

DECONSTRUYENDO LA MATERNIDAD: LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Por Sabrina Pojmaevich

I. Introducción

El presente escrito aborda la temática de la gestación por sustitución como una forma de incidencia y realización de los derechos humanos que ésta implica y asimismo, como una manera de “desromantizar” la maternidad y romper con roles patriarcales asignados a la mujer.

Como afirmó Casado (1997), la protección de los derechos humanos es la línea básica del razonamiento moral y jurídico, por lo cual la gestación por sustitución debe ser regulada por todos los países.

Para llegar a tal conclusión, en la extensión del presente trabajo se delimitará qué es la gestación por sustitución, cuáles son las posturas feministas sobre el tema, qué posición han adoptado los países en sus ordenamientos jurídicos y finalmente cuáles son los derechos humanos comprometidos en el desarrollo de esta práctica.

II. Terminología y Concepto

En cuanto a los términos que se utilizan para denominar a esta figura no existe consenso. Esta modalidad es usualmente conocida como maternidad subrogada, gestación por sustitución, alquiler de vientre, alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro, gestación subrogada, maternidad sustituta, maternidad de alquiler, maternidad de encargo, madres de alquiler, madres gestantes, entre otros.

La noción de maternidad supone cuestiones mucho más amplias que el acto de gestar y parir, por lo que dicha maternidad está reconocida en cabeza de la madre comitente, quien posee voluntad procreacional, y no así en la mujer o cuerpo gestante. Por otra parte, el verbo subrogar es definido como “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa” (Real Academia Española, s.f), siendo poco apropiado, ya que esto implica que la gestante también aporte su material genético, lo cual no ocurre en la gran mayoría de los casos, donde éste es donado por una tercera persona.

A su vez, hablar de alquiler, de vientre o de útero, es reducir a la mujer o persona gestante a que sea un mero instrumento puesto a la merced de los deseos de paternidad y/o maternidad de otras personas, por lo cual estas terminologías resultan peyorativas.

Así, se entiende que la denominación más acertada, en coincidencia con Souto Galván (2005), es la de “gestación por sustitución”, definida por Lamm (2013) como:

Forma de reproducción humana asistida, por medio de la cual una persona,

denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitentes, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente. (p.24)

III. Posturas feministas

Dentro de las corrientes feministas (radical, de clase, cultural, interseccional, liberal, entre otras), se han delimitado en esta temática tres posturas, una en contra, una ecléctica y otra a favor. (Romeo Echeverría, 2019)

1. Postura en contra

Esta posición es tomada principalmente por el feminismo radical, afirmando que la gestación por sustitución constituye una forma de esclavitud moderna, por cosificar a la mujer, debido a que es tratada como una incubadora humana para gestar al hijo/a de otras personas, lo cual importa un menoscabo a su libertad, autonomía personal e integridad psíquica.

Asimismo, supone una explotación del cuerpo de la gestante, porque por lo general, la gestación por sustitución es realizada entre parejas que tienen una posición económica favorable y que contratan con una mujer en situación de pobreza o de bajos recursos económicos. Frente a esto, es discutible si las mujeres están eligiendo libremente o si su voluntad está socialmente y económicamente influenciada.

Jurídicamente, se entiende que el contrato celebrado entre comitentes y gestante es inmoral y por ende de nulidad absoluta, ya que las personas no pueden ser objeto de comercialización ni de relaciones jurídicas. (Lamm, 2012)

Por otra parte, para este sector, la técnica fortalece la idea de familia convencional o tradicional, respondiendo a un sistema heteronormativo donde la pareja monógama es la base de la familia, y en el caso de parejas homosexuales privilegia el vínculo biológico. (Ekman, 2017)

2. Postura ecléctica

Este sector conformado principalmente por el feminismo cultural, apunta hacia una visión mixta o intermedia, que establece que la gestación por sustitución únicamente debe ser aprobada cuando es altruista, es decir, cuando no existe un contrato con remuneración o dinero a favor de la mujer gestante. Este contrato a título gratuito, resguarda así la integridad de la mujer, que en este caso está prestando su consentimiento libremente, sin presión económica alguna.

3. Postura a favor

Esta es la postura más amplia y es defendida por el feminismo liberal. Establece que la gestación por sustitución debe ser aprobada y regulada por todos los países, refutando así las posiciones anteriormente mencionadas.

En torno a la cosificación de las mujeres gestantes, se alega que esta técnica es liberadora para ellas, debido a que las mujeres tienen habilidad para contratar y así lograr empoderamiento, autonomía y control sobre el propio cuerpo. Acatar la postura doctrinaria negatoria de la gestación por sustitución es reducir a la mujer en sus elecciones y subestimarla en su capacidad de consentir. (Lamm, 2018)

En relación a la remuneración que se le otorga a la mujer, hay que establecer que no implica de ninguna forma explotación hacia su cuerpo ni tampoco importa dudas en cuanto a la libertad o no de contratar. Por el contrario, se argumenta que si sólo se permite la celebración de contratos a título gratuito, es decir, altruistas, se estaría alimentando la existencia de prácticas clandestinas, ya que seguirán existiendo promesas de pago (por ejemplo: los gastos médicos del embarazo), pero en este caso, estas promesas serían informales y la mujer gestante no tendría así protección alguna, no pudiendo presentar un recurso legal en caso de tener que exigir el pago. Además, otorgar una retribución económica a la gestante, permite respetar su capacidad de prestar un servicio que compromete su integridad y salud física y emocional.

Por otro lado, se afirma que el contrato a celebrar no tiene por objeto jurídico a las personas, sino que su objeto es la gestación, entendiéndose que es plenamente válido con el libre consentimiento de las partes.

Finalmente, la gestación por sustitución, al contrario de lo que establece la postura contraria, es ampliatoria de los modelos o tipos familiares teniendo en cuenta la voluntad procreacional y dejando de lado los vínculos biológicos.

IV. Recepción de la figura en el derecho comparado y en Argentina

En lo que respecta a la regulación legal que presenta la gestación por sustitución en cada Estado cabe destacar que éstos tienen pleno margen de apreciación nacional sobre la temática. Así, existen países que la prohíben, otros que la permiten sólo cuando es altruista y países que la regulan ampliamente.

En torno al primer grupo, se encuentran países como Francia, Alemania, Suecia, España o Italia, que establecen que la técnica en cuestión puede servir a intereses comerciales y llevar a la explotación material y psicológica de las mujeres involucradas. El fin perseguido por estos Estados es prevenir y eliminar la gestación por sustitución.

Con relación al segundo grupo, existen países que regulan esta técnica únicamente cuando es altruista y bajo ciertas reglas y condiciones, como por ejemplo, Canadá, Grecia o Australia. Estos Estados, establecen de forma previa cláusulas contractuales que deben ser cumplidas por las partes en cuestión, por ejemplo, que la mujer gestante sea capaz, o que se cumpla un plazo de 6 meses posteriores al parto para que la mujer gestante decida si desea entregar al niño o a la niña que dio a luz.

Finalmente, en el último grupo, se encuentran Estados como Ucrania, India o Rusia. Estos países permiten la gestación por sustitución en forma amplia, y la regulan de tal manera que las partes no vean menoscabados sus derechos. Se establece un control médico y de clínicas, se otorgan recursos legales en caso de controversias entre las partes y se establecen reglas como por ejemplo, la plena información hacia la mujer gestante principalmente sobre el procedimiento e implicancias de la técnica.

Cabe destacar asimismo, que existen países que nada dicen al respecto, existiendo así una laguna legal y jurídica. Tal es el caso de Argentina, que en la normativa, más precisamente en el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto del 2015, no prohíbe esta práctica pero tampoco la regula.

Lo cierto es que en el año 2013 la Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial incluyó la gestación por sustitución en el articulado del Proyecto (Herrera, 2019), estableciendo los requisitos, el proceso a seguir y los efectos que alcanzarían a las partes que celebraron el contrato. Tristemente, como expresan Notrica, Cotado y Curti (2017), ésta fue suprimida por la Cámara de Senadores por el radical cambio y polémica que se generaría en torno a las relaciones de familia.

A pesar de la situación negativa en el ámbito legal, la gestación por sustitución ha encontrado plena aceptación en la jurisprudencia de nuestro país. Absolutamente todos los casos que se han presentado en la justicia han obtenido sentencias favorables a la figura. Sin embargo, se necesita una norma de fondo que reglamente la cuestión ya que se encuentran comprometidos derechos fundamentales de las partes y principalmente del niño o niña que nace de esta práctica, por lo que los tiempos de la justicia no son los más idóneos ni oportunos para otorgar seguridad jurídica a las personas implicadas.

V. La gestación por sustitución y los derechos humanos

En el ámbito de las normas internacionales aplicables, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera las fuentes del derecho internacional en su artículo 38, que establece:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las

controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren.

Ante a esto, en la actualidad no existe convención o tratado internacional que establezca algún parámetro sobre el cual se pueda constituir una regulación del procedimiento de la gestación por sustitución; empero, debemos examinar la segunda de las fuentes, es decir, la costumbre jurídica internacional. En este caso, la diversidad de los marcos normativos de los Estados impide establecer una práctica generalizada aceptada como derecho en la materia. Tampoco se encuentran consolidados principios generales del derecho como guía sobre cómo abordar la controversia.

Respecto a la última de las fuentes, las decisiones judiciales, cabe destacar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha llevado un cierto desarrollo en el tema, aportando análisis ético y jurídico de la gestación por sustitución, sin embargo, estos aportes no son suficientes para lograr un criterio legal unificado sobre la temática en cuestión. De todas maneras, el TEDH arrojó un poco de luz al tema con su Opinión Consultiva solicitada por el Estado de Francia el 10 de abril del año 2019, donde estableció que los Estados tienen margen de apreciación nacional en torno a la práctica en cuestión y que éstos deben permitir la filiación de los niños y niñas nacidas de esta práctica, con sus padres o madres de intención, aunque sea a través del instituto de la adopción.

En cuanto a nuestro Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la Corte Interamericana (Corte IDH) denota un grado aún menor de desarrollo jurisprudencial

que el Tribunal Europeo, ya que en nuestro sistema la figura de la gestación por sustitución no ha sido siquiera mencionada o abordada.

A pesar de lo expuesto hay que comprender que la regulación de esta técnica de reproducción humana asistida significa la apertura de un abanico de derechos fundamentales tales como el ejercicio de la libertad personal, la autonomía personal y reproductiva, la protección familiar, la protección a la vida íntima, el derecho a la procreación, la integridad personal, el acceso a la salud reproductiva, el derecho a la dignidad, el respeto del interés superior del niño/a, el derecho a la identidad, entre otros. Estos derechos reconocidos por instrumentos internacionales en el Sistema Universal (ONU) y en los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos alcanzan tanto a las madres y/o padres comitentes, a la mujer o persona gestante y a los niños o niñas nacidas de esta práctica.

1. Derechos de las madres y/o padres comitentes

En un primer término, respecto a las parejas o personas comitentes, es decir, aquellas que tienen la voluntad procreacional de ser padres o madres, se ven favorecidas en la aplicación de esta técnica, ya que se otorga la posibilidad de formar una familia y se amplían los modelos de la misma (matrimonial heterosexual u homosexual, uniones convivenciales entre personas de igual o distinto sexo, familias monoparentales, ensambladas, etc.), debido a que por medio de la gestación por sustitución, se logra que los o las comitentes puedan tener un hijo/a con su material biogénético.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce el derecho de protección a la familia en su artículo número 17, y más precisamente la Corte Interamericana en el caso *Atala Riffo contra Chile*, párrafo 142, ha constatado que en dicha Convención:

...no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo “tradicional” de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio. (Corte IDH, 2012)

Se puede afirmar entonces, que la CADH protege el derecho a una familia en forma plural e inclusiva, y por ende, se ve reconocido el derecho a procrear para fundarla.

Este derecho a procrear debe interpretarse como la posibilidad de que todas las parejas o personas puedan reproducirse cuando así lo decidan, y también que escojan la manera de hacerlo, ya sea en forma natural o acudiendo a las técnicas de reproducción

humana asistida (Lamm, 2013). En el mismo sentido se ha expresado la Corte IDH en el párrafo 143 del caso *Artavia Murillo contra Costa Rica*, en el que establece que el derecho de formar una familia es parte a su vez del derecho a la vida privada e íntima.

De esta manera, tratándose de un derecho humano y personalísimo, es responsabilidad y deber de cada Estado procurar el acceso de todas las personas que lo deseen a los métodos de reproducción humana asistida, incluyendo la gestación por sustitución. Que los países no regulen esta práctica se traduce en un menoscabo a los derechos fundamentales.

2. Derechos de la mujer gestante

La gestación por sustitución permite el pleno desarrollo y ejercicio del derecho a la integridad personal de la mujer o persona que decida gestar. Este derecho reconocido en el artículo 5 de la CADH está protegido en tres esferas: física, psíquica y moral, y su respeto y realización está relacionado estrechamente con el derecho a la dignidad.

Por un lado, no existe ningún estudio científico que haya encontrado algún tipo de trastorno en la psiquis de la mujer gestante al realizar esta práctica. Se ha refutado así la teoría de que el gestar o estar embarazada crea un vínculo casi irrompible entre la gestante y el niño o niña (Lamm, 2013). Por el contrario, en un estudio realizado a 34 mujeres gestantes se constató que ninguna de ellas presentó dificultad alguna a la hora de entregar a la niña o niño nacido a sus padres o madres comitentes, sino que a la inversa, se habían sentido muy felices con el proceso y la decisión tomada. (Jadva, 2009)

Por otro lado, trasladando la evidencia científica hacia un plano sociológico, hay que advertir que las posturas abolicionistas sobre poner en duda por motivos económicos el consentimiento de la mujer a la hora de celebrar el contrato para prestar la gestación, es subestimarla totalmente en su capacidad de decisión sobre su destino y su propio cuerpo. Permitir la gestación por sustitución es sinónimo de reconocimiento, empoderamiento y autonomía de las mujeres que deciden celebrar el contrato.

En este punto es necesario que los países reglamenten la gestación por sustitución y que asimismo tengan total control sobre las agencias o clínicas de fertilidad que brinden este servicio. Esta es la única forma de que no se cometan abusos o menoscabos contra los derechos de las partes, ya que las agencias estarían en la obligación de brindar la correspondiente información sobre la totalidad del proceso y sus efectos, y también de realizar un acompañamiento médico y psicológico a las partes.

3. Derechos de los niños o niñas

Es claro que los Sistemas Internacionales y Regionales de Protección de los Derechos Humanos han realizado esfuerzos para proteger y preservar el bienestar y los derechos de los

niños, niñas y adolescentes. Tal afirmación se desprende de la importancia que poseen dos conceptos en torno al derecho de los niños y niñas. Por un lado, el interés superior del niño, reconocido en el artículo 3 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, entendido como un principio rector para la elaboración de normas por parte del legislador y para la posterior aplicación de éstas en las decisiones de los órganos jurisdiccionales; y por otro lado, el derecho a la identidad relacionado con el derecho a la filiación, es decir, a la situación entre personas que el derecho coloca como padres o madres por un lado y como hijos o hijas por el otro.

Sobre este tema, se ha sostenido por una parte de doctrinarios/as, que existen posibles menoscabos para los niños/as que nacen como consecuencia de esta práctica. Se argumenta, como se estableció en el apartado anterior, que ésta puede provocar perjuicios al niño o niña por el quiebre del vínculo materno-filial que se establece durante la gestación, por las dificultades de aceptación social y por los inconvenientes que puede generar el tener que hacer frente a varias figuras maternas, siendo así un atentado contra el derecho a la identidad de los niños. Además, y principalmente, se sostiene que recurrir a la gestación por sustitución importa convertir al hijo o hija en objeto de comercio debido a que es atender más a los intereses de los futuros padres o madres que a los del niño/a y pretende convertir al niño/a en objeto de propiedad, en cuanto es algo de lo que se puede disponer y celebrar acuerdos al respecto. (Lamm, 2012)

Sin embargo, el Comité de Bioética de España, en un Informe del año 2017 estableció que la gestación por sustitución no viola el interés superior del niño, debido a que ha nacido en una familia que lo o la deseó, y además no hubiera existido de no haberse recurrido a dicha técnica. En la actualidad, no se han desarrollado estudios que arrojen pruebas de influencia negativa en la vida y derechos de los niños y niñas nacidas de esta práctica. Tampoco se ha podido demostrar a nivel físico, biológico y genético que el niño que nace se vea afectado negativamente por la separación con la mujer gestante, ni tampoco se ha podido establecer un vínculo afectivo desarrollado durante la gestación.

La falta de regulación jurídica uniforme sobre el tema, ha provocado problemas legales cuando dicha técnica se realiza entre personas de distintos Estados (lo que se denomina “turismo reproductivo”), porque una vez que el niño o niña nace, cuando la familia retorna a su país de origen, dicho país no reconoce la identidad del niño/a y declara la nulidad del contrato, tal como aconteció en el caso de las gemelas Mennesson en Francia. Esto provoca la vulneración a los derechos de la niña/o en su posibilidad de conocer su identidad,

por lo que es necesario el rol activo del Estado para el acceso a la información sobre los orígenes biogenéticos y médicos.

VI. Conclusión

Para finalizar el presente escrito, se afirma que la gestación por sustitución no incide negativamente sobre los derechos humanos de ninguna de las partes implicadas en esta práctica, al contrario, dicha figura amplía el espectro de derechos reconocidos por los ordenamientos jurídicos, tanto a nivel interno como internacional.

La regulación de la gestación por sustitución supone la protección de dichos derechos fundamentales y previene la clandestinidad porque le otorga al Estado la intervención y control para que la actuación de las clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos.

A modo de reflexión la existencia y reglamentación de esta modalidad colabora a que se superen las estructuras conservadoras y tradicionales sobre la familia y a que se rompa con el principio heredado del ya obsoleto derecho romano: “mater semper certa est”, por el cual la maternidad siempre es reconocida y determinada por el acto del parto.

La sociedad es fluctuante y es primordial que los ordenamientos jurídicos de los Estados acompañen estos cambios, se deben “desbiologizar” los vínculos como base de toda familia y además debe deconstruirse la idea de que gestar y parir son sinónimos de maternidad, debido a que una mujer puede disponer de su propio cuerpo y en consecuencia limitarse a gestar un niño o niña que será hijo/a de sus padres o madres de intención. Las mujeres no estamos determinadas al rol impuesto patriarcalmente por la sociedad de limitarnos a ser madres, muy por el contrario, somos sujetas de derecho libres, autónomas e independientes.

VII. Referencias

- *Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica*. Serie C No. 257. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Serie C No. 239. Recuperado de https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Casado, M. (1997). Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho. *Papers*, 53, 37 – 44.
- Comité de Bioética de España. (2017) *Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Recuperado el 12 de febrero de 2021 de

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

- Ekman, K. E. (2017). *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona, España: Bellaterra.
- Herrera, M. (2019). *Manual de Derecho de las Familias*. (2da Edición). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Jadvá, V., Murray, C., Lycett, E., MacCallum, F., Golombok, S. (2003). Surrogacy: the experiences of surrogate mothers. *Human Reproduction*, 18, 2196 - 2204.
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona, España: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución: Realidad y Derecho. *INDRET*, 3/2012.
- Lamm, E. (2018). *Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo. Autonomía y Protección de Derechos*. Recuperado el 9 de febrero de 2021 de <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/>
- Notrica, F., Cotado, F., Curti P. J. (2017). La figura de la gestación por sustitución. *IUS*, 11, 39, 154 – 172.
- ONU. (1978). Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.
- ONU. (1989). Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- Real Academia Española. (s.f). Subrogar. En Diccionario de la lengua española. Recuperado el 11 de febrero de 2021 de <https://dle.rae.es/subrogar>
- Romeo Echeverría, A. (2019, 6 de diciembre). Gestación subrogada y movimiento feminista. Una aproximación cuantitativa. *Encrucijadas*, 18, Artículo a1806. Recuperado el 10 de febrero de 2021, de <https://recyt.fecyt.es/index.php/encrucijadas/article/view/79209/>
- Sistema Interamericano de Derechos Humanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Souto Galván, B. (2005). Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho. *Foro Nueva Época, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1/2005, 75-292.