

>> Haciendo lazos



Algunas reflexiones sobre la gestación por sustitución internacional

Abog. Carla Mitelman *

Subrogación de vientre, gestación por sustitución, alquiler de vientre o gestación solidaria son los distintos nombres que se utilizan para denominar a esta técnica por la cual una mujer transita un embarazo y da a luz un bebé para otra pareja u otra persona que tiene la vocación procreacional, a veces con material genético ajeno y a veces propio. Las técnicas de reproducción asistida han originado mucha controversia, pero sin duda la gestación por sustitución es sumamente discutida porque según la postura que se tome, se intentan proteger distintos derechos. En Europa, hay varios países en los que la gestación por sustitución está prohibida, originando que varios ciudadanos viajen a otros lugares donde sí está permitido, conducta que muchos denominan vulgarmente: “*turismo reproductivo*”, aunque esos términos banalizan toda la experiencia que sin duda involucra mucho más que un viaje turístico, ya que hay cuestiones psicológicas, físicas y éticas que hay que tener en cuenta.

Prohibición de la gestación por sustitución internacional: la explotación de mujeres vulnerables vs. el derecho de la mujer a disponer de su cuerpo

Giorgia Meloni busca en Italia convertir la gestación por sustitución en un “delito universal.”^{1,2} Si bien en Italia, en 2004 se dictó la ley 40/2004³ que regula las técnicas de reproducción, la misma es sumamente restrictiva, por ejemplo: sólo permite la utilización de estas técnicas en casos de infertilidad y siempre y cuando no haya otra alternativa⁴, prohíbe el recurso a las técnicas de procreación médicamente asistida de tipo heteróloga (es decir cuando se utilizan gametos donados)⁵, sólo permite que parejas heterosexuales recurran a estas técnicas⁶ y sanciona el uso de gametos (óvulos y espermatozoides) ajenos a la pareja, su comercialización o el uso de «madres de alquiler» con multas que van desde 600.000 a un millón de euros y penas de tres meses a tres años de cárcel.⁷ Este último artículo implicó que muchas parejas italianas viajen a otros países para utilizar la técnica de gestación por sustitución. Si bien en 2005 hubo un referéndum para derogar los puntos más controvertidos de la ley, no se alcanzó el quórum de participación necesario. Es por eso que hubo sentencias posteriores que modificaron algunos puntos esenciales. Tal es el caso de la sentencia núm. 151/2009⁸, del 8 de mayo del año 2009, mediante la cual el Tribunal Constitucional, anuló la obligación de una única transferencia de embriones, así como la prohibición de producir un máximo de tres embriones por ciclo y la del 2014 que declaró inconstitucional algunos artículos, implicando la legalidad de la donación de gametos⁹. Con este nuevo proyecto de ley se busca que las parejas que hayan recurrido a este tratamiento en otros países donde sí es

legal, sean denunciadas legalmente y penadas por un término que va de tres meses a dos años de cárcel y, a su vez, multadas. En la exposición del proyecto de ley 887 informado favorablemente por la II Comisión Permanente el 15 de junio del corriente año se manifiesta que: *“Las prácticas de gestación subrogada constituyen un ejemplo execrable de comercialización del cuerpo femenino y de los propios hijos que nacen de tales prácticas, que son tratados como mercancías. No obstante, el uso de estas prácticas está aumentando rápidamente y la gestación subrogada se está convirtiendo en un verdadero negocio que, por poner un ejemplo, mueve más de 2.000 millones de dólares al año en India. En este país los “voluntarios”, reclutados en las zonas más pobres, “producen” más de mil quinientos niños al año para satisfacer la demanda que llega del exterior, atraída por los bajos precios, “apenas” 25.000/30.000 dólares frente a 50”*. Y más adelante manifiesta que: *“En la gestación subrogada, las mujeres que “prestan” su cuerpo no tienen derecho a los hijos que están gestando y ni siquiera se consideran los derechos de los niños, obligados a ser separados de su madre biológica inmediatamente después de dar a luz (un hecho absolutamente traumático). Se preguntarán de por vida quién es su madre biológica”* y concluye que: *“De estas consideraciones surge la necesidad, cada vez más sentida a nivel nacional e internacional, de condenar la difusión de tales prácticas”*. Como podemos observar, en Italia intentan evitar lo que las autoridades llaman **“turismo reproductivo”**, con el fin de proteger a mujeres extranjeras en estado de vulnerabilidad de la explotación de sus cuerpos y los derechos de los menores gestados. A esta teoría que repudia a la gestación por sustitución, se contraponen otras que le dan preponderancia al derecho de la mujer a disponer de su cuerpo. En este sentido, es muy interesante el fallo que expone la Dra. Lamm¹⁰ en su libro *“Gestación por sustitución”*: *“Esto se sostuvo en el caso Johnson vs. Calvert ya analizado, en el que la Corte suprema de California manifestó: «El argumento de que una mujer no puede convenir, en forma consciente e inteligente, en gestar y dar a luz a un bebé para los comitentes, posee connotaciones de una forma de razonar que, durante siglos, impidió a las mujeres alcanzar iguales derechos económicos y estado profesional ante la ley. Resucitar esta concepción significa impedir una elección personal y económica por parte de la gestante y negarles a los comitentes lo que puede ser su único medio de procrear a un niño con sus propios genes”*, así mismo más adelante manifiesta que: *“Es importante destacar que —como se analizará luego— en los países en los que esta práctica está regulada, como por ejemplo en Estados Unidos, las gestantes, en general, son mujeres que prestan su ayuda de manera voluntaria. Suelen ser mujeres de buen nivel socioeconómico con una vida familiar estable y que ya han tenido sus propios hijos. Ellas están orgullosas de la ayuda que prestan y por lo general hablan con mucha naturalidad del tema. Hay un testimonio que se repite con frecuencia: cuando se les empieza a notar la barriga y la gente les da la enhorabuena por la calle, ellas contestan con naturalidad «gracias, pero no es mío». Ante esto, Vila Coro se cuestiona cómo se puede considerar explotación algo que se lleva con tanto orgullo. En definitiva, este argumento de la explotación que conlleva prohibir los acuerdos de GS viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional”*.

En Argentina, este tratamiento de fertilización no está legislado. No está prohibido ni permitido pese a que existen varios proyectos de ley presentados por los legisladores, así como también en el proyecto original del Código Civil y Comercial donde figuraba en su artículo 562¹¹ el cual

luego fue eliminado. En tal sentido, es muy interesante leer los fundamentos de algunos de los proyectos presentados con el objeto de regular esta técnica como por ejemplo el de Ana Carrizo¹², donde se postulan principios totalmente distintos a los considerados en Italia: *“Este vacío legislativo conlleva violaciones a derechos humanos como el derecho a la privacidad y a formar una familia; además, hace que los nacidos por GS estén una situación jurídica incierta. Además, el vacío legislativo ha llevado a que las personas que tienen capacidad económica lleven adelante la GS en el extranjero. Este hecho discrimina a las personas que, por su condición social o económica, no pueden recurrir a la GS en el exterior del país. En esta misma línea, en la sentencia “Artavia Murillo”, la Corte Interamericana sostuvo que la prohibición de acceso a las técnicas de reproducción asistida viola la Convención Americana de Derechos Humanos, que prohíbe la discriminación por condición socioeconómica. Por ello, regular la GS es una necesidad en nuestro país.”* Es interesante ver las distintas posturas: mientras una parte condena a la gestación por sustitución tanto en el propio país como en el extranjero y considera que se está explotando a personas más vulnerables, la otra, opina que la falta de regulación o la prohibición fomenta a esa misma conducta, perjudicando a las personas que no cuentan con los medios para viajar. En esos mismos fundamentos, más adelante agrega *“La posibilidad de que la gestante reciba una compensación razonable sigue la regulación recientemente propuesta para el estado de New York y la regulación prevista en Israel. Parte del principio de autonomía y de que, en ejercicio de su autonomía, algunas mujeres podrían querer llevar adelante un embarazo para otras a cambio de una compensación. Esta decisión constituiría una instancia de ejercicio el derecho a decidir sobre el uso del cuerpo propio. Prohibir por completo este tipo de transacciones conllevaría una intromisión en la vida privada de las mujeres incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos.”*

Italia no es el único país que prohíbe esta técnica o que su implementación provoca controversia. En España, país en el cual esta práctica también está prohibida, ya que el artículo 10 de la ley 14/2006¹³ establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución. El accionar de Ana Obregón, una famosa actriz española que subrogó un vientre en Estados Unidos y se convirtió en madre utilizando el esperma de su hijo, fallecido por cáncer, fue duramente debatido, no sólo por recurrir a esta técnica, repudiada en su país, sino también por la edad de la actriz, ya que las técnicas de reproducción asistida han facilitado la posibilidad de que los seres humanos puedan tener hijos más allá de la menopausia y en edad avanzada, lo que despierta otro tipo de polémicas. En España, la Ministra de Igualdad opinó que Ana Obregón compró un bebé, y además, que *“la gestación subrogada es violencia contra las mujeres”*, manifestando asimismo, que existe *“el sesgo de discriminación por pobreza que hay detrás de este tipo de prácticas”*¹⁴

Entre los países en los que está permitida la gestación por sustitución están aquellos que lo contemplan de forma altruista y aquellos en los que se realiza a través de un contrato comercial. Ucrania es uno de los pocos países en los cuales esta técnica está reglamentada, permitiendo a las parejas heterosexuales casadas recurrir a la subrogación de vientre, pero prohibiéndola para parejas homosexuales y personas solteras. A través de la Orden del Ministerio de Salud Pública de Ucrania № 787,¹⁵ se establece que la realización del procedimiento de la fecundación artificial se lleve a cabo en establecimientos médicos

acreditados, escogidos libremente por los pacientes mayores de edad. Es por tal motivo, que este país se ha convertido antes de la guerra en un país ampliamente visitado por extranjeros para convertirse en padres y el estallido del conflicto bélico desencadenó la incertidumbre del futuro de miles de bebés, gestados para formar parte de una familia, pero que no han podido ser buscados por aquellos que pagaron para que fueran concebidos y al mismo tiempo, rechazados por las mujeres que los llevaron en sus vientres que no tenían la vocación procreacional.

Problemas que origina la gestación por sustitución internacional: derecho a la nacionalidad y a la identidad

Como expliqué antes, la prohibición de recurrir a estas técnicas de reproducción en algunos países provocó que miles de parejas viajen a otras naciones del mundo para lograr su objetivo y causó otros problemas como por ejemplo obtener la documentación necesaria para que en el país donde se ha realizado el tratamiento las autoridades migracionales permitan la salida del bebé acompañado por la persona que ha tenido la vocación procreacional o permitan el ingreso al país de esos padres, cuestión que puede ser muy engorrosa porque normalmente los países de origen de los progenitores con vocación procreacional son los que prohíben esta práctica y le niegan la anotación legal de la filiación, originando que los menores no puedan ejercer su derecho a la nacionalidad y a la identidad. Es por tal motivo, que la Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado ha estado trabajando en un protocolo sobre la filiación de aquellos niños nacidos a través de la subrogación de vientres en un país extranjero para evitar la violación de sus derechos.¹⁶

Si bien es cierto que la gestación por sustitución como objeto de un contrato comercial es pasible de convertirse en un infame negocio, cuando esta técnica es utilizada gratuitamente, sólo con fines altruistas, y correctamente legislada, con una gestante correctamente asesorada legal, médica y psicológicamente a lo largo del procedimiento, permite a muchas personas convertir el deseo de ser padres en realidad, en aquellos casos en los cuales no es viable la concepción de otra forma. La prohibición total de la gestación por sustitución ha provocado que muchas personas, con los medios económicos suficientes, realicen el tratamiento en otro país. Castigar al menor nacido por este procedimiento, negándole la nacionalidad o el derecho a llevar el apellido de aquel que tuvo la vocación procreacional y que en concreto es el verdadero progenitor, viola sus derechos amparados en la Convención sobre los Derechos del Niño. El hecho de que en Italia se sancionen a los padres que recurran a esta técnica quizás pueda provocar que estas personas nunca regresen al país si su decisión es muy fuerte, pero no por ello evitarán totalmente que un individuo se vaya al extranjero para ser padre o madre a través de la gestación por sustitución. Si se desea realmente cuidar a la mujer gestante de una explotación, la mejor forma sería articular un convenio internacional que vele por los derechos de todas las partes intervinientes.

Bibliografía

1 Italia. Propuesta de ley N° 1026, de Lupi y otros. Presentado el 21 de marzo de 2023. Consultado el 08/07/23. Disponible en: https://www.camera.it/leg19/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatur

a=19&codice=leg.19.pdl.camera.1026.19PDL0029440&back_to=https://www.camera.it/leg19/126?tab=2-e-leg=19-e-idDocumento=1026-e-sede=-e-tipo=.

2. Italia. Propuesta de ley N° 887, de Varchi y otros. Presentado el 15 de febrero de 2023. Consultado el 08/07/23. Disponible en: [https://www.camera.it/leg19/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=19&codice=leg.19.pdl.camera.887.19PDL0024310&back_to=https://www.camera.it/leg19/126?tab=2-e-leg=19-e-idDocumento=887-e-sede=-e-tipo=.](https://www.camera.it/leg19/995?sezione=documenti&tipoDoc=lavori_testo_pdl&idLegislatura=19&codice=leg.19.pdl.camera.887.19PDL0024310&back_to=https://www.camera.it/leg19/126?tab=2-e-leg=19-e-idDocumento=887-e-sede=-e-tipo=)

3. Italia. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita. Ley 40/2004 del 19 de febrero de 2004. Gazzetta ufficiale. Disponible en: https://www.gazzettaufficiale.it/atto/serie_generale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2004-02-24&atto.codiceRedazionale=004G0062&elenco30giorni=false

4. Artículo 1 de la Ley 40/2004: “El recurso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita e' consentito solo quando sia accertata l'impossibilita' di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed e' comunque circoscritto ai casi di sterilita' o di infertilita' inspiegate documentate da atto medico nonche' ai casi di sterilita' o di infertilita' da causa accertata e certificata da atto medico”.

5. Artículo 4.3. de la Ley 40/2004: “E' vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo”.

6. Artículo 5 de la Ley 40/2004: “Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, comma 1, possono accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in eta' potenzialmente fertile, entrambi viventi”.

7. Artículo 12.6. de la Ley 40/2004. “Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 e' punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro”.

8. Sentenza **151/2009** (ECLI:IT:COST:2009:151). Consultado el 29/06/23. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>.

9. Sentenza **162/2014** (ECLI:IT:COST:2014:162) Consultado el 29/06/23. Disponible en: <https://www.cortecostituzionale.it/default.do>.

10. Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres”. Colección de Bioética del Observatorio de Bioética y Derecho. Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013

11. Art. 562 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012.: Gestación por sustitución. El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar sólo

si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de DOS (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, UN (1) hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza”

12. Carrizo Ana. Proyecto de Ley de Gestación por sustitución. Régimen. Modificación del Código Penal y de la ley 26862, sobre técnicas de reproducción asistida. Número de Expediente 3765-D-2017. Consultado el 29/06/23. Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3765-D-2017>

13. España. Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida. “BOE” núm. 126, de 27/05/2006.

14. Irene Montero, sobre Ana Obregón y los vientres de alquiler: "Es violencia contra las mujeres". Disponible en: <https://www.publico.es/mujer/irene-montero-ana-obregon-vientres-alquiler-son-violencia-mujeres.html#analytics-noticia:contenido-enlace> (consultado el 29/06/23)

15. Ucrania. Orden del Ministerio de Salud Pública № 787 del 09/09/13 Sobre la confirmación de la instrucción sobre el orden de la aplicación auxiliar de las tecnologías reproductivas.

16. Conferencia Internacional de La Haya de Derecho Internacional Privado. Consultado el 29/06/23. Disponible en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>

* **Carla Mitelman**

Abogada y procuradora egresada de la Facultad de Derecho, UBA. Periodista egresada del Instituto Grafo técnico. Asesora legal de empresas vinculadas con la salud. Ex miembro de LLUPRECA (Liga de Lucha y Prevención de las Enfermedades Cardiovasculares) Secretaria del Instituto de Derecho Sanitario del CPACF hasta marzo 2023. Miembro del Instituto del Derecho de Salud del CPACF. Redactora del Proyecto de Ley 5551-D-2017 CREACION ARCHIVO NACIONAL Y FEDERAL DE DATOS GENETICOS EN LA REPUBLICA ARGENTINA.

¿Cómo citar este artículo?

Mitelman, C. (2023). *Algunas reflexiones sobre la gestación por sustitución internacional*, Boletín Bioeticar Asociación Civil, vol. III, N°9, diciembre 2023, ISSN 2953-3775
<https://www.bioeticar.com.ar/boletin9.html>