suicidio en cualquier situación, es contrario al derecho a la vida de quienes padecen un sufrimiento intolerable, pero que debido a su incapacidad física, no pueden poner fin de manera autónoma a su existencia. Esto termina privando a las personas de su derecho a la vida, obligándolas a suicidarse antes de perder por completo sus capacidades físicas y es contrario a los principios fundamentales de justicia, porque el derecho a la vida no se puede traducir en el deber de vivir.

El mencionado artículo 7 que protege la vida, incluida la libertad personal y la seguridad de tal manera que la sacralidad de la vida no puede ser preservada a toda costa. La libertad de decidir sobre los tratamientos sanitarios muestra que se deja a la persona decidir, incluso cuando la suspensión de los tratamientos de salud determina la muerte de la persona.

En conclusión, la Corte declara inconstitucional la provisión de una prohibición absoluta de la asistencia al suicidio, porque es contraria al derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal de aquellos que como —adultos, capaces y que consienten— padecen una enfermedad degenerativa y desean tomar decisiones de final de su vida y necesitan la ayuda de terceros para realizar su elección. Según la Corte, la Carta de Derechos (en su artículo 7) ciertamente no excluye la posibilidad de intervención del estado, pero la injerencia debe respetar los principios fundamentales de justicia, cuya observancia está garantizada por la Corte misma.

Además, se analizaron los posibles vicios que pueden existir en esta cuestión: en primer lugar, puede dar cabida a la arbitrariedad: en el sentido de que la ley no persiga los fines para los cuales fue aprobada. En este caso la Corte consideró que la ley no fue arbitraria. Sobre abundancia: si la ley excede la limitación de los derechos más allá del propósito para la que fue aprobada, en la especie, esta ley fue considerada superabundante, porque va más allá de la protección de sujetos vulnerables. Gran desproporción: en la especie la ley fue considerada extremadamente desproporcionada. El Tribunal consideró además que no se puede aceptar la tesis de la "pendiente resbaladiza", que habría determinado la legalización de la ayuda al suicidio.

La sentencia suspendió por 12 meses la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad para permitir que el Parlamento aprobara una ley que respetara los derechos y las libertades de las personas. Sin embargo el gobierno canadiense no respetó el plazo y solicitó una prórroga de seis meses, obteniéndola por cuatro meses más, ya que la propia Corte reconoció que el retraso del legislador podría ser sustituido por los jueces, indicando como los más adecuados para llevar a cabo un examen que tenga en cuenta las características específicas del caso. El 17 de junio de 2016, la nueva ley fue aprobada por el Parlamento canadiense que, bajo ciertas condiciones, legalizó el suicidio asistido.

La ley exige el respeto de 4 condiciones: a) el solicitante debe ser mayor de edad; b) debe padecer una enfermedad grave e incurable; c) puede aprovechar los servicios de salud pública (para excluir el turismo para el suicidio asistido); y d) debe ser una decisión voluntaria y libre de restricciones.

Ciertamente, la suspensión de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad es una expresión de colaboración entre la Corte Suprema y el legislador,

pero podemos preguntarnos: ¿cuál es el efecto de la suspensión con respecto a la protección de los derechos en el año que va desde la declaración de inconstitucionalidad hasta la efectividad de la misma?

En el presente caso, lamentablemente, el demandante falleció, por lo que no tuvo ningún efecto y, además, se piensa que en este año no se iniciará ningún proceso penal por ayuda al suicidio. Pero el problema ciertamente permanece y es importante para la protección de los derechos.

En los comentarios sobre la sentencia, muchos señalaron el activismo judicial y la actividad creativa del poder judicial, afirmando que éste es el primer caso en el que la legalización de la ayuda al suicidio se produjo a través de una sentencia del juez y no de un acto legislativo.

Otros, por el contrario, han excluido que se tratara de una invasión de la competencia del poder legislativo y hablaron de un "diálogo" entre juez y legislador que condujo a un resultado útil para la protección de los derechos. Entre otros aspectos de la sentencia comentados por la doctrina, se subrayó el cambio de motivación en comparación con el caso Rodríguez y fue apreciado por aquellos que han dicho que de esta manera la Corte ha decidido de acuerdo con la forma de sentir de la gente y contra una visión de sacralidad de la vida y en favor del derecho a una muerte digna, que incluye el derecho a la autodeterminación sobre el tiempo para poner fin a la propia existencia.

Por el contrario, en un sentido crítico hacia la decisión se ha argumentado que se ha producido un cambio de 180 grados: lo que era un delito ahora se convierte en un derecho, incluso un nuevo derecho fundamental y que no hay ninguna disposición en la Constitución acerca un derecho constitucional al que referirse (no, por ejemplo, el derecho a la autodeterminación libre). Por lo

tanto lo preferible sería entonces una revisión constitucional, con la introducción expresa del "nuevo derecho".

También se ha dicho que la sentencia se refiere a la necesidad de evitar consecuencias negativas para los más vulnerables, pero el posible efecto negativo de la legalización de la ayuda al suicidio no es sólo esto, sino también la preservación de la vida de los ciudadanos, prevenir el suicidio, preservar la función médica que se pondría al revés.

VII. Sigue: el caso Cappato ante la Corte Constitucional italiana: la posición de los jueces ordinarios y la decisión "en dos etapas" de la Corte. Reconocimiento al legislador de un período de tiempo para aprobar la ley

Pasando ahora al otro caso indicado, éste es el llamado Cappato decidido por la Corte Constitucional italiana en 2018 y luego en 2019. La cuestión de constitucionalidad planteada tenía como objeto la norma del código penal (art. 580) en la parte en que prevé la ayuda al suicidio, así como la instigación, come delito castigado con una pena de 5 a 10 años de prisión y sin ninguna posible excepción.

Los hechos a los que se refiere la cuestión, se refieren a la historia del señor Antoniani, que estuvo involucrado en un grave accidente automovilístico, luego del cual fue determinado por los médicos como una parálisis total y ceguera, mientras permanecían inalteradas sus facultades intelectuales. Antoniani expresó su intención de poner fin a su vida, pero rechazó el que se le suspendieran los tratamientos vitales de alimentación y ventilación artificiales y propuso en cambio acudir a una clínica especializada en Suiza. Un amigo de Antoniani (el señor Cappato) lo había conducido con un auto a la

clínica suiza, donde fue sometido a visitas y posteriormente ingresado. Antoniani, asistido por el personal de la clínica, se quitó la vida a través de un dispositivo especial que utilizó para darse la inyección.

Los jueces italianos expresaron diferentes posiciones sobre la cuestión de la constitucionalidad del derecho penal. Según algunos, mientras en los mencionados casos Welby y Englaro, la muerte sigue a la suspensión de los tratamientos y a la evolución de la enfermedad, en el caso Cappato la situación es diferente, no es la denegación del tratamiento (deducible del artículo 32 de la Constitución) sino la contribución de un elemento externo, como el supuesto de una droga letal. En este caso, entonces se debería hablar de la existencia de otro derecho (diferente del rechazo del tratamiento sanitario) es decir del "derecho a morir o suicidarse con dignidad".

Pero no hay ninguna disposición que haga posible este derecho (que no puede derivarse del art. 2 de la Constitución) y no puede ser creado por un juez. La falta de una específica disposición representa un obstáculo insuperable y el juez desempeñaría un papel que no le corresponde. Admitirlo de manera tan amplia pondría en riesgo el uso incontrolado de aquellos que, por ejemplo, están en un estado de depresión. Por eso, la cuestión de constitucionalidad de la norma penal seria manifiestamente no fundada porque se pediría a la Corte Constitucional una decisión que vaya más allá de los poderes que se le atribuyen. La posibilidad de legitimar las prácticas de suicidio asistido solo le corresponde al legislador.

Según otros jueces, sin embargo, el derecho a rechazar el tratamiento médico con la certeza de causar la muerte ha sido reconocido por todas las personas que pueden expresarse de manera consciente e informada, sin la posibilidad de sindicar las motivaciones. La nueva ley italiana de 2017, antes mencionada, no permite que

el paciente solicite un medicamento que cause la muerte. La falta de disposición legislativa del derecho al suicidio asistido, no puede negar la existencia de la libertad de la persona para decidir cuándo finalizar su existencia (con base en los artículos 2 y 13 de la Constitución) pero solo que no puede solicitarse al servicio público de salud. Por esta razón, puede ser sancionada como "ayuda al suicidio" solo las conductas que han determinado la elección del interesado y de alguna manera ha afectado su voluntad. La sanción penal, por otro lado, se vuelve injustificada cuando la conducta se ha implementado solo con respecto a la solicitud de la parte interesada. En este caso, es solo una herramienta para lograr lo que el paciente decide de forma autónoma. Por eso requiere un escrutinio muy cuidado de la espontaneidad y conciencia del consentimiento.

Sobre la base de estas consideraciones, la Corte de Milán planteó la cuestión de la constitucionalidad del artículo del código penal que castiga, en cualquier caso, la ayuda al suicidio. Los comentarios de la doctrina italiana sobre el caso Cappato repiten, en gran medida, los argumentos ya mencionados con referencia al caso Carter.

Se ha argumentado que una cosa es la "libertad" (de hecho) de darse la muerte (que otros no deberían interferir) y otro es el "derecho" a darse la muerte, poder pedir a otros que colaboren en la realización de ese derecho. También fue criticado que para la Corte Constitucional sería una intromisión ilegítima en las actividades reservadas al legislador. Por parte de los constitucionalistas italianos se plantearon principalmente tres soluciones posibles:

a) Una sentencia de desechamiento de la demanda, justificada en la consideración de que la materia penal está reservada a las elecciones discrecionales del legislador y que el juez podría resolver el problema a través de

una interpretación de la disposición del código penal en conformidad con la Constitución o, en esencia, poner una excepción a la aplicación de la ley penal, considerando que no es aplicable a casos como éste.

b) Una sentencia interpretativa de rechazo, con la cual la Corte Constitucional podría indicar una interpretación de la norma en conformidad con la Constitución. Por lo tanto, la cuestión podría ser declarada no fundada a través de una decisión desestimatoria, pero con la indicación a los jueces ordinarios de seguir la interpretación indicada por la Corte.

c) Una sentencia estimatoria, de naturaleza manipuladora, con la cual la norma penal se declara inconstitucional, en la parte en la que prevé una penalización generalizada, sin excluir un caso como el en examen.

La Corte Constitucional decidió a fines del año 2018 un tipo de decisión nunca antes utilizada y que también suscitó algunas críticas.

La cuestión de la constitucionalidad ha sido examinada tanto en relación con los parámetros de la Constitución como con los arts. 2 y 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. La Corte declaró que en la Constitución se encuentra contenido el deber del estado de proteger la vida de todas las personas, no el derecho a obtener ayuda por parte del estado para morir y descartó que del derecho de autodeterminación pudiera derivarse la obligación del estado de no sancionar la ayuda al suicidio. La sanción mantiene su razón de ser, especialmente con respecto a las personas enfermas y frágiles, por eso la conclusión de que la calificación de la ayuda al suicidio come delito no resulta inconstitucional.

Según la Corte, sin embargo, hay situaciones inimaginables en el momento de la aprobación de la Constitución y que ahora resultan posibles gracias a los desarrollos de la ciencia médica y que merecen ser tomadas en

consideración. Estas situaciones, como la en cuestión, se refiere a personas que tienen estas características: a) padecen una enfermedad irreversible; b) tienen un sufrimiento físico o psicológico considerado como intolerable; c) se mantienen vivos gracias a los tratamientos de soporte vital; y d) son capaces de tomar decisiones libres y conscientes. En el estado actual de la legislación italiana (la mencionada ley de 2017) el médico en estas circunstancias, aunque puede proceder con el cese de los tratamientos vitales y la sedación profunda, no puede proporcionar un medicamento que cause la muerte, incluso si el paciente, como en este caso, rechaza la primera modalidad y elige la segunda, que considera más digna. Según la Corte Constitucional, un tratamiento diferente de las dos hipótesis, atribuible a los dos casos de los que hablé en la primera parte, parece irrazonable a la luz de los principios constitucionales. Está en especifico la motivación: "si el sistema considera que quienes se mantienen vivos mediante un tratamiento de soporte artificial, bajo ciertas condiciones, pueden tomar la decisión de poner fin a su existencia deteniendo dicho tratamiento, no está claro por qué el mismo sujeto por otro lado, debe considerarse que necesita protección férrea e indiscriminada contra su voluntad cuando se discute la decisión de poner fin a la existencia con la ayuda de otros, como una alternativa considerada más digna que la interrupción antes mencionada".

De hipótesis en hipótesis como la del señor Antoniani, la asistencia de un tercero puede ser la única posibilidad para evitar mantener una vida artificial que ya no se desea. La prohibición absoluta de la ayuda al suicidio limita la libertad de autodeterminación del paciente en la elección de las modalidades a través de las cuales prefiere morir. Esto es contrario a la Constitución. Sin embargo, la Corte Constitucional no puede remediar la violación de la Constitución. Para ello es necesaria una

disciplina específica que establezca las condiciones, el procedimiento y los sujetos que puedan proporcionar, en estos casos, la ayuda al suicidio y "estas delicadas ponderaciones pertenecen, en principio, al Parlamento en el ejercicio de su discreción política, obviamente con respeto a los principios constitucionales".

Hasta ahora, en estos casos, la Corte Constitucional había utilizado un tipo de decisión con la que declaraba la inadmisibilidad de la cuestión de constitucionalidad si la solución implica decisiones reservadas a las elecciones discrecionales del legislador, expresando una advertencia para que el legislador interviniera para aprobar una nueva disciplina. En este caso en vez, la Corte considera necesario utilizar un tipo diferente de decisión, especialmente para evitar que, en espera de la intervención del legislador, los jueces apliquen la ley penal y, por lo tanto, condenen a los acusados, en la condición de Cappato. Éste es el nuevo tipo de decisión: la Corte suspende el juicio y pospone la discusión del caso por casi un año (hasta el 24 de septiembre de 2019) para dar tiempo al legislador a intervenir y así regular el asunto.

La Corte concluyó por lo tanto que cuando existen valores de gran importancia que están en juego, la tarea de ponderar es propia del legislador y por ello, la Corte considera un deber, en un espíritu de colaboración institucional leal y dialéctica, permitir al Parlamento toda reflexión e iniciativa apropiadas, a fin de evitar que la norma penal pueda continuar produciendo efectos considerados inconstitucionales, pero al mismo tiempo, pretende evitar una peligrosa falta de disciplina. Para esto no declara la ley inconstitucional y no suspende su eficacia, dando tiempo al Parlamento para intervenir, ni señala que si el Parlamento no interviene declarará la ley inconstitucional, pero declara por el contrario que una decisión de inconstitucionalidad no cae dentro de los poderes de un juez constitucional y ocupa tierras reservadas para las elecciones del legislador. En ese sentido la Corte formalmente "pospone la discusión", mientras que en realidad trata el tema con profundidad y aborda el fondo.

Después de 11 meses, el Parlamento no aprobó ninguna ley y la Corte Constitucional volvió a tratar nuevamente el tema, que se abordó en gran medida y se resolvió con la primera decisión. En este sentido toma nota de la falta de intervención del legislador y, en contraste con lo que se argumentó en la primera decisión, ahora considera que puede decidir sobre el fondo. De hecho, la Corte declara que la falta de disciplina legislativa no es más un obstáculo para la declaración de inconstitucionalidad y por ello afirma que ante la inacción del Parlamento, no puede evitar declarar la ley inconstitucional y proceder directamente a escribir la disciplina faltante y, por lo tanto, reemplazar al Parlamento, por lo tanto, la Corte establece en particular:

- que puede remitirse a lo establecido por la reciente ley sobre disposiciones de tratamiento anticipado, con el fin de verificar las condiciones que legitiman la ayuda al suicidio;
- que la verificación debe confiarse a "estructuras públicas del servicio nacional de salud";
- que debe haber una intervención consultiva de los comités de ética territorialmente competentes;
- que la objeción de conciencia no se tiene en cuenta, ya que no hay obligaciones para el personal médico.

En este sentido, la Corte esencialmente repite lo que ya se dijo en la primera decisión, cambiando solo la forma de expresión: en el primer caso fue una invitación, con muchas sugerencias, al Parlamento. En el segundo es una decisión de inconstitucionalidad autoaplicativa, que establece la nueva disciplina de la ayuda al suicidio,

reiterando puntualmente las cuatro condiciones ya indicadas en la primera decisión que dio al Parlamento once meses para intervenir y estableciendo la eficacia de la sentencia.

VIII. Algunas consideraciones finales sobre los elementos de conexión entre los casos de suspensión de tratamientos vitales y los de ayuda al suicidio. La indicación de algunos aspectos para reflexionar: el problema político-institucional de la relación entre juez y legislador en la protección de los derechos fundamentales; problemas derivados del fondo de las decisiones examinadas: lo sagrado y el contenido del derecho a la vida; la noción de dignidad humana; la cuestión de la objeción de conciencia por parte del personal médico y paramédico; la relación entre derecho y ciencia

Finalmente llegamos a algunas consideraciones finales y a proponer una reflexión sobre los problemas planteados por las decisiones examinadas. Aunque el objeto, como se mencionó, es diferente, un elemento une las decisiones sobre los casos de Englaro y Lambert con las sentencias sobre los casos Carter y Cappato.

Las decisiones del Tribunal canadiense y de la Corte Constitucional italiana están de hecho justificadas, al menos en parte, precisamente por el reconocimiento del derecho a interrumpir el tratamiento vital, teniendo en cuenta que de esto no puede no derivar también la legalidad de la ayuda al suicidio. Éste es el razonamiento: si la interrupción del tratamiento ciertamente conduce a la muerte, no hay diferencia con la solicitud de ayuda para morir.

Uno se pregunta en particular: ¿es razonable permitir que los pacientes mueran debido a la deshidratación o a la falta de oxígeno y sancionar aquellos que anticipan,

incluso de un momento, la muerte mediante la administración de una dosis letal? contra los suicidios asistidos se usan estos argumentos: lo sagrado de la vida; riesgos para el "pendiente resbaladiza"; deontología médica. ¿Por qué estos tres elementos no deberían aplicarse también al cese de los tratamientos vitales?

Para otros, al contrario, los dos aspectos son diferentes, porque una cosa es "ayudar en el morir" (contra el ensañamiento terapéutico) otra es "ayudar a morir" (ayudar al suicidio). No es lo mismo matar o suicidarse y dejarse morir: en los primeros dos casos la causa de la muerte es el acto del tercero o de sí mismo, en el tercer caso es la progresión de la enfermedad. También se subraya una diferencia de naturaleza sustancial. Los casos presentados en realidad son diferentes: los primeros (cese de tratamiento vital) suelen ser personas en la etapa final de la vida; en los segundos pacientes con "ela" (esclerosis lateral amiotrofica) no en peligro de vida o coma irreversible, sino sujetos que viven en una condición que les impide vivir una vida digna, según su concepción personal. Por esto, un derecho que está garantizado, no porque anticipa una muerte inminente, sino porque hace que cese una vida de sufrimiento y que no merece ser vivida.

En orden a los problemas planteados se pueden distinguir dos aspectos diferentes: uno de naturaleza político-institucional y el otro sobre el fondo de la sentencia. Por el primero, en el caso Cappato, la Corte Constitucional en la primera decisión, como se mencionó, considera que no puede proceder con la declaración de inconstitucionalidad por respeto del espacio reservado para las elecciones discrecionales del legislador. Posteriormente, sobre la base del simple paso del tiempo sin la intervención del legislador, declara la inconstitucionalidad y sobre todo, la Corte establece la disciplina a través elecciones de gran importancia. A pesar de que la Corte al final

de la sentencia solicitó nuevamente la intervención del legislador, no se puede negar que, después de la decisión de la Corte, los espacios para el legislador en la materia se vieron reducidos significativamente. En este sentido se da un problema político-institucional con la relación entre juez (común o constitucional) y legislador en la creación del derecho. Este tema que no puede claramente abordarse en este ensayo y, por lo tanto, me limito a señalarlo para una posible reflexión.

Una vez que se ha admitido la existencia de un derecho de creación política y un derecho de creación jurisprudencial, el derecho a una muerte digna y la legitimidad del suicidio asistido ¿es posible introducirlo por vía jurisprudencial o necesita la intervención del legislador? En el caso italiano la Corte Constitucional ¿ha ido más allá de sus poderes? Y si es así ¿cuáles son los límites para la actividad creativa de derecho por parte de los jueces y cuál es su legitimación en un estado democrático? Sobre los problemas conectados al mérito de la cuestión central es el papel de la actividad de ponderación entre diferentes principios y valores constitucionales, representados, en nuestros casos, principalmente de la vida, la salud, la dignidad humana y la libertad de autodeterminación.

Recientemente los temas examinados en este ensayo han sido abordados por el Tribunal Federal alemán mediante la decisión de 26 de febrero de 2020, en donde afirmó que del derecho a la autodeterminación se deriva el derecho a una muerte autodeterminada, basada en una decisión libre y consciente, que no solo incluye el rechazo de los tratamientos de apoyo, sino que se extiende a la opción de suicidarse con una conducta activa. El derecho en cuestión incluye la libertad de buscar y, si se ofrece, hacer uso de la ayuda proporcionada por un tercero y la norma punitiva, por lo tanto, termina siendo una interferencia que limita la libertad de suicidarse.

Así, el artículo del código penal resulta ser una medida desproporcionada porque comprime el derecho a la autodeterminación individual hasta el punto de eliminarla y la prohibición penal de la asistencia al suicidio termina vaciando el derecho al suicidio.

Para terminar, simplemente planteo algunos problemas que creo que deberían considerarse:

Una primera pregunta es si la vida debe considerarse un valor absoluto, por lo tanto sagrado, o por el contrario tiene una naturaleza relativa. En el primer sentido se expresan aquellos que afirman que la vida es la base y la condición para el ejercicio de todos los demás derechos constitucionales.

Para otros, es válida la solución opuesta, para la cual la vida es un valor que, en ciertas condiciones, puede ser sacrificado. Si piensas en la legítima defensa en el derecho penal; a los santos que fueron asesinados para salvar a otras personas o para afirmar su fe; a un avión derribado para salvar muchas personas, o a la madre embarazada que renuncia al tratamiento sanitario para salvar a su hijo no nacido.

Una segunda pregunta: ¿El derecho a la vida incluye el derecho a la muerte? Este último se puede considerar como el aspecto negativo del derecho a la vida. Así como se cree que el derecho positivo de asociación también incluye el derecho negativo de asociación, como es el derecho de no asociarse ¿se puede decir que el derecho a la vida contiene el derecho a morir? o por el contrario ¿el derecho a la vida implica la obligación de vivir?

Una tercera pregunta: ¿cuál es la noción de vida y cuál la de la muerte?

Se habla de "vida que merece ser vivida", de "naturalidad de la muerte" y de "muerte digna" y casi todos están de acuerdo, al menos en abstracto, en el reconocimiento de un derecho a una vida/muerte digna. Pero ¿cuál es el concepto de dignidad? ¿Tiene que ser una

noción objetiva o subjetiva? ¿Quién puede decir lo que es digno para una persona?

A menudo se menciona a este respecto el caso del lanzamiento del enano. Es decir, el espectáculo de circo que consistía en lanzar un enano con un cañón.

Esto se consideró contrario a la dignidad de la persona y, por lo tanto, fue prohibido.

Resultado: el enano fue despedido, para él, era un trabajo a través del cual se mantenía a sí mismo y a su familia. Por lo tanto, el enano perdió su trabajo y su fuente de sustento porque otros habían creído que su actividad no era digna para él, lo que causó una situación de gran indigencia para él y su familia.

Siempre considerado como un tema de "trabajo", la Corte Constitucional italiana se ha ocupado recientemente del trabajo más antiguo del mundo, es decir, de la prostitución y decidió que era contraria a la dignidad de las mujeres. La cuestión se había planteada no con respecto a la prostitución callejera y a las mujeres obligadas a ejercer la prostitución por necesidad económica o con violencia, sino con respecto a las llamadas "escort", que se prostituyen por libre elección y con grandes ganancias. El caso se inspiró en las cenas organizadas por el entonces presidente del gobierno italiano Silvio Berlusconi, donde las chicas que participaron tenían una compensación por una noche, más o menos igual a unos cinco meses del salario de un profesor universitario.

Una cuarta pregunta: ¿cuál es la relación entre el reconocimiento del derecho a suspender los tratamientos vitales u obtener ayuda para suicidarse con respecto a la posibilidad de una objeción de conciencia, especialmente por parte del personal médico y paramédico? Ciertamente el reconocimiento de la objeción de conciencia se puede considerar útil cuando entran en juego valores éticos, morales o religiosos, pero, con respecto al aborto,

se ha planteado un problema. En Italia, muchos médicos y personal auxiliar de actividades médicas han recurrido a la objeción de conciencia. Muchos de ellos lo hicieron no por reales razones de conciencia, sino por temor de consecuencias negativas dentro de la profesión médica. El resultado fue que en muchos hospitales, casi todos los médicos se declararon como objetores, y por ello, no es posible practicar el aborto o hay largas colas de espera para esa operación.

La objeción de conciencia es ciertamente un derecho de los médicos, pero también es un derecho de la mujer poder abortar en una estructura pública. ¿Qué soluciones se pueden encontrar? Entre otras: verificar la sinceridad de la objeción; hacer concursos en hospitales reservados para médicos que no sean objetores de conciencia; ¿qué más se puede hacer?

Una quinta y última pregunta se pone sobre la relación que debe establecerse entre la ley y la ciencia médica. Ciertamente, los resultados de la ciencia médica juegan un papel decisivo para el legislador, que no puede operar independientemente de los mismos, como lo demuestran claramente los problemas constitucionales planteados en estos días por la pandemia, claro que el legislador debe considerar los resultados ya adquiridos y no los que podrían lograrse mañana, de lo contrario, podríamos justificar, como sucede en las películas de ciencia ficción, una hibernación de sujetos enfermos que esperan el descubrimiento de un nuevo medicamento o, incluso más general, de todos los sujetos que esperan descubrir la medicina que nos hará inmortales. El problema, en cierta medida, está también hoy. Ya hay herramientas que nos permiten alargar la vida de una manera totalmente artificial, tanto que pudimos llegar temprano a la solución de que terminar la vida, si podemos hablar de vida, dependería de razones económicas. Es decir, siempre que un estado pueda permitirse econó-

micamente mantener viva la gente, con todas las consecuencias que esto puede conllevar.

En conclusión yo creo que es seguro que se presenten riesgos en el abuso de una apertura a los derechos individuales de final de la vida, pero ésta no parece la razón para no abordar la discusión de una legislación que, con razonabilidad, abra a una mayor consideración de la voluntad de los enfermos sobre el tema del fin de su vida.

DERECHOS Y ACTOS DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO EN MÉXICO

Moisés Abdul Smeke Rosellón
Escuela Libre de Derecho

Resumen: Después de plantear la problemática relativa a los actos de disposición del cuerpo humano y de definir sus diversas modalidades, se analiza su naturaleza jurídica a la luz de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, llegando a la conclusión de que el cuerpo humano no es una cosa y que debe ser tratado como fin, de manera que la "disposición" o "donación" es jurídicamente una ficción que permite salvar la vida y mejorar la salud. Finalmente, se realiza el estudio particular de la eutanasia, suicidio asistido, aborto, donación de órganos, trasplantes, reproducción humana asistida y tratamiento de cadáveres, en el ámbito del derecho constitucional y administrativo en México.

Riassunto: Dopo aver posto la problematica relativa agli atti di disposizione del corpo umano e definito le sue diverse modalità, se ne analizza la natura giuridica alla luce dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione Politica degli Stati Uniti Messicani, giungendo alla conclusione che il corpo umano non è una cosa e che deve essere trattato come un fine, in modo che la "disposizione" o "donazione" sia giuridicamente una finzione che permetta di salvare la vita e di migliorare la salute. Infine, si realizza uno studio particolare su

eutanasia, suicidio assistito, aborto, donazione di organi, trapianti, riproduzione umana assistita e trattamento dei cadaveri nell'ambito del diritto costituzionale ed amministrativo in Messico.

Abstract: After raising the problem regarding the disposition of the human body, and defining its various modalities, its legal nature is analyzed in light of the fundamental rights recognized by the Political Constitution of Mexico, reaching the conclusion that the human body is not a thing nor an object, and it must be treated as an end, so that the–disposal–or–donation–is legally a fiction that allows saving life and improving health. Finally, the particular study of euthanasia, assisted suicide, abortion, organ donation, transplants, assisted human reproduction, and treatment of corpses, is carried out within the scope of constitutional and administrative law in Mexico.

Palabras clave: Reconocimiento a la dignidad humana; Derecho a la vida; Derecho a la autodeterminación; Derecho a la protección de la salud; Derecho a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos; Ponderación; Suicidio; Suicidio Asistido; Eutanasia; Ortotanasia; Distanasia; Cuidados paliativos; Rechazo a tratamientos médicos; Encarnizamiento médico; Aborto; Donación de órganos; Trasplantes; Reproducción humana asistida; Tratamiento de cadáveres.

Parole chiave: Riconoscimento della dignità umana; Diritto alla vita; Diritto all'autodeterminazione; Diritto alla protezione della salute; Diritto a decidere liberamente sul numero dei figli e sullo spazio di tempo tra uno e l'altro; Ponderazione; Suicidio assistito; Eutanasia; Ortotanasia; Cure palliative; Rifiuto dei trattamenti medici; Accanimento medico; Aborto; Donazione di organi; Trapianti; Riproduzione umana assistita; Trattamento di cadaveri.

Key words: Recognition of human dignity; Right to life; Right to self determination; Right to health protection; Right to decide freely on the number and spacing of children; Weighting; Suicide; Assisted Suicide; Euthanasia; Orthotanasia; Distanasia; Palliative care; Rejection of medical treatments;

Medical incarnation; Abortion; Organ donation; Transplants; Assisted human reproduction; Body treatment.

I. Planteamiento

En la actualidad es frecuente escuchar en los noticiarios referencias a que ciertas personas recibieron un trasplante de corazón o de un riñón, o bien, que intentaron suicidarse, o que la clonación humana podría convertirse en realidad; o que la eutanasia debería permitirse para evitar el sufrimiento de los enfermos terminales. Por tal motivo, el derecho no puede escapar de la realidad y debe ocuparse de regular y resolver los problemas que se presentan cuando las personas pretenden "disponer" de "su" cuerpo.

Pero ¿en qué consiste dicha "disposición"? ¿Desde el punto de vista jurídico, es lo mismo cortarse el cabello y "donarlo" para una peluca que utilicen los enfermos de cáncer, que "donar" sangre o "donar" un riñón? ¿Es posible jurídicamente comercializar un órgano? ¿Es la persona titular de derechos sobre su cuerpo, en tal medida que puede disponer de aquél como le plazca e inclusive estar facultado para terminar con su propia vida?

Estas preguntas tratarán de ser respondidas a la luz del Derecho Constitucional y Administrativo en México, sin dejar de tomar en cuenta la doctrina que existe al momento.

II. Conceptos Básicos

Antes de hacer referencia a las diferentes teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de los actos de disposición del cuerpo humano, resulta necesario conocer ciertos conceptos y modalidades que comprende

dicha disposición, tales como: reproducción humana asistida, donación de órganos, suicidio, eutanasia, suicidio asistido y aborto, entre otros.[1]

A) La *reproducción humana asistida:* implica la posibilidad de que el hombre o la mujer dispongan de sus espermatozoides u óvulos o de los de un tercero donante, con la finalidad de que con ayuda de la tecnología se logre la procreación de un descendiente que no fue posible concebir con el acto sexual. Este concepto de reproducción humana asistida comprende diversas modalidades: fecundación *in vitro*, inseminación artificial, maternidad subrogada y clonación.

La *fecundación in vitro* comprende la fertilización de un óvulo por el espermatozoide fuera del cuerpo de la mujer, en un recipiente de laboratorio y la posterior implantación del embrión resultante en el útero de la mujer para su gestación.[2] Esta modalidad de reproducción humana asistida se utiliza cuando una mujer tiene problemas para concebir, a diferencia de la inseminación artificial que se emplea cuando es el varón quien tiene problemas de fertilidad.[3]

La *inseminación artificial* es la técnica de reproducción humana asistida consistente en un procedimiento utilizado para hacer llegar el semen al óvulo, de una forma no natural.[4] Existen dos tipos de inseminación artificial:

[1] El maestro Juan Luis González Alcántara también hace referencia a la manipulación química de la mente humana, la preselección del sexo, la corrección de la agresividad y la reducción del sueño, entre otros (González Alcántara, Juan Luis, "Panorama actual y perspectivas del Derecho Civil", en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998, p. 698.

[2] Hurtado Oliver, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, 3a. ed., Editorial Porrúa, México, 2008, pp. 11 y 32.

[3] *Idem.*, p. 32.

[4] *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia, visible en *https://dle.rae.es/?id=Ljzm6Kz*

homóloga y heteróloga. La *inseminación homóloga* es: "... la que se practica utilizando semen de la pareja de la mujer inseminada, cuando por razones físicas o de otra índole el varón está imposibilitado para depositar naturalmente sus células germinales en el *tracto* reproductivo de su mujer...".[5]

Por su parte, la *inseminación heteróloga* es: "... la que se hace utilizando gametos de un extraño a la pareja, cuando los producidos por el marido o el concubino no son aptos para la fecundación, o bien siéndolo sean transmisores de enfermedades genéticas...".[6]

Como puede observarse, las diferencias entre fecundación *in vitro* e inseminación artificial son las siguientes:

Fecundación *in vitro*	**Inseminación artificial**
Se realiza *fuera* del cuerpo de la mujer	Se realiza *dentro* del cuerpo de la mujer
La *mujer* tiene problemas para concebir	El *hombre* tiene problemas para fecundar

La *maternidad subrogada:* "...es la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento".[7] Existen dos tipos de subrogación: *total*, cuando la mujer contratada para gestar es inseminada aportando sus propios óvulos y *parcial*, cuando la mujer subrogada únicamente es gestadora del embrión fecundado in vitro que le fue trasplantado.[8]

[5] Hurtado Oliver, *ob. cit. supra* nota 2, p. 17.

[6] *Loc. cit.*

[7] Hurtado Oliver, *ob. cit. supra* nota 2, p. 54.

[8] *Idem.*, p. 55.

La *clonación humana* aún no se ha podido lograr, pero en un futuro podría implicar la duplicación de un organismo mediante el trasplante del núcleo de una célula no sexual[9] de aquél a un óvulo previamente desprovisto de su núcleo, resultando un embrión que es implantado en el útero femenino para su gestación, que al desarrollarse será genéticamente idéntico a la persona de la que provino el núcleo celular utilizado.[10]

El maestro Xavier Hurtado Oliver explica que previo a la clonación humana, es necesario realizar un procedimiento conocido como "indiferenciación", para que la célula no sexual que será introducida en el óvulo recupere su potencialidad de reproducir todo un organismo y no quede inhibida o bloqueada en la totalidad de funciones genéticas.[11]

B) La *donación de órganos:* es la manifestación del consentimiento expreso o tácito de una persona para que, en vida o después de su muerte, sus órganos, tejidos, células y cadáveres sean utilizados en trasplantes. En relación con lo anterior, el artículo 321 de la Ley General de Salud prevé lo siguiente:

> Artículo 321. La donación en materia de órganos, tejidos, células y cadáveres, consiste en el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes.

Es de llamar la atención que se utilice el término "donación" para la disposición de los componentes del cuerpo humano, como si se tratara de una cosa y no como parte de la persona. A este tema volveremos más adelante.

[9] Distinta de un óvulo o espermatozoide.

[10] Hurtado Oliver, *ob. cit. supra* nota 2, pp. 74-75.

[11] *Loc. cit.*

C) El *suicidio:* es el acto que ocasiona la privación de la vida propia, resultando la muerte. La Doctora Hilda Marchiori lo define como: *"la autodestrucción voluntaria de la propia vida"*.[12] De la definición transcrita se aprecia *prima facie* que el suicidio es un acto intencional, deliberado por la persona, quien ha tomado la decisión de privarse de su vida. No obstante ello, debe tomarse en consideración que puede darse el supuesto de que un enfermo mental tome la decisión de privarse la vida, sin que el suicidio sea voluntario.

Es por esta razón que la Dra. Gisela Farías, tomando en cuenta la teoría sociológica de Durkheim y el psicoanálisis de Freud, distingue entre el *suicidio no patológico* y el *suicidio patológico*, donde el primero se realiza en el ámbito de la autodeterminación, mientras que el segundo se ejecuta por un trastorno mental, sin tener un motivo real, sino imaginario.[13] Como se desprende de la transcripción anterior, las diferencias entre el suicidio no patológico y el patológico son las siguientes:

Suicidio No Patológico	Suicidio Patológico
Lo motiva una *causa objetiva*	Lo motiva una *causa inexistente o imaginaria*
El suicida *no* tiene *trastorno mental*	El suicida *sí* tiene *trastorno mental*

D) La *eutanasia:* se puede definir como la acción u omisión que realiza una persona para privar de la vida a un enfermo terminal o crónico, por solicitud de este último que pretende terminar con su dolor o sufrimiento

[12] Marchiori, Hilda, *El suicidio, enfoque criminológico*, 5a. ed., edit. Porrúa, México, 2015, p. 1.

[13] Farías, Gisela, *Muerte voluntaria*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007, pp. 29-31.

insoportable.[14] Como puede observarse, solo hay eutanasia si existe solicitud del enfermo terminal para ser privado de la vida; si no hay consentimiento de aquél, se estaría cometiendo homicidio, aun cuando los motivos sean piadosos.[15] Se suele distinguir entre eutanasia activa y eutanasia pasiva; la primera implica un actuar positivo para privar de la vida al enfermo, mientras que la pasiva implica la suspensión del tratamiento que prolonga la vida del paciente.[16] En relación con lo anterior, el Doctor Diego Valadés manifiesta lo siguiente:

> Se entiende como eutanasia activa, la acción mediante la cual terceras personas auxilian o de manera directa ponen fin a la vida de un enfermo crónico o en estado terminal, a solicitud del propio paciente. Eutanasia pasiva, en cambio, es la sola suspensión (en realidad terminación) del tratamiento que mantiene con vida a una persona. Esta suspensión puede producirse por cualquiera de tres formas: a petición expresa del paciente, si está consciente; por previsión del paciente, en una declaración considerada legal y válida, o a solicitud de las personas que el paciente o la ley consideren idóneas, como el cónyuge, los ascendientes o los descendientes, por ejemplo.
>
> La eutanasia activa suele equipararse al suicidio asistido, mientras que la eutanasia pasiva es la suspensión de lo que se considera como ensañamiento terapéutico, en tanto que el paciente no tiene posibilidad alguna de sobrevivir en el caso de que ese tratamiento sea suspendido. En el caso de la eutanasia activa, el paciente no siempre

[14] *Idem.*, p. 33.

[15] *Idem.*, p. 40.

[16] Es importante señalar que la doctrina no es unánime en distinguir entre eutanasia activa y pasiva; por ejemplo, la Doctora Gisela Farías considera que la eutanasia legítima siempre es activa y se comete por acción u omisión (Farías, *ob. cit. supra* nota 13, p. 36).

> depende de un tratamiento invasivo y continuo, y puede o no estar en aptitud de causarse la muerte por sus propios medios. El auxilio consiste en allegarle los instrumentos para que su tránsito no sea doloroso, violento ni indigno, e incluso aplicarle los fármacos necesarios para ese efecto, si el paciente no puede valerse por sí mismo.[17]

De la transcripción anterior se desprende que el Doctor Diego Valadés equipara la eutanasia activa con el *suicidio asistido*. Sin embargo, existen otros autores que diferencian entre ambos conceptos, en razón de que en la eutanasia activa el enfermo terminal no es capaz de privarse de la vida por sí mismo, mientras que en el suicidio asistido el paciente sí está en posibilidad de privarse de la vida y únicamente le solicita al médico que le prescriba las sustancias que le ayudarán a privarse de la vida, ingiriéndolas por sí mismo.[18] Es importante mencionar que la Ley General de Salud, en su artículo 166 Bis 21, sí distingue entre eutanasia y suicidio asistido.

Si bien el tema de la eutanasia se vincula con enfermos terminales, se ha llegado a plantear si sería permisible solicitar aquélla a las personas que, sin estar en estado terminal, lleven una vida indigna por el sufrimiento insoportable que les producen ciertas afecciones, como es el caso de los cuadripléjicos, por ejemplo.[19] Por otro lado, no debe confundirse la eutanasia con la *ortotanasia*, ni con la *distanasia*. La ortotanasia es "la muerte a tiempo... sin abreviaciones tajantes (eutanasia) ni prolongaciones irrazonables (distanasia) del proceso de morir".[20]

[17] Valadés, Diego, "Eutanasia, régimen jurídico de la autonomía vital", en *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, pp. 88 y 89.

[18] Véase Farías, *ob. cit. supra* nota 13, pp. 36-37.

[19] *Idem.*, p. 34.

[20] *Apud. Idem.*, p. 182.

E) El *aborto:* se ha definido como el acto de privar de la vida al producto del embarazo. Aquí el debate se centra en si las mujeres pueden disponer libremente de su cuerpo y tomar lícitamente la decisión de abortar hasta cierto número de semanas, o bien, si ello no les está permitido por tratarse de la vida de un ser humano que existe desde la concepción. Esta discusión tuvo lugar desde el pronunciamiento de una sentencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América de 1973, en la controversia "*Roe et. al. vs Wade*", por la que se legalizó el aborto al considerarlo realizado en ejercicio del derecho a la intimidad, mismo que tenía la naturaleza un derecho implícito y derivado del derecho a la libertad personal, aunque ese derecho tuvo que ser compaginado con el interés de proteger la potencialidad de la vida humana.[21] Pero tal distinción entre el derecho de la mujer a decidir sobre su cuerpo y el derecho a la vida del producto de la concepción también ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007.[22]

Dichas acciones de inconstitucionalidad fueron interpuestas, respectivamente, por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por el Procurador General de la República, en contra de la reforma al artículo 144 y otros del Código Penal del entonces Distrito Federal, publicada el 26 de abril de 2007 y que

[21] Véase Carpizo, Jorge, "La interrupción del embarazo antes de las doce semanas" en *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, pp. 8-9.

[22] Una síntesis magistral de los conceptos de invalidez de las demandas de acción de inconstitucionalidad, del informe de la Asamblea Legislativa del entonces Distrito Federal, de los resolutivos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como de los votos concurrentes y disidentes, la encontramos en Müggenburg Rodríguez-Vigil, Carlos, "El Aborto y su Despenalización Tercera Parte" en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* Escuela Libre de Derecho, número 42, México, 2018, pp. 190-209.

previó el derecho a "interrumpir el embarazo" hasta la décima segunda semana de gestación.[23]

También se ha cuestionado si el embarazo se entiende desde la concepción o desde la implantación del embrión en el útero de la mujer. Al respecto, el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación de la Salud y el Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) contienen definiciones contradictorias:

Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación a la Salud	**Código Penal para el Distrito Federal**
El embarazo *inicia con la concepción* y termina con la expulsión o extracción del feto (art. 40).	El embarazo *comienza con la implantación del óvulo en el endometrio* (art. 144).

De esta contradicción derivan consecuencias diferentes en cuanto al cómputo de semanas para determinar si la interrupción del embarazo está permitida legalmente, porque el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) únicamente sanciona la interrupción del embarazo que se cometa después de la décima segunda semana de gestación, partiendo de la premisa que antes de esa semana no hay vida humana. Sobre este tema, volveremos más adelante para analizarlo a la luz del derecho constitucional y administrativo.

En cuanto a las consecuencias del embarazo para la mujer o para el feto, existen dos tipos de aborto: tera-

[23] Sobre este tema volveremos más adelante, ver apartado 7 del presente artículo.

péutico y eugenésico.[24] El *aborto terapéutico* es aquél que se practica cuando el embarazo tiene como consecuencia la afectación grave de la salud física o psíquica de la mujer (artículo 148, fracción II del Código Penal para el Distrito Federal —hoy Ciudad de México—). El *aborto eugenésico* se practica cuando el feto presenta alteraciones genéticas o congénitas (artículo 148, fracción III del Código Penal para el Distrito Federal, hoy Ciudad de México).

III. Teorías que explican la naturaleza jurídica de los derechos y actos de disposición del cuerpo humano

Una vez que han sido definidas las diversas modalidades de disposición del cuerpo humano, llega el momento de cuestionar cuál es la naturaleza jurídica de tales derechos de disposición. A lo largo de la historia han existido diversos posicionamientos sobre si el ser humano puede disponer de su cuerpo:

Época	Posicionamiento
Grecia Antigua (siglo V a.C.)	El ser humano no es dueño de su cuerpo, el cual pertenece a la comunidad. Quien comete suicidio no actúa injustamente contra sí, sino contra la ciudad (Aristóteles, *Ética a Nicómaco*).[25]

[24] Véase Hurtado Oliver, *ob. cit. supra* nota 2, p. 237.

[25] Atienza, Manuel, "El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias", Universidad de Alicante, p. 13, visible en la página *https://dfddip.ua.es/es/documentos/el-derecho-sobre-el-propio-cuerpo-y-sus-consecuencias.pdf?noCache=1458632639168*

Época	Posicionamiento
Roma	El hombre no es dueño de los miembros de su cuerpo (Digesto, Ulpiano D.X,2,13), lo que debe interpretarse en el sentido de que el hombre libre no tiene la propiedad de su cuerpo, pero sí tiene ese derecho sobre sus esclavos (que eran cosas).[26]
Cristianismo	La vida es un don de Dios, por lo que el hombre no es dueño de sí mismo, ni de sus miembros, lo es Dios: *"El derecho que el hombre tiene sobre su vida, su salud y sus miembros no es un derecho de propiedad, sino un derecho de otro tipo: es un derecho natural y fundamental a existir y a conservar íntegras sus facultades, el derecho a ser y vivir"* (Javier Hervada).[27]
Liberalismo político	John Locke en el *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil* afirma que: *"la propiedad de su persona la tiene cada hombre. Nadie a excepción de él mismo tiene derecho alguno sobre ella"*. Lo anterior significa que nadie puede ser dueño de otra persona, el hombre es un fin para sí mismo.[28]

[26] *Idem.*, p. 3.

[27] *Idem.*, pp. 14-15.

[28] *Idem.*, p. 15.

Época	Posicionamiento
Ilustración, criticismo alemán	El hombre es un fin en sí mismo, no puede ser tratado como un medio, sino como un fin. Kant: *"...[u]na persona no puede ser propiedad y no puede ser una cosa que puede ser poseída, porque es imposible ser cosa y persona, el propietario y la propiedad. Por ello, un hombre no es su propio dueño. No puede vender un miembro, ni siquiera uno de sus dientes".*[29]

Asimismo, en el Derecho Civil existen teorías que pretenden circunscribir la disposición del cuerpo humano en el ámbito de los "derechos reales" o de los "derechos personales". Son "derechos reales" las facultades que tienen las personas respecto de las cosas; por ejemplo, la propiedad, el usufructo, el uso o la habitación. En ese sentido, se podría cuestionar si las partes del cuerpo humano o la totalidad del mismo son cosas susceptibles de apropiación, porque forman parte del ser humano, quien tiene dignidad. Por su parte, los "derechos de crédito" son facultades sobre las personas, por lo que se ha cuestionado si el derecho sobre el cuerpo implica un derecho contra uno mismo, o bien, el derecho de exigir a los demás que respeten el destino que cada quien decida dar a su cuerpo.

[29] *Apud.* Casas-Martínez, María de la Luz y Alberto Amor-Villalpando, "Derechos y límites de la disposición del cuerpo humano en la Ley General de Salud Mexicana", en *Revista de Sanidad Militar*, volumen 57, número 5, Escuela Médico Militar, México, septiembre-octubre de 2003, p. 327, visible en *https://www.medigraphic.com/pdfs/sanmil/sm-2003/sm035h.pdf*

Respecto de estas teorías, el Doctor Manuel Atienza manifiesta que el derecho sobre el propio cuerpo no puede ser un "derecho de crédito" porque una persona no puede ser acreedor y deudor de sí al mismo tiempo, ni tampoco un "derecho real" porque el cuerpo no es una cosa material que pueda separarse de la propia personalidad (por lo que el sujeto y el objeto de la relación se identifican) y aún en el supuesto no admitido de que esa separación fuera posible, sólo se podría disponer limitadamente de ciertas partes del cuerpo (uñas, cabellos, espermatozoides, óvulos o sangre), pero no se podría disponer de los órganos vitales. Sin embargo, dicho autor reconoce que si se considera que el derecho real implica una relación entre personas, el derecho al cuerpo humano podría significar la obligación de la colectividad de respetar lo que una persona haga con su cuerpo.[30]

Conforme al derecho positivo mexicano, a primera vista parece haberse adoptado la teoría de los derechos reales, en razón de que en el artículo 320 de la Ley General de Salud se prevé que "*toda persona es disponente de su cuerpo y podrá donarlo,* total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el presente Título" (énfasis añadido). Lo anterior, es congruente con lo dispuesto en el artículo 24 del Código Civil Federal, que establece que "[e]l mayor de edad tiene la *facultad de disponer libremente de su persona* ... salvo las limitaciones que establece la ley" (Énfasis añadido).

En ese sentido, si las personas mayores de edad "son disponentes de su cuerpo" y "pueden disponer libremente de su persona", pudiendo donar su cuerpo de manera total o parcial con las limitaciones que establecen las leyes, es claro que tanto la Ley General de Salud como el Código Civil Federal están dando el tratamiento

[30] Atienza, *ob. cit. supra* nota 25, pp. 1-4.

de "cosa" o "bien" al cuerpo humano, al ser susceptible de enajenación y, por ende, de apropiación, con las restricciones legales que se establezcan al efecto. Sin embargo, ello resulta totalmente cuestionable si se atiende a una concepción ética de la persona, como un fin en sí mismo y que no puede ser tratada como un medio, de acuerdo con el imperativo categórico de Kant.

Es aquí donde se debe encontrar la concepción de la persona que reconoce y tutela la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) porque dependiendo de ello, es como se podrá determinar cuál es la naturaleza de los derechos que tienen los seres humanos sobre su cuerpo.

Al respecto, Boecio, el filósofo del siglo VI d.C., definió a la persona como la: "sustancia individual de naturaleza racional", concepto que se opone a las cosas y a los seres vivientes que no tienen una naturaleza racional, intelectual. En tal virtud, desde el punto de vista filosófico, una persona no puede equipararse a un bien, por lo que no es susceptible de enajenación. Pero ¿esa concepción filosófica de persona es la que reconoce y protege nuestra ley fundamental?

La respuesta debe ser positiva, porque la CPEUM reconoce que las personas tienen dignidad (artículo 1) y que son capaces de perseguir fines para los que se asocian (artículo 9) lo que presupone una capacidad racional que se fomenta con el derecho a la educación, la cual promueve el respeto a la dignidad humana y los valores (artículo 3). Es decir, el concepto de persona que está implícito en nuestra Constitución es el de un ser humano que tiene individualidad en razón de su dignidad y que es racional al ser capaz de perseguir fines u objetos lícitos para los cuales se asocia.[31]

[31] Véase Vázquez Pando, Fernando Alejandro, "Notas del Sistema Jurídico Mexicano a la luz de la Constitución" en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 7, Julio de 1975, p. 629.

Así las cosas, el cuerpo humano forma parte de la persona misma y de su dignidad, por lo que no se le debe considerar como una cosa o un bien que está en el comercio (que es susceptible de apropiación). Por todas estas razones resulta necesario analizar la naturaleza del o los derechos a la disposición del cuerpo humano, a la luz de los conceptos de persona y dignidad humana,[32] toda vez que no se puede considerar al ser humano como el "propietario" de su cuerpo, como si éste fuera una cosa, o que tiene la total disposición del mismo, a tal grado que los demás deban respetar sus decisiones si implican tratarse como objeto (venderse como esclavo) o la destrucción a su persona (suicidarse) o si dicha disposición tiene consecuencias negativas para la sociedad (comercialización de órganos).

IV. El derecho a la disposición del cuerpo humano en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (derecho a la vida, a la protección de la salud, y al reconocimiento de la dignidad humana)

En la CPEUM no está previsto expresamente el derecho a la disposición del cuerpo humano, por lo que se debe analizar si se encuentra comprendido entre los derechos a la vida, a la protección de la salud y al reconocimiento de la dignidad humana.

Derecho a la vida. El artículo 1, primer párrafo, de la CPEUM dispone lo siguiente:

[32] Inclusive el Décimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito ha considerado dentro de los componentes del principio de la dignidad humana: "la superioridad de la persona frente a las cosas". [véase tesis I.10o.A.1 CS (10a.), con rubro "Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente].

> Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte,* así como de las garantías para su protección, *cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.* (Énfasis añadido).

Como se desprende de la transcripción anterior, "todas las personas" gozan de los "derechos humanos reconocidos en" la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, sin que tales derechos puedan restringirse o suspenderse, excepto en los casos que la Constitución así lo establezca. Por su parte, el "derecho a la vida" está contemplado expresamente en el artículo 29, segundo párrafo de la Constitución, al prever que en los decretos que expida el Ejecutivo Federal en los supuestos contemplados en el primer párrafo de dicho artículo,[33] "no podrá suspenderse ni restringirse" el ejercicio de los derechos a la vida, a la integridad personal, ni la prohibición de la pena de muerte:

> Artículo 29. ...
> *En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos* a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, *a la vida, a la integridad personal,* a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; *la prohibición de la pena de muerte;* la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos... (Énfasis añadido)

[33] Casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto.

En complemento a lo señalado, el artículo 21, noveno párrafo de la CPEUM dispone expresamente que la seguridad pública es una función del Estado que tiene la finalidad de salvaguardar la vida y la integridad de las personas:

> *La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida,* las libertades, *la integridad* y el patrimonio *de las personas,* así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. (Énfasis añadido).

Asimismo, el artículo 22 de la Constitución prohíbe la pena de muerte. Por su parte, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que es un Tratado Internacional celebrado y ratificado por México, dispone lo siguiente:

> Artículo 4—Derecho a la vida.
> *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.* Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. *Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente..."* (Énfasis añadido).

De los preceptos transcritos se desprende que el derecho a la vida de las personas goza de la más alta protección en la CPEUM y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que su ejercicio no puede ser restringido, ni suspendido. Lo anterior vendría a confirmar que no está permitido por la Constitución el

suicidio, ni la eutanasia activa, ni el suicidio asistido, porque el ejercicio del derecho a la vida no puede suspenderse ni restringirse, de conformidad con la Ley Suprema, excepto en el caso de la legítima defensa que se prevé en el artículo 10 de la CPEUM. Así las cosas, el artículo 166 Bis 21 de la Ley General de Salud prohíbe expresamente la eutanasia y el suicidio asistido:

> Artículo 166 Bis 21. *Queda prohibida, la práctica de la eutanasia, entendida como homicidio por piedad así como el suicidio asistido* conforme lo señala el Código Penal Federal, bajo el amparo de esta ley. En tal caso se estará a lo que señalan las disposiciones penales aplicables. (Énfasis añadido)

No obstante, cabe preguntarse si debe permitirse la eutanasia pasiva (derecho a solicitar la suspensión o rechazo del tratamiento médico), en ejercicio del derecho a la autonomía y dignidad de quienes son enfermos terminales.

Derecho a la protección de la salud. El Doctor Diego Valadés define la "autonomía vital" en los siguientes términos:

> La autonomía vital consiste en la libertad que tiene toda persona para conocer y decidir acerca de las implicaciones de un tratamiento médico, y para determinar en qué condiciones y hasta cuando está dispuesta a soportar un padecimiento irremediable, en ocasiones con dolores extremos, y que desde su perspectiva afecte su dignidad personal.[34]

La CPEUM no prevé expresamente un derecho de autonomía vital de las personas para decidir la suspensión de tratamientos que entrañen un encarnizamiento

[34] Valadés, *ob. cit. supra* nota 17, p. 90.

médico,[35] pero el artículo 4 constitucional, cuarto párrafo prevé el derecho a la protección de la salud y el artículo 73, fracción XVI de la misma ley suprema faculta al Congreso de la Unión para: "... dictar leyes sobre... salubridad general de la República". En ejercicio de dicha facultad, el Congreso de la Unión expidió la Ley General de Salud, en cuyo Título Octavo Bis, denominado "De los cuidados paliativos a los enfermos en situación terminal", se tutela la dignidad y la autonomía del enfermo terminal.

El objeto de dicho Título, entre otros, implica el *salvaguardar la dignidad de los enfermos en situación terminal* para garantizar una vida de calidad a través de los cuidados y atenciones médicas, necesarios para ello; *garantizar una muerte natural en condiciones dignas* a los enfermos en situación terminal y *establecer los límites entre la defensa de la vida del enfermo en situación terminal y la obstinación terapéutica* (artículo 166 Bis, fracciones I, II y VI de la Ley General de Salud).

Se entiende por "enfermo en situación terminal" quienes padecen una enfermedad incurable e irreversible y tienen un pronóstico de vida menor a seis meses (artículo 166 Bis 1, fracción IV de la Ley General de Salud).

La autonomía del enfermo en situación terminal se tutela con el consentimiento informado de éste para recibir o rechazar tratamiento:

a) El enfermo en situación terminal tiene derecho a dar su consentimiento informado por escrito para la aplicación o no de tratamientos, medicamentos y cuidados paliativos adecuados a su enfermedad, necesidades

[35] El artículo 166 Bis 1 fracción V de la Ley General de Salud denomina al encarnizamiento médico como "obstinación terapéutica", definiéndola como "La adopción de medidas desproporcionadas o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía".

y calidad de vida (artículo 166 Bis 3, fracción VI de la Ley General de Salud). En relación con lo anterior, toda persona mayor de edad, en pleno uso de sus facultades mentales, puede, en cualquier momento e independientemente de su estado de salud, expresar su voluntad por escrito[36] ante dos testigos, de recibir o no cualquier tratamiento, en caso de que llegase a padecer una enfermedad y estar en situación terminal y no le sea posible manifestar dicha voluntad. Dicho documento podrá ser revocado en cualquier momento (artículo 166 Bis 4 de la Ley General de Salud).

Los familiares del enfermo en situación terminal tienen la obligación de respetar la decisión que de manera voluntaria tome el enfermo, siempre que se exprese con las formalidades mencionadas en el párrafo anterior (artículo 166 Bis 10 de la Ley General de Salud). En casos de urgencia médica, si existe incapacidad del enfermo en situación terminal para expresar su consentimiento, y en ausencia de familiares, representante legal, tutor o persona de confianza, la decisión de aplicar un procedimiento médico quirúrgico o tratamiento necesario, será tomada por el médico especialista y/o por el Comité de

[36] Este documento normalmente se conoce con el nombre de *"voluntad anticipada"*, que es definida por el Doctor José Antonio Sánchez Barroso como: "...el documento escrito por el cual, previo análisis y deliberación entre los sujetos de la relación clínica, una persona mayor de edad, con capacidad suficiente, de manera libre y de acuerdo a los requisitos legales, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en la que por las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En él se puede designar a un representante que será el interlocutor válido y necesario con el médico o equipo sanitario, y que le sustituirá en caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma." (Sánchez Barroso, José Antonio, "La voluntad anticipada en España y en México. Un análisis de derecho comparado en torno a su concepto, definición y contenido", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 44, núm. 131, México, mayo-agosto 2011, visible en *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000200008).*

Bioética de la institución (artículo 166 Bis 11 de la Ley General de Salud).

Si el enfermo en situación terminal es menor de edad, o se encuentra incapacitado para expresar su voluntad, las decisiones derivadas de los derechos antes señalados, serán asumidos por los padres o el tutor y a falta de éstos por su representante legal, persona de su confianza mayor de edad o juez de conformidad con las disposiciones aplicables (artículo 166 Bis 8 de la Ley General de Salud). Todos los documentos para expresar la voluntad del enfermo en situación terminal se regirán de acuerdo a lo que se establezca en el reglamento y demás disposiciones aplicables (artículo 166 Bis 12 de la Ley General de Salud).

b) El paciente en situación terminal, mayor de edad y en pleno uso de sus facultades mentales, tiene derecho a la suspensión voluntaria del tratamiento curativo y como consecuencia al inicio de tratamiento estrictamente paliativo[37] en la forma y términos previstos en la Ley General de Salud (artículo 166 Bis 5 de la Ley General de Salud).

La suspensión voluntaria del tratamiento curativo supone la cancelación de todo medicamento que busque contrarrestar la enfermedad terminal del paciente y el inicio de tratamientos enfocados de manera exclusiva a la disminución del dolor o malestar del paciente (artículo 166 Bis 6, primer párrafo de la Ley General de Salud).

[37] Es necesario distinguir entre cuidados paliativos y tratamiento curativo. Son *cuidados paliativos*: a) el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo; b) el control del dolor y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales (artículo 166 Bis 1, fracción III de la Ley General de Salud). El *tratamiento curativo* implica la aplicación de medicamentos que busque contrarrestar la enfermedad terminal del paciente (artículo 166 Bis 6, primer párrafo de la Ley General de Salud).

En este caso, el médico especialista en el padecimiento del paciente terminal interrumpe, suspende o no inicia el tratamiento, la administración de medicamentos, el uso de instrumentos o cualquier procedimiento que contribuya a la prolongación de la vida del paciente en situación terminal dejando que su padecimiento evolucione naturalmente (artículo 166 Bis 6, segundo párrafo de la Ley General de Salud).

Sin perjuicio de lo señalado, el paciente en situación terminal que esté recibiendo los cuidados paliativos, podrá solicitar recibir nuevamente el tratamiento curativo, ratificando su decisión por escrito ante el personal médico correspondiente (artículo 166 Bis 7 de la Ley General de Salud).

c) El enfermo en situación terminal tiene, entre otros derechos, el de renunciar, abandonar o negarse en cualquier momento a recibir o continuar el tratamiento que considere extraordinario, entendiéndose por este último el empleo de medios que constituyen una carga demasiado grave para el enfermo y cuyo perjuicio es mayor que los beneficios (artículos 166 Bis 1, fracción VI, 166 Bis 3, fracción VIII y 166 Bis 17 de la Ley General de Salud).

En relación con lo anterior, es deber del médico no aplicar medios extraordinarios ni obstinación terapéutica, prohibición que permite garantizar la calidad de vida y la dignidad del enfermo en situación terminal (artículos 166 Bis 1, fracciones V y VI; así como 166 Bis 18 de la Ley General de Salud).

d) Es necesario el consentimiento del enfermo en situación terminal para que los médicos tratantes le suministren fármacos paliativos, incluyendo analgésicos del grupo de los opioides, para aliviar el dolor del paciente, aún y cuando con ello se pierda estado de alerta o se acorte la vida del paciente (artículo 166 Bis 16, primer y segundo párrafos de la Ley General de Salud).

En ningún caso se suministrarán tales fármacos con la finalidad de acortar o terminar la vida del paciente, en tal caso se estará sujeto a las disposiciones penales aplicables (artículo 166 Bis 16, tercer párrafo de la Ley General de Salud).

e) Es obligación del médico tratante el suministrar en todos los casos los cuidados básicos al enfermo en situación terminal, entendiéndose como tales la higiene, alimentación e hidratación y, en su caso, el manejo de la vía aérea permeable (artículos 166 Bis 1, fracción II y 166 Bis 19 de la Ley General de Salud).

f) Será sancionado el médico que deje de aplicar tratamientos o cuidados sin el consentimiento del paciente o de sus familiares o persona de confianza, en caso de estar impedido el enfermo terminal para expresar su voluntad (artículo 166 Bis 20 de la Ley General de Salud).

Como se desprende de la lectura de los incisos anteriores, el consentimiento informado del enfermo en situación terminal le permite rechazar por escrito, ante dos testigos, tratamientos curativos, obstinación terapéutica o medios extraordinarios y solicitar cuidados paliativos o la aplicación de medicamentos que alivien el dolor (aunque ocasionen inconsciencia o acortamiento de vida), sin que los familiares se puedan oponer a la voluntad del paciente.

En casos urgentes y en ausencia de capacidad para manifestar el consentimiento del enfermo terminal, puede suplir su voluntad de decidir la aplicación de un tratamiento sus familiares, tutor, representante legal, persona de confianza o por el médico especialista y/o por el Comité de Bioética de la institución.

Ahora bien, no debe confundirse el rechazo al tratamiento curativo, o a la obstinación terapéutica o a los medios extraordinarios, con la posibilidad de que los parientes de quien sufrió muerte cerebral, puedan solicitar la desconexión. Al respecto, el artículo 345 de la Ley General de Salud establece lo siguiente:

> Artículo 345. No existirá impedimento alguno para que a solicitud y con la autorización de las siguientes personas: el o la cónyuge, el concubinario o la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante; conforme al orden expresado; se prescinda de los medios artificiales cuando se presente la muerte encefálica comprobada y se manifiesten los demás signos de muerte a que se refiere el artículo 343.[38]

Resulta importante mencionar que el 1 de julio de 2019, el Senado de la República aprobó con 109 votos a favor una reforma que pretende modificar el cuarto párrafo del artículo 4 de la CPEUM, con el objeto de prever como parte del derecho a la protección de la salud, el acceso a cuidados paliativos por parte de los enfermos en situación terminal. Dicha reforma queda todavía pendiente de aprobación por la Cámara de Diputados y por las legislaturas de los Estados, teniendo el siguiente texto:

> Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en condiciones de dignidad. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud incluyendo los cuidados paliativos multidisciplinarios ante enfermedades en situación terminal, limitantes o amenazantes a la vida, así como la utilización de los medicamentos controlados; y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general,

[38] La muerte encefálica se determina cuando se verifican los siguientes signos: I. Ausencia completa y permanente de conciencia; II. Ausencia permanente de respiración espontánea, y III. Ausencia de los reflejos del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nocioceptivos. Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas (artículo 343 de la Ley General de Salud).

> conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.[39]

Derecho al reconocimiento de la dignidad humana (como individualidad, libertad y autodeterminación). El artículo 1 de la CPEUM, en sus párrafos segundo y último dispone:

> Artículo 1. ...
> *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*
> ...
> ...
> *Queda prohibida toda discriminación motivada por* origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, *las condiciones de salud,* la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o *cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.* (Énfasis añadido).

Por su parte, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé lo siguiente:

> Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad:
> 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra *y al reconocimiento de su dignidad.*
> 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
> 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. (Énfasis añadido).

[39] Texto visible en la página *http://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-07-01-1/assets/documentos/Dict_dic_derecho_a_la_salud.pdf*

De las transcripciones anteriores, se desprende que tanto la CPEUM como la Convención Americana sobre Derechos Humanos tutelan el reconocimiento a la dignidad humana y la obligación del Estado de no atentar contra dicha dignidad, ni de tener injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada de las personas.

En tal virtud, queda dentro del ámbito de la dignidad de las personas el tomar la decisión, anticipada o no, de rechazar toda obstinación terapéutica, medios extraordinarios o tratamientos curativos y de decidir que se le suministren únicamente medios paliativos, en el supuesto de que llegue a ser un enfermo en situación terminal. Si el Estado no reconociera esta posibilidad, estaría atentando contra la dignidad de la persona, al entrometerse en una decisión que solo ésta puede tomar, provocándole una prolongación de la agonía y el sufrimiento, que se traducen en una vida indigna:

> La dignidad se traduce en autonomía cultural, de suerte que el Estado y los integrantes de la sociedad deben respetar las decisiones que cada persona tome en función de su propia dignidad... De no entenderlo así, ... llevaría a determinar quiénes, por ser superiores en número, han de imponer sus conceptos sobre la vida y sobre la muerte a los demás...resulta razonable cuestionar la facultad del Estado para imponer a las personas la obligación de soportar enfermedades dolorosas e insuperables...Lo que interesa, en este caso, es sólo la posibilidad de limitar la intromisión del Estado en las decisiones que conciernen al individuo que sufre un padecimiento terminal o crónico, y que desde su perspectiva afecta su dignidad.[40]

En relación con el principio de dignidad humana, los Tribunales Colegiados de Circuito han emitido la tesis

[40] Valadés, *ob. cit. supra* nota 17, pp. 138-139, 146 y 147.

aislada I.10o.A.1 CS (10a.), con rubro *"Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente"*, en la que se menciona que forman parte de dicho principio "la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación".[41]

V. ¿Es el cuerpo de la persona una cosa?

Una vez que se ha analizado el derecho a la disposición del cuerpo humano a la luz de los derechos a la vida, a la protección de la salud y al reconocimiento de la dignidad humana,[42] tutelados por la CPEUM, debe descartarse la teoría de que se trata de un derecho real, porque el ser humano tiene dignidad, lo que lo coloca en un plano de superioridad sobre las cosas.

Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.), con rubro *"Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética"* ha reconocido a la dignidad humana como un derecho fundamental y ha encontrado su núcleo sustancial en que las personas no deben ser tratadas como objetos, ni ser cosificadas.[43]

[41] Registro: 2016923; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III; Materia(s): Constitucional; Tesis: I.10o.A.1 CS (10a.); Página: 2548.

[42] Comprendiendo este último, entre otros aspectos, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación.

[43] Época: Décima Época; Registro: 2012363; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Jurisprudencia; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 33, Agosto de 2016, Tomo II; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.); Página: 633.

Pero entonces ¿es contrario a la Constitución el artículo 320 de la Ley General de Salud que permite a las personas ser disponentes de su cuerpo y realizar la donación total o parcial del mismo, como si se tratara de una cosa, con las limitaciones que se prevén en el mismo ordenamiento?

En nuestra opinión, se considera que dicho artículo no es contrario al principio de dignidad humana porque contiene una ficción jurídica para permitir los trasplantes de órganos, los cuales tienen por objeto prolongar la vida de otra persona, o bien, mejorar su salud.

En efecto, una ficción es un procedimiento empleado en la técnica jurídica para dar a una determinada institución una naturaleza jurídica distinta de la que realmente tiene, con la finalidad de atribuirle ciertas consecuencias de derecho que resultan convenientes. Así las cosas, siendo inherente a la dignidad de la persona, no es posible disponer del cuerpo humano como si se tratara de una cosa, pero es útil, necesario e indispensable permitir legalmente su disposición, si ello trae como beneficio la prolongación de la vida de otra persona o el mejoramiento de su salud.

La anterior interpretación de que es una ficción el derecho a disponer del cuerpo humano como si se tratara de una cosa, se confirma con la regulación que se contiene en la Ley General de Salud para el tratamiento de los cadáveres.

Por ejemplo, el artículo 346 del citado ordenamiento legal dispone expresamente que "Los cadáveres no pueden ser objeto de propiedad y siempre serán tratados con respeto, dignidad y consideración".

Del citado precepto, en relación con el artículo 320 de la Ley General de Salud, surge la interrogante de ¿cómo explicar que en vida el cuerpo humano puede ser donado y con la muerte el cadáver no puede ser objeto

de propiedad?, ¿acaso en vida el cuerpo humano es una cosa y después de la muerte tiene dignidad?

La única respuesta que resuelve las interrogantes anteriores consiste en que la donación total o parcial del cuerpo humano se permite por una ficción legal para prolongar la vida o mejorar la salud de otra persona o para realizar investigación científica con tales fines, de manera que el cuerpo humano es inherente a la persona, por lo que siempre debe ser tratado con respeto, dignidad y consideración, incluso después de la muerte.

De lo contrario, ¿por qué prohibir la apropiación del cadáver si ya se extinguió la personalidad jurídica con la muerte? Precisamente porque el cuerpo forma parte de la persona y es inherente a la dignidad del ser humano, entendiendo ésta como supremacía sobre las cosas y como individualidad, libertad y autonomía, que no pueden ser transgredidas. En tal virtud, el cuerpo es inseparable de la dignidad del ser humano.

Asimismo, debe tenerse en consideración que si el cadáver fuera una cosa ¿existiría la obligación legal de tratarlo con respeto, dignidad y consideración? Porque solamente las personas, a las cuales se encuentra indisolublemente unido su cuerpo, merecen el respeto de su dignidad humana.

Por las razones expuestas, se debe concluir que el cuerpo humano no es una cosa, sino que forma parte inseparable del ser humano, por lo que debe ser respetado y tratado con dignidad, tanto en vida de la persona, como después de su muerte.

Por lo tanto, los derechos a la disposición del cuerpo humano deben entenderse como derechos fundamentales que derivan de la dignidad del ser humano y cuyo contenido, límites y alcances guardan estricta relación con la vida, salud y autonomía de las personas.

VI. La eutanasia y el suicidio asistido a la luz de los principios del derecho a la vida y del reconocimiento a la dignidad humana

Un "caso difícil", en la terminología de Dworkin, es el relativo a si debe permitirse la eutanasia o el suicidio asistido, ponderando los principios relacionados con el derecho a la vida y al reconocimiento de la dignidad humana. En el apartado 4 del presente estudio ha quedado manifiesto que el derecho a la vida que reconoce la CPEUM no puede ser restringido ni suspendido en los decretos que emita el Ejecutivo Federal en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (artículo 29 de la CPEUM). Por tal motivo, la Ley General de Salud en su artículo 166 Bis 21 prohíbe la eutanasia y el suicidio asistido.

Sin embargo, tratándose de enfermos terminales, la citada ley ha permitido que, en ejercicio de su autonomía (artículo 166 Bis 3, fracción VI) y en respeto a su dignidad (artículo 166 Bis, fracción I), puedan rechazar tratamientos curativos (artículos 166 Bis 5 y 166 Bis 6), medios extraordinarios (artículo 166 Bis 17) u obstinación terapéutica (artículo 166 Bis 18) que les prolongue artificialmente la vida con sufrimiento en detrimento de su propia dignidad.

Ahora bien, este marco jurídico no resuelve el problema que enfrentan aquellas personas que sin ser enfermos en situación terminal padecen ciertas afecciones físicas, como por ejemplo los cuadripléjicos irreversibles, que les impiden gozar de una vida digna y sin sufrimiento, por lo que su único anhelo es terminar con su vida. En esos casos, ¿se justifica que el Estado se entrometa en una decisión individual que corresponde tomar a la persona que no quiere vivir en constante sufrimiento llevando una vida indigna?

Es aquí donde resulta necesario realizar una interpretación constitucional para un caso concreto,[44] a través de la ponderación de los principios del derecho a la vida y de reconocimiento a la dignidad humana, en su vertiente de autonomía, libertad e individualidad.

Para tal efecto, en primer lugar se debe determinar si el derecho a la vida y a la autonomía son principios o reglas, a fin de realizar una ponderación entre los mismos en el caso concreto del cuadripléjico irreversible que no quiere seguir viviendo.

Para Alexy, los principios son normas jurídicas que "ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes". Entonces, los principios son mandatos de optimización, que pueden cumplirse en diferente grado y que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; en este sentido, las posibilidades jurídicas se determinan por principios y reglas opuestos al principio en cuestión. Por su parte, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no; son del todo o nada. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible.[45]

Así las cosas, *prima facie* parece que el derecho a la vida es una regla porque se cumple o no se cumple, se

[44] Esto no quiere decir que el orden jurídico mexicano permite la eutanasia o el suicidio asistido, sino que se realizará un ejercicio de interpretación constitucional en el que se utilizará el método del juicio de ponderación, para determinar si en un caso aislado y específico, sería jurídicamente viable dar preponderancia al principio de autonomía sobre el derecho a la vida, para evitar la indignidad de quien padece una afección permanente como la cuadriplejia irreversible.

[45] Rosillo Martínez, Alejandro, "El juicio de ponderación en el ejercicio judicial en México" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 39, México, 2015, p. 723.

vive o se muere; todas las personas tienen la obligación de respetar la vida de los demás y el Estado tiene la obligación de proteger la vida de las personas. Se trata de un derecho que si se renuncia o se opta por su no ejercicio,[46] tiene como consecuencia necesaria la muerte. Inclusive, en México se prohibió la pena de muerte a raíz de la reforma constitucional del 9 de diciembre de 2005.

No obstante lo señalado, debe tenerse en consideración que existen supuestos en los que se afecta el nivel de cumplimiento del derecho a la vida, como ocurre cuando se priva de la vida a un semejante en legítima defensa o en estado de necesidad justificante, lo que podría dar lugar a considerar que el derecho a la vida tiene la naturaleza de un principio, al admitir niveles de cumplimiento.[47]

Por su parte, la dignidad de las personas en su vertiente de autonomía, libertad e individualidad implica un poder de decisión que le corresponde tomar a cada persona en función de su naturaleza de ser humano y que, desde el punto de vista estrictamente formal, tiene la naturaleza jurídica de un derecho subjetivo fundado, es decir, que no se puede ejercer sin la existencia de otro derecho fundante, del cual se opte por ejercerlo o no. Así, el derecho a la vida es fundante y la libertad de ejercerlo o no, si es que se tiene, es el derecho fundado.[48]

En tal virtud, dicho derecho de autonomía puede ser catalogado como un principio, porque admite niveles de cumplimiento, que estarán en función de otros princi-

[46] Se debe distinguir entre renuncia y no ejercicio de un derecho; la primera tiene como consecuencia la extinción o abandono definitivo del derecho, en tanto que el segundo, permite conservar el derecho para su futuro ejercicio (véase García Maynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, edit. Colofón, México, 2017, p. 168).

[47] Aunque también es cierto que tales supuestos podrían ser considerados como excepción a la regla que tutela el derecho a la vida.

[48] Véase García Maynez, *ob. cit. supra* nota 46, pp. 163-166.

pios o reglas. Por ejemplo, se ha limitado la privacidad familiar y autonomía de los padres en las decisiones que se tomen respecto a la vida o salud del menor. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada con rubro "*Derechos a la salud y vida de los niños como límite a los derechos a la privacidad familiar y libertad religiosa*", ha sostenido que: "... las decisiones de los padres sobre sus hijos, aunque inicialmente protegidas por un claro campo de autonomía, no pueden ser sostenidas si colocan en riesgo la salud del menor. En estos casos está justificado intervenir en la autonomía familiar con el objeto de impedir una afectación a la integridad del menor".[49]

Una vez que ha quedado delimitada la naturaleza de las normas constitucionales que prevén el derecho a la vida y a la autonomía (dignidad, libertad, individualidad) como principios, es necesario realizar un *juicio de ponderación*, que consiste en determinar en un caso concreto (el del cuadripléjico irreversible que no quiere seguir viviendo indignamente), cuál de los dos principios que entran en conflicto tiene mayor peso específico.[50]

Para tal efecto, utilizaremos la metodología del Maestro Robert Alexy, basada en el principio de proporcionalidad que implica aplicar los test de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.[51]

[49] Época: Décima Época: Registro: 2019242; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I; Materia(s): Constitucional; Tesis: 1a. IX/2019 (10a.); Página: 720.

[50] Rosillo Martínez, *ob. cit. supra* nota 45, pp. 727 y 728.

[51] *Idem.*, p. 729.

Es de destacarse que el Poder Judicial de la Federación ha venido aplicando el juicio de ponderación de principios en varias resoluciones, como es el caso de las tesis III.5o.A.62 A (10a.) "Albergues del Estado de Jalisco. Aplicación del método de ponderación al artículo 44 de la ley para la operación relativa..."; III.2o.C.85 C (10a.) "prueba pericial en genética. si el infante se

El *test de idoneidad* se refiere a la argumentación relativa a demostrar que el sacrificio del derecho a la vida por la voluntad libre del cuadripléjico irreversible persigue una finalidad constitucionalmente válida y es apto para conseguir esta finalidad, que es respetar su autonomía y su dignidad. Al respecto, debe tenerse en consideración que la finalidad de permitir la eutanasia o el suicidio asistido a una persona que por su estado de salud físico esté sufriendo permanentemente y llevando su vida como una carga y no como un disfrute, justifica que el Estado no interfiera en una decisión tan íntima de privarse la vida, para no obligarle a vivir en sufrimiento constante, que no pueda ser remediado con los alcances de la medicina del momento.

"...vivir es un derecho y no una obligación", expresó en televisión el tetrapléjico español Ramón Sampedro, antes de tomar una dosis letal de cianuro, quien narró que con ello se liberaría de una "humillante esclavitud" como lo es la tetraplejia, que no le permite "vivir dignamente" y que había estado "obligado a soportar esta penosa situación durante 29 años, cuatro meses y algunos días".[52]

Es obligación de las autoridades ejercer el poder para el beneficio del pueblo, integrado por seres humanos. El artículo 39 de la CPEUM establece que "[t]odo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste"; de manera que los integrantes del pueblo son personas, que la Constitución considera como seres humanos, dotados de dignidad (artículos 1, 3 y 9 de la ley suprema).[53]

opone a su admisión, aduciendo transgresión a sus derechos a la dignidad humana y a la intimidad...", entre otras.

[52] Valadés, *ob. cit. supra* nota 17, p. 156.

[53] Ver numeral 3 del presente artículo, en cuanto a la concepción de persona como ser humano que tutela y reconoce la CPEUM en sus artículos 3 y 9.

En tal virtud, si las autoridades deben ejercer el poder en beneficio de las personas; se justifica constitucionalmente el no invadir su esfera de privacidad en casos totalmente excepcionales en los que su sufrimiento no superable por los avances médicos les lleve a pedir ser privados de la vida. Es decir, el ejercicio del poder en bienestar de las personas, implica no interferir en su decisión más íntima de ser privados de una vida indigna, que resulta insoportable seguir llevando por el sufrimiento insuperable que padecen.

Dice el artículo 1 constitucional, en su último párrafo, que "queda prohibida toda discriminación ... que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Así las cosas el Estado debe proteger la dignidad y libertad de quien no desee vivir, siempre que su vida le resulte una carga y sufrimiento, más que un goce y disfrute de sus derechos.

El *test de necesidad* se refiere a encontrar la argumentación que justifique que la privación de la vida es el único medio por el que se garantice la dignidad de quien lleva una vida indigna permanente por el sufrimiento que le provoca su padecimiento, el cual no puede ser remediado por otros instrumentos, de manera que no hay elección posible:

La tetraplejia, también conocida como cuadriplejia, es una parálisis causada por una enfermedad o lesión que tiene como consecuencia la pérdida parcial o completa del uso de las cuatro extremidades y del torso... La persona afectada puede sufrir la pérdida o deterioro del control de los intestinos y de la vejiga, de las funciones sexuales, presentar problemas de digestión, respiración y otra serie de funciones. Además, la sensibilidad suele verse alterada en las zonas afectadas. Esto puede manifestarse a modo de entumecimiento o dolor neuropático.

No hay ningún tratamiento particular para su cura... La kinesioterapia es imprescindible para que el paciente mantenga sus músculos fuertes y activos. Los tratamientos se basan especialmente en movimientos, activos o pasivos, de las articulaciones o músculos afectados para recuperar o mejorar su funcionalidad. Existen también otras técnicas centradas en estímulos electrónicos o en contrastes de temperatura en la zona afectada.

La misión del fisioterapeuta es fortalecer el músculo y enseñar al paciente a controlarlo y manejarlo de manera autónoma.[54]

Pueden colaborar a hacer más fácil la vida cotidiana del cuadripléjico el uso de sillas de ruedas eléctricas con funciones de bipedestación; el uso de comandos de voz para controlar la luz, la calefacción o la apertura o cierre de puertas; sillas especiales para la ducha; rampas para los desplazamientos; camas eléctricas y el empleo de mobiliario adaptado.[55]

Como puede observarse, al día de hoy los avances médicos no pueden curar una tetraplejia irreversible, aunque sí permiten un mejoramiento de la funcionalidad muscular, además de que existen aparatos que facilitan la vida cotidiana del paciente. No obstante lo señalado, la vida del cuadripléjico que goza de todos los tratamientos médicos y de tecnologías que faciliten su vida cotidiana, jamás será igual a la vida que llevan quienes tienen todas sus capacidades motrices.

¿Es digno vivir de manera robotizada? El estar ligado eternamente a una silla de ruedas y a aparatos que le faciliten la vida cotidiana no le permite al cuadripléjico irreversible: el tener el control de sus esfínteres, el desarrollar sus funciones sexuales, el tener hijos de manera

[54] Ver página *https://www.sunrisemedical.es/blog/tetraplejia*

[55] *Loc. cit.*

natural, el escribir por sí mismo, el portar armas en legítima defensa, el trabajar, el manejar un automóvil, el marcar por sí mismo y en secreto una boleta electoral en ejercicio de su derecho al sufragio, el nadar, el vestirse por sí mismo, el abrocharse las agujetas de sus zapatos. Además, le será mucho más difícil tener una pareja y contraer matrimonio; no podrá formar parte del Ejército, no podrá desempeñar cualquier empleo o comisión en el servicio público, entre otras limitaciones.

Todos los impedimentos anteriores provocan que la medicina y la tecnología no sean un remedio completamente capaz de terminar con el sufrimiento total y constante del tetrapléjico irreversible, quien solamente desea la muerte como el único remedio que verdaderamente alivie su pesar. Es por esta razón que no existe algún otro remedio que pueda terminar con el sufrimiento que soporta permanentemente el cuadripléjico irreversible, que el ejercicio de su decisión de que se finalice con su vida totalmente indigna. Ahora bien, ¿el estar ligado eternamente a una silla de ruedas y a aparatos eléctricos es llevar una vida digna?

El *test de proporcionalidad en sentido estricto* se refiere a encontrar la argumentación que justifique que una afectación grave al derecho a la vida cede ante una protección grave a la autonomía de quien padece la cuadriplejia irreversible. Así las cosas, ha quedado demostrado que una persona que padece tetraplejia irreversible no puede ejercer plenamente sus derechos, como lo hace una persona sana, aún y cuando se proporcione al primero sus terapias médicas y los aparatos que le faciliten una vida más cómoda.

El no poder tener hijos naturalmente, ni poder llegar al matrimonio en la gran mayoría de los casos, o ni siquiera poder controlar los esfínteres o la imposibilidad de vestirse o respirar por sí mismo, son carencias que

colocan a quien padece la cuadriplejia irreversible en una situación en que su vida no le parece digna para continuar sobreviviendo en este mundo terrenal.

El vivir le resulta al cuadripléjico en una verdadera prisión, llena de carga y sufrimiento, en lugar de gozar de los placeres de los que disfruta una persona que puede moverse y valerse por sí misma.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido un "derecho al libre desarrollo de la personalidad", derivado del derecho a la dignidad, que consiste en la posibilidad de "elegir en forma libre y autónoma, su proyecto de vida, la manera en que logrará las metas y objetivos que para él, son relevantes." Así las cosas, si está reconocido el derecho de las personas a elegir en forma libre y autónoma sobre su proyecto de vida, para poder disfrutar de la misma, en congruencia también se debe reconocer al ser humano la capacidad de tomar decisiones libres y autónomas que le lleven a optar por no continuar con una vida llena sufrimiento no superable por otros medios.

Por lo tanto, el reconocimiento del derecho de los cuadripléjicos irreversibles a tomar decisiones libres y autónomas para terminar con su vida indigna y llena de sufrimiento, sólo puede lograrse mediante la supresión total o afectación grave de su derecho a la vida. Es importante mencionar que esta interpretación constitucional se refiere a un caso concreto y específico en que el juicio de ponderación otorga mayor peso a la autonomía del cuadripléjico irreversible, frente a su derecho a la vida; por lo que de ninguna manera genera precedente.[56]

[56] Sin embargo, no dejamos de reconocer que el resultado de este ejercicio de ponderación puede resultar cuestionado en razón de que habrá quien argumente que existen otros remedios a la supresión de la vida como las comodidades tecnológicas para el tetrapléjico, o bien que se está suprimiendo

Es precisamente esta limitación de no generar precedentes, la crítica que se hace al método del juicio de ponderación de Robert Alexy, porque genera inseguridad jurídica al apartarse de la generalidad de la ley y termina con el precedente judicial. Por ese motivo, existen autores que proponen realizar una "ponderación por especificación", que crea reglas derivadas del principio que se ponderó con mayor peso, para ser aplicadas a casos semejantes.[57]

VII. El aborto

Desde el punto de vista estrictamente constitucional, la facultad de legislar en materia de aborto le corresponde a las Entidades Federativas como tema de salubridad local y a la Federación, como tema de salubridad general (artículos 73, fracción XVI y 124 de la CPEUM).

Todas las Entidades Federativas han penado el aborto, entendiendo como tal la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez, es decir, se castiga la privación de la vida del producto

totalmente uno de los derechos fundamentales en juego y no logrando un equilibrio entre ellos.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la tesis de jurisprudencia 2a./J. 41/2017 (10a.), con rubro *"Progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de aquel principio"*, en la que manifiesta que la disminución en el ejercicio de un derecho fundamental "...tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y ... **genera un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos**" (Énfasis añadido).

Sin embargo, dadas las particularidades del caso concreto, el cuadripléjico irreversible no quería seguir viviendo en un constante sufrimiento insuperable para él, por lo que la vida le resulta una carga insoportable y no un disfrute.

[57] Véase Rosillo Martínez, *ob. cit. supra* nota 45, pp. 732-734.

de la concepción que se cometa en cualquier momento del embarazo.[58] Sin embargo, el caso de la Ciudad de México tiene tintes particulares porque el Código Penal para el Distrito Federal ha distinguido entre la *interrupción legal del embarazo* (si se practica dentro de las primeras doce semanas del embarazo) y el *aborto* (si el embarazo se interrumpe después de la semana doce). El *embarazo* inicia con implantación del embrión en el endometrio.[59] Una regulación similar fue aprobada el pasado 25 de

[58] Artículos 101 del Código Penal para el Estado de Aguascalientes; 132 del Código Penal para el Estado de Baja California; 151 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Baja California Sur; 155 del Código Penal del Estado de Campeche; 178 del Código Penal para el Estado de Chiapas; 143 del Código Penal del Estado de Chihuahua; 357 del Código Penal del Estado de Coahuila de Zaragoza; 138 del Código Penal para el Estado de Colima; 350 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango; 158 del Código Penal del Estado de Guanajuato; 154 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guerrero; 154 del Código Penal para el Estado de Hidalgo; 227 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco; 248 del Código Penal del Estado de México; 141 del Código Penal para el Estado de Michoacán de Ocampo; 115 del Código Penal para el Estado de Morelos; 368 del Código Penal para el Estado de Nayarit; 327 del Código Penal para el Estado de Nuevo León; 312 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca; 339 del Código Penal del Estado Libre y Soberano de Puebla; 136 del Código Penal para el Estado de Querétaro; 92 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo; 148 del Código Penal del Estado de San Luis Potosí; 154 del Código Penal para el Estado de Sinaloa; 265 del Código Penal del Estado de Sonora; 130 del Código Penal para el Estado de Tabasco; 356 del Código Penal para el Estado de Tamaulipas; 389 del Código Penal del Estado de Yucatán y 310 del Código Penal para el Estado de Zacatecas.

Por su parte, el artículo 241 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala define al aborto como "...la expulsión del producto de la preñez antes del tiempo en el que el feto puede vivir".

Asimismo, el artículo 149 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave dispone: "Comete el delito de aborto quien interrumpe el embarazo en cualquiera de sus etapas".

[59] Artículos 201, fracción VI y 144 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

Sobre el procedimiento legislativo de la llamada "Ley Robles" que dio lugar a la distinción entre la interrupción legal del embarazo y el aborto, se recomienda el estudio de Müggenburg Rodríguez-Vigil, Carlos, "El Aborto y

septiembre de 2019 por el Congreso del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, siendo publicada en el periódico oficial del Estado el 24 de octubre de 2019.

Es de llamar la atención la contradicción existente entre el Código Penal para el Distrito Federal, que permite interrumpir el embarazo hasta la semana 12 y el Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) en cuyo artículo 22 se establece que desde el momento de la concepción el no nacido se considerará como persona para todos los efectos legales, lo cual implicaría no poder privar de la vida al producto del embarazo desde que quedan unidos el óvulo y el espermatozoide.[60]

Por este motivo es necesario determinar si la interrupción legal del embarazo, prevista en el Código Penal para el Distrito Federal, se ajusta a la CPEUM. El tema se debe analizar poniendo frente a frente el derecho a la vida del embrión y la libertad de las mujeres para disponer de su cuerpo.

A continuación, se confrontan los argumentos existentes para defender la constitucionalidad o inconstitu-

su Despenalización Primera Parte" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 39, México, 2015, pp. 555-598.

[60] En relación con este tema, el Maestro Carlos Müggenburg Rodríguez Vigil, en un magnífico artículo, señala como consecuencias de esta contradicción que, en el ámbito civil, el hombre que no esté de acuerdo con la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo, además de ser discriminado, puede demandarle daño moral, de conformidad con el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal, o bien, los hermanos del abortado que hubiere sido designado heredero podrían demandar daño patrimonial a la madre por incumplir su deber civil de proteger al concebido y con ello haber perdido la posibilidad de heredar de su hermano en sucesión legítima, si éste hubiera nacido y fallecido a los pocos días, conforme al artículo 1602 del mismo ordenamiento. (Véase Müggenburg Rodríguez-Vigil, Carlos, "El Aborto y su Despenalización Segunda Parte" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 40, México, 2016, pp. 377-378 y 385-387.)

cionalidad del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal que permite la interrupción legal del embarazo hasta la semana doce de la gestación:

Constitucionalidad	Inconstitucionalidad
La *vida humana comienza después de la semana doce,* que es cuando se forma la corteza cerebral, signo distintivo de los seres humanos. El huevo o cigoto no es persona humana, sólo un bien protegido por la Constitución.	La *vida humana comienza desde la concepción,* de manera que se debe proteger el producto del embarazo en todas sus etapas, que son el desarrollo de la vida misma.
No es discriminatorio el trato diferenciado antes y después de doce semanas, porque el huevo o cigoto no es persona.	*Es discriminatorio establecer diferencias* en el tratamiento del producto del embarazo, antes y después de doce semanas.
Atenta contra la dignidad de la mujer no permitirle disponer de su cuerpo.	*No se atenta contra su dignidad* porque se trata de proteger a un ser humano que vive dentro de ella.
Se discrimina a la mujer, si se le obliga a respetar la voluntad del hombre.	*Se discrimina al hombre* al no permitirle ejercer su derecho a decidir en la procreación.
El Congreso de la Ciudad de México (antes Asamblea Legislativa) *tiene atribuciones* para legislar en materia de aborto.	*El Congreso de la Ciudad de México* (antes Asamblea Legislativa) *no tiene atribuciones* para limitar el derecho a la vida, lo cual sólo corresponde a la CPEUM.
La entonces *Asamblea Legislativa del D.F. invadió la competencia de la Federación al definir el embarazo,* que es una cuestión de salubridad general.	La entonces Asamblea Legislativa del D.F. *no invadió la competencia de la Federación al definir el embarazo.*

Constitucionalidad	Inconstitucionalidad
La ratificación del Senado de la República de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene una *declaración interpretativa de México para no necesariamente proteger el derecho a la vida desde la concepción.*	La *declaración interpretativa* se refiere a que la materia de punición del aborto es local, pero *no permite vulnerar la CPEUM que protege el derecho a la vida en todas sus etapas,* sin restricciones.
Conforme al artículo 123 constitucional, la obligación de proteger la vida y salud del producto de la concepción es del patrón y no del Estado, lo que en realidad implica *protección de la mujer trabajadora embarazada, cuyos derechos prevalecen sobre el producto de la concepción,* que no es persona.	El *artículo 123,* apartado A, fracción XV constitucional *protege expresamente la vida y la salud del producto de la concepción.*

A continuación, procederemos a profundizar sobre los argumentos anteriores:

a) Inicio de la vida humana: Señala el Doctor Jorge Carpizo, siguiendo al científico mexicano Ricardo Tapia, que la neurobiología determina que la vida humana inicia hasta que se forma la corteza cerebral, lo cual ocurre hasta después de la semana doce de la gestación, por lo que antes de ese tiempo únicamente existe un bien protegido por la CPEUM, pero no un ser humano que sea privado de la vida.[61]

No obstante lo señalado, es de destacarse que la vida es un proceso en desarrollo que inicia desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide, de manera que si

[61] Véase Carpizo, *ob. cit. supra* nota 21, pp. 4-6.

no se diera esa unión no iniciaría el proceso de formación del ser humano. Por lo tanto, el huevo o cigoto es un germen de ser humano, que debe ser protegido, porque sin su existencia, no se podría iniciar la vida humana.[62]

Es de destacarse que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver las acciones de inconstitucionalidad acumuladas 146/2007 y 147/2007, decretó "prueba pericial médica en materia de concepción y vida humana en el seno materno" de cinco especialistas de instituciones académicas y ante los dictámenes contradictorios, concluyó que no es posible determinar con exactitud el momento de inicio de la vida y el momento en que ésta debe ser protegida por el Estado.[63]

Ante la imposibilidad de determinar el momento exacto de inicio de la vida humana, es conveniente que el orden jurídico la proteja a partir del momento de la concepción.

b) Trato discriminatorio al producto del embarazo por su edad: La demanda de acción de inconstitucionalidad 147/2007 del Procurador General de la República plantea como quinto concepto de invalidez constitucional del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que únicamente protege al producto de la concepción después de la semana doce de gestación, violando las garantías de igualdad y no discriminación previstas en los artículos 1, tercer párrafo y 4, primer párrafo de la CPEUM.[64] En el mismo sentido, el

[62] Primer concepto de invalidez constitucional de la demanda de acción de inconstitucionalidad 146/2007, presentada por el Presidente de la Comisión Nacional de los derechos Humanos (véase Müggenburg, *ob. cit. supra* nota 22, p. 191).

[63] *Idem.*, p. 199 y páginas 122 a 128 del engrose de la resolución, visible en: *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf.*

[64] Véase Müggenburg, *ob. cit. supra* nota 22, p. 193.

quinto concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 146/2007, presentada por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.[65]

En respuesta, la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en su informe como autoridad emisora de las normas impugnadas, argumentó que el producto de la gestación antes de las doce semanas de gestación no tiene atributos para considerarse como "individuo", "... no tiene la claridad de ser humano... no es titular de los derechos humanos establecidos en la Ley Suprema".[66]

Por nuestra parte, consideramos que aún y cuando científicamente es difícil determinar el momento del inicio de la vida humana, ésta no puede tener lugar sin la fecundación, motivo por el cual la CPEUM protege siempre la vida, sin distinguir su inicio, de manera que el producto del embarazo goza de los derechos humanos desde su fecundación, por ser el germen de la formación del ser humano. En ese sentido, el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal sí establece un trato discriminatorio al producto de la concepción, por no proteger su vida antes de la semana trece de la gestación.

c) Dignidad de la mujer: Podría argumentarse que la dignidad de la mujer en su vertiente de libertad, autonomía y privacidad le permite decidir libremente sobre su cuerpo, de manera que está facultada a optar por la interrupción del embarazo, mientras no inicie la vida humana del embrión.

En contra de ese argumento se puede manifestar que existe la posibilidad que desde la concepción inicie el desarrollo de la vida humana, motivo por el cual la mujer no estaría decidiendo sobre su cuerpo, sino sobre la

[65] *Idem.*, pp. 191-192.

[66] *Apud. idem.*, p. 196.

vida de un ser humano diferente a ella, de manera que, al proteger el producto del embarazo desde la fecundación, no se atenta contra la dignidad de la mujer.

Al respecto, en el supuesto de que las decisiones de la mujer sobre el embarazo no versen sobre su cuerpo sino sobre la vida de otra persona, no existiría justificación para que la mujer optara por privarle de la vida, salvo en casos excepcionales y justificados como el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de una violación.

d) ¿Discriminación a la mujer o al hombre?: En el cuarto concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 146/2007 del Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos se argumenta que si la madre decide sola sobre el producto de la concepción, se priva al padre del derecho a tener descendencia, de manera que se violan en su perjuicio los derechos a la igualdad, procreación y paternidad.[67] De la misma manera, el tercer concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 147/2007 del Procurador General de la República sostiene que el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal viola el artículo 4 de la CPEUM, que tutela el derecho a la procreación, que es un derecho del hombre y de la mujer, pero no exclusivo de uno de éstos.[68]

Por su parte, el informe de la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal, autoridad emisora de las normas impugnadas, señaló que el derecho de procreación, como lo propone el accionante, desconoce el derecho de la mujer a la autodeterminación de su cuerpo, sujetándose éste a los intereses del hombre, lo que implica un trato discriminatorio a la mujer.[69]

[67] *Idem.*, p. 191.

[68] *Idem.*, p. 193.

[69] *Idem.*, p. 195.

La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a las acciones de inconstitucionalidad acumuladas consideró infundado el concepto de invalidez que sostiene que se viola el derecho a la procreación del hombre, toda vez la decisión final corresponde a la mujer, porque existen consecuencias en el embarazo no deseado que sólo recaen en el sexo femenino, lo que justifica dar un trato diferenciado.[70]

Sobre el particular, no debe perderse de vista que para algunos autores el razonamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hace nugatorio el derecho del varón a la procreación, porque si únicamente la mujer puede decidir sobre la interrupción del embarazo, el hombre no podrá en ningún caso decidir sobre los hijos que desee tener naturalmente, violándose con ello su igualdad frente a la mujer. En todo caso, el derecho de la mujer para decidir sobre la procreación se puede ejercer al realizar el acto sexual (con o sin anticonceptivos) y si resulta un embarazo no deseado, existen alternativas que no implican privar de la vida al embrión, como dar al hijo en adopción.[71]

Asimismo, dicha resolución no cumple con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al anular totalmente uno de los derechos en conflicto, en lugar de establecer cuál tiene un mayor peso específico en el caso concreto, con la alternativa de dar al hijo en adopción si el embarazo no fue deseado.

[70] *Idem.*, pp. 201-202 y páginas 185-190 del engrose de la resolución, visible en: *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf.*

[71] En contra de esta argumentación, el Doctor Jorge Carpizo sostiene que el derecho a la procreación es de una sola persona, no de la pareja, además de que se comete discriminación contra la mujer si el hombre se hace partícipe en las decisiones sobre su cuerpo, que le corresponden de manera exclusiva, porque es ella quien asume los cambios y consecuencias del embarazo. Asimismo, precisa que no debe confundirse libertad sexual con derecho a la procreación (véase Carpizo, *ob. cit. supra* nota 21, pp. 18 y 21).

e) Atribuciones de la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal para limitar el derecho a la vida: En el noveno concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 147/2007 interpuesta por el Procurador General de la República se argumentó una violación a la garantía de legalidad prevista en el artículo 16 constitucional, en razón de que la entonces Asamblea Legislativa de la Ciudad de México no tenía atribuciones para establecer que la mujer pudiera abortar dentro de las doce semanas de gestación, ya que inclusive se había proscrito la pena de muerte al reformarse el artículo 22 de la Ley Suprema.[72]

Por su parte, la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal en su informe manifestó que la CPEUM y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal la facultan para legislar en materias penal y de salud.[73]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró infundado el concepto de invalidez, en razón de que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal tiene libertad de calificación y configuración en las materias de su competencia, como lo es la penal.[74]

En nuestra opinión, no compartimos el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 1 de la Ley Suprema establece que los derechos humanos sólo pueden restringirse y suspenderse en los casos previstos en la Constitución, de manera que permitir la despenalización del aborto en las doce primeras semanas del embarazo, en los hechos equivale a permitir la supresión del derecho a la vida por una ley local y no así por la CPEUM.

[72] Véase Müggenburg, *ob. cit. supra* nota 22, p. 194.

[73] *Loc. cit.*

[74] Página 152 del engrose de la resolución, visible en *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf*

f) ¿Invasión de competencias?: El octavo concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 146/2007, presentada por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos argumenta que aún y cuando la salud es una materia concurrente, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, al definir embarazo en el Código Penal local, invadió la competencia de la Federación para definirlo, que le otorgan los artículos 4 y 73, fracción XVI de la CPEUM.[75]

En el mismo sentido, el segundo concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 147/2007, interpuesta por el Procurador General de la República, sostiene que la Asamblea Legislativa del Distrito Federal se extralimitó en sus atribuciones al definir el embarazo, porque se trata de una cuestión de salubridad general que compete al Congreso de la Unión, al Ejecutivo Federal en su facultad reglamentaria y al Consejo de Salubridad General y que el entonces vigente Estatuto de Gobierno del Distrito Federal vinculaba a la facultad legislativa local en materia de salud a los lineamientos establecidos en la Ley General de Salud.[76]

Por su parte, la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en su informe a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, indicó que el Presidente de la República, al definir el embarazo en un Reglamento, se excedió por no subordinarse a las normas sustantivas contenidas en la Ley General de Salud.[77]

La resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que el Reglamento emitido por el Ejecutivo Federal sólo define al embarazo para efectos de "investigación para la salud, y no es una definición general que para efectos de la materia de salubridad general es-

[75] Véase Müggenburg, *ob. cit. supra* nota 22, p. 192.

[76] *Idem.*, p. 193.

[77] *Idem.*, pp. 195-196.

tablezca la Ley General de Salud" y que no es posible establecer una jerarquía entre reglamentos federales frente a los estados y municipios, los cuales pueden desarrollar los conceptos de manera concurrente.[78]

Asimismo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró que la definición de embarazo contenida en el Código Penal para el Distrito Federal, fue establecida por la entonces Asamblea Legislativa en ejercicio de su facultad legislativa en materia penal y con "autonomía calificadora", no contraviniendo la Ley General de Salud porque este ordenamiento no prevé una definición de embarazo aplicable de manera general y porque la única definición establecida en el ámbito federal se encuentra limitada a la materia de investigación a la salud.[79]

Por nuestra parte, consideramos que efectivamente la definición del Reglamento se emitió para fines de investigación para la salud y la definición del Código Penal del entonces Distrito Federal, para efectos penales, sin invadir esferas de competencia.

g) Declaración interpretativa de México en la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: El artículo 4, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

> Artículo 4.—Derecho a la vida.
>
> 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. *Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción.* Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
>
> ... (Énfasis añadido).

[78] *Idem.*, pp. 199-200 y página 145 del engrose de la de la resolución, visible en: *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf.*

[79] Página 151 del engrose de la resolución, visible en: *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf.*

En el Decreto Promulgatorio de la referida Convención, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981, se contienen las "Declaraciones interpretativas" del Senado, en las que se manifestó:

> ... considera que la expresión 'en general', usada en el citado párrafo, no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida a partir del momento de la concepción', ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados.

Respecto de esta declaración interpretativa, el segundo concepto de invalidez de la demanda de acción de inconstitucionalidad 146/2007, interpuesta por el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, señaló que el término "en general" se refiere a que puede haber excepciones "en virtud de una causa justificada", pero no que el Estado pueda expedir leyes de manera absoluta que "vayan contra la vida desde la concepción" porque permitirlo "sería ir en contra del objeto y fin del tratado".[80]

En el Informe que rindió la entonces Asamblea Legislativa del Distrito Federal se indicó que el Estado Mexicano no reconoció la obligación de proteger la vida a partir de la concepción, prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser una materia reservada a los Estados.[81] En la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007, se indicó que:

> La expresión "en general" que utiliza la Convención Americana fue introducida para que tanto los Estados que

[80] Véase Müggenburg, *ob. cit. supra* nota 22, p. 191.

[81] *Idem.*, p. 195.

querían y protegían la vida "desde la concepción", como aquellos que no deseaban obligarse a que dicha protección se diera desde un momento específico, pudieran ser parte de dicho tratado;

México no se encuentra obligado a proteger la vida desde el momento de la concepción, o algún momento específico, en razón del sentido y alcance que tiene la declaración interpretativa que formuló al ratificar la Convención Americana y que se mantiene vigente...[82]

En nuestra opinión, coincidimos con el criterio de que la declaración interpretativa faculta a cada entidad federativa a determinar el momento en el que se protege la vida, por tratarse de una cuestión local la penalización del aborto. Sin embargo, una declaración interpretativa no debe tenerse como una cláusula habilitante para que las leyes de las entidades federativas establezcan restricciones a los derechos humanos reconocidos por la CPEUM, lo cual corresponde únicamente a la ley suprema, como lo prevé expresamente su artículo 1, en su primer párrafo.

h) Protección laboral: El artículo 123, apartado A, fracción XV de la CPEUM dispone expresamente lo siguiente:

XV. *El patrón estará obligado* ... a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes en el uso de las máquinas, instrumentos y materiales de trabajo, así como *a organizar de tal manera éste, que resulte la mayor garantía para la salud y la vida de los trabajadores, y del producto de la concepción, cuando se trate de mujeres embarazadas*. Las leyes contendrán, al efecto, las sanciones procedentes en cada caso... (Énfasis añadido)

[82] Página 174 del engrose de la resolución, visible en *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf*

De la lectura de la disposición anterior, existen interpretaciones en el sentido de que la obligación de proteger la vida y salud del producto de la concepción, en realidad se trata de una obligación del patrón correlativa a los derechos la mujer trabajadora embarazada; motivo por el cual, en caso de existir contradicción entre los derechos de ésta y los del producto de la concepción, prevalecen los de la mujer por tratarse de derechos fundamentales.[83]

No estamos de acuerdo con esa interpretación por ser gramatical y no tomar en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1 constitucional, que dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo a las personas la protección más amplia.

En tal virtud, la fracción XV del apartado A del artículo 123 de la ley suprema debe interpretarse en el sentido de que la vida y la salud están protegidos desde la concepción, toda vez que se hace referencia expresa al "producto de la concepción" y sería discriminatorio sólo otorgarle protección a éste cuando la mujer embarazada tenga trabajo y no así cuando se encuentre desempleada.

En conclusión en cuanto al tema del aborto, es importante mencionar que en el resolutivo tercero de la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró infundadas las acciones de inconstitucionalidad y reconoció la validez, entre otros, del artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que permite la interrupción del embarazo durante las doce primeras semanas de gestación.[84]

[83] Véase Carpizo, *ob. cit. supra* nota 21, p. 30.

[84] Páginas 206 a 208 de la sentencia, visible en *https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/DESPENALIZACION%20ABORTO%20DF%20AI%20146-2007_0.pdf*

No obstante lo señalado, no compartimos el criterio de nuestro máximo tribunal porque el artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal al despenalizar la interrupción del embarazo durante las doce primeras semanas de gestación, está legitimando una restricción del derecho a la vida del embrión, lo cual sólo puede preverse en la CPEUM, cuyo artículo 1 dispone que los derechos humanos sólo pueden restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la propia ley suprema establece.

En ese sentido, la CPEUM no distingue etapas de la vida humana que no deban ser protegidas, motivo por el cual las leyes locales tampoco pueden establecer esa distinción. Más aún, en el supuesto no admitido de que la vida del embrión no se considerara humana sino animal, la Constitución de la Ciudad de México ordena respetar la vida y la integridad de los animales.

Finalmente, resulta importante mencionar que el 5 de agosto de 2019, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el voto de ocho de los once Ministros, declaró infundadas las controversias constitucionales iniciadas por los Estados de Aguascalientes y Baja California en contra de las reformas a la Norma Oficial Mexicana NOM-190-SSA1-1999, que obliga a todos los hospitales públicos del país a interrumpir los embarazos producto de una violación, bastando solo la palabra de la mujer sin necesidad de presentar denuncia, quien fue violentada de manera grave en su libertad sexual.

VIII. Donación de órganos

La donación de órganos para trasplantes no se encuentra prohibida por la CPEUM; además de que se encuentra íntimamente vinculada con el derecho a la vida reconocido en el artículo 29 de la ley fundamental,

con el derecho a la protección de la salud previsto en el artículo 4 de la Ley Suprema y con el reconocimiento a la dignidad humana en su vertiente de autonomía, libertad y privacidad a que se refieren los artículos 1 constitucional y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Lo anterior, en razón de que la donación de órganos permite salvar vidas o mejorar la salud de los enfermos, pero debe permitirse siempre y cuando no se afecte la salud o la vida del donante (artículo 330 de la Ley General de Salud).

Así las cosas, el artículo 73, fracción XVI de la CPEUM faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de salubridad general de la República y en ejercicio de esa facultad se aprobó la Ley General de Salud, que regula la donación de órganos en su Título Décimo Cuarto denominado "Donación, trasplantes y pérdida de la vida", en cuyo Capítulo Segundo denominado "Donación" comprende los artículos 320 a 329 Bis.

En términos generales se establece que toda persona es disponente[85] de su cuerpo y que puede donarlo, total o parcialmente, para los fines y con los requisitos previstos en el Título Décimo Cuarto de la citada Ley General (artículo 320 de la Ley General de Salud).

El alcance del término "disponente de su cuerpo" equivale a decir que una persona es "donador" de su cuerpo, o de sus órganos, tejidos y células (artículo 314, fracción VI de la Ley General de Salud).[86]

---

[85] Ver apartado 5 del presente artículo, respecto de si el cuerpo humano es una cosa.

[86] Un órgano es "la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes, que mantiene de modo autónomo su estructura, vascularización y capacidad de desarrollar funciones fisiológicas" (artículo 314, fracción X de la Ley General de Salud) y un tejido es la "agrupación de células especializadas que realizan una o más funciones" (artículo 314, fracción XIII de la Ley General de Salud).

Por *donación* se entiende el consentimiento tácito o expreso de la persona para que, en vida o después de su muerte, su cuerpo o cualquiera de sus componentes se utilicen para trasplantes (artículo 321 de la Ley General de Salud).

El *consentimiento expreso* se deberá manifestar *por escrito* cuando se trate de la donación de tejidos y órganos en vida o donación de sangre, componentes sanguíneos y células troncales en vida (artículo 323 de la Ley General de Salud).

La donación expresa puede ser *amplia* cuando verse sobre la disposición total del cuerpo o *limitada*, cuando solo se otorgue respecto de determinados componentes (artículo 322, primer párrafo de la Ley General de Salud).

El consentimiento expreso sólo puede ser otorgado por mayores de edad con capacidad jurídica y revocarse en cualquier momento por el donante. La donación expresa no puede ser revocada por terceros (artículo 322, penúltimo párrafo de la Ley General de Salud). En la donación expresa el donante puede indicar que se realiza a favor de determinadas personas o instituciones y las circunstancias de modo, lugar y tiempo o cualquier otra que condicione la donación (artículo 322, segundo párrafo de la Ley General de Salud).

El *consentimiento tácito* sólo aplicará para la donación de órganos y tejidos una vez que se confirme la pérdida de la vida del disponente (artículo 325, primer párrafo de la Ley General de Salud).

Habrá consentimiento tácito del donante cuando no haya manifestado su negativa a que su cuerpo o componentes sean utilizados para trasplantes, siempre y cuando se obtenga también el consentimiento de cualquiera de las siguientes personas que se encuentren presentes: el o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante. Si se encontrara presente más de una de

las personas mencionadas, se aplicará la prelación señalada (artículo 324, primer párrafo de la Ley General de Salud).

La negativa a ser donador deberá constar en documento público o privado firmado o en los documentos públicos que determine la Secretaría de Salud en coordinación con las autoridades competentes (artículo 324, segundo párrafo de la Ley General de Salud).

No es válido el consentimiento expreso o tácito para donación plena o limitada, otorgado por *menores de edad o por incapaces* (artículo 326, fracción I de la Ley General de Salud). Para que sea admisible el consentimiento otorgado por *mujeres embarazadas*, el receptor debe estar en peligro de muerte y no existir riesgo para la salud de la donante o del producto de la concepción (artículo 326, fracción II de la Ley General de Salud).

Está *prohibido el comercio* de órganos, tejidos y células. La donación de éstos se regirá por *principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad*, por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito (artículo 327, primer párrafo de la Ley General de Salud).

Sólo en caso de que la pérdida de la vida del donante esté relacionada con la averiguación de un delito, o se desconozca su identidad o forma de localizar a sus parientes, se dará intervención al Ministerio Público y a la autoridad judicial, para la extracción de órganos y tejidos (artículo 328 de la Ley General de Salud).

IX. Donación de sangre

La disposición de la sangre encuentra su fundamento constitucional en el artículo 4 de la CPEUM que tutela el derecho a la protección de la salud, así como en el derecho al reconocimiento a la dignidad humana en su

vertiente de autonomía, libertad y privacidad a que se refieren los artículos 1 constitucional y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. No obstante, tiene una regulación en el ámbito del derecho público, para tutelar la salud de otras personas y evitar contagios de enfermedades de la sangre.

El capítulo III Bis del Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud se denomina "Disposición de sangre, componentes sanguíneos, hemoderivados y células troncales de seres humanos" y abarca los artículos 340 a 342 Bis 3 del citado ordenamiento.

Se requiere *consentimiento* expreso *por escrito* para la donación de sangre, componentes sanguíneos y células troncales en vida (artículo 323, fracción II de la Ley General de Salud). Está *prohibido* el *comercio de la sangre* y sus componentes, aunque no se consideran actos de comercio los relativos a la recuperación de los costos derivados de la obtención o extracción, análisis, conservación, preparación, distribución, transportación y suministro de aquéllos (artículo 327 de la Ley General de Salud).

El *control sanitario* de la disposición de sangre lo ejerce la Secretaría de Salud a través de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (artículo 340 de la Ley General de Salud). Los establecimientos que realicen actos de disposición de sangre, componentes sanguíneos y células progenitoras hematopoyéticas, deberán contar con un *Comité de Medicina Transfusional*, el cual se sujetará a las disposiciones que para tal efecto emita la Secretaría de Salud (artículo 316, quinto párrafo de la Ley General de Salud).

El Centro Nacional de la Transfusión Sanguínea tendrá a su cargo el *Registro Nacional de Sangre y de Células Troncales*, el cual integrará y mantendrá actualizada la información relativa a la disposición de sangre, componentes sanguíneos y células troncales (artículo 342 Bis 3 de la Ley General de Salud).

También resultan aplicables a la donación de sangre las disposiciones contenidas en la Sección Tercera del Capítulo III del "Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos" (artículos 38 a 55).

X. Trasplantes[87]

Están regulados en el Capítulo III del Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud (artículos 330 a 339) y en el Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Trasplantes. Pueden realizarse *entre vivos* (artículo 333 de la Ley General de Salud) *o provenir de un donante que haya perdido la vida* (artículo 334 de la citada Ley General), aunque preferentemente la extracción de órganos o tejidos se debe realizar de personas que se ha comprobado que han perdido la vida (artículo 331 de la Ley General de Salud).

Están *prohibidos* los trasplantes de gónadas o tejidos gonadales y en ningún caso se pueden utilizar tejidos embrionarios o fetales producto de abortos inducidos (artículo 330, fracciones I y II de la Ley General de Salud).

La *selección* del donante y del receptor se hará siempre por prescripción y bajo control médico, en los términos que fije la Secretaría de Salud (artículo 332, primer párrafo de la Ley General de Salud). *No se pueden recibir trasplantes* de órganos o tejidos *provenientes de menores de edad vivos*, excepto si se trata de trasplante de médula ósea, con el consentimiento de los representantes legales

[87] Se recomienda la lectura de Melgar Adalid, Mario, "Los trasplantes, una aproximación jurídica", en *Temas Selectos de Salud y Derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 119-138, visible en *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/357/10.pdf*

del menor (artículo 332, segundo párrafo de la Ley General de Salud).

Tratándose de *menores que han perdido la vida*, sólo se podrán tomar sus órganos y tejidos para trasplantes con el consentimiento expreso de los representantes legales del menor (artículo 332, tercer párrafo de la Ley General de Salud). En el caso de *incapaces y otras personas sujetas a interdicción* no podrá disponerse de sus componentes, ni en vida ni después de su muerte (artículo 332, último párrafo de la Ley General de Salud).

Para realizar *trasplantes entre vivos* deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante, que están previstos en el artículo 333 de la Ley General de Salud:

- Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;
- Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura;
- Tener compatibilidad aceptable con el receptor;
- Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante;
- Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos de los artículos 322 y 323 de la Ley General de Salud;
- Los trasplantes se realizarán, de preferencia, entre personas que tengan parentesco por consanguinidad, civil o de afinidad. Sin embargo, cuando no exista un donador relacionado por algún tipo de parentesco, será posible realizar una donación, siempre y cuando se cumpla con los siguientes requisitos:

- ♦ Obtener resolución favorable del Comité de Trasplantes de la institución hospitalaria, donde se vaya a realizar el trasplante, previa evaluación médica, clínica y psicológica;
- ♦ El interesado en donar deberá otorgar su consentimiento expreso ante Notario Público y en ejercicio del derecho que le concede la Ley General de Salud, manifestando que ha recibido información completa sobre el procedimiento por médicos autorizados, así como precisar que el consentimiento es altruista, libre, consciente y sin que medie remuneración alguna. El consentimiento del donante para los trasplantes entre vivos podrá ser revocable en cualquier momento previo al trasplante, y
- ♦ Haber cumplido todos los requisitos legales y procedimientos establecidos por la Secretaría de Salud, para comprobar que no se está lucrando con esta práctica.

De conformidad con el artículo 334 de la Ley General de Salud, para realizar *trasplantes de donantes que hayan perdido la vida*, deberá cumplirse lo siguiente:

- Comprobar la pérdida de la vida del donante, previamente a la extracción de los órganos y tejidos y por un médico distinto a los que intervendrán en el trasplante o en la extracción de los órganos o tejidos;
- Existir consentimiento expreso del disponente, que conste por escrito o no constar la revocación del tácito para la donación de sus órganos y tejidos;
- Proporcionar información completa, amplia, veraz y oportuna al o la cónyuge, el concubinario, la concubina, los descendientes, los ascendientes, los hermanos, el adoptado o el adoptante de la perso-

na fallecida, conforme a la prelación señalada, de los procedimientos que se llevarán a cabo, y
- Asegurarse que no exista riesgo sanitario.

XI. Derechos de reproducción humana asistida

Encuentran su fundamento constitucional en el artículo 4, segundo párrafo de la Ley Suprema, que reconoce el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos. Así lo ha reconocido la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis aislada con rubro *"Derecho a la reproducción asistida. Forma parte del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y espaciamiento de sus hijos, previsto en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"*.[88] En tal virtud, las personas que tengan una imposibilidad física para reproducirse de manera natural, pueden acudir al auxilio[89] de las técnicas de reproducción humana asistida, que les permita tener un descendiente.

Así las cosas, se permite la *inseminación artificial* para los casos en que el espermatozoide no puede llegar de manera natural al óvulo, o bien, la *fecundación o fertilización in vitro* para las mujeres que no pueden embarazarse. Lo conceptos de "inseminación artificial" y "fertilización in vitro" se encuentran agrupados bajo el término genérico de *"fertilización asistida"*, previsto en el artículo 40, fracción XI del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud.

[88] Época: Décima Época; Registro: 2017232; Instancia: Primera Sala; Tipo de Tesis: Aislada; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 55, Junio de 2018, Tomo II; Materia(s): Constitucional, Civil; Tesis: 1a. LXXVI/2018 (10a.); Página: 957.

[89] Pero ello solo como último remedio, cuando el problema de esterilidad no pueda ser resuelto de otra manera. Al respecto, el artículo 56 del *Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud prevé lo siguiente*: "La investigación sobre fertilización asistida sólo será admisible cuando se aplique a la solución de problemas de esterilidad que no se puedan resolver de otra manera, respetándose el punto de vista moral, cultural y social de la pareja, aun si éste difiere con el de investigador".

Para que se realice la *inseminación artificial* es necesario el consentimiento de la mujer y si ésta es casada, también se requiere el consentimiento del cónyuge (artículos 466 de la Ley General de Salud, así como 21, 22 y 43[90] del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud). Es de destacarse que el artículo 43 del Reglamento de la Ley General de Salud en materia de Investigación para la Salud únicamente hace referencia al "consentimiento informado de la mujer y de su cónyuge o concubinario", lo que podría dar lugar a interpretar erróneamente que la fertilización asistida solo está permitida para parejas heterosexuales casadas o en concubinato, pero no así para mujeres solteras o para parejas del mismo sexo.

Esa interpretación es discriminatoria, porque atenta contra lo dispuesto en el artículo 1, último párrafo de la CPEUM que prohíbe toda discriminación motivada por género, preferencias sexuales o estado civil, de manera que pueden tener acceso a la fertilización asistida tanto mujeres solteras, como parejas del mismo o de diferente sexo. Lo anterior se confirma con el texto del artículo 466 de la Ley General de Salud que expresamente distingue entre el consentimiento de una mujer (presuponiendo que es soltera), o la conformidad de su cónyuge si es casada. Lo confuso de la redacción es explicable, dado que la terminología del artículo 43 del Reglamento de la

[90] De acuerdo con estos artículos del Reglamento, el consentimiento debe ser informado y constar por escrito, pero no sólo para inseminación artificial sino también para la fertilización *in vitro*.

Ley General de Salud data del año 1985, cuando no estaba permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ahora bien, tratándose de inseminación heteróloga, la filiación del hijo con el padre depende del consentimiento que haya dado el esposo o concubino para que su mujer fuera inseminada con material genético de un tercero donante. Si hay ese consentimiento, existe la llamada "voluntad procreacional" y la filiación del niño existirá con la pareja de su madre, aunque no sea el padre biológico.[91]

Por otro lado, es de destacarse que la Ley General de Salud no prevé la maternidad subrogada, ni la clonación humana. En ese sentido, debe analizarse si se encuentran permitidas por la CPEUM.

Con respecto a la *maternidad subrogada*, se debe concluir que puede fundamentarse dentro del derecho a decidir de manera libre e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, previsto en el artículo 4, segundo párrafo de la Ley Suprema, así como en el derecho al reconocimiento a la dignidad humana, en su vertiente de autonomía, libertad y privacidad, a que se refieren los artículos 1 constitucional y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, aún y cuando no está prevista como tal en el Código Civil Federal, se requiere del consen-

[91] Existen varias tesis aisladas de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ese sentido y que fueron aprobadas el 22 de junio de 2018: 1a. LXXIX/2018 (10a) *"Voluntad procreacional. Su fundamento deriva del reconocimiento constitucional y convencional del derecho a la identidad de un menor de edad"*; 1a LXXX/2018 (10a.) *"Voluntad procreacional. Forma en la que debe acreditarse cuando la legislación respectiva no regula la forma en la que deba otorgarse (Código Civil del Distrito Federal aplicable en la Ciudad de México)"*; 1a. LXXVII/2018 (10a.)*"Voluntad procreacional. Constituye un factor determinante en la filiación de un niño o una niña que nació bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga"* y 1a. LXXVII/2018 (10a.) *"Derecho a la identidad de un menor. Elementos que se deben tomar en cuenta cuando el niño o la niña nació como consecuencia de un tratamiento de inseminación artificial heteróloga"*.

timiento de la mujer que aporta el óvulo; del consentimiento del hombre que aporta el espermatozoide, del consentimiento de la mujer que presta su útero para la gestación y, en su caso, del consentimiento del cónyuge de la mujer que presta su útero.

Como el marido de la gestadora no aportó el espermatozoide, tiene derecho a contradecir que el nacido es hijo de su matrimonio (artículo 330 del Código Civil Federal) y la gestadora será la madre por el sólo hecho del nacimiento (artículo 360 del Código Civil Federal), pero podrá dar al hijo en adopción de la pareja que aportó las células germinales (artículo 397, fracción I del Código Civil Federal).

Por lo que se refiere a la *clonación humana*, aún y cuando no se ha logrado conseguir científicamente, al intentar crear a una persona sin la unión de un óvulo con un espermatozoide, debe considerarse inconstitucional, por atentar contra la dignidad humana que torna al ser humano como único e irrepetible y proveniente de un proceso natural de la unión de gametos.

Al respecto, el Biólogo León R. Kass manifiesta que la clonación es vulnerable a tres clases de objeciones: amenaza la identidad e individualidad, transforma la reproducción natural en manufactura de seres humanos y es una forma de despotismo de los clonados hacia sus clones.[92]

XII. Cadáveres

Se entiende por *cadáver*, el cuerpo humano en el que se ha comprobado la pérdida de la vida (artículo 314, fracción II de la Ley General de Salud). El tratamiento del cadáver se encuentra regulado en el Capítulo V del

[92] *Apud.* Oliver, *ob. cit. supra* nota 2, pp. 84-85.

Título Décimo Cuarto de la Ley General de Salud, que comprende los artículos 346 a 350 Bis 7. Siempre debe ser *tratado* con respeto, dignidad y consideración (artículo 346 de la Ley General de Salud).

Los cadáveres se *clasifican* en cadáveres de personas conocidas y de personas desconocidas. Estos últimos son aquéllos que no son reclamados dentro de las setenta y dos horas posteriores a la muerte o los que su identidad es desconocida (artículo 347 de la Ley General de Salud).

Tratándose de *cadáveres de personas conocidas*, su *destino* debe ser *inhumación o incineración* dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte,[93] previa autorización del oficial del Registro Civil (artículo 348 de la Ley General de Salud), o bien, su *utilización para fines de docencia e investigación*, previo consentimiento *ante mortem* de la persona fallecida o de sus familiares después de su muerte (artículos 350 Bis 3, primer párrafo y 350 Bis 4, primer párrafo de la Ley General de Salud).[94]

Tratándose de *cadáveres de personas no identificadas*, la Fiscalía General de la República debe llevar un Registro Nacional de Personas Fallecidas y No Identificadas, teniendo la obligación de identificar y localizar a los familiares de la persona fallecida (artículos 111 y 112 de la Ley General en materia de Desaparición Forzada de Personas, Desaparición Cometida por Particulares y del Sistema Nacional de Búsqueda de Personas).

Para la práctica de *necropsia* al cadáver, se requiere el consentimiento del cónyuge, concubinario, concubina,

[93] Salvo autorización específica de la autoridad sanitaria competente o por disposición del Ministerio Público, o de la autoridad judicial (artículo 348, segundo párrafo de la Ley General de Salud).

[94] La institución educativa llevará un registro de los cadáveres recibidos (artículo 350 Bis 4, segundo párrafo de la Ley General de Salud). Posteriormente dichos cadáveres serán incinerados o inhumados (artículo 350 Bis 5 de la Ley General de Salud).

ascendientes, descendientes o de los hermanos, salvo que exista orden por escrito del disponente, o en el caso de la probable comisión de un delito, la orden de la autoridad judicial o el Ministerio Público (artículo 350 Bis 2 de la Ley General de Salud).

Tratándose de *cadáveres de fetos*, sólo se les podrá dar destino final, previa obtención del certificado de muerte fetal y si no son reclamados dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la muerte, serán inhumados o incinerados, a menos que sean destinados por la autoridad de salud para el apoyo de la docencia e investigación (artículo 350 Bis 6 de la Ley General de Salud).

Los *establecimientos* que manejen cadáveres deberán cumplir con las condiciones sanitarias que fije la Secretaría de Salud, estarán sujetos al control sanitario de las autoridades competentes y deberán presentar el aviso correspondiente a la autoridad sanitaria estatal (artículos 349, 350 y 350 Bis 7 de la Ley General de Salud).

La *internación y salida* de cadáveres del territorio nacional sólo podrán realizarse, mediante autorización de la Secretaría de Salud o por orden de la autoridad judicial o del Ministerio Público (artículo 350 Bis 1, primer párrafo de la Ley General de Salud).

En el caso del traslado de cadáveres entre entidades federativas se requerirá dar aviso a la autoridad sanitaria competente del lugar en donde se haya expedido el certificado de defunción (artículo 350 Bis 1, segundo párrafo de la Ley General de Salud).

XIII. Conclusiones

1. Los actos de disposición del cuerpo humano encuentran su fundamento, contenido y límites en los derechos fundamentales a la vida, a la protección de la salud, al reconocimiento a la dignidad humana y a decidir libremente sobre el número y espaciamiento de los hijos.

2. El cuerpo humano, por ese motivo, no debe ser considerado como una cosa, sino como parte integrante del ser humano y, por ello, ser tratado con dignidad, respeto y consideración.

3. La posibilidad de "disponer" o "donar" parte o la totalidad del cuerpo humano no implica darle el tratamiento de medio o cosa, sino de un fin en sí mismo, porque el cuerpo es inherente a la dignidad del ser humano, de manera que la "donación" o "disposición" del mismo es una ficción legal que permite preservar la vida o la salud de otro ser humano.

4. La eutanasia y el suicidio asistido se encuentran prohibidos expresamente por la Ley General de Salud, además de que la interpretación constitucional mediante el juicio de ponderación no los podría validar porque se estaría suprimiendo totalmente uno de los derechos en juego (la vida sería eliminada por la autonomía) en lugar de ponerlos en equilibrio.

Sin embargo, tratándose de enfermos terminales, la Ley General de Salud ha permitido que, en ejercicio de su autonomía (artículo 166 Bis 3, fracción VI) y en respeto a su dignidad (artículo 166 Bis, fracción I) puedan rechazar tratamientos curativos (artículos 166 Bis 5 y 166 Bis 6), medios extraordinarios (artículo 166 Bis 17) u obstinación terapéutica (artículo 166 Bis 18) que les prolongue artificialmente la vida o el sufrimiento en detrimento de su propia dignidad.

5. Aún y cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, ha declarado la validez de la interrupción legal del embarazo durante las primeras doce semanas de gestación en la Ciudad de México, existen argumentos para cuestionar la constitucionalidad de dicha interrupción, porque una ley local como lo es el Código Penal para el Distrito Federal está restringiendo el derecho a la vida, cuando sólo la ley su-

prema puede hacerlo. Es importante mencionar que el 29 de julio de 2020 la Primera Sala de la SCJN desechó un proyecto que ordenaba al Congreso despenalizar el aborto en el Estado de Veracruz.

6. La donación de órganos, trasplantes de éstos y transfusión de sangre se realizan en ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, de reconocimiento a la dignidad humana (en su vertiente de autonomía, libertad y privacidad) y de protección de la salud, además de que se encuentran regulados por razones de interés público en la Ley General de Salud.

7. La reproducción asistida (en sus variantes de inseminación artificial y fertilización *in vitro*) se encuentra permitida en ejercicio del derecho fundamental de las personas a decidir sobre el número y espaciamiento de sus hijos.

8. La maternidad subrogada no se encuentra expresamente regulada, pero su constitucionalidad se desprende del ejercicio del derecho a decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos y de la autonomía de las personas que participan en ella.

9. La clonación humana todavía no es una realidad, pero en caso de lograrse científicamente implicaría un atentado en contra de la dignidad humana, porque se estaría creando un gemelo idéntico al clonado, sin la unión de un óvulo con un espermatozoide.

10. Todo cadáver debe ser tratado con respeto, dignidad y consideración, debiendo tener como destino final la inhumación o incineración o, previo consentimiento del disponente, su estudio para fines científicos o de investigación.

Bibliografía general

Adib Adib, Pedro José, "Comentarios a la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal", en *Boletín*

Mexicano de Derecho Comparado, volumen XLI, número 123, septiembre-diciembre 2008, UNAM, México, pp. 1533-1556, visible en: *http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex123/BMD000012313.pdf*

ATIENZA, Manuel, *El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias*, Universidad de Alicante, España, pp. 1-39, visible en: *https://dfddip.ua.es/es/documentos/el-derecho-sobre-el-propio-cuerpo-y-sus-consecuencias.pdf?noCache=1458632639168*

CARPIZO, Jorge, "La interrupción del embarazo antes de las doce semanas" en *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, pp. 1-79.

CASAS-MARTÍNEZ, María de la Luz y Alberto AMOR-VILLALPANDO, "Derechos y límites de la disposición del cuerpo humano en la Ley General de Salud Mexicana", en *Revista de Sanidad Militar*, volumen 57, número 5, septiembre-octubre de 2003, Escuela Médico Militar, México, pp. 325 a 330, visible en *https://www.medigraphic.com/pdfs/sanmil/sm-2003/sm035h.pdf*

FARÍAS, Gisela, *Muerte voluntaria*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2007.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, Editorial Colofón, México, 2017.

GONZÁLEZ ALCÁNTARA, José Luis, "Panorama actual y perspectivas del Derecho Civil", en *La Ciencia del Derecho durante el siglo XX*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 1998, pp. 693-708, visible en *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/114/18.pdf*

HURTADO OLIVER, Xavier, *El derecho a la vida ¿y a la muerte?*, 3a ed., Editorial Porrúa, México, 2008.

MARCHIORI, Hilda, *El suicidio, enfoque criminológico*, 5a ed., Editorial Porrúa, México, 2015.

MELGAR ADALID, Mario, "Los trasplantes, una aproximación jurídica", en *Temas Selectos de Salud y Derecho*,

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2002, pp. 119-138, visible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/357/10.pdf*

MÜGGENBURG RODRÍGUEZ-VIGIL, Carlos, "El Aborto y su Despenalización Primera Parte" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 39, México, 2015, pp. 555-598.

——, "El Aborto y su Despenalización Segunda Parte" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 40, México, 2016, pp. 367-405.

——, "El Aborto y su Despenalización Tercera Parte" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 42, México, 2018, pp. 173-220.

ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro, "El juicio de ponderación en el ejercicio judicial en México" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, número 39, México, 2015, pp. 719-752.

SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio, "La voluntad anticipada en España y en México. Un análisis de derecho comparado en torno a su concepto, definición y contenido", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 44, núm. 131, México, mayo-agosto 2011, visible en: *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332011000200008*

VALADÉS, Diego, "Eutanasia, régimen jurídico de la autonomía vital", en *Derechos Humanos, Aborto y Eutanasia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, pp. 81-162.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "Notas del Sistema Jurídico Mexicano a la luz de la Constitución" en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 7, Julio de 1975, pp. 587-641.

Tercera parte

DERECHO CIVIL

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 reproducción 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

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

[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 Gre-

[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.

cia. 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)».

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 investigación 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.

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

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 de-

«*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]

recho 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.

[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 Reproduk-*

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

tionstourismus, Metzner, Frankfurt a.M., 2015, p. 207; C. Fenton-Glynn, *Outsourcing Medical Dilemmas* op. cit., p. 69.

[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] *Ibidem*, 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.

DERECHOS DE DISPOSICIÓN SOBRE EL CUERPO HUMANO. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL DERECHO CIVIL

Carlos Antonio Morales Montes de Oca
(Escuela Libre de Derecho)

Resumen: A través del presente trabajo analizaremos la problemática del ordenamiento jurídico mexicano actual derivado de la ausencia de una clasificación integral de los bienes en los que puedan encuadrarse los órganos, tejidos y componentes biológicos una vez desprendidos del cuerpo humano, su posible comercialización y el alcance del consentimiento informado como medio de autorización para la disposición de los mismos. Asimismo, estudiaremos la gestación por otros, la problemática de su regulación, las circunstancias relacionadas a este método de reproducción, los efectos en la familia y la filiación, y el consentimiento de las partes implicadas. Además, examinaremos las diversas legislaciones, nacionales y extranjeras, sentencias e instrumentos internacionales que existen, así como el interés superior del menor como base de cualquier regulación en esta materia. Finalmente concluiremos con la importancia de que nuestro sistema jurídico regule estos nuevos supuestos, actualizando el concepto de consentimiento informado y de bienes, a fin de dotar de seguridad jurídica y previsibilidad a todos los sujetos involucrados.

Riassunto: Attraverso il presente lavoro analizzeremo la problematica dell'ordinamento giuridico messicano attuale derivata dall'assenza di una classificazione integrale dei beni,

in cui possano inquadrarsi organi, tessuti e componenti biologici una volta estratti dal corpo umano, di una loro possibile commercializzazione e dei limiti del consenso informato come mezzo di autorizzazione alla disposizione degli stessi. Allo stesso tempo, studieremo la gestazione per conto di altri, la problematica della sua regolazione, le circostanze relative a questo metodo di riproduzione, gli effetti nella famiglia e per la filiazione ed il consenso delle parti implicate. Inoltre, esamineremo le diverse legislazioni, nazionali e straniere, le sentenze e gli strumenti internazionali che esistono, cosí come l'interesse superiore del minore come base di qualunque regolazione in questa materia. Infine, concluderemo con l'importanza che il nostro sistema giuridico regoli questi nuovi elementi, attualizzando il concetto di consenso informato e di beni, al fine di dotare di sicurezza giuridica e prevedibilitá tutti soggetti coinvolti.

ABSTRACT: Throughout this work we will analyze the problems of the current Mexican legal system derived from the absence of an integral classification of the goods in which the organs, tissues and biological components can be framed once detached from the human body, their possible commercialization, and the scope of informed consent as a means of authorization for the disposal of the same. Moreover, we will study surrogacy, the problem of its regulation, the circumstances related to this method of reproduction, the effects on the family and filiation, and the consent of the parties involved. In addition, we will examine the various national and foreign law regulations, judgments and international instruments that exist, as well as the best interests of the minor as the basis for any regulation in this matter. At last, we will finish with analyzing how important it is that our legal system regulating these new scenarios, updating the concept of informed consent and legal goods, in order to provide legal certainty and predictability to all the people involved.

PALABRAS CLAVE: Materiales biológicos; disposición de los componentes del cuerpo humano; tipos de bienes; extrapatrimonialidad; consentimiento informado; gestación por otros; familia; filiación y Conferencia de la Haya.

PAROLE CHIAVE: Materiali biologici; disposizione dei componenti del corpo umano; tipo dei beni; extrapatrimonialitá; consenso informato; gestazione per conto di altri; famiglia; filiazione e Conferenza dell'Aja.

KEY WORDS: Biological materials; detachment of the components of the human body; types of legal goods; extra patrimonial; informed consent; gestation by another; family; affiliation and Hague Conference.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente debido a los avances y desarrollos tecnológicos la medicina ha logrado trabajar e investigar sobre componentes del cuerpo humano de una forma que nunca antes fue concebida. Los médicos, farmacéuticos e investigadores estudian y manipulan muestras biológicas, componentes de origen humano e inclusive la procreación misma. Los descubrimientos se suceden continuamente unos a otros, casi día a día, sin embargo, lamentablemente las legislaciones de los países no han logrado encontrar la fórmula de seguir el ritmo de las nuevas realidades y crear un marco jurídico adecuado para la regulación y disposición de los componentes del cuerpo humano, del cuerpo en sí y del papel de la persona en todo ello, partiendo de su necesario consentimiento en vida y para después de su muerte y el caso de México no es la excepción.

El presente trabajo tiene como finalidad estudiar la disposición del cuerpo humano respecto a dos principales supuestos, las muestras biológicas de origen humano y, la gestación por otros. En relación con la disposición de muestras biológicas de origen humano comenzaré por analizar, conforme la doctrina civil-romana, la clasificación de las muestras biológicas provenientes del cuerpo humano como bienes de acuerdo con el ordena-

miento jurídico mexicano, las implicaciones y la dificultad de encuadrar este tipo de materiales conforme a la clasificación de los bienes del Código Civil Federal tomándolo como prototipo de los códigos civiles que existen en las treinta y dos entidades que conforman nuestra República Federal. Posteriormente, relacionaré la extrapatrimonialidad o patrimonialidad de las muestras biológicas de origen humano, así como los antecedentes y los efectos en esta área de estudio. A continuación consideraré las tendencias relacionadas con el consentimiento de la disposición del cuerpo humano, a través de conceptos como la autodeterminación y el consentimiento informado, buscando desentrañar la cuestión de ¿qué tanto consiente una persona cuando consiente?[1] Como cierre de esta parte trataré de determinar el alcance y las consecuencias jurídicas del consentimiento para disponer de los componentes del cuerpo humano, ya que hoy por hoy nadie comerciaría el cuerpo humano como tal, sin embargo, 'respecto a las partes separadas del cuerpo, la respuesta no parece tan pacífica'.[2]

Respecto a la disposición del cuerpo humano con la finalidad de llevar a cabo la gestación por otros, comenzaré por un análisis de las implicaciones generales de la gestación por otros, incluyendo su naturaleza jurídica, finalidad, los sujetos implicados, las motivaciones, los diversos medios utilizados, el concepto de familia, el estatus jurídico de los niños y el interés superior del me-

[1] Saruwatari Zavala, Garbiñe, "Vida privada y derecho a la información en la biomedicina", en: Brena Sesma, Ingrid y Ruiz de Chávez, Manuel H. (eds.): *Bioética y derechos humanos. México y la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto de las Aplicaciones de la Biología y la Medicina*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 151.

[2] Bergel, Salvador D, "Aspectos éticos y jurídicos de la comercialización de partes separadas el cuerpo humano", en: *Revista bioética*, no. 21, Conselho Federal de Medicina, 2013, pp. 199-200.

nor, así como las consecuencias de los 'casos fortuitos' y las formalidades para celebrar el acto jurídico. Posteriormente, plantearé la forma en que los sujetos implicados otorgan su consentimiento para llevar a cabo la gestación por otros, así como sus consecuencias, en especial, el alcance y las limitaciones de la disposición de la mujer sobre su propio cuerpo. Adicionalmente, examinaré la legislación de diversos países que han regulado la gestación por otros. A continuación, expondré la importancia de su regulación a nivel internacional y los trabajos que actualmente está realizando la Conferencia de la Haya en esta materia. Más adelante ahondaré en el caso mexicano, la legislación federal y estatal aplicable. Como conclusión trataré de determinar si el marco jurídico actual en México contiene la estructura necesaria para la disposición del cuerpo humano en el caso de las muestras biológicas de origen humano, así como en el caso de la gestación por otros.

II. Las muestras biológicas y la clasificación de los bienes conforme al derecho civil mexicano

La Ley General de Salud (ley de carácter federal, aplicable por tanto en todo el país) carece de una definición de muestras biológicas o materiales biológicos, sin embargo, entendemos que son aquellos materiales biológicos que 'contienen información sobre las características genéticas de (los) individuo(s)'.[3] Dentro de esos materiales biológicos podemos encontrar los líquidos corporales, exudados, tejidos, secreciones, heces y célu-

[3] Gil, Cristina, "Utilización de muestras biológicas de origen humano con fines de investigación", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 25, Universitat de Barcelona, 2012, p. 22.

las. Conforme a la ley antes mencionada, de la definición de los componentes del cuerpo humano[4] se identifican a los órganos, tejidos, células y sustancias; asimismo, dicha ley provee de una definición científica a cada uno de los ya mencionados componentes.[5] En el desarrollo del presente trabajo me referiré a los componentes del cuerpo humano como sinónimo de materiales biológicos debido a la definición que otorgó el legislador en nuestro país a los primeros y su consecuente relación con los materiales biológicos. Derivado del análisis de los conceptos de los componentes podemos identificar que todos ellos asumen en común la característica de llevar a cabo una función dentro del cuerpo humano. Hasta principios del siglo pasado esa era la única forma en que se concebía la existencia de dichos componentes, y aunque ya se había comenzado a experimentar para disponer de ellos fuera del cuerpo humano, no fue hasta la segunda mitad del siglo pasado cuando, gracias a los avances tecnológicos, dichos intentos fueron exitosos y se logró conservar fuera del organismo a los componentes e inclusive realizar trasplantes de órganos.[6]

[4] Ley General de Salud de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 314, fr. III. Son componentes, 'los órganos, los tejidos, las células y sustancias que forman el cuerpo humano, con excepción de los productos'. Conforme la fr. XI del mismo artículo, considera como productos a 'todo tejido o sustancia extruida, excretada o expelida por el cuerpo humano como resultante de procesos fisiológicos normales', así como 'la placenta y los anexos de la piel'.

[5] Ibid, Artículo 314, fr. I y I bis. Al definir células hace referencia a células germinales y troncales, las primeras son aquellas que tienen la capacidad de reproducir, mientras que las segundas son autorreplicables y se diferencian hacia diferentes linajes especializados. Artículo 314, fr. X. Respecto a órgano, precisa que es 'la entidad morfológica compuesta por la agrupación de tejidos diferentes, que mantiene de modo autónomo su estructura, vascularización y capacidad de desarrollar funciones fisiológicas. Artículo 314, fr. XIII. Establece que tejido es la 'agrupación de células especializadas que realizan una o más funciones.'

[6] Marino, Ignazio R. y Cirillo, Claudia, "An Abridged Photographic History of Organ Transplantation", en: *Experimental And Clinical Transplantation: Official Journal Of The Middle East Society For Organ Transplantation*, vol. 12, no. 1, Baskent University, 2014, pp. 1 y 13. En 1954 Joseph Murray realizó el primer trasplante de riñón exitoso. Cowan, Helen, "Change of heart: Christiaan Barnard and the first human heart transplant", en: *British Journal of Cardiac Nursing*, vol. 11, no. 12, Mark Allen Group, 2016, pp. 598-599. En 1967 Christian Barnaard realizó el primer trasplante de corazón.

En México, diversos ordenamientos en materia de salud regulan, controlan y vigilan el manejo de los componentes debido a su importancia ya que de ellos depende la vida o muerte de personas, sin embargo, la discusión respecto a su clasificación jurídica en materia civil, pese a que ha sido abordada por diversos expertos, está inconclusa y en la legislación ni siquiera ha sido suficientemente regulada. La disyuntiva radica en el hecho de que los componentes son entidades muy separadas del individuo para considerarse personas y a su vez demasiado relacionadas con la persona para considerarse cosas.[7] Por lo tanto, la ausencia de regulación respecto a la clasificación de los componentes del cuerpo humano ha propiciado un ordenamiento jurídico incompleto que carece de algunas de las características fundamentales del derecho: proporcionar certeza jurídica y previsibilidad.

México adoptó el sistema jurídico de derecho civil que tiene como base el derecho romano, por lo tanto, la clasificación de los componentes del cuerpo humano ha de encuadrarse en la codificación actual que proviene de dicha tradición. Desde el derecho romano el concepto de cosa fue impreciso, y los juristas romanos, como era habitual, dejaron que el significado de cosa emergiera de su uso.[8] Conforme el Código Civil Federal se consideran como bienes aquellas cosas que 'puede(n) ser objeto de apropiación, entendiendo como tales, las que no se en-

[7] Reiter, Eric H., "Rethinking Civil-Law Taxonomy: Persons, Things, and the Problem of Domat's Monster", en: *LSU Law Center Journal of Civil Law Studies*, vol. 1, Center of Civil Law Studies, 2008, pp. 189 y 212.

[8] Nicholas, Barry, *An introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1962, p. 98.

cuentran fuera del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley'.[9] Por su naturaleza serán aquéllas que no puedan ser poseídas exclusivamente por un individuo.[10] Dicho lo anterior, entendemos que la cosa es el género, mientras el bien es la especie, y que a diferencia de la primera, el segundo es susceptible de establecer una relación jurídica.[11] Se ha dicho que conforme a la legislación antes mencionada la clasificación de los bienes[12] continúa con un enfoque tradicionalista, derivado de lo cual, en muchas ocasiones es complejo encuadrar las nuevas tecnologías y descubrimientos.[13]

Los componentes del hombre al ser desprendidos del organismo dejan de formar parte del cuerpo, y por lo tanto se crea una nueva entidad que podría ser objeto de relaciones jurídicas; sin embargo, lo anterior se puede considerar como una instrumentalización del cuerpo humano, con sus lamentables consecuencias incluyendo el peligro de la explotación del cuerpo.[14] Tal como mencio-

[9] Pérez Duarte y Noroña, Alicia Elena, "Bienes", en: Carpizo, Jorge (ed.): *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo I*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 287.

[10] Código Civil Federal, Artículo 749.

[11] Herrera Villanueva, José Joaquín. "Sobre el concepto de la cosa en la teoría general de los derechos reales", en: García Villegas, Eduardo (ed.): *Homenaje al Doctor Joel Chirino Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2019 (2018), p. 297.

[12] Pérez Duarte y Noroña, op. cit., p. 287. Conforme al Código, los bienes se clasifican en muebles e inmuebles; de acuerdo a las personas a las que pertenecen; o conforme a su calidad de vacantes o mostrencos. Doctrinalmente se clasifican en fungibles y no fungibles; consumibles y no consumibles; y corpóreos e incorpóreos.

[13] Sánchez Cordero Dávila, Jorge A., *Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 26. Podemos no sólo referirnos a descubrimientos relacionados con componentes humanos, sino también a las nuevas formas de contratación a través de medios electrónicos e internet, sin embargo, dicha materia va más allá del alcance del presente trabajo.

[14] Van Beers, Britta, "Book review: *Bioequity - Property and the Human Body* by Nills Hoppe", en: *Genomics, Society & Policy*, vol. 8, no. 2, ESRC Genomics Network, 2012, pp. 32-33.

né anteriormente, conforme al Código Civil Federal, estas cosas podrían considerarse bienes si satisfacen los requisitos de no estar excluidos del comercio ya sea por su naturaleza o por disposición de la ley. Conforme a la Ley General de Salud, 'está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes (...) será estrictamente a título gratuito'.[15] Derivado de la interpretación gramatical de lo anterior los componentes del cuerpo humano están fuera del comercio por disposición de la ley, y consecuentemente, no pueden ser considerados como bienes. Por lo tanto, su tratamiento jurídico se encuentra en una laguna legal al no encuadrar en la clasificación legal de los bienes.

La clasificación de los bienes responde a las necesidades y racionalidad de una época determinada,[16] sin embargo, los avances tecnológicos han facilitado la existencia de entidades que antes no eran concebidas así, por lo que el tema de la clasificación de los bienes en el derecho mexicano se ha convertido en un tema controversial. Por un lado, algunos argumentan que la antigua clasificación debe ser sustituida al no responder a las necesidades actuales y provocar que el legislador adecue las leyes existentes de forma 'que la hagan útil y operativa',[17] ante lo cual se ha propuesto como solución no ampliar el catálogo de bienes, sino modificar la clasificación a fin de evitar la creación de más ficciones de derecho o clasificaciones sin relación con su contenido.[18] Y por otro lado, existe quien argumenta que la clasificación es adecuada, sin embargo, debería de explorarse la posibilidad de establecer ciertas interfaces, es decir, una

[15] Ley General de Salud, Artículo 327.

[16] Jara Florez, Humberto, "Clasificación de Bienes Muebles e Inmuebles", en: *Derecho PUPC*, no. 37, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1983, pp. 67 y 79.

[17] Ibid, 93.

[18] Ibid, 93.

zona que sirva como conexión entre las cosas y las personas donde las categorías se mezclen e integren y en lugar de categorizar únicamente en alguna de las zonas la solución sea una mezcla de ambas para evitar la distorsión de la entidad a clasificar.[19] Derivado de lo anterior existen dos vertientes que podrían adoptarse respecto al tratamiento de los componentes del cuerpo humano: que se cree una nueva figura o que se repute en una interfase entre cosa y persona.

Ante la ausencia de regulación adecuada actual, la oferta de opciones al respecto sería bienvenida ya que es crucial que la legislación mexicana adopte una postura que provea de un marco jurídico apropiado al tratamiento de componentes del hombre, que genere con ello certeza jurídica. Asimismo, considero fundamental explorar las consecuencias de otorgar la categoría de bien a los componentes, en específico, la consecuencia de su entrada al comercio, es decir, la patrimonialidad de los mismos en su caso, o bien determinar alguna forma de excluirlos del comercio pero que continúen considerándose como bienes. A continuación, abordaré las consecuencias de la patrimonialidad o extrapatrimonialidad de los componentes humanos.

III. De la (extra)patrimonialidad de las muestras biológicas

La esclavitud implicaba que el cuerpo en su totalidad se considerara como una propiedad económica;[20] dicha noción fue rechazada y el debate ha sido concluido y en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se

[19] Reiter, op. cit., pp. 189 y 211.

[20] Richardson, Eileen H. y Turner, Bryan S., "Bodies as Property: from Slavery to DNA Maps", en: Bainham, Andrew; Day Sclater, Shelley y Richards, Martin (eds.): *Body Lore and Laws*, Londres, Hart Publishing, 2002, p. 30.

consagra la prohibición de la esclavitud.[21] Sin embargo, la concepción de que los componentes del cuerpo humano puedan ser objeto de apropiación ha iniciado un nuevo debate. El factor que dificulta el tratamiento de los componentes del cuerpo humano dentro del actual sistema jurídico mexicano es la limitada división 'entre derechos personalísimos y derechos patrimoniales'.[22] Los derechos personalísimos al repercutir directamente sobre el cuidado y la disposición del cuerpo en su totalidad son intransmisibles a terceros. Por otro lado, se entiende por derechos patrimoniales aquellos bienes o derechos que son susceptibles de una valorización pecuniaria y a su vez pueden transmitirse a otros.[23] La rigidez de la clasificación de estos derechos conlleva a que los componentes del cuerpo humano deban forzosamente catalogarse entre unos u otros, es decir, a distinguirse 'entre los aspectos personales de los derechos (características de la personalidad) y sus aspectos públicos (orientación valorable o de mercado)'.[24]

Patrimonio es 'el conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero que tiene una persona';[25] así como la posibilidad de tenerlos, de ahí que el requisito *sine qua non* para que una cosa forme parte del patrimonio es que sea conmensurable en dinero. Por lo tanto, el hecho de patrimonializar los componentes del cuerpo humano implicaría que el ordenamiento jurídico les confiriera la calidad de bienes apropiables por una persona,

[21] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 1.

[22] Van Beers, op. cit., pp. 32-33.

[23] Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil II Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Ciudad de México, Porrúa, 2008 (1963), p. 7.

[24] Reiter, op. cit., pp.189, 209-210.

[25] López Monroy, José de Jesús, "Patrimonio", en: Carpizo, Jorge et al. (eds.): *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo VII*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, p. 59.

que fuesen valorables monetariamente, y que, a su vez, se otorgara un derecho del sujeto oponible frente a terceros que podría transmitirlo a otro(s), y como consecuencia quedarían fuera del campo de los derechos personalísimos. El derecho de propiedad implicaría el correspondiente derecho de usar, gozar, conservar y disponer de los componentes sin más limites que aquéllos que la ley determinara, en su caso.

Las posturas respecto a la patrimonialidad de los componentes del cuerpo humano han sido controversiales. Por un lado, los que están a favor argumentan que se otorgaría seguridad jurídica debido a que el régimen de la propiedad se encuentra debidamente regulado en los sistemas jurídicos;[26] además de que dicho régimen ayuda a gestionar la distribución de bienes escasos (tal es el caso de los órganos);[27] asimismo expresan que el régimen de propiedad ofrece la flexibilidad necesaria para casos especiales por lo que podría adecuarse a los componentes del cuerpo humano.[28] De la misma manera exponen que funcionaría como un método preventivo de la vulnerabilidad;[29] indican que es preferible regular

[26] Matthews, Paul, "The man of property", en: *Medical Law Review*, vol. 2, no. 3, Oxford University Press, 1995, pp. 251 y 258-261. Reid, Kenneth G. C., "Body Parts and Property", en: *Edinburgh School of Law Research Paper Series*, no. 2015/25, University of Edinburgh, 2015, pp. 1 y 4. Hardcastle, Rohan, *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*, Oxford, Hart Publishing, 2007, p. 203.

[27] Douglas, Simon, "The argument for property rights in body parts: scarcity of resources", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 40, no. 1, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2014, p. 23.

[28] García Manrique, Ricardo, "La propiedad sobre las partes separadas del cuerpo: un test para el enfoque propietarista", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 40, Universitat de Barcelona, 2017, p. 49 y 53-54 citando a Goold, I. y Quigley, M., "Human Biomaterials: The Case for a Property Approach", en: Goold, I.; Greasley, K., Herring, J. y Skene, L. (eds.): *Persons, Parts and Property*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 231-262.

[29] Ibid, p. 53-54 citando a Moses, L. B., "The Problem with Alternatives: The Importance of Property Law in Regulating Excised Human Tissue and In

y mejorar las condiciones de comercio que prohibirlas y que se realice por medios ilegales;[30] igualmente que incrementaría la disponibilidad de los componentes (en el caso de órganos);[31] que inclusive facilita la donación ya que nadie puede donar lo que no tiene;[32] y por último argumentan que el régimen de propiedad es la forma ideal para proteger la integridad física.[33]

Por otro lado, los que están en contra argumentan que considerar a los componentes del cuerpo como bienes implica una inminente comercialización del cuerpo,[34] e incentiva el lucro a través de ellos;[35] asimismo, que la dignidad humana se comprometería debido a que ésta se extiende a los componentes de la persona,[36] que se correría el riesgo de explotar el cuerpo humano, en especial de personas que más necesidades económicas tienen;[37] que en el caso de los órganos se reduciría la donación altruista y se amenazaría la calidad de los mismos;[38]

Vitro Human Embryos", en: Goold, I.; Greasley, K., Herring, J. y Skene, L. (eds.): *Persons, Parts and Property*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 197-214.

[30] Radcliffe Richards, J., "Commentary. An ethical market in human organs", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, no. 3, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2003, pp. 139-140.

[31] Erin, Charles A, y Harris, John, "An ethical market in human organs", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, no. 3, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2003, p. 137.

[32] De Trazegnies G., Fernando, "La transformación del derecho de propiedad", en: *Derecho PUPC*, no. 33, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1978, pp. 75 y 92.

[33] Hardcastle, op. cit., pp. 15-19.

[34] Ibid, p. 172.

[35] Manrique, op. cit., pp. 49 y 58.

[36] Ibid, p. 56. Van Beers, op. cit., p. 32.

[37] Van Beers, op. cit., pp. 32-33. Hoppe, *Bioequity - Property and the Human Body*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 52.

[38] Savulescu, J., "Is the sale of body parts wrong?", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 29, no. 3, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2003, p. 138.

que 'la relación entre bienes y comercio es tan estrecha que parece perversa (y poco probable) la posibilidad de que existan bienes que estén fuera de comercio pero continúen siendo propiedad'.[39]

Si bien ambas posturas son muy diferentes, presentan a su vez argumentos valiosos, y evidencian la urgencia de garantizar seguridad, certeza y previsibilidad al tratamiento de los componentes del cuerpo humano. Por ello, en caso de que se optara por considerar a dichos componentes como bienes patrimoniales en el sistema jurídico mexicano, forzosamente debería modificarse la Ley General de Salud[40] para que se permitiera el comercio de componentes del cuerpo humano. Asimismo, sería recomendable que el legislador común estatal estableciera límites y políticas para la disposición de los componentes que incluyeran reglas para su adecuada distribución,[41] tomando en cuenta principios de justicia y equidad que protegieran a los más vulnerables y previnieran la explotación.[42] Erin y Harris propusieron la creación de un órgano o instituto que se encargara de la adecuada distribución de los componentes (en especial para el caso de órganos) con la finalidad de evitar abusos,[43] lo cual a su vez sería recomendable.

Sin embargo, el problema no se limita a los componentes humanos como tal, sino que actualmente incluye la comercialización del cuerpo a través del desarrollo de estudios en códigos genéticos o células, por lo que a continuación expondré algunos casos en los que se ha pues-

[39] Reiter, op. cit., pp. 189 y 208.

[40] Ley General de Salud, Artículo 327.

[41] Gold, Richard, *Body Parts: Property Rights and the Ownership of Human Biological Materials*, D.C., Washington, Georgetown University Press, 1996, p. 178. Douglas, op. cit., pp. 23 y 26.

[42] Erin y Harris, op. cit., p. 137.

[43] Ibid.

to en disputa el derecho para disponer y crear 'invenciones' derivadas de materiales biológicos así como los esfuerzos legislativos a nivel internacional para unificar los principios aplicables a la disposición de componentes del cuerpo humano.

IV. De la disposición del ser humano sobre componentes desprendidos de su cuerpo. Casos e instrumentos relevantes

Como ha sido expuesto previamente el tratamiento de los materiales biológicos separados del cuerpo humano ha sido controversial, y las posturas continúan indefinidas al existir casos y legislaciones en diversos sentidos. A continuación, presento algunos casos relevantes en donde los tribunales han emitido sentencias respecto al alcance del derecho de disposición de los individuos sobre sus materiales orgánicos y las patentes sobre los mismos.

La posibilidad de patentar invenciones relacionadas con genes y células humanas ha sido criticada por considerarse que se autoriza comercializar los componentes del cuerpo 'donde investigadores y compañías farmacéuticas tienen más posibilidades de solicitar y recibir derechos de patentes sobre tejidos humanos mientras las fuentes de estos tejidos no reciben compensación'.[44] El caso más sobresaliente es quizá *Moore vs Regents of the University of California* donde a raíz de la investigación sobre materiales biológicos de Moore se desarrolló una línea de células que posteriormente fue patentada y generó considerables ingresos tanto para los investigadores como para la Universidad. La Corte de California rechazó la existencia de derechos patrimoniales de Moore sobre sus células y argumentó que éste último ejerció

[44] Gold, *Body Parts*, p. 178.

su autonomía al otorgar su consentimiento informado y renunció a sus derechos; sin embargo, se ha discutido que su consentimiento fue para recibir el tratamiento médico y no para otorgar sus células de forma altruista para investigación científica.[45] Lo controversial de esta decisión fue el hecho de que terceras partes podían explotar comercialmente la patente de sus células[46] pero el sujeto no podía participar de dicha explotación. Una crítica a esta sentencia ha sido que la Corte no contestó por qué una persona no puede alegar derechos de propiedad sobre sus componentes y su decisión se basó en el impacto que repercutiría la autorización de la venta de materiales biológicos,[47] tanto en el ámbito de investigación como en el desarrollo del campo médico.[48]

En Greenberg[49] los demandantes alegaban que habían donado muestras biológicas de sus hijos menores de edad con la finalidad de descubrir el gen que desarrollaba la enfermedad de Canavan (deficiencia de aspartoacilasa) y en su lugar, los investigadores habían desarrollado un análisis patentable comercialmente.[50] El juez en su sentencia tomó como antecedente Moore y rechazó la existencia de derechos de propiedad debido a que los donantes habían transmitido sus derechos al momento de voluntariamente donarlos.

En Catalona,[51] éste último fue demandado por la Universidad de Washington sobre la propiedad de materiales biológicos donados para investigación médica.

[45] Gold, Richard, "Owning Our Bodies: An Examination of Property Law and Biotechnology", en: *San Diego Law Review*, vol. 32, no. 4, University of San Diego, 1995, pp. 1167 y 1224.

[46] Van Beers, op. cit., pp. 32 y 34.

[47] Hardcastle, op. cit., p. 78.

[48] Gold, "Owning Our Bodies", pp. 1167 y 1224.

[49] [2003] Greenberg v Miami Children's Hospital.

[50] Hardcastle, op. cit., p. 72.

[51] [2007] Washington University vs Catalona.

Catalona, que había trabajado como investigador en la Universidad de Washington, intentó llevar consigo las muestras biológicas tomadas de ciertos pacientes, de los cuales había obtenido autorización para realizar dicha transferencia; sin embargo, el juez y la Corte de Apelación decidieron que los individuos habían renunciado a sus derechos de propiedad sobre sus muestras al haberlas regalado a la Universidad.

En Yearworth[52] la Corte de Apelación en Reino Unido sostuvo que muestras de espermas almacenados eran propiedad del hombre que los había producido.[53] En Alemania, por ley, los materiales biológicos extraídos de una persona viva pasan a ser parte de su propiedad.[54] Sin embargo, en una sentencia la Corte Suprema Federal alemana decretó que los gametos se consideraban propiedad de la persona cuando el objeto de su extracción era destinado a la misma persona de la que fueron extraídos, mientras que se creían fuera de su propiedad cuando su finalidad fuera destinada para un tercero distinto a la persona de la que provenían.[55]

La mayoría de las sentencias han rechazado la existencia de un derecho de disposición del individuo sobre sus materiales una vez donados. Desafortunadamente el factor económico ejerce influencia significativa en las sentencias, y las decisiones se han caracterizado por ausencia de un análisis legal adecuado.[56] Únicamente en Yearworth y en Alemania la corte decidió de forma dis-

[52] [2009] Yearworth & Ors vs North Bristol NHS Trust.

[53] Ford, Mary, "Nothing and Not-Nothing: Law's Ambivalent Response to Transformation and Transgression at the Beginning of Life", en: Smith, Stephen W. y Deazley, Ronan (eds.): *The Legal, Medical and Cultural Regulation of the Body. Transformation and Transgression*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 25.

[54] Hardcastle, op. cit., p. 63.

[55] Reid, op. cit., pp. 1 y 12.

[56] Hardcastle, op. cit., p. 146.

tinta, sin embargo, no existían factores económicos de por medio, ya que en Moore, Greenberg y Catalona los ingresos considerables por investigaciones para universidades, firmas farmacéuticas y patentes lucrativas quedaron evidentemente involucrados.[57]

El hecho de que los pacientes autoricen la extracción de materiales biológicos de su cuerpo para recibir tratamientos no debería considerarse como una renuncia sobre su derecho para disponer y recibir beneficios de los mismos. 'Los pacientes continuarán sintiéndose explotados siempre que sus cuerpos sean tratados como recursos naturales para otros mientras ellos no participan en dicha explotación'.[58] Sin embargo, además de sentencias existen otros instrumentos elaborados a nivel internacional que tienen como finalidad armonizar las legislaciones en relación a la aplicación de la medicina y la biología.

El Consejo de Europa impulsó la creación del Convenio de Oviedo el cual establece estándares mínimos y principios para la protección de los derechos humanos y la dignidad humana en la aplicación de la biología y la medicina los cuales deben garantizarse por los países adherentes.[59] El Convenio está diseñado como un instrumento principal que regule diversos protocolos relacionados con clonación, trasplante de órganos y tejidos de origen humano, investigación médica y pruebas genéticas los cuales cada país puede ratificar de forma independiente.[60] Éste es 'el primer y único instrumento

[57] Dickenson, Donna, "Book review: *Bioequity – Property and the Human Body*", en: *International Journal of Law in Context*, vol. 6, Cambridge University Press, 2010, pp. 397-398.

[58] Gold, *Body Parts*, 178.

[59] Council of Europe, "Oviedo Convention and its Protocols", en: *Council of Europe*, https://www.coe.int/en/web/bioethics/oviedo-convention, consultado el 23 de agosto de 2019.

[60] Council of Europe, "Committee of Bioethics: Chart of signatures and ratifications", en: *Council of Europe*, https://rm.coe.int/inf-2017-7-rev-etat-sign-

vinculante a nivel internacional que protege derechos humanos en el ámbito biomédico'.[61] El Convenio contiene como uno de sus principios rectores el consentimiento informado, el cual libremente podrá ser revocado por el individuo en cualquier momento.[62] En el caso de experimentos, se requiere que el individuo otorgue su consentimiento expreso y por escrito.[63] Entre otras disposiciones encontramos relevante que se prohíbe que el cuerpo humano y sus partes sean objeto de lucro[64] así como que las partes extraídas del cuerpo sólo pueden ser utilizadas y conservadas para la finalidad para la cual fueron separadas, salvo los casos en que se informe y consienta adecuadamente.[65] El Convenio elude tomar una postura respecto a la propiedad de los componentes del cuerpo y se limita a prohibir el lucro a través de ellos.

Las sentencias e instrumentos expuestos demuestran la relevancia de este tema, sin embargo desafortunadamente carecen de uniformidad y mientras unos niegan la existencia de derechos patrimoniales sobre los componentes desprendidos del cuerpo, otros los reconocen. Es necesaria la creación de instrumentos jurídicos consistentemente elaborados,[66] basados en principios legales y

ratif-reserves/168077dd22, consultado el 23 de agosto de 2019. El Convenio no ha sido ratificado por países relevantes en materia de investigación científica tales como Alemania, Reino Unido, Bélgica, y Rusia.

[61] Lwoff, Laurence, "Convention on human rights and Biomedicine: The Oviedo Convention", en: Márquez Romero, Raúl y Rocha Cacho, Wendy Vanesa (eds.): *Bioética y derechos humanos*, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Bioética, 2018, p. 103.

[62] Convenio de Oviedo, Artículo 5.

[63] Ibid, Artículo 16 fr. V

[64] Ibid, Artículo 21.

[65] Ibid, Artículo 22

[66] Tallachini, Mariachiara, "El cuerpo y sus partes. La ubicación jurídica de los materiales biológicos humanos", en: *Medicina y ética. Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, vol. 10, no. 1, Universidad Anáhuac, 1999, pp. 35 y 39.

éticos que protejan al individuo así como su capacidad para disponer sobre los materiales biológicos de su cuerpo, ya sea en el sentido de admitir o prohibir la patrimonialidad de los mismos, recordando la concepción aristotélico-tomista de que el cuerpo humano implica la idea de que la persona *es cuerpo*, y no *tiene un cuerpo*; y que existen valores invaluables que el discurso patrimonialista olvida tales como la 'dignidad, caridad, distribución, vida, comunidad, entre otros (debido a) que estos valores no se pueden traducir al lenguaje del mercado'.[67]

La importancia de adoptar una postura coherente proporcionará 'certeza a las instituciones y compañías que utilicen los materiales en investigación científica y médica',[68] pero lo que es aún más importante asegurará que los individuos mantengan el control sobre los materiales separados de su cuerpo. El legislador mexicano debe de elegir la supremacía de las personas sobre las cosas, asumiendo las repercusiones sociales y económicas que esto podría conllevar. Y por ello es necesario adoptar una clasificación de los componentes de origen humano, misma que analizaré a continuación.

V. Clasificación de los componentes de origen humano

Al comienzo de este trabajo comenté la clasificación de los componentes del cuerpo humano en el sistema jurídico actual en México, sin embargo, no desarrollaré la clasificación de los distintos componentes de acuerdo con sus funciones en el cuerpo humano. No todos los componentes de origen humano son iguales; sus caracterís-

[67] Gold, "Owning Our Bodies", pp. 1167 y 1224.

[68] Hardcastle, op. cit., p. 145.

terísticas, funciones y capacidades son diversas, por lo que el individuo puede decidir sobre ellos de diversas maneras. Derivado de lo anterior, diversos académicos y autoridades han propuesto criterios que clasifican los materiales del cuerpo y que tienen como finalidad agrupar en categorías los componentes para otorgarles el tratamiento apropiado de acuerdo con sus funciones y características, por lo tanto en este apartado identificaré algunos de estos criterios.

El Office for Technology Assessment (OTA) de los Estados Unidos de América emitió un análisis donde clasificó los elementos del cuerpo entre: tejidos de ser vivo o de cadáver; sustancias reproducibles y partes no reproducibles; órganos vitales o, en cierto sentido, vendibles, así como partes sanas y enfermas.[69] Rodotà por su parte, catalogó: 'a) cuerpo masculino y femenino; b) cuerpo vivo y muerto; c) cuerpo de los mayores y de los menores de edad, de los capaces y de los incapaces, de los jóvenes y de los ancianos; d) cuerpo de los familiares y de los extraños; e) cuerpo sano y enfermo; f) cuerpo antes y después del nacimiento, cuerpo potencial (embrión) y actual; g) cuerpo terminal y recuperable; h) cuerpo de los órganos únicos o dobles; i) cuerpo de los tejidos regenerables y no regenerables; j) cuerpo de los tejidos fetales y no fetales; k) cuerpo de las células somáticas o germinales'.[70] Richardson y Turner propusieron como alternativa distinguir en tres categorías: primero, la totalidad del cuerpo humano; segundo, las partes del cuerpo (como órganos); y, tercero, las 'partículas' de los cuerpos (códigos de ADN, material genético y material

[69] Tallachini, op. cit., pp. 35 y 46 citando a U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *New developments in Biotechnology: ownership of human tissues and cells - Special Report, OTA-BA-337*, Washington D.C., US Government Printing Office, 1987.

[70] Ibid, pp. 35 y 46 citando a Rodotà, S., *Tecnologie e diritti*, Bolonia, Il Mulino, 1995, p. 191 y ss.

para la reproducción humana).[71] Otros autores como Manrique han optado por restringir sus estudios a ciertas partes del cuerpo que en este caso calificó como 'vitales' siendo 'aquéllas que permiten la conservación o la reproducción de la vida humana de un tercero',[72] considerando dentro de ellas ciertos órganos, la sangre y las células reproductivas.

De las clasificaciones mencionadas anteriormente encontramos que en su mayoría coinciden en otorgar una categoría para los órganos vitales, para las partes que permiten la reproducción y para las partes que provienen de seres humanos vivos o muertos. La importancia de los órganos vitales radica en el hecho de que su existencia garantiza el derecho a la vida. Asimismo, es significativa la división de componentes del cuerpo humano que generan vida ya que los embriones no generan vida por sí mismos, sin embargo la capacidad de que a través de procesos tecnológicos o naturales se pueda generar vida con ellos hace que su tratamiento sea distinto y evidentemente delicado.[73] Y por último, las partes que provienen de personas vivas o muertas difiere ya que los intereses protegidos son distintos en función de la vida o muerte de los sujetos.

Sin embargo, para elaborar una clasificación es necesario determinar los parámetros que la delimitarán, la variedad de criterios aquí descrita demuestra la dificultad para fijarlos e indica 'la posibilidad de elaborar mapas múltiples de la corporeidad, en los que, (...) las partes reaparecen según configuraciones diversas',[74] por lo que es menester establecer los fundamentos y razones de la clasificación para, a partir de ellos identificar los

[71] Richardson y Turner, op. cit., p. 39.

[72] Manrique, op. cit., pp. 49 y 52.

[73] Ford, op. cit., p. 22.

[74] Tallachini, op. cit., pp. 35 y 48.

componentes del cuerpo humano y de acuerdo a dichas categorías otorgar el tratamiento jurídico adecuado y evitar caer en el error de tratar igual a los desiguales. Asimismo, en función de esta categorización los sujetos podrían otorgar el consentimiento para disponer sobre los componentes. A continuación, analizaré el consentimiento informado en el ordenamiento jurídico mexicano como fundamento que autoriza la disposición de los individuos sobre su cuerpo, así como sus componentes biológicos.

VI. El consentimiento informado como fundamento para la disposición del cuerpo y sus componentes

En México, la Ley General de Salud concede a los individuos el derecho de 'otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos'[75] y requiere el consentimiento de forma expresa en el caso de investigación,[76] donación,[77] trasplantes[78] e inseminación artificial.[79] De ahí que el consentimiento informado (en adelante 'CI') se pueda definir como el proceso a través del cual un sujeto expresa su voluntad, después de haber sido debidamente informado, para participar en investigaciones o procedimientos médicos,[80] la Norma Oficial Mexicana (NOM) sobre el

[75] Ley General de Salud, Artículo 77 bis 37 fr. IX.

[76] Ibid, Artículo 100 fr. IV.

[77] Ibid, Artículo 321. En el caso de donación de órganos, tejidos, células y cadáveres.

[78] Ibid, Artículo 333 fr. V.

[79] Ibid, Artículo 466.

[80] García Castillo, Zoraida, "El consentimiento informado para la atención médica, como proceso de corresponsabilidad jurídica y ética en la toma de decisiones: Análisis en la legislación mexicana", en: *Medicina y ética. Revis-*

expediente clínico define al CI como el conjunto de documentos signados por los pacientes para aceptar un procedimiento terapéutico o de investigación, entre otros.[81] En una tesis aislada la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó que el CI tiene una finalidad dual, primero, la autorización de la persona a someterse a procedimientos médicos y, segundo, el cumplimiento del médico en su deber de informar al paciente acerca del procedimiento médico.[82] Derivado de lo anterior se puede decir que el concepto otorgado en el ordenamiento jurídico mexicano contempla el CI únicamente como un 'requisito legal (...) más que una característica nuclear de la realidad legal',[83] un 'blindaje (...) respecto de los hechos que pueden suceder en una intervención médica'.[84] Sin embargo, más que un blindaje o un seguro para médicos o investigadores, el CI debe de considerarse primeramente como el 'derecho humano vinculado a la libertad y la autonomía de cada persona para disponer de su cuerpo'[85] con la información necesaria para decidir,

ta internacional de bioética, deontología y ética médica, vol. 28, no. 4, Universidad Anáhuac, 2017, pp. 723 y 725. Alonso-Que, H.T., Aja-Canales, J., Castillo-Uribe, L., et al., "El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico", en: *Anales de Radiología México*, vol. 14, no. 2, Órgano Oficial de la Sociedad Mexicana de Radiología e Imagen, 2015, pp. 172 y 174.

[81] NOM-004-SSA3-2012 Del Expediente Clínico, Artículo 4.2.

[82] Amparo Directo 51/2013, Alfonso Franco Ponce, Primera Sala Suprema Corte de Justicia de la Nación 'Consentimiento informado en materia médico-sanitaria. Sus finalidades y supuestos normativos de su excepción.'

[83] Hoppe, op. cit., p. 161. Hoppe critica el CI debido a que lo considera como una inteligente maniobra de relaciones públicas -un chaleco antibalas en contra de la responsabilidad de los médicos.

[84] García Castillo, op. cit., pp. 723 y 740. García Castillo reconoce el CI como un blindaje sano, claro y transparente.

[85] Rodríguez Almada, Hugo, "Cuatro aplicaciones del consentimiento informado", en: *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 4, supl. 2, Universidad de la República Uruguay, 2017, p. 5.

es decir, el derecho humano fundamental[86] que protege la autodeterminación del individuo sobre los componentes de su cuerpo.[87]

Para efectos del derecho civil, el consentimiento es fundamental por lo que los vicios del mismo tienen como consecuencia la nulidad relativa o absoluta del acto y su ausencia provoca la inexistencia de éste último, dejándolo sin efectos legales.[88] El CI es entonces el instrumento que materializa el consentimiento del individuo para permitir el uso de sus componentes y evitar vicios en el consentimiento o la inexistencia del acto. Es menester que el CI cumpla con cuatro condiciones: 'inteligibilidad, veracidad, honestidad y corrección',[89] ello con la finalidad de garantizar al sujeto la información verdadera sin discrepancia entre lo dicho, lo pensado y lo hecho. 'La toma de decisión mediante un consentimiento debidamente informado, es base fundamental para el ejercicio de la libertad individual y (en su caso) la imputación de responsabilidad consecuente'.[90]

[86] Alonso-Que et al., op. cit., pp. 172 y 173. Contradicción de Tesis, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Circuito 'Consentimiento informado. Derecho Fundamental de los Pacientes.'

[87] Comisión Nacional de Arbitraje Médico, *Consentimiento válidamente informado*, Secretaría de Salud, 2016 (2004), p. 13. 'Por su parte, la noción de autonomía está vinculada al concepto de autodeterminación y se entiende como la capacidad de regirse por una ley propia y de tomar decisiones por uno mismo, sin influencia de los demás; la capacidad de ser responsable de nuestro propio comportamiento y de conducir la propia vida, de acuerdo con la propia conciencia.'

[88] González Ruiz, Samuel Antonio, "Consentimiento", en: Carpizo, Jorge (ed.): *Diccionario Jurídico Mexicano Tomo II*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1984, pp. 255-256. Código Civil Federal, Artículos 1812, 1818 y 2224.

[89] Comisión Nacional de Arbitraje Médico, op. cit., p.10

[90] García Castillo, op. cit., pp. 723 y 742.

Por lo tanto, el consentimiento del individuo permite a los investigadores y médicos disponer de materiales biológicos de la persona, sin embargo queda la incertidumbre del alcance de esta autorización. En el caso de intervenciones médicas o investigaciones específicas en las que se conoce el proceso y finalidad de la recolección de materiales biológicos es sencillo, no obstante el dilema surge en el caso de biobancos, donde la finalidad de la obtención de los componentes del cuerpo humano puede variar después de haber sido recolectados[91] e inclusive existe la posibilidad de que el material genético 'contenga información cuya importancia es no necesariamente conocida en el momento de recoger y almacenar dichos componentes'[92] por lo que esta alteración afectaría de forma negativa el consentimiento previamente otorgado. Igualmente, en el caso de biobancos y almacenamiento de materiales biológicos surgen problemas asociados con la confidencialidad de la información, la autorización para el uso de información con diversos fines de investigación,[93] la transmisión de la información, la posible discriminación genética[94] e inclusive la revocación del consentimiento.[95]

Debido a la proliferación de bases de datos y biobancos se ha dicho que es necesario armonizar el derecho y la

[91] Sánchez, Delia; Carracedo, María y Abraham, David, "Consentimiento informado en Biobancos y Bases de Datos", en: *Anales de la Facultad de Medicina*, vol. 4, supl. 2, Universidad de la Repúbica Uruguay, 2017, pp. 31 y 33.

[92] Mullen, Caroline, "Decisions, consent and expectations of the individual", en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press , 2010, pp. 51 y 55.

[93] Sánchez, Carracedo y Abraham, op. cit., pp. 31 y 33.

[94] Mullen, op. cit., pp. 51 y 56.

[95] Harris-Short, Sonia, "Regulating Reproduction: Frozen Embryos, Consent, Welfare and the Equality Myth", en: Smith, Stephen W. y Deazley, Ronan (eds.): *The Legal, Medical and Cultural Regulation of the Body. Transformation and Transgression*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 48.

ética a través de estándares internacionales que consideren todo el problema a resolver.[96] Inclusive se ha relacionado el problema de la gestión de los biobancos con un problema de agencia y para proteger los intereses de los donadores se ha propuesto la participación de algunos de ellos en los consejos de directores de los Biobancos.[97]

Las nuevas tecnologías presentan un desafío y una oportunidad para los legisladores e investigadores en el siglo XXI,[98] otorgar el consentimiento ya no es tan simple. Es fundamental que el legislador mexicano adapte la legislación actual a un modelo que considere no solo este tipo de componentes del cuerpo de forma integral, sino que proteja el consentimiento y el derecho de los individuos para decidir en todo momento para participar o no en un proyecto de investigación, evaluando el valor potencial de la investigación[99] con la información

[96] Chadwick, Ruth y Strange, Heather, "Harmonisation and standardisation in ethics and governance: conceptual and practical challenges", en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press , 2010, pp. 201-213.

[97] Hunter, Kathryn G. y Laurie, Graeme T., "Involving publics in biobank governance: moving beyond existing approaches", en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press , 2010, pp. 151 y 176

[98] Brownsword, Roger, "Rights, responsibility and stewardship: beyond consent" en: Widdows, Heather y Mullen, Caroline (eds.): *The Governance of Genetic Information. Who decides?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 99 y 125. En Evans v Amicus Healthcare Ltd and Others, la existencia del consentimiento se puso en duda, la demandante y su expareja se habían sometido a un tratamiento de fertilización in vitro, posteriormente terminaron su relación y Evans quería utilizar los embriones para embarazarse, sin embargo su expareja no autorizó el uso de su material revocando su consentimiento, el caso era relativamente trágico debido a que le habían removido los ovarios a Evans y esa era su última oportunidad para procrear. El caso llegó hasta la Corte Europea de Derechos Humanos donde se determinó que el individuo tenía derecho a revocar su consentimiento. Este caso *sui generis* muestra la dificultad de legislar el consentimiento sobre componentes del cuerpo humano.

[99] Mullen, op. cit., pp. 51 y 72.

necesaria,[100] y bajo la protección de la información de los sujetos protegida como datos personales.[101] Respecto al segundo supuesto que abordaré en el presente trabajo, estas innovaciones tecnológicas han provocado que conceptos como maternidad, gestación y familia se modifiquen. A continuación, plantearé lo anterior y sus implicaciones respecto a la disposición del cuerpo humano.

VII. La gestación por otros y la confusión de su denominación

Se conoce como gestación por otros a la 'forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente',[102] es decir, una mujer porta un niño para entregarlo[103] a una tercer parte comitente.[104]

[100] García Castillo, op. cit., pp. 723 y 743 citando a "Tratamientos médicos. necesidad de información previa al paciente o sus familiares, de los riesgos y beneficios esperados", *Semanario Judicial de la Federación*. Tomo XXVIII, octubre de 2008, Tesis: I.4ºC.31K, Reg. 168530. Existen tesis en México que protegen el derecho del paciente de ser debidamente informado.

[101] Hardcastle, op. cit., p. 97. Hardcastle pone en duda la cuestión de la clasificación de los materiales biológicos como 'datos personales' por sí mismos.

[102] Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2013, p. 24.

[103] Vélez Correa, Luis Alfonso, Ética Médica. Interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte, Medellín, Corporación para Investigaciones Biológicas, 1999 (1987), p. 202. 'Se da cuando una mujer asume la gestación de un embrión genéticamente ajeno, o de un óvulo propio no fecundado por el esposo, con el compromiso de entregar el hijo después del nacimiento a quienes han contratado la gestación.'

[104] Cannell, Fenella, "Concepts of Parenthood: The Warnock Report, the Gillick Debate, and Modern Myths", en: *American Ethnologist*, vol. 17, no. 4, American Anthropological Association, 1990, pp. 667 y 673.

Otra de las denominaciones que ha recibido es *maternidad subrogada*, sin embargo rechazamos el término maternidad debido a que 'la maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación',[105] la maternidad no se sustituye, es la gestación la que se hace por otro[106] y nos referimos a *gestación* ya que ese es el 'fin perseguido por las partes de la relación jurídica'.[107] En el mismo sentido consideramos que la palabra subrogada no es apropiada ya que, si bien conforme el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española *subrogar* significa sustituir o poner a alguien en el lugar de otra persona, para efectos jurídicos la subrogación no solo es la sustitución, sino que conforme el Código Civil Federal[108] implica 'una forma de transmisión de las obligaciones, como cuando se sustituye un acreedor por otro, algo que no puede adjudicarse a la *maternidad subrogada* ya que la mujer que contrata no puede ser sustituida por otra mujer contratante',[109] la idea es de cambiar o sustituir de ubicación la gestación y no la transmisión de obligaciones, por lo que utilizar el término subrogar 'origina

[105] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 26.

[106] Consideramos lo mismo respecto al término 'madre gestante' otorgado por López Faugier, Irene, "Los métodos de reproducción asistida y su impacto en la filiación", en: Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (eds.): *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 147.

[107] González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, pp. 1 y 3.

[108] Código Civil Federal, Artículos 2058 y 2059.

[109] Mir Candal, Leila, "La 'maternidad intervenida'. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada", en: *Revista Redbioética/UNESCO*, vol. 1, no. 1, Redbioética, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2010, pp. 1 y 5.

confusiones e imprecisiones en los ordenamientos jurídicos'.[110]

Igualmente no admitimos el término *alquiler de vientre* 'como coloquialmente se refieren a ella los medios, puesto que tras esta terminología se intuye un lucro que no siempre existe, además de no traslucirse con certeza el alcance del problema'.[111] En consecuencia, consideramos que el término más adecuado para denominar a esta técnica de reproducción asistida es de gestación por otros. Sin embargo, la confusión no se limita a determinar su denominación, sino que también existe en torno a determinar su naturaleza como derecho que garantice la gestación por otros, a continuación discutiremos brevemente el tema.

VIII. ¿Existe un derecho que garantiza la gestación por otros?

Existe un amplio debate para determinar si existe un *derecho a la procreación* 'absoluto o relativo,'[112] el cual se basa en establecer si la procreación asistida puede homologarse a la procreación natural y si la gestación por otros se incluye dentro del derecho a la procreación absoluta.[113] A favor de considerar la gestación por otros

[110] Contreras López, Raquel Sandra, "La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional" en: Domínguez Martínez, Jorge Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (eds.): *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de Profesores de Derecho Civil*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, p. 58.

[111] Durán Ayago, Antonia, "Recensión del libro *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres* de E. Lamm", en: *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, no. 27, Universitat de Barcelona, 2013, pp. 1-2, *http://www.reei.org/index.php/revista/num27/recensiones/lamm-gestacion-sustitucion-maternidad-subrogada-alquiler-vientres-universitat-barcelona-publicacions-i-edicions-2013-336-pp*, consultado el 13 de septiembre de 2019.

[112] Mir Candal, op. cit., pp. 1 y 9.

[113] Ibid.

como un derecho a la procreación[114] argumentan que está 'implícito en los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a crear una familia',[115] que se fundamenta en 'la autonomía y libertad en las decisiones'[116] de los individuos, y afirman que este *derecho reproductivo* implica la salud reproductiva que engloba 'las nuevas tecnologías reproductivas',[117] tales como la gestación por otros. Las repercusiones de lo anterior son amplias ya que en caso de encontrarse en ese supuesto el Estado debería garantizar a los ciudadanos la posibilidad de recurrir a este tipo de técnicas.[118]

En contra de dicha visión se ha dicho que la 'libertad reproductiva como derecho humano implica igualdad de expectativas y oportunidades'[119] y que en el caso de la gestación por otros, en muchas ocasiones, el derecho reproductivo de la gestante se ve motivado por cuestiones económicas más que por voluntad propia de realizar este tipo de prácticas, provocando una 'desigualdad estructural que coloca a las mujeres en una posición de máxima vulnerabilidad'[120] y que en ese supuesto no existe igualdad de oportunidades, derivado de lo anterior no puede hablarse de un verdadero derecho de reproducción respecto de la gestante.

[114] Igareda, Noelia "La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 44, Universitat de Barcelona, 2018, pp. 57 y 65.

[115] Salazar Benítez, Octavio, "La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos", en: *Revista de Derecho Político*, no. 99, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2017, pp. 79 y 84.

[116] Mir Candal, op. cit., pp. 1 y 9.

[117] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 230.

[118] Mir Candal, op. cit, pp. 1 y 8.

[119] Ibid, pp. 1 y 12.

[120] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 113.

En México la Constitución consagra el derecho a la familia, a la decisión del número de hijos, y a la salud.[121] Si bien el derecho a la reproducción no se encuentra de forma expresa en dicho ordenamiento, se puede interpretar que se deriva de los derechos antes mencionados y que el Estado Mexicano debe garantizarlo.[122] Sin embargo, permanece incierta la existencia de una obligación del Estado de garantizar el acceso a la gestación por otros para que los ciudadanos ejerzan el derecho a la procreación. En caso de que no exista esta obligación, la gestación por otros será únicamente un acto de disposición del cuerpo humano y no un acto que ejerza un derecho del hombre.

IX. Instrumentos utilizados para formalizar la gestación por otros

La formalización de la gestación por otros se ha llevado a cabo a través de diversos instrumentos jurídicos, a continuación, discutiremos los mismos así como sus críticas. Como contrato de arrendamiento de matriz o de útero,[123] que conforme el sistema jurídico mexicano dicha institución es incompatible con la gestación por otros debido a que conforme el Código Civil Federal[124] los derechos personales no son susceptibles de arrendamiento, luego entonces el derecho reproductivo por

[121] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4.

[122] Ruiz Balcázar, Mónica Victoria y Valdés Martínez, María del Carmen, "Dilemas sobre la Maternidad Subrogada en México", en: *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 7, no. 1, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2017, pp. 230 y 241.

[123] Contreras López, op. cit., p. 58.

[124] Código Civil Federal, Artículo 2400: 'Son susceptibles de arrendamiento todos los bienes que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellos que la ley prohíbe arrendar y los derechos estrictamente personales.'

tratarse de un derecho personal no es susceptible de transmitir su uso y goce por medio de arrendamiento. Por otra parte, Contreras López propone la celebración de un 'contrato de prestación de servicios gestacionales'[125] y argumenta que la prestación de servicios incluye la naturaleza jurídica de la gestación por otros y aplica la analogía de contratos atípicos contenida en el Código Civil Federal[126] y señala que la mujer gestante adquiere obligaciones de hacer (ser fecundada y gestar el niño) y de dar (entregar el niño) mientras que la mujer contratante de pagar la contraprestación,[127] la objeción a esta figura se basa en el hecho de que la obligación de entregar el niño se asimila a la mercantilización de una persona. La Conferencia de la Haya diferencia el acuerdo de subrogación con el acuerdo de gestación, el primero donde el óvulo es proporcionado por la gestante, mientras que en el último no tiene relación con ella, asimismo separa los acuerdos con fines lucrativos de los de fines altruistas;[128] la crítica al término subrogación ya fue mencionada. De igual manera se ha recurrido a crear un nuevo instrumento denominado contrato de gestación por sustitución, criticado ya que tendría por objeto la gestación que es 'indisponible, intransferible y persona-

[125] Contreras López, op. cit., p. 61.

[126] Código Civil Federal, Artículo 1858 y 1859.

[127] Contreras López, op. cit., p. 61.

[128] Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, "Annexe A – Revised Glossary", en: *Opportunité et possibilité de poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet filiation / maternité de substitution*, doc. prel. no. 3 B, Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, p. i, https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf y https://assets.hcch.net/docs/ea542cde-9665-48bd-ab90-2c88339ac020.pdf, consultado el 20 de septiembre de 2019. Es interesante la traducción que se hace de dichas figuras en las versiones inglés y francés, donde en inglés se habla de subrogación tradicional o gestacional mientras que en francés se habla de procreación o gestación por otros.

lísima'[129] y el niño que está fuera del comercio, en el mismo sentido, que es contrario al orden público por atentar en contra de la dignidad humana contemplada en la Constitución Mexicana de los Estados Unidos Mexicanos.[130]

Es evidente que la gestación por otros 'se presenta como una realidad que supera las previsiones de muchos de los ordenamientos jurídicos y trae como resultado diferentes tintes problemáticos,'[131] derivado de lo anterior es necesario que en el sistema jurídico mexicano se adopte un instrumento que no contravenga las instituciones existentes y que regule las condiciones que surgen derivado de acuerdos para la gestación por otros. Asimismo, es importante identificar qué competencia legislativa ha de regular esta cuestión, el derecho civil o de la salud, si se encuentra en la primer rama entonces se regularía estatalmente[132] lo cual conlleva a falta de uniformidad a nivel nacional, pero si se ubica en el área de la salud el tema sería federal,[133] y se limitaría a la parte médica, debiendo dejar de lado los efectos en materia de filiación, patria potestad, alimentos y sucesiones.[134] Asimismo es necesario identificar las repercusiones en el derecho de familia, mismas que discutiremos más adelante.[135] Para regular la gestación por otros es necesario tomar en cuenta diversos aspectos, mismos que estudiaremos a continuación.

[129] Lamm, *Gestación por sustitución,* p. 215.

[130] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 25.

[131] González Martín y Albornoz, op. cit., pp. 1 y 3 citando a Rubaja, Nieve, "El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero", en: Moreno Rodríguez, José Antonio y Lima Marques, Claudia (coords.): *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014,* Porto Alegre, Gráfica Editora, 2014, pp. 281 y ss.

[132] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 124.

[133] Ibid, Artículo 73 fr. XVI es facultad del Congreso legislar en materia de salubridad general.

[134] Albornoz, María Mercedes y López González, Francisco, "Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", en: *Revista del Instituto de Investigaciones de Ciencias Jurídicas de Puebla,* vol. 11, no. 39, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, 2017, pp. 173 y 178.

X. Otros aspectos relacionados para regular

Las razones por las que los sujetos recurren a la gestación por otros varían, desde problemas para concebir[136] como imposibilidad física,[137] infertilidad o motivos médicos[138] hasta cuestiones estéticas, vanidad, circunstancias laborales, homosexualidad o condiciones económicas;[139] sin embargo, de forma mayoritaria las motivaciones que no tienen conexión con imposibilidad física han sido rechazadas y consideradas ilícitas.[140] Derivado de lo anterior es necesario determinar si se deben identificar los motivos que fundamentan el uso de esta práctica y, en su caso, si dichas razones deben satisfacer ciertos requisitos para admitir su uso en México.[141] En ese sentido es menester recordar que nuestros códigos civiles no son causalistas, por lo que la expresión de causa no es necesaria para la existencia y validez de los actos jurídicos.

[135] Ibid, pp. 173 y 179.

[136] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79-80.

[137] García Monge, Juan Guadalupe, "La gestación subrogada en México", en: López Adame, Ángel Gilberto (ed.): *Homenaje al doctor Julián Güitron Fuentevilla,* Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 167: Dentro de la imposibilidad física se encuentran: la ausencia de útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas y reiterados intentos fallidos de fecundación *in vitro.*

[138] Albornoz y López González, op. cit., pp. 173 y 178.

[139] Brena Sesma, Ingrid, "La gestación subrogada ¿una nueva figura del derecho de familia?", en: Brena Sesma, Ingrid (ed.): *Reproducción asistida,* Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, pp. 139 y 156.

[140] Ibid.

[141] Albornoz y López González, op. cit., pp. 173 y 179.

Asimismo, respecto a los sujetos que asumirán después 'la paternidad-maternidad del hijo habido'[142] existen legislaciones que permiten la gestación por otros para individuos solteros o parejas ya sea dentro de matrimonio o en concubinato y, en su caso, únicamente heterosexuales o igualmente homosexuales.[143] Al respecto, es menester establecer los supuestos en los que los sujetos pueden recurrir a la gestación por otros así como la nacionalidad, si se limitará a nacionales mexicanos (residentes en México) o si se permitirá para extranjeros y mexicanos no residentes, ya que de ello dependerá que el país se convierta, o no, 'en una gran incubadora'.[144]

De igual manera es importante regular si el acuerdo será gratuito u oneroso 'o, dicho de otra manera, altruista o comercial'.[145] La gestación de forma gratuita implica únicamente el pago de los gastos incurridos durante y después del embarazo, el cual es el más aceptado por los expertos y las legislaciones, un 'contrato benévolo o con fines altruistas'[146] en el que se pretende mostrar la 'solidaridad gestacional'[147] por parte de la gestante hacia la mujer que no puede tener hijos,[148] y en el que se proteja a 'la madre gestante y a los comitentes..., (y que se vele)

[142] Garibo Peyró, Ana-Paz, "El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada", en: *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, no. 93, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2017, pp. 245 y 250.

[143] Brena Sesma, op. cit., pp. 139-140.

[144] Ruiz Balcázar y Valdés Martínez, op. cit., pp. 230 y 250.

[145] López San Luis, Rocío, "La gestación por sustitución altruista no elimina el aspecto contractual de la gestación del así nacido", en: *Revista Jurídica de Castilla y León*, no. 49, Junta de Castilla y León, 2019, pp. 107 y 125.

[146] Martínez Martínez, Verónica Lidia, "Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México", en: *Dikaion*, vol. 24, no. 2, Universidad de La Sabana, 2015, pp. 353 y 363.

[147] López Guzmán, José, "Dimensión económica de la maternidad subrogada ('Habitaciones de alquiler')", en: *Cuadernos de Bioética*, vol. 28, no. 2, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, 2017, pp. 199 y 202.

[148] Brena Sesma, op. cit., pp. 139-140.

por el interés superior del menor a lo largo del proceso de gestación'.[149]

La gestación será onerosa 'cuando exista un pago de por medio,'[150] esta postura ha sido ampliamente criticada, a favor y en contra, las posturas a favor argumentan que es un rescate económico para gestantes que necesitan el dinero,[151] mientras que en contra se ha dicho que 'donde hay remuneración existe tráfico de niños, instrumentalización, trata y explotación de la mujer,'[152] se considera que se cosifica no sólo a la mujer gestante, sino también al niño, lo cual atenta contra la dignidad del ser humano.[153] Por lo tanto, es importante determinar la onerosidad, o no, de la gestación por otros.

Existen diversos supuestos o modalidades en los que se puede dar la gestación por otros, a continuación describiremos los mismos:

Gestación por otros tradicional: La gestante aporta sus gametos para que sean inseminados con el esperma del comitente o de un donante.[154] Conforme algunos autores, esta última no es considerara como gestación por otros ya que la madre biológica (o genética) es, a su vez, la gestante.[155]

Gestación por otros gestacional: Cuando la gestante no aporta sus óvulos, los cuales son aportados por la comitente o una donante y se recurre a la fertilización *in vitro*.[156] Esta modalidad se puede llevar a cabo con mate-

[149] López San Luis, op. cit., pp. 107 y 135.

[150] Brena Sesma, op. cit., pp. 139 y 140.

[151] López Guzmán, op. cit., pp. 199 y 202.

[152] López San Luis, op. cit., pp. 107 y 135.

[153] Martínez Martínez, op. cit, pp. 353 y 364.

[154] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 27.

[155] Brena Sesma, op. cit., pp. 139-140. López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p.148.

[156] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28. López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p.148.

rial genético de los comitentes o con material genético donado de un hombre o una mujer, o ambas partes. 'En este tipo de gestación por sustitución pueden llegar a intervenir seis personas: el donante de esperma, la donante de óvulo, la gestante, su marido —si tiene— y el y la comitente (o los comitentes o, excepcionalmente, las comitentes)'.[157]

En la práctica, se recurre más frecuentemente a la segunda modalidad ya que se pretende evitar problemas derivados de los gametos de la mujer gestante ya sean físicos, como sucedió en el caso de *Baby Gammy*,[158] o jurídicos, ya que la 'evidencia y la jurisprudencia demuestran que las disputas y los problemas son más frecuentes'[159] en la primera modalidad.

Es fundamental que se delimiten todos y cada uno de los aspectos mencionados en este apartado a fin de establecer un marco jurídico en México que ofrezca seguridad y certeza jurídica a los comitentes, a la gestante y al niño. Los efectos de la gestación por otros repercuten en instituciones tan importantes para la sociedad como la familia y la filiación, por lo tanto, a continuación abordaremos el tema.

XI. Efectos de la gestación por otros en la familia y la filiación

La gestación por otros pone en entredicho y en peligro uno de los conceptos estructurales del mundo occi-

[157] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28.

[158] ABC News, "Baby Gammy: Surrogacy row family cleared of abandoning child with Down syndrome in Thailand", en: *ABC News*, https://www.abc.net.au/news/2016-04-14/baby-gammy-twin-must-remain-with-family-wa-court-rules/7326196 consultado el 2 de octubre de 2019. En este caso la corte sentenció que los padres australianos no habían abandonado al bebé, sin embargo es un ejemplo que muestra las situaciones *sui generis* que esta realidad genera.

[159] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 28.

dental: la familia.[160] La importancia de la familia no se limita a ser la célula de la sociedad, sino que derivado de su existencia se originan derechos y obligaciones de alimentos, educación o sucesión hereditaria[161] entre sus miembros. Los principios que establecían que la 'madre es quien ha parido' y que 'padre es el marido de la madre' se ven mermados, y la filiación de un descendiente[162] ya no es tan clara como lo fue hasta 1980. El Código Civil Federal indica que el 'parentesco por consanguinidad se determina en función de que una persona descienda de la otra, o esté vinculado a ella por tener un pariente o tronco común',[163] sin embargo en la gestación por otros la gestante no tiene intención de ser madre del niño ni tiene lazo genético con él, mientras la comitente además de tener la intención tiene relación genética (en la mayoría de las ocasiones).

En la gestación por otros tradicional la madre genética y la gestante es la misma persona y se entregará el niño a la madre jurídico-convencional. El Código Civil prohíbe cualquier tipo de transacción respecto a la filiación,[164] la gestante madre genética que entregue el niño podría asimilarse a transmitir su descendiente. Actualmente, dentro del derecho mexicano esta modalidad también podría encuadrar en el delito de abandono de

[160] López Guzmán, op. cit., pp. 199 y 215.

[161] Chirino Castillo, Joel, "El derecho de familia en el Código Civil de la Ciudad de México", en: Adame López, Ángel Gilberto (ed.): *Homenaje al Doctor Othón Pérez Fernández del Castillo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2017, p. 100.

[162] Contreras López, op. cit., p. 12.

[163] Barroso Figueroa, José, "Maternidad, Paternidad y Genética (Un problema de libertad)", en: Cárdenas Uribe, Filiberto (ed.): *Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, p. 30.

[164] Código Civil Federal, Artículo 338.

una persona,[165] lo cual impone una pena de un mes a cuatro años de prisión y se priva de la patria potestad a la gestante.[166]

En la gestación por otros gestacional 'existe una disociación voluntaria entre la madre biológica y gestante'[167] por lo que se pretende generar una filiación legal en favor de la mujer comitente. En este caso, para la imputación de la maternidad es necesario determinar si el nexo biológico con la comitente o el nexo biosíquico con la gestante ha de prevalecer. La generalidad privilegia el nexo biológico.[168] No obstante, en una tesis aislada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ('SCJN') superó la necesidad del vínculo biológico y determinó que la 'voluntad para concebir o voluntad procreacional' de los comitentes así como la voluntad libre de vicios de la madre gestante (que deberá ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio) son suficientes para que el juez pueda atribuir la filiación a los comitentes. Todo ello basado en el 'derecho a la identidad y la protección a su interés superior'[169] del menor, y sus derechos 'alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo'.[170]

[165] Código Penal Federal, Artículo 335.

[166] López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 157.

[167] López Faugier, Irene. "Filiación por naturaleza, por reproducción asistida y por adopción", en: Sánchez Barroso, José Antonio (ed.): *Cien años de derecho civil en México 1910-2010. Conferencias en homenaje a la Universidad Nacional Autónoma de México por su centenario*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, p. 156.

[168] López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 152.

[169] "Filiación de un menor de edad nacido bajo la técnica de maternidad subrogada. Es deber del juez establecerla, aun ante la ausencia de regulación específica", *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis Aislada. Décima Época. Instancia: Primera Sala. 11 de octubre de 2019 10:21hrs. Tesis: 1a. LXXXVI-II/2019 (10a.).

[170] Ibid.

Para remediar la entrega del niño y crear un vínculo de filiación con los comitentes se ha hablado de (i) entregar al menor por medio de adopción; (ii) el reconocimiento del niño por los comitentes; (iii) impugnación de la paternidad cuando la gestante está casada; (iv) por medio del reconocimiento en el acta de nacimiento; (v) a través de un contrato privado.[171]

La gestación por otros ha disociado la procreación de la actividad sexual completamente, por lo cual es necesario precisar si la maternidad y la paternidad 'dependen primariamente de la genética, de la gestación, del estado civil de las personas, o del acuerdo de voluntades suscrito por las partes'.[172] Lamm considera que actualmente el punto de partida para que cualquier concepto de familia pueda surgir es la voluntad de las partes.[173] Es imprescindible que se establezca un marco jurídico uniforme a nivel nacional con la finalidad de fijar la atribución de la filiación ya sea en favor de los contratantes o de la gestante, 'es necesaria una regulación específica en el Código Civil'.[174] 'Se requieren pues reformas legales de manera que los principios clásicos que sirven para establecer la filiación, parto y presunciones, se flexibilicen y no se apliquen a los participantes'[175] de la gestación por otros. Únicamente cuatro artículos del Código Civil de la Ciudad de México contemplan someramente la reproducción asistida y la gestación por otros y son los siguientes:

[171] Baffone, Cristiana, "La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México", en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, no. 137, Universidad Autónoma de México, 2013, pp. 441, 458-460.

[172] López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 166.

[173] Lamm, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 24, Universitat de Barcelona, 2012, p. 90.

[174] Baffone, op. cit., p. 461 citando a Brena, op. cit., p. 11.

[175] Brena Sesma, op. cit., pp. 139 y 152.

Art. 325. *Contra la presunción a que se refiere el artículo anterior, se admitirán como pruebas las de haber sido físicamente imposible al cónyuge varón haber tenido relaciones sexuales con su cónyuge, durante los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento, así como aquéllas que el avance de los conocimientos científicos pudiere ofrecer.* (Énfasis añadido)

Art. 326. *El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento. Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.* (Énfasis añadido)

Art. 329. *Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este Código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.* (Énfasis añadido)

Art. 293. *El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida. En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.*[176] (Énfasis añadido)

XII. Estatus jurídico de los niños y el interés superior del menor

La obligación del Estado de garantizar el interés superior del menor[177] se consagra en la Constitución Política de México, por lo tanto el Estado tiene el deber de satisfacer las necesidades de los menores para alcanzar su desarrollo integral. La interrogante en el caso de la gestación por otros radica en el hecho de determinar si este método de reproducción asistida afecta o no el interés superior de los menores.

Las posturas al respecto varían, por un lado autores como Lamm consideran que regular la gestación por otros 'es la solución que mejor satisface el interés superior del niño'[178] ya que no existen estudios que comprueben que este tipo de reproducción afecta a los niños.[179] En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aras de proteger el interés superior del menor, ha reconocido los convenios de gestación subrogada a fin de reconocer y mantener los vínculos familiares generados a partir de dichos convenios.[180]

Por otro lado, autores como Garibo consideran que la gestación por otro afecta el interés superior del menor al separarlo de la gestante, mercantilizarlo, generarle posibles problemas de identidad y psicosociales,[181] sin em-

[176] Código Civil de la Ciudad de México, Artículos 293, 325, 326 y 329.

[177] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4.

[178] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 228.

[179] Ibid, pp. 224-227.

[180] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 87.

[181] Garibo Peyró, op. cit., pp. 245 y 258.

bargo cabe mencionar que estos problemas no han sido comprobados. Asimismo, se dice que en la gestación por otro se *crea* un menor el cual, a diferencia de la adopción, no se encontraba en situación de vulnerabilidad, por lo que es dudoso que se proteja el interés superior del menor.[182] En la práctica el interés del menor no siempre es protegido ya que existen casos 'de rechazo a los niños cuando éstos han presentado alguna enfermedad grave o malformación o cuando han ocurrido nacimientos múltiples.'[183] Como analicé aquí la práctica de la gestación por otros tiene consecuencias en diversas áreas externas pero poco discutimos respecto al alcance de la disposición de la mujer sobre su propio cuerpo, por lo tanto a continuación analizaré el consentimiento de la gestante y de los comitentes.

XIII. Del consentimiento de las partes involucradas

El fundamento del consentimiento de la gestante se basa en su autonomía y en su derecho a disponer sobre su cuerpo y su capacidad reproductora.[184] Sin embargo, el consentimiento informado de la gestante es insuficiente ya que no es cualquier tratamiento o intervención sobre su cuerpo y sus efectos no solo afectan a la mujer y su capacidad de reproducción, sino que también repercute en los terceros que se 'benefician' y en el niño que nace,[185] sin olvidar los riesgos y efectos secundarios que pueden derivarse de este método en la misma gestante.[186]

[182] Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 376.

[183] Brena Sesma, pp. 139 y 148.

[184] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 83.

[185] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 95.

[186] Velázquez, Lourdes, "Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada", en: *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, no. 26, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2018, pp. 15 y 18. Estos riesgos y efectos van desde el aumento de la posibilidad de un tumor de mama hasta la pérdida de la fertilidad, pasando por el aumento del riesgo de complicaciones vasculares, hasta la placenta previa, la pérdida del útero y (en el 11% de los casos) incluso la muerte.

Como mencioné anteriormente, en este tipo de prácticas existen desigualdades estructurales que sufren las mujeres gestantes cuando participan en estos contratos por necesidades económicas, un tipo de explotación,[187] por lo que se considera que esas situaciones impiden a las mujeres actuar de manera autónoma. La asimetría entre las partes conlleva a la invalidez del acto,[188] debido a que en México, el consentimiento no es válido cuando existe error, violencia o dolo,[189] y esta situación podría asimilarse a violencia estructural.[190]

Respecto a la paternidad de los hijos nacidos mediante gestación por otros, es necesario el consentimiento expreso del padre,[191] el cual deberá manifestarse verbalmente, por escrito, por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otra tecnología.[192] La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la 'voluntad procreacional' es el consentimiento del padre que expresa su 'deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea,'[193] en el mismo sentido,

[187] Fernández Muñiz, Pablo Ignacio, "Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?", en: *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, no. 26, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2018, pp. 27 y 33.

[188] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 114.

[189] Código Civil Federal, Artículo 1812.

[190] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 114.

[191] Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 365.

[192] Código Civil Federal, Artículo 1803.

[193] "Voluntad procreacional. Constituye un factor determinante en la filiación de un niño o una niña que nació bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga", *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis Aislada. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tomo II, junio de 2018. Tesis: 1a. LXXVIII/2018 (10a.). Página: 980. Si bien esta tesis trata de inseminación artificial heteróloga, se puede aplicar de forma análoga.

en otra tesis expresó que la 'voluntad procreacional' es el elemento determinante para la filiación de la paternidad, sin importar 'la inexistencia del lazo biológico para efectos del reconocimiento voluntario del hijo de la pareja (...) que no proporcionó material genético para la procreación'.[194] Si bien en estas tesis aisladas se reconoce el consentimiento en caso de parejas en las que una de las partes gesta y establece un lazo genético con el menor, la SCJN adoptó una postura en la que subsana la ausencia del nexo biológico con una de las partes a través del reconocimiento de la voluntad de esta última.

Existen varias propuestas para formalizar el consentimiento de las partes involucradas en el proceso de gestación por otros. La primera consiste en establecer un proceso judicial que garantice la existencia del consentimiento previo, informado y libre de todas las partes, 'este consentimiento debidamente homologado, junto con el certificado de nacimiento y la identidad de los comitentes debería otorgarse ante el oficial del Registro Civil para la correspondiente inscripción del nacido'.[195] También se ha sugerido otorgar el consentimiento a través de escritura pública otorgada ante notario.[196] Asimismo respecto a la gestante, se propone la existencia de un consentimiento informado preconcepción, para autorizar la gestación, y otro posparto, para entregar el menor y 'garantizar un período tras el parto en el que ella (la gestante) tuviera la posibilidad de, sin ningún tipo de presión, confirmar su voluntad'.[197]

[194] "Reconocimiento voluntario de hijo en la partida de nacimiento o en acta especial posterior. Es viable la filiación jurídica en el contexto de una unión familiar homoparental, con motivo de la comaternidad". *Semanario Judicial de la Federación*. Tesis Aislada. Décima Época. Instancia: Primera Sala. Tomo II, agosto de 2019. Tesis: 1a. LXVII/2019 (10a.). Página: 1324. Esta tesis se refiere a parejas homosexuales de mujeres, sin embargo, la utilizamos de forma análoga para efectos de la gestación por otros.

[195] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 109.

[196] Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 368.

[197] Salazar Benítez, op. cit., pp. 79 y 111.

Derivado de lo anterior en caso de que se acepte la gestación por otros en nuestra legislación es menester tener como fundamento el consentimiento informado que construya el marco ético legal de este proceso, establecer 'las formalidades legales conforme las cuales debe obrar la voluntad o el consentimiento, para hacer uso de'[198] la gestación por otros. 'Sin embargo, no hay que olvidar que es muy difícil constatar en un consentimiento informado los riesgos sobre la libertad, la dignidad y aquellos de tipo emocional'.[199] Por otro lado, la disposición del cuerpo de la mujer no se limita al otorgamiento del consentimiento, sino que también implica que el objeto del proceso sea jurídicamente posible y lícito como lo establece el Artículo 1827 del Código Civil Federal: 'Art. 1827. El hecho positivo o negativo objeto del contrato debe ser: I. Posible II. Lícito.'[200]

XIV. Licitud del objeto de la gestación por otros

Como mencioné anteriormente, existe el obstáculo en nuestro derecho para determinar si el óvulo y los embriones[201] pueden estar en el comercio,[202] dichos materiales por sí mismos no tienen capacidad de dar vida, sin embargo, la finalidad con la que son utilizados en la gestación por otros es precisamente para generar

[198] López Faugier, "Los métodos de reproducción asistida", p. 165.

[199] López Guzmán, op. cit., p. 216.

[200] Código Civil de la Ciudad de México, Artículo 1827

[201] Algunos países como el Reino Unido permiten e inclusive regulan la disposición de embriones para investigación y para fertilización e incluye los 'embriones mezclados,' el cual si bien prohíbe su colocación en mujeres, no limita el estudio de embriones que pueden provenir de una mezcla entre humanos y animales. (Reino Unido Human Fertilisation and Embryology Act 2008 Section 4).

[202] Barroso Figueroa, op. cit., p. 31.

vida y procrear. Algunos consideran que la disposición de embriones o de un ser humano vulnera las normas de orden público y las buenas costumbres,[203] y por lo tanto es ilícita. Asimismo, creen que al tratarse de *res extra commercium* el contrato de gestación por otros es inexistente.[204] La Convención para los derechos del niño establece que los acuerdos para gestación por otros contribuyen para que los menores sean tratados como productos objeto de compra y venta, y que se perjudica su desarrollo y bienestar al quitar la posibilidad de tener un vínculo con la persona que los trajo al mundo.[205] Widdows propuso como antídoto a la mercantilización o cosificación de los niños evitar normalizar las prácticas que cosifican la gestación por otros (como la elección del sexo y las características físicas por decisión de los padres).[206]

Para efectos del derecho civil, como ya lo observé, el objeto de los contratos debe ser posible y lícito, es decir, no contrario a las leyes de orden público y a las buenas costumbres.[207] Por lo tanto, para regular este medio de reproducción es necesario superar estos problemas doctrinales, y teniendo en cuenta que el objeto de la gestación por otros es un niño, deberá de asegurarse la protección de los menores que nacen de estos procesos,[208] sin omitir la dificultad de encontrar soluciones satisfactorias.[209]

[203] Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 375.

[204] Martínez Martínez, op. cit., pp. 353 y 375.

[205] Velázquez, op. cit., pp. 15 y 18.

[206] Widdows, Heather, "Persons and Their Parts: New Reproductive Technologies and Risks of Commodification", en: Smith, Stephen W. y Deazley, Ronan (eds.): *The Legal, Medical and Cultural Regulation of the Body. Transformation and Transgression*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 78-87. Asimismo señaló que esas actitudes repercutirían no solo en esos niños sino en la niñez en general.

[207] Código Civil Federal, Artículo 1827 fr. II y 1829.

[208] Fernández Muñiz, op. cit., pp. 27 y 36.

[209] Velázquez, op. cit., pp. 15 y 23.

XV. Regulación de la gestación por otros a nivel estatal

En México a nivel federal, el Código Civil no regula la gestación por otros, sin embargo, algunos estados la han regulado en diferente sentido. Las legislaciones de Coahuila[210] y San Luis Potosí[211] consideran inexistente la maternidad subrogada y atribuyen la maternidad a la gestante sin importar que el material genético no provenga de ella. En Querétaro,[212] la legislación aplicable señala la prohibición del uso de una tercera mujer para la gestación de un embrión a parejas adoptantes de embriones.

Por otro lado, el estado de Tabasco[213] reconoce la gestación por otros y atribuye la maternidad a la contratante y no a la gestante, sin embargo su regulación es insuficiente[214] al no establecer 'cómo o bajo qué condiciones o circunstancias se haría'.[215] Sinaloa[216] permite la 'gestación subrogada' y la regula de forma amplia y detallada, incluyendo temas del consentimiento de las partes, tipos de gestación subrogada, condiciones para que se dé la gestación e inclusive admite tanto la gestación altruista como la onerosa. La Ciudad de México propuso la emisión de una Ley de Gestación Subrogada la cual no fue aprobada y fue criticada al considerarse más adecuada su regulación dentro del Código Civil debido a sus implicaciones en la filiación.[217]

[210] Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza, Artículo 491.

[211] Código Familiar para el Estado de San Luis Potosí, Artículo 243.

[212] Código Civil del Estado de Querétaro, Artículo 400.

[213] Código Civil para el Estado de Tabasco, Artículo 347.

[214] Contreras López, op. cit., p. 62.

[215] Lamm, *Gestación por sustitución*, p. 159.

[216] Código Familiar para el Estado de Sinaloa, Artículos 282-297.

[217] Contreras López, op. cit., pp. 63-64.

Valencia Monge considera que la regulación de esta materia por parte de estos estados es inconstitucional y sobrepasan sus facultades al regular la materia desde la salubridad general,[218] que es exclusiva del Congreso de la Unión.[219] Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 146/2007[220] respecto de la facultad de la Ciudad de México para despenalizar el aborto, se centró 'exclusivamente en la detección de obligaciones y prohibiciones'[221] del legislador de penalizar o despenalizar conductas, más que en la atribución de facultades en materia de salubridad de los estados. Derivado de lo anterior, podría considerarse que de forma análoga los legisladores estatales están facultados para regular respecto a la gestación por otros. Lo preocupante es que en la actualidad no existe uniformidad en la legislación en México, por lo que es recomendable y necesario establecer un marco que genere certeza y seguridad jurídica a los sujetos involucrados en la gestación por otros. Algunos países han legislado sobre el tema y a continuación analizaré brevemente las disposiciones contenidas en estas regulaciones.

XVI. Regulación de la gestación por otros en distintos países[222]

Se pueden catalogar las regulaciones en tres secciones, primero, las que expresamente prohíben la gestación por otros sin importar si es gratuita u onerosa, tales como Francia, Alemania,[223] Suiza, Italia y Austria. Segundo, los países en que se permite la gestación por otros altruistas, donde encontramos a Canadá, Reino Unido, Australia, Grecia, Brasil, Israel y Sudáfrica. Y tercero, las jurisdicciones que admiten la gestación que permite la remuneración de la gestante (o no la prohíben), que son encabezadas por Rusia, Ucrania, India,[224] y ciertos estados de los Estados Unidos de América ('EUA').[225] A continuación describiré algunas de las características más comunes e importantes que contienen las regulaciones.

En los países donde se permite la gestación por otros en forma altruista se requiere que los comitentes únicamente cubran los gastos razonables incurridos, aunque algunos países;[226] facultan al tribunal para autorizar el pago de gastos adicionales, otros admiten el pago de una indemnización razonable, mientras que otros no establecen nada al respecto y por tanto se recomienda no entregar pagos adicionales a los esenciales para la gestación.

Los órganos jurisdiccionales tienen gran influencia respecto a la gestación por otros, en algunos países es preciso recibir autorización previa del tribunal competente para someterse al proceso. Conforme ciertas legis-

[218] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 73 fr. XVI.

[219] García Monge, op. cit., 182.

[220] Acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, en la que se reconoce la facultad del Distrito Federal para despenalizar el aborto dentro de las primeras doce semanas de gestación.

[221] Pou Jiménez, Francisca, "El aborto en México: el debate en la Suprema Corte sobre la normativa del Distrito Federal", en: *Anuario de Derechos Humanos*, no. 5, Universidad de Chile, 2009, pp. 137 y 150.

[222] Lamm, *Gestación por sustitución*, pp. 118-185.

[223] Alemania sanciona a quien lleva a cabo estos métodos, pero no a la gestante ni a los comitentes.

[224] India se encuentra en el proceso de aprobación del proyecto de Reglamento de la Subrogación 2019 el cual limita este método únicamente a nacionales indios, determina reglas específicas y prohíbe la gestación por otros comercial. Lok Sabbha, "The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019", en: *Parliament of India, Lok Sabbha*, http://164.100.47.4/BillsTexts/LSBillTexts/PassedLoksabha/156-C_2019_LS_Eng.pdf, consultado el 29 de octubre de 2019.

[225] Algunos estados tienen regulación que la autorizan como Illinois, Utah, Texas, Florida y New Hampshire. Otros estados por jurisprudencia la permiten como California, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio.

[226] Reino Unido.

laciones los tribunales tienen la facultad de atribuir la filiación del niño a los comitentes,[227] en otras se debe recurrir a la adopción para estos fines,[228] y en otros lugares se establece de forma automática posterior al nacimiento del niño.[229] Asimismo, se ha implementado como requisito que la gestante otorgue su consentimiento para inscribir al niño como hijo de los comitentes.[230] La tendencia de los tribunales es evaluar en favor del interés superior del menor y resolver siempre a su favor.[231]

Todos los participantes, es decir, gestante y comitentes, deben otorgar su consentimiento informado.[232] En el caso de gestantes casadas es requerido el consentimiento del marido también.[233] Respecto de los comitentes, en su mayoría, se solicita que sean dos personas,[234] hombre y mujer,[235] casados,[236] algunos prohíben a las parejas homosexuales[237] mientas que otros autorizan a cualquiera.[238] En su mayoría solicitan que la comitente sea físicamente

[227] En Reino Unido y Australia el juez establece la filiación una vez solicitada por los comitentes. En Brasil por orden judicial ya se han establecido relaciones paterno-filiales. En Israel una orden judicial autoriza la filiación.

[228] Canadá (en específico Quebec) es el caso.

[229] Grecia.

[230] Rusia y Ucrania.

[231] Reino Unido, Canadá, Israel, Sudáfrica, New Hampshire (EUA) protegen en todo momento el interés de los menores. Francia, inclusive cuando en su legislación se prohíbe la gestación por otros.

[232] Brasil, Rusia (sin embargo, la ley no establece nada respecto al hombre soltero).

[233] Grecia, Brasil, Sudáfrica, Rusia, EUA (Texas y Utah. En Virginia la mujer debe estar casada).

[234] Australia no específica que sean marido y mujer o el sexo de los mismos.

[235] Israel.

[236] Reino Unido permite matrimonios, uniones civiles o dos personas que vivan como familia. Ucrania. New Hampshire (EUA).

[237] En Grecia no importa si son parejas homosexuales de hombres o de mujeres. Ucrania lo prohíbe.

[238] Brasil, Sudáfrica, Rusia e Illinois (EUA).

incapaz de llevar a cabo un embarazo.[239] Existen países que piden por lo menos a uno de los comitentes aportar el material genético,[240] mientras que otras leyes requieren que el esperma sea del padre comitente.[241] Inclusive hay países que prohíben la donación anónima de espermas.[242] Respecto de la edad de los comitentes las legislaciones difieren, algunos solicitan que los comitentes sean mayores de 18,[243] 21,[244] o 25 años,[245] y tengan un máximo de 50 años.[246]

Entre los requisitos de la gestante se encuentra que haya tenido hijos previamente,[247] y que goce de buena salud física y psíquica.[248] Mientras que algunos países prohíben que la gestante tenga relación genética con el niño,[249] otras jurisdicciones permiten que la gestante aporte los óvulos.[250] Algunos países otorgan un periodo de reflexión a la gestante para ratificar su decisión antes de otorgar la filiación a los comitentes,[251] pero no en todas

[239] Grecia, Florida (EUA), Australia (en la mayoría de las regiones), India, Israel y Ucrania.

[240] Reino Unido, Sudáfrica (exceptuando cuando por razones válidas no sea posible), Ucrania, EUA (Illinois, Virginia y New Hampshire).

[241] Israel.

[242] Israel.

[243] Reino Unido, Australian Capital Territory y South Australia (Australia), Florida (EUA).

[244] New Hampshire (EUA).

[245] Queensland y Western Australia (Australia).

[246] Grecia.

[247] Israel, Sudáfrica, Rusia, Ucrania y EUA (Texas, Utah, Virginia, y New Hampshire).

[248] Grecia, Ucrania, Estados Unidos (Illinois), Rusia e India.

[249] Australia, Grecia, Israel, Rusia, Ucrania, India y EUA (Illinois).

[250] Canadá y New Hampshire (EUA). Esta modalidad ya no sería propiamente gestación por otros.

[251] Reino Unido establece un periodo de 6 semanas para que la gestante reflexione su decisión. Western Australia (Australia) determina un periodo de

las jurisdicciones es así.[252] Respecto a la edad de la gestante hay países que permiten a las mujeres mayores de 18,[253] 20,[254] 21,[255] 22,[256] o 25 años,[257] y como límite la edad de 35,[258] 38,[259] 45,[260] o 50[261] años.

Con la finalidad de disminuir el turismo reproductivo algunos países requieren que los comitentes sean nacionales del país,[262] o por lo menos uno de los comitentes[263] y la gestante[264] tenga domicilio en ese país; no obstante, legislaciones no contienen nada al respecto.[265] Existen países que permiten a sus ciudadanos realizar este método fuera de su territorio,[266] sin embargo, en los países en que se permite la modalidad altruista se prohíbe

3 semanas. En Israel no existe un plazo pero si la posibilidad de que el tribunal decida resolver el contrato previa solicitud de la gestante. En Sudáfrica existe un plazo de 60 días cuando la gestante aportó sus óvulos también. En New Hampshire (EUA) el plazo es de 72 horas posteriores al nacimiento del niño.

[252] En Grecia la gestante no tiene derecho a cambiar de opinión. En el estado de Virginia (EUA), la gestante en caso de aportar sus óvulos tiene derecho a retirar su consentimiento dentro de los 180 días posteriores al comienzo del embarazo. En Florida (EUA), la gestante se compromete a entregar el niño una vez nacido.

[253] Florida (EUA).

[254] Rusia.

[255] Canadá, Illinois y New Hampshire (EUA).

[256] Israel.

[257] Queensland, Western Australia, Victoria y New South Wales (todos ellos en Australia) e India.

[258] Rusia.

[259] Israel.

[260] India.

[261] Brasil.

[262] Grecia (ya sean ciudadanos o residentes permanentes).

[263] Como sucede en el Reino Unido y Sudáfrica.

[264] Sudáfrica.

[265] Ucrania.

[266] Israel y Australia.

la modalidad comercial extraterritorialmente.[267] A continuación comentaré algunos casos significativos relacionados con turismo reproductivo.

XVII. El turismo reproductivo y sus implicaciones

El turismo reproductivo en el caso de la gestación por otros se entiende como el fenómeno en el cual las personas acuden a otro país para someterse a métodos de reproducción asistida ya sea porque en su país los costos son muy elevados o porque están prohibidos algunos métodos de reproducción asistida existentes.[268] Diversos estudios demuestran que existen 'nuevos tipos de redes de reproducción entre países de ingresos altos de capital y países pobres con 'exceso' de mano de obra reproductiva.'[269] Los casos internacionales o transfronterizos tienen consecuencias de derecho internacional privado, y conllevan dificultades en especial cuando se involucran países en donde está prohibida o no está regulada la gestación por otros. Dichos casos impactan en las cuestiones relativas a la filiación, padres internacionales (nacionalidad y país de residencia),[270] la emisión de documentos de identidad para el niño, el derecho a las prestaciones derivadas de la paternidad/maternidad de los comitentes, y en general, todos los efectos de los acuerdos de gestación por otros llevados a cabo en otro país. Esta 'tensión entre la soberanía que tiene cada país para regular internamente la subrogación (o gestación

[267] New South Wales (Australia).

[268] Velázquez, op. cit., pp. 15 y 21.

[269] Deomampo, Daisy, "Gendered Geographies of Reproductive Tourism", en: *Gender & Society*, vol. 27, no. 4, Sociologists for Women in Society, 2013, pp. 514 y 519.

[270] Albornoz y López González, op. cit., pp. 173 y 179.

por otros) y la necesidad de dar solución a casos que presentan un elemento de internacionalidad'[271] ha sido resuelta de diversas maneras por los tribunales.

En España el Tribunal Supremo, basado en la situación de facto que ya existía entre los menores (nacidos en Estados Unidos) y los comitentes, resolvió otorgar la filiación en favor de estos últimos (en este caso homosexuales); atribuyó la filiación del padre biológico de forma natural y la del otro varón a través de adopción, previa autorización de la gestante.[272] Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ('TEDH') resolvió en contra de Francia; consideró que ésta última había violado el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos al negar la inscripción en el registro de menores nacidos por medio de gestación subrogada en Estados Unidos.[273] El TEDH situó el interés superior del menor por encima del orden público y reconoció un contrato de subrogación celebrado fuera de Francia.[274] Asimismo, el TEDH en Paradiso y Campanelli c. Italia[275] declaró culpable a Italia 'puesto que la obligación de tomar en consideración el interés superior del menor incumbe al estado con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo...'[276] Estas sentencias demuestran cómo los tribunales (en especial las instancias internacionales), más allá de tomar en consideración la voluntad de los comitentes o la soberanía de los estados, pretenden proteger el interés superior de los menores que nacen como objeto de los acuerdos de gestación por otros, en los cuales las gestantes otorgan su consentimiento para entregar el(los) niño(s) a los comitentes, quienes a su vez otorgan su consentimiento para asumir los derechos y obligaciones derivados de la paternidad/maternidad.

Ruiz y Valdés consideran que existe una amplia posibilidad de que se propicie el turismo reproductivo en México debido a la pobreza en la que se encuentran millones de mujeres en el país por lo que sugieren regular ya sea a favor o en contra la gestación por otros a fin de proteger los derechos de todos los involucrados en este proceso.[277] El impacto de la ausencia de ley a nivel nacional es tan grave que, como Pennings asevera 'en países sin legislación..., cada doctor y clínica decide de forma autónoma si proporciona un cierto tipo de tratamiento y si ofrece un servicio a cierto tipo de paciente,'[278] y la labor del reconocimiento de los efectos de los contratos de gestación por otros celebrados en el extranjero se atribuye a los tribunales, quienes ante la ausencia de ley se ven obligados a dictar sentencias que en ocasiones carecen de uniformidad y conllevan a falta de certeza jurídica para los menores, los comitentes y la gestante. Ante este problema Serra propone como solución 'admitirse el reconocimiento de las filiaciones derivadas de contratos de subrogación (gestación por otros) celebrados en el

[271] Serra Alcega, Marta, "Reconocimiento de la maternidad subrogada en el derecho internacional privado español", en: *Revista Jurídica de la Universidad Autonóma de Madrid*, no. 32, Universidad Autónoma de Madrid, 2015, pp. 285 y 287.

[272] Garibo Peyró, op. cit., pp. 245 y 253.

[273] Courduriès, Jérôme, "At the nation's doorstep: the fate of children in France born via surrogacy", en: *Elsevier*, vol. 7, Elsevier, 2018, pp. 47 y 51. Casos Labassé y Mennesson.

[274] Mennesson y Labassé c. Francia (asuntos 65192/11 y 65941/11, Sec. 5ª 26.6.2014). En este caso existía un vínculo genético con uno de los comitentes.

[275] Asunto 25358/12, Sec. 2ª 27.1.2015).

[276] Farnós Amorós, Esther, "La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*", en: *Revista de Bioética y Derecho*, no. 36, Universitat de Barcelona, 2016, p. 105.

[277] Ruiz Balcázar y Valdés Martínez, op. cit., pp. 230 y 239-240.

[278] Pennings, G., "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", en: *Journal of Medical Ethics*, vol. 28, no. 6, Institute of Medical Ethics, British Medical Journal, 2002, p. 337.

extranjero en la ley, garantizando así el respeto de los derechos del menor'.[279] No obstante, la solución implica tanto 'medidas nacionales como internacionales... para prevenir este tipo de *turismo*'.[280] A continuación menciono brevemente los esfuerzos de la Conferencia de la Haya para armonizar internacionalmente la filiación en el caso de la 'maternidad subrogada,' como se define en el proyecto.

XVIII. Conferencia de la Haya y su labor para armonizar la filiación en la gestación por otros

Armonizar el derecho no es una tarea fácil, acordar principios en los que diversos sistemas jurídicos coincidan es complicado, ello se puede 'alcanzar si los principios son definidos de forma amplia,'[281] estableciendo condiciones mínimas y dejando a cada país la facultad de decidir sobre normas sustantivas.[282] 'Frente a la posibilidad de poner límites al "turismo reproductivo" que entren en conflicto con los derechos fundamentales, se impone la necesidad de aprobar directrices generales e instrumentos internacionales que garanticen que el acceso a las técnicas de reproducción asistida tiene lugar en unas condiciones mínimas'.[283] Para ello la Conferencia de la Haya en Derecho Internacional Privado (la

[279] Serra Alcega, op. cit., pp. 285 y 294.

[280] Pennings, op. cit., p. 337.

[281] Ibid, p. 339.

[282] Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, *Council on General Affairs and Policy of the Conference - March 2019*, doc. prel. no. 2 B, Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, marzo 2019, p. 2, https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf, consultado el 4 de noviembre de 2019.

[283] Farnós Amorós, op. cit., p. 109.

'Conferencia') pretende fijar reglas de derecho internacional privado que ayuden a los estados a resolver problemas de filiación derivados de 'maternidad subrogada,' respetando las reglas sustantivas de cada estado en dicha materia, considerando la Convención de las Naciones Unidas en Derechos del Niño, y en especial, el interés superior del menor.[284] La Conferencia subrayó que un instrumento que regule la filiación derivada de la gestación por otros 'no debe de considerarse como una aprobación de esta práctica, sino como un mecanismo para dirigir de forma práctica la filiación resultante de acuerdos internacionales de subrogación.'[285]

Desde 2011 la Conferencia a través de un grupo de expertos, ha realizado reuniones, investigaciones, estudios y cuestionarios para alcanzar directrices comunes. El grupo de expertos en la última de las reuniones indicó que la filiación en la gestación por otros podría establecerse por decisión judicial, por cumplimiento de la ley, por la acción o consentimiento de un individuo, o por un contrato. Dentro de las características sugeridas, se acordó que una de las garantías imprescindibles es el consentimiento informado y libre de la gestante. Asimismo uno de los requisitos acordados fue la conexión genética del niño con por lo menos uno de los comitentes.[286] La mayoría de los expertos concordaron en que la labor sucesiva deberá enfocarse en desarrollar 'un instrumento general de derecho internacional privado para el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de filiación; y un protocolo separado para el reconocimiento de sentencias extranjeras en materia de filiación derivadas

[284] Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, *Council on General Affairs*, p. 2.

[285] Ibid.

[286] Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, *Council on General Affairs*, p. 4.

de acuerdos de subrogación'.[287] La separación antes mencionada para el caso de acuerdos de subrogación enfatiza la dificultad de llegar a acuerdos generales en esta materia, por lo que el grupo de expertos consideró que alcanzaría un mayor número de ratificaciones del instrumento general si se separaba la materia de gestación por otros debido a la sensibilidad del tema. El grupo de expertos aún no concluye el tipo de instrumento que elaborará, por un lado, una convención, vinculante para los países que se adhieran a ella que propone uniformidad en su aplicación, o por otro lado, principios o una ley modelo, no obligatoria para los países que los ratifiquen que ofrecen mayor flexibilidad.

El trabajo que está realizando la Conferencia para armonizar el derecho en materia de gestación por otros y filiación continúa en proceso, y el grupo de expertos ha recomendado una posterior reunión para continuar con la discusión de estos temas, sin embargo, una vez se alcance un régimen normativo internacional el reto será que lo ratifiquen tanto 'países proveedores' como 'países demandantes'[288] de la gestación por otros, así como su implementación, es decir, 'la instrumentación y la viabilidad'.[289] Se espera que este instrumento 'actúe como disuasor de aquellos que quisieran beneficiarse de las personas involucradas en los acuerdos transfronterizos de gestación por otros, tales como las gestantes así como los comitentes'[290] sin olvidar a los niños que nacen derivados de estos acuerdos. Ante la amenaza de que la prohibición de la gestación por otros conlleve a su celebración en el mercado negro es necesario regular esta realidad, especialmente a fin de proteger a los niños nacidos a través de estos contratos,[291] 'que son los únicos que no han elegido voluntariamente encontrarse envueltos en un entramado jurídico tan complejo.'[292]

[287] Conferencia de la Haya en Derecho International Privado, "The Parentage / Surrogacy Project", en: *HCCH*, https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy, consultado el 5 de noviembre de 2019.

[288] Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul, "International Surrogacy Arrangements: An urgent need for Legal Regulation at the International Level", en: 7 *Journal of Private International Law*, vol. 7, no. 3, Taylor & Francis, 2011, pp. 627 y 637.

[289] Albornoz y López González, op. cit., pp. 173 y 181.

[290] Trimmings y Beaumont, op. cit., pp. 627 y 647.

[291] Ibid.

[292] González Martín y Albornoz, op. cit., pp. 1 y 15.

Cuarta parte

DERECHO PENAL

LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL. EL CASO ITALIANO Y EL PROBLEMA DEL "TURISMO PROCREATIVO"[1]

ANTONIO VALLINI
Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

RESUMEN: La prohibición italiana de la meternidad subrogada, prevista penalmente, ha demostrado una óptima capacidad de disuasión, a tal punto que de no haber sido trasgredida en Italia, las parejas que tienen la intención de recurrir a este tipo de práctica procreacional se han visto obligadas, más bien, a ir al extranjero donde en cambio, está permitida, y donde dicha prohibición no rige en razón de los límites representados por la aplicación de la ley penal en el espacio. El presente trabajo valora críticamente el uso que de esta prohibición han hecho la Corte Constitucional y las Salas Reunidas de la Casación Civil, considerándolo expresión de un "orden público" que impide la insrcripción, en Italia, de las actas de nacimiento regulamente perfeccionadas, en el extranjero, como consecuencia de la maternidad subrogada. En particular, este argumento no considera las incertidumbres, relevante en ámbito penal, respecto del alcance aplicativo del delito y su finalidad de protección, que no se considera que pueda ser vinculado a la exigencia de hacer prevalecer la *"veritas"* biológica de la maternidad, correspondiendo, en todo caso, a la exigencia de prevenir "disociaciones de materinidad" respecto

[1] Traducción del italiano de David Fabio Esborraz.

de las cuales dicha *veritas* no podría ser afirmada, de ninguna manera, en términos constitucionalmente adecuados.

Riassunto: Il divieto italiano di surrogazione di maternità, penalmente sanzionato, ha dimostrato un'ottima capacità di deterrenza in patria, al punto da non essere emerse trasgressioni in Italia; le coppie intenzionate a ricorrere a questa pratica procreativa sono state, piuttosto, spinte all'estero, dove essa è invece consentita, e dove il divieto stesso non può operare in ragione dei limiti circa l'applicazione della legge penale nello spazio. Il presente contributo valuta criticamente l'uso che di quel divieto hanno fatto la Corte costituzionale e le Sezioni Unite della Cassazione civile, ritenendolo espressione di un "ordine pubblico" ostativo alla trascrizione, in Italia, degli atti di nascita regolarmente perfezionati, oltre confine, a seguito di maternità surrogata. In specie, questo argomento non considera le incertezze, rilevate in sede penale, circa la portata applicativa del reato e il suo scopo di tutela, che non si ritiene possa essere collegato all'esigenza di far prevalere la *veritas* biologica della maternità, riguardando, semmai, l'esigenza di prevenire "dissociazioni di maternità" rispetto alle quali quella *veritas* non potrebbe essere affermata, in nessun modo, in termini costituzionalmente adeguati.

Abstract: The Italian crime of surrogacy seems to have a strong capacity of deterrence at home, where no transgressions have emerged yet; those citizens who wish to take advantage of this procreative practice are rather pushed abroad, where surrogacy is allowed and the Italian prohibition doesn't work due to the rules on the spatial extent of national criminal law. This paper criticizes, in particular, the way in which this prohibition has been used by the Constitutional Court first, then by the United Sections of the Supreme Court, insofar these judges basically affirmed that the crime of surrogacy would express a "public order" principle, whereby the transcription, in Italy, of birth certificates regularly perfected abroad after surrogate motherhood would be prohibited. Such an opinion does not consider the uncertainties about both the real field of application of the crime and its protective purpose, that must not be ultimately connected to the need

of biological *veritas* in maternal relationship, but to the need to prevent a "maternity dissociation", on account of which such a *veritas* might not in any way be guaranteed, not at least consistently to the constitutional protection of maternity.

Palabras clave: Delito de maternidad subrogada, alteración de estado, turismo procreativo, orden público, inscripción del acta de nacimiento, tutela constitucional de la maternidad.

Parole chiave: Delitto di surrogazione di maternità, alterazione di stato, turismo procreativo, ordine pubblico, trascrizione dell'atto di nascita, tutela costituzionale della maternità.

Key words: Crime of surrogacy, false statements about the child's family status, procreative tourism, public order, transcript of the birth record, constitutional protection of motherhood.

I. El caso italiano: la prohibición absoluta, la fuga de los progenitores al extranjero, la falta de relavancia penal de su conducta

En el ordenamiento jurídico italiano, constituye un delito castigado con la reclusión de tres meses a dos años y con una multa de 600,000 a 1'000,000 de euros, la realización, organización o publicidad, "en cualquier forma", de la "maternidad subrogada" (como dispone, expresamente, el art. 12, numeral 6, de la Ley del 19 de febrero de 2004, n. 40, "Norma en materia de procreación médicamente asistida").

No existen constancias de condenas relacionadas con esta figura delictual. En la praxis del derecho italiano el fenómeno de la maternidad subrogada se ha manifestado, concretamente, en atención a como ha sido previsto por disposiciones incriminatorias en materia de declaraciones falsas a funcionarios públicos (art. 495 del Código

Penal italiano – c.p.) o alteración del estado civil (art. 567 c.p.) con relación a casos de "gestación por otro" acaecidas en el extranjero —generalmente en países donde estas prácticas están legalizadas— con el consiguiente otorgamiento de actas de nacimiento y atribuciones de paternidad a los comitentes de conformidad con la *lex loci*, y sucesiva solicitud de su inscripción en Italia. De ello se desprende que el único efecto de la penalización de la maternidad subrogada fue el de haber incrementado el fenómeno del denominado "turismo procreativo".

Salvo alguna condena esporádica, desde hace tiempo este tipo de procesos parece estar orientado en forma ineludible a la absolución de los imputados.[2] En verdad,

[2] En la jurisprudencia italiana, v. Trib. Trieste, 4 de octubre de 2013, en *www.dirittoegiustizia.it*, 31/10/2013; Trib. Milán, 15 de octubre de 2013, en *www.penalecontemporaneo.it*; Trib. Milán, 14 de abril de 2014, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 418, con nota de T.Trinchera, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni a pubblico ufficiale su qualità personali*; Trib. Varese, 8 de octubre de 2014, en www.penalecontemporaneo.it, con nota de T.Trinchera; Trib. Pisa, 15 de abril de 2015, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 1543 ss., con nota de A. Spena, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*; Corte de Casación, Sala VI penal, 26 de febrero de 2016, n. 8060, en *CED*, 266167; Corte de Cas., Sala V penal, 10 de marzo de 2016, n. 13525, en *Diritto penale e processo*, 2016, p. 1085, con nota de A. Madeo, *La Cassazione interviene sulla rilevanza penale della surrogazione di maternità*; y además Corte de Cas., Sala VI penal, 17 de noviembre de 2016, n. 48696, en *Diritto penale e processo*, 2017, p. 896, con nota de A.Vallini, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*. En sentido aparentemente contrario a esta orientación se pronunció el Tribunal de Brescia, 26 de noviembre de 2013, en *www.penalecontemporaneo.it*: con nota di T.Trinchera. Por el contrario, decidió la condena para el crimen previsto por el art. 495, ap. 2, n. 1, c.p. el Tribunal de Milán, 8 de abril de 2014, en *www.penalecontemporaneo.it*, con nota de M.Winkler. En la doctrina penalística italiana véase aún E. Dolcini, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Carlo Flamigni e Maurizio Mori*, en *Notizie di Politeia*, 2014, n.115, p. 79; D.Pulitanò, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, en *Cassazione penale*, 2017, p. 1364 ss.

las normas estructuradas con base en una conducta de "falsa declaración y atestación" (tanto el art. 567, como también el art. 495 del c.p.) tienen una esencia fuertemente normativa. Es decir, qué cosa es falsedad depende de cuáles sean los contenidos (normativos) de la obligación de verdad según las normas aplicables a la formación del acto o documento (e, incluso antes, del hecho que exista la titularidad de una obligación de decir la verdad). Por otra parte, el mismo concepto de "estado civil", y de *status filiationis*, es intrínsecamente normativo;[3] como ha sido reconocido, por ejemplo, por la

[3] A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1560; Trinchera, *Profili di responsabilità penale*, cit., p. 436; D. Pulitanò, *op.cit.*, p. 1376 s. Diversamente C. Tranquillo, *Contributo allo studio del reato di alterazione di stato tramite surrogazione di maternità*, en *www.penalecontemporaneo.it*, 17 novembre 2015, p. 7 (pero v. también A. Madeo, *op. cit.*, p. 1094) individualiza una falsedad subsistiendo una deformación respecto de los datos *factuales*, convertidos en "verdad" objetiva. Si esta premisa fuera verdadera, sería necesario entonces (absurdo) considerar sustancialmente falsas todas las constancias de estado civil que formalizan relaciones de parentesco reconocidas por el ordenamiento italiano pero carentes de correspondencia biológica, como por ejemplo la paternidad del marido de la parturienta que haya concebido con otro hombre, o la atribución de la paternidad a la pareja consenciente de la mujer que haya concebido gracias a una donación de gametos masculinos, en los términos del art. 9, numeral 1, de la ley n. 40/2004. En realidad, como bien evidencia la sentencia de la Casación italiana n. 48696/2016, ya mencionada, es al menos anacrónico considerar que parámetro "sustancial" de la "verdad" de la condición de paternidad y maternidad indicada en las actas del estado civil deba ser necesariamente la paternidad o maternidad biológica (por otra parte, "al menos para lo que se refiere al hombre [en contraposición al animal], la atribución de la genitorialidad nunca ha sido un hecho puramente natural, impregnada, desde siempre, por factores culturales: A. Spena, *op. ult. cit.*, *loc. cit.*, nt. 39). Finalmente, para considerar la "falsedad" de una declaración es siempre necesario, obviamente, considerar su tenor. Si el declarante acredita (en sustancia) que en los hechos se han verificado los presupuestos en presencia de los cuales, según la ley aplicable, puede ser considerado progenitor, él acredita algo absolutamente verdadero, siendo indudablemente verdadero que, en el ordenamiento ucraniano, cierta tipología de gestación por otros permiten la atribución de aquel *status*. Declararía una falsedad, en cambio, cuando declara que el hijo fue dado a luz por quien entiende asumir el papel de madre, pero no es esto lo que debe ser, y que es, comunicado al funcionario del Registro civil ucraniano.

sentencia de la Corte Constitucional en materia de "fecundación heteróloga".[4] En efecto, el ordenamiento italiano, y en general todos los ordenamientos, han reconocido ampliamente relaciones de parentesco no correspondientes necesariamente al hecho biológico/naturalista, sino modeladas por un dato normativo, que muy habitualmente privilegia roles meramente sociales.

Ahora bien, en situaciones como las recién referidas las normas que definen la "obligación de verdad", o los contornos del "estado civil", no pueden ser otras que las que rigen en el estado extranjero donde, legalmente, se ha recurrido a la práctica de la maternidad subrogada. Normas, en consecuencia, que efectivamente establecen una relación de genitorialidad entre los comitentes y el nacido, no entre este último y la gestante, de tal manera que declarando dicha relación en las actas de nacimiento, se declara la verdad.

Dicho con otras palabras, los trámites administrativos y las reglas sustanciales relativas a la declaración de nacimiento, así como a la elaboración del acta respectiva y al reconocimiento de la relación de filiación, no pueden ser otras más que aquellas a las que debe atenerse la autoridad ante la cual debe otorgarse el acta de nacimiento. Es simplemente inimaginable, en abstracto y en concreto, que el oficial del Registro Civil ucraniano —para dar un ejemplo bastante recurrente en la prácica— aplique el régimen italiano de atribución de la paternidad, a falta de una norma de remision que reenvíe a dicha regulación. Se advierte, en consecuencia, una sustancial imposibilidad de actuar de manera diferente, que sin embargo no constituye expresión de una falta de exigibilidad "subjetiva", sino de una *no configurabilidad objetiva*

[4] Corte Constitucional, 10 de junio de 2014, n. 162, en *Diritto penale e processo*, 2014, p. 825, con nota de A.Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*.

de una alternativa lícita a la acción ejecutada (*una declaración divergente de la expresada, y respecto de ella "verdadera"*).[5]

Faltaría, en definitiva, el hecho mismo del reato fundado en la falsa declaración, o en la alteración del *status filiationis*. En consecuencia, la falta de relevancia penal de dicho comportamiento se advierte incluso antes de tener que evaluar la posibilidad de aplicar en el extranjero la ley penal italiana.

Como fundamento de esta tesis se invocan habitualmente los arts. 15 y 17, del Decreto del Presidente de la República n. 396/2000 ("Reglamento para la revisión y la simplificación del ordenamiento del estado civil").[6] Según el art. 15, numeral 2, "Las declaraciones de nacimiento [...] relativas a ciudadanos italianos[7] nacidos [...] en el extranjero [...] deben hacerse según las normas establecidas por las leyes del lugar de la autoridad local

[5] Esta aternativa no está constituida por un reconocimiento, por parte del padre, del hijo como nacido fuera del matrimonio, que se tenga que llevar a cabo por ante la autoridad diplomática o consular en el momento de solicitar la inscripción (C. Tranquillo, *op. cit.*, 17). El art. 567 c.p. se ocupa de la declaración de nacimiento, dirigida a la constitución del acta de nacimiento, respecto de la cual no constituyen alternativas practicables otras declaraciones, efectuadas a otros fines y ante otras autoridades (y sobre todo atípicas). El referido artículo ha sido recientemente objeto de una notable labor de interpretación por parte de la jurisprudencia constitucional, referida sobre todo a las sanciones, pero indicativa tambien de cambios de sentido del precepto, para lo cual se remite a la síntesis razonada de D. Pulitanò, *op.cit.*, 1369 ss.

[6] T. Trinchera, *Profili*, cit., p. 437. Véase: Trib. Bolonia, GIP, 13 de abril de 2011, cit.; Trib. Caltagirone 3 de noviembre de 2011, cit.; Trib. Viterbo 25 de octubre de 2013, cit.; Trib. Asti n. 127 del 2014, cit.; Trib. Milán 15 de octubre de 2013, cit.; Trib. Milán 8 de abril de 2014, cit.; Trib. Varese 8 de octubre de 2014, cit.

[7] El art. 15 cit. *presupone* la ciudadanía italiana del nacido, por lo que lógicamente no podría ser aplicado cuando dicha ciudadanía – según el criterio del *ius sanguinis* acogido por la ley italiana: Ley del 5 de febrero de 1992, n. 91, art.1, párrafo 1, literal a – *tenga por efecto* la formalización de una descendencia "jurídica", diferente de la biológica, que a su vez *presupondría* la aplicación del art. 15. De todas maneras este obstáculo lógico no subsiste en el caso, ordinario, en el cual el solicitante sea también padre genético (Cas., Sala V, 5 de abril de 2016, n. 13525, cit.; C. Tranquillo, *op. cit.*, p. 4).

competente, si ello está impuesto por la misma ley" (como efectivamente hace, con relación a nuestro ejemplo, la ley ucraniana). En sustancia, se puede afirmar también (de acuerdo al art. 33 de la Ley n. 218/1995 que reformó el sistema italiano de Derecho internacional privado) que "el estado de hijo está determinado por la ley nacional del hijo", la que en el caso de referencia es la ley italiana, la que a su vez reenvía a la *lex loci* para la definición de la obligación de verdad funcional al otorgamiento de un acta de nacimiento "verdadera". Sin embargo, por las razones antes indicadas y al menos en lo relativo a la declaración de nacimiento, la referencia a estas disposiciones de reenvío resulta incluso superflua. Ellas, a lo sumo, tienen la función de cualificar claramente en los términos de un *deber*, y no de una simple *facultad*, la declaración de nacimiento hecha a las autoridades locales.

La solicitud de inscripción en Italia del acta de nacimiento, verdadera, otorgada en el extranjero, no constituye una declaración falsa, ya que ella no comporta ninguna declaración, ni tampoco una alteración de lo que era verdadero. La misma conducta no constituye alteración del estado civil, puesto que el hecho típico descrito por el art. 567, párrafo 2, c.p. se refiere a las falsedades que incidan en la formación de un *acta de nacimiento*, mientras que su inscripción no lo es.[8]

Sin lugar a dudas, la transcripción podría ser negada, por el oficial del Registro Civil, por contrariar el orden público (v.*infra*, parágrafo 3) pero ser "contrario al orden público" no significa ser "falso".[9] De nuevo falta el requisito de la tipicidad.

[8] Sobre este punto véase el amplio análisis de las distintas problemáticas de parte de V.Tigano, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, 2019, p. 408 ss.

[9] A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1563.

II. El delito de maternidad subrogada: su fuerte eficacia general-preventiva (en Italia) su débil alcance aplicativo (fuera de sus fronteras)

Como ya hemos referido, a similares acontecimientos es menos aplicable aún el delito de materinidad subrogada previsto por el art. 12, numeral 6, ley 40/2004, generalmente ausente en los repertorios de jurisprudencia.

Sin embargo, no se debe llegar a la rápida conclusión de que, como no es tenida en cuenta por los tribunales, se trate de una norma meramente simbólica, ineficaz. En realidad, cabe decir lo contrario, pues su alcance general preventivo es de tal magnitud que ha sofocado completamente eventuales recursos a la maternidad subrogada en Italia (motivo por el cual no existen casos). Es por ello que se ha buscado eludir esta prohibición yendo al extranjero, incluso en consideración de que la norma incriminatoria es, por así decirlo, demasiado "débil" —por su estructura y por su nivel sancionatorio— para ser aplicada más allá de la frontera nacional, en atención a la regla general sobre la aplicación de la ley en el espacio. Dejando de lado la hipótesis, hasta ahora considerada por la jurisprudencia, de un delito en realidad solo en parte "realizado" en Italia (art.6, párrafo 2, c.p.) o de todos modos consumado en todo, o en parte, en la forma de la "organización" o "publicidad" (ambas conductas per se típicas según el art.12, numeral 6, Ley 40/2004).[10] Veamos mejor este punto.

En el caso en que, en una clínica extranjera, se realice un tratamiento de fecundación asistida del previsto por el art. 12, literal 6, de la ley n. 40/ 2004 sobre la

[10] C.Cassani, *Surrogazione di maternità all'estero ed effetti nell'ordinamento giuridico italiano: alterazione di stato, falso e interpretazione convenzionalmente conforme*, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 933.

procreación médicamente asistida, es necesario distinguir según que ello sea cometido por un ciudadano italiano (por ejemplo por los que solicitan la subrogación, por el médico italiano que eventualmente haya actuado en el extranjero o por otros concurrentes) o por un extranjero (serán normalmente tales los médicos y los organizadores, la prestadora del útero, los eventuales donatarios de gametos) en perjuicio de un ciudadano italiano o extranjero. Otro elemento decisivo estará constituido por la legitimidad o ilegitimidad de dicha práctica según la *lex loci*.[11]

En primera instancia, la maternidad subrogada llevada a cabo en un país extranjero que la reconoce como lícita no podría en ningún caso considerarse relevante según la ley italiana, faltando el requisito de la denominada "doble incriminación", implícito también en los arts. 9 y 10 c.p.[12] Ésta es la opinión generalizada en la jurisprudencia, lo que da a entender por cuál motivo los Fiscales, en la mayoría de los casos, ni siquiera proponen calificar el hecho *ex* art. 12, numeral 6, de la Ley n. 40/2004.

Si no acogemos esta solución *tranchant*, o cuando se trata de un hecho ilícito también para la ley extranjera, tenemos entonces que distinguir.

Si el hecho es imputable a un ciudadano extranjero, no será nunca punible según la ley italiana por defecto de los límites mínimos de la pena previstos por el art. 10, párrafo 1 o 2, n. 2, c.p. Además, cuando se considere que no existe una víctima, faltará el requisito del hecho

[11] Existen además ordenamientos que en la práctica, aunque no esté expresamente regulada, está legitimada por la práxis y por algunos pronunciamientos. Tal parecería la situación del sistema legal indio, al cual se enfrenta la sentencia del Trib. de Milán del 8 de abril de 2014, cit.

[12] E. Dolcini, *op. cit.*, p. 81 s.; T. Trinchera, *Profili*, cit., 435; A. Madeo, *op. cit.*, 1092; V.Tigano, *op.cit.*, p. 399 ss. En una perspectiva problemática: D.Pulitanò, *op.cit.*, p. 1367. *Contra* A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1556.

cometido en perjuicio de un sujeto italiano —art. 10, párrafo 1— o de un sujeto extranjero —art. 10, párrafo 2—.

En lo concerniente a la conducta imputable a los ciudadanos italianos, se puede en primer lugar evaluar la hipótesis en la cual no exista una víctima; sea porque, ya en abstracto, se intiende el art. 12, numeral 6, de la Ley n. 40/2004 como norma dirigida a prevenir no tanto un perjuicio a otro sino una incoherencia interna del ordenamiento jurídico respecto de las reglas de atribución de la maternidad (v. *infra*); sea porque, en concreto, consta la contribución voluntaria al hecho de los comitentes y de la prestadora del útero, los que merecen ser calificados como colaboradores del delito. Ahora bien, con base en tales presupuestos encontrará aplicación el art. 9, párrafo 2, c.p.; por lo que el hecho no daría lugar a un proceso por falta de requirimiento de la Fiscalía, o de instancia de la persona ofendida.

Sin embargo, podrían ser reconocidas "víctimas" o cuando, en concreto, no exista un aporte consciente/concurrente a la disociación de la maternidad en forma relevante por parte de quien compromete sus propios gametos y/o de quien soporta la gestación, o cuando, ya en astracto, se sostenga que la madre comitente y/o la prestadora del útero son personas ofendidas *no obstante* su consciente y voluntaria contribución al hecho (así como el suicida o aspirante a suicida podría considerarse persona ofendida del homicidio del consenciente o del instigador o ayudante al suicidio) ya que la maternidad de ellas —*status* en principio indispensable— resulta de todos modos *objetivamente* comprometida, y destinada a un régimen jurídico frágil y controvertido (cabe señalar que, desde esta prespectiva, la madre, en cuanto "estructuralmente" persona ofendida, no podría nunca ser considerada colaboradora del delito a diferencia de como hemos planteado en el párrafo precedente). Desde un enfoque diferente se podría también individualizar la

persona ofendida en la mujer italiana que aporta su propio ovario, o en la extranjera que lleva a cabo la gestación, según que, con base en la ley aplicable, el hijo deba ser atribuido respectivamente a la mujer extranjera o la italiana. Asimismo podría considerarse víctima el hijo, en cuanto sujeto titular de un interés respecto de la maternidad protegida por el citado art. 12, numeral 6.

Ahora bien, en el caso de perjuicios ocasionados a un ciudadano italiano, los connacionales autores o coautores, considerando el mínimo legal, serían punibles según la ley italiana solo a pedido del Ministro de Justicia o bien a instancia de la víctima, *ex* art. 9, párrafo 2, c.p. Si en cambio se reconociera una persona ofendida de nacionalidad no italiana, el autor del delito sería punible de acuerdo a las condiciones más restrictivas previstas por el art. 9, párrafo 3.

Lo cierto es que el hecho debe considerarse cometido en Italia cuando en el territorio del Estado se hayan realizado contribuciones concurrentes importantes. Asimismo quedaría sujeta a la ley italiana la eventual organización o publicidad en Italia de maternidades subrogadas a realizarse en el extranjero.

La tipicidad del hecho, y su eventual punibilidad según la ley italiana, obviamente no impiden la aplicación de posibles causas de exclusión del delito. Al respecto existen amplios espacios de operatividad de la excusante del error en el precepto legal (art. 5 c.p., con la modificación introducida por la sentencia n. 364/88 de la Corte Constitucional) como es cuando los autores del hecho estén erroneamente convencidos de la no aplicación de la ley penal italiana a conductas legítimamente llevadas a cabo en territorio extranjero.[13] En cambio parece más

[13] Casación, Sala V, 5 de abril de 2016, n. 13525, cit. en donde se imputa este delito, el cual resulta sin embargo excluído por error excusable acerca de la ley penal (calificado *sub specie* de errónea suposición de actuar en el ejercicio

difícil imaginar que la normativa extranjera legitimadora de la maternidad subrogada pueda actuar como causa de justificación.[14]

III. La relevancia extra penal del delito: la Corte Constitucional, las Salas Reunidas de la Corte de Casación

El delito de maternidad subrogada parece haber despertado más interés entre los civilistas y los internacionalprivatistas, que entre los penalistas, atribuyéndole un *estigma negativo neto y perentorio* a una práctica procreativa que no puede dejar de condicionar, o también sólo subjetivamente impresionar, las valoraciones llevadas a cabo con relación a los *status* e a las *relaciones familiares* que de dichas prácticas procreativas pueden originarse.

El ejemplo más significativo de la influencia extra penal de esta prohibición lo constituye la sentencia de la Corte Constitucional del 18 de dicembre de 2017, n. 272 —Presidente Grossi y Relator Amato—,[15] de la que se ha hecho eco la no menos importante sentencia de las

de un derecho) inducido por la convicción de no punibilidad, según la ley italiana, del hecho cometido en el extranjero (por un error, sustancialmente, sobre la necesidad a tal fin de una "doble incriminación". A. Madeo, *op. cit.*, p. 1093 destaca la singualridad, pero no el carácter erróneo, de este enfoque).

[14] Véase sobre el tema I.Caraccioli, *L'incriminazione da parte dello stato straniero dei delitti commessi all'estero e il principio di stretta legalità*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1962, p. 1018 s.; F. Mantovani, *Esercizio del diritto (dir. pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, XV, Milán, 1966, p. 660; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, 8ª ed., Milán, 2003, p. 435; D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, en *Annali dell'Università di Ferrara*, XIII, 1999, p. 152 ss.; A. di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Turín, 2006, p. 143 ss.

[15] En *Il Corriere Giuridico*, 2018, p. 446 ss., con nota de G. Ferrando, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore.*

Salas Reunidas de la Corte de Casación Civil, n. 12193 de 2019.[16]

La primera decisión ha declarado «no [...] fundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 263 del Código civil —planteada [...] con refencia a los arts. 2, 3, 30, 31 y 117, párrafo 1, de la Constitución italiana, el último de los cuales en relación con el art. 8 de la Convención europea sobre los derechos del hombre—», respecto de la posibilidad de que aquella norma permitiría impugnar el reconocimiento materno del hijo nacido, en el extranjero, de una maternidad subrogada, «dado que el juez en el curso de la acción de impugnación del reconocimiento del hijo no matrimonial —hecha excepción del caso de la acción ejercida por el hijo— debe tener en cuenta el interés del menor a la conservación del *status filiationis*». En efecto, se afirma, que «en la

[16] En *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 1198, con nota de D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico*, favor veritatis *e dignità della maternità*. A las Salas Reunidas se dirigió, en particular, la Casación Civil, Sala I, ordenanza interlocutoria del 22 de febrero de 2018, n. 4382, en *Il Corriere Giuridico*, 2018, p. 1204, con nota de I.Barone, *La trascrivibilità dell'atto di nascita formato all'estero da una coppia same sex tra legalità costituzionale e ordine pubblico internazionale*. En doctrina, una análoga orientación, sustentada por argumentos más amplios e interesantes, ya había sido manifestada por V.Calderai, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, especialmente p. 988 ss. Dedicaba una amplia argumentación contra el "carácter meritorio" del contrato de maternidad subrogada, con la finalidad de evidenciar la contrariedad al orden público de la eventual inscripción, C. Tranquillo, *op. cit.*, p. 10 ss., 14 ss. Precedentemente a las sentencias de la Corte constitucional y de las Salas Reunidas, Casación civil, del 11 de noviembre de 2014, n. 24001 (en *Foro italiano*, 2014, I, 3414, nota de G.Casaburi, *Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata*) había considerado contrario al orden público la inscripición de un acta de nacimiento como consecuencia de una maternidad subrogada, la que además había sido ilícitamente realizada en Ucrania, careciendo de todo nexo biológico también respecto del hombre solicitante, por parte de una pareja considerada en el pasado no idonea para la adopción. En sentido contrario, frente a un vínculo biológico entre los progenitores solicitantes y el hijo nacido gracias a la gestación por otro, se había expresado la Casación civil, Sala I, 30 de septiembre de 2016, n. 19599, en *www.personaedanno.it*.

contraposición entre el *favor veritatis* y el interés del menor es necesario considerar la duración de la relación instaurada con el menor; la condición identitaria ya adquirida; *las modalidades de la concepción y de la gestación*; la presencia de instrumentos legales que permitan la constitución de un ligamen jurídico con el progenitor cuestionado; *la consideración del elevado grado de disvalor que nuestro ordenamiento otorga a la maternidad subrogada, prohibida por una disposición penal específica*».

Como ya adelantamos, el surco trazado por la Corte es de alguna manera seguido por las Salas Reunidas, las que apartándose de la precedente decisión de la Sala Primera de la Corte de Casación, n. 19599/2016, han establecido como el orden público que puede impedir el reconocimiento del *status filiationis* no esté constituido solo por los principios constitucionales o de fuente internacional y supranacional, sino que comprende necesariamente el modo en el que esos principios «se han incorporado en la regulación de cada una de las instituciones jurídicas, así como la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia [...] cuya obra sintetizadora y reconstructiva da forma al derecho vigente». De esta manera, dicha noción de orden público, estaría iluminada por el delito de "maternidad subrogada" contenido en el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004 (normativa que se considera constitucionalmente necesaria aunque no tenga un contenido constitucionalmente vinculado) sea en consideración de los "valores fundamentales" que él entiende proteger, en este caso indivualizados en «la dignidad humana de la gestación y de la institución de la adopción», sea porque no constituiría una elección «irracional del legislador» la reafirmación en hipótesis similares de la prevalencia del *favor veritatis*, atribuyendo la maternidad a la persona que ha dado a luz, y en todo caso «dejando a la adopción [...] la realización de una progenitorialidad separada del vínculo biológico»;

garantizando de todos modos, por otra vía, el *best interest* del nacido (el cual se considera "debilitado" en el caso de maternidad subrogada) que ya haya instaurado una relación cualificada con el progenitor solicitante.

En verdad, tanto la Corte Constitucional, como las Salas Reunidas, enumeran atentamente las fuentes unívocas del ordenamiento interno (normas costitucionales —por ej. el art. 30 y su apertura final a la "progenitorialidad legal" como no necesariamente coincidente con la "natural"—; las disposiciones que modificaron el régimen de las acciones en materia de reconocimiento o desconocimiento de la progenitorialidad, introduciendo términos di caducidad cuando el recurrente no sea el hijo; las normas en materia de proacreación medicamente asistida y en materia de adopción; la precedente jurisprudencia de la misma Corte Constitucional y de la Corte de Casación) y del ordenamiento internacional (fuentes convencionales,[17] decisiones de la Corte europea de los derechos del hombre en materia de maternidad subrogada —v. más abajo—) de los que se desprende que, cuando el interés superior del hijo coincida con la preservación del vínculo de parentesco ya instaurado con los progenitores sociales y afectivos, dicho interés superior (comprensivo también de la identidad, de la ciudadanía, de los derechos hereditarios, etc.) puede "limitar" la facultad del ordenamiento de disponer, formalmente, la equiparación entre la progenitorialidad legal y la

[17] En el curso de los procesos se invocan por ej. la Convención de los derechos del niño, aprobada en New York el 20 de noviembre de 1989, ratificada por la ley del 27 de mayo de 1991, n. 176; la Convención europea sobre el ejercicio de los derecho del niño, aprobada en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificada por la ley del 20 de marzo de 2003, n. 77; la Carta de los Derecho Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007; las Líneas guía del Comité de los Ministros del Consejo de Europa para la justicia a medida del menor, adoptadas el 17 de noviembre de 2010, en la 1098a riunión de los delegados de los ministros.

natural. Sin embargo, en el desarrollo de las argumentaciones, parecería fijarse un "contralímite" al referido límite, estableciéndose que el citado interés a la correspondencia entre atribución "oficial" y *veritas* biológica de las relaciones de parentesco puede nuevamente prevalecer cuando satisfaga exigencias de carácter público. Semejantes exigencias, particularmente en la motivación de la Corte, parecerían afirmarse *ipso facto* cuando los progenitores "sociales" han instaurado la relación con el hijo en virtud de una maternidad por subrogación (se atribuye en tal sentido relieve también, más genéricamente, a "las modalidades de la concepción y de la gestación"); práctica que es presentada como de particular *desvalor* por una doble razón: sustancial y formal. *Sustancial*, en atención a que la maternidad subrogada estaría connotada por un "elevado grado de desvalor", en cuanto "ofende en modo intolerable la dignidad de la mujer y mina profundamente las relaciones humanas"; *formal*, puesto que dicha práctica —precisamente en atención a su elevado desvalor— ha sido "formalmente" prevista come *delito* por el ordinamento.

Con motivo de este "desvalor", agrega la Corte, la prohibición de la maternidad subrogada sería un modo "ilícito" e "inaceptable" de disociar la maternidad social y formal de la natural, por lo que la prohibición resultaría finalísticamente orientada hacia la necesaria afirmación de una coincidencia entre la maternidad atribuida y la maternidad "gestacional". En esencia, con prohibiciones como las previstas en materia de maternidad subrogada, «...el legislador *impone* [...] *el imprescindible reconocimiento de la verdad*».

Por otra parte, a pesar de ciertos tonos perentorios, ambas decisiones tratan, en realidad, de llevar a cabo una mediación entre los intereses en conflicto. Si se hace una tan neta estigmatización de la gestación por encargo como método para la adquisición legítima de la

progenitorialidad, es porque el interés superior del menor (que, como se admite, puede coincidir con el de mantener una relación familiar con los progenitores "adquiridos") puede ser igualmente garantizado, sea también mediante modalidades que no "oculten" la disociación respecto de la maternidad natural. En particular, se recuerda y se recomienda recurrir —por parte de la aspirante a madre sin vínculo biológico con el nacido— a la adopción en casos especiales,[18] que de todos modos permite «la constitución de un vínculo jurídico con el progenitor cuestionado, que, aunque diferente del que deriva del reconocimiento, [...] garantiza al menor una aceduada protección». Por otra parte la adopción también es viable, agregan las Salas Reunidas, en el caso de la una pareja del mismo sexo.

IV. Aspectos problemáticos de las citadas orientaciones de las Cortes italianas, desde una perspectiva penalista

Muchas más voces, y también muy respetadas, se han quejado de como decisiones de este tipo comporten un grave *vulnus* del interés del menor, determinando, en esencia, una nueva categoría de hijos "ilegítimos", por "culpa" imputable a los progenitores. Cuando el progenitor puramente "biológico", pero para nada "intencional y afectivo", contribuye al nacimiento, negar a priori la relación de genitorialidad con los progenitores "sociales, intencionales, afectivos" significa no ya garantizar otra, y mejor, identidad familiar al hijo, sino disgregar la identidad familiar por defecto de alternativas;[19] como

[18] Una suerte de *stepchild adoption* a favor de la pareja del padre biológico permitida por el art. 44 de la Ley 184/1983.

[19] De un "*status* de filiación imperfecto" habla por ejemplo, D.Giunchedi, *op.cit.*, p. 1223.

escribe Gilda Ferrando, «en el caso de nacimiento por técnicas de PMA, [...] el interés del hijo a un estado legal que refeje su identidad afectiva y social pasa en primer plano. La búsqueda de la verdad genética conduciría solo a éxitos destructivos de la identidad afectiva y social y no a la construcción de un nuevo estado de hijo con relación a "otro" progenitor».[20] Y conviene recordar, en este sentido, la amplia jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, que particularmente en materia de "inscripción" de las actas de nacimiento otorgadas regularmente en el extranjero como resultado de la maternidad subrogada, insta a atribuir primordial importancia al interés del menor, en la medida en que él esté ya insertado en el núcleo familiar, incluso cuando se haya formado ilícitamente.[21]

[20] G.Ferrando, *op.cit.*, p. 454.

[21] V. Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, Mennesson c. Francia, recurso n. 65192/11; Corte Europea de Derechos Humanos, 26 de junio de 2014, Labassee c. Francia, recurso n. 65941/11 – con una cierta influencia también en la jurisprudencia penal italiana (véase en particular Trib. Varese 8 de octubre de 2014, cit., y al respecto C.Cassani, *Surrogazione di maternità*, cit., p. 930 ss.; Trib. Pisa 19 de junio de 2015, cit.; v. poi V.Tigano, *op.cit.*, p. 436 ss.). Diverso es el caso "Paradiso Campanelli c. Italia" (recurso n. 25358/12), basado en una gestación por cuenta de otros sin ninguna contribución biológica de los solicitantes declarados ya idóneos para la adopción, reconocida como válida en Rusia probablemente con base en declaraciones falsas de los comitentes respecto de la existencia de un vínculo biológico (que podríamos considerar per se penalmente relevante también según la ley italiana *ex* art.567, párrafo 2 y 9 c.p.: V.Tigano, *op.cit.*, p. 442, 457 s.) resultando, además, que el niño había sido puesto bajo el cuidado de los solicitantes desde hacía poco tiempo. La *quaestio iuris* se refería a la compatibilidad con el art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, en materia de *privacy* personal y familiar, de la decisión de las autoridades italianas de sustraer el menor a la pareja para encomendarlo a los servicios sociales (la Corte Europea de los Derechos del Hombre condenaba Italia mediante la decisión del 27 de enero de 2015, pero de opinión contraria era la sucesiva decisión de la Gran Sala de la misma Corte, del 24 de enero de 2017). Sobre estas decisiones y sobre otras numerosas referencias normativas —y sentencias de las Corte constitucional (algunas referidas al art. 567 c.p.)— relevantes para resolver el problema de la posibilidad de inscribir el acta de nacimiento otorgada en

Sin embargo, las decisiones en cuestión no parecen realmente olvidarse del interés de la genitorialidad del hijo, sino que solo consideran que él puede ser grantizado adecuadamente —en el equilibrio con las exigencias publicísticas contrapuestas— mediante la institución de la adopción "en casos particulares". Ahora bien, como cuanto sea fungible la tutela de los intereses del hijo otorgada por el reconocimiento de la materidad y la perseguida, en cambio, por la adopción en casos particulares (no siempre viable) es una cuestión que agita el debate de los iusprivatistas.[22] Aunque también la Corte

el extranjero como consecuencia de la maternidad subrogada: A.Vesto, *La maternità surrogata: Cassazione e Cedu a confronto*, en *Famiglia e diritto*, 2015, p. 306 ss.; D.Rosani, *"The Best Interests of the Parents". La maternità surrogata in Europa tra Interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *Rivista di BioDiritto*, www.biodiritto.org, 2017, n.1, p. 109 ss. (con muchas referencias a la jurisprudencia de otros países y a otras sentencias italianas); M.Rizzuti, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, en *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2015, p. 89 ss.; S.Tonolo, *Identità personale, maternità surrogata e superiore interesse del minore nella più recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, en *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 202 ss.; L. Poli, *Maternità surrogata e diritti umani: una pratica controversa che necessita di una regolamentazione internazionale*, en *Rivista di BioDiritto*, 2015, 3, p. 7 ss.

[22] Por ej. V.Calderai, *The conquest of ubiquity, or: why we should not regulate commercial surrogacy (and need not regulate altruistic surrogacy either)*, en *Familia*, 2018, 408, considera que la vía del reconocimiento de la sola genitorialidad biológica, y de la posibilidad de adopción para el *partner* del padre biológico (sin diferencias entre parejas hetero- y homosexuales) constituye "an appropriate response to the request of a balance between the interest of the child and public policy considerations". En cambio, es muy crítico con esta solución, entre otros, M.Winkler, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, en *Il Corriere Giuridico*, 2019, p. 1237 ss. Manifiesta perplejidad también G.Ferrando, *op.cit.*, p. 457 s. Antes de la entrada en vigor de la Ley n. 40/2004 el *escamotage* para convertirse formalmente en madre del hijo dado a luz "por comisión" consistía en hacer que la madre gestadora solicitara no ser mencionada, como lo permite la reglamentación del estado civil (v. hoy el art. 30, párrago 1, del decreto del Presidente de la República del 3 de noviembre de 2000, n. 396). Sucesivamente, el padre comitente, y a menudo también genético, reconocía el hijo como propio. Con base en este presupuesto para su esposa era posible

Europea de Derechos Humanos afirmó recientemente que el instituto de la adopción representa un instrumento suficiente para garantizar el interés del menor a la tutela del cual deben inspirarse los ordenamientos de los Estados miembros,[23] desde muchos sectores surgen dudas acerca de la sensatez y la "neutralidad" de una solución similar, que de todos modos conduciría a un resultado pobre respecto de las garantías y los derechos del menor, imponiendo un procedimiento largo y aleatorio, no resultando en definitiva muy claro qué cosa se quiere proteger, más que una exigencia abastracta de etiquetar en el modo que se considera más oportuno una relación genitorial que, en su esencia, seguiría siendo tal.

Quien escribe no tiene las competencias para tomar posición sobre esta cuestión. Tampoco las tiene, desde

la adopción especial del art. 44, párrafo 1, literal b, de la Ley del 4 de marzo de 1983, n. 184 (v. por ej. Corte de Apel. de Salerno, Sala de menores, decreto del 25 de febrero de 1992, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 1994, I, p. 177, nota de R. Bitetti; Trib. Menor. de Roma, decreto del 31 de marzo de 1992, en *Diritto della famiglia*, 1993, p. 188). Con la expresa finalidad de contrarrestar esta práctica, el art.74, de la Ley n. 184/1983 ha previsto la obligación a cargo de los funcionarios del Registro Civil de transmitir inmediatamente al Tribunal de menores —para que disponga oportunas investigaciones y tome todo otro tipo de medidas útiles— una comunicación, suscripta por el declarante, del reconocimiento por parte de una persona casada de un hijo natural no reconocido por el otro cónyuge. Por las mismas razones el art. 9, párrafo 2, de la Ley n. 40/2004 niega a la mujer que haya concebido mediante procreación médicamente asistida la facultad de no ser nombrada. Era, por otra parte, también en razón de la supuesta elusión de las reglas en materia de adopción que el acuerdo de subrogación se consideraba nulo porque resultaba, entre otras cosas, en "fraude a la ley" (además de la ilicitud o imposibilidad de las prestaciones que constituían su objeto o por ilicitud de la causa: Tribunal de Monza, 27 de octubre de 1989, in *Foro italiano*, 1990, I, p. 298 ss., nota G. Ponzanelli; Corte de Apel. de Salerno, Sala de menores, 25 de febrero de 1992, cit., que no obstante ello consideraba posible la adopación, presionando en este sentido, en los hechos, el interés superior del menor).

[23] Corte Europea de Derecho Humanos, 10 de abril de 2019, *Advisory Opinion* en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2019, p. 764 ss., con nota de A.G. Grasso, *Maternita` surrogata e riconoscimento del rapporto con la madre intenzionale, ibidem*, p. 757 ss.

otro punto de vista, para valorar como cuanto resulte fundado que la sentencia de la Corte Constitucional, en particular, sea originada en una acción de impugnación de reconocimiento, cuando en el caso concreto no había existido un reconocimiento en sentido estricto, sino la inscripción del acta de nacimiento legítimamente otorgada en el extranjero (al respecto, nos limitamos a obervar, que, si la Corte quiere comunicar una semejanza de funciones entre dicha inscripción y el auténtico reconocimiento, atribuyendo a la primera una función constitutiva de la relación genitorial, debería reconsiderarse, desde el punto de vista penal, la posibilidad de que resulte cometido un delito de alteración del estado mediante pedidos de inscripción de actas de nacimientos otorgadas legítimamente en el extranjero a raíz de una maternidad subrogada: v. arriba).

Las evaluaciones críticas que aquí se pueden elaborar, desde un punto de vista estrictamente penalista, conciernen los argumentos en virtud de los cuales en aquellas decisiones se atribuye al delito previsto en el art. 12, literal 6, de la Ley 40/2004 una importancia de tal *entidad* (en cuanto a su capacidad de "contrabalancear" il *best interest* del hijo, una exigencia de relevancia constitucional) y *alcance* (haciendo de él un precepto destinado a imponer a cualquier precio la coincidencia entre la maternidad natural y la maternidad "formal", evitable solo con el instrumento ordinario de la adopción).

1. *La inconstitucional indeterminación de la incriminación de la maternidad subrogada*

Antes de cualquier otra consideración, se debe prestar atención a una curiosa y sutil contradicción: la Corte Constitucional —como también, luego, las Salas Reunidas— depositan tal vez excesivas expectativas en la función orientadora y sistemática de una norma penal que

es, a primera vista, *inconstitucional* y que lo es esencialmente por su *grave imprecisión*.[24] Nada que ver, por lo tanto, con el debate acerca del valor "bioético" y constitucional de la maternidad subrogada, considerada como tal; ni con una posible, y francamente discutible, violación de los arts. 2, 3, 13, 29, 31, 32 y 117, primer párrafo, de la Constitución italiana y del art. 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, como la supuesta —pero no hasta sus coherentes consecuencias— por la Corte de Apelaciones de Milán en una reciente resolución.[25] A asumir relieve son, más bien, principios estre-

[24] Recientemente concordante con nuestra observación crítica de principio, evidenciando ya la pluralidad de sentidos del solo concepto de "maternidad": V.Tigano, *op.cit.*, p. 350 ss.

[25] Ordenanza del 25 de julio de 2016. Se hipotetiza, en este caso, la inconstitucionalidad del art. 12, literal 6, de la ley n. 40 de 2004, por contraste con los parámetros indicados, en la medida en que impedirían la inscripción, en Italia, de actas de nacimiento de menores dados a la luz en el extranjero mediante la materinidad subrogada, y asignados a los progenitores solicitantes, de conformidad con la *lex loci*. Una primera diferencia de tratamiento se advierte entre quien realiza ese tipo de subrogación en Italia, y quien en cambio hace legítimamente esa elección procreativa en el extranjero (disparidad de tratamietno destinada, sobre todo, a amplificar la disparidad sustancial determinada por las diferentes condiciones económicas). Una segunda diferencia de tratamiento se advierte entre las parejas igualmente incapaces de procrear por diferentes patologías, algunas de ellas superables recurriendo a prácticas lícitas de fecundación aritificial, otras, en cambio, superables solo delegando en otra mujer la gestación. En la misma perspectiva, según la Corte de Apelaciones, la prohibición opondría un irrazonable impedimento al derecho de autodeterminación en la esfera privada y familiar y, en el caso que nos ocupa, al derecho a la genitorialidad (arts. 2, 3, 13, 29, 31 de la Constitución italiana y 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; v., además, Corte Costitucional, n. 162 del 2014), así como al derecho a la salud (art. 32). Se señala, asimismo, una posible discriminación de género. Habida cuenta de lo anterior, se considera sin embargo que el art. 12, literal 6, no manifiestamente inconstitucional en cuanto funcional a la tutela de la dignidad, en particular, de la gestación, bien de jerarquía constitucional como incluso ha sido previsto por la Carta de Niza. Se limita, en conclusión, a solicitar al legislador mejorar el régimen de la subrogación, con base en el presupuesto de que la referida lesión de la dignidad podría no presentarse cuando una oportuna reglamentación excluyeRA toda hipótesis de explota-

chamente penalistas, y en particular los de de legalidad (que implica la precisión/determinación/previsibilidad de la norma incriminatoria) de los arts. 25 de la Constitución italiana y 7 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

Es decir, el citado art. 12, numeral 6, de ninguna manera describe un hecho típico tal como debería ser descrito, delineando atentamente y distintamente los elementos constitutivos. Casi anticipándose en el tiempo, la norma parece optar por una comunicación —"pío" (*tweet*), pues se limita a estigmatizar un "tipo discursivo", a evocar una palabra que da miedo (maternidad subrogada) buena a lo sumo para el título de un periódico o para atraer algún "like" a un post que ni siquiera se leerá, porque está dirigido a solicitar emociones, más que a trasmitir contenidos. Las consecuencias político-mediáticas podrán incluso estar aseguradas aun cuando, de esta manera, no se opera ninguna delimitación clara entre lícito e ilícito penal. Resultado particularmente problemático respecto de un fenómeno que es variado en las formas de manifestación, a cada una de las cuales

ción o comercialización de la gestación, garantizando la plena autodeterminación, así como la facultad de arrepentimiento.

Al respecto cabe hacer algunas observaciones: La referencia al art. 32 de la Constitución parece francamente fuera de lugar, puesto que, si es verdad que se solicita la subrogación para obviar una patología, es difícil considerar que la maternidad subrogada sea un tratamiento sanitario funcional a la cura de aquella enfermedad; la disparidad de tratamiento entre quien puede recurrir al denominado turismo procreativo en el extranjero y quien no puede hacerlo, tal vez por motivos económicos, parece también ella poco decisiva, salvo de lo contrario considerar inconstitucinal todas las prohibiciones italianas, cualquiera sea su objeto, que no encuentren correspondencia en otros países, permitiendo así, a quien quiere y puede, satisfacer en otro lugar las necesidades reprimidas por aquellas prohibiciones. También las observaciones en materia de "libertad" son poco convincentes, viéndolas atentamente, por el hecho de tratarse de decisiones que refieren a esferas jurídicas de sujetos diferentes, que las afectan profundamente y ponen en relación, por lo que es difícil sostener que el derecho no tenga que "ocuparse" de esas relaciones porque están contenidas en el ámbito de la privacidad.

podría corresponder, queriéndose, un desvalor cualitativo y cuantitativamente diferente; y que, además, implica el aporte diferente de personas diferentes, por distintos motivos, en distintos momentos y lugares, de tal manera que sería necesario que la norma precisara cuáles de estas acciones, de cuáles sujetos, en cuáles momentos deban considerarse delictuosas.

En efecto, la "gestación por cuenta de otros" puede ser *gratuita* —por ej. con fines solidarios—[26] o bien *retribuida* (dejando, solo en este caso, suponer una posible "explotación");[27] existiendo una zona gris en la cual la mujer recibe reembolsos de gastos y compensaciones de tal magnitud que a veces hace pensar que se trate de una retribución simulada. Además, la gestación en cuestión puede originarse en una *concepción "natural"*,[28] o bien en virtud de *prácticas de biotecnología reproductiva*, que según algunos sería *per se* objeto de desaprobación. Sólo cuan-

[26] Véase por ej., el caso tratado por el Tribunal de Roma, ordenanza 17 de febrero de 2000, en *Famiglia e diritto*, 2000, p. 151 s., notas de M. Dogliotti - G. Cassano.

[27] En doctrina, es difundida la convinción que solo la subrogación de maternidad a fines lucrativos, tenga relevancia penal, implicando una comercialización de una dimensión particularmente íntima del cuerpo humano, en oposición hoy con varias Cartas de derechos, y especialmente con el art. 3, ap. 2, de la *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea:* S. Moccia, *Un infelice compromesso: il Testo unificato delle proposte di legge in materia di procreazione medicalmente assistita*, en *Critica del diritto*, 1998, p. 253; A. Cavaliere, *Né integralismi religiosi, né bio-mercificazione. Le biotecniche nello stato sociale di diritto*, en *Critica del diritto*, 1999, p. 336; A. Manna, *Sperimentazione medica*, en *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, IV, Milano 2000, p. 1132; L. Risicato, *Dal «diritto di vivere» al «diritto di morire». Riflessioni sul ruolo della laicità nell'esperienza penalistica*, Torino, 2008, p. 52; S. Canestrari, *Biodiritto (dir.pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali, VIII, Milano, 2015, p. 110.

[28] Formas de "gestación por otros" son conocidas y practicadas desde siempre, mucho antes de la "revolución" biotecnológica. Interesante el *excursus* aunque sintético de M. Rizzuti, *op.cit.*, p. 90 ss.; v. además I. Corti, *La maternità per sostituzione*, en *Il governo del corpo*, II, bajo la dirección de S.Canestrari y otros, Milano, 2011, p. 1480 s.; P. Zatti, *Maternità e surrogazione*, en Idem, *Maschere del diritto volti della vita*, Milano, 2009, p. 206 s.

do falte todo aporte, sexual o genético, de los miembros de la pareja solicitante se está en presencia de una gestación por otros que adquiere el significado negativo de una donación o venta de hijo a todos sus efectos. Cuando se recurre a la fecundación asistida, ella puede ser *más o menos compleja*, por lo tanto más o menos partícipe de la —por algunos alegada— mayor dignidad de la reproducción "natural". En el caso de que la fecundación tenga que realizarse con óvulos de una mujer donante diferente de la que presta el útero, se debe inevitablemente recurrir a una frecundación *in vitro*, lo que supone prácticas de procreación asistida más complejas; en cuyo caso sólo, como veremos al final de este estudio, se realiza el desvalor peculiar de una disociación de la maternidad en sentido estricito. Además, las técnicas de fecundación asistida permiten las *más variadas combinaciones genéticas*, y consecuencia *familiares*, con diferentes matices de "ofensividad", observable por lo menos desde ciertos punto de vista: el embrión puede obtenerse con los gametos de los dos aspirantes a progenitores, e implantado en el útero de otra mujer; puede obtenerse gracias a la donación por parte de otras personas de gametos, femeninos (provenientes de la misma prestadora/locadora del útero, o incluso de otra mujer) y/o masculinos (eventualmente provenientes de la pareja de la madre sustituta). Otra variable, de no poca importancia para los apologistas de la familia tradicional, es la constituida por la pareja solicitante homosexual, o cuando la solicitud procede de una persona soltera, o de una persona de edad avanzada. Una última variable, de significado más estrictamente penalista, refiere al elemento de la consensualidad. Tomemos el conocido caso de la confusión culposa de embriones en el Hospital Sandro Pertini de Roma (v.*infra*) e hipotetizando que algo análogo sea practicado dolosamente, podría entenderse también este caso —sin el conocimiento de los progenitores, o por lo

menos de alguno de ellos, por ej., de los que han suministrado los gametos para obtener un embrión *in vitro* que luego fue "dolosamente" implantado en el cuerpo de otra mujer— como una maternidad subrogada que ofendería la autodeterminación procreativa, antes que cualquier otro valor.

Asimismo, las cuestiones vinculadas a la maternidad subrogada son por su naturaleza complejas y destinadas a desarrollarse en el tiempo, a veces en diferentes lugares, y con el aporte de una pluralidad de sujetos que asumen diferentes roles. Puede existir una primera fase negocial entre los solicitantes y la prestadora del útero, tal vez apoyada por mediadores y organizaciones; el momento de la concepción, que puede ser llevado a cabo de distintas formas, en el que pueden intervenir médicos, donadores de gametos y hasta terceros sujetos (sólo esta fase, y la inmediatamente sucesiva, caracterizará las hipótesis de maternidad subrogada contra la voluntad y sin el conocimiento de los sujetos comprometidos). Después está la gestación (que fácilmente, por su extensión en el tiempo, puede quedar expuesta a episodios problemáticos que otra vez exigirán una sinergías entre varios sujetos) luego el parto, y al final la entrega material del hijo y la transferencia jurídica, legítima o simulada, del *status* de progenitor (toda fases, también esta última, en las cuales normalmente los interesados directos solicitarán la ayuda de terceros).

Ahora bien, cuando se castiga genéricamente la "maternidad por subrogación" ¿a cùál de las *fattispecie*, entre las distintas posibles, se hace referencia? ¿A todas ellas,[29] tan heterogéneas, asimilándolas bajo la misma etiqueta delictuosa indiferenciada, en desmero del principio de tipicidad y de ofensividad? Y si no, ¿a cuáles? ¿Y cuáles

[29] Es de esta opinión M. Dova, *Maternità surrogata e diritto penale*, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2015, p. 931.

conductas, de cuáles sujetos, son consideradas relevantes, y en cuál momento —una vez integrados cuáles elementos constitutivos— la *fattispecie* puede considerarse consumada?[30]

Además, esta incertidumbre acerca de cuál es el ámbito de aplicación de la prohibición de la maternidad subrogada, hace trastabillar el razonamiento de la Corte Constitcional y de las Salas Reunidas, no sabiendo a qué tipo de maternidad subrogada, y a cuáles comportamientos la ley hace referencia en concreto, así como tampoco se pueda contar con la certeza de la *ratio* de la prohibición. Queda entonces por demostrar que lo que se pretende prevenir —como taxativamente se alega— constituye una ofensa intolerable a la digniadad de la mujer y a los fundamentos de las relaciones humanas. Sin haber intentado primero determinar a cuáles casos de gestación por otros la norma incriminatoria se aplica, no se puede luego dar por descontado que se trate de la tipología de casos de las cuales las dos decisiones parten y en relación a las cuales expresan su propio juicio.

2. *Las aproximaciones en la individuación del bien jurídico protegido*

Otra observación crítica, que merece ser esbozada, concierne la convicción de que la prohibición penal, en sí, busque proteger bienes fundamentalísimos, de tal manera de actuar sin dudas como "contralímite" al interés superior del menor (en este sentido las Salas Runidas se preocupan, por ej., por destacar la diferencia respecto a otras prohibiciones, como la del acceso de las parejas homosexuales, sancionadas solo por vía administrativa).

[30] Respecto de este problema distintas soluciones se encuentran en A.Vallini, *Illecito concepimento e valore del concepito*, Torino, 2012, p. 143 ss.; A. Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1547 ss.; V. Tigano, *op.cit.*, p. 374 ss.

Es ya ampliamente notorio y reconocido —la teoría del delito y de los principios penales se orienta desde hace tiempo al respecto— que las elecciones penales son fruto de opciones políticas contingentes y revisables, no necesariamente dirigidas a satisfacer exigencias imprescindibles y indisponibles;[31] que se espera que sean ciertamente instrumentales a programas de protección constitucional, pero en verdad no siempre respetuosas ni siquiera de este parámetro. Es por ello que resulta improbable que aquella prohibición, por el solo hecho de estar prevista penalmente,[32] mire a la protección de bienes "comparables" o "superiores" al superior interés del menor a una tendencial correspondencia entre la genitorialidad social/afectiva y la jurídica.

A esta observación se podría rebatir cómo es que, sin embargo, ni la Corte Constitucional, ni las Salas Reunidas, deducen la naturaleza fundamentalísima del bien protegido únicamente de la naturaleza penal de la prohibición. En cierto modo, los jueces articulan un razonamiento opuesto, sosteniendo que la elección de incriminación depende de la necesidad de proteger bienes

[31] A.Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino, 2003, p. 317 ss.

[32] La circunstancia de que las normas penales *deban* proteger bienes constitucionales (principio de ofensividad) no significa que cada una de ellas, en cuanto tal, tengan que corresponder de seguro a esta pretensión. Es por ello que confunde el ser y el deber ser jurídico quien escribe que: «dado que la sanción penal se justifica si y cuando esté dirigida a proteger bienes "socialmente apreciables dotados de relevancia costitucional", la previsión de una prohibición de la maternidad subrogada penalmente relevante permite concluir, en modo inconfutable, acerca del rango necesariamente constitucional de los intereses tutelados por ella» (I. Barone, *op.cit.*, p. 1221). La teoría del "bien jurídico constitucional" asume entonces, en forma notoria, una función prevalentemente "crítica" respecto de la constitucionalidad de la eleción de incriminación del legislador. Sería paradójico considerar "costitucionalmente relevante" todo lo que el legislador, con una ley penal ordinaria, considera digno de ser tutelado penalmente, con una inversión de la jerarquía de las fuentes y un regreso metodológico hacia el positivismo más acrítico.

constitucionales imprescindibles, como son, para la Corte Constitucional, la dignidad *de la mujer* y los *fundamentos de las relaciones humanas*, y, para las Salas Reunidas, la "*la dignidad de la gestante*" y la "*institución de la adopción*", de tal manera que —ulterior pasaje lógico— la incriminación *miraría a garantizar la* veritas *en las relaciones entre madre e hijo*. Sin embargo, también respecto de estos modos de razonar, las dudas son en verdad muchas.

En primer lugar, que sea la "dignidad" el bien jurídico protegido parece una afirmación bastante asertiva. En el debate penalista sobre la materia —como se ha anticipado hace poco— emerge un tendencial (pero parcial) consenso respecto de la idea de que la maternidad subrogada con fines de lucro se contrapone a la noción de dignidad que se vincula a la prohibición de "hacer mercancía del propio cuerpo", prevista en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, que la prohibición prevista por Ley 40/2004 refiera solo a esta hipótesis[33] sería una cuestión que habría que demostrala, pues no existe ningún punto de apoyo en su texto que nos permita llegar a esa conclusión, sino al contrario.

Por otra parte, los penalistas alertan acerca de la oportunidad de vincular a un bien "poco claro" como la "dignidad" —muy evocativo (a menudo de temores viscerales e irracionales) pero poco denotativo (de una ofensa empíricamente detectable) discursivamente instrumentable a los más diferente fines— el sentido de una incriminación que, como es notorio, necesitaría más bien de referencias de ofencibilidad sólidas, considerando

[33] En tal sentido, con consideraciones articuladas y muy interesantes acerca del objeto tutelado por la prohibición, se expresa A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, p. 151 ss. Anteriormente cf. C. Casini, M. Casini, M.L. Di Pietro, *La legge 19 febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Commentario*, Torino, 2004, p. 185 s.

que establece una sanción que incide sobre el bien fundamental de la libertad personal.[34]

No es mejor el alcance heurístico de la referencia, en el pronunciamiento de la Corte Constitucional, a la protección de los "fundamentos de las relaciones humanas", ya a primera vista tan subjetivo como inexpresivo de cualquier preciso contenido empíricamente detectable. Lo que se va a nombrar, una vez más, es una objetividad jurídica "abstracta", perentoria, generalizante, insensible a los diferentes matices de las distintas hipótesis reconducibles al concepto de maternidad subrogada; y nos deja perplejos, otra vez más, esta desviación de la atención de un bien extremamente concreto, y personalista, de indudable alcance constitucional, como es el interés superior del hijo en carne y hueso —medido en relación a la realidad de sus relaciones afectivas y sociales— a favor, en cambio, de valores con alcances tan abstractos o, mejor dicho, ideológicos.

[34] Muchas dudas suscita, al penalista, la referencia a la "dignidad humana" (y a otros intereses de la madre o del hijo) como bien jurídico tutelado por el delito de maternidad subrogada y, más en general, por las prohibiciones penalmente sancionadas en el ámbito del bioderecho: véase en general A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit., p. 148 ss. (para una evaluación más general *ibidem*, p. 21 ss.). Evidencia como el rechazo prohibicionista de una reglamentación pueda, por el contrario, favorecer formas de discriminación económica y social a nivel global: B. Casalini, *Nel best interest dei bambini e delle madri surrogate*, en *Cambio*, 2015, p. 33 ss. (v. sin embargo, *contra*, V.Calderai, *The conquest*, cit., *passim*). Débil es el argumento de los "daños síquicos y existenciales" que derivarían para los protagonistas de similares acontecimientos, *in primis* para el hijo, teniendo en cuenta —entre otras cosas— la falta de claros datos científicos: cfr. las investigaciones de las que da cuenta S. Golombok, *Famiglie moderne: genitori e figli nelle nuove forme di famiglia*, Milano, 2016, cap. V (consultado en edición Kindle). Volviendo en cambio a insistir sobre la dignidad como objeto jurídico de la *fattispecie*, y sobre otros perfiles negativos de la práctica tradicionalmente evidenciados por sus adversarios: M.Dova, *op. cit.*, p. 919 ss.; H. Braho, *Motherhood Surrogacy: Progress or Exploitation?*, in *European Journal of Sustainable Development*, 2015, p. 240 ss.; D.Rosani, *op.cit.*, p. 127 ss.

V. La dudosa conexión teleológica entre el tipo penal y la protección de la "*veritas*"

Pero hay más aún. Probemos incluso a olvidarnos de todas las dudas adelantadas en el parágrafo precedente, y asumamos, solo como hipótesis, que los indicados en las sentencias de la Corte Constitucional y de las Salas Reunidas sean bienes protegidos por la prohibición prevista en el art. 12, numeral 6. Ahora bien, incluso si así fuera, parecería bastante discutible el nexo de consecuencialidad —pasaje argumentativo decisivo en ambas decisiones— entre la protección de aquellos bienes y la instrumentalidad de la incriminación respecto de una exigencia de garantía de la "verdad" natural de la maternidad.

En efecto, es necesario evitar una confusión entre perspectivas y hacer decir a la prohibición penal aquello que no dice y que no puede decir. La norma, en realidad, realiza su eficacia preventiva en base al hecho de que ciertas elecciones procreativas *no sean ayudadas*; pero *una vez que ellas hayan sido realizadas*, la norma penal tiene sólo que decir algo sobre la "punibilidad" de aquellas conductas; nada, en cambio, acerca de las relaciones que se instauran luego de aquella violación, y mucho menos acerca del "menor" valor de los intereses del nacido respecto de la importancia de la *veritas*. De los intereses del hijo aquella norma no se ocupa y, por lo tanto, no los califica. Se trata, para entenderse, de un *ilícito de concepción*— no "en protección del concebido" —que quiere prevenir una gestación y un nacimiento considerado inoportuno, y que como tal no considera ni califica los derechos del menor, del cual, fundamentalmente, prescribe y postula su *inexistencia*. La disposición incriminatoria se interesa del desvalor eventual de las conductas

preconcepcional y *pregestacional* del médico y eventualmente de los aspirantes a progenitores, pero no propone ningún juicio sobre las *relaciones* entre los aspirantes a progenitores y el hijo así concebido, que se ponen en una fase sucesiva y diferente de la misma disposición prefigurada, llamando en causa *todo otro horizonte de valores*, por la necesidad de sopesar derechos superados en el momento de operatividad de la prohibición (por falta de un titular, que ni siquiera se quiere que exista) como aquellos imputables al nacido.

Como mucho se puede individualizar en el art. 9, párrafo 2, de la ley n. 40/2004, la regla de la que se deduce que la madre "gestacional" del nacido mediante un tratamiento de fecundación asistida debe mantener esta calificación, no gozando de la facultad de no ser nombrada (en otros casos, reconocida). Sin embargo, se trata de una disposición de relieve puramente privatista, no inmediatamente calificada por una sanción penal que pueda convalidar, en hipótesis, el relieve prioritario en términos de disposiciones de orden público, y tampoco esplícitamente correlada a la prohibición del art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004; de tal manera que es objeto de discusión cómo cuanto de esta disposición, así como de otras, pueda realmente deducirse la necesaria atribución de la maternidad a quien ha dado a luz, en caso de maternidad subrogada.

En resumen, la cuestión sobre el valor de dicha atribución de maternidad según el criterio del orden público debería ser propuesta como una cuestión interna al debate privatista, aunque no concuerde ni siquiera sobre cual deba ser, *de iure condito*, la destinataria de aquella atribución. Argumentar desde la norma penal, para sostener la tesis de mayor rigor, es una operación sin duda sugestiva pero que analizándolo más detenidamente necesitaría, al menos, de argumentaciones más precisas.

VI. La escasa plausibilidad de lógicas publicistas, funcionalistas y sancionatorias

Ahora bien, una vez realizada una maternidad subrogada, asumen relieve también, y principalmente, los intereses familiares del nacido, de los cuales la prohibición penal de la subrogación, *prescribiendo que no exista ningún nacido*, en cambio no se ocupa; de tal manera que de la prohibición penal no se pueda deducir la menor importancia de aquellos intereses, respecto de otras exigencias eventualmente en juego.

Sin embargo podría considerarse que el "nexo lógico" entre las función preventiva de la disposición incriminatoria, y la regla de orden público que se supone regule la necesaria maternidad de quien da a luz, se arribe a lo mismo desde una óptica funcionalista, que atribuye a las exigencias publicistas respecto de los derechos individuales, dimostrándose disponible a modelar las reglas privatistas, que inciden sobre aquellos derechos, en términos serviles respecto de lógicas general-preventivas de carácter penal. En otras palabras, el razonamiento de las Cortes podría ser así desarrollado: si el legislador ha previsto aquella incriminación, es porque quiere que la gestación por otros no tenga lugar; sin embargo, si la ley (civil) consintiera al progenitor meramente intencional —en caso de violación de la prohibición— adquirir de todos modos la genitorialidad (también mediante la inscripción del acta de nacimiento otorgada en el extranjero), la función preventiva de la prohibición penal resultaría debilitada. Por lo tanto, tenemos que imaginar un impedimento absoluto para la adquisición de la genitorialidad de los solicitantes, con el fin de optimizar el impacto de la prohibición penal; y es por esta razón que aquel impedimento asume una

orientación publicista que revela la atinencia al "orden público".

¿Pero hasta qué punto se pueden servir los intereses del menor tercero inocente, ya nacido (aquellos sobre los cuales incide la regla privatista, que mira a calificar la existencia) a la necesidad de orientar, con la amenza penal (por su naturaleza orientada hacia el futuro, en clave general-preventiva) elecciones de conducta de otros futuros aspirantes? Sería francamente curioso que una similar *instrumentalización, por parte del Estado, de los derechos de un menor existente con el fin de conseguir exigencias que lo trascienden* pueda haber sido imaginada por jueces que usan sin parsimonia el léxico de la "dignidad"; término que, en su significado mínimo, evoca inmediatamente el paradigma kantiano del hombre fin, y no el del hombre "medio". No, no puede ser ésta una lectura plausible de las decisiones sobre las que estamos centrando nuestro análisis.

Aún más difícilmente podrían compartirse las conclusiones de las Cortes, si las entendiéramos movidas por una finalidad puramente sancionatoria, como si la falta de reconocimiento de la maternidad pudiera ser entendida como si a falta de reconocimiento de la maternidad pudiera ser entendida como una sanción adicional para quien haya violado la prohibición penal. Se trataría, en verdad, de una sanción dirigida a castigar un tercero inocente, como es el hijo. Sobre este tema se ha ocupado, una vez más y entre otros, Gilda Ferrando, recordando como desde hace tiempo la misma Corte Constitucional considera constitucionalmente necesario no condicionar negativamente, mucho menos en términos automáticos y presuntivos, la condición jurídica de hijo en razón del «desvalor que la ley atribuye a la conducta de los progenitores, a tal punto que la sanciona penalmente», como por ej. en caso de incesto (v. art. 251 Código Civil) o de alteración o supresión del estado ci-

vil.[35] Agregando además que, «los niños, en cuanto nacidos, son personas con plenitud de derechos cuya tutela no puede ser subordinada a la exigencia de reprimir comportamientos ajenos que el odenamiento, en un determinado momento, considera reprobables y dignos de una sanción».[36]

Si, finalmente, las Cortes partieran de una suerte de presunción de no ser merecedor de la genitorialidad quien haya concebido mediante conductas penalmente estigmatizadas, casi suponiendo que *ipso facto* no responda al interés superior del menor tener progenitores de tal naturaleza —pero así no es, pues de lo contrario no se entendería por qué luego se "sugiere" a esos progenitores instaurar una relación familiar con ese niño mediante la adopción— una vez más pretenderían demasiado, y mal, de una disposción penal, que por un vínculo procedente de la Constitución estigmatiza la valoración de una acción, pero no está habilitada para sancionar un "tipo de autor" que no es digno. Además, otra vez se haría malamente desplazar la valoración del interés superior del hijo, que se tendría que correlacionar con el dato concreto de su biografía familiar, en

[35] La Corte Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 569 c.p., en la parte en la que establecía que, en caso de condena pronunciada contra el progenitor respectivamente por el delito de alteración de estado civil, previsto por el art. 567, segundo párrafo (sentencia del 23 de febrero de 2012, n. 31) y por el delito de supresión de estado civil, previsto por el art. 566, segundo párrafo, c.p. (sentencia del 23 de enero de 2013, n. 7) se le aplicara de derecho la pérdida de la responsabilidad parental, impidiendo de esta manera al juez toda posibilidad de evaluar el eventual interés en concreto del menor a preservar de todos modos la relación familiar con el progenitor autor del ilícito en su perjuicio. En este mismo sentido, más recientemente, véase la sentencia de la Corte Constitucional del 29 de mayo de 2020, n. 102, la cual ha declarado la inconstitucionalidad del automatismo de la pena accesoria de la supresión de la responsabiliad parental por el delito de sustracción y matenimiento del menor en el extranjero (art. 574-bis, tercer párrafo, c.p.) por estar potencialmente en contradicción con el interés superior del hijo.

[36] G. Ferrando, *op.cit.*, p. 457.

una dimensión apriorística y abstracta, francamente inaceptable.

A ello se agrega como la incertidumbre acerca del alcance de la prohibición, a la que nos hemos referido anteriormente, no permite para nada concluir que los progenitores solicitantes puedan considerarse sujetos activos del delito al que refiere el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004. Existe una sólida opinión doctrinal que excluye una tal eventualidad, con base en una serie de consideraciones técnicas que, aquí, no corresponde recapitular.[37]

VII. ¿La real, y oportuna finalidad de la prohibición? Prevenir un dilema que no se puede resolver acerca de la atribución de la maternidad "verdadera"

Existe una última perspectiva para sondear: *last, but not least*. En efecto, datos teleológicos y sistemáticos permiten suponer que la finalidad de la prohibición penalmente sancionable de la maternidad subrogada no es la de garantizar la *veritas filiationis*, sino, por el contrario, *la de evitar que se verifique una situación en la que aquella* veritas *no sería definible en términos constitucionales adecuados*.

Es decir, lejos de ser instrumental a una atribución de la maternidad a la gestante, es sensato considerar que la incriminación esté dirigida a evitar un entramado de

[37] V., en particular, A . Spena, *Una storia semplice?*, cit., p. 1152: «los sujetos necesarios del hecho diversos del autor del delito no pueden responder de él a título de concurso eventual (al menos cuando se limitan a ejecutar la conducta explícita o implícitamente tipificada en el supuesto de hecho incriminante)» en atención a que «si el legislador ha previsto la conducta en el supuesto de hecho, pero sin incriminarla directa o formalmente, ello se debe entender como la señal de una precisa voluntad político-criminal en el sentido de su no punibilidad». De opinión distinta E. Dolcini, *op. cit.*, p. 81.

relaciones de hecho, en virtud de las cuales no sería posible hacer prevalecer, jurídicamente, una maternidad sobre la otra, confrontándose dos mujeres que son portadoras de un válido interés a la maternidad, tutelado igualmente *ex* art. 31 de la Constitución.

Intentemos una forzosada y elíptica demostración de este asunto, que en otro lugar hemos desarrollado más ampliamente.[38]

Dos premisas. Respecto de un tipo penal como el considerado en el art.12, numeral 6, de la Ley 40/2004, tenemos por lo menos dos certezas: ella considera algún caso de "disociación" entre la madre intencional y la madre que lleva a término la gestación; ella se refiere a conductas realizadas mediante procreación médicamente asistidas. Este último dato se deduce, por lo menos, de una pluralidad de indicaciones sistemáticas: la norma está ubicada en una ley especial dedicada a la procreación médicamente asistida; sanciones accesorias en caso de violación de la prohibición están dirigidas a las estructuras sanitarias autorizadas por la misma ley para practicar la procreación asistida (por lo que se imagina que aquella sea la sede electiva de eventuales violaciones de la prohibición) en la misma frase del art. 12, numeral 6, se califican como delictivas conductas sin duda relacionadas con la fecundación artificial, como es la de la comercialización de gametos.

Otra premisa. El desvalor de la conducta, que justifica la punibilidad, no puede consistir solamente en la naturaleza artificial de la concepción, porque desde hace tiempo la Corte Constitucional y la Corte Europea de los Derechos del Hombre excluyen que dicha artificialidad encierre en si un desvalor, cuando la práctica reproductiva sea de todos modos funcional para superar proble-

[38] A.Vallini, *La schiava di Abramo*, cit. p. 902 ss.; A. Vallini, *Illecito concepimento*, cit. p. 142 ss.

mas de salud reproductiva y para satisfacer, de esta manera intereses fundamentales a la procreación, atinentes a un ámbito en principio intangible, y tutelado como "derecho humano", de privacidad familiar. Es verdad que, según la misma Corte Constitucional, puede no existir un derecho a procrear *ad libitum* por vía artificial, cuando ello no sirva a obviar patologías que obstaculan la reproducción natural,[39] pero es igualmente verdadero que la ausencia de un derecho a algo no implica que ese algo constituya, *per se*, un desvalor penalmente relevante; no, por cierto, de un desvalor de tal magnitud de hacer *per se* diversamente valorable, desde el punto de vista penal, acontecimientos cuyas implicancias valorativas dependen todas, en forma evidente, del tipo de intereses que se mira a determinar en las relaciones entre progenitores intencionales, progenitores biológios, e hijos, no cierto en el modo en el cual estos últimos hayan sido concebidos.

De estas premisas deriva, por lógica, una primera conclusión: *aquella prohibición no puede referirse a tipologías de disociación entre maternidad intencional y maternidad gestacional igualmente realizables mediante reproducción natural,*

[39] Véase en tal sentido, en sustancia, la sentencia de la Corte Constitucional del 18 de junio de 2019 (depositada el 23 de octubre de 2019), n. 221, que ha declarado constitucionalmente legítima la prohibición de acceder a la procreación médicamente asistida prevista por la Ley 40/2004 a las parejas homosexuales, no siendo propiamente a causa de patologías reproductivas que tales parejas buscan alternativas a la reproducción por vías naturales. Ya en el nuestro *Sistema e metodo*, cit., p. 842 ss. habíamos presagiado como el derecho constitucional a la salud, mientras era utilizado por la Corte Constitucional como *fundamento* de legitimidad de la fecundación asistida, con la finalidad de demoler ciertas rígidas y moralizantes prohibiciones de la Ley 40/2004, se estuviera configurando también, en esa misma jurisprudencia como *límite* a dicha legitimidad. Para una panorámica del proceso de desmantelamiento de la Ley 40/2004 por parte de las Cortes de los derechos y de interpretaciones constitucionalmente orientadas, se remita a A.Vallini, *Procreazione medicalmente assistita (diritto penale)*, en *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Milano, Giuffrè, 2016, p. 701 ss.

en atención a que, de lo contrario, sería irracional la elección —que precisamente hace el art. 12, numeral 6, citado— de incriminar únicamente aquello realizado mediante procreación médicamente asistida, no pudiendo solo el recurso a una ayuda médica para la reproducción otorgar *per se* un desvalor diferente, penalmente relevante, al acto de procreación.[40]

Ergo, el art. 12, numeral 6, se refiere a una práctica, entre todas aquellas reconducibles al *genus* de la gestación por otros, factible ***únicamente*** mediante la procreación médicamente asistida. Y tal es, si no nos engañamos, *solamente aquella que implique el empleo del óvulo de la madre intencional, para formar el embrión que después será implantado en el útero de la madre gestacional*.

Diversamente, no pueden existir distinciones de calificación penal, en el caso de que la pareja adquiera o se haga entregar el hijo enteramente "ajeno", haya sido él obtenido mediante biotecnologías reproductivas o, en cambio, por vías "ordinarias"; hayan o no hayan sido, la concepción y el parto, llevados a cabo por comisión. En hipótesis similares se podrían configurar, según los casos y subsistiendo los presupuestos, los requisitos de la reducción a la esclavitud (art. 600 c.p.) —siendo el menor transferido como si fuera una "cosa" respecto de la cual se actua como "proprietario"—[41] o bien de una

[40] Ni la circunstancia de que, eventualmente, correspondientes prácticas "naturales" puedan ser consideradas como delitos *por otro título* permitiría redimensionar esta disparidad de tratamiento, porque, de todos modos, derivaría una irracional diversidad de calificación penal, y porque el otro título de delito podría de todos modos aplicarce también a los casos de subrogación por vías artificiales ya sancionadas por el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004, dando lugar a un fenómeno de concurso de delitos, que determinaría un incomprensible y desigual "ensañamiento sancionatorio" hacia una misma disociación de maternidad, solo porque llevada a cabo por vías "no naturales".

[41] T. Padovani, *Commento all'art. 71 l. 184/1983*, en *Nuove leggi civili commentate*, 1984, p. 225; Cas., Sala V, 26 de octubre de 2015, n. 43084, en *Ced Cass.*, 265229; Cas., Sala V, 6 de octubre de 2010, n. 35923, en *Ced Cass*,

elusión de las normas en materia de adopción (articolo 71 legge 4 maggio 1983, n. 184),[42] mientras que no existen razones para que solo cuando en la base exista una fecundación artificial debería aplicarase una (adi-

248416 (con referencia, sin embargo, a la adquisición de una muchacha que luego fuera materialmente sujeta y explotada por los adquirentes). V. además los *Elements of Crimes* con relación a la definición prevista en el art.7, párrafo 2, literal c. del denominado "Estatuto de Roma", fundacional de la Corte Penal Internacional: la conducta de "venta" está claramente comprendida entre las relevantes como esclavitud (en cuanto crimen internacional). Es de notar que el delito previsto en el art.600 c.p. queda configurado según la ley italiana inluso si él es cometido en el extranjero por un ciudadano italiano, o en perjuicio de un ciudadano italiano (art. 604 c.p.). El extranjero concurrente con el ciudadano italiano no sería punible por la falta de correspondencia de la pena a la establecida por el art. 604, última parte, c.p. Desde el punto de vista criminologico, la *fattispecie* de la entrega de niños a quien no es de ninguna manera progenitor biológico puede ser sintomática del grave fenómeno de la trata de niños destinados a una adopción ilegal: v. por ej. Council of Europe, Parliamentary Assembly, *Disappearance of newborn babies for illegal adoption in Europe*, Report, doc. 11461, 7 December 2007, punto 2 e Id., *Disappearance of newborn babies for illegal adoption in Europe*, Recommendation 1828 (2008). Excluyen sin embargo la aplicación a casos similares de la *fattispecie* en materia de reducción a la esclavitud, considerando que ella supone como requisito implícito una "explotación" de la víctima: Casación, Sala V, 22 de diciembre de 1983, n. 3855, en *Ced Cass.* 162209, con referencia en verdad al art. 602 c.p.; Casación, Sala ferial, 6 de octubre de 2004, n. 39044, en *Diritto penale e processo*, 2006, 66, nota de A. Peccioli, *Prime applicazioni delle nuove norme in materia di riduzione in schiavitù: è una vera riforma?*; Casación, 6 de junio-6 de agosto de 2008, n. 32986, en *Cass.Ced* 241160; Casación, Sala V, 18 de enero de 2016, n. 1797, en *CassCED*, 265884. V. además G. Ciampa, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, Napoli, 2008, p. 334 ss.

[42] En tiempos recientes en la jurisprudencia: Cas. Pen., Sala VI, sentencia 17 de enero de 2019, n. 2173; Cas., Sala I, 20 de enero de 1987, n. 3569, en *Ced Cass.* 174855; F. Mantovani *Problemi penali delle manipolazioni genetiche*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, p. 669. Una distinta interpretación, que excluye la aplicación de los artt. 71 y 72, L. 184/1983 a los casos de nuestro interés, en T. Padovani, *Commento all'art. 71 l. 184/1983 op. cit.*, p. 226; D.Bartoletti, *Analisi della l. 28.3.2001 n. 149 – Modifiche alla legge 4 maggio 1983 n. 184, recante «Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori», nonché al titolo VIII del libro primo del codice civile*, en *Legislazione penale*, 2001, p. 673 ss.; Cas., Sala ferial, 6 de octubre de 2004, cit.; Cas., Sala VI, 16 de octubre de 2012, n. 40610, en *CedCass.*, 253497.

cional) norma incriminatoria como la de la maternidad subrogada.[43]

Asimismo, el caso en el cual sea el solicitante/comitente quien resulte padre biológico del nacido, quedando la *partner* comitente ajena a la dinámica biológica de la procreación, puede tener lugar incluso mediante una relación sexual con quien, después, dará a luz y entregará el niño; por lo que no tendría sentido la intervención del derecho penal solo cuando la concepción haya sido médicamente asistita (modalidad que, de hecho, al menos reduce las tensiones, jurídicas y morales, respecto del deber de fidelidad) como sucedería si consideráramos aplicable, en este caso, el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004. Por otra parte, cualquiera sean las modalidades de la concepción, en similares hipótesis en las que el hijo fuera entregado a los solicitantes, no parecerían presentarse los requisitos de la reducción a la esclavitud, ni de una elusión de las normas de la adopción, pues el ligamen paterno efectivo impediría considerar aquella entrega similar a la adquisición de una cosa, así como vislumbrar los presupuestos de una entrega de la custodia o una adopción llevadas a cabo eludiendo la normativa correspondiente. A lo sumo se podría considerar realizada una alteración del estado civil —cualquiera sea la modalidad de la concepción— en el caso que se declara en el Registro Civil como madre quien, en realidad, no ha tenido ninguna relación con el niño, ni biológica, ni genética.

[43] Hipótesis similares muy difícilmente pueden ser reconducidas, en realidad, al concepto de "maternidad subrogada", si ella es considerada como sinónimo de "alquiler de vientre", por carecer de toda apariencia y sustancia de "locación" y aproximándose, en todo caso, a una "compraventa mixta con locación". Se trataría, en consecuencia, más precisamente de una elusión de las reglas en materia de adopción, el único instrumento jurídico praticable para adquirir la genitorialidad de hijos enteramente ajenos. V. en este sentido M. Rizzuti, *La maternità surrogata*, cit., p. 101 ss. V. además D. Rosani, *op. cit.*, p. 133.; D.Pulitanò, *op.cit.*, p. 1367 s.

La interpretación restrictiva de la figura delictual que aquí se propone parece estar apoyada en el elemento literal. El mismo concepto de "subrogar"[44] nos da la imagen de una persona que sustituye a otra en una función (en este caso la maternidad) como efectivametne sucede cuando una mujer, engendrado un embrión con su propio óvulo, pida luego a otra mujer de tomar su lugar, para llevarlo hasta el nacimiento. Cuando, en cambio, una mujer comisiona a otra un embarazo, una maternidad, respecto de la cual no ha previamente desarrollado ningún papel o función, porque solo cuenta con una "espectativa" de sucesiva adquisición de una maternidad social y/o jurídica, parece menos apropiado hablar de maternidad "subrogada", porque no hay ninguna "sucesiva entrada" en un proceso procreativo (a este fin tendría más sentido hablar, de "gestación por otros", terminología que sin embargo el art. 12, literal 6, cit. no emplea).

Sin embargo, son sobre todo consideraciones teleológicas las que suministran un válido punto de apoyo. El caso de la disosiación entre el aporte biológico de la comitente y de la gestante ("disociación de maternidad") presenta, en realidad, un desvalor peculiar, apreciable incluso desde una perspectiva laica, sin necesidad de invocar la violación de bienes —como el de la "dignidad personal"— que en los ambientes éticamente controvertidos del bioderecho presentan la vaguedad y ambigüedad de los propios contenidos, aceptando opciones de valor preconstituido, privadas de un claro reconocimiento jurídico/constitucional; o que de todos modos, incluso cuando tengan un fundamento objetivo, por ej. en fuentes supranacionales (como en efecto la prohibición de comercialización del cuerpo, o la de "cosificar" el ser humano) resulten de todos modos pasibles de vio-

[44] www.treccani.it/vocabolario/surrogare/.

lación partiendo de eventos procreativos naturales y artificiales, de tal manera que no dejan comprender las razones de una prohibición penal dedicada sólo a hipótesis de procreación asistida.[45]

En efecto, solo cuando de un lado una mujer haya comprometido su porpio cuerpo, y el proprio patrimonio genético (normalmente a la par de su pareja que pone a disposición los gametos masculinos) en un protocolo reproductivo del que se espera obtener el hijo tan anhelado (por ella, y por la pareja a la que él se incorpora) y del otro lado otra mujer que igualmente haya comprometido su proprio cuerpo en apoyar la experiencia física y psicológicamente invasiva del embarazo, surge el dilema imposible de resolver, destinado a deflagrar

[45] Otra conducta realizable solamente mediante procreación médicamente asistida, a la cual, sin embargo, no corresponde un desvalor específico que pueda justificar *per se* la incriminación, es la de la donación de óvulos. Se trata de un supuesto de hecho originalmente incluído en la prohibición de la denominada "fecundación heteróloga", luego declarada inconstitucional, y considerada por la misma Corte Constitucional cualitativamente diferente de la maternidad subrogada. La Ley n. 40/2004, leída a la luz de la sentencia de la Corte, presupone y da a enteder como en este caso no se configure ninguna sustitución (sobrogación) en un rol de madre, es decir, no hay ninguna disosiación de maternidad. En realidad es la misma mujer que se presta al embarazo a comprometerse desde el inicio, y a persistir después, en una maternidad que es al mismo tiempo físico-biológica y afectiva, reconocible y reconocida como exclusiva en el plano social y jurídico. Esta distinción, respecto de los casos de maternidad subrogada, es totalmente evidente también para la psicología. A la donante anónima, desinteresada en asumir una función genitorial (e incluso en conocer la identidad de la gestante y del nasciturus), la Ley n. 40/2004 (art. 9, numeral 3) niega cualquier rol parental, por atribuirlo en cambio al conyuge/conviviente que haya hecho la solicitud (art. 9, numeral 1). De ello se concluye además que según el derecho vigente, una mera relación "genética" no constituye *per se* una maternidad merecedora de protección, siempre que ella tenga lugar entre el hijo y quien ha actuado como tal, y por lo tanto pueda ser calificada, como mera donante. Es así que argumentando *a contrario sensu* del art. 9, numerales 1 y 3, de la Ley n. 40/2004, referidos a la donante, se obtiene una indicación más acerca de la importancia valorativa y jurídica de una relación genética expresiva, en cambio, de la actuación de un proyecto procreativo.

especialmente cuando la gestante decida el no respetar el compromiso asumido para, en cambio, "conservar" para sí el hijo. En similares situaciones, y sólo en ellas, se contraponen dos experiencias de maternidad al mismo tiempo *biológica* y *social-afectiva*, ambas constitucionalmente protegidas, de las que *una no puede ser privilegiada sino a costa de sacrificar la otra*; poniéndose, de todos modos, en contradicción con los arts. 30 y 31 de la Constitución.[46]

El significado de la prohibición, circunscrita en los términos que aquí proponemos, gana una teleología neta, y de relevancia constitucional (de tal manera de legitimar la más grave de las sanciones). Ello está dirigido a *prevenir un conflicto de intereses (intereses a la maternidad, de la madre, y del hijo) difícilmente riducible (gobernable, regulable, resolvible) en términos constitucionales satisfactorios*. El delito es, en fin, instrumental a la coherencia de un proyecto constitucional de valorización de la maternidad.[47]

[46] En realidad, otra solución teoricamente viable podría ser la de considerar que *ambas madres son tales a todos los efectos*. Régimen sin embargo decididamente heterodoxo con relación al ordenamiento italiano, incluso constitucional, en materia de derecho de familia, y tal vez también perjudicial de toda particular relación madre-hijo, la cual para ser proficua y gratificante debería centrarse en una relación de cuidado y comunicación exclusiva (aunque no excluyente), hecha de intimidad, complicidad, unión y unicidad. Sobre la importancia del "apego" a la madre para el bienestar del hijo v. D. Benoit, *Infant-parent attachment: Definition, types, antecedents, measurement and out come*, in *Paediatrics Child Health*, 2004, p. 541 ss.; V. Di Dodo, *Attaccamento e teoria dell'attaccamento*, en www.stateofmind.it. Sobre la falta de pruebas empíricas acerca de los daños que sufriría el hijo de una pareja lesbiana (dentro de la cual, sin embargo, se desarrolla una distinción entre madre biológica y madre social, en términos de roles y vínculos con el hijo, por lo que no se puede hablar en rigor de una "doble maternidad") v. sin embargo S. Golombok, *op. cit.*, cap. 2. Desde el punto de vista jurídico v. en cambio M.N. Bugetti, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*, in *Famiglia e diritto*, 2014, p. 940 s.

[47] Se podría objetar que una interpretación similar da lugar a una disparidad de tratamiento entre parejas gays y parejas lesbianas igualmente recurrentes a la gestación por otro, pudiendo solo las mujeres eventalmente em-

Por otra parte, esta prohibición no afecta el derecho fundamental a la salud, no pudiéndose considerar la maternidad subrogada, que se impide, a la par de un *tratamiento* debido a una patología *ex* art. 32 de la Costitución; a lo sumo, él circunscribe un ámbito de libertad como posible, aunque ciertamente no obligatorio, cuando ello valga para proteger exigencias de espesor constitucional.

Que en similares situaciones se realice un dilema no se puede resolver en términos constitucionalmente satis-

plear sus propios óvulos para la producción del embrión luego entregado para su gestación a otra persona. Sin embargo es dable destacar que la "disociación de maternidad", que se considera que constituye la sustancia del delito aquí examinado, no es un fenómeno que se refiera en modo exclusivo, característico y necesario a la pareja lesbiana. En prmer lugar, ello bien puede tener como protagonista también a una pareja heterosexual (cuando, precisamente, la *partner* femenina ponga a disposición los propios óvulos para la producción del embrión cuya gestación, luego, será soportada por otra mujer); por otra parte, la pareja lesbiana, a diferencia de la homosexual masculina, para tener un hijo no debe necesariamente comisionar la gestación, pudiendo recurrir simplemente a la fecundación heteróloga. Ni, desde otra perspectiva, hay que temer que, adoptando este enfoque, las parejas gays quisieran gozar, en cuanto tales, de un estatuto penal privilegiado. La pareja gay, al igual que la pareja lesbiana, en el caso de que se hubiera hecho dar en custodia un niño que desde el punto de vista biológico es totalmente ajeno respondería de todos modos por el delito de "custodia ilícita" (si no lo es por compraventa, lo será por reducción a la esclavitud). En cuanto a una posible disparidad de tratamiento penal, más en general, entre personas de sexo masculino (formando parte de una pareja hetero u homosexual) o femenino que, de todos modos, hayan comisionado la gestación de un embrión producido con gametos propios, ella existe pero no parece irrazonable, si se admite la incompatibilidad con el art. 31 de la Costitución de una disociación de la maternidad determinada por el conflicto potencial, irreductible en términos constitucionales adecuados, entre dos maternidades ambas biológicas y afectivas. Nada de análogo se verifica cuando el hombre, habiendo utilizado sus propios espermazoides, sea el único padre a todos los efectos, razón por la cual no se comprende porque debería ser sancionado por la asignación del hijo que es indudable y solamente "suyo". él, por otro lado, podría concurrir igualmente en el delito de la *partner* femenina que eventualmente haya dado lugar a la "disociación de la maternidad" penalmente relevante (en todo caso, no es descontado que los comitentes puedan responder por el delito de maternidad subrogada: v. *supra*, en el texto).

factorios —si bien, de alguna manera, el ordenamiento tenga que tomar *ex post* alguna decisión acerca de la maternidad, pues no se puede tolerar un *non liquet* en materia de *status* de familia—[48] lo atestiguan, además de las diatribas doctrinales y de las incertidumbres jurisprudenciales respecto de la adquisición de la maternidad en estas particulares hipótesis de gestación por otros,[49] el

[48] Respondemos, de esta manera, a la aguda crítica que a nuestro enfoque ha hecho recientemente V. Tigano, *op. cit.*, p. 371 s., el cual destaca como en realidad el ordenamiento haga una clara elección (que, por lo tanto, sería una *elección posible*) acerca de la atribución de maternidad a la madre gestacional (*ex* art. 269, párrafo 3, del Código Civil y art. 9, numeral 2, de la Ley 40; v. con anterioridad A. Spena, *Reati contro la famiglia*, Milano, 2012, p. 179). En verdad, la circunstancia que el ordenamiento deba tomar una decisión al respecto, *ex post*, es decir una vez que el niño haya nacido y en consecuencia se imponga la atribución a alguien de la responsabilidad parental, no excluye que, *ex ante*, para el mismo ordenamiento sea preferible no tener que llegar a realizar similares elecciones, en atención a que ellas nunca resultan del todo adecuadas constitucionalmente. A esta exigencia responde la ley penal, que no por casualidad, en las formas de un "ilícito de concepción", mira a prevenir (*ex ante*) el nacimiento del hijo y el correspondiente dilema. Tampoco se podría objetar que, si fuera verdadera nuestra lectura, entonces aquellas normas que atribuyen la maternidad "legal" a quien ha dado a luz deberían considerarse inconstitucionales por contrastar los arts. 30 y 31 de la Constitución italiana, hipótesis que, sin embargo, nadie plantea. En realidad, dicha inconstitucionalidad no subsistiría porque –merece reafirmarlo–, una vez que el hijo ha nacido, una elección del ordenamiento sobre su *status* familiar, si bien no plenamente satisfactoria respecto de los valores fundamentales en juego, se impone de todos modos constitucionalmente en nombre de la protección del interés del hijo. Por otra parte, la elección alternativa no sería menos problemática respecto de la salvaguardia del derecho constitucional a la maternidad.

[49] En la doctrina civilista el problema de la atribución *ex post* de la maternidad, cuando la gestante ejerza el derecho a ser indicada como madre y revoque el consenso a la subrogación, se admite en todo caso, pero asume ribetes particularmente dramáticos cuando el hijo haya sido concebido con gametos de la madre comitente. Para una bibliografía civilista actualizada sobre este particular, v. recientemente A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata*, cit., p. 187 s. En precedencia v. I. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1490 ss. En efecto, si bien prevalezca la opción que premia a la madre uterina, no faltan en estos casos argumentos a favor de la maternidad genética: v. P.Zatti, *op. cit.*, p. 213 ss.

famoso caso del "Hospital Pertini" de Roma relacionado con el cambio por error de embriones petenecientes a dos diferentes parejas estériles, del que uno solo lograba implantarse y luego desarrollarse en un niño (una suerta de "subrogación recíproca culposa"). El Tribunal de Roma terminó por atribuir a la gestante y a su marido el *status* parental, pero reconociendo la contextual, *risarcible lesión del derecho, constitucionalmente relevante, a la genitorialidad del hombre y de la mujer* con cuyos gametos el embrión se había formado.[50] Con relación a esta misma *fattispecie*, el Comité Nacional de Bioética proponía un documento de tenor problemático, sin lograr ofrecer soluciones definitivas y sin lograr extraer del ordenamiento, indicaciones claras para atribuir preferencia a una de las posiciones en juego.[51]

En definitiva, la prohibición en la que tanto confían la Corte Constitucional y las Salas Reunidas, tal vez ni siquiera concierne a las *fattispecie* de las que los casos jurisprudenciales parten en los que no se observa aquel tipo de disociación de maternidad que consideramos tomada en cuenta por el art. 12, numeral 6, de la Ley 40/2004 (ni mucho menos una hipótesis de elusión de las disposiciones en materia de adopción, o la realización de conductas calificadas como reducción a la esclavitud). Por otro lado, en su finalidad, ello no mira a afirmar la

[50] Tribunal de Roma, 8 de agosto de 2014, en *Famiglia e diritto*, 2014, p. 929, con nota de M.N. Bugetti, cit. Además véase, con un tono más crítico, S. Cacace, *Le diverse facce della genitorialità e un unico interesse, quello del minore. Così vicini ad un cortocircuito giuridico*, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2016, p. 915 ss., en donde también se trata de las sentencias sucesivas: Tribunal Roma, ordenanza 22 de abril de 2015; Tribunal Roma, ordenanza 2 de octubre de 2015; Tribunal Roma, 10 de mayo de 2016. Sobre la cuestión se pronunció también la Corte Europea de los Derechos Humanos, 10 de octubre de 2014, n. 41146, X y Y en contra de Italia, declarando el recurso inadmisibile por no haber utilizado todos los remedios nacionales.

[51] *Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni*, 11 de julio de 2014.

veritas en la relación madre-hijo, sino que por si acaso trata de evitar el surgimiento de situaciones en las cuales, esa *veritas*, desvanece.

Bibliografía esencial

Calderai, Valentina, *Breaking out of the Regulatory Delusion. The Ban to Surrogacy and the Foundations of European Constitutionalism*, en *Global Jourist*, 2020.

——, *Modi di costituzione del rapporto di filiazione e ordine pubblico internazionale*, en *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2017, 986.

Corti, Ines, *La maternità per sostituzione*, en *Il governo del corpo*, a cura di Stefano Canestrari e altri, volume del *Trattato di biodiritto*, diretto da Stefano Rodotà e Paolo Zatti, tomo II, Milano, Giuffré, 2011, 1479.

Dolcini, Emilio, *Surrogazione di maternità all'estero: alterazione di stato ex art. 567 comma 2 c.p.? Riflessioni a margine di un volume di Flamigni e Mori*, en *Notizie di Politeia*, 2014, 79.

Dova, Massimiliano, *Maternità surrogata e diritto penale*, en *Rivista Italiana di Medicina Legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 1124.

Faraoni, Alicia B., *La maternità surrogata. La natura del fenomeno, gli aspetti giuridici, le prospettive di disciplina*, Milano, Giuffrè, 2002.

Ferrando, Gilda, *Gestazione per altri, impugnativa del riconoscimento e interesse del minore*, en *Il Corriere giuridico*, 2018, 449.

Grasso, Alfio Guido, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, 151.

Losappio, Giuseppe, *Procreazione assistita (commento alla l. 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita)*, en *Commentario breve alle*

leggi penali complementari, a cura di Francesco Palazzo e Carlo Enrico Paliero, 2a ed., Padova, Cedam, 2007, 2051.

Pulitanò, Domenico, *Surrogazione di maternità all'estero. Problemi penalistici*, en *Cassazione penale*, 2017, 1364.

Rizzuti, Marco, *La maternità surrogata: tra gestazione altruistica e compravendita internazionale di minori*, en *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2015, 89.

Rosani, Domenico, *"The Best Interests of the Parents". La maternità surrogata in Europa tra interessi del bambino, Corti supreme e silenzio dei legislatori*, en *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 1/2017, 109.

Spena, Alessandro, *Una storia semplice? Surrogazioni, alterazioni, falsificazioni*, en *Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario*, 2015, 1546 ss.

Tigano, Vincenzo, *I limiti dell'intervento penale nel settore dei diritti riproduttivi*, Torino, Giappichelli, 201.

Trinchera, Tommaso, *Profili di responsabilità penale in caso di surrogazione di maternità all'estero: tra alterazione di stato e false dichiarazioni al pubblico ufficiale su qualità personali*, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, 418.

Vallini, Antonio, *Illecito concepimento e valore del concepito. Statuto punitivo della procreazione, principî, prassi*, Torino, Giappichelli, 2012.

——, *La schiava di Abramo, il giudizio di Salomone e una clinica di Kiev: contorni sociali, penali e geografici della gestazione per altri*, en *Diritto penale e processo*, 2017, 899.

Winkler, Matteo, *Le Sezioni Unite sullo statuto giuridico dei bambini nati all'estero da gestazione per altri: punto di arrivo o punto di partenza?*, en *Il Corriere giuridico*, 2019, 1225.

Zatti, Paolo, *Maternità e surrogazione*, en Id., *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, Milano, 2009, 205.

ASPECTOS PENALES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Raúl Omar García Molina
Escuela Libre de Derecho

Resumen: El trabajo aborda la problemática de la maternidad subrogada en México, desde una perspectiva penal relacionada con los derechos humanos. Para ello se realiza un análisis de cómo se aplican estos derechos en el país, para señalar que al día de hoy, no existe una regulación expresa de esta figura, salvo mínimas excepciones. Mucho menos la legislación contempla de forma específica tipos penales que hagan referencia a la misma. Lo anterior no ha sido impedimento para que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se haya pronunciado con relación a algunos casos que tienen como punto de partida tal técnica de reproducción asistida, dotando de contenido y alcance a los diversos derechos humanos en juego y que son abordados en la investigación. A pesar de la falta de regulación referida, ello no ha sido obstáculo para que determinadas conductas relacionadas con la gestación subrogada se pretendan sancionar mediante la aplicación de diversos tipos penales que son objeto de análisis y que esta práctica resulta indebida. Por último se desarrollan las conclusiones relacionadas con la posibilidad en el futuro de una efectiva sanción penal tanto de la maternidad subrogada como de las conductas que circundan a la misma.

Riassunto: Il lavoro affronta la problematica della maternità surrogata in Messico in una prospettiva penale relazionata con i diritti umani. Si realizza perciò un'analisi di come si

applicano tali diritti nel Paese, per segnalare che al giorno d'oggi non esiste una regolazione espressa di questa figura, salvo minime eccezioni. Ancor meno la legislazione contempla in modo specifico tipi penali che facciano riferimento alla stessa. Quanto detto non ha impedito alla Corte Suprema di Giustizia della Nazione di pronunciarsi su alcuni casi, che hanno come punto di partenza questa tecnica di riproduzione assistita, dotando di contenuto e portata i diversi diritti umani in gioco, che sono affrontati nella ricerca. La mancanza di una regolazione specifica non è stata d'ostacolo a che determinate condotte relazionate con la gestazione surrogata si vogliano sanzionare mediante l'applicazione di diversi tipi penali, che sono anch'essi oggetto di analisi, mediante una prassi che risulta indebita. Da ultimo, si sviluppano le conclusioni con riguardo alla possibilità in futuro di un'effettiva sanzione penale sia della maternità surrogata sia delle condotte che circondano la stessa.

Abstract: The work addresses the problem of surrogacy in Mexico, from a criminal perspective related to human rights. For this, an analysis of how these rights are applied in the country is carried out, to point out that as of today, there is no express regulation of this figure, with minimal exceptions. Moreover, the legislation does not set what a conducts can be considered as criminal actions regarding this subject. The foregoing has not been an impediment for the Supreme Court of Justice of the Nation to rule in relation to some cases that have such assisted reproduction technique as their starting point, providing content and scope to the various human rights at stake and that are addressed in the investigation. Despite the lack of regulation referred to, this has not been an obstacle for certain behaviors related to surrogacy to be punished through the application of various types of criminal offenses that are the subject of analysis and that this practice is improper. Finally, the conclusions related to the possibility in the future of an effective criminal sanction of both surrogate motherhood and the behaviors that surround it are developed.

Palabras clave: Reproducción asistida, maternidad subrogada, derechos humanos, tipicidad, sanción penal.

Parole chiave: Riproduzione assistita, maternità surrogata, diritti umani, tipicità, sanzione penale.

Key words: Assisted reproduction, surrogate motherhood, human rights, typicty, criminal sanction.

I. Planteamiento

En México al día de hoy no existe un tipo penal que sancione la gestación subrogada en virtud de que las técnicas de reproducción asistida y específicamente la de gestación subrogada no se encuentran debidamente reguladas.

México es un Estado Federal, motivo por el cual cada una de sus treinta y dos Entidades Federativas cuenta con facultades para establecer su propia normativa, incluyendo la relativa a la tipificación de los delitos. De las treinta y dos entidades solo dos de ellas se han dado a la tarea de regular la gestación subrogada de forma específica en un contexto netamente civil, dichas entidades son Tabasco y Sinaloa, por su parte, dos diversas entidades, las de San Luis Potosí y Querétaro han prohibido en sus códigos civiles la maternidad sustituta, asistida o subrogada y la segunda de ellas también ha prohibido cualquier acuerdo de gestación subrogada.

A su vez, la regulación de las técnicas de reproducción asistida, debe encuadrarse en las competencias en materia de salud que pertenecen a la autoridad federal, no obstante la federación no ha regulado la materia; sin embargo al día de la fecha se encuentra en proceso una iniciativa de reforma a la Ley General de Salud[1] que busca regular las técnicas de reproducción asistida pues-

[1] Iniciativa de la senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida, presentada en fecha 20 de noviembre de 2008 al Senado de la Repú-

to que hoy únicamente se regulan los servicios de ginecoobstetricia así como el manejo de células y tejidos.

Dicha reforma establece tipos penales que sancionan conductas con penas que van de los seis a los diecisiete años de prisión y elevadas multas.

Por otro lado la Suprema Corte de Justicia de la Nación así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han visto en la necesidad de resolver casos relacionados con técnicas de reproducción asistida, específicamente de gestación subrogada mediante la aplicación directa de normas constitucionales y convencionales que protegen diversos derechos humanos como lo son el derecho a la familia, a la esfera de la vida privada y familiar de las personas infértiles, al ejercicio de la autonomía de la voluntad, a la procreación, a la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar de los avances del progreso científico y tecnológico, así como al principio de no discriminación (por razones de género, discapacidad y/o condición económica) a la igualdad y que evidentemente juegan un papel definitorio en la interpretación, aplicación y defensa de tipos penales que pudieran llegar a actualizarse como resultado de prácticas relacionadas con la gestación subrogada.

Ahora bien, la falta de regulación del tema tanto estatal como federal ha abonado a que determinadas conductas relacionadas con la gestación subrogada se pretendan sancionar mediante la aplicación de diversos tipos penales como son las conductas de tráfico de menores, trata de personas, abandono de menores, retención o sustracción de menores, delitos en materia de alimentos, delitos patrimoniales como fraude o administración fraudulenta, revelación de secretos, usurpación de identidad, lesiones, violencia familiar, aborto o responsabilidad penal de médicos, entre otros.

blica. *https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2018-11-20-1/assets/documentos/Inic_MORENA_Salud_Rep_HA_201118.pdf*

II. Antecedentes y contexto en México

En México la gestación subrogada ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa. En 1997, el estado de Tabasco introdujo una regulación sobre gestación subrogada en su Código Civil, que simplemente contemplaba el registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos.[2] Es decir, la legislación permitía que

[2] Artículo 92. Deber de reconocer al hijo

Tanto la madre como el padre, que no estuvieren casados entre sí, tienen el deber de reconocer a su hijo; pero si no cumplen con este deber voluntariamente, no se asentará en el acta de nacimiento el nombre de los mismos y simplemente, se anotará la hora, día, mes año y lugar del nacimiento, así como el nombre propio y apellidos que se pongan a la persona cuyo nacimiento sea registrado. Si el padre o la madre o ambos piden por sí o por apoderado que en el acta de nacimiento se asiente su nombre, se hará constar éste y se mencionará en su caso la petición que en este sentido hagan el padre, la madre, o ambos, o el apoderado. Cuando el hijo sea presentado por uno de los progenitores, se asentará únicamente el nombre del que lo presente.

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras "hijo legítimo", "hijo natural", "hijo ilegítimo", "hijo de padres desconocidos", "hijo de padre desconocido", "hijo de madre desconocida", o "habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial", que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

existieran los contratos, pero no ofrecía protecciones a las partes y favorecía la aparición de ciertos abusos y problemas. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación que dio lugar a una positiva regulación que, sin embargo, también conllevó diversas violaciones a derechos humanos. En Sinaloa la figura se introdujo en 2013 a través de su Código Familiar,[3] con restricciones para acceder a los acuerdos que en gran medida han impedido que el estado se convierta en un destino de gestación subrogada con la visibilidad política, jurídica y mediática de Tabasco. En contraste,

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare.

[3] Artículo 283. La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Pueden ser madres subrogadas gestantes, sólo las mujeres entre veinticinco y treinta y cinco años de edad que tienen, al menos, un hijo consanguíneo sano, una buena salud psicosomática y que han dado su consentimiento voluntario para prestar su vientre.

Artículo 284. La maternidad de sustitución, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogación total, implica que la mujer gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos, y que después de la gestación y el parto, entregue el hijo a la pareja o persona contratante;

II. Subrogación parcial, es la que se da, cuando la gestadora es contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión fecundado in vitro que le ha sido trasplantado, pero que proviene de la unión de espermatozoide y óvulo de la pareja o persona contratante;

III. Subrogación onerosa, es la que se da cuando una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación; y,

IV. Subrogación altruista, es la que se da cuando una mujer acepta gestar por cuenta de otra de manera gratuita

San Luis Potosí[4] y Querétaro[5] han prohibido en sus códigos familiar y civil, respectivamente, la maternidad sustituta, asistida o subrogada y la segunda de ellas también ha prohibido cualquier acuerdo de gestación subrogada.

Al día de la fecha no se encuentran contemplados normativamente tipos penales específicos que se relacionen con la gestación subrogada, no existe algún ordenamiento que se pronuncie de forma específica respecto del asunto. Si bien existen algunas normativas, como por ejemplo el Código Penal para la Ciudad de México que regula en su título segundo los delitos contra la libertad reproductiva, específicamente en su capítulo primero referido a la procreación asistida, la inseminación artificial y la esterilización forzada, tales tipos no regulan la conducta como tal sino el forzamiento o la ausencia de consentimiento respecto de la misma, lo que implica que no se pronuncian sobre el tema de fondo pues el mismo no es abordado.

De igual forma, es prudente referir que no existen precedentes jurisdiccionales en materia penal que hayan resuelto un hecho delictivo que se asemeje al tema en cuestión.

Actualmente se presentan diversas conductas de personas o instituciones que tienen contacto con la técnica de gestación subrogada que prestan sus servicios de forma discrecional puesto que a la fecha existe poca claridad respecto de lo que las agencias que se dedican a

[4] Artículo 243. Es inexistente la maternidad substituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno.

Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.

[5] Artículo 400. Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico.

prestar este tipo de servicios pueden hacer o dejar de hacer como por ejemplo si se encuentran obligadas a suministrar, como intermediarios, fondos económicos en pro de la salud de la madre o del propio producto de la concepción.

Existen casos en que los padres que proporcionan sus gametos después se desinteresan o se deslindan tanto de la madre como del bebé producto de esta técnica, esto cobra relevancia, sobre todo, en los casos en que tales "padres" son de una nacionalidad diversa a la mexicana o bien se encuentran radicando en el extranjero.

Por otra parte las instituciones de salud de carácter privado usualmente atienden a las instrucciones de quienes pagan, es decir, los padres contratantes o las agencias de intermediación, en demérito de aquellas madres gestantes y sus productos que son quienes deberían tener la última decisión respecto de su salud.

Por otra parte, el derecho a la información por parte de las madres gestantes, al día de hoy, no se respeta ni garantiza en la celebración de los contratos relativos pues la explicación del contrato suele realizarla un asesor jurídico de la propia agencia o clínica que es a su vez un asesor legal de los padres intencionales. Adicionalmente, estas agencias suelen obstaculizar la comunicación entre mujeres gestantes y padres intencionales, impidiendo que se conozcan entre sí y descubran alguna irregularidad, particularmente con relación a los pagos.

Las mujeres gestantes se enfrentan a una atención médica deficiente y violaciones a su derecho a la vida privada lo que puede incidir en una clara violencia de género puesto que se enfrentan a contratos que les impiden la toma de decisiones íntimas sobre su propio cuerpo y su salud, incluyendo cuestiones que pueden observarse como riesgo respecto de su propia vida pasando de lado el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, protegido por el artículo 4 constitucional y los tratados internacionales de los que México es parte.

Por ello, en el futuro, el establecer responsabilidades claras en que puedan incurrir los personajes que se involucran en la gestación subrogada permitirá dar un importante paso en pro no solo de las madres gestantes y el producto de la concepción, sino de todos los participantes pues podrán activarse vías de responsabilidad penal claras y precisas.

III. Los Derechos Humanos "*in genere*" como condicionante de sanción penal y su forma de operación en México

Los Derechos Humanos han jugado un papel fundamental en la evolución Constitucional de México, destacándose la reforma constitucional del año dos mil diez, particularmente respecto de los alcances del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este cambio trascendental ha exigido a todos los operadores jurídicos y en especial a nuestra Suprema Corte un minucioso análisis del texto constitucional para determinar sus alcances y reinterpretar aquellas figuras e instituciones que resulten incompatibles o que puedan obstaculizar la aplicación y el desarrollo del "nuevo" modelo y frente al cual no escapa el tema que nos atañe, es decir, la tipificación de conductas relacionadas con la gestación subrogada.

A partir de tal reforma se han sentado importantes criterios jurisdiccionales en el ámbito nacional que han establecido la manera en que dicha reforma ha de aplicar.

Primeramente se reconoce un catálogo de derechos humanos conformado tanto por derechos de corte constitucional como aquellos que son incorporados, reconocidos o integrados en tratados internacionales de los

cuales México es parte, por ende conforman un solo catálogo que escapa a la regulación de la jerarquía de las fuentes prevista en la propia constitución.

Adicionalmente México se vio en la necesidad de replantearse el concepto de supremacía constitucional dando origen a un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional, que conllevó que las figuras incorporadas en dos mil diez a la Constitución se estudiaran con un enfoque de derechos humanos y con interpretaciones propias del nuevo paradigma constitucional, buscando así el efecto útil de la reforma, con el afán de optimizar y potencializar las reformas constitucionales sin perder de vista su objetivo principal: la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas.

A partir de ello, las normas jurídicas que integran el parámetro de control son los derechos humanos reconocidos en la constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Esto sirve para dar coherencia y unidad al ordenamiento jurídico en casos de antinomias o lagunas normativas.

El reconocimiento de estos derechos encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas. Por lo tanto, desde la Constitución se reconocen derechos humanos cuya finalidad última consiste en posibilitar que todas las personas desarrollen su propio plan de vida, lo que tendrá gran trascendencia con relación al ejercicio del libre desarrollo de la personalidad de aquellos que forman parte del "contrato" en que se pacta la gestación subrogada.

Tales derechos humanos cuentan tanto con garantías internas como externas, dependiendo del origen de los mecanismos que se encuentren a disposición de las personas para exigir la tutela de sus derechos.

Adicionalmente se cuenta con dos herramientas interpretativas de las normas de derecho humanos. La primera establece que todas las normas de derechos humanos deberán *interpretarse de conformidad con la Constitución* y con los tratados internacionales de derechos humanos, lo que obliga a los operadores jurídicos que enfrenten la necesidad de interpretar una norma de derechos humanos —incluyendo las previstas en la propia Constitución— a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que reconoce el texto constitucional.

La segunda herramienta interpretativa es el principio pro persona, el cual obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia, busca resolver casos de duda frente a la eventual multiplicidad de normas e interpretaciones disponibles, que resulten aplicables respecto de un mismo derecho.

Adicionalmente se contemplaron los principios objetivos de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones genéricas de las autoridades estatales para la tutela de los derechos humanos: respeto, protección, promoción y garantía; y las obligaciones específicas que forman parte de la obligación genérica de garantía: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

Por otro lado, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.

Dichos criterios contemplan, a grandes rasgos, la obligación de todas las autoridades, dentro del ámbito de sus competencias, de velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución sino también en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio pro persona.

Por su parte, en el caso de la función jurisdiccional, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados In-

ternacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior, como lo pudieran ser los Códigos Penales. Si bien los jueces ordinarios no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

a) Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

b) Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

c) Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso en los casos en que el Estado mexicano no haya sido parte.

Esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

De este modo, este tipo de interpretación por parte de los jueces presupone realizar tres pasos:

- Interpretación conforme en sentido amplio. Los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- Interpretación conforme en sentido estricto. Cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Actualmente existen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados. En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control; en segundo término, el control difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

IV. Derechos Humanos concretos relacionados con la gestación subrogada y el entendimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En México, como se señaló anteriormente, se ha reconocido que no existe un ordenamiento específico que regule tipos penales concretos que sancionen la gestación subrogada y mucho menos a nivel federal. Sin em-

bargo el aspecto civil ha sido abordado en sede constitucional a partir de la solicitud de un matrimonio del mismo sexo que se enfrentó a la negativa de registro a su favor de un menor que fue producto de la técnica de reproducción asistida consistente en la fecundación, *in vitro*, de un óvulo donado por una tercera persona con la posterior implantación del cigoto en la madre gestante. En el caso particular si había información genética de uno de los padres contratantes, sin embargo se les exigía llevar a cabo un procedimiento de adopción.

Lo relevante del caso es que se abordaron diversos derechos fundamentales que claramente tienen incidencia en la materia penal y que a continuación se desarrollarán.

La Suprema Corte, a través de su Primera Sala, sostuvo en el amparo en revisión 553/2018, que el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el mandato de que la ley proteja la organización y desarrollo de la familia. Asimismo, prevé el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Hay que destacar que conforme a la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el concepto de familia cuya protección ordena la Constitución no se identifica ni limita a un solo tipo de familia, sino que en el contexto de un Estado Democrático de Derecho en que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, debe entenderse que la norma constitucional se refiere a la familia como realidad social, por lo que tutela todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente.

Por lo que hace al derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, se sostuvo que corresponde al ámbito de la libertad y la vida privada de las personas, respecto del cual no debe haber injerencias

arbitrarias por parte del Estado, en el cual queda comprendido el derecho a decidir procrear un hijo.

La Corte mexicana a su vez citó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos pues ésta ha interpretado el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, referente al derecho a la vida privada y a la familia, en el sentido de que constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones; y que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico, es decir, sus derechos reproductivos. Viene a bien destacar que la Corte Interamericana sostiene que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho a acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

Se asume que la protección a la vida privada incluye el respeto a las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de la pareja de convertirse en padres genéticos, haciéndose una vinculación con el artículo 14.1.b del Protocolo de San Salvador, en que se reconoce el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, en el entendido de que la Corte Interamericana ha señalado que la salud reproductiva implica los derechos del hombre y la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables, reconociéndose así el derecho al acceso a Técnicas de Reproducción Asistida para lograr el nacimiento de un hijo, en referencia a parejas con problemas de infertilidad.[6]

[6] Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.

Nuestra Corte igualmente ha abordado el punto de cómo opera la filiación cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, y en específico el caso de la gestación subrogada.

Por lo que hace a las Técnicas de Reproducción Asistida la Primera Sala de la Corte estableció originalmente que las mismas consisten en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de infertilidad y que la reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento del hijo y que tales técnicas se constituyen como un grupo de diferentes tratamientos médicos utilizados para ayudar a personas y parejas a lograr un embarazo, las cuales incluyen la manipulación tanto de espermatozoides como de ovocitos, o embriones para el establecimiento de un embarazo.

Se ha reconocido la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos y la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado.

Lo verdaderamente importante en el caso en el que resolvió esto la Corte es que se dijo que la permisión para someterse a esos tratamientos tiene siempre como punto de partida el elemento relativo a la voluntad que deben otorgar las personas que deseen someterse a las técnicas de reproducción asistida; asimismo, se determinó que cuando dentro del matrimonio se consiente una técnica de reproducción asistida, uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños nacidos a través de dichas técnicas será la voluntad de los padres; a la que se dio la categoría de voluntad procreacional, definida como el deseo de asumir a un hijo como

propio aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación.

Esta voluntad procreacional resultará de suma importancia por lo que hace a la posibilidad de cometer un ilícito penal relacionado con la gestación subrogada.

Se estableció que dicha voluntad se encuentra tutelada por el artículo 4º de la Constitución, y constituye el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo o concubino de la madre; lo que impedirá que éste posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad en contravención a la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Es en este punto en el que convergen la voluntad procreacional con el asunto de la filiación.

Ahora bien, específicamente con relación a los procesos de inseminación artificial, se ha establecido que al no haber una regulación específica sobre la forma de expresar el consentimiento para iniciar un proceso de tal naturaleza, se puede aplicar la regla general consistente en que la voluntad puede otorgarse de manera expresa o tácita.

Posteriormente la Corte en diverso precedente abordó específicamente la técnica de maternidad subrogada, también conocida como gestación subrogada, maternidad por sustitución o útero subrogado, y señaló que la misma consiste en que a una mujer se le implante un cigoto o embrión en su útero con el fin de que se geste el nuevo ser hasta su nacimiento, con el compromiso de esa mujer de "abandonar" o entregar al recién nacido con el fin de que la madre, el padre o la pareja que la contrató lo asuman como hijo y en el que pueden haber diversas modalidades, pues la madre gestante puede o no aportar el óvulo, y el espermatozoide puede o no ser dado por algún miembro de la pareja que la contrató.

La Corte incluso abordó los cuestionamientos que se le han impuesto a dicha técnica, sobre todo en bioética, sin embargo se decanta a favor de la defensa de su práctica sobre la base principal del derecho a la procreación y el acceso a las nuevas tecnologías en materia de reproducción humana, así como la defensa del derecho a la libre determinación de las personas y su privacidad; sumado a la idea de solidaridad entre las parejas que requieren acudir a la gestación subrogada para lograr tener un hijo con la mujer que acepta ayudarlos a concretar ese propósito.

La propia Corte reconoce que no existe regulación relacionada con las técnicas de reproducción asistida y por ende de gestación subrogada, no obstante, entiende que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas, ya que por mandato expreso de la Constitución, el goce y ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad tal como se hizo referencia en el apartado anterior.

Como se dijo, un elemento necesario para fijar la filiación respecto del hijo o hija nacido con aplicación de técnicas de reproducción asistida es la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional, con el agregado de que respecto a la técnica de la gestación subrogada también es necesaria la concurrencia de la voluntad de la madre gestante, la cual debe estar libre de vicios, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y

con plena capacidad de ejercicio, que garantice su libre desarrollo de la personalidad.

Es aquí donde entra en juego un derecho trascendente en México y que ha permito resolver algunos de los casos mas paradigmáticos como lo es el uso lúdico de marihuana, este derecho es el libre desarrollo de la personalidad entendido como derecho humano personalísimo, derivado de la dignidad humana, por el cual todo individuo puede elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas y gustos entre otras tantas cosas.

Desde el punto de vista externo, el derecho le da cobertura a una genérica libertad de acción que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad; y desde una perspectiva interna, protege una esfera de privacidad del individuo contra incursiones externas que permitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. También se ha señalado que, como cualquier derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad tiene su límite en los derechos de terceros y el orden público.

Esta doctrina se relaciona con el análisis que Robert Alexy realiza respecto del derecho general de libertad (y no los derechos que derivan de las libertades específicas) contenido en la Constitución Alemana en el cual se pregunta si un derecho de tales características, tan amplio, efectivamente es un derecho funcional y en el que, al igual que en el caso mexicano, se parte de un importante fallo del Tribunal Constitucional Alemán que se pronuncia respecto del libre desarrollo de la personalidad como "libertad de acción humana", ejemplo de la gran amplitud del derecho general a la libertad pues entiende al derecho general como libertad de hacer (y omi-

tir) y libertad de ser (situaciones y posiciones, ser fáctica y jurídicamente).

Es en atención a tal derecho que debe considerarse que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo a realizar ese propósito, lo hace en ejercicio del mencionado derecho fundamental.

Para seguir analizando la injerencia de ciertos derechos en el tema de gestación subrogada la Corte Mexicana se ha cuestionado si la demostración de un vínculo biológico es un requisito indispensable para que se establezca la paternidad respecto de un hijo y expresa que varios artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen el derecho de los niños, derivado de su derecho a la identidad, de conocer su identidad biológica puesto que precisamente existe el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. A su vez, el artículo 4º de la Constitución mexicana establece el derecho a la identidad de toda persona y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento.

En México se ha interpretado que el derecho a la identidad está compuesto a su vez por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación. Se ha sostenido que la imagen de una persona está determinada en buena medida por el conocimiento de sus orígenes, su filiación, así como la identificación que tiene en la sociedad a través de un nombre y una nacionalidad. El derecho a la identidad parte del supuesto de que el menor conozca su origen biológico y mantenga las relaciones con sus padres biológicos lo que contribuye a un mejor desarrollo integral de éste y, en última instancia, a promover su interés superior.

La Primera Sala de la Corte estableció que uno de los principios de la filiación reconocidos es el principio de

verdad biológica. Conforme a este principio, la filiación jurídica ha de coincidir con la biológica. A pesar de ello, el principio de verdad biológica no es el único principio en materia de filiación pues se han reconocido también los principios de no discriminación entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, la incompatibilidad entre filiaciones contrapuestas y la protección del interés del hijo que es lo que en México juega un papel determinante en esta y en otras tantas materias pues es este interés el que da prevalencia e importancia a los menores y la forma de solucionar multitud de conflictos relacionados con ello.

Sin embargo respecto a este derecho debe cuestionarse como entenderse y aplicarse cuando estamos en una etapa previa al nacimiento.

De acuerdo con estos principios, la coincidencia entre filiación biológica y filiación legal no siempre es posible, ya sea por los supuestos de hecho o porque en el caso deben prevalecer otros intereses que son jurídicamente más relevantes. Se estableció que en el primer grupo de supuestos se encuentran la filiación adoptiva y las procreaciones asistidas por donación de gametos; y que el segundo está conformado por normas que se ocupan de la determinación extrajudicial de la filiación o que privilegian un estado de familia consolidado en el tiempo. Se afirma que hay múltiples razones por las que establecer una filiación legal distinta a la biológica podría ser lo más benéfico para el interés del menor. Entre ellas, son particularmente importantes el hecho de que la identidad del menor puede satisfacerse mejor si se reconocen y protegen identidades filiatorias consolidadas que no corresponden a la biológica, así como que la filiación es un presupuesto importante de obligaciones de los padres de carácter prestacional que son indispensables para un adecuado desarrollo del niño.

Como ejemplo existe un antecedente en México en el que se sostuvo que "el derecho a la identidad del menor no se satisface exclusivamente con el reconocimiento de un vínculo biológico, sino que en ocasiones puede garantizarse de mejor manera a través del reconocimiento a su realidad social, pues es el contexto en el que creció el menor lo que determina quién es y cómo se percibe frente a los demás" y se definieron elementos a analizar para establecer si debe prevalecer el vínculo biológico o la realidad social del menor en casos en los que el progenitor biológico se separa de su hijo.

En relación con el segundo punto, la Corte ha señalado que la importancia del derecho a la identidad no sólo consiste en la posibilidad de que el menor tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho del menor a tener una nacionalidad y el derecho del menor a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Si bien es cierto que se asume que lo ideal es que los que cumplan con estas obligaciones prestacionales a favor del menor sean los padres biológicos, insistir en que esto sea así en todos los casos puede poner en peligro el desarrollo adecuado del menor que requiere del cumplimiento inmediato y constante de sus necesidades de alimentación, salud, educación y afecto desde su nacimiento. Es por ello, entre otras razones, que el interés superior del menor, y las propias normas extrajudiciales de establecimiento de paternidad y maternidad permiten en ciertos supuestos que personas asuman la paternidad de menores y, con ello, todas las obligaciones derivadas de la paternidad sin que exista tal vínculo.

Al establecer la filiación de los menores y resolver conflictos al respecto existen varias finalidades a cumplir para satisfacer el interés superior del menor que po-

drían entrar en conflicto: permitir al menor conocer su origen biológico, mantener las relaciones del menor con la familia biológica, proteger la estabilidad de las relaciones familiares, proteger identidades filiatorias consolidadas y garantizar el cumplimiento de obligaciones derivadas de la filiación que son necesarias para un adecuado desarrollo, entre otras.

En respeto del principio de verdad biológica, las normas de las entidades federativas suelen definir la filiación en términos de consanguinidad o vínculo genético. Para el establecimiento de la paternidad y la maternidad, el punto de partida y regla general es que la maternidad se determina por el solo hecho del parto. Esta regla pretende reconocer el vínculo biológico entre el niño y la madre, sin embargo se basa en el hecho imperante antes del surgimiento de las técnicas de reproducción asistida, de que la mujer gestante de un bebé necesariamente aportaba su óvulo para la procreación, lo que permitía suponer que la mujer que lo parió tenía un vínculo genético con el niño. Esta suposición era la mejor prueba del vínculo biológico cuando no se contaba con los conocimientos ni tecnologías necesarias para realizar pruebas en materia genética.

Respecto de la paternidad, antes de la existencia de pruebas en materia genética no era posible tener certeza respecto del vínculo biológico. Para resolver ese problema se desarrollaron, principalmente, tres instituciones jurídicas: la presunción de paternidad, el reconocimiento de hijo y la posesión del estado de hijo. La filiación derivada de todas ellas se encuentra relacionada con el principio de verdad biológica. Esto es así ya que, al menos tradicionalmente, que una persona fuera cónyuge de la madre de un hijo, lo reconociera como tal o se comportara como padre se considera un indicio de que el vínculo biológico realmente existe. Sin embargo, y esto es lo fundamental, en realidad ninguna de las menciona-

das instituciones garantiza la existencia de un vínculo biológico a pesar de que ahora, con las pruebas en materia genética, éste puede establecerse prácticamente con certeza.

Además la jurisprudencia de la Primera Sala ha permitido que la filiación establecida en razón de tales instituciones prevalezca a pesar de la inexistencia del vínculo, con tal de garantizar el resto de principios y finalidades relacionados con la filiación.

En relación a la maternidad derivada del parto o nacimiento, el desarrollo de técnicas de reproducción asistida como la fertilización in vitro hacen que ya no pueda establecerse con certeza que la mujer que parió a un niño tenga un vínculo genético con éste.

Respecto del reconocimiento y la presunción de paternidad, la Corte, mediante su Primera Sala interpretó las formas de filiación al analizar la acción de desconocimiento de paternidad. Para proteger a los menores nacidos dentro de matrimonios o concubinatos, los códigos civiles suelen establecer que una vez establecida la filiación materna se presume, salvo prueba en contrario, la paterna. Puede ser que el padre presunto no sea en realidad el padre biológico, por lo que se le concede la acción de desconocimiento para desvirtuar la presunción dentro de cierto plazo. Por otro lado, ante la imposibilidad de prever la presunción respecto de los hijos nacidos fuera del matrimonio o concubinato, se estableció el reconocimiento de hijo por parte del padre, la madre, o ambos. El reconocimiento es un acto unilateral, personalísimo y formal, en ocasiones solemne, por el que se asumen voluntariamente las obligaciones derivadas de la paternidad, aun cuando no existan vínculos biológicos reales involucrados.

Como puede advertirse, ambos supuestos permiten el establecimiento de la filiación legal sin que se haya comprobado el vínculo biológico correspondiente, aun-

que actualmente esto podría hacerse mediante otros medios. A pesar de ello, por el solo hecho del nacimiento se establece la filiación legal para tutelar la estabilidad familiar y que se garanticen los derechos del menor. Ahora bien, para garantizar el principio de verdad biológica se permite al presunto padre ejercitar una acción para desvirtuar la presunción, pero no tiene la obligación de hacerlo en caso de que no sea el padre biológico. También para tutelar ese principio se permite a ciertos sujetos impugnar la paternidad correspondiente. Es común que se establezcan plazos de caducidad para ejercitar estas acciones, por lo que, una vez superados, las normas privilegian la estabilidad familiar y una identidad filiatoria consolidada sobre la verdad biológica. Asimismo, tal y como se explicó anteriormente, que se pruebe en estos procedimientos la inexistencia del vínculo biológico no necesariamente tiene como consecuencia la modificación de la filiación jurídica del menor, ya que esto dependerá de lo que exija el interés superior del menor en el caso concreto.

En el reconocimiento de hijos lo anterior es todavía más claro. Con el reconocimiento, una mujer o un hombre asumen las obligaciones derivadas de la paternidad. Al permitir la asunción de las obligaciones derivadas de la paternidad se promueve que se cumplan las obligaciones y prestaciones que el menor requiere para su adecuado desarrollo. Para proteger al menor, el reconocimiento suele ser irrevocable, incluso cuando no existe el vínculo biológico con el menor. Si bien es cierto que en varios casos se ha reconocido que el reconocimiento puede anularse por error, engaño o incapacidad, lo cierto es que demostrar la inexistencia de un vínculo biológico con el menor es insuficiente para acreditar la existencia de un error en la celebración del reconocimiento. Lo anterior es así porque, mediante el reconocimiento de hijos se asumen los derechos y obligaciones derivados

de la paternidad independientemente de que exista un vínculo biológico entre el autor del reconocimiento y el reconocido. Por ello, el hecho de que no exista un vínculo biológico no permite establecer que hubo error, ya que el reconocimiento no presupone su existencia. Lo que se tendría que acreditar es el motivo determinante de la voluntad para celebrar el reconocimiento, así como la existencia de un error respecto de ese motivo determinante de la voluntad que no sea imputable al propio autor del reconocimiento. De nuevo, para tutelar la verdad biológica se proporciona a algunos sujetos el derecho a controvertir la paternidad derivada del reconocimiento, pero esto debe hacerse dentro del plazo establecido para ello.

Por último, la Primera Sala reconoció en un diverso asunto que la posesión del estado de hijo no es sólo un indicio de la paternidad, sino que también es un instrumento para reconocer jurídicamente una situación de hecho que no corresponde a la realidad biológica cuando ese reconocimiento es más benéfico para el menor involucrado.

En conclusión, existen distintos mecanismos para garantizar que el menor conozca su origen biológico, pero también se establece reglas que protegen la estabilidad familiar e identidades filiatorias consolidadas, así como permiten que personas que no tienen ese vínculo se hagan cargo del niño y cumplan con aquellos requisitos necesarios para su adecuado desarrollo. Es por ello que se permite el establecimiento de la filiación jurídica incluso ante la falta de vínculo biológico, pero a la vez se establecen acciones para que, en caso de que surja una controversia derivada de la no correspondencia de la filiación biológica con la jurídica, los tribunales puedan conocerla, ponderar los intereses y principios en conflicto, y resolver qué exige el interés superior del menor. Es por lo anterior que determinar que no existe vínculo bio-

lógico entre una persona y un menor no es suficiente para negar el establecimiento de la filiación legal entre ambos. La cuestión de si debe establecerse ese vínculo dependerá más bien de si en el caso concreto es aplicable alguna de las normas extrajudiciales o judiciales de determinación de filiación, así como de lo que exige el interés superior en el caso concreto.

La Corte ha abordado la posibilidad de establecer la filiación con relación a un hijo nacido por técnica de reproducción asistida pues señala que es factible a través de los mecanismos del reconocimiento o de la presunción de paternidad o maternidad pues ambas pueden operar respecto de hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y para ello no es necesaria la existencia de un vínculo biológico con el menor.

Se considera incorrecto interpretar que ante la falta de regulación de la gestación subrogada no sea posible considerar celebrado un contrato de esa naturaleza ni verificar si cumplió requisitos mínimos, o si se respetaron los derechos de la madre y el niño, pues en las controversias donde se ven involucrados menores de edad, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución y el 3, apartado 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la autoridad tiene la ineludible obligación de resolver toda controversia en la que se ven involucrados menores conforme al interés superior de los mismos, lo que conlleva a considerar que las controversias mencionadas se deben considerar extraordinariamente flexibles.

El elemento central a analizar en la reproducción asistida consiste en determinar qué exigencias corresponden al interés superior del menor aunado a la manifestación libre de la voluntad de ayudar a una pareja de padres biológicos de un hijo, sometiéndose para ello a un tratamiento de fertilización asistida resultante del esperma de un padre efectivamente biológico y el óvulo

de una tercera persona que puede coincidir o no con la madre subrogante. Tal manifestación debe involucrar la manifestación de la madre subrogante de la cesión de todos los derechos y responsabilidades derivados de los embriones colocados en su útero y que los embriones generados pertenecerán exclusivamente a la que funge como pareja.

Igualmente ha admitido la renuncia (manifestación voluntaria) a cualquier tipo de reclamo relacionado con algún derecho sobre el menor nacido del proceso de reproducción asistida siempre que se desprenda claramente que se trataba de un procedimiento en el que la madre, mayor de edad, funge precisamente como madre subrogante, teniendo en todo momento consciencia de que la paternidad legal del menor es de los padres contratantes sin tener la pretensión de reclamar algún derecho de filiación o parentesco respecto del niño.

Adicionalmente debe exigirse un consentimiento informado por parte de la madre subrogante, tanto por los médicos de alguna institución que participe en el procedimiento como por los propios padres subrogantes.

La Corte si bien no se ha pronunciado sobre la prohibición de actos lucrativos derivados del contrato correspondiente, sí ha admitido que los interesados cubran los gastos derivados del procedimiento para el desarrollo adecuado del embarazo, así como del seguimiento y consecución (nacimiento) del mismo.

No obstante, adicionalmente puede deducirse que la Corte exige la convicción suficiente de que un menor sí pueda ser considerado producto del procedimiento de gestación subrogada y señala que la prueba idónea del lazo consanguíneo entre dos personas es la prueba genética o de ADN, mas no es la única viable.

En conclusión se ha admitido que atendiendo al interés superior del menor y tutelando su derecho a la identidad bajo las condiciones expresadas en párrafo anterio-

res, debe considerarse que sí puede establecerse la filiación respecto de los padres contratantes. Por lo que hace al padre biológico en virtud del lazo de consanguinidad, en cuanto a la pareja de un padre biológico, la filiación puede considerarse derivada de la voluntad procreacional de concebirlo a través de las técnicas de reproducción asistida, así como de un acto de reconocimiento considerando que el lazo de consanguinidad no es forzoso para llevarlo a cabo.

La voluntad procreacional expresada por la pareja y el consentimiento expresado por la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el padre biológico y su pareja quienes funjan como los padres del niño y en consecuencia asuman todas las obligaciones derivadas de la filiación resulta fundamental.

Ahora, por lo que hace al establecimiento de la filiación del menor respecto de los padres contratantes es lo que exige el interés superior del menor en cada caso concreto pues al lado de ello debe valorarse que un menor requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como derechos alimentarios, sucesorios, así como a recibir cuidados, educación y afecto. Incluso la Corte llega al extremo de sostener que lo más conveniente en este caso es que sea cuidado por las personas que desean hacerse cargo de él.

No obstante lo anterior la Corte concluye que a su vez se encuentra presente el derecho del niño para que, en el momento en el que él lo decida, conozca su origen biológico, como parte de su derecho a la identidad pues a partir de todas las consideraciones referidas se garantiza la vigencia del derecho de un niño a tener una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los padres contratantes a su vida privada y a procrear mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida; y

el derecho de la madre subrogante también a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad.

Son precisamente estos derechos los que determinarán la forma de aplicación de los diversos tipos penales que entran en contacto con la gestación subrogada como es el caso del abandono de menor.

V. Ausencia de tipicidad

Como se ha sostenido, en México no existe un tipo penal que sancione el hecho "simple" de la gestación subrogada por lo que a continuación se analizarán solo conductas relacionadas con este acto y no de la gestación subrogada en sí.

Adicionalmente tales conductas serán valoradas no solo a la luz de su tipificad sino también de su conformidad con el derecho mexicano, específicamente si encuentran respaldo en algún derecho fundamental de los enunciados previamente.

Baste recordar que la Corte ha reconocido que la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas.

Por su parte los derechos al libre desarrollo de la personalidad, la vida privada y a la familia, sobre todo en cuanto a su organización y desarrollo (entendida la familia en sentido amplio), el derechos a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria; el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; el reconocimiento de una voluntad procreacional, definida como el deseo

de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea, serán determinantes en cuanto al análisis que se realice respecto de las conductas de los pares contratantes.

Por su parte el concepto de la voluntad procreacional de la madre gestante, la cual debe estar libre de vicios, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio, que garantice su libre desarrollo de la personalidad así como el de consentimiento informado serán determinantes en cuanto al análisis que se realice respecto de las conductas de la misma.

En conjunto, padres contratantes y madre subrogante se regirán por lo que se ha llamado la solidaridad entre las parejas, misma que se debe presentar entre las parejas que requieren acudir a la maternidad subrogada para lograr tener un hijo y la mujer que acepta ayudarlos a concretar ese propósito.

Por último el interés superior del menor y el derecho a la identidad, que no sólo consiste en la posibilidad de que el menor tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho del menor a tener una nacionalidad y el derecho del menor a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, serán determinantes en cuanto al análisis que se realice respecto de las conductas de la trilogía padres-madres respecto del menor que pretende concebirse.

VI. Tipos penales relacionados con la gestación subrogada

Los tipos penales que se relacionan con la gestación subrogada serán objeto de un breve análisis partiendo

de la normativa a nivel federal en atención a que, si bien cada entidad federativa regula sus propios tipos penales, la norma federal es un punto de referencia general y del que participan diversos tipos penales locales.

Trata de personas:

El tipo penal de trata de personas, contenido en la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos,[7] establece en su artículo 10 que toda acción u omisión dolosa de una o varias personas para captar, enganchar, transportar, transferir, retener, entregar, recibir o alojar a una o varias personas con fines de explotación se le impondrá de 5 a 15 años de prisión y de un mil a veinte mil días multa, sin perjuicio de las sanciones que correspondan para cada uno de los delitos cometidos, previstos y sancionados en esta Ley y en los códigos penales correspondientes.

Hemos expresado que en multitud de ocasiones operan asociaciones o sociedades que se colocan como intermediarios entre las madres subrogantes y los padres contratantes, evidentemente surge la interrogante de si la conducta de captar, enganchar, recibir o alojar a las madres subrogantes por parte de tales terceros puede actualizar el tipo de trata de personas.

Dicho artículo 10 aclara lo que debe entenderse por explotación de una persona y señala algunas conductas de relevancia para este trabajo como lo son:

a) La explotación laboral;

b) El trabajo o servicios forzado;

[7] Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos.

c) La adopción ilegal de persona menor de dieciocho años;

d) Tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos; y

e) Experimentación biomédica ilícita en seres humanos.

La "Ley de Trata" establece que existe explotación laboral cuando una persona obtiene, directa o indirectamente, beneficio injustificable, económico o de otra índole, de manera ilícita, mediante el trabajo ajeno, sometiendo a la persona a prácticas que atenten contra su dignidad. En el caso concreto debe atenderse a los trabajos que desarrollan las empresas intermediarias puesto que si las mismas operan de manera similar a una empresa de coordinación efectiva de recursos resulta claro que no puede establecerse que existe un beneficio injustificado, de igual forma, al no encontrarse prohibida la actividad tampoco puede resultar indebido.

Por su parte la Ley Federal del Trabajo en su artículo 8 establece que el trabajo es toda actividad humana, intelectual o material, independientemente del grado de preparación técnica requerido por cada profesión u oficio y que un trabajador es la persona física que presta a otra, física o moral, un trabajo personal subordinado; en el caso concreto no parece que la madre subrogante sea una trabajadora pues no se encuentra subordinada sino más bien es una prestadora de servicios, servicios que, conforme lo determinó la Suprema Corte, deben entenderse bajo el principio de solidaridad por lo que podría suponerse que no deben tener un fin preponderantemente económico o lucrativo.

No obstante podría cuestionarse si en ciertos casos en los que se atente contra la dignidad de la madre subrogante y se le objetivice, tratándose como un mero instrumento, podría actualizarse el presente tipo penal como en aquellos casos en que se someta a condiciones

peligrosas o insalubres, sin las protecciones necesarias como aquellas idóneas en materia de salud, o en las que se le alleguen recursos notoriamente desproporcionados para los cuidados, tratamientos y seguimientos que deba tener en función del embarazo.

Por otra parte la "Ley de Trata" sanciona a quien tenga o mantenga a una persona en trabajos forzados cuando estos se obtienen mediante el uso de la fuerza, la amenaza de la fuerza, coerción física, o amenazas de coerción física, un daño grave o amenaza de daño grave que ponga a la persona en condiciones de vulnerabilidad, el abuso o amenaza de la denuncia ante las autoridades de su situación migratoria irregular en o de cualquier otro abuso en la utilización de la ley o proceso legal, que provoca que el pasivo se someta a condiciones injustas o que atenten contra su dignidad.

Estos casos son sobre todo posibles a partir de redes más complejas que pretendan obligar a mujeres en situación de vulnerabilidad a aportar su cuerpo para fines de una procreación mediante maternidad subrogada.

De igual forma es sancionable la entrega que realiza un padre o tutor o una persona que tenga autoridad sobre quien se ejerce la conducta (menor de edad) al igual que la recepción, a título oneroso, en carácter de adoptante de forma ilegal, ilícita o irregular, de una persona menor de dieciocho años. Si bien esta conducta se valora ajena a la maternidad subrogada puede actualizares para los casos en que una efectiva venta de menores pretenda vestirse bajo la figura de la maternidad subrogada.

Más importante parecería ser la conducta que sanciona el tráfico de órganos, tejidos y células de seres humanos vivos, prohibiendo la extracción, remoción u obtención de un órgano, tejido o células de seres humanos vivos, a cambio de un beneficio o a través de una transacción comercial, sin incluir los procedimientos médi-

cos lícitos para los cuales se ha obtenido el debido consentimiento, en los términos de lo establecido por la Ley General de Salud.

De la mano de la conducta antes mencionada se encuentra la de experimentación biomédica ilícita en seres humanos, que sanciona a quien aplique sobre una persona o un grupo de personas, procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados legalmente y que contravengan las disposiciones legales en la materia.

En el caso juega un importante papel la resolución de la Suprema Corte que atribuye licitud a los procedimientos de gestación subrogada en salvaguarda de los diversos derechos humanos que fueron citados en el apartado correspondiente pues de lo contrario este método de reproducción asistida podría subsumirse en el tipo penal citado por el simple hecho de no encontrarse normado en la Ley General de Salud, pues el mismo implica necesariamente la disposición celular. Lo mismo sucede con la aplicación de procedimientos, técnicas o medicamentos no aprobados legalmente y que contravengan las disposiciones legales en la materia, no obstante en este último caso parecería que al no normar el procedimiento integro de maternidad subrogada la Ley General de Salud tampoco podría sostenerse su contravención.

Tráfico de menores:

El Código Penal sanciona en su artículo 366 ter el tipo penal de tráfico de menores, consistente en la conducta de trasladar a un menor de dieciséis años de edad o la entrega a un tercero, de manera ilícita, fuera del territorio nacional, con el propósito de obtener un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega del menor, señalándose que cometen este delito quienes ejerzan la patria potestad o custodia sobre el menor cuando realicen materialmente el traslado o la entrega o

por haber otorgado su consentimiento para ello; de igual forma se señala que cometen este delito los ascendientes sin límite de grado, los parientes colaterales y por afinidad hasta el cuarto grado, así como cualquier tercero que no tenga parentesco con el menor así como la persona o personas que reciban al menor.

La ilicitud a que se hace referencia se predica de las personas que tengan conocimiento de que:

a) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor no han otorgado su consentimiento expreso para el traslado o la entrega, o

b) Quienes ejerzan la patria potestad o la custodia del menor obtendrán un beneficio económico indebido por el traslado o la entrega.

Esta conducta resulta relevante en primer lugar porque, por regla general, a pesar de que exista el principio de solidaridad en la maternidad subrogada, es común que exista un beneficio económico a favor de la madre subrogante. Igualmente es común que los padres contratantes sean de nacionalidad extranjera y acudan a México a realizar el trámite.

Ahora bien, resulta interesante comprender que dicho precepto indirectamente impone una exigencia de formalidad al trámite de maternidad subrogada debido a que no se puede sacar a un menor del país mas que de forma legal, motivo por el cual se supondría que para tales efectos los padres contratantes deberán cumplir con todas las formalidades en el país para que el menor quede registrado, legalmente, a su nombre pues de lo contrario podría actualizarse el presente tipo penal.

Por otra parte se establece que las penas se reducirán en una mitad cuando el traslado o entrega del menor se realice sin el propósito de obtener un beneficio económico indebido o cuando la persona que reciba al menor tenga el propósito de incorporarlo a su núcleo familiar.

Como puede observarse, la ausencia de beneficio o la incorporación al núcleo familiar no exime de la comisión delictiva puesto que solo es una atenuante.

Abandono:

Puede presentarse el caso de que los padres contratantes, después de haber echado a andar el procedimiento de implantación desistan de su cometido y en caso de extranjeros regresen a su país de origen con la intensión de no hacerse cargo del menor una vez que el mismo nazca. Tal conducta podría constituir el delito de abandono que precisamente regula la conducta de abandonar a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o que lo abandonen sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia.

De igual forma constituye abandono el hecho de que sin motivo justificado se abandone a un hijo sin recursos para atender a sus necesidades de subsistencia. Este caso resulta sumamente controversial en atención al padre que no aporta su carga genética, pues en ese caso habría que preguntarse si efectivamente puede atribuírsele la categoría de padre para efectos penales o bien queda excluido de este supuesto.

En diversas normativas también se regulan los delitos relacionados con el incumplimiento de obligaciones alimentarias a las personas que tienen derecho a recibirlos, resulta evidente que nos encontramos en un caso similar al regulado en el párrafo anterior.

Distinto sería el caso de la madre que abandona a su hijo producto de la maternidad subrogada puesto que precisamente la Corte regula como una de sus obligaciones el abandono del menor, en el caso debería atenderse a la legislación civil correspondiente con el fin de que se observe el procedimiento "*ad hoc*" para los casos de abandono de menores.

Violencia familiar:

De la mano del abandono podemos encontrar el tipo penal de violencia familiar que sanciona los actos o conductas de agresión económica en contra de alguna persona con la que exista un vínculo de parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, en el caso la falta de provisión de recursos al menor a causa de el desistimiento en el procedimiento bien puede actualizar este tipo penal.

Delitos patrimoniales. Fraude y administración fraudulenta:

El tipo penal de fraude sanciona el engañar o aprovecharse del error en que alguien se halla para hacerse ilícitamente de alguna cosa o alcanzar un lucro indebido. En el caso resulta relevante en atención a que los intermediarios pueden hacer pensar a los padres contratantes que buena parte de su pago se encuentra diseccionada a una buena atención y seguimiento médico, una alimentación nutritiva y saludable, una estancia adecuada, en fin, condiciones optimas de vida que permitan llevar a la madre gestante a un mejor y más adecuado embarazo; no obstante en muchas ocasiones los recursos se ven más como una utilidad para el intermediario que como una efectiva fuente que asegure mejores condiciones de vida en favor de la madre lo que puede constituir verdaderos engaños con la finalidad de incrementar las ganancias de las instituciones dedicadas a la gestación subrogada.

Adicionalmente la administración fraudulenta sanciona a quien por cualquier motivo teniendo a su cargo la administración o el cuidado de bienes ajenos, con ánimo de lucro perjudique al titular de éstos, alterando las cuentas o condiciones de los contratos, haciendo aparecer operaciones o gastos inexistentes o exagerando los

reales, ocultando o reteniendo valores o empleándolos indebidamente, o a sabiendas realice operaciones perjudiciales al patrimonio del titular en beneficio propio o de un tercero. Este supuesto podría actualizarse en caso de que los intermediarios operen como administradores de alguna especie de fondo destinado a cubrir las necesidades de la madre gestante.

Delitos de profesionistas:

Es sancionable penalmente el hecho de que directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, impidan la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole al igual que retener sin necesidad a un recién nacido, por los mismos motivos; este caso podría presentarse en el supuesto de que los padres contratantes no hayan liquidado los honorarios a los intermediarios siempre que estos sean quienes proporcionen los servicios de salud, es decir, no podrá retenerse a un menor producto de una gestación subrogada aún bajo el supuesto de falta de pago de los servicios contratados.

Discriminación:

Se ha señalado que en algunos casos las instituciones intermediarias o bien las de salud pueden atender más, o solamente, a las instrucciones o peticiones de los padres contratantes pues son ellos quienes pagan sus servicios, por encima de las propias decisiones de la madre subrogante, ello podría actualizar el tipo penal de discriminación el cual sanciona a aquella persona que por razones de origen social, condición social o económica, condición de salud, embarazo o de cualquier otra índole atente contra la dignidad humana o anule o menoscabe los derechos y libertades de las personas mediante la negación de un servicio o una prestación a la que tenga derecho.

ABORTO:

No puede dejar de mencionarse el caso en que la madre interrumpa su embarazo, no obstante en tal supuesto habría que atender a las causas pues no es lo mismo que la madre genere tal interrupción en atención a que los padres contratantes han demostrado que no se harán cargo del menor al hecho de que la madre decida de motu propio interrumpir el embarazo.

En el primero de los supuestos podría aplicarse por analogía "*in bonam partem*" la excusa absolutoria correspondiente al embarazo producto de una violación pues en el presente caso es evidente que la madre subrogante no tiene intencionalidad de engendrar un hijo propio.

En el segundo de los casos habría que preguntarse si aplicaría la atipicidad propia de varias entidades federativas que no sanciona la interrupción del embarazo dentro de las primeras doce semanas de gestación, la respuesta se aprecia como afirmativa ya que el aborto forzado es la interrupción del embarazo, en cualquier momento, sin el consentimiento de la mujer embarazada, por ende no podría actualizarse aun este delito puesto que a pesar de que el producto resulte "ajeno" no hay conducta típica que regule este aspecto y por ende solo resultaría punible la interrupción pasadas doce semanas.

VII. CONCLUSIONES

Podemos concluir en primer lugar que la conducta consistente en la realización de una técnica de reproducción asistida con miras a la práctica de la maternidad subrogada no puede ser penada en México por sí sola debido a lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en respeto a los diversos Derechos Humanos que han sido citados en el presente análisis como lo son el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana, derecho a la procreación y el acceso a las nuevas tecnologías en materia de reproducción humana, el derecho al progreso científico y tecnológico, el derecho a la libre determinación de las personas y su privacidad, el derecho de toda persona a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, el derecho a la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva.

No obstante, si bien es cierto la conducta tal cual no puede ser punible, no menos cierto es que de forma circundante existen diversas conductas que giran en torno a la maternidad subrogada que claramente pueden actualizar tipos penales concretos y que deberán ser motivo de análisis exhaustivo en una investigación más extensa.

Existen diversas conductas que pudieran tipificarse con el fin de que conductas como el aborto de un producto objeto de maternidad subrogada dentro de las doce primeras semanas puedan llegar a regularse e incluso penarse.

Existe un largo camino por recorrer ya que si bien la Corte ha abordado el tema desde el aspecto constitucional no existen normas que regulen con mayor ahínco conductas que seguramente se presentarán en un futuro con particularidades y especificidades que requieran un marco normativo más amplio.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

BARBA, José Bonifacio, "*Educación para los Derechos Humanos*", Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

CARPIZO, Jorge, "*Derechos Humanos y Ombudsman*", 2a. edición, Editorial Porrúa, México, 1998.

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, "*La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las Sentencias del*

Tribunal Constitucional Peruano, La Tensión entre la mera Autonomía y la Libertad Ontológica", Palestra, Perú, 2012.

Cruz Parcero, Juan Antonio, "*El Concepto de Derecho Subjetivo en la Teoría Contemporánea del Derecho*", Fontamara, México, 1999.

De Asís, Rafael, "*Sobre el Concepto y el Fundamento de los Derechos: Una Aproximación Dualista*", Dykinson, Madrid, 2001.

Díez-Picazo, Luis María, "*Sistema de derechos fundamentales*", 2a. edición, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, "*Derecho Civil, Parte General, Personas, Cosas, Negocio Jurídico, e Invalidez*", 7a. edición, Editorial Porrúa, México, 2000.

Escobar Rosas, Freddy, "*El Derecho Subjetivo, Consideraciones en torno a su esencia y estructura*", *Ius et Veritas.* No. 16. pp. 280-298, en Ferrajoli, Luigi, "*Derechos y Garantías. La ley del más Débil*", 4a. edición, Trotta, Madrid, 2004.

Fioravanti, Mauricio, "*Los Derecho Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*", 6a. edición, Trotta, Madrid, 2009.

García Máynez, Eduardo, "*Introducción al Estudio del Derecho*", 60a. edición, Editorial Porrúa, México, 2008.

Grocio, Hugo, "*Del Derecho de Presa, del Derecho de la Guerra y de la Paz*", Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, "*El Concepto de Derecho*", 3a. edición, Buenos Aires. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

Hierro, Liborio, "*¿Quién Tiene Derechos Humanos?*, en "*Revista Teoría & Derecho*", Revista Semestral, Diciembre, Número 14, Año 2013.

Hübner Gallo, Jorge Iván, "*Los Derechos Humanos*", Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1994.

Ihering, Rudolf Von, "*La Dogmática Jurídica*", *Seguida de un Apéndice con las Doctrinas de Ihering y Windscheid sobre el Derecho Subjetivo*, 2a. edición, Losada, Buenos Aires, 1946.

MacCormick, Neil, "*Instituciones de Derecho*", Marcial Pons, Madrid, 2011.

——, "*H.L.A. HART*", Marcial Pons, Madrid, 2010.

Savigny, Friedrich Karl Von, "*Sistema de Derecho Romano Actual*", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

Wellman, Carl, "*Morales y Éticas*", s. ed. s.l. Tecnos.

Windscheid, Bernhard, "*Tratado de Derecho Civil Alemán*", 8a edición, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 1976.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Carta de la Organización de Estados Americanos.

Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Código Penal Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil para el Estado de Querétaro.
Código Civil para el Estado de Tabasco.
Código Familiar del Estado de Sinaloa.
Código Civil para el Estado de San Luis Potosí.

Quinta parte

BIOÉTICA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

EL CUERPO COMO MÁQUINA. CONSIDERACIONES SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Tommaso Greco
Departamento de Derecho-Universidad de Pisa

Su padre no era su padre
y su madre no era su madre.
T. Mann, *La ley*

Lo que el hombre ha unido
la naturaleza es incapaz de dividir.
A. Huxley, *Un mundo feliz*

Resumen: Para comprender completamente la lógica de la maternidad subrogada es necesario redescubrir dos lugares cruciales del pensamiento moderno: el principio de autonomía y el proceso de mecanización del cuerpo humano, significativamente conjugados dentro de la perspectiva contractualista. Sus significados y sus consecuencias se reconstruyen aquí con el fin de definir los perfiles críticos relacionados con la práctica de la subrogación.

Riassunto: Per comprendere appieno la logica della maternità surrogata occorre riscoprire due luoghi cruciali del pensiero moderno: il principio di *autonomia* e il processo di *macchinizzazione* del corpo umano, significativamente coniugati

all'interno della prospettiva contrattualistica. Di essi vengono ricostruiti il significato e le conseguenze, ai fini di una definizione dei profili critici relativi alla pratica della surrogazione.

Abstract: To better understand the logic of surrogate motherhood, it is necessary to reexamine two important areas of modern thought: the principle of autonomy and the process of mechanization of the human body, both of which were significantly combined within the contractual perspective. The meaning and consequences of this combination are reconstructed with the goal of delineating the critical contours of the practice of surrogacy.

Palabras clave: Autonomía, cuerpo humano, maquinismo, maternidad subrogada, vulnerabilidad.

Parole chiave: Autonomia, corpo umano, macchinizzazione, fecondazione eterologa, vulnerabilità.

Key words: Autonomy, human body, mechanization, surrogate motherhood, vulnerability.

I. El Cuerpo en cuestión

1. *Premisa*

¡Cuán distantes son los tiempos en que el difunto Mattia Pascal se quejó de que uno no podía elegir la nariz, los ojos u otras partes de la persona![1] Ha pasado poco más de un siglo desde entonces y el mundo en que vivimos parece haber revertido aquella creencia.

Pero entonces: ¿estaba justificada la queja del personaje pirandelliano? ¿Era el cuerpo del hombre realmente tan 'inmóvil', inmutable, como el creía o insinuaba? *Frankenstein* de Mary Shelley se había publicado en 1818, el mismo año del discurso de Benjamin Constant sobre la libertad de los modernos en comparación con la de los

[1] Vid. L. Pirandello, *Il fu Mattia Pascal* (1904), en *Tutti i romanzi*, ed. por G. Macchia, vol. I, p. 334.

antiguos, y ya hablaba de la libertad del futuro más lejano: la libertad del hombre que ya no es (solo) hombre. ¿Y en el siglo anterior, Julien de La Mettrie (1709-1751) en su *El hombre máquina* (1747) no había afirmado que «el cuerpo es solo un reloj», acusando de «hablar como un fanático y no un filósofo» a alguien que no compartió su visión?[2]

Todo esto, solo para decir que muchos de los problemas éticos y legales de los que hoy hablamos tienen un fondo filosófico que puede ser útil investigar, y que de hecho no se puede ignorar: en primer lugar, no solo porque en general estos problemas tienen la capacidad de impulsar al llamado "el hombre de la calle" para hacer reflexiones éticas y filosóficas apropiadas e inevitables;[3] y en segundo lugar, más específicamente, porque el plano en el que surge la maternidad subrogada es diferente de muchos de los otros problemas bioéticos: mientras estos últimos están firmemente arraigados en el terreno en el que el dolor humano llama al Derecho a intervenir, en el caso de la maternidad subrogada la conexión entre el Derecho y el dolor parece decididamente más tenue.[4] Más bien, surgen otros tipos de conexiones, que colocan a la maternidad subrogada en otros terrenos, cuya composición parece apropiado profundizar.

Por lo tanto, nos centraremos inicialmente en dos asuntos principales que parecen estar directamente in-

[2] J.O. de la Mettrie, *L'uomo macchina* (1747), en *Opere filosofiche*, ed. por S. Moravia, Laterza, Bari 1974, p. 222 e 223.

[3] Dando razón a Habermas, quien escribe que «hoy también el público de los ciudadanos se ve obligado a enfrentar problemas cuya relevancia moral va mucho más allá de la sustancia de los problemas políticos tradicionales» (*Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* [2002], ed. por L. Ceppa, Einaudi, Torino 2010, p. 19).

[4] Traté este tema en T. Greco, *Dal dolore alla giustizia. Strategie di risposta tra carità e diritto*, in *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, ed. por Vincenzo Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli 2005, pp. 407-440.

volucrados cuando tratamos el tema de la maternidad subrogada y cuyos fundamentos y límites trataremos de investigar en el área específica que nos concierne: el tema de la *autonomía* y de la libertad del sujeto, por un lado; la cuestión de la *concepción mecánica del cuerpo humano*, por otro lado. Las dos cuestiones se encuentran y se superponen cuando surge el problema, filosófico o jurídico, del *estatus* del cuerpo humano[5] y su instrumentalización para fines que son alcanzables (solo) gracias al progreso de la técnica y de la medicina.

Si la idea de autonomía aparece en su "evidencia cegadora" (pero no sin problemas)[6] la reflexión sobre un principio menos obvio como el de la mecanización del cuerpo no parece demasiado excéntrico. Muchas de las adquisiciones de la medicina reciente ni siquiera serían concebibles en ausencia de una percepción del cuerpo humano como algo que pueda ser manipulado, reemplazado en algunas de sus partes y, sobre todo, en nuestro caso, "explotable" en algunas de sus funciones sin que esto implica consecuencias que afectan el sistema de vida completo de una persona. Sin la convicción más o menos consciente de que el cuerpo es una máquina, por

[5] Algunas referencias en la literatura: M.C. Tallacchini, *Habeas corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, en «Bioetica», 1998, 531 ss.; P. Zatti, *Il corpo e la nebulosa dell'appartenenza*, «Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2007, parte seconda, p. 1 ss.; S. Rodotà, *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, en «Rivista critica di diritto privato», 1994, 467 ss; M. Parisoli, *Il corpo tra diritto e diritti*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1999, 527 ss; L. Palazzani, *Corpo e persona: i percorsi filosofici della bioetica e della biogiuridica*, en F. D'Agostino (ed.), *Il corpo deformato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, 2002; J.-P. Baud, *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, ed. por C. Mazzoni, Giuffrè, 2003, 113 ss.; D. Canale, *Il diritto pubblico interiore. La giurisdizione dello Stato nello spazio bio-giuridico dell'individuo*, en «Rivista critica di diritto privato», 1998, 89 ss.

[6] M. Charlesworth, *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, tr. it. di G. Gozzini, Donzelli, Roma 1996, p. 3.

complicada que sea,[7] y que, por lo tanto, puede servir como instrumento,[8] no cabría pensar que una mujer, que lleva una nueva vida en su útero, no podría ser considerada su madre.[9]

2. *La autonomía y sus límites*

El principio de autonomía en la gestión del cuerpo está bien presente en el sistema jurídico italiano. El artículo 5 del Código Civil incorpora una filosofía básica, que es la de la disponibilidad general del cuerpo, excepto para los casos contrarios a la ley, al orden público y la moral, y excluyendo los actos de disposición que causan «disminución permanente de la integridad física».[10] ¿De dónde viene una regla como ésta, que fue aprobada en una época, la del fascismo, en la que no quedaba demasiado espacio para la autodeterminación de la persona? ¿Qué 'fuerza' reguladora la impuso a las conciencias y al legislador, si no una serie de convicciones arraigadas en la conciencia de los hombres?

[7] «Con setenta y ocho órganos, doscientos seis huesos y seiscientos cuarenta músculos, sin mencionar los aproximadamente veinticinco mil genes, nuestros cuerpos son máquinas complicadas» (A. Ross, *Il nostro futuro. Come affrontare il mondo dei prossimi vent'anni*, Feltrinelli, Milano 2016, p. 99).

[8] La larga y poco edificante historia de los sujetos que han sido utilizados como 'herramientas' es reconstruida en el último trabajo de R. Bodei, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna 2019.

[9] Vid. C.S. Guerzoni, *Loro lo fanno, io lo cucino. Gravidanza, maternità e filiazione nel contesto della surrogacy gestazionale statunitense*, en «Etnografia e ricerca qualitativa», n. 3, 2018, pp. 427-447.

[10] Como señala Romboli, con el art. 5 «se afirma el principio de la legitimidad de los actos de disposición del cuerpo y, por lo tanto, de la disponibilidad del cuerpo y la integridad física del sujeto, a menos que se excedan ciertos límites», sin que la «redacción del artículo [...] en términos de prohibición» sea un obstáculo para este resultado (R. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, Zanichelli, Bologna 1988, p. 228).

Antes de insistir en este punto, debe tenerse en cuenta que la misma fuerza reguladora llevó en los años siguientes a abolir las limitaciones previstas en 1942, en nombre de una disponibilidad cada vez más amplia: con la ley del 26 de junio de 1967 n. 458 sobre la donación de riñones, cuyos efectos se extienden, por primera vez por la ley n. 483 del 16 de diciembre de 1999, que permite la donación gratuita de parte del hígado, y una segunda vez, con la ley n. 167 del 19 de septiembre de 2012, que permite la donación parcial de pulmón, páncreas e intestino. Desde un punto de vista, indudablemente, se trataba de repensar la filosofía 'propietaria' del código a la luz de la Constitución,[11] que en el art. 32 establece «la primacía de las elecciones personales con respecto a la salud individual», y también presupone «una primacía similar con respecto a la ayuda fraterna para la salud de los demás»;[12] pero, sobre todo, impone un concepto integral de la persona humana, en el que la relación con el cuerpo se reconfigura en términos de dignidad en lugar de propiedad.[13] Pero, desde otro punto de vista, se puede decir que, incluso en las discontinuidades que se pueden revelar en el nivel de la filosofía jurídica

[11] U. Breccia e A. Pizzorusso hablan de la "disposición del propio cuerpo" como «ejercicio de una facultad inherente al contenido de un derecho sobre un "nuestro" objeto, en el sentido más fuerte y original de la idea misma de "pertenecer" como *dominium sui*, y por lo tanto como la base de cualquier otro *dominium*» (*Presentazione*, en U. Breccia e A. Pizzorusso, *Atti di disposizione del proprio corpo*, ed. por R. Romboli, Edizioni Plus, Pisa 2007, p. 22).

[12] Ibid, p. 17.

[13] Vid. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 229. Para una amplia investigación filosófica, histórica y legal de los diferentes estatutos del cuerpo, vid. V. Marzocco, 'Dominium sui'. *Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, junto a S. Zullo, *Proprietà di sé e giuridificazione del corpo. Spunti per una rilettura critica*, in S. Salardi, M. Saporiti (eds.), *Le tecnologie 'morali' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino 2020, pp. 75-89.

que fundamenta las diferentes disposiciones reguladoras (una "libertad" en lugar de un "poder")[14] en el caso de la norma constitucional se trataba de continuar una historia que comenzó hace algún tiempo, confirmando y ampliando los espacios de decisión que cada sujeto tiene en su propio cuerpo y en su propia salud. Una historia que evidentemente continúa, como lo confirma el hecho de que recientemente, no solo las discusiones y creencias de la opinión pública, sino también la legislación, han ido en la dirección de una adquisición por parte del sujeto de la (más o menos) plena disponibilidad del propio cuerpo, como una especificación de una disponibilidad más general de la vida. La Ley 219 de 2017 que dicta "Reglas sobre el consentimiento informado y las disposiciones de tratamiento anticipado" es un testimonio de eso.

Ya que, sin embargo, «en nuestro sistema legal no existen índices que establezcan el sentido de un reconocimiento integral del principio de autodeterminación»,[15] en virtud del art. 5 del Código Civil y del art. 32 de la Constitución,[16] una reflexión sobre los fundamentos filosóficos de este camino puede ser útil sobre todo con el propósito de una posición correcta de la cuestión de los límites que eventualmente se pondrán a tal adquisición en los tiempos que vivimos.

La disponibilidad del propio cuerpo es, por lo tanto, una adquisición que tiene a sus espaldas, o en su base, el

[14] Vid. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 232. Una libertad que es 'positiva' y 'negativa' (ibid., p. 236-7).

[15] Como Romboli también reconoce, «esta libertad ciertamente no es ilimitada, sino que encuentra límites establecidos implícitamente o explícitamente, que en cualquier caso son la expresión de valores constitucionales que se consideran prevalentes» (ibid, p. 237).

[16] Vid. L. Balestra, *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, en Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, prefación de U. Veronesi, Il Sole 24 Ore – Umberto Veronesi Foundation, Milano 2005, p. 93.

principio de plena *autonomía* del sujeto:[17] el principio cardinal de la filosofía moderna que, a partir del siglo XVII, está en el origen de todos los procesos de emancipación y, al mismo tiempo, de legitimación del poder. De hecho, solo el consentimiento del individuo, libre e igual por naturaleza, puede dar fundamento al poder político y legal. La libertad individual y el poder del Estado, en lugar de ser las banderas de dos frentes opuestos, en realidad forman los dos lados de la misma medalla.

En primer lugar, debe hacerse una aclaración: la referencia a la autonomía debe entenderse aquí en un sentido diferente y, sobre todo, menos exigente, en comparación con lo que Immanuel Kant refirió cuando lo convirtió en el principio absoluto de la moralidad. Aquí no se trata de una voluntad que se determina independientemente de cualquier condicionamiento interno (el que deriva de los deseos) como lo fue precisamente para Kant; sino simplemente de una voluntad que está libre de influencias externas, sobre todo derivadas de restricciones sociales y políticas. En otras palabras, lo que surge en los casos que nos preocupan no es el libre albedrío entendido de manera absoluta, sino la libertad de la voluntad entendida en un sentido relativo, como independiente del «poder que la sociedad puede ejercer legítimamente sobre el individuo»,[18] por retomar las palabras que John Stuart Mill escribió en la apertura de un ensayo al que siempre se debe hacer referencia cuando se trata de cuestiones relacionadas con la libertad del sujeto y el poder que puede limitarlo. Ciertamente, aquí se trata de la libertad de la que habla la tradición liberal, que entiende la libertad como *no impedimento*;[19] pero es bastante evidente que también entran en juego otros significados del mismo término,[20] a partir de la *ausencia de dominio* sobre la cual la tradición republicana ha llamado nuestra atención,[21] y que aquí asume un papel eminente. Porque no solo se trata de garantizar que los sujetos puedan hacer cualquier cosa sin que se les impida hacerlo, sino que también se trata —y quizás sobre todo— de asegurarse de que hagan lo que quieran en ausencia de restricciones y limitaciones que en la sociedad surgen continuamente y en formas constantemente renovadas. Si se desea limitar «la interferencia de la crueldad física y moral, de la explotación, de la opresión por parte de otros seres»[22] es necesario tener una visión lo más amplia posible y, sobre todo, libre de prejuicios.

[17] Para una introducción al tema vid. E. F. Paul-F.D. Miller, Jr-J. Paul (eds.), *Autonomy*, Cambridge 2003; J.S. Taylor (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosphy*, Cambridge 2005. Un examen teórico, luego desarrollado también a la vista de preguntas prácticas, en particular de bioética, es el de G. Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge 1988. Los diferentes significados de autonomía relevantes desde un punto de vista bioético son presentados por M. Lalatta Costerbosa, *Una bioetica degli argomenti*, Torino 2012 (cap II: "Autonomia/autonomie"). Con respecto a las relaciones de cuidado, vid. A. Leist, *Autonomia e giustizia*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari 1993, pp. 19-27.

[18] J.S. Mill, *Saggio sulla libertà* (1861), tr. it. Il Saggiatore, Milano 1980, p. 23.

[19] Dos referencias clásicas: N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata con quella dei posteri* (1954), en *Politica e cultura*, Einaudi, Torino 1955; I. Berlin, *Due concetti di libertà* (1958), en, *Libertà*, Feltrinelli, Milano 2010.

[20] Sobre los diferentes conceptos de libertad, vid. A. Andronico, *Libertà. La legge come misura*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (eds.), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, 115 ss; M. Barberis, *Libertà*, Il Mulino, Bologna 1999.

[21] Vid. P. Pettit, *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, ed. por M. Geuna, Feltrinelli, Milano 2000; M. Viroli, *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari 1999; Q. Skinner, *La libertà prima del liberalismo*, ed. por M. Geuna, Einaudi, Torino 2001.

[22] S. Veca, *Due concetti di autonomia*, en *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano 2008, p. 60.

Esta aclaración puede ayudar a explicar por qué, desde el principio, el reconocimiento de la autonomía no se logró sin buscar al mismo tiempo su límite. Si para la autonomía moral (entendida, por lo tanto, en un sentido absoluto) no es concebible ningún condicionamiento o limitación, sopena del fracaso de la autonomía misma, para la autonomía-independencia la referencia a las 'fronteras' que establecen su legitimidad es inevitable con respecto, por un lado, al posible condicionamiento que el sujeto puede sufrir en el desempeño de su acción, y por otro lado, a las consecuencias que el ejercicio de las prerrogativas de un sujeto tiene sobre la existencia y prerrogativas de otros individuos.[23] Ambos perfiles son relevantes, como es fácil de entender, en la cuestión de la maternidad subrogada. Porque se trata de comprender de un lado cuánto están realmente libres de cualquier condicionamiento todos los sujetos involucrados en la relación, como de otro cuánto el ejercicio de sus libertades por estas mismas personas condiciona la existencia de terceros, como por ejemplo el niño futuro, que no puede de ninguna manera, por razones obvias, expresar su opinión o afirmar sus intereses.

Por supuesto, tenemos que salir de la ilusión de que las evaluaciones relacionadas con estos perfiles pueden ser completamente "objetivas" y "científicas". Y, sin embargo, por complicado que pueda ser establecer hasta qué punto una voluntad individual es realmente libre o determinada por alguna causa externa a élla,[24] parece

[23] Una lectura estimulante relacionada con las formas en que la cultura jurídica ha construido límites a la autonomía individual es la de G. Cricenti, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Ets, Pisa 2013, que destaca (y de alguna manera critica) el hecho de que «los conceptos de dignidad o indisponibilidad» se han utilizado «con el propósito estratégico de compensar la falta de un principio capaz de fundar una obligación legal hacia uno mismo» (p. 15).

[24] Para una amplia discusión de los debates sobre estos temas, vid. L. Milazzo, *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino 2018.

completamente coherente con el valor de la libertad que ella puede encontrar límites,[25] precisamente en virtud de consideraciones generales relacionadas con la *posibilidad* de estos condicionantes. Como desde el principio ha aclarado la filosofía política moderna, pensar en el sujeto como totalmente libre significa pensar en él como totalmente sumiso. Es precisamente el poder moderno, basado en la voluntad autónoma de los sujetos, el que ha producido una sujeción sin precedentes de los individuos a la dinámica del poder.[26] Paradójicamente, por lo tanto, el espacio intocable de la libertad de los sujetos coincide con lo que ellos mismos no pueden enajenar de ninguna manera, como se evidencia también en la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, bien conocida también en los países latinoamericanos, en la cual los derechos fundamentales difieren de los derechos de propiedad por ser "no disponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, muy personales".[27] Por lo tanto, podemos suscribir a lo que Fernando Savater escribió efectivamente, es decir, que «la primera y fundamental obra maestra de la libertad humana es la norma social, el modelo de nuestra colaboración y el contrato que garantiza la mutua protección».[28]

[25] Como Remo Bodei escribió lúcidamente, «el hábito de reconocer y distinguir los límites es un [...] arte que debe ser cultivado y practicado con cuidado, dejándose guiar, al mismo tiempo, por un conocimiento adecuado de situaciones específicas, por un reflexivo juicio crítico y por un sentido de responsabilidad vigilante» (R. Bodei, *Limite*, Il Mulino, Bologna 2016, p. 121).

[26] Vid por ejemplo G. Duso (ed.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma 1999.

[27] L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari 2001, p. 15. Hay muchas obras en las que Ferrajoli ha desarrollado aún más su teoría, comenzando por la sistemática y poderosa *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari 2007.

[28] F. Savater, *Il coraggio di scegliere. Riflessioni sulla libertà*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 67.

A partir de estas adquisiciones, se trata de entender si deberían existir y cuáles son los límites que la autonomía individual puede encontrar en la cuestión de la maternidad subrogada, así como cuáles son las fuentes morales y legales de estos límites.

3. *El mecanismo del cuerpo*

Como se ha dicho, sin embargo, no está en juego aquí solo el principio de autonomía en sus diversas formas. Hay otra adquisición de la filosofía moderna que nos interesa, en relación con lo que podemos llamar la *visión mecanicista* del cuerpo humano.[29] La necesidad de hacer algunas referencias a este tema no surge del deseo de juzgar moralmente el nuevo enfoque de los problemas corporales. Surge, más bien, de la convicción de que es necesario tener todos los elementos para entender lo que parece ser un pasaje crucial, del cual solo la literatura de ficción, junto con el cine que la ha acompañada, ha logrado comprender el alcance y la esencia. En otras palabras, estamos tratando con un pasaje que determina fuertemente nuestro presente: uno de los capítulos de un volumen exitoso, muy atento en la descricción de los gérmenes del futuro, es (y no por casualidad) "El futuro de la máquina humana".[30]

Sin lugar a dudas, a partir de una cierta época de la historia, ha cambiado la consideración del cuerpo humano. En un ensayo de 1936, Carl Schmitt atribuyó los orígenes de la visión mecanicista a Descartes. El jurista alemán escribió que Descartes «ya había revolucionado radicalmente todas las ideas sobre el hombre, precisamente al concebir el cuerpo humano como un mecanismo»; una revolución considerada muy importante por Schmitt, tanto que consideró la mecanización del Estado a la que Hobbes llegaría más tarde como «secundaria» y con «implicaciones menores».[31] Se puede recordar en este punto que muchas sugerencias son anteriores al propio Descartes, y sería suficiente detenerse cuidadosamente para admirar las obras de pintores visionarios y extraordinarios como Hieronymus Bosch (1453-1516) o Giuseppe Arcimboldo (1526-1593) para encontrar múltiples certificaciones. Y del año 1543 es la obra de Andrea Vesalio (1514-1564), *De humani corporis fabrica*, un hito en la visión mecanicista del hombre.[32]

El significado de esta 'revolución' se puede deducir de las primeras líneas del *Leviatán*: «¿Qué es en realidad el corazón sino un *resorte*; y los nervios qué son, sino diversas *fibras*; y las *articulaciones* sino varias ruedas que dan movimiento al cuerpo entero tal como el Artífice se lo propuso?» Si «la vida no es más que un movimiento de extremidades», y por lo tanto donde hay vida hay un mecanismo, parece completamente obvio, para Hobbes, que es válido también lo contrario, es decir, que donde hay mecanismo hay vida: de hecho, «¿por qué no podemos decir que todos los autómatas (máquinas autopropulsadas por medio de resortes y ruedas, como un reloj) tienen una vida artificial?».[33] La correspondencia entre lo que tiene vida y lo que funciona como un mecanismo se establece una vez por todas. Si la vida puede entenderse a partir del mecanismo que la genera y la constituye, entonces al menos el atributo de la vida artificial puede atribuirse a cualquier mecanismo.

[29] Vid. A. Punzi, *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino 2003.

[30] Ross, *Il nostro futuro*, cit., p. 67 ss.

[31] C. Schmitt, *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* (1936), en *Scritti su Thomas Hobbes*, ed. por Carlo Galli, Giuffrè, Milano 1986, p. 47.

[32] Vid. S. Federici, *Calibano e la strega. Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria*, Mimesis, Milano 2015, p. 200 de la edición en ebook.

[33] T. Hobbes, *Leviatano* (1651), introducción.

Recordar la revolución físico-mecánica y la visión mecanicista del hombre nos sirve para explicar la admisibilidad (moral antes que técnica) de la 'descomposición' del cuerpo humano y la intercambiabilidad de sus componentes;[34] pero, sobre todo, para los propósitos que nos aquí interesan, lo necesitamos para comprender la *usabilidad del cuerpo, propio y de otros, para lograr los propósitos definidos de forma autónoma y voluntaria por individuos que consienten*. En este sentido, la mecanización del cuerpo revela un vínculo aún más profundo con la civilización de las máquinas. El cuerpo se convierte en una especie de 'trabajador' al que se le pide que complete el trabajo objeto del contrato.[35]

Una visión que aparece clara y explícitamente no solo en la posibilidad técnico-médica, sino también en la configuración legal de la maternidad subrogada. Se trata de comprender si esta visión puede ser coherente con un concepto, ya no 'propietario', sino integral y personalista del cuerpo, y sobre todo si no tiene efectos que el sistema legal debe contrastar en nombre de los valores que merecen el máximo cuidado y atencion. Si no estamos tratando con 'cosas' sino con 'personas' ¿podemos aceptar, y en qué medida, los resultados más radicales de tal visión corporal?[36]

4. *Un tecnopoder desde abajo*

Antes de descender al terreno concreto de la maternidad subrogada, no parece completamente inútil hacer

[34] Intercambiabilidad que ahora se destina a la producción de órganos animales que posteriormente pueden ser trasplantados en hombres. Vid. Ross, *Il nostro futuro*, cit., p. 87-90.

[35] Vid. G. Cazzetta, *Nell'età delle macchine. Artefici, operai, telegrafisti: diritto codificato e incertezze classificatorie dei giuristi*, en «Lavoro e diritto», 2018, n. 3, pp. 433-452.

[36] Vid. R. Esposito, *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino 2014.

un balance a un nivel más general. Lo que, prima facie, podemos destacar, de esta manera, es el cambio que, en virtud de las dos pautas recién analizadas, autonomía y mecanización, deriva en la posición que el cuerpo asume en las relaciones de poder y en las relaciones legales.

Como Michel Foucault explicó insistentemente, el cuerpo está cada vez más sujeto a la manipulación, de la política y luego de las técnicas. El cuerpo «analizable» se convierte así en cuerpo «manipulable» a traves de la noción de «docilidad»: es dócil «un cuerpo que puede ser sometido, que puede usarse, que puede transformarse y perfeccionarse».[37] Un signo y síntoma de esta nueva actitud es el hecho de que el sexo también se convierte en un tema del discurso público: «el comportamiento sexual de la población se considera simultáneamente como un objeto de análisis e intervención»; en resumen, el sexo se ha convertido en «una apuesta» entre el Estado y el individuo.[38] Pero se podría decir, no solo entre el Estado y el individuo, sino también entre los individuos.

La que Foucault ha llamado la *microfísica del poder* —una densa red de ejercicios de poder compuestos de prácticas minuciosas e invasivas que se ejercen de manera regular y sistemática—[39], de hecho no solo concierne a la transformación de los mecanismos del poder institucional y su relación con los sujetos, sino que puede extenderse a las relaciones entre sujetos 'privados': en este caso también podemos ver la afirmación de un poder que principalmente «administra la vida» y que «se ejercita positivamente en la vida»: «su papel principal es asegurar, apoyar, fortalecer, multiplicar la vida y ordenarla».[40] Un *biopoder*

[37] M. Foucault, *Sorvegliare e punire* (1975), Einaudi, Torino 1976, p. 148.

[38] M. Foucault, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1* (1976), Feltrinelli, Milano 2005, p. 27 e 28.

[39] Ibid., p. 43-44.

[40] Ibid., p. 120, 121 y 122.

que desciende desde arriba, ejerciendo sobre ciudadanos indefensos y subyugados, está flanqueado por un *tecnopoder* resultante del entrelazamiento de la economía y la tecnología, del cual los ciudadanos son protagonistas activos, como lo muestra la figura legal de la subrogación. El instrumento de esta acción biopolítica y biojurídica es el típico de la autonomía privada, es decir, el *contrato*, que así puede ser considerado como la «principal institución contemporánea»:[41] presupone la autonomía y, al mismo tiempo, se concreta asumiendo el cuerpo como un objeto, descompuesto y regulado de forma diversa. Es un «proceso de objetivación», como señaló Natalino Irti en muchas de sus intervenciones, en el que «la técnica y la economía representan al hombre como uno de los productos y uno de los bienes».[42]

II. La maternidad subrogada

Las premisas hechas hasta aquí eran necesarias para enmarcar el terreno en el que la maternidad subrogada tiene sus raíces y, sobre todo, para subrayar algunas críticas, precisamente con respecto a los efectos problemáticos que consiguen de esas premisas. De hecho, hablar de manera genérica de autonomía y libertad de decidir sobre el proprio cuerpo no sirve para enfrentar y resolver todos los problemas que plantea el uso de las nuevas tecnologías, especialmente para fines reproductivos. Es necesario detenerse cuidadosamente en la especificidad de estos usos, y en particular en la contradicción que se determina entre esta libertad (presunta) y los efectos que

[41] Vid. P. Perulli, *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, Torino 2012, p. 157. Sin embargo, tenemos que recordar el famoso trabajo de C. Pateman, *Il contratto sessuale*, Editori Riuniti, Roma 1997.

[42] N. Irti, *La giuridificazione del 'bíos'* (2005), en *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 60.

se derivan de ella. Incluso sin querer evocar «las potencias en juego» cuestionadas por los procesos de «juridización de los *bíos*» («creencias religiosas, reclamos crédulos de felicidad, rechazo del dolor, mitos del progreso técnico»)[43] y permanecer firmes en un terreno meno condicionado por las creencias ideológicas, los problemas parecen completamente evidentes. Se puede hacer aquí solo una rapida reseña, para recordar los perfiles más relevantes en la perspectiva adoptada.

1. *Definiciones poco inocentes*

El primer perfil a analizar, en virtud del cual, sin embargo, es más fácil enumerar las otras preguntas problemáticas, está relacionado con la definición de la maternidad subrogada. ¿Cuál es su carácter específico dentro de lo que se ha llamado el «kaleidoscopio procreador»?[44] Después de enmarcarlo genéricamente en el contexto de los efectos producidos por la disociación entre sexualidad y procreación[45] ¿existen perfiles que lo hagan específico? La pregunta puede parecer simple en el nivel abstracto, pero emerge en su problemática en el nivel concreto, cuando, por ejemplo, se trata de reconocer en nuestro ordenamiento, que lo prohíbe, los efectos de una subrogación realizada en el extranjero. Las opiniones son, como era de esperar, divergentes.

Una definición general podría ser la que por maternidad subrogada (o maternidad por sustitución) entien-

[43] Ibid., p. 61. Sobre el tema es necesario referirse a los ensayos contenidos en el *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà y P. Zatti. *Lo statuto del corpo*, cit., Tomo I.

[44] G. Amato, *Prefazione* a P. Marion, *Il disagio procreativo. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli, Roma 2017, p. 14 de la edición en ebook (de lo cual citaremos de ahora en adelante).

[45] Marion, *Il disagio procreativo*, cit., p. 33.

de la maternidad de una mujer «que quede embarazada y dé a la luz un hijo no para ella sino para otra mujer».[46] En la misma dirección, puede considerarse maternidad subrogada cualquier «situación en la que una mujer ofrezca su útero para la gestación de un feto, con el compromiso de que, despues del nacimiento, la mujer embarazada renuncia a todos los derechos sobre el niño, quien debe ser hijo de la pareja o de la persona con la que firmó el acuerdo».[47] Si se toman estas definiciones muy generales, los padres intencionales «podrían estar genéticamente relacionados con el futuro hijo, pero también solo uno de ellos, o no tener relación con él».[48] En otras palabras, es una perspectiva en la que el hecho de que la persona ofrezca su propia contribución genética es de poca relevancia y, por lo tanto, no es importante si es una subrogación total o parcial.[49] Solo es importante el hecho de llevar a cabo un embarazo en nombre de otros, con la «transferencia» final del bebé.

Sin embargo, una definición más limitada tiende a reconocer la maternidad subrogada solo para aquellos casos en que «el recién nacido tiene la herencia genética de la persona que confía la gestación a otra mujer (óvulo o esperma)».[50]

[46] I. Corti, *La maternità per sostituzione*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, ed. por S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, Tomo II, p. 1479.

[47] S. Fernández Sánchez, *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, en «Rivista del diritto della sicurezza sociale», n. 2, 2017, p. 240.

[48] L. Sugamele, *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberista*, en «Ragion Pratica», 2, 2019, p. 360.

[49] Por esta distinción, Corti, *La maternità surrogata*, cit., p. 1480; G. Cricenti, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci, Roma 2017, p. 56.

[50] Fernández Sánchez, *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, cit., p. 242. «Si al menos uno de los dos padres intencionales no participa en la fertilización in vitro con su propio material, no estamos en presencia de un caso de maternidad subrogada» (ibid, p. 243).

No se trata de decidir cuál es la definición más congruente. Solo debe enfatizarse que las definiciones no son irrelevantes; de hecho, desde cierto punto de vista, podríamos decir que ellas nunca son "inocentes". Detrás de la (presunta) naturaleza científica de cada definición, siempre hay opciones que, por un lado, delimitan y comparten el campo en el que se lleva a cabo una determinada batalla teórica, y por otro lado, determinan una serie de efectos prácticos, particularmente evidentes en el campo jurídico donde no solo «el lenguaje de las leyes y de la sentencias», sino también el de la doctrina, es «un lenguaje que tiene poder».[51]

Según la definición que elegimos, como sabemos, se abren diferentes escenarios, con respecto al destino del feto (adoptabilidad o no) pero también con respecto a las consecuencias (sanción o no) para los sujetos adultos involucrados.[52] De estas consideraciones se desprende que el Derecho es realmente un poder "terrible", que aumenta y refuerza el poder del lenguaje.[53]

De hecho, no se puede dejar de subrayar que la subrogación es un concepto en el que se destaca la *constitutividad* del Derecho (que para algunos encuentra su

[51] D. Danna, *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, en «Ragion Pratica», n. 2, 2019, p. 413. Para una visión general en el marco del Derecho de familia, vid. G. Galeotti, *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2009.

[52] La ley italiana (n. 40/2004) que, por elección consciente, no define la maternidad subrogada, la considera como una práctica absolutamente prohibida, aplicando sanciones bastante severas, como lo exige el art. 12, c. 6: «Cualquiera, en cualquier forma, realiza, organiza o publicita la comercialización de gametos o embriones o la sustitución de la maternidad es castigada con prisión de tres meses a dos años y con una multa de 600,000 a un millón de euros». Vid. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1489-90.

[53] F. Migliorino, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Bollati Boringhieri, Torino 2008, p. 18: «¿No es el lenguaje la máquina normativa más extraordinaria que precede y condiciona todos los sentidos posibles de las cosas, lo que contribuye a modelar la imagen que el hombre tiene del mundo?».

arbitrariedad):[54] en otras palabras, ese concepto existe solo porque el Derecho le da existencia; en la realidad no se da que una maternidad como todas las demás.[55] Pero ¿hasta qué punto puede la ley, al constituir relaciones y roles, negar la realidad de la relación entre el concebido y la mujer que lo llevó en su vientre? Como se ha observado, incluso si nos enfrentamos a la fertilización in vitro es «en cualquier caso una maternidad», ya que «si no hubiera una participación del cuerpo y de la experiencia de la madre, no surgiría ex post la necesidad de preguntarse sobre el interés superior del niño, por la simple razón de que no habría niño».[56] Y esto parece casi evidente, aunque no faltan quienes señalan que «la ecuación madre-mujer que da a luz puede no ser veraz».[57] Por lo tanto, es necesario preguntarse si una definición que viene a negar una relación tan evidente no se hace a propósito para (o en todo caso tiene el efecto de) ocultar la realidad más general en la que (y de la cual) se crea.

2. *Preservar la autonomía:*

De hecho, a diferencia de otras figuras, ahora aceptadas por la opinión pública y, sobre todo, legitimadas por

[54] C.M. Mazzoni, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, en *Trattato di biodiritto*: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit., p. 1302.

[55] Como señala Danna, de hecho, dado que «desde un punto de vista físico [...] la "subrogación de la maternidad" es como las otras [...] la distinción entre un embarazo "para uno mismo" o "para otros" es solo legal» (cit., p. 415). Sobre la constitutividad del Derecho y la naturaleza particular de las normas constitutivas vid. el trabajo di J. Searle, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York 1995, sobre el cual hay un gran debate: vid. P. Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale, Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata 2006.

[56] C. Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, en «Ragion Pratica», 2019, n. 2, p. 373-374.

[57] I. Corti, *La maternità per sostituzione*, cit., p. 1491.

la cultura jurídica, en la maternidad subrogada se destaca de inmediato la existencia de una «frontera entre el respeto por la autonomía individual y el respeto por la dignidad humana».[58] Somos conscientes de que los criterios en base a los cuales ahora estamos acostumbrados a definir una sociedad como "justa" dependen de la posibilidad de que cada uno «logre un concepto personal de "buena vida" basado en las propias posibilidades y preferencias».[59] Sin embargo, las dos cosas —autonomía y dignidad— no siempre son superponibles, aunque indudablemente la referencia a la autonomía como encarnación de la dignidad parece en gran medida apropiada.[60] A veces, para proteger la dignidad de una persona, necesitamos limitar su autonomía, y lo hacemos, por ejemplo, evitando que se venda como esclavo a otra persona. Por lo tanto, en la medida en que podamos ver favorablemente el principio de autonomía, no podemos dejar de tener en cuenta que su absolutización conlleva el riesgo, históricamente comprobado, de una contratación radical del campo cubierto por ella. Autonomía significa libertad de autodeterminación; una libertad que se realiza plenamente en el contrato y que, como nos enseñó Rousseau, puede llegar hasta la alienación absoluta de uno mismo.[61] Agréguese a esto que también la libertad de disponer del cuerpo, como todas las libertades, no puede dejar de enfrentar las limitaciones

[58] P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2013 p. 84.

[59] Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 6.

[60] Vid. F.J. Ansuátegui, *L'autonomia presa sul serio*, en I. Belloni, T. Greco, L. Milazzo (eds.), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*. II. *La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, Torino 2016, p. 27; E. Ripepe, *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino 2014; U. Pomarici, *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.

[61] Sobre este punto, que debería ser profundizado, v. I. Berlin, *Due concetti di libertà*, cit., y I. Berlin *La libertà e i suoi traditori*, Adelphi, Milano 2005.

derivadas de la necesidad de proteger otros valores constitucionales que de vez en cuando pueden tomarse en consideración.[62]

Claramente, es siempre difícil entender cuáles son los casos en que esta limitación es legítima, y no hay duda de que para limitar la autonomía de un individuo «se necesitan razones fuertes».[63] Sin embargo, esto no quita que en casos particulares, cuando el riesgo de falta de autonomía parece ser bastante alto, se puede aplicar esta limitación. En el caso de la maternidad subrogada, por ejemplo, no hay ninguna duda de que la posición y la "fuerza" de los sujetos involucrados en la decisión son extremadamente diferentes y que para algunas mujeres la posibilidad de obtener ganancias de la disponibilidad de su cuerpo puede representar una «coerción» que limita su autonomía.[64]

Cabe señalar, por lo tanto, que «la existencia del contrato y las consiguientes obligaciones para la mujer embarazada chocan con la idea de autonomía del cuerpo», la última de las cuales se «reconfigura más bien según su utilidad, según lo que puede derivar en relación con el producto final».[65] Pero también es importante subrayar cómo nos arriesgamos, de esta manera, a revivir esquemas que pensamos que fueron relegados al pasado o que pertenecen a los ámbitos más oscuros de la sociedad contemporánea: me refiero al hecho de que la libertad de algunos sujetos parece implicar la ausencia de

[62] Vid. Romboli, *La libertà di disporre del proprio corpo*, cit., p. 237.

[63] Becchi, *Il principio dignità umana*, cit., p. 85.

[64] El tema de la coerción es uno de los que Michael Sandel puso en juego en su reconstrucción de los supuestos y las consecuencias de la difusión de la lógica mercantil en áreas que anteriormente le habían sido prohibidas. Vid. M. Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, ed. por C. Del Bò, Feltrinelli, Milano 2013, p. 49.

[65] Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 366.

libertad (algunos dicen *esclavitud*) de otros sujetos.[66] Es el antiguo esquema, según el cual los ciudadanos libres solo podían ser tales gracias a aquellos que, en nombre de los primeros, trabajaban en condiciones de esclavitud. En otras palabras, la maternidad subrogada parece confirmar completamente que incluso hoy «hay discriminaciones entre aquellos que son verdaderamente libres y aquellos que, en asuntos esenciales, están objetivamente subyugados»,[67] lo que genera fuertes dudas sobre la garantía del valor fundamental de la igualdad.[68] Hay aquí probablemente una confirmación de la tesis de que la afirmación de ciertos derechos conlleva, si no hay contramedidas adecuadas, situaciones que representan su exacta reversión».[69] El hecho de que entren en juego dinámicas como éstas se confirma por la evidente circunstancia de que las mujeres que se encuentran en situaciones de extrema necesidad económica muestran su disponibilidad frente a contratos de subrogación.[70]

[66] Una fuerte crítica de estos argumentos está en Charlesworth, *L'etica della vita*, cit., pp. 59-60.

[67] Savater, *Il coraggio di scegliere*, cit., p. 75. Emplea este argumento en su lectura de la maternidad subrogada V. Calderai, *La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, en E. Navarretta (ed.), *Effettività e* drittwirkung *nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Giappichelli, Torino 2017, p. 56.

[68] S. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 228-229.

[69] Como demuestra convincentemente el trabajo riguroso y apasionado de T. Casadei, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Milano 2016.

[70] Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 360. Es un hecho que la 'demanda' del 'servicio' de subrogación proviene «esencialmente de las clases ricas de los países desarrollados» y se traslada «a lugares donde las condiciones de atraso y la desigualdad económica y de género garantizan a la industria el "proletariado" femenino» (Calderai, *La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 61 y p. 83). Un caso particularmente importante es el de India, sobre el cual se puede leer D. Deomampo, *Transnational Reproduction. Race, Kinship and Commercial Surrogacy in India*, New York University Press, New York,

3. *Comercialización de la vida humana*

La fuerte sospecha sobre la falta de una verdadera autonomía de la mujer embarazada, al asumir las obligaciones derivadas de un contrato de subrogación, pone a este último en la luz más correcta: el de un acto de negociación que irrumpe con todos sus cargos comerciales en el campo de filiación.

La literatura se ha centrado persistentemente, también con investigaciones empíricas y no solo con consideraciones éticas, en el riesgo de que de esta manera se pueda entregar al mercado una esfera fundamental de la convivencia humana. Sin embargo, parece ser una certeza más que un riesgo, ya que es la figura del contrato en sí lo que trae consigo su lógica de intercambio, transformando el cuerpo de la mujer de un valor a un bien de mercado.[71]

La mercantilización se refiere a todo el entrelazamiento de las relaciones que se crea, pero se relaciona principalmente con el cuerpo de la madre sustituta, quien, más allá de cualquier velo que (a menudo simulando) pueda declarar motivos altruista,[72] se «lleva de vuelta a una envoltura para el producto final».[73]

2016. Sin embargo, hay quienes están convencidos de que, «con un control adecuado y con estructuras apropiadas», el problema de la explotación puede resolverse, dejando así a las personas libres para vender partes de sus cuerpos: vid. por ejemplo H. Kuhse, *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 72.

[71] Sobre esta alternativa que ocurre en muchas cuestiones bioéticas, vid. G. Berlinguer, *Il corpo come merce o come valore*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 74-99.

[72] A. Majumdar, *The Rhetoric of Choice: The Feminist Debates on Reproductive Choice in the Commercial Surrogacy Arrangement in India*, en «Gender, Technology and Development», 18, n. 2, 2014, pp. 275-301.

[73] Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 369. En la misma dirección de una denuncia de la mercantilización del cuerpo femenino vid. L. Corradi, *Nel*

Aquí más que en cualquier otro lugar, por lo tanto, es posible notar «la tendencia a una expansión ilimitada de los mercados», de la cual debe evaluarse cuidadosamente el «grado de compatibilidad con la libre autodeterminación relacionada con el propio cuerpo, cuando el instrumento de mediación es el dinero, y, por lo tanto, una distribución cada vez más gravemente inequitativa del poder de negociación efectivo».[74] Los estudios parecen confirmar los temores expresados por muchas partes, hasta llegar a la conclusión de que «la ubicación de la reproducción humana en el contexto de la economía requiere que consideremos en un nivel similar el cuerpo procreador femenino y la acumulación de recursos».[75] Y, de hecho, como se ha demostrado, en países como Estados Unidos «la gestión de la subrogación se articula a la par con cualquier otro servicio o producto destinado a la venta».[76]

Estamos en presencia de un fenómeno que puede insertarse en el contexto de una apropiación general de nuevos espacios y nuevos objetos por el capitalismo[77] (la capacidad reproductiva de las mujeres pertenece completamente a estos espacios y objetos), un fenómeno que es posible gracias a la tecnología. Por lo tanto, se trata de comprender si la filiación, de la misma manera

ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive, introducción de R. Trucco, Castelvecchi, Roma 2017.

[74] Breccia-Pizzorusso, *Presentazione*, cit., p. 19.

[75] Sugamele, *Il valore economico...*, cit., p. 358. Vid. M. Cooper, C. Waldby, *Clinical Labor. Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Duke University Press, Durham 2014, in part. p. 37 ss para la maternidad subrogada.

[76] Sugamele, *Il valore economico*, cit., p. 362.

[77] U. Mattei, *La legge del più forte*, manifestolibri, Roma 2010. Se ha hablado, a este proposito, de la maternidad subrogada como «puesto avanzado extremo de la expansión del mercado en las formas de vida» (Calderai, *La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 55).

que muchos otros 'productos', es algo que el dinero puede comprar.[78]

Por otro lado, la prohibición de transacciones onerosas establecida en algunas legislaciones, y que para algunos académicos representa una posibilidad de 'salvar' a la maternidad subrogada de sus efectos comerciales al otorgar la posibilidad de un intercambio motivado por la solidaridad que un cuerpo sano ofrece a un cuerpo enfermo,[79] no parece resolver el problema de un uso instrumental del cuerpo de otros, aunque autorizado por el consentimiento de la parte interesada. Desde este punto de vista, lo que Michael Sandel ha identificado como el efecto de la «corrupción» producida por la lógica del mercado también puede extenderse al intercambio no oneroso, cuando reduce la vida de lo concebido a un "objeto": «corrompemos un bien o una actividad o práctica social cada vez que lo tratamos sobre la base de un estándar más bajo que el que le corresponde».[80]

4. *El tercero excluido*

Incluso las motivaciones altruistas, en otras palabras, muestran un lado débil que parece inevitable; un lado

[78] Vid. la excelente crítica de Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare*, cit.

[79] Umberto Breccia e Alessandro Pizzorusso afirman que «el instrumento del acuerdo, como criterio de legitimidad legal de la contribución de los cuerpos sanos a la mejora de la condición de los cuerpos enfermos» es «un medio plenamente justificado por un fin de rango incluso constitucional», con referencia a una "interpretación extensa" de la norma constitucional que promueve la igualdad efectiva» (*Presentazione*, cit., p. 20). En esta misma dirección, vid. A.G. Grasso, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en «TCRS - Teoria e critica della regolazione sociale», n. 2, 2018, pp. 151-188.

[80] Sandel, *Quello che i soldi non possono comprare*, cit., p. 50. Vedi anche p. 16 e p. 39.

que emerge de manera sorprendente cuando, de la futura madre, la atención se dirige al feto.[81]

Si en todos estos discursos la vulnerabilidad entra en juego desde el principio,[82] el tema de los derechos de los sujetos vulnerables es particularmente fuerte cuando uno piensa que el "juego de la subrogación" tiene como principal resultado y efecto el nacimiento de una nueva vida; de un nuevo sujeto, es decir, cuya voluntad no puede ser consultada por razones obvias, pero cuya existencia (futura) tal vez podría ser al menos tomada mayormente en cuenta.[83]

Aquí, evidentemente, es válido el principio de John Stuart Mill: si el Estado no está legitimado para intervenir en el espacio de la libertad individual, a menos que haya consecuencias en la esfera de otros individuos,[84] no puede haber ninguna duda que en este caso hay consecuencias, y los más relevantes. Incluso aque-

[81] Niño, que es «reducido, si no de sujeto a un bien comercializable, al menos de sujeto a objeto de un regalo, también fue el más amoroso» (Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 382). Por otro lado, como señala Valentina Calderai, «la gestación para otros no puede existir sin una industria, un mercado, contratos y obligaciones de desempeño contractual» (*La conquista dell'ubiquità*, cit., p. 82).

[82] La vulnerabilidad se está estableciendo como uno de los enfoques más interesantes para las cuestiones jurídicas: aquí debemos recordar al menos los volúmenes de T. Casadei (ed.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino 2012; O. Giolo, B. Pastore (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma 2018; G. Zanetti, *Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, Discriminación, Derecho*, ed. por F.J. Ansuátegui, Ed. Dikynson, Madrid 2020.

[83] Vid. F. D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1998. Como escribe Giuliano Amato, deberíamos hacernos la pregunta «si es correcto, para ser padres, dar a luz un bebé en cuya vida entrará una doble paternidad o una doble maternidad de todos modos, con efectos que no podemos prever» (Amato, *Prefazione*, cit., p. 12).

[84] Un principio siempre invocado y que constituye el tema fundamental de la bioética de orientación liberal: vid. Ansuátegui, *L'autonomia presa sul serio*, cit., pp. 29-30.

llos que adoptan una perspectiva decididamente liberal y 'abierta', afirmando que «no debe haber una prohibición legislativa» con respecto a las elecciones procreadoras de los sujetos, no pueden evitar admitir que esto se aplica mientras «el método de capacitación de la familia no causa daños directos y evidentes a alguien (en primer lugar al niño nacido de tal situación, sino también a la mujer) o no se respeta el derecho del niño a ser informado sobre las circunstancias de su nacimiento».[85]

Por lo tanto, ¿puede la ley no hacerse cargo de la vida del sujeto cuyo nacimiento es el resultado principal de la relación de subrogación? ¿Puede garantizar que la condición legal y existencial del feto esté determinada exclusivamente por la voluntad de los clientes? Y una vez más ¿puede una elección como ésta, precisamente por las consecuencias que tiene para el feto, estar totalmente y exclusivamente confinada dentro de la esfera de la "moralidad privada, donde la ley no debe entrar"?[86] ¿Puede la transformación de los sistemas de parentesco producidos por el avance de la tecnología realmente llegar al punto de afectar la singularidad de las perso-

[85] Charlesworth, *L'etica della vita*, cit., p. 50. Cabe señalar, sin embargo, que este autor considera que se pueden superar todas las críticas que se han dirigido a la maternidad subrogada, también en referencia a la autonomía de la mujer embarazada y los intereses de los concebidos.

[86] Charlesworth, *L'etica della vita*, cit., p. 67. Vid. también Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 233, y Ansuátegui, *L'autonomia presa sul serio*, cit., en part. p. 26-29. En la misma dirección 'liberal' van las consideraciones hechas por diferentes autores sobre la fertilización heteróloga pero que potencialmente se aplican a la maternidad subrogada: vid. por ejemplo A. Vallini, *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en «Diritto penale e processo», n. 7, 2014, en particular p. 834; E. Dolcini, *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, en F. Poggi (ed.), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma 2015, en particular pp. 33-36.

nas?[87] Parece plausible argumentar que «la identificación de un punto razonable de equilibrio de las necesidades opuestas, respetando la dignidad de la persona humana», de la que habló el Tribunal Constitucional italiano en la famosa sentencia n. 162 del 2014, debe comenzar teniendo en cuenta también las necesidades del feto.

Es importante recordar eso porque, por increíble que parezca, en la discusión sobre estos temas, la posición en la que se encontrará el niño no siempre se investiga adecuadamente,[88] reduciendola prácticamente al tema de la admisibilidad o no de la libertad de procreación. Probablemente, aquí más que en otros lugares, se muestra cuán *difíciles* son los caminos del Derecho, y también cómo necesariamente las soluciones que ello puede preparar son necesariamente limitadas.[89]

Es cierto que con demasiada frecuencia se tiene en cuenta la situación problemática en la que se encontrará el niño nacido (y los paralelismos con otras situaciones problemáticas que se encuentran en la realidad

[87] S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 15.

[88] Una situación "complicada" hasta la necesidad de definir quién debe considerarse la madre, frente a tres figuras potenciales: la madre "social", la madre "biológica" y la madre "gestacional"(vid. M. Di Masi, *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, en «Rivista Critica di diritto privato», 2014, pp. 615-646). Muchos perfiles problemáticos se encuentran en el trabajo de R. Baratta, *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, en «Diritti umani e diritto internazionale», n. 2, 2016, pp. 309-334.

[89] De lo cual él es muy consciente Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 28. Sobre los "límites" de la ley y la difícil delimitación de su campo de operación, vid. G. Zanetti, *I limiti del diritto. Aspetti del dibattito contemporaneo*, en «Rivista di filosofia del diritto», fascicolo speciale, dicembre 2017, pp. 25-40, y F.J. Ansuátegui, *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, en S. Salardi, M. Saporiti (eds.), *Le tecnologie 'morali' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino 2020, p. 24-26.

parecen francamente pretenciosos, ya que aquí la problemáticidad es, por así decirlo, estructural y programada).[90]

Del mismo modo, es problemática la afirmación según la cual se puede negar la existencia de una relación entre el feto y la mujer que lo dio a luz. Y eso, no porque queramos necesariamente —y reaccionariamente, como teme alguien—,[91] comprimir los derechos de las mujeres en sus cuerpos o recuperar los "lazos de sangre", sino porque parece un derecho fundamental del niño poder hacer cuentas, en la construcción de su personalidad, con la complejidad de su historia existencial. Aunque puede ser cierto que «la evolución de las técnicas reproductivas» se ha infiltrado «en la unidad de la concepción» causando su "fragmentación", no está claro cómo podemos hablar, con respecto a la mujer embarazada, de «participación en el evento fértil [...] de sujetos que, aunque genéticamente conectados con el feto, asumen una posición jurídicamente irrelevante, protegidos por el anonimato y la irresponsabilidad enfrente al niño».[92] Cómo se puede pensar en una posición legalmente irrelevante, en una situación como ésta, sigue siendo un misterio. No hay diferencia, en efecto, con lo que sucede en la fertilización heteróloga: incluso en este caso parece posible afirmar que solo hasta cierto punto hay 'terceros' no relacionados con la relación de filiación, ya que todavía son sujetos «involucrados en el hecho biológico de la generación».[93] ¿Po-

[90] Vid. D'Agostino, *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, cit., in particolare pp. 191- 206.

[91] Vedi ad es. Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, cit., p. 232 e 234.

[92] D. Giunchedi, *Maternità surrogata tra ordine pubblico*, favor veritatis *e dignità della maternità*, en «Il corriere giuridico», n. 10, 2019, p. 1212, sobre la sentencia n. 12193/2019 de la Corte de Cassazione italiana.

[93] A. Bucelli, *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, en G. Baldini (ed.), *Persona e famiglia nell'era del Bio-*

demos, por lo tanto, realmente pensar que en una relación como la establecida por la posibilidad del sustituto de la maternidad, puede haber sujetos 'libres' de cualquier compromiso, ya que están protegidos por el anonimato y la irresponsabilidad? Incluso sin poner el obvio *mater semper certa est*... ¿verdaderamente podemos pensar que no hay relación entre el feto y la que lo llevó en el útero? «Separar este vínculo significa privar [al feto] de la posibilidad de ser calificado por la relación que lo ha traído al mundo y del cual retiene olores y sonidos».[94] Sin mencionar el hecho de que «una madre social no puede existir sin una madre 'biológica' o 'natural'. El referente principal del nombre 'madre' es, por lo tanto, la que tuvo la experiencia corporal del embarazo, que sí es biológica pero siempre relacional».[95]

La definición de los derechos y de los deberes de cada sujeto de la relación, de los cuales la ley no puede dejar de hacerse cargo, y que de hecho es el derecho a determinar, no puede, por lo tanto, no comenzar desde una protección completa del feto, y no solo por la consideración de que «cuando el niño ya ha llegado» no se puede hacer nada más «que protegerlo»,[96] sino más bien tomando en serio su existencia a partir de la posibilidad de su concepción, evitando tratarlo como un objeto de intercambio en el campo de las transacciones. Esto significa que su protección debe llevarse a cabo poniendo en juego, desde el principio, la complejidad de las relaciones dentro de las cuales está llamado a la vida: por ejemplo, evitando cualquier forma de anonimato,[97] y asegu-

diritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica, introducción de G. Ferrando, Firenze University Press, Firenze, 2015, p. 64.

[94] Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 380-1.

[95] Danna, *La falsa simmetria tra i sessi...*, cit., p. 414.

[96] Amato, *Prefazione*, cit., p. 17.

[97] Sobre cuyas premisas y consecuencias vale la pena leer S. Vegetti Finzi, *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioe-*

rando que todos puedan asumir las responsabilidades relacionadas con el rol cubierto y no solo con el consentimiento otorgado.[98] En otras palabras, debe tenerse en cuenta la condición de "ser humano" del niño.[99] Como Alain Supiot ha recordado, el Derecho es un recurso técnico «cuya función es inscribir a todo ser humano en la vida biológica y al mismo tiempo en la vida de representación, dándole así una posibilidad de acceder a la razón». La función antropológica del Derecho se realiza en su capacidad de dar a luz al hombre «dos veces, la primera a la vida de los sentidos y la segunda a la vida del sentido», y por lo tanto el puede ser «una fuente de gran libertad», siempre que los hombres no lo exploten «en un sentido contrario a [su] función».[100]

5. *Reflexiones finales*

Hay muchos perfiles que todavía deberían recordarse y analizarse. En un nivel más estrictamente legal, además de la cuestión recurrente y debatida del orden público, y la delicada cuestión de la discriminación entre las esferas pública y privada, es suficiente pensar en un

tica, cit., pp. 182-197.

[98] Si realmente se desea proteger, primero al feto y luego al niño (o niña), la "responsabilidad" de los sujetos involucrados no puede coincidir con el solo criterio de "consentimiento", como sucede más o menos explícitamente en el debate sobre este tema. Responsabilidad significa responder de los actos que se realizan (vid. E. Bea Perez, *Derechos y deberes. El orizonte de la responsabilidad*, en «Derechos y Libertades», junio 2013, pp. 53-92), y no parece que, por ejemplo, sea posible no derivar ninguna consecuencia del hecho de llevar una nueva vida en su regazo. De todos modos, sobre este perfil, vid. M.R. Spallarossa, *La procreazione responsabile*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit., p. 1373-1401.

[99] Este es el compartible enfoque de Mazzoni, *Protezione del concepito: dal nominalismo giuridico all'uomo "in quanto tale"*, cit., pp. 1299-1305.

[100] A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. 173.

punto extremadamente crítico, aunque subestimado, como el relativo a la posición de los padres clientes. A diferencia de lo que sucede en otras formas (pero no todas) de procreación asistida, la maternidad subrogada parece hacer que la posibilidad de pensar en una simetría de las posiciones de los sujetos de la relación desaparezca definitivamente.[101] También puede entenderse desde este aspecto, considerado por algunos como secundario, lo difícil que es establecer exactamente los derechos y deberes de todas las partes involucradas en la subrogación.[102] Así como parece difícil —en una consideración general de los límites de la intervención legal en cuestiones de frontera—,[103] definir de una vez por todas las competencias del legislador, llamado a establecer los principios y las reglas generales, y de los jueces que deben decidir sobre los casos individuales. Si la esperanza de muchos es que una regulación legislativa pueda ser decisiva y pueda eliminar cualquier incertidumbre para aquellos que se encuentran en la necesidad de recurrir a las posibilidades que ofrece la tecnología, el espacio de intervención de los jueces parece inevitable, como en todas las cuestiones bioéticas, para evaluar la naturaleza jurídica y las consecuencias de cada situación particular.[104]

Sin embargo, queda la pregunta más importante, sobre los efectos que la maternidad subrogada puede tener en un nivel más general. De hecho, no hay duda de que

[101] Danna, *La falsa simmetria tra i sessi...*, cit., p. 418.

[102] No es diferente, por otro lado, de lo que sucede en todos los casos en los que el binomio cuerpo-padres ha fallado: vid. Galeotti, *In cerca del padre*, cit., p. 229-238.

[103] Vid. G. Alpa, *I limiti dell'intervento giuridico*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 57-62.

[104] Vid. R.G. Conti, *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana?*, Aracne, Roma 2019. También Cricenti, *Il giudice e la bioetica*, cit.

ella corre el riesgo de cambiar muchas de nuestras creencias. Independientemente de cualquier evaluación moral,[105] ella parece dar razón a las previsiones futuristas de Bertrand Russell, cuando dijo que estaba convencido de que, en virtud del progreso técnico, ya no habría «ningún límite para las desviaciones del sentimiento tradicional que la ciencia puede introducir en el tema de la reproducción».[106] Russell se refería a una reproducción regida por el Estado cuya descripción es la anticipación perfecta del *Mundo feliz* de Aldous Huxley; y, sin embargo, tal vez captó una tendencia típica de nuestros tiempos.

No es casualidad que haya quienes, como Giuliano Amato, lleguen a decir que la maternidad subrogada contribuye a crear «a nuestro alrededor un contexto en el que no podemos reconocernos».[107] ¿Estamos seguros, pregunta el ex Primer Ministro y actual juez del Tribunal Constitucional, «que nuestras mentes, formadas con paradigmas culturales muy diferentes y mucho más tradicionales, son capaces de absorber cambios como éstos, con la misma velocidad con que tecnología los hace posibles y los aplica?[108] Por supuesto, uno podría responder recordando las extraordinarias capacidades adapta-

[105] Junto con aquellos que, aunque favorables, plantean dudas y preguntas, hay quienes ven en las nuevas formas de maternidad incluso las habilidades palingenéticas respecto de la estructura tradicional "osificada" considerada como la «jaula que obliga a la relación de la madre dentro de los límites de la oblatividad y del autoritarismo» (V. Venditti, *Maternità reloaded. Una riflessione sui processi di assimilazione e normalizzazione delle forme alternative di maternità*, en «Politica & Società», n. 3, 2014, pp. 449-465; cita de p. 454). Este artículo es notable por la reversión real de los argumentos generalmente utilizados contra la subrogación. En la opinión de la autora, por ejemplo, es el modelo tradicional a debilitar «el horizonte de relación» (p. 458) y representar un fortalecimiento de la «estructura ambigua del neoliberalismo» (p. 462).

[106] B. Russell, *La visione scientifica del mondo*, Laterza, Roma-Bari 1988, p. 174.

[107] Amato, *Prefazione*, cit., p. 11.

[108] Ibid., p. 13.

tivas de la mente humana, que si no son las imaginadas por Huxley, son capaces de representar y percibir como 'normales' situaciones que alguna vez parecían inimaginables. Sin embargo, si tenemos que considerar seriamente la hipótesis de que la aplicación de tecnologías biomédicas puede modificar sustancialmente "nuestro concepto de bien",[109] siempre queda la pregunta sobre el problema si lo que *es posible* también *es deseable* por esa misma razón. ¿Realmente «queremos adaptarnos al final, aceptando el principio de que todo lo que es factible debe hacerse?»[110] ¿Tenemos que querer "lo que la tecnología quiere"?[111] En otras palabras ¿no pueden las mismas críticas que abordan la 'normatividad' de la naturaleza dirigirse a la 'normatividad' de la tecnología?[112] Si «la antigua relación entre el Derecho y la naturaleza» se ha convertido «en la nueva relación entre el Derecho y la tecnología» ¿por qué no tomar en serio el hecho de que «para el Derecho también la tecnología es un tema capaz de regulación»?[113] Es el mismo poder de la tecnología el que invoca una intervención del Derecho, desde el punto de vista de los más débiles.[114]

Si la era en la que «la naturaleza gobernó y la ley podía mirar en silencio» sin duda ha pasado,[115] es necesario decidir si es la técnica la que debe expresar la mayor virtud de nuestro tiempo, como Emanuele Severino

[109] R. Ogien, *Del profumo dei croissants caldi e delle sue conseguenze sulla bontà umana. 19 rompicapi morali*, ed. por G. Valle, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 122.

[110] Amato, *Prefazione*, cit., p. 13.

[111] En el trabajo de K. Kelly, *Quello che vuole la tecnologia*, Codice Edizioni, Torino 2011, la historia de la tecnología se reconstruye como la de un organismo vivo cuyo desarrollo sigue su lógica interna.

[112] Críticas bien resumidas en el trabajo de Ogien, *Del profumo dei croissants caldi...*, cit., p. 123-125.

[113] N. Irti, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 24 e 25.

[114] Ansuátegui, *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, cit., p. 30.

[115] Rodotà, *La vita e le regole*, cit., p. 75.

quizás lo consideró desconsoladamente,[116] o si todavía existe la posibilidad de imaginar algunos límites, no solo para defender los valores constitucionales más altos,[117] sino también, de manera más general, para evitar que sean tecnología y mercado, junto con preferencias individuales a determinar, las opciones éticas de una sociedad decente.[118] Aunque sabemos que «en una democracia constitucional ni siquiera la mayoría puede imponer su propia forma de vida a las minorías»,[119] también sabemos que algunos de los problemas éticos que surgieron en virtud del desarrollo científico y tecnológico no se pueden dejar enteramente a preferencias personales. «Cuanto más crezca nuestra capacidad de manipular la vida, más tendrá que regirse por nuestro juicio, por el juicio humano».[120] Sin querer negar, por lo tanto, el deseo de paternidad y maternidad expresado por aquellos que, por diversas razones de naturaleza o por elección (parejas homosexuales) no pueden lograr la satisfac-

[116] «La virtud suprema de la técnica no puede [verse] obstaculizada por ninguna otra forma de virtud, que en cambio [solo] puede ayudar a la implementación de la creatividad infinita de la técnica» (E. Severino, *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Rizzoli, Milano 1999, p. 25). Y de nuevo: «cuando uno se pregunta qué ética debería adoptar hoy la ciencia y la tecnología —continúa el filósofo recientemente fallecido —, uno no puede no ver que la técnica, guiada por la ciencia moderna, es ahora la forma suprema de la ética, y que la ética de la tradición occidental es una técnica cuyo poder ha sido superado por el poder de la técnica científica» (ivi, p. 45).

[117] «La elección realizada por el legislador en 2004 para prohibir y penalizar absolutamente "a quien, de cualquier forma, realice, organice o anuncie la subrogación de maternidad" muestra que hay al menos un campo en el bioderecho en el que el legislador no solo no ha sido inerte sino que, sobre todo, ha podido garantizar la protección de los más altos valores constitucionales» (Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 381).

[118] Con las posiciones de Emanuele Severino se ha enfrentado críticamente en varias ocasiones Natalino Irti. Vid. sobre todo N. Irti-E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari 2001, además Irti, *L'uso giuridico della natura*, cit., pp. 45-67.

[119] Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 6.

[120] Ross, *Il nostro futuro*, cit., p. 90.

ción de sus aspiraciones,[121] se puede compartir la opinión de quienes ven con "perplejidad" la opción de atribuir «al cuerpo femenino y la maternidad subrogada la tarea de responder a esta necesidad».[122]

Por lo tanto, de manera concluyente, podemos repetir las palabras de Jurgen Habermas, según la cual «precisamente en aquellas dimensiones donde las fronteras son más difíciles de determinar, deberíamos poder dibujar (e imponer) fronteras absolutamente precisas».[123]

Bibliografia

Alpa G., *I limiti dell'intervento giuridico*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., pp. 57-62.

Amato, G., *Prefazione* a P. Marion, *Il disagio procreativo. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli, Roma 2017.

Andronico, A., *Libertà. La legge come misura*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (eds.), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019.

Ansuátegui, F. J., *L'autonomia presa sul serio*, en I. Belloni, T. Greco, L. Milazzo (eds.), *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*. II. *La prospettiva filosofica. Teorie dei diritti e questioni di fine vita*, Giappichelli, Torino, 2016.

——, *Nuove tecnologie e spazio pubblico*, en S. Salardi, M. Saporiti (eds.), *Le tecnologie 'morali' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino, 2020.

[121] Sobre la procreación como «encrucijada de derechos e intereses, incluso conflictivos», vid. A. D'Aloia-P. Torretta, *La procreazione come diritto della persona*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit, pp. 1341-1371.

[122] Luzzi, *Dall'aborto alla surrogazione di maternità*, cit., p. 374.

[123] Habermas, *Il futuro della natura umana*, cit., p. 22.

Balestra, L., *Efficacia del testamento biologico e ruolo del medico*, en Aa.Vv., *Testamento biologico. Riflessioni di dieci giuristi*, prefación de U. Veronesi, Il Sole 24 Ore – Umberto Veronesi Foundation, Milano, 2005.

Baratta, R., *Diritti fondamentali e riconoscimento dello 'status filii' in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore*, en «Diritti umani e diritto internazionale», n. 2, 2016, pp. 309-334.

Barberis, M., *Libertà*, Il Mulino, Bologna, 1999.

Baud, J. P., *Il caso della mano rubata. Una storia giuridica del corpo*, a cura di C. Mazzoni, Giuffrè, 2003.

Bea Perez, E., *Derechos y deberes. El orizonte de la responsabilidad*, en «Derechos y Libertades», junio 2013, pp. 53-92.

Becchi, P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2013.

Berlin, I., *Due concetti di libertà* (1958), en, *Libertà*, Feltrinelli, Milano, 2010.

——, *La libertà e i suoi traditori*, Adelphi, Milano, 2005.

Berlinguer, G., *Il corpo come merce o come valore*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*.

Bobbio, N., *Della libertà dei moderni comparata con quella dei posteri* (1954), en *Politica e cultura*, Einaudi, Torino, 1955.

Bodei, R., *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna, 2019.

Bodei, R., *Limite*, Il Mulino, Bologna, 2016.

Breccia, U., e Pizzorusso, A., *Atti di disposizione del proprio corpo*, ed. por R. Romboli, Edizioni Plus, Pisa 2007.

Bucelli, A., *Il cammino senza pregiudizi del biodiritto. La costruzione giuridica dei rapporti genitoriali*, en G. Baldini (ed.), *Persona e famiglia nell'era del Biodiritto. Verso un diritto comune europeo per la bioetica*, introducción de G. Ferrando, Firenze University Press, Firenze, 2015.

Calderai, V., *La conquista dell'ubiquità. Efficacia diretta dei diritti fondamentali e libertà di accesso al mercato dei servizi riproduttivi*, en E. Navarretta (ed.), *Effettività e* drittwirkung *nelle discipline di settore. Diritti civili, diritti sociali, diritto al cibo e alla sicurezza alimentare*, Giappichelli, Torino, 2017.

Canale, D., *Il diritto pubblico interiore. La giurisdizione dello Stato nello spazio bio-giuridico dell'individuo*, en «Rivista critica di diritto privato», 1998.

Casadei, T., (ed.), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Giappichelli, Torino, 2012.

——, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Milano, 2016.

Cazzetta, G., *Nell'età delle macchine. Artefici, operai, telegrafisti: diritto codificato e incertezze classificatorie dei giuristi*, en «Lavoro e diritto», 2018, n. 3, pp. 433-452.

Charlesworth, M., *L'etica della vita. I dilemmi della bioetica in una società liberale*, tr. it. di G. Gozzini, Donzelli, Roma, 1996.

Conti, R. G., *Scelte di vita o di morte. Il giudice è garante della dignità umana?*, Aracne, Roma, 2019.

Cooper, M., Waldby, C., *Clinical Labor. Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Duke University Press, Durham, 2014.

Corradi, L., *Nel ventre di un'altra. Una critica femminista delle tecnologie riproduttive*, introducción de R. Trucco, Castelvecchi, Roma, 2017.

Corti, I., *La maternità per sostituzione*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, ed. por S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano 2011, Tomo II.

Cricenti, G., *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Carocci, Roma, 2017.

——, *Il sé e l'altro. Bioetica del diritto civile*, Ets, Pisa, 2013.

D'Agostino, F., *Bioetica nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998.

D'Aloia, A., Torretta, P., *La procreazione come diritto della persona*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, cit, pp. 1341-1371.

Danna, D., *La falsa simmetria tra i sessi nella surrogazione di maternità*, en «Ragion Pratica», n. 2, 2019.

Deomampo, D., *Transnational Reproduction. Race, Kinship and Commercial Surrogacy in India*, New York University Press, New York, 2016.

Di Lucia, P. (ed.), *Ontologia sociale, Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata, 2006.

Di Masi, M., *Maternità surrogata: dal contratto allo «status»*, en «Rivista Critica di diritto privato», 2014, pp. 615-646.

Dolcini, E., *La fecondazione assistita "eterologa". Una questione aperta*, en F. Poggi (ed.), *Diritto e bioetica. Le questioni fondamentali*, Carocci, Roma, 2015.

Duso, G. (ed.), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999.

Dworkin, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

Esposito, R., *Le persone e le cose*, Einaudi, Torino, 2014.

Federici, S., *Calibano e la strega. Le donne, il corpo e l'accumulazione originaria*, Mimesis, Milano, 2015.

Fernández Sánchez, S., *Maternità surrogata e prestazioni sociali*, en «Rivista del diritto della sicurezza sociale», n. 2, 2017.

Ferrajoli, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001

——, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

Foucault, M., *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1* (1976), Feltrinelli, Milano, 2005.

——, *Sorvegliare e punire* (1975), Einaudi, Torino, 1976.

Galeotti, G., *In cerca del padre. Storia dell'identità paterna in età contemporanea*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

Giolo, O., Pastore, B. (eds.), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Carocci, Roma, 2018.

Giunchedi, D., *Maternità surrogata tra ordine pubblico, favor veritatis e dignità della maternità*, en «Il corriere giuridico», n. 10, 2019.

Grasso, A. G., *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, en «TCRS - Teoria e critica della regolazione sociale», n. 2, 2018, pp. 151-188.

Greco, T., *Dal dolore alla giustizia. Strategie di risposta tra carità e diritto*, in *Diritto in trasformazione. Questioni di filosofia giuridica*, ed. por Vincenzo Omaggio, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005, pp. 407-440.

Guerzoni, C. S., *Loro lo fanno, io lo cucino. Gravidanza, maternità e filiazione nel contesto della surrogacy gestazionale statunitense*, en «Etnografia e ricerca qualitativa», n. 3, 2018, pp. 427-447.

Habermas, J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* [2002], ed. por L. Ceppa, Einaudi, Torino, 2010.

Hobbes, T., *Leviatano* (1651).

Irti, N., Severino, E., *Dialogo su diritto e tecnica*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

Irti, N., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

——, *L'uso giuridico della natura*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

Kelly, K., *Quello che vuole la tecnologia*, Codice Edizioni, Torino, 2011.

Kuhse, H., *Il corpo come proprietà. Ragioni di scambio e valori etici*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., p. 72.

La Mettrie, J. O. de, *L'uomo macchina* (1747), en *Opere filosofiche*, ed. por S. Moravia, Laterza, Bari, 1974.

Lalatta Costerbosa, M., *Una bioetica degli argomenti*, Torino, 2012.

Leist, A., *Autonomia e giustizia*, en S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1993, pp. 19-27.

Luzzi, C., *Dall'aborto alla surrogazione di maternità: antiche e nuove modalità di "esproprio" del corpo femminile*, en «Ragion Pratica», 2019, n. 2, pp. 373-374.
Majumdar, A., *The Rhetoric of Choice: The Feminist Debates on Reproductive Choice in the Commercial Surrogacy Arrangement in India*, en «Gender, Technology and Development», 18, n. 2, 2014, pp. 275-301.
Marion, P., *Il disagio procreativo. Sessualità e procreazione nel tempo delle biotecnologie*, Donzelli, Roma, 2017.
Marzocco, V., *'Dominium sui'. Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.
Mattei, U., *La legge del più forte*, manifestolibri, Roma, 2010.
Migliorino, F., *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008.
Milazzo, L., *Liberi tutti? Alcune considerazioni su libero arbitrio e colpevolezza*, Giappichelli, Torino, 2018.
Mill, J. S., *Saggio sulla libertà* (1861), Il Saggiatore, Milano, 1980.
Ogien, R., *Del profumo dei croissants caldi e delle sue conseguenze sulla bontà umana. 19 rompicapi morali*, ed. por G. Valle, Laterza, Roma-Bari, 2012.
Palazzani, L., *Corpo e persona: i percorsi filosofici della bioetica e della biogiuridica*, en F. D'Agostino (a cura di), *Il corpo deformato, nuovi percorsi dell'identità personale*, Giuffrè, 2002.
Parisoli, M., *Il corpo tra diritto e diritti*, en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1999.
Pateman, C., *Il contratto sessuale*, Editori Riuniti, Roma, 1997.
Paul, E. F., Miller, F. D., Paul, Jr. J. (eds.), *Autonomy*, Cambridge, 2003.
Perulli, P., *Il dio Contratto. Origine e istituzione della società contemporanea*, Einaudi, Torino, 2012.
Pettit, P., *Il repubblicanesimo. Una teoria della libertà e del governo*, ed. por M. Geuna, Feltrinelli, Milano, 2000.

Pirandello, L., *Il fu Mattia Pascal* (1904), en *Tutti i romanzi*, ed. por G. Macchia, vol. I, p. 334.
Pomarici, U., *Dignità a venire. La filosofia del diritto alla prova del futuro*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019.
Punzi, A., *L'ordine giuridico delle macchine. La Mettrie Helvétius D'Holbach. L'uomo macchina verso l'intelligenza collettiva*, Giappichelli, Torino, 2003.
Ripepe, E., *Sulla dignità umana e su alcune altre cose*, Giappichelli, Torino, 2014.
Rodotà, S., *Ipotesi sul corpo «giuridificato»*, en «Rivista critica di diritto privato», 1994.
——, *Questioni di bioetica*, Laterza, Roma-Bari, 1995.
——, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
Rodotà, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2006.
Rodotà, S., Zatti, P. (eds.), *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, ed. por S. Canestrari, G. Ferrando, C. M. Mazzoni, S. Rodotà, P. Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, Tomo II.
Romboli, R., *La libertà di disporre del proprio corpo*, Zanichelli, Bologna, 1988.
Ross, A., *Il nostro futuro. Come affrontare il mondo dei prossimi vent'anni*, Feltrinelli, Milano, 2016.
Russell, B., *La visione scientifica del mondo*, Laterza, Roma-Bari, 1988, p. 174.
Salardi, S., Saporiti, M. (eds.), *Le tecnologie 'morali' emergenti e le sfide etico-giuridiche delle nuove soggettività*, Giappichelli, Torino, 2020.
Sandel, M., *Quello che i soldi non possono comprare. I limiti morali del mercato*, ed. por C. Del Bò, Feltrinelli, Milano, 2013.
Savater, F., *Il coraggio di scegliere. Riflessioni sulla libertà*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
Schmitt, C., *Lo Stato come meccanismo in Hobbes e in Cartesio* (1936), en *Scritti su Thomas Hobbes*, a cura di Carlo Galli, Giuffrè, Milano, 1986.

SEARLE, J., *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.

SEVERINO, E., *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Rizzoli, Milano, 1999.

SKINNER, Q., *La libertà prima del liberalismo*, ed. por M. Geuna, Einaudi, Torino, 2001.

SPALLAROSSA, M. R., *La procreazione responsabile*, en *Trattato di biodiritto*, dirigido por S. Rodotà e P. Zatti: *Il governo del corpo*, Tomo II, pp. 1373-1401.

SUGAMELE, L., *Il valore economico della procreazione al tempo del biomercato neoliberista*, en «Ragion Pratica», 2, 2019.

SUPIOT, A., *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.

TALLACCHINI, M. C., *Habeas corpus? Il corpo umano tra non-commerciabilità e brevettabilità*, en «Bioetica», 1998.

TAYLOR, J.S. (ed.), *Personal Autonomy. New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosphy*, Cambridge, 2005.

VALLINI, A., *Sistema e metodo di un biodiritto costituzionale: l'illegittimità del divieto di fecondazione "eterologa"*, en «Diritto penale e processo», n. 7, 2014.

VECA, S., *Cittadinanza. Riflessioni filosofiche sull'idea di emancipazione*, Milano, 2008.

VEGETTI FINZI, S., *Oscurità dell'origine e bioetica della verità*, in S. Rodotà (ed.), *Questioni di bioetica*, cit., pp. 182-197.

VENDITTI, V., *Maternità reloaded. Una riflessione sui processi di assimilazione e normalizzazione delle forme alternative di maternità*, en «Politica & Società», n. 3, 2014, pp. 449-465.

VIROLI, M., *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

ZANETTI, G., *Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, Discriminación, Derecho*, ed. por F. J. Ansuátegui, Editorial, Dikynson, Madrid, 2020.

ENFOQUE BIOÉTICO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO, COMO ACTO DE DISPOSICIÓN DEL CUERPO HUMANO

FERNANDO CATAÑO MURO SANDOVAL
Escuela Libre de Derecho

RESUMEN: En este estudio, se plantean cuestionamientos en torno a la maternidad subrogada, realidad humana en la que el Derecho debe dar respuesta, en un marco de ética y derechos humanos.

RIASSUNTO: In questo studio vengono affrontate alcune questioni riguardo la maternità surrogata, una realtà umana alla quale la legge deve rispondere all'interno di un contesto di etica e diritti umani.

ABSTRACT: in this paper, questionings about surrogated motherhood are stated; human reality to which Law must solve within a frame of ethics and human rights.

PALABRAS CLAVE: Filiación, maternidad, paternidad, familia, derechos humanos.

PAROLE CHIAVE: Filiazione, maternità, paternità, famiglia, diritti umani.

KEY WORDS: Filiation, paternity law, family, human rights.

I. INTRODUCCIÓN

El mundo actual, con la diversidad de actividades en las que incursiona la ciencia y la tecnología, con las múl-

tiples expectativas que abre el conocimiento humano, con los anhelos siempre crecientes y siempre cambiantes del individuo, reclama respuestas del Derecho, en tanto sistema normativo social llamado a dar cauce y posibilidad a los objetivos lícitos, comprensibles y sensibles del individuo.

Individuo que, ante todo, se debe a una colectividad, como único entorno en el cual puede ver satisfechas sus aspiraciones y frente a la cual tiene compromisos éticos y responsabilidades de entorno.

Es claro que la primera y más íntima comunidad es la de la familia, en la que cada cual busca lograr su máxima realización y trascendencia y, dentro de ella, la posibilidad de procrear es una de las aspiraciones más legítimas. Esto, siendo evidente, ha presentado, en los últimos tiempos, algunos desafíos de carácter social, médico, ético, filosófico y, desde luego, jurídico, a través de las técnicas de reproducción asistida. En ellas, convergen conocimiento, vivencia y normatividad y se impone que el ser humano sepa identificar sus límites, posibilidades y compromisos.

Dentro de las opciones que la ciencia puede ofrecer, hay alternativas que, hasta hace relativamente poco tiempo eran impensables y hoy son pragmáticamente posibles, como la maternidad subrogada. Alternativa en la que bien pueden hacerse presentes, por un lado, la siempre deseable solidaridad humana pero, por otro, los riesgos que la soberbia humana y la necesidad económica suelen plantear a la convivencia.

El deseo de ser padre o madre y formar una familia amerita, no obstante los riesgos, poner en análisis a la maternidad subrogada sin por ello dejar de lamentar que sea más fácil hallar preguntas que respuestas. Esa es, en última instancia, la constante de la intimidad humana.

II. Reproducción asistida y maternidad subrogada

El avance de la ciencia biomédica y biotecnológica ha generado asombro en muchos temas vinculados a la salud humana, física y mental, como natural resultado de sus elevados alcances y de las grandes expectativas a las que da lugar.

El desarrollo del conocimiento científico ha tenido y tendrá descubrimientos y aportes muy significativos para la calidad de la vida humana, sin embargo, se requiere establecer líneas éticas de conducta en dicha investigación científica y tecnológica que, necesariamente, refieren e implican, a su vez, aspectos filosóficos, políticos, económicos, sociales y jurídicos, dada la complejidad social.

Tan solo como muestra de estos avances científicos se tiene, en el área biomédica, a las técnicas de reproducción asistida cuya diversidad, especialidad y finalidad muestran, por ahora, una gran variedad de opciones biotecnológicas, tales como la inseminación artificial, la hiperestimulación ovárica controlada, la perfusión espermática a oviductos, la fertilización *in vitro*, la transferencia de embriones, transferencia intratubaria de gametos, transferencia intratubaria de embriones o cigotos y, desde luego, la maternidad subrogada, entre otras.[1] En opinión de Héctor Mendoza:

> Bajo estas nuevas fronteras de la ciencia, si antes se hablaba de maternidad biológica, como contrapuesta a la legal; es evidente que hoy resulta necesario distinguir no sólo la maternidad biológica, sino también la maternidad genéti-

[1] Para mayor información sobre dichas temáticas, puede consultarse a Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda y Rodríguez López, Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida. Su repercusión en las instituciones del derecho de familia.* México, Porrúa, 2015.

ca y aquélla por gestación como conceptos distintos que pueden ser disociados.

Como podemos ver, la ciencia médica y sus avances tecnológicos, han abierto la posibilidad de que una mujer que dé a luz no sea la madre genética del niño, dado que el embarazo puede ser el resultado de la donación de un embrión procedente de otra pareja, es decir, de un embrión cuya carga genética sea absolutamente extraña de la mujer que se encuentra embarazada. Lógicamente, este tipo de circunstancias afectan, como lo hemos venido sosteniendo, los conceptos que hasta ahora tenemos de maternidad, paternidad y filiación.

Esto patentiza la urgente necesidad de crear cauces legales que sirvan para regular las relaciones surgidas de estas situaciones. Esta adecuación de la norma a las situaciones contemporáneas resulta de vital importancia en el mundo de la protección de los derechos fundamentales, ya que existen derechos y deberes que pueden ser reclamados.[2]

Sabido es que la realidad humana impone sus tiempos al Derecho, más no por eso es descartable que, una vez regulado el novedoso escenario de la convivencia humana, el propio Derecho moldea a las nuevas realidades, motivo por el cual no puede dejarse de atender y reflexionar acerca de nuestro tema, ya que la práctica de la maternidad subrogada es uno de los importantes dilemas de la sociedad contemporánea, dentro de los derechos y actos de disposición del cuerpo humano.

A la práctica conocida como maternidad subrogada, a su vez, se le ha otorgado diversos nombres, tales como: *útero subrogado, portadora gestacional, servicio gestacional,*

[2] Mendoza C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica,* México, Fontamara, 2011, (Doctrina jurídica contemporánea, número 57), p. 166.

gestación por substitución, portadora substituta, madre de alquiler, alquiler de vientre, entre otras, de lo cual se infieren las diferentes ópticas que, respecto de la figura, nos hacen poner en énfasis el cómo lo descriptivo de esas denominaciones no puede sino derivar de la experiencia, cada vez más cotidiana que, indudablemente, se tiene del suceso.

Francesca Puigpelat Martí, hace énfasis en que la normatividad aplicable a las técnicas de reproducción asistida presenta múltiples consideraciones y alcances al puntualizar, junto con Pitch que:

> La regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida (TRA) no es uniforme en los países de nuestro entorno cultural. Su análisis y valoración puede hacerse desde varias perspectivas. Si se examinan estas legislaciones desde el punto de vista de su permisividad, es posible hablar de dos modelos: un modelo rígido y restrictivo y un modelo más flexible. El primero es el dominante y es el que adoptan, por ejemplo, las legislaciones de Francia, Alemania, Suiza y Noruega. El segundo es el que inspira las legislaciones inglesa y española. Rigidez y flexibilidad dependerán del grado de imposición de criterios éticos particulares y de un modelo único de relaciones familiares. La ventaja de las leyes más modestas y flexibles, las que no pretenden tanto, es que son más eficaces que las inmodestas.[3]

Como en todos los casos, la legislación es producto humano para vivencias humanas, no puede por tanto existir un solo parámetro ni un único resultado. No cabe, por ello, sino recalcar la conveniencia-necesidad de no evadir la realidad ya existente.

[3] Puigpelat Martí, Francesca, "Bioética, constitución y técnicas de reproducción asistida", en: Casado, María (Editora), *Bioética, Derecho y sociedad,* 2da ed. Madrid, Trotta, 2015, (Colección estructuras y procesos, Serie Derecho), p. 42.

1. *¿Qué reglas nos rigen?*

En el sistema jurídico mexicano constituyen ley suprema la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales, celebrados por el Presidente de la República y aprobados y ratificados por el Senado de la República, así como todos los Tratados Internacionales en los cuales nuestro país, México, sea parte en temas de Derechos Humanos.[4]

La maternidad subrogada implica que, a solicitud de una pareja o a petición de varón o mujer, se encomiende la prestación del servicio gestacional a una mujer gestante de un embrión, hasta lograr el nacimiento de un ser humano, el cual será sujeto de filiación con respecto a los solicitantes.

Es importante considerar que esta práctica de la maternidad subrogada, como es conocida, es regulada con diferentes posturas legislativas: existen aquellas que prohíben la práctica de la maternidad subrogada, otras que la autorizan y una tercera opción que consiste en no tener una regulación claramente definida sobre dicha figura, generando un campo de omisión legislativa que ni expresamente la autoriza, ni la prohíbe.

Dentro del ámbito de los derechos humanos implicados en la maternidad subrogada, se incluyen, por un lado, el derecho humano a la reproducción, consagrado en el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por otra parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también

[4] El fundamento constitucional al respecto dice textualmente lo siguiente: *"Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas".* Asimismo, debe consultarse el artículo primero constitucional.

en ese artículo cuarto, afirma que toda persona tiene derecho a la protección de la salud.[5]

Estos dos derechos fundamentales, el de reproducción y el de salud, son invocados por las parejas, mujeres y hombres, que presentan problemas o enfermedades de salud, tales como: esterilidad, lesiones ginecológicas, infertilidad u otras y que aspiran, con una legítima pretensión, a que se acuda a técnicas de reproducción asistida y, en especial, a la maternidad subrogada para lograr ejercer su derecho a la maternidad o paternidad, como claves de realización personal y trascendencia humana.

El que se consagre en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el derecho a la salud, implica fundamentalmente acciones que deba desplegar el Estado Mexicano para que se atiendan las necesidades de salud física y psíquica de las personas, refiriendo la existencia de no pocos trastornos psicológicos, tales como angustia, miedo, ansiedad, depresión u otros en aquellas parejas, hombres o mujeres, que deseando tener descendencia, no logran su propósito. Cabe puntualizar, desde ahora, que la filiación podrá tener un origen natural o legal, siendo ésta última una vía prevista en nuestro ordenamiento jurídico, a través de la adopción plena.

En la figura o práctica de la maternidad subrogada encontramos sujetos jurídicos capaces que acuerdan sobre su inicio, desarrollo y conclusión. Nos referimos a los solicitantes o futuros padres, madres, pareja de igual

[5] El precepto relativo indica, en su parte conducente, lo siguiente: *"Artículo 4o. La mujer y el hombre son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará.

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución [...]"

o diferente sexo, hombre o mujer, quienes albergan la ilusión legítima de convertirse en padres o madres. También encontramos a la mujer que habrá de ser el centro de esta práctica, es decir, la portadora gestacional, en cuyo útero o vientre se alojará a un embrión para efectos de desarrollo gestacional humano y quien decide con ello sobre la disposición de su propio cuerpo.

Aunque enunciemos en último término al embrión, que será implantado en el útero de la madre subrogada, es él mismo que, con el desarrollo natural, adquirirá el carácter de feto, antes de nacer en tanto producto gestacional y luego, el de recién nacido y, por ende, de nueva persona con plenitud de vida y esfera jurídica, necesitado de la máxima protección jurídica posible, aplicando al efecto, el principio y criterio constitucional del interés superior del menor.

Claro está que la aportación de espermatozoides y óvulos para la fecundación *in-vitro* deberá ser realizada por la pareja, varón o mujer solicitantes, o proveniente de donante desconocido, pues en ningún caso podrá ser fecundado el óvulo de la madre substituta, pues entonces estaríamos ante una plena maternidad, habida cuenta de que, en tal caso, ésta última, habría aportado su óvulo y sería, además, la gestadora del *nasciturus*. Claramente, en el Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México)[6] se establecen las presunciones de los hijos nacidos del matrimonio o concubinato y en ningún caso es factible obligar al varón a impugnar la paternidad, respecto del producto gestado por la mujer, estando ambos unidos en matrimonio.[7]

[6] En enero de 2016, el Distrito Federal se convirtió, por reforma constitucional, en la Ciudad de México, sin que a esta fecha se haya actualizado la denominación del total de la legislación de la Entidad. De allí que, a lo largo de este trabajo, se haga la aclaración mencionada.

[7] Al respecto, puede consultarse el texto de los artículos relativos del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que a continuación se transcriben:

La Ley General de Salud establece que no puede ser objeto de comercio o acto jurídico oneroso la disposición respecto de componentes del cuerpo humano, tales como órganos, tejidos o células germinales. En el implícito ánimo de evitar toda forma de explotación humana, solo admite actos altruistas, tales como la donación de órganos pares, flujos sanguíneos, células germinales u otros componentes del cuerpo, que en ningún caso implicarán, se insiste, actos jurídicos remunerados.[8]

El Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) prevé que el parentesco podrá ser establecido en aquellos casos en que las parejas consientan en acudir a técnicas de reproducción asistida para que, a su vez, surja filiación. Cabe resaltar que son realmente

Artículo 324. Se presumen hijos de los cónyuges, salvo prueba en contrario:

I. Los hijos nacidos dentro de matrimonio; y

II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del mismo, de muerte del marido o de divorcio, siempre y cuando no haya contraído nuevo matrimonio la excónyuge. Este término se contará, en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial.

Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.

Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo.

Artículo 291 Ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables.

Disponibles en *http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal*, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

[8] Es así como lo disponen los artículos 313 y siguientes del título Décimo Cuarto relativo a la Donación, trasplantes y pérdida de la vida, en particular, es conveniente acudir al capítulo segundo, en relación a la Donación de órganos, tejidos, células y cadáveres. Es aquí donde pueden consultarse los conceptos legales de embrión, células germinales, donador o disponente, embrión, feto, receptor, entre otros.

En particular, el artículo 322 de la Ley General de Salud mencionada, destacadamente impone que las donaciones se rijan por los principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y factibilidad.

escasas las disposiciones de dicho cuerpo normativo con relación a las técnicas de reproducción asistida y es, de hecho, carente de norma específica en relación a la maternidad subrogada.

Por otra parte, los Códigos Civiles de las Entidades Federativas de la República Mexicana, tales como los del Estado de Querétaro y San Luis Potosí, prohíben la técnica de reproducción asistida consistente en la maternidad subrogada mientras, por otra parte, los de los Estados de Sinaloa y Tabasco, sí efectúan una regulación permisiva de la maternidad subrogada poniendo con ello de realce la divergencia de posturas posibles acerca del tema.[9]

En las normas constitucionales se reconoce, por su parte, el derecho humano a la conformación familiar y su protección jurídica, partiendo de la igualdad entre mujer y varón, al establecer la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se protegerá la organización y desarrollo de la familia y que ninguna persona ni su familia podrán ser molestados sino por mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento de que se tratare y, más aún, el Estado mexicano se limita en el supuesto de suspensión de derechos y garantías, a dejar incólume la protección a la familia.[10]

[9] Sobre el particular, el lector puede acudir a los Códigos Civiles o Familiares estatales respectivos, para la revisión de su regulación específica.

En el Código Civil para el Estado de Tabasco, artículo 360 y en el capítulo VI Bis, relativo a La Gestación Asistida y Subrogada, de los artículos 380 Bis a 380 Bis 7.

En el Código Familiar del Estado de Sinaloa, en el capítulo V, De La Reproducción Humana Asistida y la Gestación Subrogada, de los artículos 282 a 297.

En el Código Familiar del Estado de San Luis Potosí, no está ni prohibida, ni permitida, hay omisión legislativa.

En el Código Civil del Estado de Querétaro, en el artículo 400, queda prohibida la maternidad subrogada.

[10] El artículo 16 constitucional, en su primer párrafo, ordena que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones

Diversas disciplinas del conocimiento afirman y reiteran el carácter fundacional de la familia en la estructura social, lo que es natural si se toma en consideración que, en la familia, nacemos, nos educamos, desarrollamos y morimos. Tal es su importancia que el Código Civil para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México) considera a las relaciones jurídico-familiares bajo la catalogación de ser de orden público e interés social, en tanto signos de preeminencia dentro de nuestro Derecho mexicano.[11]

Si bien se debate, con justificados argumentos, si la rama del Derecho de Familia corresponde o no al Derecho Privado, es decir, al Derecho Civil, lo destacado es indicar que, hoy por hoy, estas normas del Derecho de Familia, al ser consideradas de orden público, adquieren el carácter de irrenunciables, no admiten pacto en contrario y son imperativas o prohibitivas, lo que les da un carácter preponderante, se insiste, en el sistema jurídico nacional.

Por otra parte, existe el principio rector, en el Derecho de Familia, del interés superior del menor, al amparo del cual se impone priorizar y privilegiar las necesidades del menor, frente a cualquier otro interés o pretensión de los padres o de terceras personas, por considerarse presente una vulnerabilidad y, en consecuencia, una necesidad de respuesta protectora jurídica.

si no media por escrito orden de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. Por otra parte, el texto constitucional del artículo 29, también establece que, en el caso de suspensión de derechos y garantías, no podrá restringirse ni suspenderse, entre otros, los derechos relativos a la protección de la familia.

[11] El artículo 138 Ter del citado cuerpo normativo indica que: *"Artículo 138 Ter. Las disposiciones que se refieren a la familia son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad."* Disponible en *http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatal* fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

La Convención Americana de los Derechos Humanos también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo cuarto, establece el derecho a la vida, aún en el caso de la declaración interpretativa presentada por el Estado mexicano en el tratado en cuestión y, en particular, a dicha disposición, deberá aplicarse la misma en el sistema jurídico mexicano, en tanto, y por otra parte, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 29, claramente dispone la inalterabilidad de ciertos derechos humanos en caso de que el Estado deba hacer frente, con medidas extraordinarias, a eventos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, vedando con ello toda restricción al derecho a la vida.[12]

Por otra parte, en opinión de Gisela María Fuentes Pérez, hay que tener en consideración a la Convención

[12] El artículo cuarto mencionado, expresamente dice lo siguiente: *"Artículo 4. Derecho a la Vida:*

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se le aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la Pena de muerte mientras la solicitud este pendiente de decisión ante autoridad competente."

Disponible en: *http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf*, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

de Oviedo, la cual establece principios sobre los derechos humanos y la Biomedicina, con relación a la maternidad subrogada, afirmando que:

> Desde un punto de vista bioético es importante analizar la maternidad subrogada, la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, también conocida como "Convención de Oviedo" en la misma se enuncian una serie de principios generales que buscan la protección integral del ser humano, con relación a la maternidad subrogada es importante señalar los siguientes:
>
> - La primacía del ser humano sobre los intereses de la sociedad o de la ciencia (art. 2);
> - La prohibición de la selección del sexo en las técnicas de procreación asistida (art. 14);
> - La prohibición de la comercialización de productos del cuerpo humano (arts. 21 y 22);
>
> Estos principios deben ser considerados al momento de instrumentalizar la técnica de maternidad subrogada para proveerle contenido ético y moral que protejan a todos los intervinientes del procedimiento, sobre todo a los sujetos más vulnerables como lo son la mujer y el niño que nacerá bajo el multicitado procedimiento.[13]

Como puede apreciarse, es una justificada preocupación evitar que prácticas como la de la maternidad subrogada potencien fines de carácter monetario que son y deben ser por completo secundarios —y mejor aún inexistentes— ante el aspecto humano implícito en las aspiraciones de procreación.

[13] Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *"Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público"*, en: Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 42-43.

2. *¿El servicio gestacional puede ser materia de contrato?*

Dentro de los atributos de la personalidad, como es sabido, la capacidad jurídica otorga al sujeto el ser titular de derechos y obligaciones, así como el ejercicio o cumplimiento de los mismos. Sólo aquél que sea capaz, podrá generar actos o negocios jurídicos válidos, sin ser sometido a valoraciones o cuestionamientos de carácter legal o judicial y con efectivas posibilidades de obtener los fines lícitos que haya perseguido con ellos.[14]

La voluntad consciente, expresada en la forma exigida por la Ley, en los actos o negocios jurídicos, va integrando los elementos normativamente requeridos para que se surtan en el mundo jurídico los efectos o consecuencias legales esperados, propuestos o convenidos, siempre y cuando cuenten con la protección del Derecho por estimarlos acordes al esquema de valores comúnmente aceptados o perseguidos en la comunidad.

En el tema de la maternidad subrogada se ha asociado a la condición de madre sustituta, como una portadora gestacional que con frecuencia se encuentra en una condición económica precaria, y que acepta la realización de la gestación sustituta, es decir, el embarazo, para recibir alguna remuneración. Aclaramos, desde luego, que no es el único ni exclusivo supuesto en que se ubica a la madre subrogada, pues bien existen otros casos, en los cuales es exclusivamente una conducta altruista la que guía la decisión de la portadora sustituta.

Sobre el particular, emite opinión Gisela María Pérez Fuentes, en el sentido siguiente:

[14] Sobre el particular, obtiene relevancia para el sistema jurídico mexicano el Decreto de Promulgación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día 2 de mayo de 2008, así como las tesis de jurisprudencia sobre el tema emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

> También existen autores que consideran que la maternidad subrogada no presenta ningún problema ético ni moral, ya que son las personas mayores de edad quienes ejerciendo sus derechos como seres humanos libres y autónomos pactan este tipo de procedimientos sin perjudicarse ni perjudicar a terceros.
>
> Esta posición es un tanto utópica, ya que si bien es cierto que es una decisión de adultos libres y autónomos, también es cierto que intervienen intereses y derechos de otros sujetos como es el caso de los niños que nacerán como consecuencia de este tipo de procedimientos, por ello la libertad de decisión que tenemos como seres humanos tiene límites sobre todo —en este tema específico— tratándose de la generación de vida humana, además se debe prever la posibilidad de que el futuro hijo presente malformaciones genéticas o algún tipo de enfermedad, y en este caso ¿qué sucedería con el "deseo" de los padres a reproducirse?, ¿seguirá siendo su deseo el mismo que al inicio del procedimiento?, además, muchas parejas heterosexuales acuden a este tipo de procedimiento no por presentar algún obstáculo para la procreación sino por el simple hecho de querer un "hijo bonito", que tenga las características físicas e intelectuales que ellos desean, lo cual es un tema éticamente cuestionable".[15]

En los supuestos en los cuales la madre sustituta acepta el embarazo mediando una retribución o compensación económica en virtud de su condición de precariedad económica, bien puede cuestionarse si existe una voluntad libre y ajena de vicios del consentimiento o, por el contrario, se puede dar la lesión. En

[15] Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, "*Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público*", en: Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), p. 44.

paralelo pueden existir también, por desgracia, fines egoístas en quienes desean la procreación. Es la naturaleza humana.

La ineludible pregunta es: ¿Es ético aprovecharse de la condición de precariedad de otro? Esa mujer, la madre gestacional, en su dignidad, debe ser protegida en todo momento por el derecho, más aun teniendo en consideración que, al decidir disponer de su propio cuerpo, para someterlo a una condición física que no por fisiológica está exenta de patologías cuyo pronóstico no puede anticiparse como favorable, exitoso o de final normalidad y plena en salud. Cabe aquí llamar la reflexión realizada por Pablo de Lora y Marina Gascón:

> Para un crítico de los planteamientos liberales como Michael J. Sandel, hay dos grandes estrategias argumentativas con las que oponerse a un mercado como el de los "servicios de gestación". La primera nos recuerda que, dadas las condiciones sociales subyacentes, no hay un consentimiento genuino por parte de quienes se ofrecen como madres sustitutas.
>
> Esa desigualdad provoca que sean las mujeres las más desaventajadas quienes acaben prestando estos servicios, y lo hacen, en el fondo, porque no tienen alternativa. Este argumento que Sandel denomina "argumento de la coerción", no es en realidad una objeción de principio a la maternidad de alquiler: si las condiciones fueran otras —las de una sociedad igualitaria—, no habría razones para impedir el intercambio de gestación por dinero.
>
> Sí es una objeción de principio, en cambio, la apelación a que los mercados tienen un efecto degradante sobre las cosas o sobre quienes participan en el intercambio. El noble —para algunos milagroso o mágico— acontecimiento de la maternidad y su fruto resultan así mancillados al permitir que se conviertan en un objeto mercantil: "paternidad", "maternidad" y "crianza de los hijos" se tornan

> en venta de esperma, maternidad de alquiler y venta de niños. Esta estrategia argumentativa, a la que Sandel etiqueta como "argumento de la corrupción", se presenta a veces bajo la idea de que hay cosas que no se deben hacer por dinero, aunque sí por otras razones o motivos".[16]

El planteamiento antes descrito es cierto: el factor económico es capaz de opacar las más nobles aspiraciones, haciendo imperativo que el derecho despliegue todas sus alertas en contra de procedimientos tendientes a desvalorar al ser humano. Esto abre una serie de interrogantes para las cuales nos permitimos proponer ciertas opciones reflexivas.

¿Qué sucede si el estado de embarazo genera a la prestadora gestacional complicaciones de salud? Ciertamente, las complicaciones pueden ser mínimas o en su caso graves, Por ello, en caso de aceptarse un contrato de maternidad subrogada, que se pretenda darle algún contenido obligacional, deberá ser considerado como un contrato aleatorio, por ello, los solicitantes del servicio gestacional, en su caso, deberán prever, para la válida celebración, que se harán cargo de proveer los alimentos a la prestadora gestacional. Dentro del concepto jurídico de alimentos deberá, entonces, incluirse, la asistencia médica, hospitalaria, gastos de embarazo y parto y, para todo ello, también debiera contratarse un seguro de gastos médicos mayores.

¿Qué sucede si la mujer gestadora sustituta muere con motivo del embarazo o parto? Debiera existir una responsabilidad civil contractual de los solicitantes del servicio gestacional y el pago de daños y perjuicios a los sucesores de la finada gestadora sustituta. Para ello, podría en su caso, contratarse un seguro de vida. Si la ges-

[16] Lora, Pablo de y Gascón, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 86-87.

tadora sustituta muere y, a su vez, tuviese, hijo o hijos menores de edad, los solicitantes de la maternidad subrogada deberán asumir la obligación solidaria del pago de los alimentos de los huérfanos resultantes.

¿Qué sucede si la portadora sustituta adquiere una discapacidad orgánica funcional derivada del embarazo o parto? Los solicitantes del servicio gestacional deberán asumir el pago de una pensión vitalicia para sufragar los medicamentos, tratamientos médicos y estudios clínicos necesarios para controlar o remediar el padecimiento generado a la madre subrogada. Claro que es factible prever un conflicto de carácter judicial para la determinación del origen del padecimiento, pero sería poco ético dejar a su suerte a la portadora gestacional afectada, quien dio satisfacción a la pretensión de maternidad o paternidad de sus solicitantes.

¿La portadora gestacional podrá ser una mujer casada? La respuesta es nunca, como tampoco podrá ser la aportante del óvulo fecundado, habida cuenta de las terminantes disposiciones legales en torno a la filiación, en cuya virtud no es posible, en primera instancia, que el hijo de una mujer casada sea reconocido por un hombre diverso del marido y de que la condición de hijo no puede perderse sino mediante sentencia ejecutoriada.[17]

[17] No basta una reforma legal al respecto pues con independencia de la proyección de los derechos de la mujer y su propuesta feminista, mediante la cual considera a la mujer como un ente autónomo, lo cual es destacable y positivo, la condición de mujer casada con varón implica la preexistencia del vínculo matrimonial, mismo que en su contexto de acto jurídico familiar implique y conlleva la observancia de las normas y disposiciones legales que le son aplicables. El día 18 de febrero de 2020 la diputada del Congreso de la Ciudad de México, Esperanza Villalobos Pérez, integrante del grupo parlamentario del Partido Movimiento de Renovación Nacional, en la primera legislatura del Congreso de la Ciudad de México, presentó la iniciativa como proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada de la Ciudad de México, misma iniciativa que a la fecha no ha sido aprobada y que contiene una propuesta deficiente, e imprecisa, pues en el artículo 18 textualmente se propone: *"En el otorgamiento del consentimiento para la práctica de la Maternidad Subrogada, el Matrimonio Asistido y la Mujer Gestante, deberán cubrir los siguientes requisitos, con independencia de los que establezca la presente Ley... Fracción VI. De ser el caso, la Mujer Gestante informe a la persona con la que esté unida en matrimonio o concubinato la intención de participar en la práctica médica de la Maternidad Subrogada para que manifieste lo que a su derecho convenga..."*

También surgen importantes cuestionamientos en los ámbitos laboral y de seguridad social, por los siguientes supuestos:

La madre sustituta puede tener la condición de trabajadora, obrera, empleada, ejecutiva o cualquier otra que implique una relación laboral. Bajo esta situación, puede, en todo momento, aceptar la gestación sustituta, al no haber regla, norma o disposición legal que lo prohíba. Sin embargo, las complicaciones en salud, por el período gestacional y las incapacidades por maternidad otorgadas por las normas laborales y de seguridad social tendrán efecto respecto de las aportaciones o cuotas a cargo del patrón y con un costo al erario público, por los servicios de salud pública implicados.

Por otra parte, una vez acontecido el parto, también las prestaciones laborales quedarán a cargo del centro de trabajo respectivo. Ante estos escenarios, los solicitantes de la maternidad subrogada deberán asumir el pago de las cuotas de seguridad social correspondientes.

Debemos destacar que en la legislación de la Ciudad de México, en el Código Penal, artículo 144, se prevé la interrupción legal del embarazo como la decisión de la mujer de poner término al mismo a más tardar hasta la décimo segunda semana de la gestación, lo cual, para el tema de la maternidad subrogada que nos ocupa, traería implicaciones y complicaciones legales entre los participantes, incluso para aquellos supuestos en los cuales se tuviese noticia de alguna malformación o enfermedad

que presente el embrión hacia la época de desarrollo gestacional mencionada.[18]

Todo lo anterior es útil para poner de manifiesto la temática colateral a la maternidad subrogada, como ambientes en los cuales el derecho debe desenvolver y desarrollar la normatividad necesaria. Es por eso que, en el ámbito internacional se han presentado litigios en los cuales se cuestiona la validez de acuerdos sobre gestación sustituta, según lo describe Gisela María Pérez Fuentes:

> Para ilustrar la importancia y consecuencias de prevenir la trata de personas a partir del procedimiento de maternidad subrogada, se destaca un caso que tuvo lugar en Vancouver en el año 2010. Una pareja contrató a una madre de alquiler para gestar a un embrión obtenido de sus gametos. Antes de cumplirse el primer trimestre, los donantes fueron informados de que el feto padecía el síndrome de Down por lo que decidieron que se abortara. Sin embargo, la madre subrogada se negó a que se practicase el aborto. Esta situación generó un conflicto relativo a la interpretación del contrato. Las alegaciones de una y otra parte (sobre el necesario control de calidad del producto y resultado final, objeto contratado, derechos adquiridos, etc.) pusieron en evidencia la triste realidad del proceso de cosificación del hijo. La situación antes expuesta nos muestra como puede ser lesionada la dignidad y derechos fundamentales del ser humano cuando el procedimiento

[18] El referido proyecto de Decreto por el que se presenta la propuesta de Ley de Maternidad Subrogada en la Ciudad de México, en el título segundo de la Maternidad Subrogada, Capítulo Primero de la mujer gestante y el matrimonio asistido, en el artículo 6, establece entre los derechos de la mujer gestante, en la fracción IV, el derecho a la interrupción del embarazo hasta antes de la décima segunda semana de gestación como lo dispone el Código Penal para el Distrito Federal (ahora Ciudad de México), mismo proyecto que no ha sido aprobado por el Congreso de la Ciudad de México. (agosto 2020).

> de maternidad subrogada no se instrumentaliza protegiendo en todo momento a la persona humana, ya que la vida es el primer y más esencial de todos los derechos humanos y en ningún caso y por ningún motivo podemos disponer de ella, pues el mundo no es una tienda donde los seres humanos pueden ser comprados y vendidos y en caso de algún "defecto de fábrica" devueltos o cambiados por otros.[19]

Lo descrito hasta ahora orienta a los posibles acuerdos o pactos que deberían ser considerados o valorados en la contratación de maternidad subrogada, sea con carácter remunerativo o altruista, pero ¿cuál será el objeto del contrato?

La implantación de un embrión en el útero de la madre gestacional, pareciera *un algo*, un objeto. No es así. Es un *nasciturus*. ¿Esas células germinales pueden ser objeto de contrato? Conforme a la Ley General de Salud no pueden ser objeto de contrato oneroso, remuneratorio o económico, pues los componentes del cuerpo humano no se encuentran en el comercio.

Ante la existencia de cuerpos normativos en la República Mexicana que permiten y regulan la maternidad subrogada y su contratación, consideramos que exceden por ahora las normas constitucionales y leyes reglamentarias sobre la materia. Estamos en un campo de contratación relativo al orden del Derecho Familiar que sobrepasa el concepto del simple acuerdo de voluntades, dada la presencia de normas de orden público e interés social que no admiten pacto en contrario. Precisamos, el propósito de la maternidad subrogada conlleva la finalidad de generar la filiación en favor de los solicitantes del ser-

[19] Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *"Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público"*, en: Pérez Fuentes, Gisela María *et al*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 46-47.

vicio gestacional con respecto al recién nacido. Las posturas o argumentos que niegan este efecto jurídico, lo realizan destacando que la maternidad subrogada, implica que el recién nacido tuvo vida intrauterina —con sus propios signos vitales—, derivada de los componentes fisiológicos aportados por la mujer gestante y su vinculación con ella, y por ende, la filiación se predica en favor de la madre gestante.

En opinión de Pablo de Lora y Marina Gascón, existen legislaciones de países como Israel y Gran Bretaña que han acogido la práctica de la maternidad subrogada, si bien habrá que considerar que ante su existencia:

> En Gran Bretaña, por otro lado, el contrato de maternidad por sustitución permite el pago de los "gastos razonables" a la madre de alquiler, sin que haya límite o concreción alguna a esa "razonabilidad". No es aventurado decir por ello que en la práctica se trata de contratos onerosos, aunque la ley británica sí es taxativa en la prohibición de la intermediación. Por otro lado, el contrato no garantiza la filiación del menor a la pareja que contrata con la madre de sustitución, es decir, no es un contrato ejecutable en sus propios términos, lo cual hace que, lógicamente, el servicio se preste a un precio muy reducido por el alto riesgo de que una de las partes no obtenga lo que desea [...]
>
> En conclusión, Israel, pero sobre todo Gran Bretaña, han promulgado leyes más favorecedoras de la autonomía de la voluntad que la mera e irrestricta prohibición "moralista" que pervive en nuestra legislación sobre reproducción asistida, y es que sobre esta materia, como sobre otras semejantes en las que es controvertible que la conducta sea indigna o lesiva para uno mismo, nos parece que no cabe dejar de atender a las consecuencias de leyes que, a partir de objeciones de principio o de la atribución de maldad intrínseca a la transacción, se decanta por declarar nulos tales acuerdos (piénsese también en el intercambio de sexo por dinero). Esa opción puede generar resultados contraproducentes si finalmente se traduce en la desprotección absoluta de quienes, en todo caso, van a vender sus servicios como madres de alquiler. En tal caso, es preferible aparcar nuestras convicciones íntimas sobre la deseabilidad de tales oficios e inclinarnos por proteger tanto como sea posible los intereses de quienes optan, tal vez equivocadamente, por esos trabajos.[20]

La opinión anterior se destaca por las condiciones de la naturaleza humana: No siendo factible negar una realidad que se impone, lo correcto es actuar para mitigar los efectos nocivos derivables de sus probables desvíos éticos, al tener una visión meramente pasiva, cuando en la vida diaria se observan casos en los cuales existe un "mercado" dispuesto a atender solicitudes de quienes pueden en ocasiones ocurrir a la maternidad subrogada por mera comodidad de gestación y sin el compromiso sólido de prever los contratiempos de un embarazo y sobre todo el destino del nuevo ser humano gestado.

3. *¿Cuáles son los bienes jurídicos protegidos?*

Son diversos los derechos humanos a ejercer y proteger en la práctica de la maternidad subrogada, por citar algunos, en relación a los solicitantes de la gestación, se señalan el derecho a fundar una familia, así como los derechos a la reproducción y a la salud. Por otra parte, la mujer gestante, ejerce derechos de la personalidad, tales como intimidad, privacidad, imagen y la disposición del propio cuerpo.

Por lo que se refiere al *nasciturus*, es titular indiscutible del derecho a la vida y una vez nacido, sujeto de la

[20] Lora, Pablo de y Gascón, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 93-94.

protección implícita en la noción y principio de interés superior del menor.

Ante la dimensión de tales derechos e intereses, consideramos incorrecta la perspectiva de prohibir la práctica de la gestación subrogada o el dejar un campo incierto por omisión legislativa. Son de tal trascendencia e importancia los derechos concurrentes en la figura o práctica analizada, que el Derecho debe dar respuesta o la mejor opción de solución social a una práctica de reproducción asistida que hasta hace unas décadas era inimaginable pero que hoy se vive. El mundo actual, nos sorprende, asombra e inquieta; si el tema de la maternidad subrogada nos hace reflexionar y valorar sobre la primacía de la vida y la salud, otros temas nos generan a su vez desasosiego, cito sólo uno, por vía de ejemplo, la inteligencia artificial, asimismo aliciente y acicate para el actuar jurídico, y en el campo de la bioética.[21]

Por su parte, Mariana Doberning Gago, opina sobre la regulación de la maternidad subrogada, como a continuación se refiere:

> [...] podemos decir que la maternidad subrogada es una realidad, aunque existan países donde no hay legislación al respecto o, lo que es peor, se prohíba, objetivamente existen parejas buscando una mujer que geste a su hijo, el deseo de ser padres va por encima de cualquier limitación que la ley les imponga. Esto se demuestra con los casos que han llegado a los tribunales y, por supuesto, éstos son una mínima parte de la realidad. Lo adecuado, en nuestra opinión, es regular algo que verdaderamente se practica aunque la ley lo prohíba; es por esa razón que es indispensable regular y legislar este tema, buscando en todo momento la protección de ambas partes, es decir, la protección de la mujer gestante y, a su vez, la persona o pareja que contrata sus servicios. Un punto muy controversial, consideramos es que estos acuerdos únicamente pueden ser viables, si hay una compensación de por medio, ya que es la única forma equitativa en la que se puede manejar un contrato de esta índole; de otra forma, una parte estaría abusando de la otra y no se le estaría retribuyendo a la madre subrogada el tiempo invertido en lograr alcanzar el sueño de otra(s) persona(s). Por supuesto que esto debe estar regulado, tratando de prever situaciones complejas, evitando cualquier acontecimiento que pueda llegar a los tribunales, pues, como ya lo hemos analizado, es difícil tener en mente todas las posibilidades y puede suceder algo no previsto.[22]

[21] Esta segunda nueva década del siglo XXI, nos ha sorprendido con un acontecimiento sanitario mundial, la Pandemia de SARS-COVID-19, que modificó y afectó los entornos de salud pública, económico, laboral, educativo, entre otros. Las nuevas generaciones enfrentarán diversos sistemas educativos y los gobiernos y la sociedad civil, deberán unir esfuerzos para dar continuidad y eficiencia a los procesos educativos y a los demás entornos socioculturales.

Consideramos legítima la intención de los solicitantes del servicio gestacional, de pretender la formación de una familia, con lo cual sobrepasa el tema del derecho de reproducción, por ser algo de trascendencia mayor. Ante los profundos cambios sociales, debe ser una preocupación del conjunto humano por preservar y proteger la conformación adecuada de núcleos familiares. Entendemos que, en la actualidad, la integración familiar es muy disímbola, pero esos nexos de parentesco y filiación son y serán los que esperamos perduren para la especie humana. Sin esos vínculos familiares ¿en qué nos podríamos diferenciar de los autómatas?

En México, el número de vínculos matrimoniales ha disminuido. Ahora existen en mayor proporción nexos

[22] Dobernig Gago, Mariana, "*Maternidad subrogada: su regulación*", en: Chan, Sara *et al* (Compiladores), *Bioética y Bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM, 2018, p. 265.

de concubinato, muchos de ellos con calidad transitoria o de temporalidad breve. Por esa razón, la conformación familiar debe ser *per se,* privilegiada en todos los sentidos. Esto es decir que, sin demeritar procesos jurídicos ya consolidados, como la adopción, se busque regular también, lo más adecuadamente posible a la maternidad subrogada en la que existe, implícito, un interés por la vinculación genética con el menor, cuyo nacimiento se procura.

Entonces, nos pronunciamos en el sentido ya señalado, es decir, si la maternidad subrogada procura la consolidación familiar, evitando al máximo los fines de lucro y explotación humana, podemos estar a favor de ella pues, por esa vía, los solicitantes del servicio gestacional, logran ejercer su derecho a la maternidad o a la paternidad conjuntamente con los derechos de reproducción y salud.

Por lo que se refiere a la gestadora sustituta, receptora del embrión, responsable de una gestación saludable y exitosa, hace valer diversos derechos de la personalidad. Como persona capaz, pone en su actuar, en calidad de madre sustituta, todo su ser, no sólo el aspecto biológico sino, a su vez, los aspectos emocionales, psicológicos e, incluso, filosóficos.

La decisión de la mujer gestante de llevar a término el embarazo podrá, sin embargo, fundarse en diversos motivos, causas o circunstancias, algunas de ellas altruistas y otras, desafortunadamente, económicas. La oportuna intervención del Derecho habrá de incentivar los unos y contener o encauzar los otros.

El estatus de mujer gestante conlleva grandes responsabilidades y obligaciones de carácter legal de las que conviene, por certeza y seguridad jurídica, promover su regulación. Pero también, por eso, los derechos inherentes a los cuales es merecedora, entre ellos, el respeto y protección a la intimidad, privacidad, datos personales, imagen, honor y, fundamentalmente, la disposición de su propio cuerpo.

No consideramos adecuado *simplificar* el servicio gestacional a concepciones o frases tales como, *útero subrogado, madre de alquiler, alquiler de vientre* u otras, que son claramente discriminatorias. La mujer que preste un servicio gestacional debe ser reconocida en toda su dignidad y protegida por los sistemas jurídicos a través de regulaciones normativas que prevean la maternidad subrogada remuneratoria o la altruista, y garanticen una adecuada condición de salud de la misma, así como los posibles efectos secundarios a la referida salud.

Las células germinales, espermatozoides y óvulos, elementos genéticos indispensables para la conformación de genoma humano, al integrar un cigoto, embrión o mórula, dan inicio al proceso de la vida humana que, a su vez, merece la máxima protección.

El *nasciturus,* principio de un ser humano, tiene derecho a la vida y a su plena y absoluta protección jurídica. Por ello, cualquier medida en su contra, representa un acto injustificable, salvo aquellos casos o supuestos de complicación en la salud de la mujer gestante.

Una posible regulación de la maternidad subrogada deberá señalar como eje central, el cuidado y protección otorgados al menor cuyo interés superior deberá guiar sus derechos de filiación e identidad.

Familia, maternidad, paternidad, nueva vida, son aspectos todos que dejan al jurista comprometido con su tiempo, el reto y el deber de colaborar al logro de nobles objetivos humanos.

Bibliografía general

Atienza, Manuel, *Bioética, Derecho y argumentación,* 2a. ed., Lima, Palestra-Temis, 2010.

Dobernig Gago, Mariana, "Maternidad subrogada: su regulación", en: Chan, Sara, *et al.,* (Compiladores),

Bioética y Bioderecho. Reflexiones clásicas y nuevos desafíos, México, UNAM, 2018, pp. 151-294.

Lora, Pablo de y Gascón, Marina, *Bioética, principios, desafíos, debates*, Madrid, Alianza, 2008.

Mendoza C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, (Doctrina jurídica contemporánea, número 57).

Pérez Carbajal y Campuzano, Hilda y Rodríguez López, Dina, *Técnicas de reproducción humana asistida. Su repercusión en las instituciones del derecho de familia*, México, Editorial Porrúa, 2015.

Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, "Derecho Civil y Derecho de Familia: disciplinas unidas por la persona y distinguidas por el interés público", en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, (Privado), pp. 23-51.

Puigpelat Martí, Francesca, "Bioética, constitución y técnicas de reproducción asistida", en Casado, María (Editora), *Bioética, Derecho y sociedad*, 2a. ed. Madrid, Trotta, 2015, (Colección estructuras y procesos, Serie Derecho), pp. 31-46.

Fuentes normativas

Código Civil para el Distrito Federal, disponible en *http://www.ordenjuridico.gob.mx/fichaOrdenamiento.php?idArchivo=29081&ambito=estatalfecha* de consulta: 09 de noviembre de 2019.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm*, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

Convención Americana de Derechos Humanos, *http://ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf*, fecha de consulta: 09 de noviembre de 2019.

VOLUNTAD PROCREACIONAL Y FAMILIAS MONOMATERNALES: EL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD A EXAMEN[1]

José Julián Domínguez Arroyo
Escuela Libre de Derecho

Resumen: El presente ensayo tiene como finalidad analizar diversos tópicos vinculados con el derecho al libre desarrollo de la personalidad en su vertiente de ejercicio de autonomía reproductiva. En particular se analiza la figura de la "voluntad procreacional" en la jurisprudencia mexicana e interamericana como nueva categoría de filiación derivada de técnicas de reproducción asistida, y su impacto en el ámbito de la elección de proyectos de vida y modelos de familia monoparentales, específicamente las maternidades sin paternidades. En este sentido se afirma que la maternidad voluntaria configura un derecho de autodeterminación de la mujer sobre su propio cuerpo y ello conlleva la decisión de procrear o dejar de hacerlo, así como de hacerlo con el fin de gozar y ejercer su maternidad sin paternidad alguna. A la vez, se afirma también que dentro del marco de cobertura de la protección al interés superior de la niñez se encuentra el derecho a conocer la verdad sobre la filiación biológica. La asunción de ambas premisas genera algunas tensiones bioéticas y aparentes colisiones entre derechos humanos que son susceptibles de armo-

[1] Agradezco el apoyo de Roselia Bustillo y Laura Márquez en la elaboración de este ensayo.

nizarse bajo una argumentación de tipo constructivista. El parámetro y la metodología de análisis elegidos en este artículo es el del principialismo de la ética normativa, bajo la óptica del liberalismo igualitario, dialogando también con algunas objeciones propias de teorías críticas feministas.

Riassunto: Il presente saggio ha come finalità quella di analizzare diversi topici collegati con il diritto al libero svolgimento della personalità nel suo versante dell'esercizio dell'autonomia riproduttiva. In particolare, si analizza la figura della "volontà procreativa" nella giurisprudenza messicana ed interamericana come nuova categoria di filiazione derivata dalle tecniche di riproduzione assistita ed il suo impatto nell'ambito della scelta dei progetti di vita e dei modelli di famiglia monoparentale, e specificamente le maternità senza paternità. In tal senso si afferma che la maternità volontaria configura un diritto di autodeterminazione della donna sul suo corpo e ciò comporta la decisione di procreare o di non farlo, così come di farlo al fine di godere ed esercitare la maternità senza alcuna paternità. Insieme si afferma anche che, sotto la copertura della protezione dell'interesse superiore del bambino, si trova il diritto di conoscere la verità sulla filiazione biologica. L'assunzione di entrambe le premesse genera alcune tensioni bioetiche e apparenti collisioni tra diritti umani, che sono suscettibili di armonizzarsi con un'argomentazione di tipo costruttivista. Il parametro e la metodologia scelti in questo articolo sono quelli del principialismo dell'etica normativa nell'ottica del liberalismo ugualitario, dialogando anche con alcune obiezioni proprie delle teorie critiche femministe.

Abstract: The purpose of this essay is to analyze various topics related to the right to free development of the personality in its aspect of exercising reproductive autonomy. In particular, the figure of the "procreational will" is analyzed in Mexican and Inter-American jurisprudence as a new category of filiation derived from assisted reproduction techniques, and its impact in the field of choosing life projects and single-parent family models, specifically maternity wards without paternity wards. In this sense, it is affirmed that voluntary motherhood configures a woman's right of self-determination over her own body and this entails the decision to procreate or otherwise stop doing so, as well as to do so in order to enjoy and exercise her motherhood without any paternity. At the same time, it is also affirmed that within the framework of coverage of the protection of the child's best interest is the right to know the truth about biological parentage. The assumption of both premises generates some bioethical tensions and apparent collisions between human rights that are capable of being harmonized under a constructivist type of argument. The parameter and the analysis methodology chosen in this article is that of the principlism of normative ethics, from the perspective of egalitarian liberalism, also dialoguing with some objections typical of critical feminist theories.

Palabras clave: Autonomía reproductiva; derechos reproductivos; familia monoparental; maternidad sin paternidad; libre desarrollo de la personalidad; teoría de la intención; teoría de la filiación genética; voluntad procreacional; interés superior de la niñez.

Parole chiave: Autonomia riproduttiva; diritti riproduttivi; famiglia monoparentale; maternità senza paternità; libero sviluppo della personalità; teoria dell'intenzione; teoria della filiazione genetica; "volontà procreativa"; interesse superiore del bambino.

Key words: Reproductive autonomy; reproductive rights; single-parent family; motherhood without paternity; free development of the personality; theory of intent; theory of genetic affiliation; ; processional will; children's best interests.

I. Individualidad, autonomía y libre desarrollo de la personalidad

La concepción filosófica que subyace a este análisis es una de tipo liberal, de acuerdo con la cual la justificación de cualquier institución o medida de intervención estatal debe atender a los individuos que integran la sociedad y no a entidades supraindividuales. De acuerdo

con esta primera premisa los individuos deben valorarse en sí mismos, como fines y no como medios para alcanzar beneficios de otros. Una segunda premisa en apoyo de la concepción liberal sostiene que el Estado y sus instituciones deben mantenerse neutrales frente a los planes de vida elegidos por los individuos que integran la sociedad, y a la vez, deben prever instituciones y medios que faciliten el logro de esos planes de vida y que impidan la interferencia de otros en la consecución de ello.[2]

Como bien señala Pablo de Lora, la tradición liberal y en particular el legado rawlsiano se caracterizan por rechazar la intervención pública en la vida privada de los individuos para que éstos vivan vidas valiosas o buenas (perfeccionismo o paternalismo).

El reconocimiento y la garantía de los derechos humanos configuran instrumentos de facilitación para la persecución de planes de vida, para la configuración de la vida privada sin interferencias por parte del Estado o de otros individuos; el libre desarrollo de la personalidad y el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos como materialización de aquél son claramente un ejemplo de ello. Al respecto resulta ilustrativa la siguiente reflexión visible en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso I.V.** vs Bolivia:

> Además, el Tribunal ha precisado que la protección del derecho a la vida privada no se limita al derecho a la privacidad, pues abarca una serie de factores relacionados con la dignidad del individuo, incluyendo, por ejemplo, la capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales. El concepto de vida privada

[2] Nino, Carlos, *Derecho, moral y política II*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2007, pp. 20-26.

> engloba aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior. La efectividad del ejercicio del derecho a la vida privada es decisiva para la posibilidad de ejercer la autonomía personal sobre el futuro curso de eventos relevantes para la calidad de vida de la persona. La vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás, y es una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad. Además, la Corte ha señalado que las elecciones y decisiones en relación con la maternidad forman parte esencial del libre desarrollo de la personalidad de las mujeres. Por consiguiente, la decisión de ser o no ser madre o padre pertenece a la esfera de las decisiones autónomas de los individuos respecto a su vida privada y familia".[3]

De acuerdo con lo anterior, el presente ensayo suscribe la concepción de la autonomía moral de las personas como una condición necesaria y suficiente para ejercer el libre desarrollo de su personalidad, esto es, para desarrollar planes de vida personales que no deben ser restringidos en modo alguno por el Estado ni por el orden jurídico salvo en los casos en los que su ejecución conlleve afectaciones a terceros.

La evaluación en torno al grado de afectación que una elección personal puede ocasionar depende en buena medida de distinguir dos propiedades fundamentales: la individualidad y la autonomía. La primera categoría da cuenta de un centro de imputación de derechos y obligaciones, se es individuo si se es un ente al cual se le pueden imputar determinadas consecuencias,

[3] Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso IV.** vs Bolivia, sentencia de 30 de noviembre de 2016 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafo 152.

aun cuando no tenga capacidad para valorar. La autonomía en cambio se refiere a la capacidad que tiene un individuo para valorar, para asignar criterios de corrección a las conductas, para sostener razones de sus deseos, de sus acciones y de sus preferencias, en suma, para valorar un plan de vida y tomar decisiones en consecuencia.[4]

Un caso que ilustra de manera puntual la distinción entre un individuo y un ente autónomo es el que registra el del aborto y las manipulaciones embrionarias. En este contexto se reconoce que un embrión es suceptible de ser calificado como individuo, pero en modo alguno es reconocido como un ente autónomo. Solo los individuos que gozan de autonomía son capaces de tomar decisiones para desarrollar libremente su personalidad, oponiendo su autonomía moral a la de otros individuos, existiendo en consecuencia la posibilidad de generar afectaciones a estos últimos. El caso de las tecnologías de reproducción humana asistida (TRHA) da cuenta de relaciones más complejas que involucran no solo a un ente autónomo y un individuo (como podría ocurrir en el caso del aborto) sino a diferentes entes autónomos, lo que potencializa las interferencias recíprocas y los conflictos entre planes de vida.

En este aspecto es preciso advertir desde ahora que dentro del espectro del libre desarrollo a la personalidad, de los derechos reproductivos y sexuales, existe un singular derecho de acceso a las tecnologías de reproducción humana asistida; no se trata de una manifestación del derecho a la salud que ocurra por infertilidad, sino de una genuina expresión de elegir un plan de vida dentro de la cual cabe perfectamente la decisión de fundar una familia monomaternal, sin el acompañamiento

[4] Nino, Carlos, *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades,* Buenos Aires, Siglo XXI, 2013, pp. 147-157.

de ninguna pareja (varón o mujer), del progenitor o del adoptante del producto.

II. El derecho de acceso a las tecnologías de reproducción asistida

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha explicado[5] que las técnicas de reproducción asistida son tratamientos médicos para ayudar a personas y parejas a lograr un embarazo, que incluyen la manipulación tanto de espermatozoides como de ovocitos, o embriones para el establecimiento de un embarazo. Algunas de ellas son la *fecundación in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intra-tubárica de gametos, la transferencia intra-tubárica de cigotos y la transferencia intra-tubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado, entre otras.

La *fecundación in vitro*[6] y la *inseminación artificial o asistida*,[7] juegan un papel relevante dentro de esas técni-

[5] Amparo en revisión 553/2018 y Amparo directo en revisión 2766/2015.

[6] La fecundación in vitro constituye el procedimiento por medio del cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con esperma en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer.

[7] La inseminación artificial o asistida consiste en aplicar técnicas tendentes a lograr una fertilización dentro del claustro materno; biológicamente inseminar significa hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio cualquiera; en este caso, no existe una extracción de óvulos de la mujer, pero sí de espermatozoides del hombre, sea éste el cónyuge o un donador externo. Dentro de la inseminación artificial o asistida se contemplan distintos escenarios, formas o tipos, a saber: a) La inseminación artificial homóloga se aplica a una mujer que tiene un cónyuge o una pareja cuando el material genético es de ambos y existe un consentimiento de la pareja. b) La inseminación artificial heteróloga se aplica a una mujer que es inseminada con un material genético de un donador anónimo, pues el cónyuge o la pareja no aporta material genético para la fecundación. c) La inseminación artificial a una mujer soltera con-

cas. En la inseminación artificial conocida como heteróloga (participa la pareja), se realiza una fecundación con un gameto masculino de un donador y se debe acreditar si el otro cónyuge otorgó su voluntad para que la mujer sea inducida bajo ese tratamiento para que, jurídicamente se tenga la filiación con el hijo o hija que nazca de dicha técnica de reproducción asistida.[8] En cambio, en la inseminación a una mujer sin pareja, o monomaternal surgen diversos debates.

A partir del uso de las técnicas de reproducción asistida, el vínculo genético ha quedado relegado para dar paso a la filiación socioafectiva,[9] y uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de las niñas y niños nacidos a través de estas técnicas es la "voluntad procreacional".[10] El derecho de las mujeres a procrear y a decidir por una familia monomaternal enfrenta diversos retos desde el enfoque de la tutela y protección de los derechos humanos involucrados.

Ello es así porque el derecho de las mujeres a decidir el tipo de familia que quieren tener es un derecho humano que se sostiene bajo la cobertura de la elección de un

siste en aplicar la técnica a una mujer que no tiene un cónyuge o una pareja, por lo que necesariamente el material genético proviene de un donador anónimo. d) La inseminación artificial post mortem consiste en aplicar la técnica a una mujer que es inseminada con un material genético de su marido o pareja que ha muerto.

[8] El método está concebido para que el donante se limite a suministrar el material biológico; en consecuencia, en un círculo familiar, el hijo producto de una inseminación artificial heteróloga no tendrá biológicamente un material genético compatible con uno de los cónyuges. Ramírez Barba, Éctor Jaime y Vázquez Guerrero, Miguel Ángel. Reproducción Asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos, en" Normativa en Bioética, Derechos Humanos, Salud y Vida", (coord. Gabriel García Colorado), México, Trillas, 2009.

[9] *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-214720 17000100006*

[10] A esta conclusión también llega Vercellone, Paolo, *Tratatto di diritto civile Italiano, La filiazione.* Vol. III, Tomo II, Edit. Utet, Torino, Italia, 1987, p. 151.

plan de vida, esto es, del ejercicio del libre desarrollo de la personalidad. En el caso de optar por una familia monomaternal en el que la voluntad procreacional sea a través de TRHA, se involucra una relación estrecha con diversos derechos humanos, que pueden, en diferentes contextos, colisionar o entrar en tensión.

Este texto se enfoca en la *inseminación artificial a una mujer soltera,* por lo que el material genético proviene de un donador. Existen distintos tipos de donadores, se analizarán los casos en los que se cuenta con un donante de esperma conocido con la intención inicial de que el donante de esperma no sea un padre legal, y luego más tarde, por lo general después del nacimiento, las cosas cambian.

Existen diversos patrones de hechos predominantes,[11] por ejemplo, cuando un donante de esperma que no tiene la intención de ser un padre legal cambia de opinión y más tarde hace valer sus derechos parentales; cuando el donante de esperma no tiene intención de ser un padre legal, pero luego la madre —o la pareja— quieren que el donante del esperma sea el padre legal (generalmente para el pago de manutención); asimismo, es frecuente que el hijo o hija que quieran conocer su origen y a su progenitor biológico.

De esas situaciones, existen diversas presunciones de análisis que se presentan o surgen en el debate académico respecto del conflicto de colisión de derechos y principios que deben ser ponderados, a manera en que sean protegidos o maximizados desde un enfoque pro-

[11] Detectados en la jurisprudencia internacional. Cfr. Bioethics: The Law, Medicine, and Ethics of Reproductive Technologies and Genetics. An introduction to the study of bioethics and the application of legal and ethical reasoning. *https://online-learning.harvard.edu/course/bioethics-law-medicine-and-ethics-reproductive-technologies-and-genetics?delta=1&gclid=CjwKCAjwm7mEBhBsEiwA_of-TJnSiJJQjEeWVv2uhMu3EfR-MC0zmnsgyFwJ8mb6mYDS-spSSRDET-BoCzUAQAvD_BwE*

gresivo de los derechos relacionados con la voluntad procreacional en una familia monomaternal:

1) La voluntad procreacional de las mujeres a tener familias monomaternales, en donde el cedente del gameto es anónimo, sin embargo, la o el niño pregunta por su origen biológico. En este escenario: ¿Debe hacerse del conocimiento del niño quién fue la persona cedente del gameto en repuesta a su derecho humano a la identidad y al libre desarrollo de la personalidad?, ¿Debe respetarse el derecho de las mujeres a tener familias monoparentales sin revelar quién es cedente del gameto?, ¿Debe reconocerse la filiación biológica o la afectiva?

2) La voluntad procreacional de las mujeres a tener familias monomaternales, en donde el cedente del gameto no es anónimo, pero existe un contrato, en el cual sólo se estipula que fungirá como el cedente, sin solicitar la paternidad o filiación. Sin embargo: ¿Qué sucede si el donante se arrepiente y desea reconocer la paternidad? ¿Se debe reconocer la paternidad y la filiación biológica?, ¿Qué sucede con el derecho de la mujer a tener una familia monomaternal?, y ¿En qué lugar se posicionaría el derecho de las y los niños a conocer su origen e identidad y filiación?, ¿Cómo debe entenderse el libre desarrollo de la personalidad en este caso?

Para intentar dar respuesta a estas preguntas se consideran diversas variables,[12] entre las cuales cabe destacar por un lado, casos donde una mujer soltera tiene un

[12] En la jurisprudencia de Estados Unidos existen cinco variables relevantes que se han considerado para determinar la filiación: 1) ¿el donante de esperma u óvulos es anónimo o conocido? 2) ¿el receptor del esperma o del óvulo está casado o no está casado? 3) ¿la inseminación fue realizada por un profesional autorizado o no? 4) ¿hubo un acuerdo entre el donante y el futuro padre con respecto a cosas como el acceso al niño, la paternidad, la custodia, etc. que permita a los individuos hacer su propio acuerdo —ordenamiento privado— para alterar las consecuencias legales o no? 5) ¿qué tipo de relación

hijo con un donante conocido y el Tribunal determina que los acuerdos entre un donante y un receptor son irrelevantes. Por ejemplo, en el caso CM vs CC[13] de 1977 donde un donante conocido hizo una inseminación de una mujer no casada sin la ayuda de un médico autorizado. El tribunal de Nueva Jersey explicó que no había un estatuto aplicable, porque ella no estaba casada y porque tenía una relación de larga duración con el donante, a quien se determinó como el padre legal. Una de las razones de la decisión fue el interés superior del menor, pues se quería que tuviera dos padres legales.

Otro ejemplo es el caso Ferguson v McKiernan[14] en el que se estudió si un donante conocido involucrado en una donación privada de esperma[15] que se realizó por medios clínicos y no sexuales puede ser considerado responsable de la manutención de los hijos, a pesar de la formación de un acuerdo entre el donante y la donataria de que ella no hará responsable al donante de la manutención del hijo que resulte del acuerdo. En este caso, la Corte de Pensilvania determinó que existía un acuerdo vinculante y válido, pero que es contrario al "orden público" porque un padre no puede negociar los derechos de manutención de un menor. El caso consideró relevante que las partes se conocían[16] y, aunque "el punto de

tenía el donante con el niño o con los futuros padres, especialmente en el período inicial tras el nacimiento del niño.

[13] C.M. v. C.C., 152 N.J. Super. 160, 377 A.2d 821 (1977) consultable en *https://casetext.com/case/cm-v-cc-1#:~:text=Summary-,In%20C.M.%20v.,rights%20of%20the%20resulting%20child.*

[14] 940 A.2d 1236 (2007) Ivonne V. Ferguson, Appellee v. Joel L. Mckiernan, Appellant. Supreme Court of Pennsylvania. Argued May 17, 2005.Decided December 27, 2007.

[15] Es decir, una que se produce fuera del contexto de un banco de esperma institucional.

[16] El tribunal señaló que el caso tiene todas las características de la donación anónima de esperma, excepto que se conocían. Negociaron un acuerdo fuera de una relación romántica. Hicieron la inseminación por medios clínicos

partida es respetar la libertad del contrato", se determinó que es contrario al orden público y que no sería lo mismo si el donante de esperma fuera anónimo pues en ese caso el hombre no tendría obligaciones de manutención ni derechos sobre el menor.

En ambos casos, se observan diversos juicios de valor, el primero está asegurando la opción de que todos los menores tengan un padre legal, el segundo da un valor o prioriza la donación anónima del esperma. En el caso Ferguson v McKiernan[17] la Corte sostuvo que "el interés superior es importante, pero sin la protección de la manutención, estos niños podrían no haber nacido o habrían nacido de un donante de esperma anónimo que no hubiera sido responsable de la manutención". Ante esta paradoja, cabe preguntarse si ¿Es realmente importante que todas las niñas y niños tengan dos padres legales?

En México, la Suprema Corte ha definido la "voluntad procreacional"[18] como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación. Es uno de los factores fundamentales para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos a través de dichas técnicas de reproducción asistida. Cuando una persona nace con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existen-

y no por el coito. Intentaron ocultar al personal médico la conexión genética del donante, los amigos y la familia. Durante cinco años mantuvieron una distancia total entre ellos.

[17] 940 A.2d 1236 (2007) Ivonne V. Ferguson, Appellee v. Joel L. Mckiernan, Appellant. Supreme Court of Pennsylvania. Argued May 17, 2005.Decided December 27, 2007.

[18] Tesis 1a. LXXVIII/2018 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro: VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. Registro Digital: 2017285

cia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.[19]

La Primera Sala[20] ha considerado que en la inseminación artificial heteróloga, la *voluntad procreacional* es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor, y para que el cónyuge que lo da, quede jurídicamente vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial, es decir, para que el cónyuge varón o mujer, asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del artículo 4º constitucional.

El caso que aquí se pretende visibilizar implica dilucidar lo siguiente: ¿es posible arrepentirse?, ¿qué reglas o qué posturas rigen?, ¿qué perspectivas encontramos?, ¿cómo opera la filiación cuando se hace uso de las técnicas de reproducción asistida? Al resolver el amparo directo en revisión 2766/2015,[21] la Primera Sala de la Suprema Corte mexicana, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos

[19] *Amparo directo en revisión 2766/2015.* 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

[20] Al resolver los amparos en revisión 553/2018 y 852/2017, así como el amparo directo en revisión 2766/2015.

[21] Amparo directo en revisión 2766/2015. 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los señores Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, se reservaron su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Norma Lucía Piña Hernández (Presidenta y Ponente). El Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena estuvo ausente.

a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar; además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y la identidad de una persona, tanto en su dimensión individual como de pareja.[22]

III. Tensiones y ponderaciones entre diversos derechos involucrados

En el caso de optar por una familia monomaternal en el que la voluntad procreacional sea a través de TRHA, se involucra una relación estrecha con diversos derechos humanos, que pueden manifestarse en diferentes contextos.

Se identifican derechos como: a) el derecho de los cedentes de gametos al arrepentimiento del anonimato o a reconocer la paternidad, b) el derecho de la hija o hijo a conocer su origen biológico, c) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la hija o del hijo, d) el derecho a la identidad de la hija o el hijo, e) el derecho a la maternidad y a crear una familia monomaternal, y, f) el derecho a la filiación. Asimismo se consideran principios constitucionales y convencionales, como son: i) el interés superior de la niñez, y ii) el principio de igualdad y no discriminación bajo el reconocimiento de la diversidad en la conformación de todo tipo de familias.

Este conjunto de derechos y principios están inmersos diversos escenarios o situaciones que suelen darse

[22] La Organización Mundial de la Salud ha resaltado que cada individuo o pareja es libre en su decisión de tener hijos, cuántos y con qué frecuencia, y en caso de presentar problemas de fertilidad, pueden intentar métodos sencillos o avanzados de reproducción, como la fertilización *in vitro*. Tales tratamientos son innovadores desde el punto de vista científico y han revolucionado los conceptos de identidad generacional y de familia. Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida. Versión revisada y preparada por el International *Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology* (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS). 2010.

respecto a los derechos de las personas involucradas en la decisión de procreación voluntaria a través de las técnicas de reproducción asistida.

Previo a realizar el análisis de la ponderación, es importante definir la figura del donante o cedente de gametos y diferenciarla con la de la persona progenitora (madre o padre), en razón de que las relaciones con las y los hijos se tornan distintas, esto es que los vínculos de paternidad y la filiación son distintos respecto de ambos.

1. *Conceptos importantes*

Diferencias entre la figura del cedente de gametos y la persona progenitora. Se considera, en principio que, al haber una persona cedente de gametos no existe un vínculo filial, ya que, media esa donación, y ello se diferencia entre una madre y el material genético.[23] la figura del donante tiene diversas aristas y distintos tipos de donadores: compensados y no compensados,[24] donantes conocidos o desconocidos,[25] anónimos[26] de identidad abierta.

Dos de estas aristas llegan a ser comúnmente controvertidas: 1) donación anónima y 2) donante conocido. En este último, se especula sobre la posibilidad de un reclamo de paternidad y existen particularidades del

[23] Véase: Varsi, Enrique. Determinación de la filiación en la procreación asistida. 2017. Rev. IUS vol.11 no.39 Puebla ene./jun. Consultable en: *http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00006.pdf*

[24] Que reciben una remuneración por su donación de esperma o no.

[25] Dependiendo de si tienen una relación previa por ejemplo familiares, amigos.

[26] Aunque se saben cosas como su color de pelo, su altura o información médica, nunca se tiene acceso a la información de identificación del donante que tampoco tendrá nunca información identificativa sobre la receptora. Normalmente, una vez que el niño o niña cumple los 18 años, puede contactar con el registro para obtener información sobre su donante de esperma.

donante conocido, ya que pueden surgir conflictos en los que pueden confundirse los roles familiares e incluso la interpretación distorsionada entre donante y progenitor, en particular en familias monomaternales.[27] Ello, además de que pueden arrepentirse, sobre todo, al conocer a la persona que utilizó los gametos.

Así, la distinción de la persona donante no se equipara con un padre, en el caso de las mujeres que acuden a tratamientos de donación de esperma, puesto que, generalmente, en la contratación se puede estipular que solo se trata del cedente del gameto, más no la paternidad, y tampoco la existencia de una filiación. Asimismo, cuando la figura del donante es anónima, lo que sucede en su generalidad, aun conociendo a quien cede sus gametos, pues dona y renuncia a la voluntad de paternar.

En ese sentido, bajo esta premisa, la paternidad no se piensa desde la característica biogenética, sino desde otras características, por lo que en consecuencia se arriba a que en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción asistida predomina el elemento volitivo sobre los elementos biogenéticos.

Enrique Varsi señala que la tendencia actual para la determinación del nexo filial es la prevalencia de la voluntad, y que poco a poco ha desplazado al aspecto biogenético. Así, que los hijos o hijas nacidas de las técnicas de su vínculo filial se determina en función de la voluntad procreacional como un hecho jurídico compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos; y por tanto, el vínculo genético ha quedado relegado para dar paso a la paternidad socioafectiva.

A éstas se debe sumar la filiación, producto de las TRHA en donde prima la voluntad procreacional; no manda lo genético, manda lo querido. Se considera que no es la TRHA la fuente de la filiación sino la voluntad

[27] Varsi, 2017. Op cit.

de las partes cuando no existe coincidencia genética entre las personas que desean asumir el vínculo filial con quien ha nacido a través de esas técnicas.

La voluntad procreacional, es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando ésta se ha producido por técnicas asistidas de procreación.[28] El principio voluntarista se sobrepone a la verdad biológica, pues ésta no es un valor absoluto, si se toman en cuenta las relaciones fácticas y el deseo de las partes.

De tal forma que, esta teoría apunta a la determinación de la filiación con fundamento en la voluntad de querer tener descendencia, independientemente de la existencia o no del nexo biológico, el cual queda sin cuidado.[29] Autorizada la técnica, la filiación se determina no por las pautas de la naturaleza sino por la declaración de voluntad, la cual debe constar en un documento indubitable (consentimiento informado previo, informado y libre).[30]

En ese sentido, no es posible atribuir la paternidad a quien acepta que su semen sirva a la fecundación, ya que se ha limitado a ponerlo a disposición de terceros, como sucede con los cedentes, quienes no adquieren responsabilidad alguna; solo prima su interés altruista y solidario de permitir la maternidad o paternidad de otros. Sin embargo, este último no forma parte de la relación intersubjetiva, puesto que carece de interés en la formación de una nueva vida mediante el aporte de sus células germinales.[31] Aquí surge el efecto: querer ser padre o querer ayudar a ser padre; lo cual genera una di-

[28] Sambrizzi, Eduardo A., La filiación en el Código Civil y Comercial la procreación asistida,Buenos Aires, La Ley, 2016, p. 68.

[29] Varsi 11, 2017. Op cit.

[30] Véase: Krasnow Adriana N. Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, La Ley, p. 219.

[31] Krasnow Adriana N. Filiación: Determinación de la maternidad y paternidad, Buenos Aires, La Ley, p. 217

sociación entre la paternidad y maternidad biológica y la filiación legalmente establecida.

Cuando Varsi señala que el vínculo quedó relegado a la paternidad socioafectiva, es importante explicar que ello se desprende del escenario de familias con padre y madre; madre y madre o padre y padre, que decidieron tener hijos a través de las TRHA; lo cual no parte de un escenario de una familia monomaternal. Si bien, se coincide en que la voluntad procreacional ha influido en años recientes en la filiación socioafectiva, en el reconocimiento de todo tipo de familias, en el caso de la monomaternal, la filiación solo trataría de una madre y un hijo o una hija, integrantes de la familia, que involucra a la gestora y madre biológica, y, por tanto, la filiación socioafectiva dejaría de existir.

De todas formas, la voluntad y el deseo de ser madre no suprime la necesidad de un proceso de reflexión donde se procesa la discontinuidad biogenética para considerar a una hija o hijo como propio de aquel donante de esperma, ya sea cuando se arrepiente del anonimato o cuando el hijo o hija quiera conocer al donante con el cual tiene, solo, la vinculación genética o biogenética.

En acompañamiento a estas inquietudes está el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas usuarias de las TRHA y la importancia de los cambios culturales, legislativos y de jurisprudencia en torno de la filiación, la maternidad y los derechos a formar cualquier tipo de familia. Establecido lo anterior, se propone la ponderación entre los dos contextos propuestos.

2. *Posibilidades de ponderación de derechos*

Primer escenario. Las hijas o hijos nacidos utilizando gametos donados quieren buscar "al padre" o que donó el material genético. Su fin es conocer sus orígenes.

Es un derecho humano el derecho a conocer de dónde venimos, el derecho a tener una identidad propia, así como el derecho al libre desarrollo de la personalidad, que en el caso de la voluntad procreacional en familias monomaternales, se involucran con el derecho a la madre a decidir el tipo de familia que desee, y el derecho al anonimato del decente del gameto. Estos derechos involucran una ponderación en que la decisión que se tome tiene sea aquella en la que mejor se proteja el interés superior de la niñez.

El principio de interés superior de la niñez y el derecho a tener una familia se encuentra reconocidos en el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Se señala que, en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. [...] Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

De igual forma, se indica que la ley debe proteger la organización y el desarrollo de la familia, así mismo que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. Por su parte, el derecho a la identidad de los niños y niñas está compuesto por el derecho a tener un nombre, una nacionalidad y una filiación; también reconocido en el artículo 4 constitucional. En consecuencia, en México la voluntad procreacional se protege en dicho precepto.[32]

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad es el conjunto de

[32] Tesis: 1a. LXXIX/2018 : Primera Sala (10a.) de rubro "voluntad procreacional. Su fundamento deriva del reconocimiento constitucional y convencional del derecho a la identidad de un menor de edad." Registro digital: 2017287

atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso".

La interpretación de ese derecho contenido en el artículo 8 de la Convención de los Derechos del Niño, el cual señala que: 1. Los Estados Parte se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Parte deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha destacado la importancia del conocimiento de los orígenes, un derecho esencial para desarrollar la propia identidad que forma parte del derecho a la vida privada familiar reconocido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.[33]

Muñoz y Vittola identifican dos fases del derecho a la identidad: una dinámica y otra estática; de ésta última advierten que además de estar compuesta por varios elementos, uno de ellos es el elemento genético. Para delimitar los alcances de un derecho a conocer los orígenes en la reproducción asistida, buscan desentrañar el grado

[33] En el caso Rose vs. Secretary of State for Health and Human Fertilisation and Embriology Authority, High Court of Justice, Queen's Bench División, del 26 de julio de 2002, se concluyó que tanto en las personas nacidas mediante TRHA heteróloga, con donación de gametos, como en el caso de personas adoptadas, está en juego la vida privada familiar. "Un ser humano es un ser humano, con independencia de las circunstancias de su concepción y uno concebido mediante inseminación artificial con gametos donados tiene derecho a construirse una imagen de su propia identidad como cualquier otro ser humano. Vivimos en una sociedad mucho más abierta que la de hace veinte años. El secreto hoy día ha de estar justificado".

de importancia que el elemento genético contiene en la construcción de la identidad de personas nacidas mediante las TRHA.

Para ellos, la participación del donante no debería afectar sustancialmente la construcción de la identidad del nacido más allá de importar un simple dato genético, toda vez que madre y gestante, en este caso, son la misma persona. Asimismo, el ejercicio de este derecho implica que previamente de debe tener conocimiento acerca de cómo fue la concepción.

Este mecanismo previo pone en evidencia el conflicto entre el derecho a conocer del hijo y el derecho a la intimidad personal de sus progenitores o del donante. Este conflicto de derechos, que en principio parecerían encontrarse en un piso de igualdad, obliga a observar cómo se afectan mutuamente.[34]

Ellos concluyen que la parte más vulnerable de estas relaciones humanas es la persona nacida mediante el uso de las TRHA, quien puede verse privada, por voluntad de otros, de uno de los elementos constitutivos de su identidad. El derecho al conocimiento es inherente al principio de autonomía y el derecho de libertad, puesto que, nadie puede suplantar la decisión o el deseo de una persona a conocer sus orígenes, sean genéticos o biológicos, fundado en el derecho a decidir cómo criar a los hijos o a la intimidad personal.

Así, debe ponderarse el derecho a conocer los orígenes con el derecho a la intimidad personal de otras personas involucradas. La pretensión que busca extender el derecho a conocer hasta el punto de la identificación de los donantes debe encontrar justas razones, pues entra en conflicto directo con la intimidad personal del donante.

[34] Véase, Muñoz Rosalía y Leonardo R. Vittola. El derecho a conocer el origen genético de las personas nacidas mediante técnicas de reproducción humana asistida con donante anónimo. Consultable en: *http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00011.pdf*

Contrario *sensu*, la limitación y resguardo de la identidad, el anonimato, debe guardar una justificación razonable, pues entra en conflicto con el derecho a conocer los orígenes de la persona nacida a través de la reproducción asistida.[35]

No está por demás, advertir que, en el caso del régimen de filiación, debe considerase el principio de igualdad, el principio de protección de los intereses superior de la niñez y en la voluntariedad. Al someterse una mujer a las TRHA, la niña o niño nace de la decisión de la madre, de su deseo de tener una familia monomaternal, en la que no considera el vínculo biogenético de cedente del gameto, quien renuncia a ser padre o a tener un vínculo filial, ni de tipo biológico ni socioafectivo.

Ese contexto reconoce como principio derivado de la dignidad de la persona humana, de su libertad, autodeterminación, igualdad, intimidad, no discriminación y del pluralismo que inspira a la familia moderna. No obstante, el reconocimiento de esos derechos, algunas legislaciones y posturas académicas, no dejan de lado el derecho que tienen el hijo o hija a conocer su origen biológico (del padre) y a tener una identidad. El derecho a conocer la identidad propia es la facultad del ser humano, sustentada en el principio de la verdad biológica, que le permite saber quién es su progenitor quien, por distintas causas, puede ser desconocido, estar en discusión o ser debatible.

Las profesoras Kemelmajer, Herrera y Lamm[36] formulan la teoría de que no se debe privar a la persona nacida mediante TRHA del derecho a conocer su origen

[35] Véase: Comité de Bioética de Catalunya, "El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona", p. 5. Consultable en: *http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/Derecho-aconocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf*

[36] Véase: Kemelmajer De Carlucci, Aída; Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Filiación derivada de la reproducción asistida. Derecho a conocer

genético. La persona debe tener acceso a dicha información mediante un trámite judicial en el cual encuentre protección a los intereses involucrados (los del cedente), todo a la luz del principio de proporcionalidad.

Una postura contraria es la que indica que el derecho de conocer la identidad del cedente violaría el derecho a la privacidad. Incluso, entre médicos y personal sanitario, existe la opinión generalizada de que el anonimato del cedente es una condición *sine qua non* para que exista donación de gametos.

Así, una postura considera que el interesado puede acceder a información, pero de tipo no identificatoria, pues no puede transgredirse el derecho a la intimidad personal del donante. La otra postura, se abre el panorama, pues la persona puede acceder a todo tipo de información, incluso identificatoria, pues considera que no sólo es relevante el dato genético, sino también toda otra información acerca del donante.

Al contraponerse el derecho a la privacidad de la información del cedente del gameto, desde una estricta confidencialidad, que conlleva el principio de anonimato, y el derecho a conocer nuestro origen, en el derecho comparado se pueden advertir diversas posiciones. Por ejemplo, Suecia permite conocer la identidad del cedente y España la limita, pues se considera que los hijos tienen derecho a obtener información general de los cedentes. Esta información no incluye su identidad y corresponde el mismo derecho a las receptoras de gametos.[37]

los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", La Ley, octubre, 2012, No. 189, p. 1.

[37] Las legislaciones que desarrollan este tema se agrupan en dos corrientes. La primera, conformada por Alemania, Austria, Reino Unido, Suecia y Suiza, permite la aplicación de las técnicas de reproducción asistida sólo si se respeta la dignidad de las personas. Es decir, se acepta la donación de esperma y óvulos y se reconoce al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo. La segunda, conformada por Bulgaria, España, Francia, Noruega

Las legislaciones comparadas han otorgado diversos tratamientos a la protección del anonimato del dador, pues consideran la participación de un tercero, dador de material genético, en el proceso reproductivo y en la determinación de los vínculos filiales. España, Francia, Grecia y Noruega regulan el anonimato. Austria y Suecia admiten el derecho de los hijos a conocer a su progenitor biológico. Alemania e Inglaterra, si bien no lo han regulado expresamente, lo han admitido a través de los Tribunales.[38]

Como se puede observar, la tendencia es proteger el derecho de la identidad, y bajo algunos matices justificables, busca retirar la reserva de la información, de forma parcial, del cedente anónimo. Esto se fundamenta en que la hija o el hijo tiene el derecho de conocer su origen, a fin de permitir la formación de su personalidad, hacerse de una identidad, con independencia del establecimiento filial.

Algunos de los matices que se consideran para la interrupción del anonimato son los siguientes tres fines: a) impedimentos matrimoniales; b) para satisfacer una necesidad psicológica de conocer la ascendencia genética; c) para preservar y salvaguardar la vida y la salud del niño, y sus padres, en caso de enfermedad genética o hereditaria.[39]

María Victoria Famá sostiene que: "la ponderación de los derechos en juego exige adoptar una solución intermedia que, por un lado, garantice el derecho a la identidad del hijo y, por el otro, preserve los vínculos familiares habidos de la fecundación heteróloga, siendo

y Quebec, admite la aplicación de las técnicas de reproducción, pero no reconoce al hijo posibilidad alguna de conocer la identidad de los donantes, sólo en forma excepcional. Véase Famá, María Victoria, La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 419.

[38] Varsi Op Cit.

[39] Ídem.

en tal caso necesario 'sacrificar' en cierta medida la intimidad del donante. Esta solución implica distinguir entre dos aspectos del derecho a la identidad: el derecho al emplazamiento filial y el derecho a conocer los orígenes".[40]

Así en el caso de la filiación al tratarse de voluntad procreacional en la construcción de la una familia monomaternal, se distingue del derecho a conocer los orígenes para formar la identidad y el libre desarrollo de la personalidad. En ese sentido, el derecho al emplazamiento filial, quedaría inexistente por el derecho a proteger y maximizar, el de las mujeres a tener la familia que decidieron a partir de sólo ellas tener ese derecho de filiación biológica, no así del cedente anónimo.

Como se señaló en líneas anteriores, el derecho a conocer el origen biológico, a tener un identidad y al libre desarrollo de la personalidad, no debe negarse de forma absoluta, sino que debe, ya sea, como algunas legislaciones lo plantean, tenerse abierta sin considerar la privacidad del gameto, o como otros ejemplos, considerar los matices y la razones por las cuales se pretende conocer ese origen, ya sea el biológico o el genético sin vulnerar el derecho a la privacidad. En todo momento debe tenerse presente el derecho de las mujeres a la familia monomaternal, en la que no se pretenda, con el reconocimiento del derecho a conocer el origen biológico, modificar el tipo de familia decidida por la madre.

Segundo escenario. El cedente de gametos se arrepiente de su anonimato o renuncia a ser padre y por tanto, reclama la paternidad de una hija o un hijo.

En este caso, están involucrados un contrato en el que la persona cedente bajo su propia voluntad dona

[40] Véase Famá, María Victoria, La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 427.

sus gametos y renuncia a la paternidad. En esa acción, se vinculan el derecho de la madre a tener una familia monomaternal, a mantener en anonimato a la persona de donó el esperma, y éstos se posicionan en conflicto con el derecho de la hija o hijo a conocer sus orígenes y formar su propia identidad, y el derecho de paternidad y filiación por parte del donante.

Si bien en líneas previas se distinguió entre la figura de la persona cedente de gametos, de la procreación, así como de la paternidad. Es importante partir de la determinación del fundamento "natural" de la filiación, la cual es, la procreación. Sin embargo, ésta no es la única forma en que se constituye la filiación, por ejemplo, aquella en que, al no existir una procreación, puede existir una filiación por establecerse (reproducción asistida y filiación indeterminada) (Varsi 17, 2017).

Para este autor, el uso de las TRHA se practica con conocimiento y consentimiento del donante del gameto y que, en el contrato, se le inhabilita para demandar *ex post* por impugnación de la paternidad. Lo contrario sería entorpecer y negar sus propios actos, *venire contra factum proprium non valet*.

El problema derivado de la fecundación artificial con intervención del cedente de gameto es establecer los efectos jurídicos que se derivan del consentimiento sobre el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad. Se parte de que, impugnar una paternidad derivada del arrepentimiento de ser un cedente anónimo conlleva una inmoralidad en la conducta de quien se retracta luego del proceso. Esto a pesar de haber cedido sus gametos, lo que evidencia su voluntad de no querer asumir el vínculo paterno-filial. De este modo, se viola el principio de la buena fe y lealtad.[41]

[41] Véase: Famá, María Victoria, La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 91.

En el establecimiento de la filiación debe primar la buena fe y la voluntad primigenia de permitir la fecundación con material genético, que en el caso de las familias monomaternales sería solo la filiación con la madre. Por tanto, ¿la persona donante, aun cuando se conoce por la madre, puede perder la filiación, si al firmar el contrato, su obligación se reserva únicamente a ceder los gametos?

En tal caso, se establece la regla de la inimputabilidad de la filiación y el principio del anonimato del cedente, ello, como consecuencia de la separación (del dato biológico y el vínculo jurídico), y para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a las TRHA.

En ese sentido, el arrepentimiento del cedente anónimo a no ser únicamente el donante, sino a tener la paternidad y reconocer la filiación con el hijo nacido a través del TRHA, implica el incumplimiento de la inimputabilidad de la filiación, la vulneración al principio de anonimato del cedente y al respeto del derecho de la mujer a construir el tipo de familia que ella deseó, el de una familia monomaternal. Y, por ende, el derecho al a igualdad y no discriminación sobre la decisión de formar la familia que se quiera tener.

Por otra parte, podría involucrarse el interés superior de la niñez y el derecho de la hija o hijo a conocer su origen y a forma su propia identidad; y por su parte, el derecho del donante a ser padre (cuestión a la que renunció en el contrato).

En suma, la ponderación entre los derechos, en la actualidad, advierte la mirada ante los cambios culturales respecto a los roles de las mujeres y hombres en la sociedad, sobre sus derechos a formar el tipo de familia que deseen, no necesariamente la decisión de tener hijas o hijos y la forma en que éstos deben concebirse debe darse por ambos géneros. Ello, ya incluye el derecho de

cada persona a construir y crear la forma en que quiere vivir su vida familiar.

De forma general, la causa, como es la voluntad procreacional, es la que determina la paternidad de la fecundación asistida. Se trata de la voluntad de procrear, de recibir gametos, por un lado, y voluntad de no asumir una relación paterno filial; sólo de aportar gametos o de gestar, por el otro.

Así, en el caso de las familias monomaternales será la decisión volitiva de la mujer a tener una hija o hijo a través de las TRHA, el cual es la causa eficiente y motivo para firmar un contrato en el cual, se establezcan las condiciones en las cuales actúa el cedente de gametos, quien, se limita a donar y a renunciar a la paternidad, pues ésta, simplemente no se contempla en la decisión de la madre a conforma una familia monomaternal.

Ahora bien, el derecho de filiación y el reconocimiento de la paternidad conllevan, hoy día, observar las categorías sociológicas y culturales, para considerar la reconstrucción social de la filiación, así como a re-pensar la paternidad como un concepto social que trasciende a lo biológico, y que ante nuevos escenarios cómo pueden reconocerse ante los diferentes escenarios que se presentan actualmente.

Cabe la siguiente interrogante: ¿Qué hacer?, se debe crear una nueva categoría de filiación con base en la procreación asistida ante el arrepentimiento del donante a que se le reconozca la paternidad y la negativa de la madre a formar una familia distinta a la monomaternal. De hecho, las técnicas de procreación, actualmente, exigen nuevas reglas de filiación, sea a través de la paternidad real o formal.

Si bien, el derecho a que se reconozca la paternidad, en el caso de quien donó el gameto, no habría duda de ser una paternidad real y una filiación, por tanto, biológica. Sin embargo, está involucrado el rechazo al anonimato elemento fundamental para sostener el derecho de la madre a tener una familia monomaternal, un derecho constitucional y convencional que debe, también tutelarse.

La cesión de material genético implica tanto los productos biológicos del hombre (espermatozoides) como de la mujer (óvulos) y encuentra su fundamento en la libre disposición de los derechos de las personas, el derecho de fundar una familia y el tipo de familia, el derecho a procrear, la igualdad y libertad. Asimismo, cuando los gametos empleados son de un donante anónimo se produce una disociación con la paternidad y la de determinación de la filiación; puesto que, se parte del principio de que por las TRHA el hijo o hija es de la mujer que lo parió.

Así, en el enfrentamiento de derechos, una alternativa que se propone y que se ha pensado, es la filiación "tecnológica"[42] como una nueva vinculación, más allá de la afectiva o la biológica, puesto que si bien, la descendencia corresponde a aquellos que la desearon, y aunque existió una renuncia a la paternidad, de ahí, no se desprende de facto la negación a la filiación.

En fundamento de lo anterior, es importante resaltar que, en el sistema tradicional, la filiación depende del matrimonio, de la determinación biológica o de la paternidad socialmente aceptada, desconociendo el querer, que es la motivación de las prácticas de generación asistida. En la reproducción natural, la falta de voluntad del hombre para procrear es irrelevante, mientras que en la reproducción asistida es la base, lo cual dista de querer o no ser padre.

En consecuencia, un matiz que puede derivarse de la ponderación sería, el reconocimiento de una distinta filiación a la biológica o a la afectiva, pero manteniendo el

[42] Varsi Op Cit.

derecho de la mujer a una familia monomaternal, en la que no exista una relación jurídica reconocida para exigirle al cedente el cumplimiento de obligaciones legales (alimentos), derechos derivados (transmisión sucesoria), y solo debido a la impugnación de paternidad, quede a salvo la no vulneración de derecho a la identidad (origen biológico disociado), en cuanto, si se da el caso, comentar a la hija o hijo, que nació bajo las TRHA y con un donante anónimo, que reconoció su paternidad.

Por otra parte, otros autores han señalado que existe un derecho a la procreación derivado de varios derechos fundamentales, como son el derecho a la vida, el derecho a la integridad física y a la libertad. Esta afirmación concibe un derecho a procrear como el alcance mismo de la libertad personal (Varsi 5, 2017).

El criterio de Miranda Luna[43] va en esta línea, en el entendido de que como derecho que se reconoce a todo ser humano, incluso contemplado a nivel constitucional, se encuentra el derecho a constituir su propia familia. Esto, podría considerarse tanto en el derecho de las mujeres a procrear de la forma en que ellas decidan, así como a formar el tipo de familia que deseen, pero también, conlleva el derecho de los hombres a procrear, sin embargo, el matiz está en la intención de la procreación.

En otras palabras, la procreación es un derecho humano que puede ejercerse para formar una familia, como en este caso concreto de la mujer a una de tipo monomaternal; pero, por otro lado, ese derecho puede ejercerse también para solo reproducirse donando los gametos con otros fines, distintos, a la intención de ser padre y de formar una familia.

[43] Véase: 8 Miranda Luna, Raúl E., Bioética y Derecho de familia: problemas actuales sobre filiación y responsabilidad, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2002, p. 300.

De tal forma que, las TRHA han puesto sobre la mesa cambios en los modos de determinar la paternidad y la maternidad sobre la base del elemento voluntario, así como la forma en que, ante estos conflictos, deben ponderarse los derechos que están en juego. Dos de los derechos que se ven transformados en este ejercicio de ponderación frente a la posible colisión con otros derechos, en los dos contextos, son el derecho a la protección de la familia y el derecho a la libre desarrollo de la personalidad.

IV. Derecho a la protección de la familia

En el panorama descrito, es relevante considerar el contexto de los cambios culturales y legislativos tendientes al reconocimiento y al tratamiento igualitario a todas las formas de familias derivadas de la voluntad de las personas, y del deseo de quienes quieren ser madres o padres, se impone a ideas de inclusión, respeto y reconocimiento de la sociedad y Estado a las formas de vinculación de maternidad y filiación. En el amparo en revisión 807/2019 la Suprema Corte[44] determinó que el Estado tiene la obligación de proteger todos los tipos de familia que existen en la sociedad[45] sin importar la

[44] Estudió el cambio de guarda y custodia una menor que nación en el marco de una familia homoparental, en un caso de comaternidad.

[45] En la acción de inconstitucionalidad 2/2010, se identifica diversos tipos de familias, entre ellas las siguientes:

Familia nuclear, integrada por esposo (padre), esposa (madre), con o sin hijos, que pueden ser biológicos o adoptados; **familia monoparental,** conformada por un padre e hijos o una madre e hijos, o bien, **familia extensa o consanguínea,** esto es, las que se extienden a más generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales familias; **familia homoparental,** conformada por personas del mismo sexo, con o sin hijos. Sin importar la manera en que ésta se haya originado o se encuentre conformada, existe la

manera en que ésta se haya originado o se encuentre conformada, pues lo que se protege constitucional y convencionalmente es a la familia como realidad social.

Las comunidades familiares concebidas por donantes desafían las concepciones tradicionales sobre el papel del Estado en el derecho de familia. Naomi Cahn[46] propone que además del "enfoque médico" que se centra en los pacientes (padres) y en las clínicas de fertilidad; del enfoque de la voluntad procreacional basado en el contrato que se centra en la intención de la madre y el donante; y del enfoque de familia nuclear, que prioriza el modelo de familia "estándar" con uno o dos padres e hijos, se han propuesto diferentes formas de entender la familia.

A medida que el derecho de familia avanza cada vez más hacia la privatización, hacia la personalización del significado de la familia a través de mecanismos que van desde los acuerdos de adopción abierta hasta la cohabitación y los contratos prematrimoniales, las comunidades familiares concebidas por los donantes podrían optar por una forma débil de reconocimiento legal.[47]

Cahn sostiene que deben considerarse, en primer lugar, los intereses relacionales, el enfoque tradicional en el derecho de familia, debe incluir la regulación del mundo de los donantes. En segundo lugar, deben reconocerse jurídicamente los lazos emocionales y psicológicos entre las familias donantes para orientar el desarro-

necesidad de proteger a la familia en todas sus formas y manifestaciones; por ello, el legislador ordinario tiene la obligación de crear leyes con las figuras jurídicas que resulten necesarias para la protección, desarrollo y organización de la familia en sus diversas formas de integración.

[46] Cahn, N. R. (2013). The new kinship. In *The New Kinship*. New York University Press.

[47] The New Kinship Naomi R. Cahn *https://core.ac.uk/download/pdf/232644502.pdf*

llo de las comunidades familiares concebidas por los donantes. Estos dos principios señalan el camino para integrar las cambiantes realidades sociales en un nuevo marco jurídico para las familias donantes, que permita a los hijos de un mismo donante se conecten entre sí.

Aunque una mayor regulación de las relaciones tiene sus peligros, este cambio de paradigma en el mundo de los donantes podría impulsar cambios más amplios y benéficos, creando opciones más allá de enmarcar a todas las familias en el modelo de familia nuclear diádica.

En la actualidad se piensan otras formas de reconocimiento de paternidad o de maternidad, que no necesariamente dependen de la procreación o de quienes quieren formar otros tipos de familias. Todo ello, protegiendo el derecho a que las hijas o hijos conozcan su origen y a formen su identidad, lo cual puede considerarse un derecho que se tutela y protege de forma distinta a la petición de paternidad del donante del gameto, los cuales, no necesariamente colisionan.

Ello es así, porque los derechos que se colisionan en este caso son el derecho de la mujer a formar una familia monomaternal, rechazando todo tipo de paternidad, y el derecho a que éste le sea reconocido al donante del gameto.

V. Libre desarrollo de la personalidad frente a las técnicas de reproducción asistida

Las posibilidades del derecho al libre desarrollo de la personalidad deben armonizarse ante los distintos escenarios posibles, con el fin de poder salvaguardar en mayor medida, el principio del interés superior de la niñez, el derecho de las mujeres a decidir el tipo de familia que desean tener, así como el derecho a la igualdad y no

discriminación a todas las formas de familias que puedan existir.

Partiendo de que los donantes las personas receptoras, o ambos creen que no quieren ser identificados, pero más tarde pueden cambiar de opinión y querrán conectar con los hijos resultantes. Existen posturas a favor y en contra del anonimato de donadores de esperma.

La preocupación habitual es que los argumentos son excesivamente paternalistas y que no hay pruebas que demuestren que el cambio de preferencias se produzca, de hecho parece igualmente posible que aquellos que acepten los sistemas de identificación obligatoria quieran deshacer esa elección más adelante. Así, se advierte una perspectiva o un modelo paternalista, que surge como contraposición al modelo autonomista presidido por el principio moral de autonomía, que permite organizar nuestra existencia del modo que nos parezca más oportuno.[48]

La Primera Sala de la Suprema Corte ha determinado que, desde el punto de vista externo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad da cobertura a una genérica "libertad de acción" que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una "esfera de privacidad" del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.[49]

[48] Miraut Martín, Laura. El paternalismo legal. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2001. Consultado en línea en *https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/8106/1/0233586_00006_0010.pdf*

[49] Jurisprudencia: 1a./J. 4/2019 (10a.) Materia Constitucional Primera Sala Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Su dimensión externa e interna. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 63, Febrero de 2019, Tomo I, página 491 Registro digital: 2019357

Desde esta perspectiva ambivalente se analizan los alcances que se han delineado en el libre desarrollo de la personalidad de los donantes y las receptoras en el caso de filiación monomaternal. Para determinar los alcances internos y externos del derecho al libre desarrollo de la personalidad, es necesario considerar (al menos) los estándares que rigen a las personas directamente implicadas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha interpretado el derecho a la vida privada y a la familia, en el sentido de que constituye el derecho de toda persona, organizar con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones; y que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico, es decir, sus derechos reproductivos.[50]

Asimismo, señala que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductiva, que involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. Por ello la protección a la vida privada incluye el respeto a las decisiones tanto de convertirse en padre o madre, incluyendo la decisión de convertirse en padres o madres genéticas.[51]

La misma Corte ha señalado que la salud reproductiva implica los derechos del hombre y la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables.[52]

[50] Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. 28 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafos 142, 143 y 145.

[51] *Idem*, párrafo 146.

[52] *Idem*, párrafos 149 y 150.

VI. Libre desarrollo de la personalidad de las personas donantes

La aplicabilidad de los contratos libremente acordados sigue estando sujeta a posibles cambios. Permitir que la descendencia concebida por el donante tenga acceso a la información sobre los medio hermanos genéticos o el donante, a pesar de los acuerdos entre el donante y el banco de gametos, o de los entendimientos entre los padres y el banco, plantea cuestiones similares sobre la prioridad de otros intereses (ya sea que se definan como el interés superior del niño, la formación de formas de familia alternativas, etc.)

Para prohibir el anonimato de los donantes de esperma existen al menos dos argumentos: un argumento de bienestar infantil o de derechos de las niñas y niños, que se ven afectados por el anonimato de sus padres genéticos donantes de esperma, y la revelación de esa identidad o la ausencia de secreto para empezar promovería sus intereses, o dos, los niños concebidos por donantes tienen, entre comillas, "derecho a saber" sus padres genéticos, o al menos la identidad de sus padres genéticos.

A favor del anonimato encontramos como argumentos que: no hay pruebas de que el anonimato de los donantes de esperma perjudique el bienestar de los niños concebidos por donantes,[53] que el derecho de los los padres mediante tecnología reproductiva tienen derecho a pasar o encubrirse como individuos fértiles y un régimen que prohíbe el anonimato es una especie de revelación forzada que viola su derecho a la intimidad. Se afirma además que este derecho a la intimidad contrarresta el cualquier derecho o interés de los niños en conocer la identidad de su donante.

[53] Sperm Donor Anonymity: The Big Ethical Debate - Replies, *https://learning.edx.org/course/course-v1:HarvardX+HLS4X+2T2020/home#block-v1:HarvardX+HLS4X+2T2020+type@sequential+block@9fa60a545a1e4a12912202684abde6a5*

En 1985, Suecia se convirtió en el primer país en prohibir la donación anónima de esperma[54] exigiendo que los niños concebidos por donantes puedan recibir información de identificación sobre su donante de esperma cuando fueran "suficientemente maduros". Como se adelantó, el esfuerzo sueco fue seguido por una serie de jurisdicciones, Austria, Alemania, Suiza, los estados australianos de Victoria y Australia Occidental, los Países Bajos, Noruega el Reino Unido y Nueva Zelanda. Como consecuencia de la eliminación de su anonimato los hijos concebidos por el donante pueden optar por ponerse en contacto una vez que hayan cumplido la mayoría de edad, es posible que nunca lo realice.

Estados Unidos ha divergido de la mayor parte del resto del mundo pues es posible no contar con registros para eludir la obligación de dar información de identificación a los niños concebidos por los donantes. Por su parte, al presentar las razones para resistirse al argumento de prohibir legalmente el anonimato de los donantes de esperma, el Tribunal Supremo de Justicia de la Unión Europea ha decidido que la ley de protección de los derechos de los donantes de esperma no es una norma.

En este contexto, es importante visibilizar la experiencia masculina que pareciera marginal frente a los discursos de reproducción asistida, en los que el cuerpo de la mujer está colocado en un lugar protagónico, mientras que el del hombre se ubica en un lugar secundario. Ello parece esconder el padecimiento de los hombres que sufren tratamientos hormonales, cirugías genitales y experimentan ansiedad, incluso impotencia, con los protocolos para la obtención de semen.

[54] El anonimato en la donación de óvulos y esperma, algo que afecta a más de dos personas. *https://www.cra.barcelona/el-anonimato-en-la-donacion-de-ovulos-y-esperma-algo-que-afecta-a-mas-de-dos-personas/*

En algunas sociedades, la infertilidad masculina se esconde por su asociación con la impotencia y la castración, a causa del estigma que esto conlleva. Por eso, "la donación de esperma por un tercer participante en la concepción refuerza la idea de la familia como un espacio reservado y propicia que la donación se mantenga anónima y sea un secreto que no se comparte con los familiares, los amigos y, en ocasiones, ni con el hijo o hija concebida por este método".[55]

La Suprema Corte ha determinado que "mientras que hay situaciones en las que el aspecto más relevante de la autonomía personal se aprecia en la acción realizada, existen otras situaciones en las que el ejercicio de la autonomía se observa más claramente a través de la decisión adoptada por la persona".

En este sentido, la complejidad del anonimato implica entender que éste no solo atiende al interés superior del niño o niña, o la formación de formas de familia alternativas, sino que también incumbe al derecho del donante de organizar con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones.

VII. Libre desarrollo de la personalidad de las personas receptoras (una mirada desde el feminismo)

"La autonomía situada en la experiencia de la maternidad puede ser entendida como un principio ético del

[55] Se ha observado que la infertilidad del hombre, aun cuando la mujer no sea infértil, no le confiere a ésta mayor poder de negociación en la pareja. Por el contrario, la mujer necesita realizar una cantidad extraordinaria de trabajo emocional para reparar el daño a la masculinidad del varón, pues asume la infertilidad masculina como infertilidad de la pareja. Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. (2011). La fertilización asistida en la agenda de los grupos feministas mexicanos. *La ventana. Revista de estudios de género*, 4(33), 242-276.*http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100010*

feminismo, que busca la transformación de las mujeres en una sociedad; una estrategia articulada a modos de crianza que impulsen herramientas para asumir el peso del patriarcado en una sociedad donde las mujeres aún deben pelear por el reconocimiento, el respeto de su existencia"[56] y a la par, puede generar una imposición social a los antiguos modelos de crianza que se esconde en la idea de la intimidad familiar para negar el derecho a las vidas individuales desde nuevas perspectivas.

Algunos de los primeros casos en esta área, a finales de 1800, fueron sobre si una mujer que utilizaba la inseminación artificial por medio de un donante había cometido adulterio.

Un caso canadiense de 1921 fue una acción de divorcio de la esposa alegando que el matrimonio no había sido consumado. La esposa admitió haber tenido un hijo por inseminación artificial. El tribunal consideró que había tenido el hijo mediante el coito y estimó la reconvención de adulterio del marido. Explicó que su decisión sería la misma si la esposa se hubiera quedado embarazada por medio de la inseminación artificial porque la esencia del adulterio consiste en la "entrega voluntaria" de las facultades reproductivas de una persona a otra que no es su cónyuge y que, por esa razón, la inseminación artificial debe ser declarado como adulterio "por razones de orden público".

Veintitrés años después, en Estados Unidos la inseminación artificial también se consideró adulterio en el caso Doornbos v. Doornbos[57] dictado por Tribunal Superior de Cook Country, Illinois. Aunque actualmente esta

[56] La experiencia de la maternidad en mujeres feministas *https://www.redalyc.org/pdf/1051/105146818015.pdf*

[57] 23 U.S.L.W. 2308 (1955) (Super. Ct. Cook County, Ill., Dec. 13, 1954) (Gorman, J.), appeal dismissed on procedural grounds, 12 111. App. 2d 473, 139 N.E.2d 844 (1956). The court commented that it did not consider A.I.H. to be contrary to public policy or good morals.

postura no se sostiene cabe preguntarse si ¿se esconde eso todavía en el fondo de estos casos bajo la justificación de orden público?

Actualmente no hay duda respecto a la legalidad de que una familia monomarental utilice técnicas de reproducción asistida. El uso de la inseminación artificial por parte de las mujeres solteras permite separar la reproducción de la actividad sexual y la vida familiar tradicional, obliga a la ley a enfrentarse al choque entre el poder de la ciencia sobre la reproducción humana y los valores familiares tradicionales, demostrando que el modelo de familia nuclear es insuficiente. Sin embargo, aún existen juicios de valor, no solamente por las razones jurídicas expuestas en las sentencias analizadas, sino en la práctica.

Dado que la mayoría de las leyes exigen que sea un procedimiento médico, muchos miembros de la profesión médica se rehúsan a inseminar mujeres no casadas, ya sea por miedo o por considerar que no deberían ser mamás.[58]

Las mujeres que no tienen acceso a una clínica pueden inseminarse si encuentran un donador, pero esto dificulta el anonimato del donante, mientras que en una clínica el anonimato es casi seguro. Como se ha explicado, la presencia de un donante conocido pone en escena a un padre identificable y plantea si ese hombre tiene derechos parentales sobre el niño o niña que sabe que es suyo.

Aunque existe jurisprudencia expresa sobre la protección a familias monomarentales y al libre desarrollo de la personalidad. En el fondo hay un conjunto de preferencias normativas que pueden analizarse a partir de diversas posturas feministas.

[58] Kritchevsky, B. (1981). The Unmarried Woman's Right to Artificial Insemination: A Call for an Expanded Definition of Family. Harvard Women's Law Journal, 4, 1.

Algunas feministas de la diferencia, resaltan la distinción entre la maternidad como institución y como experiencia, entendiéndolos como la relación potencial de cualquier mujer con los poderes de la reproducción; mientras que la maternidad como institución tiene como objetivo asegurar que este potencial permanezca bajo el control patriarcal.

Asimismo, encontramos posturas que rechazan la reproducción asistida al considerar que convierte el cuerpo de la mujer en territorio de experimentación y se denuncia como un mecanismo más de sumisión de las mujeres a su destino biológico. Esta postura opta por la defensa de la despenalización del aborto y la búsqueda de anticonceptivos seguros.[59]

Por su parte, las feministas socialistas, plantearon que los avances tecnológicos eran inevitables desde una perspectiva histórica y que era necesario que todos los sectores de la población pudieran acceder a ellos.[60] Otro argumento a favor de la reproducción asistida fue que tenía el potencial de revolucionar la heterosexualidad obligatoria posibilitando las relaciones parentales en parejas lesbianas.[61]

A partir de 1990 el debate se extendió a la complejidad sociocultural de la infertilidad, el desarrollo de las tecnologías reproductivas y en sus efectos disruptivos en la diversidad. Por ejemplo, la discusión interseccional de los contextos al incluir lesbianas, mujeres posme-

[59] Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. (2011). La fertilización asistida en la agenda de los grupos feministas mexicanos. *La ventana. Revista de estudios de género*, 4(33), 242-276.*http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100010*

[60] Thompson, Charis. "Fertile Ground: Feminists Theorize Infertility", en Frank Van Balen y Marcia Inhorn (eds.), *Infertility Around the Globe. New Thinking on Childlessness, Gender and Reproductive Technology*. Berkeley, Universidad de California, 2002. En Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Op. Cit

[61] *Idem.*

nopáusicas; el análisis de la influencia de la religión en países musulmanes como Israel, donde la fecundación *in vitro* es totalmente subsidiada por el Estado, mientras que en países católicos se discute y regula la disposición de los embriones, porque se considera que la vida comienza desde la concepción.[62]

En ese contexto se visibilizaron ideas eugenésicas cuando en el ámbito de la medicina privada, normalmente con altos costos, se desarrolló un mercado de gametos que solicitaba inseminación de raza blanca y proveedores con las mismas características raciales que la persona receptora.[63]

Por su parte, en la maternidad subrogada se ha señalado la presencia de mujeres pobres como trata y, de manera ambivalente en Johnson contra Calvert,[64] se explicó que las mujeres que se someten a métodos de reproducción asistida (en aquél caso la subrogación) tienen una experiencia transformadora que no pueden predecir durante el embarazo, y que genera un yo diferente al que contrató, por lo que no deberíamos obligarlas a cumplir el contrato. A este argumento se opusieron, perspectivas feministas que pensaban que esto respondía a los estereotipos de las mujeres como irracionales, no capaces de contratar.

En el feminismo mexicano, además de la exigencia de un consentimiento informado de la adopción, acceso a anticonceptivos seguros y baratos, reformas a la legislación sobre el aborto y educación sexual, actualmente también se advierte una "mirada segmentada" de los derechos sexuales y reproductivos. Definir la maternidad como "producto de un instinto propio de las mujeres y como el rasgo central de la femineidad" ha sido cuestionado como una imposición cultural, frente al feminismo mexicano que defiende la maternidad voluntaria como línea política central.[65]

[62] Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Ob Cit.

[63] Inhorn y Birenbaum-Carmeli, 2008 en Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Ob Cit.

[64] Johnson v. Calvert (1993) *https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html*

Pensar en procedimientos de reproducción asistida implica un distanciamiento respecto a diversos temas, por ejemplo, entre las mujeres lesbianas existen al menos dos posiciones respecto del deseo de ser madres a través de TRHA: por un lado existe la lucha por el reconocimiento de la pareja y matrimonio entre personas del mismo sexo, derecho a la adopción y la inseminación, mientras que en el otro segmento se ubican posturas que consideran a la maternidad como una imposición y adaptación al modelo heterosexual dominante en la que la maternidad no es relevante.[66]

De esta manera, tanto para los donadores como para receptores la reproducción asistida permite formas de parentesco muy diversas, en las que la filiación se convierte en un proceso en construcción y deconstrucción de categorías como paternidad y maternidad, de los roles de padre y madre, de la concepción y el alcance de los derechos desde una perspectiva interna de las y los individuos en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía moral de las personas.

[65] *Idem.*

[66] Entrevista de Cardaci, D., & Sánchez Bringas, Á. Ob Cit. «A esa corriente pertenecemos las de la vieja escuela, quienes estamos por la libertad, por el poliamor, por la libertad sexual. ¿Para qué queremos tener hijos? ¿Para qué queremos casarnos? ¿Para qué convertirnos en ‹gente decente›»? (entrevista realizada el 17 de julio de 2009). Consultable en *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-94362011000100010#notas*

El libro constituye la sexta entrega de las investigaciones conjuntas llevadas a cabo por el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho.

Esta obra colectiva aborda múltiples problemas que se presentan hoy en día con los actos de disposición del cuerpo humano y sus derechos.

Este tema se ha vuelto de especial trascendencia a raíz de las revoluciones científicas, tecnológicas y sociales que se produjeron a lo largo de la segunda parte del siglo XX y lo que va del actual.

Ante la novedad de las cuestiones introducidas, el diálogo debe extenderse a tratar de comprender las implicaciones filosóficas y bioéticas involucradas, buscando apoyarse en lo que la historia y el Derecho Romano pueden aportar, debido a que las razones de justicia que han aparecido a lo largo de la historia y en los distintos ordenamientos nos pueden ser de mucha utilidad a fin de dar respuestas jurídicas debidamente justificadas.

En ese tenor, los ensayos presentados se dividen en cinco partes dedicadas al Derecho Romano e Historia del Derecho; Derecho Constitucional y Administrativo; Derecho Civil; Derecho Penal; así como Filosofía del Derecho y Bioética, donde se procura dar una visión general de los problemas más representativos en cada una de esas áreas, así como las regulaciones, lagunas y propuestas de solución que el Derecho actual puede aportar.

9 786079 954130