

Debate

# Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución

## Arguments for the need to regulate surrogacy

Eleonora Lamm

Dirección de Derechos Humanos, Suprema Corte de Mendoza, Mendoza, Argentina



### INFORMACIÓN DEL ARTÍCULO

Historia del artículo:

Recibido el 27 de enero de 2017

Aceptado el 3 de abril de 2017

On-line el 11 de julio de 2017

Mucho se debate sobre la gestación por sustitución o subrogada, que llamo así porque llamar a las cosas por su nombre también hace al reconocimiento de los derechos humanos en juego; utilizar términos peyorativos, como «vientre de alquiler», los viola<sup>1</sup>. En este trabajo procuro enfatizar aquellos argumentos que hoy hacen indispensable y cada vez más aclamada la regulación de una técnica que permite el ejercicio de derechos humanos fundamentales<sup>2</sup>, y más específicamente acceder al derecho a formar una familia como fuera ya reconocido en precedentes internacionales<sup>3</sup>.

No desconozco que posiciones identificadas como feministas rechazan esta figura; no obstante, un debate sólido y fundado exige argumentar sin posicionarse desde un lugar para repetir críticas sin racionalización<sup>4</sup>.

Como personas y mujeres, existe de forma básica y fundamental un derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto. Entender que la gestación por sustitución implica siempre una explotación de las mujeres es un reduccionismo paternalista que subestima a la mujer y a su capacidad de consentir.

Hoy las tecnologías reproductivas permiten acceder a la maternidad o paternidad con material genético de otra persona (con lo que una mujer sin óvulos puede ser perfectamente madre legal), con embriones de otras personas, con embriones formados por material genético de hasta tres personas (donación de ADN mitocondrial), e incluso hay avances en la creación de gametos artificiales. ... Mas pareciera existir cierto «prurito» con la gestación por sustitución. ¿Acaso es «sagrada» la gestación? Sucede que la gestación por sustitución implica separar la gestación del ejercicio del «rol materno» y ello conlleva una ruptura con una regla y un modelo patriarcal y heteronormativo que, aunque resulta a todas luces un avance en este sentido, paradójicamente pareciera que una sociedad machista que privilegia la heteronorma no quiere ni le conviene romper. Evidentemente, entonces, pareciera que no es el feminismo, con el que sí me identifico, quien la critica.

La falta de regulación impulsa a la clandestinidad, y esta, aunque potenciada por quienes pretenden «ocultar» una frecuente doble moral, nunca ha sido una aliada para proteger a las mujeres.

No regular o considerar ineficaces los acuerdos de gestación por sustitución, como lo hace actualmente la ley española, no solo trivializa el rol de la voluntad en la toma de decisiones reproductivas, importando un retroceso en avances que tanto nos costaron a las mujeres, sino que contribuye a reforzar los estereotipos relativos a la imprevisibilidad de las decisiones de las mujeres y a la inevitabilidad de su «destino biológico», fortificando a su vez la heteronorma.

Vivimos en una sociedad plural y democrática, en la que existen tantos modelos de familias como familias. Facilitar el acceso a una verdadera diversidad familiar implica permitir la gestación por sustitución. Se trata de promover un marco jurídico que represente una garantía para el ejercicio de los derechos, que respete y promueva el derecho de las personas a una maternidad o paternidad libre y responsable, que reconozca la diversidad con la cual está integrada nuestra sociedad y que sea el ejemplo de normas de una sociedad incluyente y diversa.

La falta de regulación o la prohibición legal genera numerosos problemas o conflictos (como la existencia de niños o niñas apátridas, el recurso ilegal de la adopción, las falsedades de identidad, etc.), que en su mayoría podrían ser evitados de existir una regulación legal que los contemple y resuelva. Cada día vemos en la prensa noticias que fácilmente ejemplifican esta afirmación. Regular una práctica que se reconoce compleja es la postura que mejor protege a las personas involucradas. Me explico: la prohibición local española «obliga» a la pareja o persona deseosa de tener descendencia a acudir al mercado negro, ampliándose así los posibles abusos e injusticias, o fomenta el «turismo reproductivo» o «exilio reproductivo», según la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología. Sucede que la gestación por sustitución se realiza en muchos países del mundo, y cada vez más países la permiten legalmente (y este no es un dato menor), por lo que las personas que cuentan con recursos económicos viajan al extranjero y acuden a estas técnicas fuera de las fronteras nacionales<sup>5</sup>. En consecuencia, las prohibiciones legales devienen discriminatorias, en tanto que se aplican esencialmente a personas o parejas (de igual o diferente sexo) que no pueden afrontar esos gastos, sin perjuicio de las

Correo electrónico: [elamm@gmail.com](mailto:elamm@gmail.com)<http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2017.04.009>0213-9111/© 2017 SEPSAS. Publicado por Elsevier España, S.L.U. Este es un artículo Open Access bajo la licencia CC BY-NC-ND (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

discriminaciones que devienen de las limitaciones propias de cada país<sup>6</sup>.

La regulación se convierte en la solución que mejor satisface el interés superior del niño o niña. La dignidad de la persona nacida no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebida para ser querida y educada por quien no la ha parido; en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño<sup>7</sup>. Por el contrario, la falta de marco legal puede generar situaciones de abuso por personas inescrupulosas (por ejemplo, en el caso de Baby Gammy, en Australia).

Todo/a niño/a, cualquiera que sea la forma en que fue concebido/a, gestado/a o nacido/a, tiene los mismos derechos; todos los derechos que garantiza el marco nacional e internacional de los derechos humanos. Es preciso entonces dotar de una norma que legalice la práctica de la gestación por sustitución para desestigmatizar estos nacimientos, sacarlos de la clandestinidad y así evitar las violaciones de derechos que implican y derivan de cuestionar un nacimiento por la forma en que se ha producido este, su concepción y gestación, y en el que además la persona nacida no ha tenido ninguna participación<sup>8</sup>.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la máxima instancia judicial en materia de derechos humanos, en ya cuatro sentencias en el mismo sentido, lo que no es poco (Mennesson c. France [65192/11] y Labassee c. France [65941/11], ambas del 26 junio de 2014; Foulon et Bouvet c. France [9063/14 y 10410/14] del 21 de julio de 2016, y *Affaire Laborie c. France* [44024/13] del 19 de enero de 2017)<sup>9</sup>. Sin perjuicio de las particularidades del caso contra Italia, resuelto por la Gran Sala (*Paradiso and Campanelli v. Italy* [25358/12] del 24 de enero de 2017) y de las dificultades que la especial situación plantea y de sus consecuencias<sup>10</sup>.

También esta postura de no distinguir para dar protección es la que utiliza el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de España para fundar su reconocimiento a la gestación por sustitución como situación contemplada a los fines de la prestación por maternidad, así como la maternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento. Así lo ha declarado en dos sentencias que resuelven sendos recursos de casación para la unificación de doctrina, cuyos fallos fueron adoptados el 20 de octubre de 2016, unificándose la doctrina con la Sentencia 953/2016 del 16 de noviembre de 2016 y siendo receptada en la página web de la Seguridad Social.

Por otro lado, respecto de las otras personas que intervienen, la dignidad de los padres o madres de intención tampoco se ve afectada; por el contrario, solo un marco legal garantiza sus derechos y efectiviza sus responsabilidades<sup>11</sup>.

Por último, respecto a lo que parece más delicado, la dignidad de la persona gestante está salvaguardada cuando de manera consciente y libre decide gestar, y esto ha sido cuidado y asegurado legalmente<sup>12</sup>. Ahora bien, esta regulación no puede contener ninguna limitación al ejercicio de los derechos de la gestante. La gestante, como persona y mujer (y como cualquier persona y como

cualquier mujer) no debería ni podría ver restringido ningún derecho, ni siquiera su derecho a abortar. Ella es la titular de los derechos y quien decide cada uno. Y no limitar significa que tampoco se pueden generar consecuencias jurídicas (como por ejemplo responsabilidad civil). El recurrir a una gestante debe ser un acuerdo fundado en la buena voluntad y la confianza. Esta es la postura equilibrada que no subestima a la mujer, pero tampoco la desprotege.

En definitiva, la clave de la defensa de los derechos implicados respecto de todas las personas es, cómo no, una regulación que impida su conculcación; un marco legal que proteja a las personas involucradas, les brinde seguridad jurídica y garantice una filiación acorde a la voluntad procreacional, independientemente de todo vínculo genético o biológico, por ser además esta la realidad volitiva de la persona que nace.

### Contribuciones de autoría

E. Lamm es la única autora del artículo.

### Financiación

Ninguna.

### Conflicto de intereses

Ninguno.

### Bibliografía

1. Lamm E. Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres. Barcelona: Universitat de Barcelona, Publicacions i Edicions; 2013.
2. Farnós Amorós E. Surrogacy arrangements in a global world: the case of Spain. *International Family Law*. 2013;1:68–72.
3. Lamm E, Rubaja N. Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. *Rev Bio y Der*. 2016;2016.
4. Stoicea-Deram AL. Introduction: what is surrogacy for (East-European) feminism? *Journal of Gender and Feminist Studies*. 2016;6:3–11.
5. Trimmings K, Beaumont P. *International surrogacy arrangements*. United Kingdom: Hart Publishing; 2013.
6. Hague Conference on Private International Law. A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements, March 2014.
7. Golombok S, Blake L, Casey P, et al. Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment. *J Child Psychol Psychiatry*. 2013;54:653–60.
8. Calvo Caravaca A, Carrascosa González J. Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2015;7:45–113.
9. Beaumont P, Trimmings K. Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy? (Consultado el 25/2/2017.) Disponible en: <http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL.2016-4.pdf>
10. Kemelmajer de Carlucci A, Herrera M, Lamm E, et al. La gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A propósito del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia*. La Ley 13/03/2017, 6. AR/DOC/610/2017.
11. Andre M, Milon A, De Richemont H. Contribution à la réflexion sur la maternité pour autrui. *Rapport d'information N° 421*. Sénat. 2008. p. 119.
12. Poote AC, Van den Akker OAB. British women's attitudes to surrogacy. *Human Reproduction*. 2009;24:139–45.