Boletín Mensual
Publicado por el Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia- SSI

EDITORIAL

N° 212
Mayo-Junio 2017

Gestación subrogada: Prohibición, autorización y protección

El debate en torno a la gestación subrogada, en especial los acuerdos internacionales en la materia, ha sido muy variado – desde reclamos para prohibirla totalmente, hasta la más amplia permisividad, y en el medio, un pedido de regulación. La postura del SSI se centra en la necesidad de priorizar la protección de los niños y niñas, en cualquiera de estos casos.

Los acuerdos involucran a distintas partes, distintos costos, distintos beneficios y distintos riesgos. Podría decirse que la pluralidad de diferenciales de poder en cada una de estas posibilidades genera un "mercado" para que quienes quieran ser padres tengan hijos o hijas a través de mujeres gestantes. Algunos sostienen que es ilegal, otros defienden su eficiencia auto-regulada, mientras que otros, como se analiza a continuación, piden protección.

Prohibición de los acuerdos de gestación subrogada

Se ha vinculado a la gestación subrogada, correctamente o erróneamente, con la esclavitud, la explotación de la mujer y la prostitución, en especial desde la perspectiva de la mujer gestante. Por lo tanto, no resulta sorprendente que haya habido reclamos concretos para abolir estas prácticas. Por ejemplo, en un informe sobre los derechos humanos y la democracia del año 2015, el Parlamento Europeo "*condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos*"[1].

Estos pedidos de prohibición, al día de hoy, se han centrado principalmente en los derechos de las mujeres gestantes, pero es discutible si podrían extenderse a los derechos de los niños y niñas, en especial cuando su dignidad humana está en juego. Esto sucede especialmente cuando existe la posibilidad de la venta de niños y niñas, definida en el Artículo 2 del Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía de 2000, que establece que "*[p]or venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución*".

Si nos atenemos a la ley escrita, entonces, ¿no estarían comprendidos en esta definición casi todos los casos de gestación subrogada, y estos deberían, por lo tanto, prohibirse? ¿Puede la ley distinguir con claridad entre la gestación subrogada comercial que implica la venta de un niño o niña, y la venta de "servicios", cuando la transferencia del niño o niña es parte esencial del trato? ¿Deberían prohibirse también los acuerdos puramente altruistas?

Autorización de los acuerdos de gestación subrogada

Para quienes deciden ser padres y por varias razones no pueden concebir y gestar un niño o niña, la gestación subrogada puede parecer un medio para formar una familia. Un artículo publicado en 2017 en *The Economist* impulsó la idea de que "*gestar un hijo por otro debería*

celebrarse – y pagarse"[2]. Quienes quieren ser padres y mdares, a menudo con buenas intenciones, desean tener un hijo o hija a quien amar, si es que pueden pagar la suma de dinero necesaria, que suele ser elevada. Para la mujer gestante, es una oportunidad de gestar al niño o niña, normalmente a cambio de una suma de dinero. Los intermediarios, como las clínicas, los abogados, los intermediarios, etc., tienen la posibilidad de facilitar el acuerdo, siempre a cambio de dinero. Se puede decir que esta oferta y demanda de niños y niñas genera un mercado que, si es eficiente, permite que todos y todas reciban lo que les es debido, aunque no siempre sea equitativo. Se ha afirmado que los acuerdos de gestación subrogada deberían permitirse para que las fuerzas del mercado decidan lo que es mejor para todos y todas. Sin embargo, ¿podemos evitar la explotación de mujeres o la venta de niños y niñas, a través de un contrato que establezca condiciones de trabajo seguras, entre otras cosas?

Del mismo modo, en el aluvión de este tipo de transacciones de mercado, no podemos evitar preguntarnos cuáles son las posibilidades para un niño o niña en el marco de un acuerdo de gestación subrogada. ¿El niño o niña debería ver su "pedido" de ser creado como una oportunidad para ser amado por los padres que quisieron tenerlo, quienes estuvieron dispuestos a demostrar su amor mediante la inversión de miles de dólares? ¿El niño o niña debería valorarse más o menos por el hecho de que su madre gestante recibió miles de dólares, sin contar las sumas percibidas por los intermediarios?

Protección de los acuerdos de gestación subrogada

El Grupo de Expertos del SSI que trabaja en los principios para la protección del niño o niña en los acuerdos de gestación subrogada pretende responder a las distintas preocupaciones y perspectivas respecto de la gestación subrogada, al tiempo que se centra en los estándares internacionales de derechos humanos y de derechos de los niños y niñas. Los principios enfatizan la obligación jurídica de prohibir la venta de niños y niñas, y de establecer garantías para que la venta de niños y niñas no ocurra ni se legitime. Los principios toman en cuenta el razonamiento y la legitimidad de prohibir todo tipo de gestación subrogada, mientras que aportan un marco internacional para guiar a los Estados que decidan permitirla. Además, los principios procuran brindar protección a los niños y niñas que nacen en el contexto de un acuerdo de gestación subrogada pero sin un marco regulatorio adecuado que proteja sus derechos. Por ejemplo, uno de los principios está dedicado a la importancia de preservar la información sobre los orígenes del niño o niña, y el acceso a ella. Este es un aspecto importante que debe considerarse al evaluar y preparar a los padres (véase pág. 14). De este modo, los principios hacen hincapié en el hecho de que los niños y niñas no pueden ser castigados, ni se les puede quitar sus derechos, como un medio para prohibir o regular la gestación subrogada.

El Grupo de Expertos del SSI se reunió en Verona del 18 al 20 de mayo de 2017 (véase pág. 7), invitado por la Universidad de Verona, y analizó el proyecto de los principios y los mensajes clave redactados por el grupo rector. Los mensajes clave acordados fueron perfeccionados tras productivos debates en Verona (véase pág. 8), y se reforzarán durante los próximos meses y reuniones.

Encontrar un equilibrio justo entre dos puntos de vista opuestos, al tiempo que se asegura que los derechos de los niños y niñas, así como los derechos de la mujer gestante y de los padres de intención, no se vean comprometidos, es una tarea difícil. El Grupo de Expertos del SSI, dirigido por el grupo rector de redacción, está decidido a lograr este equilibrio. Los principios estarán guiados por opiniones y decisiones, como aquellas expresadas por el Comité de los Derechos del Niño (véase pág. 9), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (véase pág. 6) y la Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Venta y Explotación Sexual de Niños, quien dedicará su informe al Consejo de Derechos Humanos de 2018 a la venta de niños y niñas en el marco de la gestación subrogada. En su informe de 2017 sobre adopciones ilegales, la Relatora Especial mencionó que "*[l]a gestación subrogada comercial es un fenómeno creciente que está superando rápidamente en número a las adopciones internacionales. El persistente vacío normativo en relación con los acuerdos internacionales de maternidad subrogada*

comercial hace que los niños nacidos mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos, y la práctica a menudo equivale a la venta de niños y puede desembocar en la adopción ilegal"[3]. Este trabajo también encajará con la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en materia de filiación/gestación subrogada. Aún hay mucho por aprender de los debates relativos a la adopción, aunque el contexto de construcción familiar sea diferente.

A la vista de estas opiniones y decisiones, queda claro que hacen falta estándares internacionales basados en consideraciones de derechos humanos. Es un privilegio para el SSI trabajar con expertos líderes para que el interés superior del niño o niña sea el eje de los acuerdos de gestación subrogada. Por ende, independientemente del contexto del acuerdo internacional de gestación subrogada (altruista, comercial, en un país desarrollado o en vías de desarrollo, en distintos contextos culturales, etc.), los principios que se están elaborando buscan brindar protección, a través de un marco regulatorio, a todas las partes involucradas, en especial a los niños y niñas nacidos mediante este tipo de tecnología reproductiva.

El equipo del SSI/CIR
Mayo-Junio de 2017

INTERNATIONAL SOCIAL SERVICE
SERVICE SOCIAL INTERNATIONAL
SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL

irc-cir@iss-ssi.org
www.iss-ssi.org

SSI
32 Quai du Seujet
1201 Ginebra / Suiza