



Emma Capulli*

Gestazione per altri in Messico: ricostruzione, *ratio* e problematiche degli attuali scenari normativi**

SOMMARIO: I. Introduzione – II. Impianto normativo rilevante – III. Querétaro: il divieto della pratica IV- Città del Messico: assenza di scopo di lucro e legame di parentela – V. Tabasco: problemi emergenti dal *cross border reproductive care* – 1.L’iniziale previsione del Codice Civile – 2. *Cross border reproductive care* –3. La riforma legislativa – VI. Conclusioni.

I. Introduzione

La gestazione per altri (GPA) è una tecnica di fecondazione assistita che prevede la partecipazione oltre alla coppia di genitori intenzionali – che avranno la responsabilità genitoriale del nascituro – anche di una donna terza, che mette a disposizione il proprio utero e in alcuni casi anche il proprio ovulo per portare avanti la gravidanza, gratuitamente o a titolo oneroso, con il fine di consegnare al termine il bambino alla coppia.

La possibilità di avvalersi di tale ipotesi riproduttiva ha sollevato numerose problematiche, la maggior parte delle quali non possono essere ancora considerate risolte o superate. Una di queste è relativa alla difficile individuazione di riferimenti teorici o normativi che permettano di raggiungere un punto di equilibrio tra mercificazione del corpo e autodeterminazione della donna. Questa difficoltà teorica si relaziona e viene acuita dai risvolti pratici che la realizzazione della tecnica produce, laddove mette in relazione gruppi sociali provenienti da contesti culturali e socio-economici diversi. Sorgono poi difficoltà legate ai meccanismi di riconoscimento della filiazione e alle ripercussioni sul nato, difficoltà che mettono in crisi il modello di famiglia eterosessuale e nucleare.

*Dottoranda in medicina clinica e sperimentale e *Medical Humanities*, Università degli studi dell’Insubria.

**Contributo sottoposto a *peer review*.

A fronte di tali problematiche la regolamentazione della GPA a livello globale presenta numerose disomogeneità. Lo scenario internazionale è in continuo mutamento e le modifiche legislative ridisegnano i flussi di denaro e persone mobilitati in misura sempre crescente. Negli ultimi decenni, l'industria della gestazione per altri si è espansa fino a diventare un mercato transnazionale multimilionario (Hovav, 2019). Dopo che l'India nel 2012 e la Thailandia nel 2014 hanno iniziato un processo di regolamentazione restrittiva – permettendo l'accesso ai soli residenti nel territorio nazionale in India e sanzionando la GPA commerciale in Thailandia –, la mobilitazione per ragioni riproduttive ha iniziato ad affluire verso il Messico. Il mercato della GPA in Messico è quindi emerso come risultato di alcuni cambiamenti nel mercato globale e della crescente domanda di servizi di gestazione per altri a “basso costo”, soprattutto per coppie dello stesso sesso e persone singole, il cui accesso alla GPA è precluso in molti Paesi (Hovav, 2019).

Si è scelto di prendere in considerazione il Messico poiché dimostra come tali disomogeneità non siano rilevabili solo a livello transnazionale, ma possano coesistere anche all'interno dello stesso Paese. In particolar modo, l'analisi delle regolamentazioni messicane permette di riflettere su come alcune delle problematiche sopra esposte siano state fronteggiate dallo strumento legislativo. A questo proposito si prenderà in considerazione il progetto di legge di Città del Messico (CDMX) rispetto all'esigenza di garantire l'autodeterminazione delle gestanti senza avvallare derive mercificatorie e l'evoluzione legislativa dello Stato di Tabasco, volta a fronteggiare il massiccio afflusso nel territorio nazionale da parte di committenti stranieri.

L'obiettivo della ricerca è quello di ricostruire tre diversi modelli regolamentari della pratica della GPA e cercare di rilevare la *ratio* di alcune specifiche formulazioni normative e l'adeguatezza di tali previsioni rispetto alle finalità con esse perseguite. Nonostante circoscritta al Messico l'analisi può quindi risultare utile, oltre che per una migliore comprensione del fenomeno, anche come riferimento per qualunque futura ipotesi regolamentare della pratica.

II. *Impianto normativo rilevante*

A livello federale è possibile individuare alcuni riferimenti normativi rilevanti in tema di salute e riproduzione. L'art. 4 della Costituzione degli Stati Uniti messicani afferma: “ogni persona ha diritto a decidere in maniera libera, responsabile e informata il numero dei figli e l'intervallo tra le nascite” (traduzione dell'autore TdA). Questo precetto è stato interpretato in termini ampi ed utilizzato come fondamento per legittimare il ricorso a tecniche di riproduzione assistita tra cui anche la GPA (Lamm, 2015; Martínez-Martínez, 2015).

Il Messico è inoltre firmatario del *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD)* nel quale si stabilisce che i diritti riproduttivi si basano sul riconoscimento del diritto di tutte le coppie e individui di decidere liberamente e responsabilmente il numero dei figli, l'intervallo tra le nascite e a disporre responsabilmente delle informazioni e dei mezzi

per la realizzazione di tali decisioni, così come il diritto ad accedere al livello più elevato di salute sessuale e riproduttiva.

L'art. 3 della *Ley general de salud* del 1984 specifica come, ai fini della stessa, rientri nel concetto di salute anche la pianificazione familiare, perciò è possibile estendere a quest'ultima molte delle disposizioni previste in termini generali dalla legge. Ad esempio il diritto a “godere dei servizi di salute e assistenza sociale che soddisfino efficacemente e opportunamente i bisogni della popolazione” o il diritto allo “sviluppo della ricerca scientifica e tecnologica per la salute” (TdA) previsti dall'art. 2.

Tuttavia, né la *Ley general de Salud*, né il *Reglamento en Materia de Investigación para la Salud* fanno riferimento alla gestazione per altri, menzionando in modo generale l'inseminazione artificiale e la fecondazione in vitro. Dal momento che gli Stati della Repubblica messicana sono legislativamente competenti in materia di diritto di famiglia, ogni Stato ha previsto una regolamentazione autonoma della tecnica (Martínez-Martínez, 2015).

La conseguenza è una significativa eterogeneità rispetto alle posizioni adottate. Coahuila e Querétaro hanno vietato espressamente la pratica, Città del Messico (CDMX) esiste una proposta di legge che è stata approvata ma non pubblicata, mentre Tabasco e Sinaloa l'hanno regolamentata.

III. Querétaro: il divieto della pratica

Il Codice Civile dello Stato di Querétaro contiene riferimenti espliciti sia alle tecniche di riproduzione assistita che alla gestazione peraltri. L'art. 22 attribuisce la capacità giuridica alle persone fisiche a seguito della nascita e la fa venire meno con la morte: “dal momento che un individuo è concepito, in modo naturale o per mezzo delle tecniche di riproduzione assistita, resta soggetto alla protezione della legge e si ritiene nato ai fini degli effetti dichiarati nel presente Codice” (TdA). Non solo il Codice effettua una totale equiparazione tra le due nascite, ma nel secondo comma dell'art. 22 specifica che “la persona che sia nata da una inseminazione artificiale o procreazione assistita, con contributo di donante o donanti, avrà diritto, quando raggiunga la maggiore età, a conoscere l'identità dei genitori biologici”, anche se “la rivelazione dell'identità del donante, nei casi previsti dalla legge, non implicherà la determinazione legale della filiazione” (TdA).

Un altro riferimento alle tecniche di riproduzione assistita viene fatto nel Capitolo primo del Libro ottavo rubricato *I figli del matrimonio*, dove l'art. 312 include tra i figli che si presume siano dei coniugi anche quelli “nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di riproduzione assistita, sempre che il consenso non sia stato revocato”, inoltre “né il marito né la moglie, quando abbiano prestato espressamente il consenso ad una fecondazione con il contributo di uno o più donanti, potrà impugnare la filiazione del figlio nato a seguito di tale fecondazione” (TdA).

Il capitolo sesto disciplina inoltre l'adozione di embrioni. L'art. 399 del Codice Civile spiega

che con l'espressione *adozione di embrioni* adottata si intende “il procedimento mediante il quale, un embrione, frutto dell'ovulo di una donna e dello spermatozoo di un uomo, è trasferito nell'utero di un'altra donna per completare il ciclo necessario alla sua gestazione e alla successiva nascita, con il fine di essere considerato figlio di questa e del suo coniuge o di questa e del suo convivente” (TdA). Stando a quanto affermato dall'art. 401, l'adozione di embrioni può avvenire solo per gli embrioni sovranumerari crioconservati, risultanti da una fecondazione omologa in vitro, quando: i genitori biologici hanno manifestato la loro volontà di dare in adozione gli embrioni sovranumerari; i genitori biologici sono deceduti; i genitori biologici non abbiano reclamato gli embrioni entro il termine stabilito dalla legge. Il diritto a conoscere l'identità dei genitori biologici è riconosciuto dall'art. 404 anche alle persone nate a seguito di adozione di un embrione: “Una volta raggiunta la maggiore età la persona che sia stata prodotta di un'inseminazione artificiale o di procreazione assistita e successivamente adottata, avrà il diritto imprescrittibile di conoscere l'identità dei genitori biologici” (TdA).

Questa ricostruzione ci permette di capire come la nascita attraverso le tecniche di riproduzione assistita sia stata ormai assimilata dal contesto sociale e dall'apparato giuridico. Tuttavia, l'art. 400 dello stesso Codice prevede il divieto di gestazione per altri, affermando che “le coppie che adottano embrioni non potranno ricorrere alla maternità assistita o surrogata, né contrattare il ventre di una terza donna per la gestazione dell'embrione” (TdA). A questo punto, attraverso una ricostruzione delle norme codicistiche in relazione alle tecniche di riproduzione assistita ci si vuole interrogare su quale sia la *ratio* del divieto e quale sia il bene che tale divieto mira a tutelare.

Il primo dato rilevante è che sia l'art. 22 che l'art. 312 prevedono la possibilità di ricorrere a donazioni — anche di entrambi i gameti — facendo venire meno il legame genetico con i genitori intenzionali. Dagli articoli menzionati è possibile rilevare come l'ordinamento preveda la scissione delle figure genitoriali in genitori biologici e genitori legali. I genitori biologici possono contribuire con i loro gameti, o possono dare in adozione embrioni, senza che questo faccia sorgere in loro nessun tipo di filiazione legale, salvo il diritto del nato a conoscere la loro identità. Mentre la genitorialità legale viene fondata giuridicamente sull'elemento del consenso. È infatti il consenso che, stando all'art. 312, fa sorgere in capo ai genitori intenzionali il rapporto di filiazione ed è il consenso che lo fa venire meno nel caso dell'autorizzazione all'adozione degli embrioni sovranumerari, stando all'art. 405.

Dal momento che le norme prevedono che sia l'elemento consensuale e non il legame genetico tra nati da fecondazione assistita e genitori intenzionali a essere rilevante ai fini della filiazione, dobbiamo ritenere che non sia questo il bene tutelato dall'art. 400. Neppure si può ritenere che venga attribuito valore alla formazione dell'embrione nell'utero materno, dal momento che viene disciplinata l'adozione di embrioni.

Si può quindi ipotizzare che obiettivo del divieto di GPA sia quello di evitare una scissione tra la gestante e la futura madre legale del bambino. Per ora ci limitiamo a registrare questo dato senza approfondire se, in questo caso, il divieto sia avvenuto per proteggere gli interessi del

nascituro, un valore generalmente riconosciuto di maternità o la gestante da un possibile uso lesivo del proprio corpo. Ad ogni modo l'ordinamento sembra escludere la possibilità di configurare un rapporto di gestazione finalizzato a cedere la genitorialità del nascituro ad altri, esclusione che ha come conseguenza il divieto della pratica *tout court*.

IV. *Città del Messico: assenza di scopo di lucro e legame di parentela*

A Città del Messico (CDMX) non esiste ancora una legge sulla gestazione per altri. Le tecniche di riproduzione assistita sono in generale regolate dal Codice Civile Federale, in particolare l'art. 162 viene considerato uno dei fondamenti giuridici su cui la legittimazione di queste tecniche si fonda. L'articolo sancisce che “i coniugi hanno diritto a decidere in modo libero, informato e responsabile il numero dei figli e l'intervallo tra le nascite, così come ad impiegare, nei termini previsti dalla legge, qualunque metodo di riproduzione assistita, per conseguire una propria discendenza” (TdA).

Tuttavia l'art. 340 nel dichiarare che “la filiazione si prova con l'atto di nascita” (TdA), dimostra come il Codice sia legato ad un concetto di maternità connesso con il fatto biologico della gestazione e del parto, cui fa riferimento il contenuto dell'atto di nascita. Inoltre, l'art. 338 sembra porsi in collisione con l'ipotesi di GPA, considerando la sua formulazione: “la filiazione è la relazione che esiste tra il padre e la madre e loro figlio, formando il nucleo sociale primario della famiglia; pertanto non può essere materia di accordo tra le parti, né di transazione, o rimessa ad arbitri” (TdA). In realtà queste previsioni nella realtà dei fatti sono state a lungo bypassate avvalendosi delle disposizioni in materia di adozione e dell'assenza di un'espressa disciplina di GPA (Lamm, 2013).

L'esigenza di una formulazione più esplicita e dettagliata ha portato nel 2010 all'approvazione della prima proposta di legge in materia. La legge, nonostante sia stata approvata il 30 Novembre del 2010, non è mai stata promulgata e pubblicata. La successiva proposta è stata approvata in commissione l'8 dicembre 2011 ed è giunta alla sessione plenaria ma non è stata pubblicata ufficialmente. (Baffone).

Nonostante il testo non sia tuttora vigente a CDMX riportiamo gli elementi significativi. La tecnica, qui definita *maternità surrogata*, viene descritta come “la pratica medica consistente nel trasferimento di un embrione umano, prodotto dall'unione di un ovulo e uno spermatozoo, in una donna che porta a termine la gravidanza. Questo processo potrà essere fatto in favore di uno o due richiedenti (genitori intenzionali), i quali istituiranno con il nato un legame di filiazione” (TdA).

Uno dei temi più dibattuti della formulazione del 2010 — avendo suscitato la disapprovazione da parte di vari gruppi sociali e politici e avendo reso urgente la revisione — riguarda i criteri da soddisfare per gli aspiranti genitori. Il primo progetto infatti escludeva:

- uomini soli;

- coppie eterosessuali (che non potevano contribuire con il proprio materiale genetico o che non avevano problemi di infertilità);
- coppie omosessuali.

Questa limitazione è stata considerata contrastante con gli articoli 1 e 4 della Costituzione messicana e con il Codice Civile di CDMX, soprattutto alla luce della riforma avvenuta nel 2009 che aveva permesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Mentre la successiva revisione permette l'accesso a persone singole, uomini o donne, coppie omosessuali ed eterosessuali sposate o no.

Dopo aver ristretto le ipotesi attuabili alla sola GPA puramente gestazionale – dal momento che è un embrione a dover essere impiantato nella gestante e non un singolo gamete – e aver aperto l'accesso anche a persone singole, lo stesso articolo fissa un altro punto essenziale dichiarando che “la maternità surrogata si realizzerà senza fine di lucro”¹ (TdA). L'esigenza di garantire la connotazione altruistica e non lucrativa dell'atto dispositivo della gestante viene rafforzata dalla previsione dell'art. 16 del progetto, in base al quale, almeno preferibilmente, “la donna gestante deve avere un legame di parentela per consanguineità o per affinità con la madre biologica o con il padre” (TdA), e solo se non sia possibile reperire una candidata con questi requisiti allora si potrà chiedere la partecipazione di qualsiasi altradonna. Per quanto concerne gli altri requisiti riguardanti la gestante, è necessario che questa non abbia portato a termine gravidanze nell'anno precedente l'impianto e che non si sia già sottoposta alla pratica due volte, inoltre – sempre per tutelarne la salute e l'assenza di finalità lucrative – verrà sottoposta a test psicologici e medici.

L'approccio normativo rilevabile dal progetto di legge di CDMX si distingue da quello adottato nello stato di Querétaro, dal momento che in questo caso si prevede la possibilità di configurare un rapporto di gestazione finalizzato a cedere la genitorialità del nascituro ad altri. Tuttavia, rispetto a tale ipotesi emergono delle problematiche che l'elaborazione normativa tenta di neutralizzare con delle specifiche previsioni. Tra queste vi è sicuramente l'esigenza di tutelare la salute della gestante, attraverso l'individuazione di criteri che restringono la possibilità di sottoporsi alla procedura. Il requisito su cui qui ci si intende soffermare è quello relativo all'esigenza di evadere finalità lucrative, in particolar modo sulla scelta di veicolare tale requisito attraverso la preferenza di un rapporto di parentela tra la donna gestante e uno dei genitori intenzionali.

La stessa previsione è stata attuata anche dall'ordinamento brasiliano. Il Brasile è stato il primo Paese nel panorama internazionale a prevedere tale requisito nella Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) N° 2.168/2017. L'art. 1 del paragrafo VII della Risoluzione prevede che “la donatrice temporanea di utero deve appartenere alla famiglia di uno dei partner in rapporto di parentela consanguinea fino al quarto grado (primo grado — madre/figlia; secondo grado — sorella/nonna; terzo grado — zia/nipote; quarto grado — cugina). Gli altri casi sono soggetti all'autorizzazione del Consiglio Regionale di Medicina”

¹ Progetto di Decreto, approvato il 9 Dicembre 2011, (*Legge di maternità surrogata per il Distretto Federale*), art. 2 (TdA).

(TdA).

La logica sembra mutuata dalla normativa brasiliana in tema di trapianti che nel capitolo III della legge 9.434/1997² disciplina la *disposizione di tessuti, organi e parti del corpo umano vivo per fine di trapianto*, permettendo “a persona giuridicamente capace di disporre gratuitamente di tessuti, organi e parti del proprio corpo vivo, per fini terapeutici o per trapianti tra coniugi o consanguinei fino al quarto grado e, nella forma prevista dal § 4° di questo articolo, tra qualsiasi altra persona, mediante autorizzazione giudiziale”³(TdA).

Rispetto all' idoneità del requisito di un rapporto di parentela ad escludere possibili finalità lucrative sorgono alcune perplessità. La prima è relativa al carattere discriminatorio della formulazione. Nell'ordinamento Brasiliano la Risoluzione 1.957/2010 prevedeva all'art. 1 del paragrafo VII che la gestante dovesse appartenere alla famiglia della donatrice genetica – che per legge doveva corrispondere con la madre intenzionale – in una parentela fino al secondo grado. Tuttavia, la disposizione era stata considerata alquanto restrittiva e potenzialmente fonte di discriminazioni dal momento che non tutti beneficiano della presenza di determinati vincoli familiari. Per questo la maggior parte dei Consigli Regionali dei singoli Stati avevano ampliato la norma prevista dal CFM, introducendo un'apertura verso altri membri della famiglia o amici che prevede però la necessaria autorizzazione caso per caso del Consiglio Regionale di Medicina.

Nella Risoluzione successiva, la 2.121/2015, il CFM ha esteso la propria previsione stabilendo che: “la donatrice temporanea di utero deve appartenere alla famiglia di uno dei partner in rapporto di parentela consanguinea fino al quarto grado (primo grado — madre; secondo grado — sorella/nonna; terzo grado — zia; quarto grado — cugina). Gli altri casi sono soggetti all'autorizzazione del Consiglio Regionale di Medicina” (TdA).

L'ultima Risoluzione, quella del 2017 non smentisce la ratio basata sul vincolo familiare, introducendo nella formulazione dell'articolo 1 anche le figure di figlia e nipote. Per quanto le previsioni normative cerchino di estendere il più possibile l'inclusione di legami familiari, per non essere discriminatoria la normativa deve prevedere anche ipotesi che fuoriescono da questi. La formulazione normativa non risulta escludente rispetto a ipotesi di gestazione per altri praticata con finalità di profitto, ma le sottopone all'autorizzazione del CFM. Si ritiene quindi che siano le modalità in cui l'autorizzazione viene concessa a rilevare rispetto alla garanzia dell'assenza dello scopo di lucro. Il requisito della necessità di un legame di parentela ha come conseguenza di rendere l'accesso alla pratica più immediato in alcuni casi, che, si presume, otterrebbero in ogni caso l'autorizzazione se a questa venissero sottoposte. Risulta quindi poco chiaro quali siano gli effetti concreti che la previsione normativa sia volta a produrre.

² Legge 4 febbraio 1997, n. 9.434 (Disposizioni sulla rimozione di organi, tessuti e parti del corpo umano per fini di trapianto, trattamento e altri provvedimenti) modificata dalla Legge 23 marzo 2001, n. 10.211.

³ Legge 9.434/1997 art. 9 (TdA).

I. *Tabasco: problemi emergenti dalcross border reproductive care*

1. *L'iniziale previsione del Codice Civile*

Lo Stato di Tabasco introduce la GPA nel proprio ordinamento nel 1997. Oltre ad essere uno dei primi a farlo a livello internazionale, inizialmente prevede una disciplina caratterizzata da un approccio liberale. La grande affluenza di aspiranti genitori — provenienti non solo dagli altri Stati messicani, ma da tutto il mondo — incentiva tuttavia la riforma della materia intervenuta nel 2016.

Prima dell'introduzione del Capitolo VI *Bis*, inserito nel Titolo VIII del Libro Primo, la partecipazione di una gestante diversa dalla madre intenzionale era disciplinata prevalentemente dall'articolo 92 del Codice Civile, rubricato *dovere di riconoscere il figlio*, nel terzo, quarto e quinto comma.

In particolare il terzo comma dell'art. 92 afferma che: “nel caso di figli nati come risultato della partecipazione di una madre gestante sostituta, si presumerà la maternità della madre contraente che la presenta, dato che questo fatto implica la sua accettazione. Nei casi in cui partecipi una madre surrogata, bisognerà attenersi a quanto previsto dall'ordinamento per l'adozione piena” (TdA). Il quarto comma dello stesso articolo permette invece di rilevare due distinte tipologie di gestazione per altri. La prima prevede la partecipazione di una *madre gestante sostituta*, che il quarto comma dell'art. 92 definisce come “la donna che porta a termine la gravidanza e provvede alla gestazione, ma non a fornire il materiale genetico” (TdA), in questo alla madre intenzionale sarà sufficiente un contratto con la gestante e la presentazione della richiesta di riconoscimento di maternità per essere ritenuta madre legale del bambino. Mentre nel secondo caso la *madre surrogata* “fornisce entrambi: il materiale genetico e la gestazione” (TdA), perciò venendo meno il legame genetico è necessario instaurare un vero procedimento di adozione (Martínez-Martínez, 2015).

In continuità con l'art. 92 si collocano gli articoli 347 secondo comma e 360⁴ del Codice Civile in tema di riconoscimento legale della genitorialità dei figli nati da genitori non sposati. In particolare, l'art. 347 stabilisce che quando nel processo produttivo partecipa una seconda donna, verrà considerata madre legale quella stabilita dall'accordo contrattuale, al di là che quest'ultima abbia o meno apportato il proprio ovulo. L'articolo prosegue stabilendo che “quando la madre sostituta non è la madre biologica del bambino nato come risultato di un trasferimento di embrioni, la madre che ha stipulato il contratto dovrà essere considerata la madre legale del bambino e questo sarà considerato figlio legittimo della donna” (TdA).

È evidente, leggendo la dicitura codicistica dello Stato di Tabasco, come l'ipotesi di scissione tra la gestazione e la maternità legale sia organicamente inserita nell'ordinamento, che prevede

⁴ «Salvo il caso che si tratti di un figlio nato come risultato di un contratto di maternità sostituta, il figlio di una donna sposata non potrà essere riconosciuto come figlio da parte di un uomo distinto dal marito, se non quando questi lo abbia disconosciuto o con una sentenza esecutiva sia stato dichiarato che non è suo figlio»(TdA).

degli specifici meccanismi di riconoscimento legale. Rispetto allo Stato di Querétaro, quindi, che vieta la pratica *tout court*, l'elaborazione civilistica dello stato di Tabasco sembra invece assumere la generale ammissibilità di una gestazione finalizzata a cedere la genitorialità ad altri. Mentre nella disciplina di Querétaro è possibile rintracciare la scissione delle figure genitoriali in genitori biologici e genitori legali, nella disciplina dello stato di Tabasco viene introdotta anche un'altra donna che partecipa al processo riproduttivo.

Tuttavia, la struttura codicistica non viene integrata da una successiva legge che regoli il contratto di sostituzione gestazionale; non vengono perciò imposti requisiti o caratteristiche per poter accedere alla pratica e non viene fatta una scelta relativa al carattere altruistico o commerciale che deve avere l'accordo (Lamm, 2013). Qui emerge la differenza con il progetto di legge di CDMX, che invece prevedeva disposizioni regolamentari volte a neutralizzare potenziali compromissioni di diritti.

2. Cross border reproductive care

La lacuna legislativa ha reso quindi lo Stato di Tabasco una delle mete più significative di quella mobilitazione che viene definita *cross border reproductive care*. Il *cross border reproductive care* (CBRC) si riferisce a qualunque spostamento da una giurisdizione a un'altra per accedere alle tecnologie riproduttive (Ikemoto, 2009). Affinché si possa parlare di CBRC è necessario che il motivo principale dello spostamento sia relativo all'accesso ai servizi riproduttivi e che lo spostamento implichi di sottoporsi a una giurisdizione diversa da quella di origine (Peña López, 2015).

L'affluenza verso lo Stato messicano incrementa dopo che l'India nel 2012 e la Thailandia nel 2014 — Paesi in cui fino a quel momento si era concentrato il mercato gestazionale — iniziano un processo di regolamentazione restrittiva dellaGPA.

Nell'articolo *As Mexican State Limits Surrogacy, Global System Is Further Strained*, pubblicato sul New York Times il 27 Marzo 2017, Victoria Burnett nel tentativo di definire numericamente il fenomeno incontra delle difficoltà al momento che i bambini nati annualmente da GPA tra il 2013 ed il 2016, sono circa 100 secondo il governo, mentre arriverebbero a 500 secondo l'opinione di accademici e attivisti.

Secondo Caroline Schurr, professoressa di Studi transculturali nell'Università svizzera di San Gallo, circa il 70% dei clienti delle cliniche che includono tra i loro servizi la gestazione per altri sono omosessuali che non risiedono nel territorio nazionale (Burnett, 2017).

Lo sviluppo massiccio di questo fenomeno fa allarmare alcuni esponenti del governo tra cui la senatrice Mely Romero Celis, la quale denuncia pubblicamente lo sfruttamento che a suo avviso sta avvenendo nei confronti delle donne messicane, le cui condizioni di salute non vengono tutelate e la cui necessità economica viene strumentalizzata da “stranieri” — l'80% dei

procedimenti è praticata a loro favore — che soddisfano le proprie aspirazioni familiari⁵.

Stando a quanto riportato dal Bollettino numero 089, pubblicato il 17 Settembre 2017 sulla pagina ufficiale del Senato degli Stati Uniti Messicani, la pratica della gestazione per altri in Messico è del 70% più economica che negli Stati Uniti. Le donne vengono pagate da diecimila a centocinquantamila pesos e quelle che si trovano in condizioni di estrema povertà sono le più vulnerabili a questa industria; inoltre le gestanti spesso vanno incontro a rischi di salute, isolamento dalle loro famiglie e talvolta sfruttamento crudele e spietato.

La comunicazione fa riferimento al volume *Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos* (Bartolini Esparza, Pérez Hernández, Rodríguez Alcocer, 2014) che viene considerato un'importante fonte di informazioni sull'argomento. Il volume mette in luce la diffusione dello sfruttamento delle donne per fini riproduttivi, che deve essere conosciuto, diffuso e fermato sia dai decisori politici che dalla popolazione in generale, al fine di evitare che il Messico diventi un Paese come la Thailandia o la Nigeria, dove la gestazione per altri si è legata al crimine organizzato. Il bollettino menziona anche l'intervento di Luis Pavón Vázquez, giornalista che ha reso noto il modo in cui agenzie di surrogazione agiscono a Villahermosa e Tabasco, ingannando e violando i diritti delle gestanti.

Secondo Guerra Palmero quando si affronta questo tema non è possibile eludere le considerazioni legate al genere, alla classe sociale, alla razza e alla situazione geopolitica del Paese in cui la gestazione viene realizzata (Guerra Palmero, 2018). Le problematiche che emergono sono quindi legate a due questioni principali, quella dello sfruttamento⁶ e della vulnerabilità⁷. In questa sede non ci si vuole soffermare sull'analisi approfondita di tali concetti, ma solo fornirne delle elaborazioni indicative, che permettano di delineare le problematiche insorte nel caso analizzato. In particolare con sfruttamento intendiamo l'approfittamento di una situazione esistenziale di vulnerabilità o bisogno (Di Martino, 2019). La direttiva europea 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime all'art. 2 afferma che lo sfruttamento può realizzarsi attraverso l'uso della forza o altre forme di coercizione o abuso di potere o dello stato di vulnerabilità. Il secondo comma dell'art. 2 definisce la posizione di vulnerabilità come: "situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima" (TdA).

⁵ Bollettino numero 089, pubblicato il 17 Settembre 2017 sulla pagina ufficiale del Senato degli Stati Uniti Messicani. Reperibile online al seguente link: <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/22949-2015-09-17-18-17-02.html>.

⁶ Quella di sfruttamento è una nozione generica, a cui vengono attribuiti significati diversi a seconda dell'impostazione teorica adottata. Secondo alcuni lo sfruttamento è realizzato quando manca un consenso pienamente informato della gestante, secondo altri quando la retribuzione è inadeguata o insufficiente. Cfr: Olavarría M.E., *La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder. Capítulo 9. Altruismo y trabajo reproductivo*. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos. 2018.

⁷ Il tema della vulnerabilità posto in relazione all'idea di autonomia è stato recentemente affrontato nel testo: Pozzolo, S. (2019). *¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género. Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, (51).

Nel definire se vi è configurazione o meno della condizione di vulnerabilità il contesto gioca un ruolo fondamentale. Questo nella misura in cui per mettere a tema la vulnerabilità è necessario adottare una riflessione “*situata*, inserita in quadro specifico di determinate condizioni” (TdA) (Pozzolo, 2019). In un contesto dato, la vulnerabilità di una persona riguarda una mancanza di potere e controllo, che causano una riduzione nell’ambito decisionale. Se una persona è considerata vulnerabile, ciò probabilmente indica che c’è un difetto o nella protezione dei suoi diritti o nel bilanciamento tra poteri che è in grado di agire e limiti a cui è sottoposta. Nel momento in cui un difetto nella protezione dei diritti viene rilevato è compito degli operatori politici agire per correggerlo. (Pozzolo, 2019). Come sostenuto da Guerra Palmero (2018), il ricorso all’autonomia come legittimazione politica di alcune pratiche non è sufficiente, ma è necessario interrogarsi se questa sia concretamente agibile per garantire il rispetto dei principi di giustizia e uguaglianza.

In letteratura c’è unanimità rispetto al rischio di avvallare pratiche di sfruttamento nel momento in cui genitori intenzionali e gestanti provengono da Paesi con forti divergenze culturali ed economiche (Olavarría, 2018b). Rischio che a Tabasco, rispetto a quanto attesta il Bollettino numero 089 sopra citato, si è manifestato.

Alla luce di quanto esposto la proposta della senatrice Romero Celis era quella di vietare la GPA. Tuttavia, la proposta viene mitigata da altre posizioni, tra cui troviamo quelle di avvocati, accademici e dell’organizzazione femminista GIRE. Il *Grupo de Información en Reproducción Elegida* (GIRE) è l’organizzazione femminista attualmente più presene in Messico e promuove la regolamentazione della gestazione per altri dal punto di vista dei diritti umani e riproduttivi, attraverso la discussione pubblica sul tema che porta avanti con la realizzazione di video, conferenze e la pubblicazione di relazioni. Il posizionamento dei membri di GIRE rispetto alla pratica è volto a una sua regolamentazione nel rispetto dei diritti umani, tra i quali si inserisce anche il diritto delle donne di decidere in merito al proprio corpo (GIRE, 2013, 2015, 2017). Ritengono, inoltre, che prevedere solo la modalità altruista sai frutto di stereotipi di genere che disconoscono l’autonomia riproduttiva delle donne gestanti. Sulla base di questi presupposti l’associazione ha elaborato delle relazioni sul tema che analizzano le legislazioni locali, federali e internazionali, individuano gli aspetti più controversi e problematici e propongono raccomandazioni puntuali (Olavarría, 2018a).

Nel 2015 l’associazione GIRE si era espressa sulla gestazione per altri ritenendo che in Messico, l’assenza di una regolamentazione in materia di riproduzione assistita provoca un campo di incertezza giuridica che permette il manifestarsi di abusi e discriminazioni contro le persone che partecipano alla tecnica, incluso il personale sanitario e i nati dai procedimenti di fecondazione assistita. Per evitare questi abusi il Messico dovrebbe assicurare che gli organi legislativi regolino i servizi di riproduzione assistita in modo integrale e compatibile con i diritti umani, assumendo che il principale interesse della regolamentazione deve essere la protezione dei diritti delle persone coinvolte nei procedimenti (GIRE 2015 p. 241)

La posizione dell'associazione femminista GIRE, si basa sulla necessità di riconoscere l'autodeterminazione della donna e di elaborare un sistema normativo adeguato alla realizzazione della pratica.

Due posizionamenti sono quindi rilevabili. Quello di GIRE, che rifiuta l'imposizione di una misura statale proibitiva e rivendica un intervento normativo per ribilanciare la relazione tra poteri che le gestanti sono in grado di agire e limiti a cui sono sottoposte. Quello degli esponenti del governo, che manifestano l'esigenza di adottare misure statali restrittive, in virtù dell'obbligazione che sorge in capo ai pubblici poteri di arginare potenziali violazioni di diritti.

La ricostruzione fino qui effettuata richiama quanto elaborato da Pozzolo (2019). L'autrice nel trattare il rapporto vulnerabilità-autonomia riconosce come il diritto positivo sia in alcuni casi chiamato a trovare un bilanciamento tra la sua obbligazione di rafforzare l'autonomia e quella di proteggere la vulnerabilità.

3. *La riforma legislativa*

Il risultato dell'emergere di posizioni e istanze differenti è la formulazione del Decreto 265 del 13 Gennaio 2016. Il decreto inserisce nel Titolo VII rubricato *Della filiazione*, appartenente al Libro Primo, il Capitolo VI *Bis* denominato *Della gestazione assistita e surrogata*. La prima scelta contenuta nel decreto che è necessario menzionare è quella che richiede necessariamente la gratuità dell'atto della gestante.

Il primo articolo del decreto, il 380 *bis* fornisce la definizione di *riproduzione umana assistita*, e cioè "l'insieme delle pratiche cliniche e biologiche per la creazione di un nuovo essere umano, ottenuto grazie a tecniche scientificamente accreditate e autorizzate dalla legislazione in materia di salute, realizzate con l'intervento del personale medico, con metodi di fecondazione di cellule germinali, gameti di uno o di entrambi i sessi, oltre alla produzione di zigoti ed embrioni, che permettano la procreazione fuori del processo biologico naturale della coppia infertile o sterile" (TdA).

Dopo aver inquadrato in modo generale la riproduzione assistita, il secondo comma dell'articolo introduce una prima limitazione, si dichiara esplicitamente infatti la possibilità solo per coniugi e conviventi di accedere all'inseminazione o fecondazione artificiale, prevedendo sia quella omologa – entrambi i gameti sono apportati dai coniugi/conviventi — sia quella eterologa — un gamete viene apportato da uno dei due coniugi/conviventi e l'altro viene donato da un terzo—.

Il successivo requisito per poter accedere alla tecnica oggetto del decreto è esposto dall'art. 380 *bis* 1, in base al quale deve essere impossibile fisicamente o controindicato per la madre

contraente portare avanti la gravidanza nel suo utero⁸.

L'art. 380 *bis* 2 conferma l'esistenza, già delineata nell'art. 92 del Codice, di due tipologie di *gestazione per contratto*: "I. Surrogata: implica che la gestante sia inseminata apportando i suoi propri ovuli e che, dopo il parto, consegni il nato alla madre contraente mediante adozione piena; e II. Sostituta: implica che la gestante si vincoli con il contratto esclusivamente per portare nel suo ventre un embrione ottenuto con la fecondazione dei gameti della coppia o di una terzopersona" (TdA).

Vengono inoltre previsti dei requisiti che deve soddisfare la gestante per poter stipulare il contratto, tra questi troviamo:

- sottoporsi alla determinazione del profilo clinico, psicologico e sociale da parte della Segreteria di Salute del Governo dello Stato.
- non soffrire di alcolismo, dipendenza da droghe, tabagismo e nessun'altra tossicodipendenza;

Lo stesso approccio normativo, quindi quello di preferire una regolamentazione il più possibile puntuale e limitata della pratica è stato adottato anche dagli altri Paesi che erano stati destinatari del *cross border reproductive care*, come dimostrano il caso di Thailandia, India e Cambogia. Negli ultimi anni, infatti, il mercato si è nuovamente spostato verso i paesi dell'Europa dell'Est: Russia, Kazakistan, Georgia, Albania, Armenia, Bielorussia e soprattutto Ucraina (Trejo Pulido, 2021). Gli studi di Emma Lamberton (2020) dimostrano che le imprese ucraine possiedono più di un quarto del mercato mondiale di servizi gestazionali; negli ultimi anni sono nate un centinaio di agenzie di cui almeno due terzi illegali.

La *ratio* che anima il divieto di accesso alla gestazione per altri agli stranieri è quella di ridurre l'afflusso nel territorio nazionale provocato dal *cross border reproductive care*, che a sua volta facilita il verificarsi di abusi o la diffusione di attività criminose. Inoltre, la scelta di elaborare una regolamentazione puntuale e restrittiva deve essere letta come il risultato dell'esigenza di mediazione e bilanciamento tra diverse istanze, tra le quali troviamo quelle di ordine pubblico e di tutela della vulnerabilità, rappresentate dalla senatrice Romero Celis e dal Partido Revolucionario Institucional (PRI) e quelle relative alla rivendicazione di autodeterminazione elaborate dall'associazione femminista GIRE.

Rispetto all'idoneità concreta del divieto rispetto al raggiungimento degli scopi per i quali è formulato possiamo fare riferimento ad alcuni dati.

L'associazione GIRE ha presentato una sollecitudine di accesso alle informazioni alla Segreteria dello stato di Tabasco per conoscere il numero di contratti di gestazione per altri che sono stati perfezionati dall'entrata in vigore della riforma a al 1° marzo 2017. Stando a quanto comunicato dalla Segreteria di salute statale dal 13 gennaio 2016 al 1° marzo 2017 nello stato di Tabasco sono stati registrati quattro casi, in cui le madri gestanti e le madri contraenti erano

⁸ La sovrapposizione dei requisiti di cui agli articoli 380 *bis* e 380 *bis* 1 rende impossibile per coppie omosessuali o per eterosessuali single accedere alla GPA. Questa previsione è oggetto di critiche e dibattiti e secondo molto dovrebbe essere causa di una riforma della normativa.

messicane (GIRE, 2017). Inoltre, le documentazioni che mappano l'articolarsi del *cross border reproductive care* mostrano come l'afflusso massiccio in uno stato venga frenato dai divieti legali.

Secondo GIRE l'esclusione dell'accesso da parte di stranieri è una forma di discriminazione, poiché discrimina in particolare le persone straniere residenti in modo permanente o temporaneo nel paese, incluse quelle che hanno un rapporto di concubinato o matrimonio con persone messicane (GIRE, 2017). Il *cross border reproductive care* è chiaramente un fenomeno complesso, che secondo Pennings rappresenta una forma di tolleranza che promuove il pluralismo morale poiché previene lo scontro tra maggioranza e minoranza. Va quindi interpretato come una soluzione alle legislazioni restrittive piuttosto che come un problema che emerge da queste, dal momento che dispiega un sano grado di relativismo. Tuttavia, l'affermazione del pluralismo diventa problematica nel momento in cui produce fenomeni oppressivi.

Il divieto di accesso agli stranieri non può essere considerato sufficiente per scongiurare ipotesi di sfruttamento, criminalità o per assicurare che l'autodeterminazione delle gestanti venga potenziata. Come sostenuto da GIRE, è necessario intervenire anche sulle scarse tutele garantite dalle formulazioni contrattuali. Tuttavia, permette un maggiore controllo del fenomeno e mitiga gli squilibri di potere che le relazioni asimmetriche possono produrre.

VI. Conclusioni

Il testo mira ad analizzare l'evoluzione del processo normativo che ha caratterizzato la pratica della gestazione per altri in Messico e a riflettere sulla *ratio* e sulla concreta effettività di alcune previsioni normative. In particolar modo sono stati presi in considerazione gli stati di Querétaro, Tabasco e CDMX.

Lo Stato di Querétaro ha previsto un divieto esplicito della pratica, escludendo la configurabilità di una scissione tra la gestante e la futura madre legale del bambino.

Dal progetto di legge di CDMX e dalla legge approvata a Tabasco emerge un approccio diverso. Questi stati prevedono la possibilità astratta di una gestazione per altri, e problematizzano le modalità di realizzazione. Le norme prese in considerazione sono due. La prima riguarda l'assenza di scopo di lucro, la cui garanzia nel progetto di legge di CDMX viene perseguita attraverso la richiesta di un rapporto di parentela tra gestante e genitori intenzionali. La seconda riguarda invece la restrizione rispetto all'accesso, che viene garantito ai soli cittadini messicani.

Rispetto al requisito di un legame di parentela è stato effettuato un raffronto con la normativa brasiliana, la prima nel mondo a introdurre tale disposizione. Questa è stata ritenuta una norma il cui valore deve essere considerato più simbolico che volto a produrre determinati effetti giuridici, dal momento che la portata prescrittiva risulta essere ridotta. Mentre il divieto di accesso agli stranieri previsto dallo stato di Tabasco è stato ritenuto idoneo a ridurre il

verificarsi di alcuni dei fattori produttivi del fenomeno dello sfruttamento. Nessuna delle due previsioni normative può tuttavia considerarsi pienamente risolutiva rispetto alla problematicità che era volta a depotenziare. L'analisi oltre a fornire una maggiore chiarezza circa l'evoluzione normativa della pratica in Messico, permette di confrontare chiaramente i tre modelli regolamentari, di apprezzarne le finalità e di valutare l'adeguatezza delle scelte legislative costituendo un utile riferimento per qualunque ipotesi di regolamentazione della pratica.

BIBLIOGRAFIA

- Bartolini Esparza M., Pérez Hernández C., Rodríguez Alcocer. A., *Maternidad subrogada: explotación de mujeres con fines reproductivos*, Mexico, 2014.
- Baffone C., *La maternidad subrogada: una confrontación entre Italia y México*, Boletín Mexicano de Comparado, año XLVII, n.137, 2013.
- Bollettino numero 089, pubblicato il 17 Settembre 2017 sulla pagina ufficiale del Senato degli Stati Uniti Messicani.
- Burnett V., *As Mexican State Limits Surrogacy, Global System Is Further Strained*, New York Times, 27 Marzo 2017.
- Di Martino A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*. Archivio Penale, Fascicolo n. 1, 2019.
- Direttiva europea 2011/36/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 5 aprile 2011 concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI.
- GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Omisión e indiferencia. Derechos reproductivos en México*. México, 2013.
- GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Niñas y mujeres sin justicia. Derechos reproductivos en México*, 2015.
- GIRE - Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, 2017.
- Guerra Palmero MJ., *Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional*, in Delgado R., Janet: *Vulnerabilidad, justicia y salud global*, Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas. 2018, n. 26, 39-51.
- Hovav A., *Producing moral palatability in the Mexican surrogacy market*. GENDER & SOCIETY, 2019, vol 33 n. 2, April, 273–295.
- Ikemoto, LC., *Reproductive Tourism: Equality Concerns in the global market for fertility services*. Law Inequality, 2009, 27, 277–309.
- Lamm E., *Mexico*, in Trimming K., Beaumont P. (a cura di), *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Hart Publishing, Oxford, 2013.
- Legge generale di salute (*Ley general de salud*) del 1984 degli Stati Uniti Messicani

- Legge 4 febbraio 1997, n. 9.434 (*Disposizioni sulla rimozione di organi, tessuti e parti del corpo umano per fini di trapianto, trattamento e altri provvedimenti*) modificata dalla Legge 23 marzo 2001, n. 10.211. (Brasile)
- Martínez ML., *Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México*. Dikaion, 2015, vol. 24, N. 2.
- Olavarría, ME. (a), *La gestación para otros en México: Parentesco, tecnología y poder*. México: Centro de estudios mexicanos y centroamericanos, 2018.
- Olavarría, ME. (b), *La gestante sustituta en México y la noción de trabajo reproductivo*. Revista interdisciplinaria de estudios de género de El Colegio de México, 2018, vol. 4.
- Peña López F., *Protecting the European Medical Tourist: A New Challenge for the E.U. Law?* in Müller AP. And Sonnenburg S., *Touring Consumption*. 2015, 185-201.
- Pozzolo, S., *¿Vulnerabilidad personal o contextual? Aproximaciones al análisis del derecho en perspectiva de género*. Isonomía - Revista de Teoría y Filosofía del Derecho. 2019 (51).
- Progetto di Decreto, approvato il 9 Dicembre 2011, *Legge di maternità surrogata per il Distretto Federale*
- Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (CIPD)*
- Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) brasiliano N° 1.957/2010
- Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) brasiliano N° 2.121/2015
- Risoluzione del Consiglio Federale di Medicina (CFM) brasiliano N° 2.168/2017
- Trejo Pulido A., *En el nombre del padre: Explotación de mujeres con fines reproductivos y venta de bebés recién nacidos. Diez puntos básicos para conocer toda la verdad sobre el alquiler de vientres*.
- Van Beers BC., *Is Europe 'giving in to baby markets?' Reproductive tourism in Europe and the gradual erosion of existing legal limits to reproductive markets*. Medical law review, 2014, vol. 23, N. 1, 103–134.

ABSTRACT

La GPA (gestazione per altri) è una pratica riproduttiva la cui regolamentazione a livello globale presenta numerose disomogeneità. Lo scenario internazionale è in continuo mutamento e le modifiche legislative ridisegnano i flussi di denaro e persone mobilitati in misura sempre crescente. Dopo che l'India nel 2012 e la Thailandia nel 2014 hanno iniziato un processo di regolamentazione restrittiva, il turismo riproduttivo ha iniziato ad affluire verso il Messico, in particolare verso lo Stato di Tabasco. Obiettivo del contributo è quello di riflettere sulla questione della GPA – rispetto alla quale il carattere transnazionale assume un ruolo decisivo – a partire dalle scelte legislative degli stati messicani. In particolar modo, verranno prese in considerazione la legislazione dello stato di Querétaro, che ha vietato la pratica, quello dello stato di Tabasco che l'ha legalizzata e infine il progetto di legge di Città del Messico.

Surrogacy is a reproductive practice whose regulation presents numerous inhomogeneities on a global level. The international scenario is constantly changing and the legal reforms are reshaping the flows of money and people mobilized in an ever increasing measure. After India in 2012 and Thailand in 2014 - countries where the gestational market had been concentrated until then - began a process of restrictive regulation, reproductive tourism began to flow towards Mexico. The aim of the paper is to reflect on the issue of surrogacy - in relation to which the transnational dimension has an important role - starting

from the legislative choices of the Mexican states. In particular: the legislation of Querétaro, which banned the practice, of Tabasco which legalized it and finally the draft law of Mexico City.

PAROLE CHIAVE

Maternità surrogata; Messico – legislazione; procreazione medicalmente assistita.

KEYWORDS

Surrogate motherhood; Mexico – legislation; Medically Assisted Procreation.