

COLECCIÓN DE BIOÉTICA

Gestación por sustitución

Ni maternidad subrogada
ni alquiler de vientres

Eleonora Lamm



Organització
de les Nacions Unides
per a l'Educació,
la Ciència i la Cultura



Càtedra UNESCO de Bioètica
de la Universitat de Barcelona



Observatori de
Bioètica i Dret



Gestación por sustitución

Gestación por sustitución

Ni maternidad subrogada
ni alquiler de vientres

Eleonora Lamm



Universitat de Barcelona

Publicacions i Edicions

© Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona
Adolf Florensa, s/n
08028 Barcelona
Tel.: 934 035 430
Fax: 934 035 531
comercial.edicions@ub.edu
www.publicacions.ub.edu

ISBN	978-84-475-3773-0
DEPÓSITO LEGAL	B-29.436-2013

Queda rigurosamente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra. Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada, transmitida o utilizada mediante ningún tipo de medio o sistema, sin autorización previa por escrito del editor.

A María Casado, Aída Kemelmajer de Carlucci
y Marisa Herrera. Porque sin ellas este libro no sería posible.

A Leo y Chloé.

Índice

PRÓLOGO, por Aída Kemelmajer de Carlucci.....	15
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	17
1. Introducción.....	17
2. Antecedentes.....	19
3. Concepto	22
4. Terminología	24
5. Modalidades o tipos de gestación por sustitución.....	27
6. Tendencia.....	28
7. Variantes	29
MATERNIDAD Y PATERNIDAD	31
1. La disociación de «maternidades»	31
2. La determinación de la maternidad	32
2.1. Teoría de la contribución genética.	33
2.2. Teoría de la preferencia de la gestante.	38
2.3. Teoría de la intención.	42
2.3.1. La voluntad procreacional.....	47
2.3.2. La aplicación del criterio de la voluntad procreacional a la gestación por sustitución.....	54
3. Paternidad sin maternidad.....	58
3.1. Matrimonio homosexual y parejas de hombres.....	58
3.2. Paternidad de hombre solo.....	64
ANÁLISIS NORMATIVO. DERECHO COMPARADO	71
1. Derecho español.....	71
1.1. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	71
1.2. Análisis de la norma.....	71
1.3. Sobre la posibilidad de establecer la filiación por la vía de la adopción	74
1.4. La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero.	78

1.4.1. Antecedentes	78
1.4.1.I. <i>Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero de 2009</i>	79
1.4.1.II. <i>Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010 (num. 193/2010)</i>	82
1.4.2. Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.....	84
1.4.2.I. <i>Finalidad de la IDGRN</i>	84
1.4.2.II. <i>Resolución judicial extranjera</i>	85
1.4.2.III. <i>Exequátur en España de la resolución judicial extranjera y reconocimiento incidental</i>	86
1.4.2.IV. <i>Su inaplicabilidad al caso de G. y B. SAP de Valencia, de 23 de noviembre de 2011 (núm. 8621/2011)</i>	87
1.4.2.V. <i>Críticas</i>	89
1.4.2.VI. <i>Efectos de la IDGRN</i>	93
1.4.2.VII. <i>Consecuencias de la IDGRN. Bajas por maternidad y paternidad</i>	95
1.4.3. La gestación por sustitución internacional y la nueva Ley 20/2011 de Registro Civil	99
1.5. La necesidad de regulación	101
2. La situación en Argentina	102
2.1. Ausencia de norma legal	102
2.2. Jurisprudencia.....	104
2.3. La gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero	108
2.4. Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012.....	114
2.4.1. Fundamentos	114
2.4.2. El artículo propuesto:.....	115
2.4.3. Análisis del artículo.	116
2.4.3.I. <i>Sistema</i>	116
2.4.3.II. <i>Comitentes</i>	116
2.4.3.III. <i>Filiación</i>	116
2.4.3.IV. <i>Requisitos para la homologación judicial</i>	117
3. Breve referencia a otras legislaciones	118
3.1. Las posturas en el derecho comparado	118
3.1.1. Prohibición de la gestación por sustitución.....	118
3.1.1.I. <i>Francia</i>	118
3.1.1.II. <i>Alemania</i>	125
3.1.1.III. <i>México. Querétaro y Coahuila</i>	126
3.1.1.IV. <i>Suiza</i>	127

3.1.1.V. Italia	127
3.1.1.VI. Austria	128
3.1.1.VII. Portugal	130
3.1.2. Admisión de la gestación por sustitución cuando es altruista.....	131
3.1.2.I. Reino Unido.....	131
3.1.2.II. Australia (Australian Capital Territory [ACT], Queensland [QLD], New South Wales [NSW], South Australia [SA], Victoria [VIC], Western Australia [WA]) ..	142
3.1.2.III. Canadá	148
3.1.2.IV. Grecia.....	150
3.1.2.V. Brasil.....	154
3.1.2.VI. México. Tabasco	157
3.1.2.VII. Israel	159
3.1.2.VIII. Sudáfrica.....	164
3.1.3. Admisión amplia.	170
3.1.3.I. Rusia.....	170
3.1.3.II. Ucrania.....	174
3.1.3.III. India	178
3.1.3.IV. México, Sinaloa.....	181
3.2. La gestación por sustitución en Estados Unidos.....	185
 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN INTERNACIONAL.....	193
1. El «turismo reproductivo».....	193
2. El turismo reproductivo y la gestación por sustitución internacional.....	194
2.1. Incapacidad de los comitentes y del niño de viajar al país de residencia de los comitentes debido a que no pueden obtener pasaporte o documentos de viaje para el niño	196
2.2. Incapacidad de los comitentes para regularizar la situación legal del niño una vez que está en el Estado de residencia de los padres (o durante el proceso migratorio)	202
3. Hacia una convención internacional	210
 REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	215
1. Los argumentos y las razones a favor de la regulación legal	215
1.1. Derecho y realidad.....	215
1.2. El interés superior del niño	224
1.3. El derecho a procrear.....	230
1.4. La gestación por sustitución no atenta contra la salud psíquica de la gestante.....	234

1.5. Los controles a la posible explotación	237
1.6. Los límites al turismo reproductivo	240
1.7. La tendencia que prevalece en el derecho comparado	240
1.8. Las posturas «feministas». El debilitamiento de la «condena biológica»	242
1.9. Los principios de igualdad y no discriminación.....	246
1.10. Las diferencias entre derecho y moralidad	248
1.11. El avance y la evolución del derecho.....	249
2. Condiciones y requisitos de la gestación por sustitución.	250
2.1. Sistema: intervención judicial previa	250
2.1.1. Intervención médica.	254
2.2. Requisitos respecto de la gestante.....	254
2.2.1. Consentimiento de la gestante.....	254
2.2.2. La gestante debe tener plena capacidad y buena salud física y psíquica.....	255
2.2.3. Debe tratarse de gestación por sustitución gestacional	255
2.2.4. La gestante no debe someterse a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces.....	257
2.2.5. La gestante debe tener al menos un hijo previo propio.....	258
2.3. Requisitos respecto del o de los comitentes.....	260
2.3.1. Parejas casadas o no casadas, heterosexuales u homosexuales y personas solas.....	260
2.3.2. Al menos uno de los comitentes debe aportar su material genético	261
2.3.3. El o los comitentes deben poseer imposibilidad de concebir o de llevar a término un embarazo sin riesgo para la salud de la mujer o del niño por nacer	263
2.3.4. Uno de los comitentes debe tener al menos tres años de residencia ininterrumpida en el país.....	264
2.4. Condiciones y requisitos del acuerdo	264
2.4.1. Se debe tener en miras el interés superior del niño que pueda nacer	264
2.4.2. Se debe efectuar un estudio sobre la idoneidad de comitentes	265
2.4.3. Aceptación de responsabilidad.....	266
2.4.4. Prohibición de cláusulas que limiten los derechos de la gestante.....	267
2.4.4.I. Aborto.	268
2.4.5. El acuerdo debe ser gratuito, es decir, el móvil debe ser altruista	273
2.4.5.I. Los ejes del debate y los puntos de partida.....	273
2.4.5.II. Precisando conceptos.....	276

2.4.5.III. <i>Los argumentos a favor de la postura intermedia</i>	276
2.4.5.IV. <i>La compensación</i>	284
2.5. Filiación	286
2.5.1. Determinación por la voluntad procreacional con independencia del aporte genético	286
2.5.2. Certificado y partida de nacimiento	288
2.5.3. Inscripción.....	289
2.5.4. Muerte de ambos comitentes o del comitente.....	289
2.5.5. Efectos de la falta de autorización judicial	290
2.6. Otros aspectos del acuerdo de gestación por sustitución.....	290
2.6.1. Imposibilidad de arrepentimiento.....	290
2.6.2. Intervención judicial en caso de conflicto	293
2.6.3. Revelación del origen	294
 PROPUESTA DE LEY SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	 301
BIBLIOGRAFÍA	311

Prólogo

Conocí a Eleonora Lamm cuando era mi alumna de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, de la República Argentina. Inmediatamente me di cuenta de que era de aquellas personas por las que vale la pena dedicarse a la tarea docente: con ella, el tedio era algo inimaginable; abandonarse y no seguir preparando las clases podía ser suicida; su concepto de la llamada «actitud discipular» coincidía con la mía: recibir información y absorberla como una esponja, pero haciéndolo críticamente; estar dispuesto a estudiar para poder contradecir los argumentos que el profesor ha proporcionado.

La vida fue generosa con ella y conmigo desde que, con gran coincidencia temporal, llegó a Mendoza la profesora María Casado para movernos todos los esquemas y hacernos partícipes de un grupo que debía impulsar en la Argentina una bioética laica, desprovista de preconceptos, que permitiera la libre expresión de todas aquellas ideas que estuvieran bien fundadas y lógicamente argumentadas. Cuando le presenté a Eleonora y le pedí que la ayudara a seguir sus estudios de Bioética en Barcelona, nos prometió hacer todo lo posible. Y así fue: al poco tiempo, Eleonora viajó a Barcelona y estuvo en Europa cinco años. Esa larga estadía le permitió adquirir no sólo una experiencia extraordinaria, sino también entrar en contacto tanto con los académicos de la Universidad de Barcelona como con los de numerosas universidades y organismos europeos. Aquella etapa concluyó con el título de doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona; su tesis fue calificada con sobresaliente *cum laude*, el máximo que se puede esperar.

Desde entonces, Eleonora no ha cesado de investigar, especialmente en el área de la reproducción humana asistida. Es investigadora del Conicet, un organismo argentino que reúne a investigadores de todas las áreas; se ha ganado su puesto allí, a pesar de pertenecer al área de las llamadas «ciencias humanísticas», siendo que en los últimos años se ha dado prioridad de entrada a quienes practican las denominadas «ciencias duras». Organismos internacionales, como la Convención de La Haya, la han convocado para hacer el informe sobre América Latina en materia de gestación por sustitución; ha dado conferencias hasta en Alaska (seguramente es una de las pocas personas de la Argentina que ha llegado hasta allá).

Con todo este conocimiento, no debe asombrar que yo la convocara para trabajar en la redacción de la parte correspondiente a la filiación por reproducción humana asistida del Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina, actualmente debatido en el Parlamento argentino. Cuántas horas de discusión, cuánta información digerida, cuántas argumentaciones de un lado y del otro para intentar encontrar una regulación adecuada. Tantas veces repetimos aquello de «Ud. puede ponerse del lado de aquellos que en 1616 intentaron detener a Galileo acusándolo de querer jugar a ser Dios, o... ponerse a tono con la realidad, no desconocer los avances científicos; darse cuenta de que hay un derecho humano a tener acceso a esos avances», etc.

Muchas de aquellas reflexiones están en el libro que presento, que no cabe ahora resumir. El prologuista siempre se enfrenta al dilema de presentar la obra o presentar al autor. En este caso, yo me he inclinado por esta segunda opción, pero no para resumir, cual se hace en un *curriculum vitae*, todos los valiosos antecedentes de la autora, sino para mostrar brevemente su perfil de investigadora que ya ha colaborado nada más y nada menos que en la redacción de normas que quizás, algún día, sean derecho vigente en su país de origen.

Lo hago brevemente porque siempre me ha impresionado la frase de Quevedo que Jorge Luis Borges reproduce en el prólogo al libro *El informe de Brodie*: «Dios te libre, lector, de prólogos largos». Hacer un prólogo largo es, entonces, casi suicida.

Seguramente el lector me dará la razón. Nada de lo que dice Eleonora Lamm carece de fundamento. Podrá discrepar, pero nunca podrá decir que lo afirmado, o puesto en duda, no es la expresión de la bioética que queremos quienes integramos el Observatorio de Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: demos batalla a los dogmatismos para dar entrada a la argumentación razonable.

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Noviembre de 2013