

¿Qué es el alquiler de vientre?

El alquiler de vientre es un complejo y controversial es un contrato por el cual uno o dos comitentes acuerdan con un centro médico y una mujer gestante, que, por técnicas de fecundación artificial, se logre un embarazo de esta última para que geste al niño y lo entregue a los comitentes luego del nacimiento.

Este contrato adopta cláusulas sumamente rigurosas sobre la mujer gestante, que revelan su explotación y la comercialización de la vida humana.

En el artículo 562 del proyecto de Código Civil 2012 presentado en el Congreso de Argentina se incluye esta polémica figura, que ha merecido un reproche mayoritario en la doctrina argentina y que muy pocos países en el mundo han aceptado.

¿Cuáles son las cláusulas de un contrato de alquiler de vientre en India?

- **Exámenes médicos psicológicos y físicos:** la mujer gestante y su marido se comprometen a someterse a los exámenes físicos y psicológicos solicitados tanto a criterio del médico tratante, como a pedido de madre y padre genético; renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Tales pruebas, susceptibles de ser múltiples, podrán realizarse desde el momento anterior a la transferencia e implantación hasta luego del nacimiento del niño. Se incluye también las relativas a determinar la filiación genética (ADN). Asimismo se otorga el derecho a los padres genéticos de asistir a cada visita médica, como así también de estar presente al momento del alumbramiento.
- **Abstinencia de relaciones sexuales:** en el contrato la madre subrogante se compromete a no tener relaciones sexuales con nadie desde el primer día de su ciclo menstrual antes de la transferencia del embrión y hasta que se confirme el embarazo.
- **Mantenimiento del embarazo:** durante este periodo la mujer gestante debe cumplir todas las indicaciones dadas por el médico tratante de la técnica y obstetra -recordando que ambos deben ser designados con la aprobación de padre y madre genético-, las que incluyen horarios de estudios prenatales, consumo de medicamentos y vitaminas, realización de ecografías en presencia de la otra parte, y toda otra prueba que se crea conveniente como por ejemplo ensayos de consumo de nicotina y drogas, enfermedades de transmisión sexual e infecciosas. Expresamente se incluyen procedimientos médicos invasivos tales como: aquellos destinados a conocer los posibles defectos genéticos o congénitos del feto, pruebas genéticas. Las instrucciones médicas pueden incluir ecografías frecuentes, reposo, abstinencia de relaciones sexuales, administración de medicamentos por vía oral o inyectable durante periodos prolongados, entre otros aspectos.
- **Otras obligaciones sobre estilo de vida:** Existen otras conductas que se compromete a asumir la mujer gestante, como el informe cada dos semanas de la evolución del embarazo, o de las preocupaciones que puedan surgir durante el embarazo. También se somete a ciertas prohibiciones sobre el estilo de vida que debe llevar adelante: absteniéndose de practicar deportes o actividades cuando lo recomiende el médico u obstetra, realizar viajes al exterior sin previo aviso a los padres genéticos, aplicar tinte de cabello, consumir productos que contengan caféina, realizarse perforaciones, acupuntura o tatuajes, ingerir hierbas medicinales, sacarina u otros edulcorantes artificiales, permanecer próxima a limpiadores, pesticidas y otros aerosoles, abstenerse de realizarse cirugías cosméticas, etc.
- **Muerte de los padres comitentes:** el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño.
- **Entrega del niño y renuncia a la patria potestad:** llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado.
- **Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades:** excepto que algunas cláusulas específicas del contrato, la madre subrogante y su marido asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis.

- **Obligación de dar muerte al niño en gestación (aborto):** la mujer gestante deberá someterse a una práctica abortiva a pedido de los padres genéticos en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella.
- **Aborto selectivo:** como a la mujer se le pueden transferir hasta tres **embriones**, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán. Si la madre subrogante rechaza este aborto, se considera que es una violación del contrato, siempre que el médico compruebe que la salud de la gestante no está en peligro.
- **Peligro de vida en la mujer gestante:** el contrato fija una suma determinada y precisa para la indemnización que asumen los padres genéticos en caso de muerte de la mujer subrogante.
- **Rescisión del contrato:** en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria fallidos -realizados durante un año-, para poder poner fin al contrato.
- **Incumplimiento:** en caso de incumplimiento a las cláusulas del contrato o realización de conductas distintas a las estipuladas, la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos -y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos-; y se constituye además en responsable de todos los gastos dinerarios en que hubieren incurrido madre y padre genético incluyendo médicos, psicológicos, de viaje y legales sin restricción de otras erogaciones.

Fuente: http://www.pulse-hospital.com/images/pdf/Surrogacy_Agreement.pdf

La historia de Premila Vaghela en India

El alquiler de vientre en India se ha tornado en una industria que genera casi 25.000 nacimientos por año y que se expande rápidamente, consolidando al país como un destino buscado en el llamado “turismo reproductivo”.

Las informaciones dan cuenta del creciente número de mujeres pobres que pueden llegar a cobrar entre 2000 y 3000 dólares por cada gestación, sobre todo en Gujarat, donde Anand se ha constituido como la capital global del alquiler de vientre.

En este contexto, ha causado conmoción la muerte de Premila Vaghela, quien a los 30 años alquiló su vientre a una pareja de norteamericanos. En mayo de 2012 durante un chequeo Premila mostró complicaciones y los médicos le hicieron una cesárea de emergencia, pero no se recuperó. El niño nació con bajo peso (1.740 kgs) y la madre fue enviada a un hospital privado donde murió. Todavía no se ha pronunciado la policía sobre la autopsia de Premila. Por su parte, la mujer norteamericana que alquiló el cuerpo de Premila viajó a India y ya tomó contacto con el recién nacido.

El proyecto de Código Civil 2012, ¿no propone una figura distinta al alquiler de vientre llamada “gestación por sustitución”?

Con ocasión del debate periodístico de los alcances del anteproyecto de reforma del Código Civil en la Argentina, diversos medios han afirmado que lo que se ha propuesto no es el “alquiler de vientre” sino la “gestación por sustitución”. Para fundamentar esa afirmación se sostiene que, en el proyectado artículo 562, al momento de homologar judicialmente el acuerdo de esta “gestación por sustitución”, se deberá acreditar que “la gestante no ha recibido retribución”(inciso f).

Sin embargo, se trata sólo de un maquillaje lingüístico pues:

- a. En ningún momento se prohíbe que el “centro de salud” cobre por realizar estas supuestas acciones.

b. Un procedimiento de estas características no sería gratuito por los gastos que involucra y en los fundamentos se afirma que se le brindará a la mujer alguna compensación económica.

c. En medios periodísticos nacionales, se había informado un precio en el exterior que oscilaba entre u\$s 90.000 en Miami y u\$s 130.000 en California (La Nación , “Crece el interés por el alquiler de vientre”, 20 de agosto de 2011)

d. En este contexto, la mujer gestante sería la única que no cobra y con ello se consumaría una nueva forma de explotación de su cuerpo, en este caso apropiándose los profesionales de manera inescrupulosa de su vientre.

e. También habrá costosos seguros que contemplar y que se vincularán tanto con las conductas de salud de la mujer como con el normal desarrollo de los bebés.

f. Finalmente, la redacción del inciso f afirma que, al momento de la homologación judicial, se debe acreditar que la “mujer” “no ha recibido retribución”. No es casual el uso del pasado y bien podría alegar que la mujer no recibió retribución antes de la homologación judicial, pero que nada prohíbe que la reciba luego.

¿Qué derechos están afectados en el alquiler de vientre?

- **Dignidad humana:** el alquiler de vientre ofende la dignidad humana, que exige no considerar nunca a un ser humano como si fuera una cosa comercializable. La afirmación del proyecto en el sentido que la gestante no cobra, no modifica en nada este hecho, pues el centro de fecundación artificial percibe altas sumas por este complejo contrato que se extiende durante al menos 10 meses.
- **Derecho a la identidad:** el niño queda privado de uno de los vínculos fundamentales de su identidad, la madre que lo gestó y dio a luz, y ve manipulada su vida como si fuera una cosa que se entrega contra un pago de dinero. En concreto, se vulneran los siguientes artículos de la **Convención sobre los Derechos del Niño:**

Artículo 7: 1. *El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*

Artículo 8: 1. *Los Estados Partes 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 Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”.*

- **Explotación de la mujer:** La segunda afectada es la mujer, pues es tomada como un mero envase y la experiencia indica que son las mujeres más pobres las que terminan siendo usadas en estos alquileres. Las cláusulas de los contratos son muy reveladoras de esta mentalidad: se obliga a la mujer hacerse estudios médicos, a un riguroso estilo de vida, a abortar al niño si hay malformaciones. No puede arrepentirse.

Los problemas jurídicos ocultos del alquiler de vientre

La redacción del proyecto no contempla diversas eventualidades que pueden ocurrir en el marco de las técnicas de fecundación artificial y por otras normas jurídicas sobre **maternidad:**

- ¿A cuántos intentos o “ciclos” de fecundación in vitro y transferencia embrionaria se compromete la mujer?

- ¿Qué sucede si los embriones no se “implantan” en el primer intento o si pierde el embarazo?
- ¿Quién goza de la licencia laboral por maternidad?

.- Introducción

En el proyecto de reforma de Código Civil se puede observar una grave vulneración del derecho a la identidad de los niños concebidos por las técnicas de procreación artificial, los cuales son privados de manera deliberada y evitable de los vínculos más fundamentales en la constitución de su identidad. Este problema es una consecuencia más de los problemas jurídicos y éticos que presentan esas técnicas al introducir una lógica productiva en la transmisión de la vida humana, con grave daño para los niños así concebidos.

Estas diferencias pueden observarse en el siguiente cuadro, que compara las diferencias que el proyecto establece entre los niños adoptados y aquéllos concebidos por técnicas de procreación artificial en lo referente al derecho a la identidad.

2.- Cuadro comparativo

	Niños adoptados	Niños concebidos por procr. art.
Derecho a la identidad como principio general	El derecho a la identidad personal de los niños está enumerado entre los principios generales (art. 595 inc. b)	El derecho a la identidad de los niños ni siquiera es mencionado
Primacía de la familia de origen biológico	Se presenta como un derecho de los niños para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, “cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen” (art. 594).	Los vínculos biológicos son considerados irrelevantes
Agotar las posibilidades de permanecer en la familia de origen	Se exhorta al agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada (art. 595 inc. c, art. 607).	No hay normas similares
Conocer los orígenes biológicos	El derecho a conocer los orígenes es uno de los principios generales (art. 595 inc. e) y tiene una regulación de muy amplia legitimación para el niño (art. 596).	Se trata sólo de un derecho que decide el juez por pedido del niño por razones fundadas o por razones de salud (art. 564).
Preservar vínculos fraternos	La preservación de los vínculos fraternos es un principio general (art. 595 inc. d)	No se toma ningún recaudo en este sentido
Posibilidad de mantener vínculo con la familia de origen	“Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la	Esta posibilidad no se reconoce a las personas concebidas por

	familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple” (art. 621).	técnicas de fecundación artificial .
Obligación de los padres de dar a conocer el origen biológico	“Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado” (art. 596).	No hay ninguna norma que exija eso y podría suceder que el niño nunca se entere sobre cómo fue concebido.
Derecho a ser oído	Es un principio general el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez” (art. 595 inc. f).	No hay una norma así
Adición del apellido de origen	En la adopción plena, se contempla la posibilidad de que “excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante” (art. 626 y art. 605).	No hay una norma así
Respeto al derecho a la identidad, criterio para elegir al guardador	Para seleccionar a los guardadores con miras a la adopción, el juez debe considerar como un criterio “el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente” (art. 613)	No hay norma similar
Comunicación, alimentos y apellido de la familia de origen en la adopción simple	En la adopción simple no se extinguen los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen (art. 627).	No hay normas similares

3.- Qué es el derecho a la identidad:

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad “puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia”[1]. También se refiere allí la Corte a la existencia del “derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad”.

Según consta en la página web oficial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho a la identidad:- “Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a **conocer la propia historia filial**, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual **le pertenece a todas las personas sin discriminación**, estando

obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo”[2].- “Se desdobra en **derecho a la propia herencia genética** y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del habitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético”[3].

4.- Cuál es el alcance del derecho a la identidad

Afirma el Comité Jurídico Interamericano que “el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible *erga omnes* como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”[4]. Esto significa que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente.

Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que “preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados”[5]. Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera. El mismo Comité reconoce que “la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación y obstaculizan el derecho que toda persona tiene al reconocimiento pleno a su personalidad jurídica”[6].

5.- El derecho a vivir con la familia biológica es parte del derecho a la identidad

Recientemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una sentencia contra la Argentina, ha declarado que “los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica”[7], derecho que constituye un aspecto de su identidad y que incluye poder “contar con información importante para su desarrollo y de establecer vínculos con su familia biológica. Las relaciones familiares y los aspectos biológicos de la historia de una persona, particularmente de un niño o una niña, constituyen parte fundamental de su identidad, por lo que, toda acción u omisión del Estado que tenga efectos sobre tales componentes, puede constituir una violación del derecho a la identidad”[8]. Llama aquí la atención la Corte la obligación de los Estados de “favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”, siendo “una de las interferencias estatales más graves” “la que tiene por resultado la división de una familia”. En efecto, “la separación de niños de su familia puede constituir, bajo ciertas condiciones, una violación del citado derecho de protección a la familia, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia biológica solo proceden si están debidamente justificadas en el interés superior del niño, son excepcionales y, en lo posible, temporales”[9].

La Corte consideró aquí que “el derecho del niño a crecer con su familia de origen es de fundamental importancia y resulta en uno de los estándares normativos más relevantes derivados de los artículos 17 y 19 de la Convención Americana, así como de los artículos

8, 9, 18 y 21 de la Convención de los Derechos del Niño. De allí, que a la familia que todo niño y niña tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica”[10].

Por consiguiente, se afirma, “la imposibilidad de M de crecer con su familia biológica y la ausencia de medidas dirigidas a relacionar al padre con su hija afectó el derecho a la identidad de la niña M”[11].

6.- No reconocer el derecho a la identidad atenta contra el interés superior del niño

En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño nos dice que:

- “Los Estados Partes 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” (art. 8, 1)
- “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad” (art. 8, 2).
- “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3)

Es decir que, cuando haya alguna diferencia o conflicto de derechos, es el interés superior del niño el que debe prevalecer. Llama poderosamente la atención entonces que, al referirse a las técnicas de fecundación artificial el proyecto de Código Civil 2012 nunca mencione la palabra “identidad” para referirse a los niños, sino sólo para referirse a los que encargan el alquiler de vientres (art. 562) y para hablar de la identidad del donante de gametos (art. 564).

El **Código Penal** impone prisión de 2 a 6 años “al que, por un acto cualquiera, hiciera incierto, alterare o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare” (art. 139, inc. 2).

7. Propuesta de reforma al anteproyecto

- Suprimir el artículo 559 (certificado de nacimiento)
- Reemplazar el artículo 562 del proyecto por el siguiente: “Gestación por sustitución. Será nulo de pleno derecho el acuerdo por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. Si no obstante la prohibición se realizara la gestación por sustitución, la filiación de los hijos nacidos será determinada por naturaleza”.
- Reemplazar el artículo 563 por el siguiente: “Fecundación post mortem. Se prohíbe la utilización de gametos de una persona fallecida para cualquier fin reproductivo”.
- Eliminar las referencias a las técnicas de reproducción humana asistida del proyecto de Código Civil contenidas en los siguientes artículos: 529 (Parentesco. Concepto y terminología); 558 (Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos); 559 (Filiación. Certificado de nacimiento); 560 (Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida); 561 (Voluntad procreacional); 564 (Derecho a la información en las técnicas de reproducción asistida); 566 (Presunción de filiación); 567 (Situación especial en la separación de hecho); 569 (Formas de determinación); 570 (Principio general); 575 (Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida); 577 (Inadmisibilidad de la demanda); 582 (Reglas generales); 588 (Impugnación de la **maternidad**); 589 (Impugnación de la filiación presumida por la ley); 591 (Acción de negación de filiación presumida por la ley); 592 (Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley); 593 (Impugnación del reconocimiento); 2430 (Caso de adopción); 2631 (Jurisdicción); 2634 (Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero)

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Gelman vs Uruguay; sentencia del 24/2/11; número 122

[2] <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr705.cfm>

[3] <http://www.corteidh.or.cr/tesauro/tr1875.cfm>

- [4] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 12
 - [5] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 13
 - [6] Opinión aprobada por el Comité Jurídico Interamericano sobre el Alcance del Derecho a la Identidad (OEA); agosto de 2007; número 17
 - [7] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 112
 - [8] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 113
 - [9] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 116
 - [10] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 119
 - [11] Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso Fornerón e hija vs Argentina; sentencia del 27/4/12; número 123
-