

LA GESTACIÓN POR SUBROGACIÓN EN AMÉRICA LATINA

2ª ed. (1ª en Tirant)

Nicolás Espejo Yaksic
Claire Fenton-Glynn
Fabiola Lathrop Gómez
Jens M. Scherpe
Editores



CFL | CAMBRIDGE
FAMILY LAW

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch México publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

Primera edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Segunda edición: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tirant lo Blanch, 2023.

© VV.AA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© EDITA: TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc, 06100, Ciudad de México
Telf: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1197-497-4

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

CAPÍTULO 12

La gestación por subrogación en Uruguay*

Delia M. Sánchez**

* La autora agradece la generosa y amable colaboración de la doctora Milka Bengochea, directora del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes, del doctor Eduardo Cavalli, ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de segundo turno, y de la doctora Victoria Della Ventura, docente de la Unidad Académica de Bioética de la Facultad de Medicina, Universidad de la República. Sin la información aportada por ellos no hubiera sido posible realizar este trabajo. Las opiniones vertidas aquí son de exclusiva responsabilidad de la autora y de ninguna manera comprometen las de sus informantes.

** Doctora en Medicina. Magister en Salud Pública y en Bioética. Excoordinadora de la Unidad Académica de Bioética de Facultad de Medicina, Universidad de la República. Uruguay. Exintegrante del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO.

SUMARIO: A. Marco legal general; B. Acuerdos de gestación por subrogación en general; C. Paternidad y maternidad legales al momento del nacimiento; D. Elegibilidad para la gestación por subrogación; I. Criterios de elegibilidad para mujeres que actúan como gestantes; II. Criterios de elegibilidad para los padres o madres comitentes; E. Transferencia de la paternidad o maternidad; I. Proceso legal; II. Derechos de los niños y niñas; F. Agencias y criminalización; G. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación; H. Conclusiones. Bibliografía.

A. Marco legal general

La gestación por subrogación está regulada en Uruguay por la Ley 19.167, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida,¹ y por su Decreto reglamentario, Decreto 84/015.²

Antes de la aprobación de esta ley, en 1996, el senador y médico Alberto Cid presentó un proyecto de ley de fertilización humana asistida, cuyo principal objeto fue la regulación de la práctica de fertilización asistida, que se encontraba en un momento de desarrollo en el país, sin ningún marco legal. No incluía la gestación subrogada y sus artículos muestran las preocupaciones éticas de la época, especialmente en lo referente al

¹ Ley 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el Diario Oficial el 29.11.2013. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

² Decreto 84/015, Reglamentación de la Ley 19.167 relativa a las técnicas de reproducción humana asistida, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 2015. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/decretos/84-2015>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

manejo de embriones. Sin embargo, este proyecto de ley no llegó a aprobarse.³

La Ley 19.167 creó la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, integrada por un representante del Ministerio de Salud Pública, que la preside, un representante del Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Células, Tejidos y Órganos (INDT), un representante de las Facultades de Medicina, un representante de las Facultades de Derecho, un representante de la Sociedad Uruguaya de Reproducción Humana (SURH), un representante del Colegio Médico del Uruguay y un representante de los usuarios (artículos 29 y 30).

El artículo 31 de la Ley define las competencias de la Comisión de la siguiente manera:

- a) Asesorar en forma preceptiva al Ministerio de Salud Pública respecto de las políticas de reproducción humana asistida, así como la pertinencia de introducir nuevas técnicas en esa área.
- b) Promover las normas para la implementación de la reproducción asistida.
- c) Contribuir a la actualización del conocimiento de los profesionales y científicos en materia de reproducción humana asistida y a la difusión de los conocimientos correspondientes.
- d) Elevar opinión fundada sobre las irregularidades respecto de las cuales tomare conocimiento a la Comisión Honoraria de Salud Pública y al Colegio Médico del Uruguay en lo que correspondiere a cada uno de estos organismos, dando cuenta de ello al Ministerio de Salud Pública.

³ Disponible en: «https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/03614/ficha_completa». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

La gestación por subrogación aparece como un punto menor (en cuanto a extensión, sólo 4 de 32 artículos) de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. La motivación de la ley, en un país con un Sistema Nacional Integrado de Salud,⁴ fue no sólo regular los procedimientos de reproducción humana asistida, sino aliviar el costo económico para las parejas que recurrían a éstas. Por ese motivo, su artículo 5 prevé el financiamiento de las técnicas de baja complejidad por los prestadores del Sistema Nacional Integrado de Salud y las de alta complejidad por el Fondo Nacional de Recursos, estableciendo detalladamente las condiciones para acceder a este financiamiento público. Se refiere siempre a ellas como técnicas para el tratamiento de la infertilidad, definiéndose ésta como "incapacidad de haber logrado un embarazo por vía natural después de 12 meses o más de relaciones sexuales".

Existen en Uruguay tres clínicas habilitadas por el Ministerio de Salud Pública para la realización de técnicas de reproducción humana asistida. Ninguna anuncia en su página web la prestación de servicios de gestación subrogada, pero la página de la asociación que las agrupa sí lo hace, aunque sólo se refiere a su inclusión entre las técnicas de alta complejidad previstas en la ley.

La primera clínica de reproducción asistida surgió en Uruguay en 1986 y el primer nacimiento por fertilización intrauterina ocurrió en 1990. Desde fines de la década de 1980, por lo tanto, las parejas infértiles podían

⁴ El Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS) fue creado por la Ley 18.211, de diciembre de 2007. El sistema se financia mediante un Seguro Nacional de Salud (Fonasa) con aportes obligatorios de trabajadores y empleadores, además del Estado, y es regido por una Junta Nacional de Salud (Junasa), en la que participan representantes de los usuarios, trabajadores de la salud e instituciones prestadoras. Junasa contrata servicios de todos los prestadores integrales, tanto públicos como privados, a los que abona una cápita mensual. Los usuarios son libres de elegir el prestador de su preferencia. La atención es integral y su contenido está definido por el Ministerio de Salud Pública. El Fondo Nacional de Recursos es un reaseguro que precede en el tiempo a la creación del SNIS y que cubre a toda la población del país en una serie de prestaciones de muy elevado costo y tecnología, como trasplantes, diálisis, algunos procedimientos de cirugía traumatológica y medicamentos de muy alto costo, entre otros. Todas las instituciones que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud aportan a éste por sus afiliados, si pertenecen al sector privado, o por servicios utilizados, en el caso del sector público.

acceder a diferentes técnicas, pero solamente en el sector privado, pagando de su bolsillo tratamientos muchas veces muy prolongados y costosos. La solución de este problema económico fue el objetivo detrás de la promulgación de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, como surge de la exposición de sus motivos.

En general, las parejas consultan por infertilidad en servicios de ginecología y obstetricia en una institución dentro del Sistema Nacional Integrado de Salud. Desde allí son derivadas a cualquiera de las clínicas habilitadas, en caso de requerir tratamiento especializado. Tratándose de parejas de mujeres o mujeres solas, en quienes no existe un problema de infertilidad según la definición médica, se opta por la consulta directa en una de las clínicas.

Si bien las clínicas no hacen publicidad en medios masivos, no es infrecuente la participación de algunos de sus profesionales en programas de televisión en formato de charlas informales, realmente con fines publicitarios, pero presentadas como divulgación.

La donación de cualquier órgano o tejido en Uruguay debe realizarse en forma honoraria, ya que no se considera al cuerpo sujeto al derecho comercial sino al derecho de la persona. Por ese motivo, la ley prevé que la gestación subrogada sólo podrá hacerse en forma altruista y en forma análoga a la donación de órganos por donantes vivos, se limita a los familiares directos de primer y segundo grado. Admitiendo que un tercero podría tener motivaciones altruistas, se entiende que sería prácticamente imposible descartar el intercambio de dinero o bienes y, por lo tanto, la situación de abuso de personas necesitadas.

La gestación subrogada "tradicional" no está permitida en Uruguay. En efecto, el artículo 214 Código Civil⁵ prohíbe el acuerdo de una pareja

⁵ Código Civil, aprobado por Ley 16.603, publicado en el Diario Oficial el 21 de noviembre de 1994. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

con una tercera persona para concebir un hijo, indicando que "Es nulo todo acuerdo firmado entre cónyuges o concubinos referido a la concepción de una criatura fruto de la unión carnal entre hombre y mujer, sin perjuicio de las obligaciones que la ley prevé para el cónyuge no concubiente respecto del hijo concebido".

Los legisladores extremaron el cuidado para evitar la falsificación de la filiación del recién nacido, por lo cual el Código de la Niñez y Adolescencia,⁶ en su artículo 25 ("Derecho a la identidad"), señala que

Sin perjuicio de las normas del Registro de Estado Civil, el recién nacido deberá ser identificado mediante las impresiones plantar y digital acompañadas por la impresión digital de la madre.

Todas las maternidades públicas y privadas deberán llevar un registro para cumplir con lo dispuesto en el inciso anterior, al momento de realizarse el parto. Se le otorgará copia a la madre y se enviará otra al Registro de Estado Civil.

Los médicos o parteros que asistan nacimientos fuera de la maternidad, deberán realizar el registro de igual forma y, en caso de imposibilidad, anotarlos en la historia clínica.

En este último caso y fuera de las hipótesis señaladas anteriormente, las impresiones digitales y plantar del recién nacido se tomarán al momento de hacerse la inscripción en el Registro de Estado Civil.

Según la información proporcionada en entrevista telefónica por un integrante de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que debe preceptivamente intervenir en la autorización de la realización

⁶ Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823, publicado en el Diario Oficial el 14 de septiembre de 2004. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

de la técnica, hasta marzo de 2021 hubo ocho nacimientos mediante gestación subrogada en Uruguay. No se dispone del número de acuerdos de subrogación realizados fuera del país.

Este pequeño número contrasta con la alta utilización de otras técnicas de reproducción humana asistida de baja y alta complejidad. Dos de los tres centros habilitados en el país integran la Red Lara (Red Latinoamericana de Reproducción Asistida), a la que informan sobre sus procedimientos. Según Zegers-Hochschild et al.,⁷ con base en datos de dicha red, en 2017 esos dos centros realizaron un total de 1,419 procedimientos de fertilización asistida (no nacimientos, sino procedimientos), sin incluir en ninguno de los centros de distintos países que la integran información sobre gestación subrogada. Debido a la accesibilidad cultural y económica de las técnicas, la misma publicación informa de 535 ciclos de fertilización asistida iniciados por millón de habitantes, valor similar al de Argentina y superior al del resto de los países de América Latina, aun considerando que uno de los tres centros habilitados no contribuye datos a esta base.

B. Acuerdos de gestación por subrogación en general

El artículo 25 ("Nulidad") de la Ley 19.167 indica que

Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros, para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido

⁷ Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier, et al, "Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry, 2017", *JBRA Assisted Reproduction*, 24, 2020. Disponible en: «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7365541/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación de embrión propio.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.

El artículo 26 ("Suscripción de acuerdo"), a su vez, señala que "El acuerdo a que se refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes".

C. Paternidad y maternidad legales al momento del nacimiento

Son dos los artículos de la Ley 19.167 que tratan sobre la filiación del recién nacido fruto de un acuerdo de gestación subrogada. En primer lugar, el artículo 27 ("Filiación"), que prevé que "En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación". En segundo término, el artículo 28 ("Filiación Materna"), que agrega que "La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica, o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada".

En todos los otros casos, se entiende que la mujer que pare al hijo es la madre y, respecto al padre, el Código Civil incluye tanto previsiones para la fecundación natural como para las gestaciones producto de donación de gametos, por lo que establece lo siguiente:

Artículo 214. Viviendo los cónyuges de consuno, y sin perjuicio de la prueba en contrario, la ley considera al otro cónyuge, jurídicamente progenitor de la criatura concebida por su esposa durante el matrimonio.

Las personas legitimadas por la ley, podrán destruir esta presunción acreditando que el vínculo biológico no existe.

Exceptúanse de lo dispuesto en el inciso anterior, las personas que están imposibilitadas biológicamente entre sí para la concepción y antes de la fecundación del óvulo ambos acepten bajo acuerdo expreso y escrito ser progenitores jurídicos del hijo matrimonial.

El consentimiento para la concepción con persona ajena al matrimonio, será revocable con las mismas formalidades, hasta el momento de la concepción.

Como señalamos anteriormente, la subrogación tradicional está prohibida en Uruguay.

El artículo 215 del Código Civil establece los plazos para la presunción de paternidad dentro del matrimonio de la siguiente manera:

Se considera concebida dentro del matrimonio, a la criatura nacida fuera de los ciento ochenta días después de contraído este y dentro de los trescientos días siguientes a su disolución. Esta presunción es relativa salvo en los casos de acuerdo expreso y escrito bajo las condiciones establecidas en el artículo 214.

Si bien en la donación de gametos se procede a un proceso de anonimización, la legislación uruguaya prevé que, una vez alcanzada la mayoría de edad, el hijo o hija tiene derecho a solicitar conocer su identidad biológica, aun cuando esto no establece relaciones de filiación ni obligaciones mutuas entre donantes e hijos resultado de la donación.

El artículo 11 ("Derecho a la identidad") del Decreto 84/2015 establece que

El o los hijos nacidos mediante las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad tendrán derecho a conocer el procedimiento efectuado para su fecundación mediante petición por escrito ante la institución en la cual se practicó la técnica de que se trate, conforme al procedimiento establecido en la Ley que se reglamenta.

No hay ninguna especificación sobre la gestación subrogada en particular, incluyéndosela entre las otras técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad. Tampoco existe previsión del mecanismo para garantizar que los hijos puedan conocer el procedimiento de su concepción, a menos que sus padres les informen o por algún motivo tengan dudas sobre su identidad.

A diferencia de lo previsto en el caso de una adopción simple, no se indica la necesidad de ninguna anotación en la partida de nacimiento.

Para hacer posible lo anterior, los centros de reproducción humana asistida deben recoger y conservar una serie de datos. El capítulo VII del Decreto 84/2015 no trata específicamente de la gestación subrogada, sino, en general, de los donantes en técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad. En ese caso, estipula lo siguiente

Artículo 21- La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente.

Esta acción podrá ser ejercida por el nacido por aplicación de la técnica de reproducción humana asistida de alta complejidad o sus representantes legales y, en caso de que hubiere fallecido, por sus descendientes en línea recta hasta el segundo grado, por sí o por medio de sus representantes.

La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación.

El artículo 24 ("Del registro") del mismo Decreto indica que

El Instituto Nacional de Donaciones y Trasplantes llevará un registro a nivel nacional de los datos relativos a donantes de gametos y embriones, así como del material biológico (ovocitos, espermatozoides, embriones) que ingresa a, o egresa de, cada Banco o Laboratorio, debiendo los mismos proporcionar dicha información con la periodicidad que el Ministerio de Salud Pública establezca.

Cada Banco y/o Laboratorio deberá tener a disposición del Instituto Nacional de Donaciones y Trasplantes la información referente a los donantes, gametos, y embriones de acuerdo a lo que dispongan los protocolos que el Ministerio de Salud Pública establezca.

Según información aportada por el Instituto Nacional de Donación y Trasplante,⁸ los datos que se recogen de los donantes en las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad (incluida la gestación subrogada) son nombre completo, documento de identidad y domicilio. Cuando se trata de embriones, se recogen los datos de ambos miembros de la pareja. El material donado se identifica también por la fecha de donación y un código.

La responsabilidad de llevar adelante el registro nacional de donantes es del Instituto Nacional de Donación y Trasplantes, y no existe una limita-

⁸ El Instituto Nacional de Donación y Trasplante de Órganos, Células y Tejidos (INDT) sucede en el tiempo al Banco Nacional de Órganos y Tejidos, creado el 8 de febrero de 1977 mediante un decreto ley. Actualmente se rige por la Ley N° 18.968 y es un organismo conjunto del Ministerio de Salud Pública y la Universidad de la República. Toda la información sobre el Instituto se encuentra disponible en su página web: «www.indt.gub.uy».

ción determinada en el tiempo durante el cual se guardará esta información. En las clínicas que desarrollan los procedimientos no se conocen los datos de los donantes de gametos, pero sí de los de embriones.

D. Elegibilidad para la gestación por subrogación

I. Criterios de elegibilidad para mujeres que actúan como gestantes

De acuerdo con la Ley 19.167, la mujer que actúe como gestante debe ser familiar consanguíneo hasta de segundo grado de uno de los miembros de la pareja que solicita la subrogación. Este acto debe ser altruista, no se permite la remuneración. No se estipulan otras características, más allá de lo que el médico o los médicos tratantes estimen seguro para la madre y el niño.

II. Criterios de elegibilidad para los padres o madres comitentes

La única previsión de autorización de gestación subrogada en Uruguay es en el caso de "la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas".

En este caso sólo se permite la implantación de un embrión propio, entendiéndose por tal el "formado como mínimo por un gameto de la pareja, y en el caso de la mujer sola, por su óvulo".

Este criterio es distinto y mucho más estricto que el que la misma ley establece para el acceso y cobertura financiera a las técnicas de reproducción humana asistida en general, que según el artículo 2 de la Ley 19.167

podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la infertilidad, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley

Lo anterior muestra que se considera como un caso excepcional y que merece restricciones especiales, debido a los riesgos biológicos y psicológicos a los que se expone la mujer que lleva adelante la gestación.

En la reglamentación de la ley (artículo 8 del Decreto 84/2015) se estipula que las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad "serán aplicadas a las mujeres de hasta 40 años de edad y que para acceder a la cobertura financiera del Fondo Nacional de Recursos se deberá estar radicado en el país y efectuar los aporte a dicho Fondo para la cobertura de estas personas por cualquiera de los sistemas legalmente establecidos" (artículo 31).

La donación de gametos está regulada por la Ley de Reproducción Humana Asistida y su Decreto reglamentario. Estos prevén que la donación de gametos se realice en forma anónima (sin perjuicio del derecho del hijo nacido por estos procedimientos a conocer su identidad) y altruista. Sin embargo, es práctica habitual de las clínicas realizar un pago a los donantes como "compensación por el tiempo y molestias".

El Decreto 38/2015 establece que

sólo podrá donarse gametos de acuerdo al siguiente detalle:

Espermatozoides: Veinticinco (25) nacimientos por donante. Óvulos: Hasta cinco (5) estimulaciones por donante, no más de tres (3) en un año y hasta veinticinco (25) nacimientos por donante. Los óvulos obtenidos en cada donación serán utilizados en una o

varias receptoras de acuerdo al protocolo que dicte el Ministerio de Salud Pública.

La diferencia entre donantes de esperma y óvulos se justifica por los riesgos inherentes a la hiperestimulación ovárica a la que se somete la mujer donante.

En cuanto a los requisitos de los donantes de gametos, el artículo 14 del Decreto 84/2015 establece que los donantes

deberán ser mayores de edad y acreditar un buen estado de salud psicofísica, mediante estudios que demuestren que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento, de acuerdo al protocolo que el Ministerio de Salud Pública establezca.

E. Transferencia de la paternidad o maternidad

I. Proceso legal

Como se ha mencionado, cualquier acuerdo de subrogación fuera del caso previsto por la ley es inválido en el territorio nacional. En el caso admitido por la ley, ésta prevé que la filiación del niño corresponderá a "quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación" (artículo 27). El proceso en este caso será el habitual, de inscripción del recién nacido o nacida en el Registro Civil.

II. Derechos de los niños y niñas

La normativa uruguaya parte del reconocimiento del interés superior del niño (artículo 6 del Código de la Niñez y Adolescencia), por lo que se tutela el derecho a conocer su identidad y las condiciones de su concepción.

Esto incluye el caso excepcional de la subrogación de su gestación por una familiar consanguínea de segundo grado de uno de sus padres.

No existe sin embargo una norma que garantice que los hijos sean informados de estas circunstancias, para que, si así lo desearan, soliciten los datos de sus progenitores biológicos (o gestante subrogada).

Alterar los documentos de filiación se considera, en el artículo 258 del Código Penal uruguayo,⁹ un delito de supresión del estado civil y conlleva una pena de 18 meses de prisión a 8 años de penitenciaría.

F. Agencias y criminalización

La gestación por subrogación en Uruguay debe ser autorizada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que no es una agencia ni un intermediario, sino parte del sistema regulador. Su composición fue descrita más arriba.

Existía una página web¹⁰ manejada por quien se presentaba en ella como un abogado argentino, que informaba sobre la legislación uruguaya y sobre las posibilidades de subrogación en otros países. Al no incitar a ningún delito ni en territorio nacional ni en el extranjero (informa sobre los países que tienen distintas normas para la subrogación de la gestación), no fue regulada ni sancionada.

Ni la Ley de Reproducción Humana Asistida ni su Reglamento estipulan sanciones por su incumplimiento, pero es importante señalar que dada la habilitación y cobertura pública del financiamiento de los procedimientos de reproducción humana asistida, los prestadores tienen un incentivo claro para mantenerse dentro de la normativa.

⁹ Código Penal, aprobado por Ley 9.155, del 4 de diciembre de 1933, actualización de la versión oficial publicada el 26 de octubre de 1967. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

¹⁰ La página web era: «<https://maternidadsubrogada.uy>».

G. Acuerdos internacionales de gestación por subrogación

No existen reglas específicas sobre los acuerdos de gestación subrogada que tienen lugar en otras jurisdicciones. En lo relativo a la filiación y nacionalidad, se reconoce lo estipulado por la jurisdicción donde nació el niño o la niña (artículo 28, Ley 19.920, de derecho internacional privado, promulgada el 27 de noviembre de 2020). Al ingresar a Uruguay se debe contar con toda la documentación del país de origen del niño o niña que acredite que los adultos que lo acompañan son sus padres o tutores y se procede a inscribir esos documentos en el Registro Civil, en el Departamento de Actos y Hechos Ocurredos en el Extranjero.

Uruguay reconoce la nacionalidad uruguaya a los hijos de sus nacionales que hayan nacido en el extranjero y admite también la doble nacionalidad (artículo 81 de la Constitución de la República, de febrero de 1967).

Lamentablemente, en este caso, el niño o la niña no cuenta con las mismas garantías de respeto de su derecho al conocimiento de su identidad, ya que el acceso a la información dependerá de las normas y procedimientos en el país de origen.

H. Conclusiones

La normativa uruguaya sobre gestación por subrogación es restrictiva, considerándose como un caso excepcional dentro del abanico de las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, debido a los riesgos físicos y psicológicos en los que incurre la mujer que lleva adelante la gestación. Esta restricción se manifiesta en la clara limitación de las causas que habilitan a una mujer a solicitar la subrogación y quienes pueden llevar adelante el embarazo.

A pesar de ello, es tolerante respecto a los nacimientos en el extranjero, aceptándose la filiación que asigne el país donde ocurrió el parto.

Como toda la normativa relacionada con la donación de órganos y tejidos, parte del principio de donación altruista y, para garantizarla, al igual que en la donación de órganos de donante vivo, sólo se permite entre familiares de segundo grado. El motivo para la defensa de la donación altruista es tanto filosófico como práctico. Filosófico, porque se considera al cuerpo humano sujeto al derecho de la persona, no al comercial (en el caso específico de la gestación subrogada, se rechaza además la posibilidad de que un niño se pueda comprar y no se reconoce la existencia de un derecho a tener un hijo), y práctico, ya que busca el amparo de las personas cuyo derecho a la protección de su integridad física podría verse vulnerado debido a una situación de necesidad económica o presiones de cualquier otro tipo.

Por este motivo, la experiencia ha sido muy reducida, a diferencia de la utilización de otras técnicas de reproducción humana asistida, en las cuales Uruguay presenta tasas que se encuentran entre las más altas de América Latina.

El Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños,¹¹ afirma que

la gestación por sustitución, en particular la de carácter comercial, suele comportar prácticas abusivas. Además, supone un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes vigentes en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños, así como otras normas de derechos humanos.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 37º Periodo de Sesiones, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

En este sentido, la normativa uruguaya fue pensada con el fin de evitar la compra de niños en el territorio nacional, pero no ha previsto lo mismo cuando la gestación por subrogación se realiza en otro territorio. Este último punto es problemático y de difícil solución mientras existan jurisdicciones que permiten la subrogación comercial. El mismo informe de la relatora especial parte de la premisa de que "todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención. Aunque el imperativo de prohibir y prevenir la venta de niños no ofrece respuestas a todos los debates de política que rodean a la gestación por sustitución, sí limita el alcance de los enfoques admisibles".

Fundamenta en el ámbito jurídico internacional la consideración de la gestación subrogada comercial como un caso de venta de niños, con base en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma", señalando además que el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño, define la venta de niños como "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".

El criterio del interés superior del niño está presente en la legislación uruguaya, especialmente en las garantías de su derecho a la identidad, recogido en el Código de la Niñez y Adolescencia, el Código Civil, el Código Penal y en la normativa específica sobre reproducción humana asistida. No es de olvidar la triste experiencia sufrida en varios países del Cono Sur durante las dictaduras militares de las décadas de 1970 y 1980, en las que se sustrajeron niños y se modificó su filiación. Esto ha dejado en nuestra población una gran sensibilidad sobre el derecho a conocer la propia identidad.

El referido Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas hace un paralelismo entre la subrogación comercial y la adopción internacional,

partiendo del interés superior del niño, afirmando que, si bien existen diferencias,

son aplicables a ambos determinados principios de derechos humanos, como la prohibición de la venta de niños, el interés superior del niño como consideración primordial, la inexistencia del derecho a tener un hijo, regulaciones y limitaciones estrictas en relación con las transacciones financieras, los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales y las protecciones frente a la explotación.

Aunque existen algunos colectivos que proponen una disminución de las restricciones a la gestación subrogada en Uruguay, sea desde el lado de quienes podrían solicitarla, sea de quienes pudieran oficiar de gestante subrogada, no se presentó ningún proyecto legislativo al respecto hasta mayo de 2021. En esta fecha un representante nacional presentó ante el Parlamento un proyecto de ley eliminando tanto la necesidad de relación de consanguinidad de la mujer gestante con uno de los miembros de la pareja solicitante como el requisito de gratuidad.¹² Esta modificación, que alteraría totalmente las bases no sólo de la gestación subrogada, sino de todo el sistema de donación de órganos y tejidos por donantes vivos y afectaría el espíritu del Código de la Niñez y Adolescencia, aún no ha tenido trámite parlamentario.

La normativa vigente es, a juicio de quien suscribe este texto, satisfactoria, ya que se enmarca en un conjunto amplio de prestaciones de reproducción humana asistida, es económicamente accesible para aquellos casos en los que está permitida, impide la comercialización tanto del hijo como del cuerpo de la gestante y garantiza el derecho a la identidad del niño nacido o la niña nacida por esta técnica en el territorio nacional. Existe, sin embargo, un vacío respecto a garantizar los mismos derechos

¹² Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Cámara de Representantes. Proyecto de ley. Técnicas de reproducción humana asistida. Carpeta 1469, de 2021. Disponible en: «<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/150797>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

a los niños producto de gestación subrogada en el extranjero, especialmente respecto a la prohibición de la compra de niños y la garantía de sus derechos de identidad y acceso a los orígenes personales.

Debido al tamaño de nuestro país (aproximadamente 3,400,000 habitantes), la existencia de solamente tres centros habilitados para la reproducción humana asistida, la financiación pública y centralizada y la participación tanto de los reguladores como de los prestadores en la Comisión que debe autorizar los procedimientos, se entiende que la normativa funciona adecuadamente. De hecho, el principal problema relatado por los entrevistados no se relaciona con la gestación subrogada, sino con el número limitado de donantes de gametos.

Bibliografía

Código Civil, aprobado por Ley 16.603, publicado en el Diario Oficial el 21.11.1994. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823, publicado en el Diario Oficial el 14.09.2004. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Código Penal, aprobado por Ley 9.155, de 04.12.1933, actualización de la versión oficial publicada el 26.10.1967. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Comisión de Salud Pública y Asistencia Social. Cámara de Representantes. Proyecto de ley. Técnicas de reproducción humana asistida. Carpeta 1469, de 2021. Disponible en: «<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/150797>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Decreto 84/015, Reglamentación de la Ley 19.167 relativa a las técnicas de reproducción humana asistida, publicada en el Diario Oficial el 9 de marzo de 2015. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/decretos/84-2015>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Ley 19.167, Técnicas de Reproducción Humana Asistida, publicada en el Diario Oficial el 29.11.2013. Disponible en: «<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19167-2013>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 37° Período de Sesiones, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

Zegers-Hochschild, Fernando, Crosby, Javier, et al, "Assisted reproductive techniques in Latin America: The Latin American Registry, 2017", *JBRA Assisted Reproduction*, 24, 2020. Disponible en: «<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7365541/>». [Consultado el 25 de octubre de 2021].