

Implicancias éticas y jurídicas de la maternidad subrogada en el proyecto de reforma al Código Orgánico de Salud del Ecuador

Cristina Franco Cortázar

Fecha de recepción:
30 de julio, 2018

Fecha de aprobación:
14 de noviembre, 2018

Resumen

El 28 de marzo de 2016, se presentó en la Asamblea Nacional del Ecuador, el proyecto de ley denominado: Código Orgánico de Salud, el mismo que establece como políticas públicas de salud, aspectos relevantes, tales como, la producción, siembra y cosecha del cannabis, la confidencialidad que deben guardar los profesionales de la salud, en caso de atender abortos de cualquier tipo bajo emergencia obstétrica, los procedimientos de definición de sexo en adolescentes, la restricción a la objeción de conciencia, la subrogación de vientre entre otros temas. El presente ensayo de investigación científica, analiza las implicaciones jurídicas, de la regulación de la maternidad subrogada, procedimiento conocido también, como vientres de alquiler. Estudio presentado desde el punto de vista técnico-jurídico con énfasis en la casuística que nos otorga el Derecho Comparado, permitirá establecer conclusiones objetivas desde la ciencia, la ética y la aplicación jurídica. Y proporcionará al legislador ecuatoriano, una fuente doctrinal para aceptación o derogación del artículo relacionado a la reproducción asistida.

Palabras clave: Derecho de los contratos, reproducción humana, salud, salud materno-infantil, política de la salud.

Abstract

The Bill on the Organic Law of Health was presented before the National Assembly of Ecuador on March 28, 2016. This Bill regulates health policies related to the production, sowing, and harvesting of cannabis, euthanasia, confidentiality of abortion in cases of obstetric emergency, sex change in minors, limitations on conscientious objection, organ transplant, and surrogacy, among other issues. This study aims to provide the researcher and academia in general with an analysis on surrogacy from a technical-legal viewpoint with emphasis on the casuistry of Comparative Law. In addition, this study will serve to lay out objective conclusions from science, ethics, medicine, and legal implementation. Finally, it will furnish the Ecuadorian legislator with a dogmatic source to support the acceptance or repeal of the article related to maternity and assisted reproduction, which will be dealt with in a second debate in the following months.

Keywords: Maternity, contract, health, human reproduction

Docente de la Universidad Laica VICENTE ROCAFUERTE de Guayaquil. cfrancoc@ulvr.edu.ec

Introducción

Contextualización

La técnica para la maternidad subrogada, gestación por sustitución o contrato de alquiler de vientre, está generando un fenómeno jurídico, en los países que han legalizado dicho procedimiento, debido a los conflictos éticos y jurídicos que ha tenido que resolver el Derecho Internacional, situaciones como la filiación de los menores concebidos por esta técnica en países extranjeros o la restricción que evite configurar el presunto delito de trata de personas. El centro de investigaciones de Washington, Global Financial Integrity (GFI), elaboró en el año 2011 un estudio que coloca al tráfico humano, como la tercera actividad ilícita más lucrativa en el mundo (Justo, 2016). Otro conflicto significativo que ha representado la gestación subrogada fue el suceso acontecido en el Aeropuerto Internacional de Bombay, donde una pareja de extranjeros acudió a la subrogación en India solo para el trasplante de órganos para su hijo enfermo en su país (Kumari, s. f.).

En la actualidad, son únicamente ocho los países que han normalizado esta práctica, entre ellos, Brasil y México, donde se prohíbe expresamente la compensación a la gestante, y Estados Unidos donde se contemplan precios que oscilan entre los ochenta mil a doscientos cuarenta mil dólares. Recientemente, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante sentencia 1692-12-EP, del 15 de enero de 2018, resolvió entre otras disposiciones, ordenar a la Asamblea Nacional que, en el plazo no mayor al de un año desde la notificación de la sentencia, “adopte las disposiciones legales necesarias para regular los procedimientos médicos de reproducción asistida” (p. 90), creando así un precedente legal para las técnicas de reproducción asistida, la misma que, aunque

con procedimientos distintos, conllevan al mismo objetivo, el embarazo mediante la técnica artificial, en nuestro caso específico, con un vientre distinto al de la persona o pareja interesada.

Vicente Bellver en la publicación de su artículo *¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones*, aborda el tema de la maternidad subrogada como:

El negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede de forma onerosa o gratuita, a gestar para otra u otras personas un embrión humano, que puede tener o no vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes que podrán determinar la filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento. (citado en Albert, 2017, p. 178).

En tal sentido, se podría definir a la gestación subrogada, vientre de alquiler o maternidad subrogada como el proceso reproductivo por el que una mujer celebra un contrato oneroso o gratuito de maternidad contratada para someterse a un tratamiento de embarazo para concebir al hijo de otra mujer, hombre o pareja. Se lo realiza de la misma manera que la fecundación in vitro, salvo que en este caso el óvulo fecundado es implantando en el útero de la contratante y no de la futura madre. Terminado el embarazado el niño concebido mediante esta técnica es transferido a la madre comitente, sin que aquella que lo haya gestado durante los nueve meses pueda ejercer derechos u obligaciones sobre el niño.

La definición detallada en el inciso anterior ha generado la redefinición de los conceptos jurídicos que abordan estos nuevos actos o negocios jurídicos, así como sus efectos. “Por ejemplo, la legislación del estado de Tabasco-México modificó en el código civil de 1997 la expresión “contrato de maternidad” por

“instrumento de subrogación internacional”, en el actual código civil del 2016” (Albert, 2017, p. 178).

Por otro lado, en el Ecuador, en el año 2016 se presentó el proyecto de ley del Código Orgánico de la Salud, para su primer debate en la Asamblea Nacional, el mismo que ha sido sometido a algunas modificaciones y por último a su unificación que abarca diversos temas. Hoy se encuentra pendiente el segundo y último debate, que será enviado al Ejecutivo para su aprobación u objeción antes de la promulgación en el Registro Oficial, el mismo que tendrá un efecto *erga omnes* en el Ecuador.

El proyecto unificado del Código Orgánico de la Salud aprobado por la Comisión de la Salud, estipula en su art. 196, lo siguiente:

Reproducción humana asistida.- Las técnicas de reproducción humana asistida, podrán realizarse en el país cumpliendo las normas, requisitos y regulaciones determinados por la Autoridad Sanitaria Nacional y los principios bioéticos universales relacionados con el tema.

Solo se autorizará este tipo de procedimientos en establecimientos prestadores de servicios de salud que cuenten con la habilitación específica para brindar estos servicios, estos establecimientos deberán contar con protocolos explícitos de consentimiento informado, someter a la aprobación de la Autoridad Sanitaria Nacional sus protocolos de atención y cumplir con las regulaciones que se expidan para el efecto respecto de toda la cadena de atención. En los casos de portadoras gestacionales, además deberán garantizar en todo momento el cuidado y atención necesaria para evitar riesgos durante los procesos de fertilización, embarazo, parto y post parto.

Se prohíben las contraprestaciones económicas o compensaciones de cualquier tipo a cambio de la donación de gametos o embriones o de la subrogación del vientre. No se considerarán contraprestaciones económicas a los costos de atención durante la preparación para el proceso de fertilización, gestación y parto (Asamblea Nacional, 2018).

Para una máxima aprehensión del artículo 196, objeto de este análisis, el mencionado proyecto de Código Orgánico de la Salud deja establecido en su considerando undécimo que el derecho a la salud no debe ser concebido con un fin mercantilista, sino como un derecho humano fundamental. A partir de este enunciado se puede colegir ya, la primera contradicción manifiesta, si entendemos que el espíritu de una ley debe ser comprendida desde una visión general y no como temas presentados aisladamente, tomando como base los principios garantistas de un estado de derechos y la protección jurídica de la dignidad humana, derecho intrínseco en todos los seres humanos. Se observa, por un lado, la intención del legislador de prohibir expresamente los fines mercantilistas en las disposiciones de este cuerpo normativo que regula conductas y por otra, la regulación de la subrogación materna o vientres de alquiler prohibiendo la contraprestación económica, la misma que no considera como compensación los gastos por fertilización, gestación y parto, los mismos que, como se ha señalado anteriormente fluctúan entre los veinte mil a doscientos cuarenta mil dólares, dependiendo de cada legislación. Es necesario, enfatizar, además que, dicho acto jurídico trae consigo efectos, contengan un fin altruista o mercantilista. Entre los años 1999 y 2013 se practicaron 30.927 gestaciones subrogadas en Estados Unidos, uno de los países, que admite la contraprestación económica, dando lugar a 13.380 alumbramientos, de los cuales 8581

fueron de embarazos de un solo niño, 4566 de embarazos gemelares y 233 de triples, resultando un total de 18.400 niños nacidos (Perkins, Boulet, Jamieson, Kissin y NASS Group, 2016).

La realidad evidencia que es mínimo o nulo el porcentaje de mujeres que en la práctica habitual alquilarían su vientre y se someterían a un procedimiento de embarazo durante nueve meses de manera gratuita, en Estados Unidos el valor aproximado que la gestante o madre de alquiler se encuentra entre los 30,000.00 y 40,000.00 dólares, según informó la revista de gestación subrogada *Babygest* (Gutton, 2018).

Como se ha dejado entrever, la subrogación materna, es uno de los tratamientos médicos de reproducción asistida más caros en el mundo de la medicina, muestra de aquello, son los valores que oscilan en los lugares donde se ha legalizado esta técnica que van desde 20,000.00 a 240,000.00 dólares, así mismo, se debe precisar que, dichos costos, de fertilización, embarazo, parto y post parto, serán asumidos por la persona o pareja que encarga la gestación, comitentes o padres de intención, a favor de la mujer o madre de alquiler, que se somete a esta clase de procesos, denominada por el código de salud, como la portadora gestacional.

Desarrollo

Con estos antecedentes, se vuelve necesario explicar el procedimiento paulatino que recibe la mujer, la misma que deberá someterse a una práctica de reproducción asistida para mantener durante nueve meses en su vientre al bebé.

Aunque el proceso resulta muy complejo, la revista de maternidad subrogada *Babygest* ha clasificado a la maternidad subrogada de dos maneras: la tradicional, parcial o lineal en el caso de que sean utilizados los mismos

óvulos de la mujer gestante y la completa, total o gestacional, que resulta ser la más utilizada y consiste en la introducción al útero de la mujer de un óvulo fecundado, el mismo, que se realiza en el siguiente proceso:

1. La estimulación ovárica o administración de inyecciones de medicación hormonal para la obtención de óvulos maduros.
2. La mujer se somete a una intervención quirúrgica denominada función ovárica cuya finalidad radica en la extracción de óvulos de calidad, mediante la sedación. Una mujer naturalmente produce de 1 a 2 óvulos por ciclo, en estos tratamientos las mujeres son forzadas a producir hasta de 50 a 60 óvulos por ciclo, ya que si aumenta la cantidad de óvulos de calidad se aumenta la probabilidad de embriones viables que sean susceptibles de implantar.
3. Fusión del óvulo y del espermatozoide para la obtención de los embriones viables que se mantienen en incubadoras especiales.
4. Administración de estrógeno y progesterona para preparación del endometrio.
5. Clasificación del embrión más apto de acuerdo a su ritmo de división celular y la morfología embrionaria.
6. Transferencia de embrión de mayor calidad e implantación en el fondo uterino.

Los efectos secundarios de estas inyecciones y drogas para lograr la súper ovulación pueden causar:

1. Síndrome de hiperestimulación ovárica (SHEO).
2. Infertilidad de por vida.
3. Cáncer de seno.
4. Muerte.

Aplicación jurídica

Como se ha mencionado anteriormente, la gestación subrogada representa un fenómeno jurídico que el Derecho Internacional ha

tenido que resolver en casos específicos. Si bien es cierto, el Derecho debería regular la conducta de una sociedad que evoluciona y se adecua a nuevos escenarios que tienen efectos jurídicos, no siempre resulta así, puesto que, dichos efectos deberían garantizar la dignidad humana en aras del bien común. Por citar un ejemplo, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en su sentencia del 28 de noviembre de 2012, reconoce por primera vez los derechos sexuales y reproductivos, al determinar a la fertilidad como condición de discapacidad, concluyendo que las personas con infertilidad, debían considerarse protegidos por los derechos con discapacidad, regulando la fecundación *in vitro* en Costa Rica (Ramos-Kuri, 2016), sin mencionar que dicha técnica de experimentación con embriones humanos, vulnera el principio de la inviolabilidad de la vida, consagrado en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en su art. 4, num. 1, dice que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (1969).

No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (en adelante TEDH), ha tenido que resolver controversias de la maternidad subrogada, relacionadas a la situación jurídica de los menores, concebidos bajo esta técnica. Se presentan dos casos puntuales, *Menesson c. France* (n.º 65192/11) y *Labassee c. France* (n.º 65941/11), del 26 de junio de 2014, dos matrimonios franceses que, en ambos casos, por infertilidad de la mujer, celebran el contrato de alquiler de vientre de una mujer para la gestación de sus hijos, los mismos que son inscritos en Estados Unidos, niños a quienes se les negó la inscripción de su filiación

con sus padres comitentes, por haber sido obtenidos mediante una práctica prohibida en el territorio francés y ser considerado por lo tanto un contrato de nulidad absoluta. El TEDH determinó la vulneración por parte del estado francés, de los derechos de la privacidad y de filiación de los niños que fueron concebidos por medio de la maternidad subrogada y condenó a Francia al pago de 5.000 euros a cada uno de los demandantes por daños morales, así como una indemnización por costas judiciales de 15.000 euros para los *Menesson*, y 4.000 para los *Labassee*.

Otro es el caso, denominado *Paradiso y Campanelli contra Italia* (*Paradiso and Campanelli v. Italie*, 2015) en el que un matrimonio italiano contrata una gestación en Rusia e inscribe al niño, fruto de esa reproducción asistida en Rusia sin mencionar el contrato de subrogación celebrado. Italia, por su parte, se niega a otorgar la filiación, puesto que se descubre posteriormente que ninguno de los dos esposos posee vinculación genética con el niño y sentencia a que el niño sea trasladado a una casa de acogida y finalmente dado en adopción a otra familia, con la finalidad de que prevalezca el orden público, argumentando, que no se puede establecer la existencia de lazos familiares que el estado deba proteger cuando dichos lazos se han formado al margen de la ley. (Albert, 2017, pp. 182-183).

Así mismo, cabe mencionar el caso *Manji*, niña concebida en el año 2008, mediante un contrato de subrogación en Gujarat, estado de India, celebrado por una pareja japonesa, *Ikufumi* y *Yuki Yamada*, los mismos que, se divorciaron antes del nacimiento de *Manji*, generando no solo efectos por el desistimiento del contrato, sino la resolución

sobre la situación jurídica de la menor ante el repudio de la pareja comitente y rechazo de la tenencia por parte de la portadora gestacional, dejando a Manji en una especie de limbo jurídico. Es la abuela Emiko Yamada quien reclamará posteriormente la tenencia de Manji solicitando la custodia a la embajada japonesa en India (Parks, 2010).

Por último, otro caso emblemático sobre situaciones jurídicas a resolver, se dio en Vancouver, año 2010 cuando una pareja comitente, contrató la gestación de un embrión obtenido de sus gametos. Esta pareja se enteró en el primer trimestre de que el bebé padecía del síndrome de Down, y decidieron que sea abortado. No obstante, la madre subrogante se negó a practicarse un aborto (Blackwell, 2010). En algunas legislaciones generalmente esta clase de contratos eximen a los padres de intención de responsabilidad cuando se encuentra un defecto y la madre sustituta rechaza el aborto. Se podría colegir que el contrato se encuentra supeditado a una selección de los más aptos.

La gran disyuntiva de este análisis, concierne, no a la condición de legalidad y de filiación de los niños, como sujetos de Derecho, sino más bien a la práctica médica utilizada para obtener a dichos niños, que se entendería a una especie de mercantilización o cosificación del niño, subordinada a la intención de la persona o pareja que contrata, otorgándoles la opción de desistir en caso de defecto del niño.

El Protocolo facultativo a la Convención de Derechos del Niño, define en su artículo dos a la venta de niños de la siguiente manera: “Por 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.”

En el año 2015, la Unión Europea condenó fuertemente la práctica de gestación por subrogación, por ser contraria a la dignidad humana, puesto que, este contrato, gratuito u oneroso, se realiza mediante un procedimiento que constituye la explotación del cuerpo de la mujer, y además, concibe a los niños como una mercancía y a los laboratorios como un mercado, recomendando prohibir esta técnica, ya que implica la utilización de las funciones reproductivas y el uso del cuerpo con fines financieros o de otro tipo. (...)

En el mismo sentido, la opinión del Comité para los Derechos de las Mujeres y la Igualdad de Género el 10 de Noviembre de 2016, expresó su preocupación por las actividades del sector de la gestación por sustitución al mencionar que esta práctica “Trata el cuerpo de la mujer como una mercancía en el mercado reproductivo internacional, al tiempo que lamenta que dicho sector explote en gran medida a mujeres vulnerables procedentes ante todo del hemisferio sur”. (Albert, 2017, pp. 180-181).

Conclusiones

La gestación subrogada es considerada a nivel mundial como un atentado de explotación a la mujer, puesto que la cosifica, estableciendo como una mercancía al niño que sería producto de la transferencia embrionaria.

Existe una conexión materno-fetal que no se puede deslindar del debate a la hora de legislar, la subrogación termina con este vínculo, al contraponer los intereses de los comitentes a los del niño concebido.

La subrogación altruista es considerada por algunos analistas jurídicos más que una realidad, como una coartada, países desarrollados están restringiendo su legislación en cuanto a esta clase de legislaciones, ya que pocas mujeres ceden su útero sino es por una motivación económica. De hecho países como Reino Unido donde se encuentra legislada la subrogación de la maternidad con fines económicos, reportan que es el país donde menos subrogaciones se realiza por los altos costos que la práctica demanda. Buscando así lugares más favorables para adecuar el contrato.

La legalización de la maternidad subrogada, donde la mujer otorga la prestación de su útero, para gestar a un ser humano durante nueve meses y en caso de rescisión del contrato quedarse con el niño concebido, constituye una clase de explotación reproductiva al cuerpo de las mujeres y violación al principio de identidad del niño. Aunque existe una legislación tendiente en cada estado, a establecer mayor rigurosidad en la regulación de esta clase de procedimientos, no se garantiza el interés superior del niño en caso de desistimiento del contrato, o en caso de que nazca con un defecto genético. La legislación comparada tiende a, eximir de responsabilidad a los padres de intención, en caso de que, la portadora gestacional rechace el aborto, sin mencionar que el aborto es una práctica prohibida en el Ecuador, con excepciones que no son objeto pertinente de este estudio en este ensayo.

De aprobarse este artículo, el Ecuador, se convertiría en un lugar que favorece el turismo reproductivo, ya que el carácter gratuito, resulta más atractivo para la persona o parejas interesadas, frente a los altísimos precios que ofrecen los países donde la subrogación es una práctica regulada por décadas, aumentando la demandada en los países en vías de desarrollo.

Recomendaciones

Este estudio recomienda, analizar desde el Derecho Comparado y, desde nuestro ordenamiento jurídico vigente, el mismo que protege la vida de desde la concepción, la urgente necesidad de derogar la propuesta sobre la legalización de los vientres de alquiler, debido a las controversias relacionadas sobre la situación jurídica de los menores. Por otro lado, nos tocaría reformar el Código Civil en lo relacionado a los contratos que señalaban como nexo, el objeto lícito, para establecer ahora al sujeto, que, en este caso, es el nasciturus, y a su vez, regular el código de Comercio en el caso de que la subrogación, presuntamente altruista, constituya una especie de costumbre mercantil, en el caso de aprobarse la propuesta.

El Estado debería prever que hará en el caso de abandono del niño, en situaciones donde la madre comitente, se negare a aceptar al niño luego de la gestación, como en los temas presentados en este ensayo. Las políticas de estado y entidades de control deberían así mismo, en caso de ser regulada la maternidad subrogada en el Ecuador, agilizar su proceso de rastreo y de investigación policial, en el caso de violación al orden público de los contratos, y más alarmante aún, invertir en la lucha contra el tráfico de niños, para evitar escenarios como ocurrió en el caso de la pareja detenida en Bombay que buscaba cerrar en India un acuerdo de subrogación para obtener un niño con el que garantizar un trasplante de órganos a su hijo enfermo (Kumari, s. f.).

Es por esto que, se recomienda la no legalización de los úteros o vientres de alquiler en el proyecto de reforma al código orgánico de la salud, por las incongruencias jurídicas y éticas que esta práctica conlleva y cuyos efectos jurídicos se han evidenciado.

Referencias

- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de bioética*, 28(2), 177-198. Recuperado de <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/177.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). *Proyecto de Código Orgánico de Salud* [Libro 2]. Recuperado de https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/11/RD_248332rivas_248332_355600.pdf
- Bellver, V. (noviembre, 2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, 19-52. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5297311>
- Blackwell, T. (6 de octubre, 2010). Couple urged surrogate mother to abort fetus because of defect. En *National Post*. Recuperado de <https://nationalpost.com/holy-post/couple-urged-surrogate-mother-to-abort-fetus-because-of-defect>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (22 de noviembre, 1969). *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*. Recuperada de <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Gutton, I. (12 de febrero, 2018). Compensación a la gestante subrogada: aspectos a tener en cuenta. En *Babygest*. Recuperado de <https://www.babygest.es/pago-a-la-gestante-en-maternidad-subrogada/#cuanto-cobra-una-madre-de-alquiler-en-estados-unidos>
- Justo, M. (31 de marzo, 2016). Las cinco actividades del crimen organizado que recaudan más dinero en el mundo. En *BBC News Mundo*. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/03/160316_economia_crimen_organizado_mj
- Kumari, D. (s. f.). *Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial* [Informe final]. Recuperado de https://drive.google.com/file/d/0B-f1XIdg1JC_UGh5UTNxUGxMV1k/view
- Parks, J. (septiembre, 2010). Care ethics and the global practice of commercial surrogacy. *Bioethics*, 24(7), 333-340. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20690917>
- Perkins, K., Boulet, S., Jamieson, D., Kissin, D. y NASS Group. (agosto, 2016). Trends and outcomes of gestational surrogacy in the United States [Resumen]. *Fertility and Sterility*, 106(2), 435-442. Recuperado de <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/27087401>
- Ramos-Kuri, M. (diciembre, 2016). *Artavia Murillo vs. Costa Rica. Análisis crítico a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo sobre fertilización in vitro*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20170808_01.pdf

Para citar este artículo utilice el siguiente formato:

Franco, C. (noviembre-diciembre de 2018). Implicancias éticas y jurídicas sobre la maternidad subrogada en el proyecto de reforma al Código Orgánico de Salud. *YACHANA, Revista Científica*, 7(3), 22-29.