

V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después
del Protocolo de Palermo

TOMO II

Capítulo 4



Organización
Internacional
del Trabajo



CICAJ
PUCP



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO
DEL PODER JUDICIAL

V CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

Veinte años después del Protocolo de Palermo

Tomo II

**V Congreso Jurídico
Internacional
sobre formas
contemporáneas de
esclavitud**

Veinte años después del
Protocolo de Palermo

Tomo II

Coordinador

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, febrero de 2023



—
Departamento
Académico de Derecho



CICAJ
PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

David Lovatón Palacios

Directora del CICAJ-DAD

Betzabé Marciani Burgos

Consejo Directivo del CICAJ

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafrá Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Eryk Giovany Rodríguez Robles

Genesis Mendoza Lazo

V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. 20 años después del Protocolo de Palermo. Tomo II

Coordinador: Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Imágenes de cubierta: Los Muertos Crew/Pexels.com y Benhur Emmanuel/Pexels.com

Primera edición digital: febrero de 2023

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Mercedes Dioses Villanueva

Diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Teléf.: 424-8104 – 424-3411
Febrero 2023

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-02032
ISBN: 978-612-49252-1-4

NECESIDAD DE UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE ABOLICIÓN DE TODA FORMA DE EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE LAS MUJERES

*Pilar Iglesias Aparicio⁴⁹
y Rosa Gómez Torralbo⁵⁰*

Resumen

La maternidad subrogada constituye una forma de trata de seres humanos, niñas y niños, a través de la explotación reproductiva⁵¹ de las mujeres, que atenta contra la salud y la dignidad de éstas. Diferentes argumentos de carácter médico, social, ético y jurídico, aconsejan su prohibición. Dado su carácter de mercado transnacional es necesario un instrumento jurídico internacional que garantice su erradicación.

Palabras clave: subrogación, gestación subrogada, maternidad subrogada, alquiler de vientres, explotación reproductiva, derechos de las mujeres, derechos de niñas y niños, abolición de la subrogación.

Sumario

1. Introducción. 2. El laberinto de la terminología. 3. La subrogación como atentado contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos

⁴⁹ Doctora en Filología Inglesa por la Universidad de Málaga. Experta en feminismo. Investigadora independiente. Málaga. España.

⁵⁰ Licenciada en Psicología por la Universidad de Granada. Experta en políticas públicas e igualdad de mujeres y hombres. Málaga. España

⁵¹ Utilización de la capacidad de gestar y parir de las mujeres, para producir criaturas que satisfagan el deseo de paternidad o maternidad de terceras personas.

de las madres biológicas. 4. Influencia de la maternidad subrogada en el concepto social de maternidad. 4. Violación de derechos de niñas y niños. Subrogación e industria global del sexo. 5. El laberinto jurídico. 6. Iniciativas en favor de la prohibición internacional de la maternidad subrogada. 7. Necesidad de un marco jurídico internacional contra la explotación reproductiva de las mujeres. 8. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

En los últimos años se han publicado numerosos informes y estudios sobre la práctica de la gestación por subrogación: análisis feministas de defensa de los derechos de las mujeres, defensa del derecho superior del/de la menor, riesgos de salud para mujeres y bebés, aspectos éticos, aspectos jurídicos, conflictos surgidos en torno a la filiación de las criaturas nacidas, etc. Observamos dos posturas básicas: las que defienden la legalización, bien sea con carácter comercial o altruista, basándose en el “derecho a la maternidad y la paternidad”, el valor incuestionable de los avances en biotecnología, y la libertad de consentimiento de las mujeres gestantes; y las que abogan por su prohibición, basándose en que constituye un radical ataque a la dignidad de las mujeres y las criaturas así nacidas; una expresión extrema de la desigualdad social y económica y la cosificación y mercantilización de los seres humanos; los daños que implica para la salud de mujeres y bebés y sus consecuencias en la construcción social de la reproducción humana y el papel de hombres y mujeres en la misma.

En este trabajo, elaborado desde el posicionamiento epistemológico y político feminista, nos detenemos, en primer lugar, en las definiciones que permiten tener una visión más completa de lo que implica la reproducción humana por subrogación; sus consecuencias sobre la salud y la dignidad de las mujeres y los niños y niñas; su carácter de industria globalizada y los conflictos derivados del laberinto provocado por la diferente legislación en distintos países. Analizamos los diferentes argumentos que apoyan su prohibición a nivel mundial, y las distintas iniciativas que se vienen produciendo recientemente en este sentido, incluida la Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución, presentada por la CIAMS⁵², en noviembre de 2020, para concluir formulando algunas consideraciones sobre la necesidad de un instrumento internacional que permita abordar de manera global la erradicación de esta práctica, similar a los que

⁵² Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución. <http://abolition-ms.org/es/inicio/> (Consultado el 13/1/2021).

han permitido avanzar en la consecución de derechos de las mujeres en las últimas décadas, como es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).

2. El laberinto de la terminología

Encontramos diferentes términos para referirse a esta práctica: “maternidad subrogada”, “gestación subrogada”⁵³, “gestación para otras/os”, “gestación por sustitución”⁵⁴, “vientres de alquiler”⁵⁵, “alquiler de vientres”, “alquiler de útero”, “maternidad de sustitución”, “cesión de la capacidad de gestar”⁵⁶, “servicio gestacional”, o “maternidad portadora”⁵⁷, según distintos posicionamientos. Utilizaremos en adelante el término “maternidad subrogada” para referirnos a la práctica, y “mujer gestante” o “madre biológica” para referirnos a la mujer contratada, puesto que nada más biológico que un proceso de gestación y parto, aporte o no la mujer su propia carga genética.

En vez de invisibilizar la práctica bajo la defensa de la consecución del “deseo de reproducción”, destaquemos que constituye un contrato “cuyo objeto es la obtención de un hijo o hija, a través de la gestación por parte de una mujer que queda obligada a entregar el objeto-sujeto fruto de su maternidad” (Balaguer, 2017, p. 21), renunciando a todo derecho de filiación.

⁵³ El término gestación invisibiliza la realidad del parto.

⁵⁴ Empleado en el artículo 10 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), por el que se declara la nulidad de pleno derecho de tales contratos.

⁵⁵ Terminología utilizada anteriormente por las agencias comerciales, que procuran ahora evitar, por haber sido incorporada desde la crítica feminista para visibilizar la fragmentación y utilización del cuerpo de las mujeres como meras vasijas, algo de la más pura tradición patriarcal desde Grecia.

⁵⁶ Eufemismos que refuerzan la fragmentación del cuerpo de las mujeres, e invisibilizan la importancia del papel de la mujer en la gestación y el impacto físico, psíquico, emocional y social del embarazo sobre las mujeres.

⁵⁷ Denominación utilizada por el Comité de Expertos en Ingeniería Genética, creado por el Consejo de Europa en 1982 (Souto Galván, 2006, p. 181).

Resulta interesante analizar la definición de Jiménez Muñoz (Regalado Torres, 2016):

[...] supuesto en el que una pareja comitente o contratante, que por cualquier motivo no puede o desea tener un hijo por sí misma, realiza un contrato con una madre sustituta o portadora, con el fin de que previa inseminación de esta o transferencia de un embrión fecundado in vitro, dé a luz al niño deseado, entregándose a aquellos para ser considerado hijo de tal pareja (p. 11).

Dado que ese motivo puede ser una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de un útero (fundamentalmente parejas de varones) o es un varón solo quien desea ser padre, o una razón profesional, social o personal (por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación) (Bellver, 2015, pp. 25-26).

Por tanto, cualquier varón, pareja de varones, o mujer que no pueda quedarse embarazada o no quiera interrumpir su actividad profesional o sufrir las consecuencias de un embarazo, puede utilizar a otro ser humano mujer, a quien se somete a un proceso más agresivo que un embarazo natural, para satisfacer su deseo de disponer de una criatura con genética a la “carta”, incluida la selección de sexo.

La explotación reproductiva de las mujeres no es nueva; podemos remontrarnos a los relatos bíblicos en que las esclavas eran obligadas a gestar y parir para garantizar la continuidad del linaje del patriarca, cuando la esposa legítima no podía engendrar. Tampoco lo es el robo de la maternidad, desde la mitología griega, (González, 2019, p. 30; Nuño, 2020, p. 29), a las repetidas violaciones de las esclavas africanas por parte de los dueños de las plantaciones, o los robos de hijos e hijas de mujeres víctimas de las dictaduras latinoamericanas del siglo XX, y de la dictadura franquista, o el robo de bebés a madres solteras en las lavanderías de Irlanda y los centros del Patronato de Protección a la Mujer en España, hasta décadas escandalosamente cercanas.

Ahora bien, los avances en biotecnología han supuesto cambios fundamentales, mediante las técnicas de reproducción asistida. Inicialmente, la práctica más utilizada fue la denominada “tradicional”, en que la gestante aporta su propio óvulo, con lo cual es también madre genética; la tendencia actual es que se utilice el óvulo de la contratante (si es una mujer o pareja heterosexual), o bien, un óvulo procedente de donante. El esperma puede proceder de donante, o, caso muy frecuente, del padre comitente en el caso de parejas homo o heterosexuales u hombres solos. Se evita la vinculación genética de la madre biológica con el bebé, aunque ello suponga someterla a una técnica más agresiva para su salud⁵⁸. Por ello, puede definirse como “la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica” (Valero, 2019, p. 421).

Actualmente no solo es posible explotar la capacidad sexual y reproductiva de las mujeres, sino mercantilizarlas (Nuño, 2020, p. 39). La utilización de los avances biotecnológicos no es inocente, pues todas esas concepciones, prácticas y comportamientos están mediados por las relaciones de poder, que no pueden ser localizadas en una institución o en el Estado, pues están determinadas por un juego de saberes que respaldan la dominación de unas comunidades sobre otras, de unos individuos sobre otros, dentro de estas estructuras, en especial entre los sexos/géneros (Pérez Sedeño y Sánchez, 2014, p. 196).

Hablar de maternidad subrogada es hablar de relaciones de poder. Tampoco debe olvidarse el carácter contractual, sea o no comercial, por lo que puede definirse como negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede, de forma onerosa o gratuita, a gestar para otra u otras personas un embrión humano (que puede tener o no vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes), a parirlo y a renunciar a sus derechos sobre la criatura, entregándolo tras el parto a los comitentes, que podrán determinar la

⁵⁸ Fecundación in vitro (FIV), es decir, implantación de embrión procedente de gametos de las personas comitentes o de donantes.

filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento (Albert, 2017, p. 178).

Por lo que podemos concluir con esta misma autora que «en los casos de inexistencia de vínculo biológico, la subrogación consiste, simple y llanamente, en la compraventa de un niño» (ídem, p. 195).

La maternidad subrogada no es una técnica de reproducción asistida (argumento esgrimido con frecuencia por quienes apoyan su legalización), aunque utilice estas como parte del proceso. Tampoco es una práctica similar a la adopción, en la que prima el derecho de la criatura ya nacida.

3. La subrogación como atentado contra la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las madres biológicas

¿Dónde queda el derecho a la salud y, en concreto, a la salud sexual y reproductiva de las mujeres gestantes, entendida esta como una condición de bienestar físico, mental y social en los aspectos relativos al sistema reproductivo en todas las etapas de la vida? Se dan los mismos sesgos que denunciamos una y otra vez en el tratamiento de la salud de las mujeres: fragmentación del proceso reproductivo; anulación de la capacidad de decisión; invisibilización de la madre biológica; falta de investigación y manipulación de datos relativos a los efectos sobre las mujeres, etc. La vida sexual de la mujer queda limitada por las condiciones establecidas por contrato. Se estipula, asimismo, de acuerdo con los deseos de la parte comitente, el número de embriones a implantar; si se provocarán “reducciones” (aborto de alguno de los embriones) en caso de embarazo múltiple, y la forma de parto, que suele ser por cesárea para facilitar “la recogida del producto”, es decir, del o la bebé, así como la renuncia a establecer lazos afectivos con la criatura, y a ejercer la posterior crianza de la misma, independientemente de cualquier consideración referente a la salud o deseo de la madre biológica⁵⁹.

⁵⁹ Numerosos trabajos ofrecen información sobre las variantes de maternidad subrogada, según la procedencia de los gametos. Véanse Regalado, 2017; Nuño, 2020, entre otros.

Se viola la privacidad de la candidata en el proceso de selección, al ser sometida a la evaluación de su estabilidad física, psicológica, emocional e incluso familiar (Casciano, 2018, p. 42), mediante interrogatorios que pueden incluir referencias a sus creencias y su vida sexual. Se trata de detectar posibles trastornos de personalidad, rasgos depresivos, o fragilidad emotiva (ídem, p. 43), algo no exigido a los comitentes. Esta invasión en la intimidad de la gestante se mantiene durante todo el proceso, con el férreo control impuesto sobre su forma de vida, alimentación, relaciones sexuales, etc., incluyendo, en algunos países, la obligación de alejarse de sus familias y amistades, para vivir en un régimen de reclusión durante el embarazo. Las futuras madres biológicas, a quienes se ha exigido un buen estado de salud, son sometidas a técnicas de reproducción asistida, que pueden implicar “graves riesgos para la salud e incluso para la propia vida: hipermedicalización, pruebas innecesarias, reducción embrionaria, violencia obstétrica, terapias de desapego” (Agenda Feminista⁶⁰, 2019). La narrativa a favor de la maternidad subrogada invisibiliza, asimismo, el proceso a que debe someterse la mujer donante de óvulos y los riesgos que puede implicar para su salud. En primer lugar, para recoger un alto número de óvulos, se somete a la mujer a un tratamiento hormonal para hiperestimular el ovario, cuya duración varía en función del método establecido por cada centro, y que se efectúa tanto en las donantes, como en las mujeres receptoras de óvulos que van a ser sometidas a una inseminación artificial (IA) o fecundación in vitro (FIV). El control de su evolución se realiza por medio de ecografías y análisis hormonales. Después se procede a la “recogida” de óvulos (pueden producirse entre diez y veinte óvulos en distintos grados de maduración), es decir, a la extracción, que se realiza mediante una punción bajo control ecográfico (Pérez Sedeño y Sánchez, 2014, p. 213).

Tanto la donante de óvulos como la receptora de embriones corren riesgos asociados a la hiperestimulación ovárica (ídem, p. 214), sufridos por entre el 0,3% y el 10% de mujeres sometidas a la misma. Los casos más graves

⁶⁰ Presentada el 9 de abril de 2019 por la Plataforma “No somos vasijas”, la Red Estatal contra el Alquiler de Vientres (RECAV) y “Stop Vientres de Alquiler”.

pueden incluir embarazo no deseado, fallo renal, pólipos intrauterinos, quiste de ovarios, tromboembolismo, distrés respiratorio adulto, hemorragia por rotura de ovario, infertilidad, posible riesgo de menopausia precoz y otros daños producidos en el proceso de extracción de los ovocitos (ídem, p. 215).

El embarazo y parto son procesos fisiológicos (que únicamente pueden experimentar las mujeres), que comprometen a la mujer física, psíquica y emocionalmente. Sin embargo, en la maternidad subrogada se produce un auténtico “borrado de la mujer”, en este caso “borrado de la madre”, invisibilizando la importancia del embarazo y su influencia en la criatura gestada. Se exalta, sin embargo, la importancia de la carga genética, pero únicamente cuando esta procede de la parte contratante, puesto que no existe inconveniente en utilizar óvulos procedentes de donantes, para elegir características específicas. La madre biológica queda subsumida “para cumplir el fin de los padres comitentes de asegurar su herencia genética en el tiempo” (Regalado Torres, 2017, p. 13).

La madre biológica es también sometida a un proceso de disociación cognitiva⁶¹. De hecho, está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne a todo su ser. Tiene proscrita la formación de todo vínculo sentimental con la criatura que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu (Montero, 2016, p. 229).

⁶¹ Estrategia a la que recurren inconscientemente los niños y niñas víctimas de abuso sexual, las mujeres en situación de violencia de género, las mujeres prostituidas, etc., como mecanismo de defensa, que provoca importantes secuelas a medio y largo plazo.

La reproducción humana, a través de la maternidad subrogada, implica, pues, una expresión extrema de fragmentación, deslocalización, comercialización y selección genética, pese a que ello suponga serios daños para la salud de la mujer gestante. La capacidad reproductora de las mujeres queda reducida a un trabajo alienado y deshumanizado.

4. Influencia de la maternidad subrogada en el concepto social de maternidad

La subrogación también influye en la concepción social de la gestación y la maternidad. La narrativa a favor de la maternidad subrogada defiende el supuesto “derecho al hijo o hija”, considerando que la mera voluntad de procrear justifica recurrir a una práctica que permita adquirir una criatura humana, gestada y parida por una mujer que nunca tendrá la posibilidad de ser la madre legal. Sin embargo, como afirma Isabel Serrano (2019), todo derecho tiene sus límites y no se puede ejercer contra el derecho de los demás. Ser padre o madre, en sí mismo, no es un derecho humano, ni sexual, ni reproductivo; es una capacidad, que no todo el mundo tiene y que, además, no dura toda la vida. Tenemos derecho a decidir sobre nuestro cuerpo, a intentar prevenir las enfermedades que puedan afectar a nuestras capacidades reproductivas, a elegir tener hijos o no y con quién, a planificar cuándo y cuántos, y a que el sistema público de salud nos atienda bien y por igual. Lo demás, confundir los deseos individuales con los derechos universales es, como poco, egoísta (p. 3).

El deseo de ejercer la paternidad o la maternidad podría satisfacerse a través de la adopción, pero, en ese caso, existen controles y exigencias que no se dan en la subrogación; no cabe diseñar a la criatura a adoptar, ni que esta lleve la herencia de la carga genética propia. El límite de la satisfacción de un deseo está en el ataque a la dignidad humana que suponga para otro ser humano. Pero es frecuente encontrar una extraña permisibilidad del sistema patriarcal cuando lo que está comprometido es el cuerpo y la integridad de las mujeres.

Además, una vez aceptada la maternidad subrogada en ciertos supuestos (mujer que puede aportar sus óvulos, pero no puede gestar o parejas estériles, por ejemplo), resulta imparables recurrir a ella en otros nuevos. Porque esa aprobación inicial se sustenta en dos presupuestos inaceptables que impiden poner freno a esta práctica. El primero es que la voluntad del individuo de satisfacer su deseo de ser padre o madre es hegemónica. Y el segundo, que el “alquiler” del útero por parte de una mujer es, en principio, una acción inocua para su dignidad y su libertad (Bellver, 2015, p. 28).

La aceptación de la maternidad subrogada tiene también otras consecuencias sociales: refuerza la reducción de la mujer a sus funciones sexuales y reproductivas y su consideración como ser al servicio de “otros” (Guerro-Palmero 2017b, p. 40); modifica profundamente la concepción de la reproducción humana; favorece la eugenesia; refuerza desigualdades sociales y económicas y convierte la subrogación en una opción generalizada de reproducción humana para las clases más privilegiadas, en vez de una práctica con carácter de excepcionalidad.

Según el Juez Dedov⁶², la maternidad subrogada produce graves impactos sociales: su casi inevitable vinculación con el tráfico de personas; el refuerzo de la desigualdad social y económica entre las partes que conllevan los contratos, y el desafío que supone para los países europeos permitir o no que el cuerpo humano se convierta en objeto del mercado.

La cuestión de la subrogación está estrechamente ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad, que debemos plantearnos también en términos de sostenibilidad, pues podría conducir a la degradación y desestabilización de nuestras sociedades, lo que constituye una amenaza que no debería ser subestimada (Albert, 2017, p. 186).

Por otra parte, recordemos que la defensa de la libertad de las mujeres para disponer de su propio cuerpo, incluso sometándose al proceso de

⁶² Voto particular individual emitido con ocasión de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Paradiso y Campanelli*, 2017.

maternidad subrogada, “presupone una concepción dualista de la persona, que la disgrega en dos: por un lado, su razón y su autonomía y, por otra, su dimensión corporal” (Aparisi, 2017, p. 169). Ello implica que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción.

5. Violación de derechos de niñas y niños

¿En qué medida la maternidad subrogada atenta contra los derechos de las criaturas así gestadas? En primer lugar, el secretismo que la rodea puede tener como consecuencia una violación del derecho al conocimiento del propio origen. Además, las criaturas nacidas por subrogación carecen del derecho a la tutela institucional “de que gozarían si se tratara de una adopción nacional o internacional, que contempla medidas garantistas, como pruebas de idoneidad o exámenes psicológicos a padres/madres intencionales y análisis del contexto familiar” (Trejo, 2018). No existe control alguno de los comitentes, salvo la capacidad económica para hacer frente a las cantidades estipuladas por las agencias.

En cuanto a la salud, existe un mayor riesgo de parto prematuro, con pesos inferiores al promedio en el nacimiento, derivado de los embarazos múltiples por implantación de varios embriones. En muchos casos, es un deseo expreso de los comitentes que se trate de un parto gemelar. Se da, asimismo, una grave violación del derecho a la salud primal, que incluye la vida fetal y el tiempo transcurrido entre el nacimiento y el año siguiente al mismo.

La salud primal se construye durante todo ese periodo de estrecha dependencia de la madre, primero en el útero, luego durante el parto y después durante la lactancia. Todos los acontecimientos que tengan lugar en este periodo de dependencia de la madre influyen sobre ese estado de salud de base que llamamos salud primal (ídem).

En el “borrado de la madre”, que implica la subrogación, se ignoran realidades comprobadas científicamente, como la modificación genética de la

criatura durante el embarazo, la influencia de la madre biológica y sus condiciones de vida en el epigenoma del bebé desde el momento de la concepción, el microquimerismo fetal, o intercambio celular entre madre y bebé. Se desprecia la importancia del periodo de vida uterina en el desarrollo de la criatura, aunque numerosos estudios “confirman efectivamente que lo que se vive en el útero deja una huella que durará de por vida y que en muchos aspectos condicionará la salud física y emocional” (Olza, 2017). Someter a la madre a la disociación cognitiva implica tratar de privar a la criatura del valor relacional del embarazo y el alumbramiento, lo que “constituye una discriminación real y parece contrario a los derechos fundamentales de todo ser humano” (Montero, 2016, p. 233).

Respecto al nacimiento “toda una serie de mecanismos neurohormonales hacen que nada más nacer los bebés esperen encontrarse con su madre, reconocerla, olerla, mirarla a los ojos, e idealmente, iniciar la lactancia” (Olza, 2017). Las experiencias del embarazo, el parto y los primeros días de vida “condicionan ampliamente el desarrollo cerebral de la criatura” (ídem). La separación de la madre biológica inmediatamente después del nacimiento constituye una herida primal, que afecta también a las criaturas que pierden a su madre en el parto o son bruscamente separadas de ella.

El daño al bienestar de la madre y la criatura es uno de los argumentos contra la maternidad subrogada, esgrimido en el voto particular en la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Paradiso y Campanelli*, anteriormente mencionado: la gestación por sustitución constituye un trato degradante tanto para la gestante como para el niño. Para ambos implica una drástica ruptura del vínculo único que se crea entre ellos. La medicina moderna, afirman los jueces, nos ha proporcionado evidencias que demuestran el impacto determinante del periodo prenatal para el posterior desarrollo del ser humano. El embarazo, con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre biológica y el niño. Desde el inicio, la subrogación se centra en la ruptura drástica de este vínculo. La madre subrogada debe renunciar a establecer una relación de amor y

cuidado durante toda la vida con el niño que gesta. El niño aún no nacido no solo es colocado en un medio extraño biológicamente, sino también privado de lo que debería ser el amor ilimitado de su madre durante toda la etapa prenatal (Albert, 2017, p. 185).

6. Subrogación e industria global del sexo

La maternidad subrogada se ha consolidado como un modelo de mercado global de mercantilización de los cuerpos. No se trata de casos aislados, sino de la existencia de un auténtico mercado gestacional de seres humanos de carácter transnacional, basado en la mercantilización de los cuerpos de las mujeres, al que contribuye la utilización de internet como gran escaparate de venta. “Un número importante de médicos, abogados, entidades de crédito y financieras y agencias de intermediación se lucran con la explotación reproductiva de mujeres extranjeras en situación de vulnerabilidad y lo hacen desde un país que prohíbe la práctica” (Agenda Feminista, 2019). Un entramado de agencias, “auténticas multinacionales que operan por todo el mundo, generando un mercado global, al que se puede acceder solo cumpliendo con la condición del pago del precio acordado” (González, 2019, p. 48), cuya acción podríamos calificar de proxenetismo reproductivo, una nueva forma de enajenación y obtención de plusvalía del cuerpo de las mujeres, un negocio tan lucrativo que “según Naciones Unidas, en la India, por ejemplo, la facturación de la industria gestacional superó, solo en el año 2012, los 400 millones de dólares, con una plusvalía cercana a los 140 millones de dólares y un crecimiento interanual del 20%” (Nuño, 2020, p. 40).

Disponer de capacidad económica suficiente garantiza la descendencia a demanda. Una “bioética para privilegiados” con acceso a todo tipo de servicios para los clientes: traslado al país de compra para la “recogida” de la criatura; servicios médicos y jurídicos, posibilidad de reemplazar la lotería genética por la selección genética y la elección de sexo, elección de las características de la gestante y, si se precisa, ovocitos de donantes bellas,

sanas e inteligentes, según la publicidad de las agencias. “Previo pago, todo está disponible en el mercado de los deseos” (Nuño, 2016, pp. 684-685). Podemos hablar de un neocolonialismo reproductivo en el que la deslocalización y la rentabilización de la geopolítica de la desigualdad representa una estrategia habitual para abaratar costes, de tal forma que la producción se traslada donde menor inversión se precisa (en términos de salarios o de costes sociales) y, en caso de ser necesaria una atención o servicio presencial (como es el caso del mercado prostitucional o la cadena global del cuidado), se trata o trafica con mujeres cuyos derechos y contraprestaciones económicas son más negociables (Nuño, 2020, p. 40).

Pese a la opacidad de este negocio, se calcula, según Nuño (*ídem*, p. 49) que, en 2018, ha producido unos beneficios de 4000 millones de dólares, con un crecimiento interanual del 3,6%, que podría elevarse incluso un 50%, alcanzando la cifra de 6000 millones de dólares anuales. Beneficios de los que las gestantes reciben una remuneración que oscila entre el 0,9% y el 20%, según agencias y países.

Dentro de este marco de capitalismo neoliberal, el esfuerzo de las empresas se centra en incrementar su competitividad: “someter la reproducción a la lógica reproductiva, reducir los costes del proceso, garantizar la satisfacción de la clientela y evitar los costosos litigios judiciales que pudieran derivarse en un hipotético conflicto con la gestante” (*ídem*, p. 41), o en el proceso de filiación de las criaturas. Pero a diferencia de cualquier otro tipo de acuerdo comercial, “el contrato de gestación subrogada tiene como producto final una persona” (Balaguer, 2017, p. 174).

Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo (no un niño sin más, sino un niño que será mi hijo). ¿Por qué estamos pagando realmente?, ¿por un embarazo o por un niño?, ¿pagaría alguien por un embarazo ajeno si no fuera para convertirse en padre? (Voto particular de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov a la sentencia del TEDH del 24 de enero de 2017, en el *Caso Paradiso y Campanelli vs. Italia*, parágrafo 7) (Albert, 2017, p. 180).

La reproducción humana convertida en proceso de producción, con el objetivo de conseguir el mejor producto que satisfaga los deseos de la parte adquiriente, “justifica” la fragmentación en el proceso de “fabricación” de una criatura a la carta: óvulos procedentes de mujeres caucásicas (cuyos rasgos físicos concuerdan con los de la parte comitente), jóvenes, sanas, de nivel cultural alto; gestante del país que ofrezca mejores condiciones de mercado, cuyas características raciales no importan, puesto que es considerada únicamente un “contenedor” para gestar y parir, sin que su genética “contamine” las características del producto final. Una gestante cuyo bienestar, en términos de salud física, emocional, mental y social, es tomado en cuenta únicamente en cuanto sirve para llevar a término el proceso de fabricación.

De hecho, los “controles de calidad” y el servicio prestado se orienta, exclusivamente a garantizar que la salud, la carga epigenética, el plazo de entrega o el sexo de las criaturas se ajusten a lo previamente acordado, con posibilidad de interrupción del embarazo solo cuando la clientela cambia de opinión (opción que se suele negar a las gestantes). La atención sanitaria lo es como “fábrica reproductiva”; sin que se valoren los efectos futuros del tratamiento médico, la hormonación o la medicalización de la progenitora (Nuño, 2020, p. 41).

La subrogación suma a los factores de desigualdad basados en la clase social, racialización, geopolítica y sexo, el de la clase genética. Paradójicamente, pese a ello, instituciones como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional aprueban tácitamente una práctica que cumple tanto con el deber de las naciones deudoras de explotar y exportar “todos sus recursos naturales”, como el de reducir el crecimiento demográfico en países superpoblados, al poner la capacidad reproductiva de las mujeres al servicio de terceros no nacionales (ídem, p. 43).

El extractivismo abusivo que arrasa con los bienes naturales de los países más empobrecidos, tiene su paralelismo en la explotación de la capacidad sexual y reproductiva de las mujeres.

Lejos de la narrativa de la libertad y el deseo, la subrogación constituye “una práctica de desposesión de los cuerpos por parte de las clases dominantes que aumenta la opresión existente sobre las mujeres y que acerca los cuerpos que la practican a la esclavitud” (Martínez, 2019, p. 67). La realidad demuestra que las mujeres que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación son las más pobres o vulnerables. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos (Aparisi, 2018, p. 170).

Resulta falaz analizar el fenómeno actual de la subrogación, ignorando el contexto real de las desigualdades en el mundo, y la pervivencia de un sistema patriarcal que continúa colocando a las mujeres en situación de desigualdad y pobreza: el problema subyace en la perpetuación de las desigualdades de un mundo donde aún, en muchos lugares, se trabaja por salarios miserables, indignos, que no permiten la subsistencia de las personas, que tienen que recurrir a alquilar su cuerpo, para cubrir sus necesidades, las que sean, y las de sus familias (González, 2019, p. 74).

Y en este contexto, “podemos hacer un paralelismo con las mujeres que se encuentran prostituidas, ya sean víctimas de las mafias de trata o porque no tienen otra manera de subsistir. Esta es la auténtica analogía de los vientres de alquiler, la prostitución, y no la donación altruista de órganos” (ídem, p. 75).

La práctica de la subrogación representa, también, un ejemplo extremo de la capacidad de los sistemas de poder (en este caso, el sistema patriarcal y el capitalismo neoliberal) para defender “verdades contradictorias”, cuando ello sirve a sus intereses: exaltación de la teoría de la crianza con apego, junto con el sometimiento de las madres biológicas al desapego afectivo de las criaturas que gestan; exaltación de la lactancia materna y el contacto piel con piel, mientras se programa la separación inmediata de la madre biológica y la crianza por biberón; compra de gametos suponiendo que lo que

prevalece es la “voluntad de procrear”, mientras se exalta el mantenimiento de la herencia genética de la parte comitente; valoración de la maternidad intensiva mientras se desvaloriza e invisibiliza a la madre biológica como mera “contenedora” del o la bebé, cuyo destino es ser el hijo o hija de otras personas, etc. Una perversión conceptual que sustenta un negocio lucrativo.

7. El laberinto jurídico

En cuanto al tratamiento jurídico de la maternidad subrogada a nivel internacional, encontramos países donde está prohibida⁶³, otros donde se permite la modalidad altruista⁶⁴, aquellos donde no existe ningún tipo de regulación y un limitado número de países donde está legalizada la modalidad comercial⁶⁵, con importantes diferencias respecto al tipo de personas que pueden actuar como comitentes (González, 2019, pp. 118-117). Algunos países, como India, Tailandia, Camboya y Nepal modificaron su legislación, ante los casos extremadamente abusivos que se venían produciendo. En otros, como Ecuador, o el estado de Nueva York, se ha legalizado muy recientemente.

Ello tiene como consecuencia un laberinto jurídico (Nuño, 2020, pp. 57-63), que salta a la actualidad cuando se producen conflictos relacionados con la filiación de los niños y niñas, pero que no impide el negocio transnacional. En países europeos en que la subrogación está prohibida, miles de personas recurren a la subrogación comercial internacional, en la que “el umbral de legalidad lo acabará estableciendo el país que, teniendo

⁶³ El caso de Alemania, Austria, Bulgaria, España, Francia, Italia, Islandia, Malta, Serbia, Suecia, Suiza, Quebec (Canadá), Hong Kong, Camboya (2016), Nepal (2015).

⁶⁴ Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Países Bajos, Hungría, Irlanda, Polonia, Portugal, Australia, Brasil, México, Reino Unido y Sudáfrica, Ecuador (desde agosto 2020).

⁶⁵ Georgia, India (prohibida para extranjeros al igual que en Tailandia desde 2015), Rusia, Ucrania, Tailandia y trece estados de Estados Unidos, destacando California, mientras que está prohibida en los estados de Arizona y Michigan. Legalizada en el estado de Nueva York en febrero de 2021.

la regulación más permisiva, cuente con una buena oferta de precios, suficiente seguridad jurídica y unas condiciones biotecnológicas y sanitarias adecuadas” (Bellver, 2015, p. 32). Ante los problemas en torno a la filiación⁶⁶ de las criaturas nacidas por subrogación, se apela una y otra vez al “interés superior del menor”, lo que no deja de ser una falacia, cuando se ha recurrido previamente a una práctica prohibida por la legislación del país de los comitentes, altamente cuestionada desde planteamientos éticos y jurídicos.

En los últimos años encontramos diferentes estudios e iniciativas a favor de la legalización de la maternidad subrogada, basadas en argumentos⁶⁷ que se han venido comentando a lo largo del trabajo, similares algunos de ellos a los utilizados para defender la regulación de la prostitución. Legalizar es legitimar y, consecuentemente, fomentar la práctica y favorecer los intereses de la industria que se beneficia con ella. En España ha habido cuatro iniciativas: la Proposición no de Ley (PNL), presentada por Unión, Progreso y Democracia (UPyD) en 2015; la Propuesta de Bases Generales para la Regulación en España de la Gestación por Sustitución, del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (2016); la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada en España, de 2017; y la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución presentada por Ciudadanos ese mismo año (Nuño, 2020, p. 71).

⁶⁶ Destacan los casos que han sido objeto de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): *Menesson y Labassée contra Francia*, y *Paradiso-Campanelli contra Italia*, objeto de numerosos estudios, entre otros: Albert, 2017; Ochoa, 2017; Valero, 2019; y las sentencias del Tribunal Supremo de España (Balaguer, 2017, pp. 81-86, Nuño 2020, pp. 63-70).

⁶⁷ Consideración del deseo como derecho, prevaleciendo la voluntad de procrear sobre los derechos de la madre biológica gestante (Lamm, 2012 y 2013, entre otros); autonomía de las mujeres para disponer de su cuerpo y «ceder» su capacidad de gestar; interés superior del menor tras el nacimiento; valor de los avances científicos y tecnológicos; e incluso aceptación de la legalización como mal menor para evitar las situaciones de abuso y explotación.

A nivel internacional, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado comenzó a interesarse por los conflictos transfronterizos relativos a la filiación en 2011. En 2014 publicó un informe⁶⁸ y encomendó la continuidad del trabajo a un comité de personas expertas⁶⁹, renovado por dos años en marzo de 2020. El comité está elaborando un instrumento jurídico y correspondiente protocolo, cuyo contenido sobrepasaría lo relativo a las filiaciones. En su Informe de noviembre de 2019, el comité hacía referencia a incluir aspectos relativos a la denominación de las madres subrogadas (parágrafo 27), requisitos mínimos exigibles a las mismas (parágrafo 36) y regulación de las agencias (parágrafo 35). Ello resultaría en un instrumento internacional de regulación de la subrogación. La maternidad subrogada no es un tema de derecho privado, sino de violación de derechos humanos, sin embargo, la Conferencia nunca ha planteado la posibilidad de la abolición de la subrogación.

En España está expresamente prohibida en la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Artículo 10, 1) y 2), el Código Penal, Artículo 220, y el Código Civil, Ley 19/2015, del 13 de julio, que modifica la 20/2011 del 21 de julio, del Registro Civil, en vigor desde junio de 2017. Sin embargo, el punto 3 del artículo 10 de la Ley 14/2006 hace posibles las inscripciones registrales, en España, de bebés nacidos mediante subrogación en los casos en que un comitente varón es padre genético de la criatura.

⁶⁸ Ante dicho Informe, en 2015, un grupo de organizaciones feministas y defensoras de derechos humanos denunciaron que la Oficina Permanente se había basado en las respuestas a los cuestionarios enviados a los Estados y profesionales participantes en la industria de la subrogación, sin tener en cuenta la opinión de las organizaciones defensoras de derechos de las mujeres y la sociedad civil. Véase: https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf (15/2/2021).

⁶⁹ Compuesto por representantes de 24 de los 85 estados miembros y observadores.

8. Iniciativas en favor de la prohibición internacional de la maternidad subrogada

Veamos los principales argumentos en que se basan los diferentes informes⁷⁰, estudios e iniciativas de la sociedad civil⁷¹ para la erradicación de la práctica de la maternidad subrogada. Las primeras voces críticas aparecen en los años ochenta: el Informe Warnock (1984), el capítulo incluido por Carole Pateman en *El contrato sexual* (1988), o la obra de Janyce Raymond *The International Traffic in Women: Women Used in Systems of Surrogacy and Reproduction* (1989).

Quienes argumentan que rechazar estas técnicas y considerarlas una forma de explotación reproductiva es negarse a aceptar los avances de la tecnología o, simplemente, mostrar resistencias ante “lo nuevo”, olvidan que todo el avance de la ciencia y la tecnología ha necesitado delimitar líneas rojas en relación con su uso. La utilización que hacemos de determinados avances científico-técnicos están detrás del cambio climático, por ejemplo, y es ya un consenso internacional la necesidad de reconducir nuestro modo de vida para hacerla compatible con la de las generaciones futuras. Lo mismo ocurre con la clonación artificial reproductiva. Después de que la famosa oveja Dolly llegara al mundo, la UNESCO aprobó, en 1997, la Declaración

⁷⁰ Informe Warnock, Reino Unido, 1984; Informe Palacios, España, 1982; Informe del Comité de Bioética, España, 2017; Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

⁷¹ Francia: *Pour l'arrêt immédiat de la gestation pour autrui*, 2015. España: Manifiesto NO somos vasijas, 2017. Red Estatal contra el Alquiler de Vientres (RECAV), 2017. Stop Vientres de Alquiler, 2017 (Informes y artículos on line) <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/>. Agenda feminista contra la práctica del alquiler de vientres y la prostitución, 2018. A nivel internacional: La Declaración del Lobby de Mujeres de Suecia, 2013. La Campaña “Stop Surrogacy Now”, <https://www.stopsurrogacynow.com/about/>. La Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS), promotora del Comunicado Internacional para la Prohibición Global del Alquiler de Vientres, 2018, y la Propuesta de Convención Internacional, 2020. El Center for Bioethics and Culture, Estados Unidos. La Declaración de la Conferencia de Todas las Mujeres de la India, All India Women's Conference (AIWC), 2015.

Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos, que se incorpora en 1998 como parte integrante de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la que se recoge la oposición a la clonación humana con fines reproductivos⁷² y también en 1998, el Consejo de Europa aprobó la primera norma internacional que prohibía la clonación de seres humanos. El denominador común de las normas nacionales e internacionales que prohíben la clonación en seres humanos es el concepto de dignidad humana y mercantilización.

Otro de los muchos ejemplos, podría ser el recién aprobado Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, acuerdo internacional jurídicamente vinculante para prohibir las armas nucleares, con miras a su eliminación total, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 7 de julio de 2017, que ha entrado en vigor el 22 de enero de 2021. Debe respetarse el equilibrio entre los derechos individuales y los colectivos, entre el derecho a la producción y creación científica y el interés general, y son los poderes públicos los que deben garantizar la protección del derecho a la integridad física y moral, a la salud integral y a la dignidad de las personas

Cabe asimismo criticar la falacia del argumento del libre consentimiento de las gestantes, para firmar un contrato que anula inmediatamente su autonomía. “La autonomía no es nunca hipotecable. Ningún contrato o acuerdo puede cancelarla. Desdecirse debería ser siempre una opción legítima y, por tanto, ningún acuerdo o contrato puede prescribir obligatoriamente la entrega del bebé” (Guerra-Palmero, 2017a, p. 1). Sin embargo, la bioética neoliberal se impone, sin apenas oposición, legitimando, en el caso de la gestación subrogada, la despersonalización de las mujeres contempladas

⁷² Es de especial interés la sección C de esta Declaración Universal sobre el Genoma Humano, dedicada a la investigación, que en el artículo 11 prevé que, [...] las prácticas contrarias a la dignidad humana, como la reproducción clónica de los seres humanos, no serán permitidas; los estados y las organizaciones internacionales competentes son invitados a cooperar en la identificación de tales prácticas y a tomar, a nivel nacional o internacional, las medidas necesarias para asegurar que los principios emanados de esta Declaración sean respetados.

como meros medios para resolver la infertilidad, al margen de toda consideración de justicia. La autonomía como principio irrenunciable no admite alquileres ni hipotecas. La autonomía no debe ser cancelada temporalmente bajo ninguna circunstancia (ídem, p. 538).

La bioética neoliberal ignora las desigualdades de clase social, género, raza-etnia y localización geográfica; las injusticias y violencias de carácter estructural y la construcción patriarcal de la sociedad (Guerra-Palmero, 2017b, p. 39). Un ejercicio pleno de la autonomía de las personas solo es posible desde la justicia y la igualdad (ídem, p. 40), lo que no parece ser la situación de las mujeres precarizadas que encuentran su nicho de supervivencia mediante la prostitución y la gestación subrogada.

Otro argumento crítico es la cosificación de las mujeres gestantes, que implica la subrogación en toda circunstancia. La cosificación, la instrumentalización y la despersonalización de la madre gestante son efectos y caracteres propios, constitutivos de la MS⁷³, es decir, no vinculados a la eventualidad de unos abusos perpetrados en detrimento de la parte contractual más débil en aquellos países en los que parece más fácil violar las prerrogativas jurídicas fundamentales de una persona (Casciano, 2019, p. 46).

Tal cosificación procede, no solo de las condiciones ambientales en las que efectúa su elección, o de las asimetrías relacionales, culturales o sociales entre las partes implicadas, sino más bien del hecho de que la oferta *pro aliis*, gratuita o no, de un servicio reproductivo, como de un servicio sexual, siempre supone una instrumentalización, consciente o no, de la mujer, una lesión ineludible de su dignidad, a pesar de las condiciones en las que surja su consentimiento (ídem, p. 47).

Ante el argumento de la “voluntad procreativa”, debemos tener en cuenta que está también en juego, sobre todo, “el valor social de la maternidad, las bases del derecho de filiación y la concepción de la familia, la dignidad de la mujer que se ofrece para gestar un niño que no podrá ser suyo y, por

⁷³ Abreviatura utilizada por el autor para referirse a la maternidad subrogada.

último, el interés —los derechos fundamentales, incluso— del niño por nacer” (Montero, 2016, p. 234).

Diferentes voces han establecido, efectivamente, la crítica a la maternidad subrogada sobre el concepto de la dignidad humana, entendida esta como fundamento último del orden social, moral y jurídico y, en consecuencia, un absoluto axiológico que no puede ser ignorado bajo ningún concepto. Una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres (Aparisi, 2017, p. 165), independientemente de su comportamiento, facultades, posición social, raza, sexo, o cualquier otro factor. De hecho, es uno de los argumentos utilizados para promover la prohibición de la misma, “de igual forma que se prohíbe, por ejemplo, que los participantes en un ensayo clínico lo hagan por una compensación económica, o sea retribuida la donación de un órgano» (ídem, p. 168). La Agenda Feminista contra la práctica del alquiler de vientres y la prostitución afirma que “el alquiler de mujeres con fines reproductivos atenta contra el concepto de dignidad humana. Las mujeres y los recién nacidos se convierten, a todo efecto, en meros «objetos de transacción contractual» para satisfacer deseos de terceras personas”⁷⁴.

La dignidad nos remite siempre al valor intrínseco de la persona, y “nos sitúa ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos” (Aparisi, 2017, p. 166). El concepto kantiano de la persona como fin en sí misma, y no como medio para la consecución de deseos ajenos, por muy loables que estos sean, sería también de aplicación a la práctica de la maternidad subrogada⁷⁵. “De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos” (ídem, p. 167). Además, “en la medida en que la subjetividad personal

⁷⁴ Agenda feminista contra la práctica del alquiler de vientres y la prostitución. <http://www.noalquilesvientres.com/wp-content/uploads/2019/04/final-comunicado-vp-vs5.pdf>.

⁷⁵ El concepto y tratamiento de las mujeres en el sistema patriarcal como “seres para los otros” lleva implícito un desprecio a su dignidad humana. La historia del feminismo es justamente la historia de los avances por que las mujeres disfruten de los derechos humanos inherentes a su dignidad.

se manifiesta en una naturaleza corporal, no hay respeto a la persona sin respeto a su naturaleza física, a su dimensión corporal” (ibídem), pues la dignidad se extiende al cuerpo y todas sus funciones.

Según el Informe Warnock:

[...] “es inconsistente con la dignidad humana que una mujer utilice su útero para obtener beneficio económico y lo trate como una incubadora para el hijo de otra persona” (parágrafo 8.10, p. 15), y la última jurisprudencia del TEDH —coincidente con la del Tribunal Supremo español— llega a la conclusión de que “la maternidad subrogada vulnera aspectos esenciales de la dignidad humana y de la integridad física y moral de la madre gestante, así como derechos fundamentales del hijo nacido bajo este tipo de contratos, como su derecho a conocer su origen biológico” (Vale-ro, 2019, p. 439).

En este mismo sentido, se pronuncia el voto particular colectivo en el caso Campanelli, al manifestar que “la gestación por sustitución, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos de los comitentes, y no como fines en sí mismos” (Albert, 2017, p. 185).

Como afirma Étienne Montero (2016, p. 229), exigir a la gestante poner a disposición sus funciones reproductivas, viviendo su embarazo desde la indiferencia emocional y la perspectiva del abandono, significa “la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”, de lo que la autora deduce que existe una incompatibilidad entre la dignidad humana y el papel puramente instrumental dado al cuerpo de la madre portadora. La maternidad subrogada es, pues, una práctica que raya en la alienación y no resulta comparable con ninguna otra forma de trabajo. Algo que sucede, asimismo, en la prostitución, por lo que podemos establecer un paralelismo entre prostitución y subrogación, entendidas ambas como prácticas que, contando habitualmente con una retribución económica, atentan contra la dignidad de la persona,

en la medida en que implican una cosificación de su cuerpo (Casciano, 2018, pp. 44 y 45), incluso en el caso de la subrogación altruista.

Ni el deseo, las “necesidades” sexuales, ni el supuesto “derecho a la paternidad o la maternidad”, pueden justificar la utilización de las mujeres:

Hay que dejar fuera del mercado las cuestiones atinentes a la protección de ciertos derechos, si no se quiere incurrir en injusticias históricas irreparables desde las posiciones de la libertad individual como justificativa de todo tipo de conducta [...] no todos los derechos son susceptibles de entrar en el mercado y, por lo tanto, determinadas actividades no podrán ser susceptibles asimismo de tráfico comercial (Balaguer, 2017, p. 178).

9. Necesidad de un marco jurídico internacional contra la explotación reproductiva de las mujeres

“La maternidad subrogada es un problema global y solo puede ser correctamente abordado desde una perspectiva global” (Albert, 2018, p. 178); sin embargo, no existe ningún instrumento internacional que prohíba su práctica, al igual que no se ha promovido ninguna convención de abolición de la prostitución.

En España, el Informe Palacios, o Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in vitro*, de 1986, recomendó la prohibición de la gestación de sustitución en cualquier circunstancia, siendo objeto de sanción penal o del tipo que procediera, las personas que participen en un contrato de gestación de sustitución, aunque no sea escrito, así como las personas, agencias o instituciones que la propicien, los equipos médicos que las realicen, y los centros sanitarios o servicios en los que se apliquen las técnicas de reproducción asistida, necesarias para la gestación de sustitución. El Informe del Comité de Bioética de España, de 2017, concluye recomendando avanzar hacia “una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional”; aconseja que se estipule un periodo de transición

para proteger los derechos de filiación de las criaturas en proceso de gestación y, teniendo en cuenta la explotación sufrida por las mujeres, recomienda que España debe de defender “en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional”.

El argumento de defensa de la dignidad lleva a la exigencia de una prohibición de carácter internacional. La subrogación es en sí misma un atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé. En consecuencia, se debería optar por una prohibición universal o, al menos, adoptar todas las medidas legales y políticas para evitar la proliferación de mercados de úteros en países donde la pobreza femenina puede abocar a muchas mujeres a ver esta práctica como la única salida (Bellver, 2015, p. 48).

Los Estados sociales son responsables de la defensa de los derechos de las personas. Los derechos de la mujer a su propio cuerpo, a la sexualidad y al libre desarrollo de la personalidad son derechos públicos en la medida en que comprometen fines y valores del Estado social y, en este sentido, exceden de la libertad individual de las personas para constituir elementos relevantes de la comunidad en la que se desenvuelven (Balaguer, 2017, p. 205). Esta autora establece el paralelismo con otros colectivos que “por sus condiciones materiales de existencia no están posibilitados de elegir” (ídem, p. 206).

Al igual que la persona que ejerce la prostitución, o que aquella que por su escasa estatura sirve de diversión grotesca, la mujer que alquila su vientre no está ejerciendo libremente un derecho, sino vendiendo su cuerpo por un precio. Ahora bien, el daño que sobre ese cuerpo puede sobrevenir, en términos de salud y dignidad, no debe ser permitido por el Estado, legalizando y dando carta de naturaleza a un intento de hacer soportar nuevamente sobre la mujer el coste reproductivo (ibídem).

El Informe anual de la Unión Europea sobre los DD. HH. y la democracia en el mundo de 2014, publicado en 2015, parágrafo 115: condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se

utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular, en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia, en el marco de los instrumentos de derechos humanos.

Sin embargo, esta referencia desaparece en el Informe de 2015, aprobado en diciembre de 2016. No obstante, la Opinión del Comité para los Derechos de las Mujeres y la Igualdad de Género, del 10 de noviembre de 2016, lo incluía en su parágrafo 23, expresando “su preocupación por las actividades del sector de la gestación por sustitución, que trata el cuerpo de la mujer como una mercancía en el mercado reproductivo internacional, al tiempo que lamenta que dicho sector explote en gran medida a mujeres vulnerables procedentes ante todo del hemisferio sur” (Albert, 2017, p. 181).

El Informe del Parlamento Europeo sobre la estrategia de la Unión para la igualdad de género (2019/2169 (INI)), del 25 de noviembre 2020, en su parágrafo 32, reconoce que la explotación sexual con propósitos reproductivos y de gestación subrogada, o para fines como los matrimonios forzados, la prostitución y la pornografía, es inaceptable y constituye una violación de la dignidad humana y de los derechos humanos; solicita, por lo tanto, que la estrategia examine en detalle la situación de las mujeres que ejercen la prostitución, con especial atención al vínculo entre la prostitución y la trata de mujeres y menores en la Unión Europea y en todo el mundo, y el nuevo uso de internet con fines de explotación y, en el parágrafo 33: “pide a la Comisión, en este sentido, que elabore una Directiva sobre la lucha contra la trata con fines de explotación sexual en la Unión”.

Si estamos de acuerdo en que toda forma de subrogación gestacional atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño, afirmaremos con Nuria

González⁷⁶ que “cualquier legislación sobre los vientres de alquiler que no sea prohibicionista a nivel mundial, y con responsabilidad penal, lo único que representa es una puerta abierta a las multinacionales de la compra-venta de niños y niñas y a la explotación de las mujeres más vulnerables” (González, 2019, p. 180).

Por ello, consideramos que es preciso promover, desde la sociedad civil y las instituciones del Estado español, en coherencia con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la CEDAW, la Plataforma de Acción de Beijing, el Convenio de Estambul y la propia legislación española, la puesta en marcha de la elaboración de una convención internacional, en el marco de las Naciones Unidas, que garantice la erradicación de la industria basada en la explotación reproductiva de las mujeres mediante la “prohibición de la subrogación”, en paralelo con una convención internacional de abolición de la prostitución.

Concluimos citando los objetivos recogidos en el Capítulo I, artículo 1 de la Propuesta de Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución, presentada por la Coalición Internacional para la Abolición de la Gestación por Sustitución (CIAMS) en noviembre de 2020:

Los propósitos de la presente Convención son:

- reafirmar el principio de que el cuerpo humano no será objeto de convenios o contratos y que la ley no violará en modo alguno los límites y el respeto de la persona humana,
- reconocer que la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, incluso a través de la subrogación, ya sea comercial o descrita como altruista, es intrínsecamente violenta contra la mujer y, como tal, constituye una violación de los derechos fundamentales de los seres humanos,

⁷⁶ Entrevista de Nuria Coronado Sopena, Público 23/9/2018, incluida en González, 2019.

- reconocer que el uso de la gestación por sustitución es siempre contrario a los intereses del menor, que son: 1) no ser comprado ni vendido ni regalado al capricho de los adultos, y 2) en la medida de lo posible, tener acceso a sus orígenes, conocer a la madre que lo trajo al mundo y ser criado por ella,
- prevenir y prohibir el uso de la gestación por sustitución,
- prohibir las acciones que implementen, promuevan, alienten, permitan o faciliten esta práctica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agenda Feminista (2019). Elaborada por la Plataforma “No Somos Vasijas”, la “Red Estatal Contra el alquiler de Vientres (RECAV)” y “Stop Vientres de Alquiler”. Recuperado el 9 de enero de 2021 de <https://observatoriovioencia.org/presentacion-de-la-agenda-feminista-contra-la-practica-del-alquiler-de-vientres-y-la-prostitucion/>
- Albert, M. (2017). La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 177-197.
- Aparisi Miralles, Á. (2018). Maternidad subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, XVIII, 163-175.
- Balaguer, M. L. (2017). *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*. Cátedra.
- Bellver y Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, 19-52.
- Casciano, A. (2018). La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética*, 29, 39-56.
- González, N. (2019). *Vientres de alquiler*. LoQueNoExiste.
- Guerra-Palmero, M. J. (2017a). Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, 31(6), 535-538.
- Guerra-Palmero, M. J. (2017b). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La gestación subrogada como nuevo negocio

- transnacional. *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, 26, 39-51.
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret. Revista para el análisis del derecho*. Recuperado el 17 de enero de 2021 de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf
- Lamm, E. (2013). *Gestación de sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- Martínez, L. (2019). *Gestación subrogada. Capitalismo, mercado y poder*. Pepitas de Calabaza.
- Montero, É. (2016). La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas. *Persona y Derecho*, 72, 223-236.
- Nuño, L. (2016). Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler. *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 55, 683-700.
- Nuño, L. (2020). *Maternidades S. A. El negocio de los vientres de alquiler*. Catarata.
- Ochoa Ruiz, N. (2017). Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia (CG-). *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 135-148.
- Olza, I. (2017). Las secuelas psicológicas para el bebé en la gestación subrogada. *Stop vientres de alquiler*. Recuperado el 16 de enero de 2021 de <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2017/08/24/las-secuelas-psicologicas-para-el-bebe-en-la-gestacion-subrogada/>
- Pérez Sedeño, E. y Sánchez, A. (2014). Asimetrías y olvidos en tecnologías de reproducción asistida. En Pérez Sedeño, E. y Ortega Arjonilla, E. (Eds.). *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*. Cátedra.

- Propuesta de Convención Internacional para la abolición de la gestación por sustitución (2020). CIAMS. Recuperado el 15 de enero de 2021 de <http://abolition-ms.org/es/noticias/convencion-internacional-para-la-abolicion-de-la-gestacion-por-sustitucion/>
- Regalado Torres, M. D. (2017). Efectos, consecuencias y regulación de la maternidad subrogada, *Femeris*, 2(2), 10-34.
- Serrano, I. (2019). *El debate sobre la gestación subrogada. La salud como pretexto*. RECAV. Recuperado el 12 de enero de 2021 de <http://www.noalquilesvientres.com/2017/10/14/el-debate-sobre-la-gestacion-subrogada-la-salud-como-pretexto/>
- Souto Galván, B. (2006). Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución. *Feminismo/s*, 8, 181-195.
- Trejo, A. (2018). Dossier: El bebé nacido de la explotación reproductiva. *Stop vientres de alquiler*. Recuperado el 16 de enero de 2021 de <https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/el-bebe-nacido-de-ventre-de-alquiler/>
- Valero Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 43, 421-440.