

---

# Los principios éticos y económicos de hacer cumplir los contratos de subrogación materna(\*)

**Richard Posner(\*\*)**

Juez de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito de los Estados Unidos. Catedrático honorario de la Escuela de Leyes de la Universidad de Chicago.

El tema del presente ensayo es la subrogación materna y específicamente -el tema central en la controversia sobre subrogación- si los contratos de sustitución materna, es decir, los contratos a través de los cuales una mujer, a cambio de dinero, acepta ser fecundada por inseminación artificial y renunciar al recién nacido para entregárselo al padre, deberían ser exigibles legalmente, ya sea a través de exigir el cumplimiento de la prestación o por daños. No entraré a discutir si este tipo de contratos es exigible bajo las leyes existentes, ni tampoco acerca de las interrogantes legales que los mismos, aun cuando fueran exigibles, podrían producir<sup>(1)</sup>, pero sí respecto a si estos contratos deberían ser exigibles. Para estos efectos, temas como la economía y la ética son centrales, y son el foco de este trabajo.

Mi interés en esta interrogante parte de una inquietud permanente en el análisis económico del derecho de la familia y la adopción, un interés que ha resultado de los falsos cargos que yo califico como “venta de bebés”<sup>(2)</sup>. Para muchos lectores, que se preguntarán de dónde proviene ese interés, déjenme

aclarar que es estrictamente profesional. Yo no soy un niño adoptado, mis hijos no son adoptados, nunca he tratado de adoptar un niño, nadie de mi familia se ha visto involucrado con adopciones, subrogación, fertilización *in vitro*, o cualquier otra clase de acuerdos familiares atípicos. Mi interés por la subrogación materna es, por lo menos, uno desinteresado.

La interrogante acerca de la exigibilidad de los contratos de sustitución materna se convirtió en noticia de primera plana con el caso de Baby M, al cual regresaré. El caso en sí mismo y la controversia que generó, son producto del incremento en la frecuencia de contratos de subrogación materna. A pesar que es difícil acercarse a las estadísticas, al parecer, a finales de 1986 se habían realizado por lo menos 500 contratos de subrogación<sup>(3)</sup>. El número debe ser mucho mayor el día de hoy, a pesar de los esfuerzos de diversos Estados para hacer que esos contratos no sean exigibles, y la incertidumbre resultante que envuelve la práctica de subrogación materna.

Me atrevo a afirmar que son tres los factores claves necesarios para explicar el crecimiento de la

(\*) Título original: *The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood*. La traducción, con la debida autorización del autor, ha estado a cargo de Gisella Santivañez Anto, con la colaboración y supervisión de los doctores José Chiarella Privette y José Juan Haro.

(\*\*) Debemos notar que el término “subrogación materna” puede resultar peyorativo para las madres sustitutas, quienes son, finalmente, las madres biológicas y no una suerte de incubadoras. Pero tengo que reconocer que éste se ha convertido en el término usualmente aceptado.

(1) Ver: SMITH. *The Razor's Edge of Human Bonding: Artificial Fathers and Surrogate Mothers*. En: *New English Law Review*. No.5, 1983. p.639, 652-64.

(2) Ver: POSNER; Richard. *The Regulation of the Market in Adoptions*, En: *B.U.L. Review*. No. 69, 1987. pp.1-2.

(3) Ver: FIELD. *Surrogate Motherhood*. No.5, 1988.

popularidad de esta práctica. El primero consiste en los avances científicos en el campo de la reproducción, que hace a las parejas infértiles menos dispuestas a resignarse a sí mismas con respecto a su infertilidad. El segundo factor (y creo que relacionado) es la declinación de las actitudes convencionales respecto al sexo y la familia. El tercer, y probablemente el más importante, es la falta de bebés para adopción (quiero decir, infantes saludables y blancos –no hay falta de niños negros, discapacitados o mayores para adopción, pero ésto es porque hay, desafortunadamente, poca demanda de esos niños). La extensión, carácter y causas de la falta de bebés para adopción son materia de muchos trabajos sobre el mercado gris y negro de adopción, en otras palabras, sobre la “venta de bebés”, una práctica que, contrariamente a la impresión promovida por los medios de comunicación y otros, no he defendido pero sí tratado de explicar<sup>(4)</sup>. La ironía es que aquellos que atacan la subrogación materna, fuera de una hostilidad general para liberalizar los mercados, no se dan cuenta que la subrogación materna es en sí misma un producto, en parte, de la interferencia con el mercado, el mercado de la adopción. Aun cuando no existiese una falta de bebés para adopción, existiría una demanda para la subrogación materna. Las personas (un biólogo diría, sus genes) desean una continuidad genética y la subrogación permite al hombre (si bien no a su esposa) satisfacer ese deseo.

El caso vinculado al hecho de permitir a las personas celebrar contratos de subrogación materna legalmente exigibles es claro. Este tipo de contratos se realizaría únicamente si las partes creyeran que la subrogación es mutuamente beneficiosa. Supongamos que el contrato requiere que el padre y su esposa paguen a la madre sustituta \$10,000 (aparentemente este es el precio más común en los contratos de subrogación materna)<sup>(5)</sup>. El padre y su esposa tienen que creer que el beneficio que van a obtener de tener al bebé es mayor que \$10,000, de lo contrario ellos no firmarían el contrato. La sustituta debe creer que recibirá un beneficio de los \$10,000 (más precisamente, de aquello para lo cual será utilizado el dinero) que es mayor al costo de estar embarazada, dar a luz y luego entregar

al bebé. Por lo tanto, *ex ante*, como un economista diría (antes del hecho), todas las partes del contrato estarían en las mejores condiciones. Los beneficios mutuos, además, dependen del hecho de que el contrato sea exigible. Si el contrato no fuera exigible, el padre y su esposa no tendrían la seguridad de que, en efecto, obtendrán un bebé como resultado de un contrato aún cuando la sustituta quede embarazada. Si la sustituta, una vez embarazada y habiendo dado a luz, cambia de opinión respecto a la entrega del bebé, el padre y su esposa habrán perdido casi un año en la búsqueda de un bebé (el período necesario para que la sustituta sea fecundada en adición al período de gestación); ellos se encontrarán muy decepcionados. Debido a que la subrogación es mucho menos atractiva para el padre y su esposa cuando no es exigible, ellos no estarán dispuestos a pagar, ni de cerca, lo que pagarían si aquella fuese exigible. Por tanto, la sustituta se ve dañada. Después de todo, la sustituta siempre tiene la opción de aceptar un precio más bajo a cambio de conservar el derecho de quedarse con el bebé si lo desea. Si ella renuncia a ese derecho a cambio de la obtención de un precio más alto es, por lo menos presumiblemente, porque ella prefiere el dinero extra que la libertad de elección extra. Su preferencia se ve contrariada si el contrato no es exigible. Hay varias objeciones a este simple análisis económico. La que encaja más confortablemente en la estructura de la teoría económica es que el análisis no considera que un contrato de subrogación materna tiene efectos sobre aquellos que no son partes, en particular sobre el bebé que la sustituta da a luz. La presencia de un tercero que se ve afectado pero que no da su consentimiento, hace difícil decir que la transacción es superior en el sentido de Pareto (que se mejore la posición de al menos una persona, sin empeorar la situación de nadie) –el concepto normativo más fuerte de eficiencia-. Sin embargo, es muy probable que mejore la posición del bebé por el contrato de subrogación materna, y ciertamente no se empeore. Sin el contrato, es probable que el bebé ni siquiera hubiese nacido. Con el contrato, él (o ella) se convierte en miembro de una familia consistente en el padre biológico y su esposa. La

(4) Ver: POSNER. Op.cit.; LANDES & POSNER. *The Economics of the Baby Shortage*. 7 J. Legal Studies, 1978. p.323.; POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 3era.ed.; 1986. p.139-43.

(5) Ver: FIELD. Op.cit.; p.25-26.

posición del bebé es como aquella en la que la madre muere durante la infancia del bebé y cuyo padre vuelve a contraer matrimonio. Si existe alguna evidencia de que ese tipo de bebés, cuando se convierten en adultos, deciden que hubiera sido mejor no haber nacido, no estoy al tanto de ello. La posición del bebé de la sustituta también es muy parecida a la de un bebé cuya madre fue inseminada artificialmente con el esperma de un hombre diferente al de su esposo porque éste era infértil. ¿Acaso esos bebés crecen para ser miserables? ¿Tan miserables que ellos hubieran preferido no haber nacido? De nuevo, no estoy al tanto de ninguna evidencia de que sí, y, al parecer, es muy poco probable de que efectivamente así sea.

Si bien existe evidencia de que los niños adoptados tienen, en ciertas ocasiones, problemas de adaptación, la mejor evidencia parece ser que, en promedio, los niños adoptados no son más infelices o inestables que los niños naturales<sup>(6)</sup>. Y el hijo de una madre sustituta es medio adoptado. Él es el hijo natural de su padre y, en efecto, el hijo adoptivo de la madre (es decir, de la esposa del padre).

La posibilidad restante es que el conocimiento, de parte del niño, de que la madre sustituta fue pagada arruinará la vida del niño. El niño sabrá que su madre natural lo entregó por dinero. Pero este conocimiento será, de todas maneras, menos violento que el conocimiento de que la madre de uno lo ha vendido (como en la venta de bebés). La madre ha acordado desde el principio parir el niño para el padre y la esposa del padre. ¿Los niños concebidos a través de inseminación artificial con esperma obtenido de un donador de esperma quedan devastados al enterarse que sus padres compraron el esperma? ¿Los niños se avergüenzan o sufren al descubrir que son producto de una fertilización *in vitro* que debió haber costado a sus padres miles de dólares? El mundo está cambiando y las prácticas que parecen raras o anormales para los miembros de la actual generación adulta, se verán menos de tal manera, predigo, para la próxima generación.

Un efecto sutil en los terceros a la sustitución se produce en aquellos niños desafortunados que se encuentran disponibles para ser adoptados pero que muy pocas personas desean adoptar. Si la subrogación

no estuviese al alcance, las parejas blancas de clase media acomodada que optan por la subrogación porque hay pocos infantes sanos y disponibles para ser adoptados, podrían regresar al mercado de adopción y adoptar niños negros, discapacitados o mayores. No es probable que esto suceda muy a menudo. Una alternativa es, obviamente, que el esposo abandone a su esposa por una mujer fértil. Aun cuando la prohibición de la exigibilidad de los contratos de subrogación llevaría a pocas parejas al mercado para adoptar niños no deseados (y sin duda que así sería), uno podría cuestionar la razonabilidad de poner qué cantidad de carga pesada sobre los infértiles para corregir un problema social -aquel de niños indeseados- que enfáticamente no es su creación. ¿Los infértiles deben ser culpados por la abundancia de niños indeseados? Si no es así, ¿deben ser cargados desproporcionadamente con la finalidad de aliviar la abundancia? El argumento más frecuente que uno escucha en contra de los contratos de subrogación materna es que éstos realmente no son voluntarios, porque la madre sustituta no sabe en qué se está metiendo y no firmaría un contrato de esa naturaleza si no estuviera desesperada. El primer punto tiene un fundamento más seguro en economía que el segundo. Los costos de información proporcionan una razón tradicional para dudar si el beneficio de un contrato particular es en realidad maximizado *ex ante*. Si las mujeres que acuerdan hacer contratos de subrogación no saben qué tan afligidas se van a encontrar cuando llegue el momento de entregar al bebé, luego los contratos pueden no resultar en un incremento neto del bienestar. Para poner esto de diferente manera, la tendencia de la economía para evaluar el bienestar en una base *ex ante* en vez de una base *ex post* depende de la suposición de que las expectativas no se encuentran predisuestas sistemáticamente. Los contratos no pueden depender, para maximizar el bienestar, de que las partes que los firman no saben a qué se están comprometiendo.

Sin embargo, no hay evidencia persuasiva o razones convincentes para pensar que, en promedio, las mujeres que acuerdan convertirse en madres sustitutas subestiman la aflicción que sentirán al tener que entregar el bebé. La señora Whitehead, la madre

(6) Ver: ANDREWS. *Surrogate Motherhood: The Challenge For Feminists*. En: *Law, Medical & Health Care*. No. 16, 1988. pp.72, 77.

sustituta en el caso de Baby M, subestimó dicha aflicción. Pero debemos ser cautelosos al generalizar de un único caso. No hay razones para concluir que la experiencia de la señora Whitehead sea típica de las madres sustitutas.

---

Aun cuando no existiese una falta de bebés para adopción, existiría una demanda para la subrogación materna. Las personas (un biólogo diría, sus genes) desean una continuidad genética y la subrogación permite al hombre (si bien no a su esposa) satisfacer ese deseo

---

Cientos de bebés han nacido de madres sustitutas, y desde que algunos pocos acuerdos fueron llevados a litigio, la conjetura a la que uno llega es que las madres no se resisten cuando llega el momento de entregar al bebé. Las entrevistas en diarios y revistas a madres sustitutas confirman esta impresión. Evidencia indirecta pero importantemente corroborativa es que la mayoría de madres sustitutas ya tienen niños y que pocas son menores de 20 años de edad<sup>(7)</sup>. Una madre madura que ha dado a luz niños debe encontrarse en capacidad de estimar el costo psíquico de tener que entregar su siguiente bebé. Finalmente, la enorme publicidad que el caso de Baby M ha recibido debe proporcionar advertencia adicional de los riesgos de la subrogación, si alguna se necesita, a las mujeres que la evalúan.

¿Estas mujeres se encuentran desesperadas - mujeres que valúan \$10,000 más que un bebé- sólo porque la sociedad no ha previsto una red de seguridad debajo de ellas? Aun cuando se encontrasen desesperadas, ello puede no justificar una prohibición de la exigibilidad de los contratos de subrogación. Para alguien que necesita desesperadamente \$10,000, una negativa de la Corte de permitirle obtenerlos parece una prueba hipócrita de preocupación de su estado,

especialmente desde que la Corte no tiene el poder para aliviar dicho estado de alguna otra manera. En todo caso, no existe evidencia de que las madres sustitutas sean sacadas de los estratos más pobres de la sociedad y en todo caso, ello resulta poco probable. La señora Whitehead no era pobre. Es poco probable que una pareja desee el bebé de una mujer pobre, desesperada; estarían preocupados por su salud, y por ende por la del bebé. Entrevistas con madres sustitutas no solo indican que no son pobres sino que han realizado un cuidadoso análisis entre el uso que le pueden dar a los \$10,000 (o cualquiera que sea el precio del contrato) y los costos (incluyendo el arrepentimiento) de entregar al niño a otra pareja<sup>(8)</sup>. Cuando se les preguntó qué planeaban hacer con \$10,000 dieron respuestas de un estándar de clase media (mejorar el hogar, un auto nuevo, mejor educación para sus hijos).

Incluso, para muchas madres sustitutas el arrepentimiento de entregar al bebé se ve balanceado por la empatía que sienten hacia la esposa infértil del padre. Esto es particularmente probable cuando la madre sustituta ya ha tenido hijos, pero éste es -como he mencionado- usualmente el caso de los acuerdos de subrogación.

En pocas palabras, no hay evidencia persuasiva de que los contratos de subrogación materna sean menos propensos a maximizar el valor, que los tipos de contratos cuyo cumplimiento es exigible rutinariamente por la ley. Sin embargo, existen otros argumentos en contra de la exigibilidad de los contratos de subrogación. Uno es que dicha exigibilidad es inequitativa, porque sólo las parejas de clase media pueden pagar el precio de un contrato de subrogación y, porque invariablemente la madre sustituta proviene de una clase con menos ingresos que la del padre y su esposa. Pero la sociedad no prohíbe los contratos que se celebran para adquirir bienes lujosos o contratos que involucran la compra de servicios que prestan personas que se encuentran en una peldaño menor en la escalera de ingresos. Sólo las personas adineradas contratan mayordomos, y los mayordomos son, invariablemente, menos adinerados que sus empleadores. No obstante, los contratos de trabajo

(7) FIELD: Op.cit.

(8) Ver: CHAPMAN. *Surrogacy successes make new laws all the more ill-Advised*, Chi. Trib., 31 de Julio de 1988. p.3.

celebrados con mayordomos son exigibles. Además, mientras que, probablemente, ninguna persona verdaderamente pobre pueda pagar el precio de un contrato de subrogación, no es el caso sólo gente adinerada pueda pagar \$10,000 por un bien o un buen servicio. La mayor parte de los norteamericanos pueden pagar un carro nuevo, y la mayoría de carros nuevos cuestan más de \$10,000. En todo caso, sólo si la envidia es muy intensa y extensa, es difícil ver cómo las personas que no pueden darse el lujo de pagar por acuerdos de subrogación son ayudados por una ley que prohíbe a aquéllos que sí pueden darse el lujo de pagar, celebrar un contrato de subrogación exigible.

Asimismo, se arguye -y no sólo por marxistas, como uno podría esperar- que exigir el cumplimiento de los contratos de subrogación es apoyar el hecho de volver un *commodity* a la maternidad. Es cierto que nuestra sociedad permite que se vendan todo tipo de bienes y servicios, incluso cuando hay efectos palpables y demostrables sobre terceras partes. Las personas no pueden celebrar contratos para autoesclavizarse, entrar en pactos suicidas, acordar entrar en contiendas de gladiadores (ni siquiera boxear sin guantes) o firmar acuerdos de préstamos exigibles mediante la fractura de las rodillas del deudor ante un incumplimiento. Y algunas formas de operaciones (como si se tratar de *commodities*) que son permitidas, tal como la venta de sangre en bancos de sangre son fuertemente criticadas. Aparte de las objeciones, basadas en una variedad de aspectos no relacionados con la maternidad subrogada, sobre formas específicas de operaciones como si se tratara de *commodities*, hay una aversión extendida, particularmente pero no sólo entre los intelectuales, a situar todas las relaciones e interacciones en la sociedad en una base estrictamente pecuniaria. Se teme que la perversa vinculación con el dinero de por medio, extinguiría el altruismo, y promovería un ansioso privatismo y otras enfermedades atribuidas al sistema capitalista.

Soy escéptico. Las personas son lo que son, y lo que son es resultado de una evolución de millones de años más que de un detalle cultural menor como la extensión del principio de mercado en una sociedad particular. No creo que seríamos más egoístas de lo

que somos si el sector del mercado en este país fuese más grande de lo que eso menos egoístas si fuese más pequeño. Las personas en los países que tienen menos operaciones de tipo *commodities* que nosotros -países que van desde Suecia a Etiopía- no parecen ser menos egoístas que los norteamericanos. De todas maneras, permitir la exigibilidad de los contratos de subrogación materna no va a tener ningún efecto muy significativo en normas y actitudes en nuestra sociedad. Muy pocas parejas fértiles estarán interesados en subrogación materna; la mayoría de parejas son fértiles; y la fracción de parejas infértiles es probable que disminuya con los continuos avances en tecnología médica, aun si la mujer se casa tarde (los problemas de fertilidad aumentan con la edad).

El último argumento ético que yo considero en contra de la exigibilidad de los contratos de subrogación es el montado por las feministas. Ellas arguyen que la subrogación es semejante a la prostitución en la medida que sólo involucra la venta de la sexualidad femenina; y como se considera que la prostitución es explotación de la mujer, la subrogación también constituye (estas feministas arguyen) explotación de las mujeres engañadas que acuerdan comerciar su capacidad reproductiva. Además, existe un pequeño pero irreducible riesgo de muerte o enfermedad sería para la madre sustituta.

El argumento no es convincente. Este pasa por alto, para comenzar, el hecho de que las sustitutas no son la única mujer en la figura. También hay esposas infértiles que deben ser consideradas. No sólo son lastimadas si su habilidad para obtener un bebé (necesariamente no nacidos de ellas) es impedida por una prohibición de la exigibilidad de los contratos de subrogación, pero su ya débil posición en un matrimonio con un hombre fértil se ve más debilitada, bajo modernas leyes permisivas de divorcios él siempre estará libre para irse y buscar una mujer fértil para casarse<sup>(9)</sup>. Más allá, la idea de que las mujeres que “venden” (realmente alquilan) su capacidad reproductiva, como las mujeres que venden favores sexuales son “explotadas”, favorece a las mujeres. Pocos discutirían que un *gigoló*, o un donante de esperma, o un hombre que se casa con una mujer por dinero, o un hombre que se

(9) Reconozco que no todas las esposas que quieren contratar a una madre por subrogación son infértiles. Algunas pueden ser fértiles, pero tener peligros o riesgos de salud al quedar embarazadas; otras pueden simplemente no querer tomarse el tiempo ni el trabajo de concebir un niño. Esta última razón puede chocar a muchos por su frivolidad; en todo caso es rara.

prostituye es “explotado”. Puede que estos hombres no sean dignos de admiración, pero no son víctimas. La idea de que las mujeres se encuentran particularmente expuestas a que sean explotadas en el mercado recuerda al pasado (no muy lejano) cuando las mujeres casadas eran consideradas legalmente incompetentes para celebrar contratos exigibles. Estoy sorprendido de que las feministas -no todas ellas, sin embargo<sup>(10)</sup>- quieran resucitar la idea dentro del contexto de la subrogación. Es aún peor cuando el argumento es reforzado al señalar que los cambios hormonales que aparecen con el embarazo pueden inducir, durante el parto, un remordimiento que la madre sustituta podría no haber previsto al firmar el contrato. La idea de que las mujeres son peculiarmente dominadas por sus hormonas (¿y no los hombres por su testosterona?) es una racionalización tradicional para limitar el acceso de las mujeres a empleos que requieren de responsabilidad.

Las críticas feministas a la subrogación son inconsistentes con el principal pensamiento feminista, al reforzar el estereotipo anti-feminista sumado al slogan “biología es destino”. La implicancia de la posición feminista respecto de la subrogación materna (pero enfatizo que es la posición de algunas, pero no todas, las feministas) es, si tú eres infértil, no deberías tener un bebé; y si eres fértil y tienes un bebé, deberías quedártelo. Un punto importante impulsado por el feminismo moderno ha sido negar que la biología es destino, que es la mujer la que se encuentra predestinada a dar a luz y criar a los niños. Algunas mujeres no desean tener niños, algunas desean tener niños pero no en el escenario tradicional de los matrimonios heterosexuales, algunas quieren tener pero no parir a los niños y otras, finalmente, quieren parir pero no quieren tener niños (o más niños) -ellas son las madres sustitutas. El feminismo busca extender las oportunidades de las mujeres más allá del rol tradicional, visto como asfixiante para la mayoría, de ser una ama de casa y ser una mujer que hace una carrera del parir y criar niños. La oportunidad de contratar a una madre sustituta y la oportunidad de ser una madre sustituta son dos oportunidades no convencionales ahora abiertas a las mujeres. Es curioso que las feministas, de todas las personas, sean las que quieren cerrar la puerta a estas oportunidades.



El último y más pobre argumento en contra de la subrogación materna consiste en que ésta es otra forma de “venta de bebés”. Esta es una argumentación por epíteto. La madre sustituta ya no “posee” el bebé como lo hace el padre. Ella no vende el bebé sino los derechos de maternidad, y en este sentido ella no se diferencia de una mujer que acuerda en un proceso de divorcio a renunciar a su pretensión de custodia de los niños del matrimonio a cambio de alguna otra concesión de su esposo -o de un donante de esperma que recibe dinero-, pero no derechos de paternidad, a cambio de su donación. He revisado los argumentos a favor y en contra de la exigibilidad de los contratos de subrogación y no he hecho ningún secreto de cómo considero que la balanza se inclina. Pero en una materia que ha despertado emociones tan fuertes, argumentación a priori no proporcionará una solución totalmente convincente. La evidencia es más importante que la argumentación. He mencionado evidencia que la subrogación no explota en el sentido de que no lleva a la madre sustituta a una peor situación, pero la evidencia es casual y anecdótica por lo que resulta necesario un estudio más sistemático

(10) Andrews, supra nota 6, presenta de manera decisiva la defensa de un sector de las feministas a la subrogación materna.

urgentemente. Los estudiosos deben hacer esfuerzos para identificar y evaluar muestras de madres sustitutas para efectos de determinar las características demográficas y otras relevantes de las partes que contratan y la experiencia de los contratos de subrogación. ¿Los subrogados son responsables al tomar decisiones racionales aparentes? ¿Las partes en los contratos de subrogación ven satisfechos sus intereses generalmente?

¿Los contratos contienen cláusulas que protegen adecuadamente los intereses de las madres? ¿Cuál es el promedio y rango de los precios? ¿Cuántas madres sustitutas experimentan una angustia profunda al entregar el bebé? ¿Cuántas se resisten y tienen que ser llevadas a la corte? ¿Los niños son sanos y felices? Estas preguntas pueden ser respondidas. Hasta que sean respondidas, con mayor confianza de lo que es posible en el presente, el tema de orden público examinado en esta lectura no podrá ser resuelto. Sin embargo, sería una tragedia si los estados o el Congreso pensaran extirpar la práctica antes de que se realice un juicio racional de las ventajas y desventajas.

Quiero terminar con un breve exámen de la opinión de Baby M<sup>(11)</sup>. Así como dicha opinión ha recibido críticas favorables en algunos aspectos, la discusión de las implicancias éticas y económicas de la subrogación es poco menos que desastrosa intelectualmente. Daré diez citas representativas y un comentario breve sobre cada una de ellas. Espero persuadir al lector que, cualquiera sea el mérito que le merezca la sustitución, algunos de sus más distinguidos oponentes no han demostrado la habilidad para pensar racionalmente sobre ésta.

Aquí están las citas. Primero, “(un) niño, en vez de comenzar su vida con la mayor paz y seguridad posibles, se encuentra inmediatamente en un nudo de guerra entre la madre y el padre contendores<sup>(12)</sup>”. Pero este nudo de guerra es un artefacto de incertidumbre legal. Si la exigibilidad de los contratos de subrogación estuviese asentada, la señora Whitehead no tendría bases para desafiar la custodia de los Stern sobre el bebé.

Segundo, “todo el propósito y efecto del contrato de subrogación era dar al padre el derecho exclusivo

sobre el niño restringiendo los derechos de la madre<sup>(13)</sup>”. La corte descuida un punto obvio: si no hay contrato, no hay niño. No es como si hubiese un bebé y se le solicitase a la madre que renuncie a sus derechos sobre él. No había ningún niño cuando el contrato se firmó; “todo el propósito” del contrato consistió en inducir a una mujer a convertirse en madre más no que destruya sus derechos de madre.

Tercero, “aquí no hubo consejero, independiente o de otra forma, de la madre natural, ninguna evaluación, ninguna advertencia<sup>(14)</sup>”. Esto es proteger extremadamente a la madre sustituta. Nuestro sistema no obliga que las personas busquen asesoría antes de firmar un contrato; ciertamente no requerimos a la mujer para que vaya donde un asesor antes de embarazarse.

Cuarto, “la madre sustituta nunca toma una decisión totalmente voluntaria, informada, es claro que cualquier decisión anterior al nacimiento del bebé es, en el sentido más importante, desinformada<sup>(15)</sup>”. Esta es una declaración particularmente absurda porque cuestiona la capacidad de la gente para celebrar contratos. Los contratos se celebran antes, y no después, de ser ejecutados. Si este hecho es pensado para socavar el carácter voluntario de los contratos, toda la contratación se estaría colocando debajo de una nube. De acuerdo con la lógica de la corte, ningún procedimiento quirúrgico mayor es realizado con el consentimiento informado del paciente, ya que uno no puede saber de antemano como se sentirá acerca del procedimiento una vez que éste ha sido realizado.

Quinto, “lo peor de todo, sin embargo, es la total desatención del contrato respecto de los intereses del niño<sup>(16)</sup>”. Pero, nuevamente, si no hay contrato, no hay niño. De este y otros pasajes que he podido citar aparece que la corte falla al entender la función productiva de los contratos. Los contratos no generan consecuencias, meramente o principalmente, después de que un evento ha ocurrido. Estos crean las iniciativas para generar el evento, en este caso, el nacimiento de Baby M.

Sexto, “en la subrogación, los más altos postores se convertirán, presumiblemente, en los padres

(11) En Baby M, 109 New Jersey; 396, 537 A.2d 1227 (1988).

(12) Idem; p.435, 537 A.2d at 1247.

(13) Idem; p.436, 537 A.2d at 1247.

(14) Idem.

(15) Idem; p.437, 537 A.2d at 1248.

(16) Idem.

adoptivos sin tomar en cuenta la conveniencia<sup>(17)</sup>. Pero no es así como funciona el mercado -también hay competencia entre las que serán sustitutas-, así que no es el caso de un remate de un pequeño suministro de madres sustitutas al más alto postor en el sentido de una subasta de un cuadro de Van Gogh.

Sétimo, “la demanda (de niños) es alta y la oferta es pequeña. La disponibilidad de métodos anticonceptivos, el aborto, y la buena voluntad de las madres solteras para criar a sus niños ha llevado a una escasez en la oferta de niños para adopción. La situación es precisa para la entrada de personas que van a traer equilibrio al mercado incrementando la oferta a través del uso de dinero<sup>(18)</sup>”. Pero es así como funcionan los mercados, y la escasez es, como se ha notado previamente, un artefacto de la regulación. La hostilidad de la corte hacia estas personas es primitiva. Ellos proporcionan una función esencial en el mercado.

Octavo, “(nosotros) dudamos que las parejas infértiles de menores ingresos encuentren sustitutas de mayores ingresos<sup>(19)</sup>”. ¿Pero cómo pueden ser ayudadas las parejas de menores ingresos con una ley que prohíbe a las parejas de altos ingresos

contratar a sustitutas de menor ingreso? Esta es la jurisprudencia de la envidia.

Noveno, “hay, en pocas palabras, valores que la sociedad considera más importantes que garantizar, cualquier cosa que el dinero pueda comprar, ya sea trabajo, amor, vida<sup>(20)</sup>”. ¿Pero cómo pueden ser servidos dichos valores prohibiendo la subrogación?

Décimo, la subrogación “ignora totalmente al niño<sup>(21)</sup>”. Por el contrario, la subrogación es un método que fomenta la concepción del niño.

Es tan deficiente el razonamiento de la Corte que la explicación de su resultado debe ser buscada en cualquier lugar menos en las ventajas y desventajas analizadas de los contratos exigibles de subrogación materna. Ese lugar, pienso, está en la hostilidad hacia los mercados, una hostilidad característica de los intelectuales americanos, incluyendo algunos jueces; y en el miedo al cambio, a lo novedoso, lo cual es una característica común de las personas de mediana edad en general y jueces de mediana edad en particular. Considero que nuestro sistema judicial puede hacerlo mejor. Y el inicio de la cordura está en la determinación de evaluar racionalmente la maternidad sustituta. *AE*

(17) Idem: p.438, 537 A.2d at 1248

(18) Idem: p.439, 537 A.2d at 1249 (cita omitida)

(19) Idem: p.440, 537 A.2d at 1249

(20) Idem: p.440-41, 537 A.2d at 1249

(21) Idem: p.442, 537 A.2d at 1250