

**La interpretación del derecho de autonomía reproductiva a través de la maternidad
subrogada “altruista” y “comercial”**

Daniela Sandoval Gómez

Laura Marcela Serrano Gutiérrez

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Derecho

Trabajo de Grado II

Iván Leonardo Martínez Pinilla

Director

Junio, 2021

Resumen

El documento parte del análisis del concepto de autonomía reproductiva como principio y derecho para después confrontarlo con los contratos de maternidad subrogada altruista y comercial especificando el modo como se ha puesto en práctica en diversos ordenamientos jurídicos. El documento demuestra que ninguno de los tipos de contratos mencionados logra una protección efectiva al derecho de autonomía reproductiva en cabeza de la madre subrogada.

Abstract

This article starts by analyzing the concept of the reproductive autonomy as principle and right, to later confront it with the commercial and altruistic surrogacy maternity specifying the way it has been put to practice in various legal systems. This document shows that none of the mentioned types of contracts gets an effective protection of the right to reproductive autonomy at the head of the surrogate mother.

Tabla de contenido

Introducción	4
Aproximación al problema desde el plano social	4
Aproximación al problema en el plano jurídico	9
Aproximación al contexto jurídico y social colombiano	10
Dos modelos problemáticos de contratación	12
La autonomía reproductiva como elemento común de ambos tipos de contrato	13
1. Maternidad subrogada comercial	18
1.1. Contextualización del contrato de maternidad subrogada en la modalidad comercial	18
1.2. Praxis del contrato de maternidad subrogada comercial	25
1.2.1. <i>Maternidad subrogada en Rusia.</i>	25
1.2.2. <i>Maternidad subrogada en India.</i>	29
1.2.3. <i>Maternidad subrogada en Estados Unidos</i>	32
2. Maternidad subrogada altruista	36
2.1. Contextualización del contrato de maternidad subrogada en la modalidad altruista	36
2.2. Praxis del contrato de maternidad subrogada altruista	41
2.2.1. <i>Maternidad subrogada en Reino Unido</i>	41
2.2.2. <i>Maternidad subrogada en Canadá</i>	44
2.2.3. <i>Maternidad Subrogada en Grecia</i>	47
Conclusiones	51
Referencias	56

Introducción

El fenómeno social de la maternidad subrogada, también llamado gestación por sustitución, alquiler de vientre, maternidad sustituta, entre otros; es definido como la práctica mediante la cual una mujer (madre gestante) acepta llevar a cabo la gestación de un(a) bebé a favor de otra persona o personas (padre/s intencional/es). “Esta es una biotecnología en materia de reproducción asistida y cuyos beneficiarios directos son las parejas que no pueden [o no deseen] concebir hijos(as) en su propio vientre” (Amador, 2010, p. 199). En el desarrollo de esta práctica, existen dos formas de lograr el embarazo: la tradicional que implica que la madre gestante sea también la madre genética del menor y el embarazo se lleve a cabo o con la inseminación con espermatozoides del padre futuro o donados por un tercero, o mediante relaciones sexuales con el padre futuro u otro hombre (Departamento temático C del Parlamento Europeo, 2012, p. 8). Y la gestacional en la cual “no se utilizan los óvulos de la madre subrogada y otra mujer es la madre genética del niño. El embarazo se produce a través de un procedimiento de FIV [Fecundación In Vitro]¹, ya sea utilizando los óvulos de la madre futura o donados” (Departamento temático C del Parlamento Europeo, 2012, p. 8).

Aproximación al problema desde el plano social

Este fenómeno social ha sido ampliamente discutido y controversial, en ese sentido frente a su práctica hay distintas posturas, por ejemplo, como lo expone Fanlo (2017) dentro del feminismo se han realizado diversas críticas a las nuevas técnicas de reproducción asistida (entre estas se encuentra la maternidad subrogada); algunas autoras señalan que en ocasiones actualizan prácticas preexistentes como “la exigencia, sobre todo referida al género

¹ La Fecundación In Vitro es una técnica que consiste en unir un espermatozoide con uno o varios óvulos en una placa de cultivo de un laboratorio cuando estos no se han podido unir de manera natural (Gómez, 1993).

masculino, de reproducirse para transmitir/ perpetuar el propio patrimonio genético” (p. 37), también que estas técnicas tienen efectos de “medicalización del cuerpo femenino”² (p. 37), y que además, en específico, en el marco del desarrollo de la técnica de la maternidad subrogada existe un desequilibrio entre las posiciones de quienes participan (por ejemplo en cuanto a la cantidad de información sobre el tema, los recursos económicos, los entornos sociales, geográficos y culturales, entre otros) que pueden conllevar a estas técnicas a “convertirse en vehículos de explotación de las mujeres más débiles” (p. 37). Mientras que, para otras autoras de orientación liberal, según explica Fanlo (2017), estas técnicas son una herramienta de “empoderamiento” de las mujeres, pues amplía su capacidad para la toma de decisiones en sus proyectos de vida.

Dentro de esta práctica de maternidad subrogada existen diversas discusiones relacionadas a una posible explotación de las mujeres gestantes, como ya lo mencionaba Fanlo, diferentes autores han expuesto las implicaciones de esta técnica en países con una gran población de escasos recursos. En un estudio sobre la subrogación y el desarrollo económico Liu & Bice (2021) concluyeron que para mujeres con pocos ingresos económicos y sin educación en países con altos niveles de pobreza, la maternidad subrogada resulta un medio para proporcionarse a sí mismas y a sus familias ingresos estables. A su vez, también concluyeron que los padres intencionales de países desarrollados prefieren acudir a países con pocos recursos que no prohíben la práctica porque los costos suelen ser mucho más favorables.

² El término medicalización hace referencia a “la conversión en procesos patológicos de situaciones que son y han sido siempre completamente normales y el pretender resolver mediante la medicina situaciones que no son médicas sino sociales, profesionales o de las relaciones interpersonales” (Orueta Sánchez et al., 2016, párr. 13). Y cuando se trata de la medicalización del cuerpo de la mujer, generalmente se refiere al tratamiento excesivo de procesos naturales como si fueran patología, entre estos la menstruación y la menopausia que llevan a que la mujer vea como ajenos sus propios órganos y funciones (Valls-Llobet, 2010).

Por ejemplo, desde que en el año 2002 en India se legalizó la gestación por subrogación como una estrategia para incentivar el turismo médico, el país se convirtió en uno de los principales destinos de personas provenientes de Occidente para llevar a cabo esta práctica, dado a que en comparación con otros países, el costo y la dificultad de tener un bebé disminuyen considerablemente en India por tratarse de un lugar en donde la falta de trámites burocráticos y la atención de alta calidad médica conducen a que el proceso sea más sencillo, económico y sin complicaciones (Shetty, 2012). Respecto a esta situación, en muchos de los casos existen dinámicas de poder entre los padres futuros y la madre subrogada, esta relación es traducida como una posición en la que mujeres con privilegios económicos y raciales obtienen el control sobre los cuerpos de las mujeres pobres, añadiendo a lo anterior que dado el contexto de extrema pobreza de las mujeres gestantes involucradas, las sumas de dinero ofrecidas pueden interpretarse como un elemento coercitivo para aceptar llevar a cabo el procedimiento (Gupta & Chaturvedi, 2020).

En India los costos de la cuota pagada a la madre subrogada oscilan entre los 5.000 y los 7.000 dólares y los costos totales de la gestación subrogada ascienden a 25.000 dólares, mientras que en países como Estados Unidos (donde la práctica es legal en ciertos estados) los costos de la cuota a la madre subrogada están entre 18.000 y 25.000 dólares y los costos totales de la subrogación se encuentra entre 50.000 y 250.000 dólares (Shetty, 2012).

Otro de los aspectos problemáticos de esta práctica es la salud de las madres gestantes. Según expertos en fertilidad en la implantación de embriones se aconseja un máximo de tres, sin embargo, existe una práctica en algunas clínicas en India en las que se implantan de cinco a seis embriones, aumentando los riesgos de afecciones como la preeclampsia y la diabetes gestacional porque existe una posibilidad mayor de desajustes en el sistema inmunológico y también aumenta las probabilidades de tener un embarazo gemelar que pone en riesgo órganos como el hígado, los riñones y la tiroides (Shetty, 2012). También

existe otro problema relacionado con las restricciones a la autonomía de las madres subrogadas durante el embarazo y es que en las clínicas de subrogación se supervisa lo que comen y beben, también la cantidad de ejercicio, e incluso a muchas de estas madres se les obliga a vivir en albergues junto con otras madres subrogadas teniendo limitaciones para ver sus familias (Shetty, 2012).

En el 2012, Premila Vaghela, una madre subrogada de 30 años que esperaba un hijo destinado a un estadounidense murió mientras esperaba un examen de rutina en un hospital de Ahmedabad, India. Premila era una mujer con pocos recursos económicos que había acudido a esta práctica para obtener dinero y sostener a sus dos hijas pequeñas (Desai, 2012).

En el desarrollo de esta práctica también se han presentado casos de abuso y explotación contra las mujeres por parte de organizaciones criminales dedicadas a la trata de madres subrogadas. Un ejemplo de lo anterior se presentó en Tailandia en el año 2011. Las autoridades tailandesas arrestaron a varias personas que hacían parte de una organización denominada “Baby 101” acusados de cometer el delito de trata de personas al mantener encerradas a un grupo de mujeres vietnamitas y obligarlas a convertirse en madres subrogadas. Principalmente quienes buscaban este tipo de servicios ofrecidos por la empresa “Baby 101” eran parejas extranjeras que no podían tener hijos (Kowitwanij, 2011).

La forma en la que este grupo funcionaba era reclutando a mujeres que procedían de familias muy pobres, engañándolas sobre la legalidad de esta práctica y ofreciéndoles dinero de manera “fácil”; sin embargo, cuando las mujeres llegaban a Tailandia, los miembros de la organización les quitaban los pasaportes y las amenazaban, advirtiéndoles que en caso de retractarse tendrían que pagarles cerca de \$1.000 dólares. Finalmente, para solucionar la situación de estas mujeres (para ese momento seis no estaban en estado de embarazo, siete sí se encontraban en esa condición y dos ya habían dado a luz) se dispuso que fueran enviadas a su país de origen, según lo manifestó el ministro de Salud de Tailandia (Kowitwanij, 2011).

Otro de los problemas relacionados con esta técnica de reproducción asistida es el denominado “turismo reproductivo”³, el cual es consecuencia en parte por la diversidad de marcos jurídicos que regulan el tema en cuestión. Por ejemplo, debido a que en España la gestación por sustitución no se encuentra legalizada, las parejas españolas deciden trasladarse a países que permiten dentro de su territorio la ejecución de esta técnica. Según lo informó el Ministerio de Asuntos Exteriores de España, de 2010 a 2016 se presentaron 948 casos de inscripciones de menores nacidos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas. El 80% de los menores nacidos por el método de gestación por sustitución registrados provienen de países como Ucrania y Estados Unidos. Además, en el mismo informe se detallaron las siguientes cifras sobre los registros de nacimientos mediante maternidad subrogada: 553 realizados a través de la embajada americana, 231 a través de la embajada ucraniana, 97 inscripciones de casos procedentes de India y Nepal, 4 provenientes de Canadá, 4 provenientes de Reino Unido, 51 provenientes de México, 27 provenientes de Tailandia, 4 provenientes de Rusia, 4 provenientes de Grecia, entre otros (Álvarez, 2017).

El turismo reproductivo es una situación compleja, que presenta diversos matices y problemáticas, tales como casos de estafa y engaños orquestados por agencias privadas como las clínicas de reproducción asistida y demás personas vinculadas en el desarrollo de esta práctica, tal como lo ha alertado la embajada de España en Kiev, Ucrania (Álvarez, 2017).

Otros de los problemas derivados del turismo reproductivo consisten en que:

Es sólo una opción para las personas que pueden permitírselo económicamente; es imposible un absoluto control en la calidad o la seguridad de los servicios ofrecidos que pueden presentar riesgos para las partes involucradas, y que implica y aumenta el riesgo de que las mujeres que viven en países en desarrollo sean explotadas por

³ Turismo reproductivo es un término que hace referencia al traslado de una jurisdicción a otra que realiza una persona o una pareja con el fin de acceder a una técnica de reproducción humana asistida (Lamm, 2013).

aquellos que provienen de países más ricos. Además, dado que las prohibiciones legales suelen ser un reflejo del consenso social, es preocupante que algunos pretendan eludir las leyes de un país para ir a otro, donde las leyes son más laxas. Por otro lado, el turismo reproductivo también deja entrever la idea de que la reproducción humana es un objeto del comercio. (Lamm, 2012, p.194).

Aproximación al problema en el plano jurídico

En el ámbito del Derecho, el fenómeno de la maternidad subrogada se formaliza en base al derecho contractual (Mengual y Wolfe, 2016), en ese sentido, ha sido interpretado como un acuerdo con dos modalidades contractuales a saber, la altruista y la comercial. Este fenómeno es definido por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) de la siguiente manera:

Por “gestación por sustitución” se entiende una práctica de reproducción mediante un “tercero” en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Los contratos de maternidad subrogada suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna. (2018, pp. 3-4)⁴

⁴ “La gestación por sustitución suele tener lugar en un contexto de tecnologías de asistencia médica para la procreación, como es el caso de la fecundación in vitro y la transferencia embrionaria con fines de gestación subrogada en un sentido pleno (cuando la madre de alquiler no guarda relación genética con el niño) y la inseminación artificial en el caso de la gestación subrogada tradicional o parcial, que es cuando la madre de alquiler guarda relación genética con el niño. Mediante compra o “donación” también pueden obtenerse gametos de otras partes que no son ni del aspirante o aspirantes a progenitor ni la madre de alquiler, en cuyo caso el aspirante o aspirantes tal vez guarden, o tal vez no, relación genética con el niño.” (Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas [ONU], 2018, p. 3 y 4).

En el marco de estos contratos, la lógica de interpretación adecuada es la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de las partes⁵ (Mengual y Wolfe, 2016) y el principio del pacta sunt servanda.⁶ Sin embargo, dado la naturaleza de la práctica de maternidad subrogada y los contextos en los que se lleva a cabo, la aplicación de estos principios se encuentra limitada por el orden público para la protección de Derechos Humanos, y también por estar implicado en la relación contractual un menor de edad. Por lo tanto, el derecho de los contratos no tiene la capacidad de interpretar todos los matices que se pueden presentar en el desarrollo de estos acuerdos, puesto que suponen situaciones de abuso de poder y explotación de la mujer gestante.

Aproximación al contexto jurídico y social colombiano

En el contexto colombiano no existe una regulación específica sobre la maternidad subrogada, el contenido jurídico actual se encuentra en la sentencia T-968 de 2009 de la Corte Constitucional. El motivo de esta sentencia fue una acción de tutela interpuesta por Sarai, una ciudadana colombiana que aceptó realizarse diversos procedimientos con el fin de que Salomón, nacional colombiano y residente en Estados Unidos casado con Raquel de nacionalidad dominicana, pudiese convertirse en padre. Uno de los tratamientos que llevó a cabo Sarai, fue la implantación de los óvulos fecundados de Raquel, sin embargo, este no dio resultados, por lo que Salomón viaja a Colombia en donde conoce personalmente a Sarai y la convence de realizarse un nuevo procedimiento de fertilización, pero con sus propios óvulos y los espermatozoides del señor Salomón, este procedimiento dio como resultado un embarazo gemelar. Por lo anterior, el señor Salomón realizaba el pago de la EPS (entidad

⁵ Este principio es “entendido como la facultad de que disponen las partes en una relación jurídica obligacional para dictarse sus propias normas contractuales” (Pablo Cerra, 2017, p. 189).

⁶ Es aquel principio según el cual el contrato es ley para las partes, es decir, aquello que se haya pactado o acordado debe ser cumplido.

promotora de salud) y una suma de manutención de 149.000 pesos mensuales a favor de Sarai; dichos pagos fueron cumplidos hasta que Sarai completó cinco meses de embarazo. El parto de los gemelos tuvo lugar el 21 de marzo de 2006.

Dado que los menores sufrieron una afectación pulmonar debido a que en el lugar donde se encontraban junto a su madre estaba ubicado un horno de cal, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de Yumbo, le retiró la custodia y cuidado personal de los menores a la madre. El señor Salomón interpuso una demanda de permiso de salida del país y la custodia provisional contra la madre y dichas pretensiones fueron concedidas mediante sentencia del 29 de agosto de 2008 por el Juez Décimo de Familia de Cali en razón de que la madre incumplió injustificadamente un contrato verbal, no cuenta con una situación económica favorable con la que pueda brindar un bienestar y oportunidades a los menores como sí lo puede hacer el padre y porque también estima el juzgado que el haber intentado de diversas formas lograr ser padre, le otorga un mejor derecho al señor Salomón frente a la madre.

La Corte resolvió dejar sin efectos las disposiciones del Juez Décimo de Familia de Cali y le ordenó al ICBF el acompañamiento del proceso de reencuentro de los menores con su madre. El fundamento de esta decisión es que se desconocieron preceptos constitucionales como el interés superior del menor y también expone que los motivos que llevaron a la madre a gestar por subrogación no la inhabilitan para ejercer como madre y exigir sus derechos, y que su situación económica no es razón suficiente para restringir su papel activo como madre.

A pesar de que la maternidad subrogada no está regulada, la Corte en esta sentencia del 2009, resalta que es una práctica en auge ofertada por medio de anuncios en internet. Según el periódico El Tiempo, en una noticia del 2017, “Colombia es un mercado económico para los extranjeros y nacionales. Se consiguen úteros desde los 5 millones hasta los 40 millones de pesos, mientras que en otros países el costo del solo vientre alcanza los 100

millones de pesos” (Rojas, 2017). Sin embargo, se terminan pagando alrededor de 100 millones de pesos cuando se trata de parejas heterosexuales, y cuando son parejas del mismo sexo, el valor se incrementa a alrededor de 300 millones de pesos (Rojas, 2017).

Por todo lo anterior nos preguntamos **¿cuáles son las interpretaciones que los contratos de “gestación altruista” y “gestación comercial” han otorgado al concepto de autonomía reproductiva en los contratos de maternidad subrogada?**

Para ello nos proponemos alcanzar los siguientes objetivos: en general, interpretar el concepto de autonomía reproductiva en el marco de maternidad subrogada mediante el análisis de los contratos de “gestación altruista” y “gestación comercial”. Para lograr aquel objetivo se propone: **(i) interpretar las diferentes posiciones teóricas respecto a estas dos modalidades de contrato y (ii) analizar el modo en que los ordenamientos jurídicos, que admiten la práctica de los contratos altruista y comercial, han hecho uso del concepto de autonomía reproductiva.**

Con el fin de alcanzar estos objetivos la metodología empleada es la genealogía técnica.⁷

El uso de esta metodología como principal método para nuestro trabajo de investigación radica en la necesidad de encontrar en el discurso que se ha manejado respecto del contrato de maternidad subrogada, altruista y comercial, y la historia de su implementación, aquellos aspectos accidentales, dispersos y heterogéneos que no han sido considerados, o por lo menos no han sido explícitos en los análisis de diferentes sistemas normativos respecto de la materia. Partiendo de esta metodología, que se opone al refugio de

⁷ La genealogía técnica consiste en “en mostrar los presupuestos históricos de la ideología jurídica dominante, mostrando su positividad, su artificialidad” (Nuñez Vaquero, 2009, p. 419). Esta metodología involucra el análisis de los mensajes ocultos e ideológicos que se encuentran velados por los discursos de los juristas y las premisas normativas catalogados como neutrales y objetivas. Esto bajo la premisa de que la interpretación depende del sujeto, un sujeto que cuenta con un entorno social y cultural que condiciona sus perspectivas y que afecta también el discurso del legislador y la interpretación de este (Nuñez Vaquero, 2009).

la objetividad, es posible buscar la singularidad de este tipo de contrato en la historia y en el continuo avance de las sociedades (Rujas, 2010).

Esta metodología exige técnicas para que se lleve a cabo, entre ellas, requiere de un trabajo de documentación, acumulación y análisis de material escrito y dicho. Estos materiales, además, no deben venir de los discursos que comúnmente se han expresado sobre el tema, sino que se busca y se encuentra en diversos escenarios posibles, heterogéneos y discontinuos (Rujas, 2010)⁸. Es por lo anterior que la genealogía técnica puede llevarse a cabo dentro del paradigma del positivismo sociológico, en tanto que éste proclama el valor supremo de la realidad y relega a un segundo plano el ámbito de las consideraciones jurídicas (De Vega, 1998). Desde este paradigma, además de la función normativa del Derecho, se consideran principalmente aspectos sociales, éticos y políticos⁹.

Dos modelos problemáticos de contratación

Las cuestiones presentadas anteriormente son comunes a las dos modalidades del contrato, altruista y comercial, aun así, ambas tienen diferentes implicaciones. El primero es definido como aquel que excluye una contraprestación económica para la madre gestante por llevar a cabo el proceso de gestación. Este tipo de acuerdo es mayormente aceptado por la doctrina y las regulaciones de diferentes países con el fin de proteger de una posible

⁸ “Como vemos, el método de la genealogía huye de las recetas prescritas y de las normas rígidas. No tiene fórmulas de aplicación mecánica, pero no por ello renuncia al riguroso y obcecado estudio de los materiales disponibles. Se distingue a la vez de la especulación “metafísica” y del empirismo positivista de la ciencia moderna, combinando una mirada orientada y particular (una perspectiva) —que desecha los principios objetivistas y realistas del positivismo con una actitud positivista a la hora de buscar y rebuscar documentos, analizar discursos. Sólo conserva del positivismo una actitud metodológica.” (Rujas, 2010, Párr. 62).

⁹ Dentro de las principales técnicas de este paradigma se encuentra la observación, la cual se debe desarrollar rechazando aquellas observaciones que sean “ateóricas y aisladas del mundo social” (Ritzer, 1993, p. 94), pues por sí solo los hechos no son suficientes y se requiere de una teoría que los dirija y los interprete, y la comparación que tiene tres vertientes, de las cuales enunciamos dos aplicables al tema en cuestión: (1) comparación con otras “sociedades en diferentes zonas del mundo” (Ritzer, 1993, p. 94) y (2) comparación en “diferentes estadios de las sociedades en el transcurso del tiempo” (Ritzer, 1993, p. 94).

explotación a la madre gestante y su capacidad reproductiva; una explotación basada en las diferencias en las condiciones de existencia, económicas y sociales entre las partes que suscriben el acuerdo. A pesar de lo anterior, como lo expone Lamm (2012) algunos autores cuestionan si realmente la elección de la gestante es libre y voluntaria o si está influenciada, pues, aunque no se acuerde remuneración alguna, pueden existir otro tipo de presiones (como las familiares) que pueden forzar a la gestante a consentir este tipo de acuerdos. Y, además, es común que se recurra a este tipo de modalidad contractual para enmascarar que existe en realidad un contrato de maternidad comercial (García y Cayuela, 2020).

En cuanto al segundo contrato, el comercial, este se configura cuando a la madre gestante se le proporciona un pago o remuneración como contraprestación por sus servicios de madre subrogada. Respecto a esto, la mayoría de los autores mantiene la postura de que implica la objetivación y mercantilización del cuerpo de la mujer y del menor gestado por subrogación y también que conlleva a violentar su dignidad humana y sus derechos humanos. Un ejemplo de lo anterior es la posición que toma el Parlamento Europeo en el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo:

114. 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. (2015)

Por otro lado, hay autores que defienden el desarrollo de este tipo de contrato, en general argumentan que, en el ejercicio de su autonomía, las madres gestantes tienen el derecho de decidir sobre su propio cuerpo y sus funciones reproductivas conforme a sus

convicciones personales, pues “se entiende que el argumento de la cosificación o comercio priva a la mujer del derecho a la privacidad y autodeterminación” (Lamm, 2012, p. 8).

La autonomía reproductiva como elemento común de ambos tipos de contrato

Luego de revisar las implicaciones sociales, económicas, culturales y jurídicas que revisten este tipo de acuerdos, en sus dos modalidades, encontramos un elemento intrínseco en ambos tipos de contrato, la autonomía reproductiva.

Pese a su importancia trascendental, no existe una definición legal concreta sobre el contenido normativo del que hemos denominado Derecho a la autonomía reproductiva, por ende, es necesario recurrir a diversas interpretaciones teóricas al respecto.

Por ejemplo, desde algunas posturas feministas la autonomía es la capacidad con la que cuentan las mujeres para auto proyectarse y autodefinirse y además implica, según Pitch (2010) el “reconocimiento también jurídico de la plena soberanía sobre el propio cuerpo y sobre el propio potencial de fertilidad” (p. 444).

Dependiendo del enfoque, el concepto de autonomía reproductiva varía. Desde la perspectiva del enfoque comercial se sustenta principalmente en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Desde ese argumento de la libertad de obtener beneficios de una actividad productiva, la autonomía reproductiva puede ser definida mediante dos ejes: (1) el consentimiento real informado y (2) el beneficio económico que supone la transacción.

Por otro lado, desde la perspectiva del enfoque altruista, la autonomía reproductiva utiliza un criterio utilitarista o de utilidad social de la maternidad subrogada. En este sentido, el incentivo y el provecho para la mujer está representado en la solidaridad para con otras personas, en especial mujeres que no pueden concebir. Así, la madre subrogada y el bebé producto de la subrogación se ponen a disposición de terceros bajo el discurso de estar haciendo una "buena obra". Es así como la autonomía reproductiva en este tipo de contratos

se entendería como la toma de decisiones sobre la reproducción fundamentada en la colaboración con quienes desean la paternidad y maternidad a como dé lugar. Este argumento, como veremos a lo largo de este texto, es equivocado, en tanto el derecho a la autonomía reproductiva no puede estar a disposición de otros.

Si bien es cierto que el concepto de autonomía reproductiva tiene una estrecha relación con las decisiones de reproducción biológica, por ejemplo, decisiones respecto de donación de óvulos o de espermatozoides o de acudir a métodos de reproducción humana asistida, etc., también es cierto que el objetivo fundamental de la autonomía reproductiva gira en torno a la decisión de conformar o no una familia y cómo hacerlo. En la maternidad subrogada se privilegia principalmente la paternidad y maternidad biológica sobre los lazos afectivos que podrían componer una familia. Como lo explica Moreno (2020)

(...) hay resistencias a aceptar que la “maternidad subrogada” esté incluida en el derecho a fundar una familia; se cuestiona en qué medida la “maternidad subrogada” conecta con las exigencias prioritarias de los seres humanos que se desprenden de la dignidad o de la libertad, que son las exigencias que se entiende que catalizan los derechos o, si más bien, como sostiene otro sector de la doctrina, estamos ante un mero deseo de paternidad/maternidad. (Moreno, 2020, p. 333).

En el desarrollo de esta práctica se medicaliza e instrumentaliza la infertilidad, la esterilidad y la maternidad, utilizando principalmente el argumento de que el vínculo familiar se configura con la conexión biológica entre padres e hijos, dejando de lado las diversas formas de familia, extendiendo la idea de que la maternidad subrogada es la última opción para conformar una familia para aquellas personas solteras y parejas que no puedan concebir (Moreno, 2020).

La construcción de la esterilidad o la infertilidad como carencias, además, no es inofensiva: propicia la medicalización de las mujeres. Determina, junto a la

construcción del deseo de hijo/a, la propia identidad de las mujeres, que viven la esterilidad o la infertilidad como fracaso existencial y que, por tanto, se ven abocadas a hacer todo lo posible para remediarlo, ahora recurriendo a la “maternidad subrogada” (Moreno, 2020, pp. 331-332).

Teniendo en cuenta las explicaciones esbozadas se podría proponer la Autonomía Reproductiva como un derecho y también como un principio.

Los principios en un sentido estricto son mandatos de optimización que operan cuando sus condiciones de aplicación son abiertas, en decir, su relevancia en un caso concreto debe estar determinada mediante la ponderación con otros principios y reglas en el evento en que haya una contradicción normativa. (Atienza y Ruiz, 1991). Los principios en general son la garantía de los derechos porque delimitan su zona de protección, no indican supuestos de hechos ni consecuencias jurídicas, en ese sentido, no cuentan con contenido de obligación, sino más bien un deber general de respeto (Navarro, 1998). En tal sentido, la autonomía reproductiva entendida como un principio tendría un contenido normativo de protección de las decisiones de cualquier individuo acerca de la reproducción y en específico intentaría que estas decisiones fuesen tomadas sin presiones externas de ningún tipo. La autonomía reproductiva, entendida como principio agruparía entonces las garantías y conjuntos de derechos referentes a la toma de decisiones reproductivas libres de coacción, intimidación o cualquier tipo de fuerza que impida una decisión autónoma.

Ahora bien, la autonomía reproductiva vista como un derecho, permite estipular normas que, de alguna manera deben estar dirigidas a regular los contratos de maternidad subrogada.

Siguiendo a Navarro, 1998, los derechos están estructurados de la siguiente forma: “contienen un interés jurídicamente protegido (valor), un haz de facultades (disposición,

conservación, defensa, etc.) y una zona o espacio jurídico de protección, determinado por las garantías, límites, requisitos y condiciones para su ejercicio” (Navarro, 1998).

De esta forma, la autonomía reproductiva como derecho se puede definir normativamente como sigue:

Reglas generales: (prohibición) Ninguna persona puede ser obligada a reproducirse. De esta fórmula se desprenden tres sub reglas más: (1) toda persona tiene derecho a reproducirse y a decidir conformar una familia, (2) la reproducción puede escogerse de forma libre y espontánea, y (3) (obligación) nadie puede obligar a otra persona a reproducirse.

1. Maternidad subrogada comercial

1.1. Contextualización del contrato de maternidad subrogada en la modalidad comercial

En Derecho el contrato de maternidad subrogada, como ya se ha mencionado, se configura en la modalidad comercial cuando los padres intencionales, a través de un contrato, se obligan a proporcionarle un pago o retribución a la mujer que acepta convertirse en madre subrogada. Existen dos posturas sobre las consecuencias de permitir o prohibir la celebración de este tipo de acuerdo. Para algunos el componente económico y retributivo del contrato pone en riesgo a la mujer de sufrir explotación, mientras que para otros significa el ejercicio de su autonomía.

En relación con el primer argumento sobre que la maternidad subrogada representa una forma de explotación de la capacidad reproductiva de la mujer, donde no existe voluntad libre de la madre gestante, sino que las demás partes involucradas en el acuerdo se valen de sus condiciones de precariedad para satisfacer sus intereses, Puleo (2017) argumenta lo siguiente

el alquiler de úteros es una forma de extractivismo reproductivo. Aprovecha una situación de extrema necesidad de amplias capas de la población, escudándose en una supuesta voluntad libre de la mujer contratada para gestar, y se basa en el concurso de los gobiernos, utilizando, como en la exportación de bienes y recursos de países empobrecidos, los limbos jurídicos o una legislación que le es abiertamente favorable. (p.182)

El componente económico que reviste los acuerdos de maternidad subrogada ha hecho que esta técnica se convierta en una industria multimillonaria dedicada a la explotación de mujeres pobres e instrumentalización de los hijos, pues en estos acuerdos las mujeres ostentan una posición inferior frente a los solicitantes (García y Cayuela, 2020), y como consecuencia de ello, aun cuando se persigue un interés económico, a las mujeres gestantes se les proporciona un ingreso insignificante y terminan siendo tratadas cómo “vasijas usadas para parir lo que otros desean” (García y Cayuela, 2020, p.36).

Este término de “vasija” es explicado por Pateman (1995) y se utiliza bajo el argumento de que el útero de la mujer no es un elemento esencial en tanto propiedad de ella. En este sentido, al ser nada más que una parte de su propiedad, estrechamente relacionada a sí misma, se convierte entonces en una vasija vacía, que, en el marco de los contratos de subrogación, se encuentra disponible con el fin de que sea llenada. En este proceso,

Se alquila una vasija humana, desde una profunda desigualdad económica en el marco de la globalización neoliberal, ignorando los profundos lazos emocionales y físicos que se generan durante esos nueve meses entre la gestante y la niña o niño futuro y ocultando los riesgos que para la salud de las gestantes conllevan las altas dosis de

hormonas utilizadas en la estimulación ovárica y otras intervenciones invasivas utilizadas para forzar el embarazo y el parto. (Puleo, 2017 p. 168)

Cuestionando el argumento sobre la explotación de la mujer en estos contratos la Corte Suprema de California, en el caso Johnson vs. Calvert, manifestó que ese tipo de fundamentos involucran la connotación de que la mujer no puede tomar una decisión consciente y razonable y pretenden así, impedir que la madre gestante tome decisiones personales sobre su vida económica (Lamm, 2013). Sobre este punto, García y Cayuela (2020) no coinciden con que se observe simplemente el principio de autonomía y por ello, realizan un análisis de los aspectos que se deben considerar para que el contrato de maternidad subrogada sea legítimo y sustentan porque no están presentes en esta modalidad de contrato:

- Consentimiento libre: “requiere de un yo autónomo que no esté condicionado por la necesidad de supervivencia o las imposiciones patriarcales de subordinación, que son las que invalidan una auténtica elección libre y autónoma en la forma comercial de la gestación subrogada”. (García y Cayuela, 2020, p. 39)
- Consentimiento informado: este requisito no está presente en la mayoría de los casos puesto que habitualmente los contratos son extensos, redactados en lenguaje jurídico y en inglés. Por ende,

en países en los que la gestación comercial es legal o lo ha sido hasta fechas recientes –Nepal, Camboya, India, Tailandia, etc.–, las gestantes no suelen sabe[r] leer y, en muchos casos, no hablan inglés, por lo que acreditan entender las condiciones del contrato con la huella digital. (García y Cayuela, 2020, p. 39)

Sobre si el consentimiento de la madre gestante es suficiente para que per se, se reconozca la validez del contrato se ha debatido ampliamente. Guerra (2017) denomina esto como “bioética neoliberal”¹⁰. Dentro de esta consigna se privilegia la autonomía y se argumenta un supuesto libre consentimiento, dejando de lado aspectos como la justicia y la igualdad, consecuencia de ignorar cuestiones importantes relacionadas con “desigualdades de clase social, género, localización geográfica y geopolítica” (Guerra, 2017, p. 39), por lo cual podríamos afirmar que no existe autonomía reproductiva plena en el ejercicio de la maternidad subrogada cuando no existen “condiciones de justicia e igualdad” (Guerra, 2017, p. 40).

Algunas posturas en contra de la legitimidad del consentimiento han recalcado que son las compensaciones económicas sumado a las condiciones de precariedad lo que motiva realmente a una mujer a convertirse en madre subrogada (Guerra, 2017). Si esto es así, como lo plantea Guerra (2017), en el desarrollo del acuerdo de maternidad subrogada, el consentimiento de la madre no es un típico caso de decisión autónoma (Guerra, 2017), pues, por ejemplo, para las mujeres en extrema pobreza es difícil rechazar la oferta de grandes sumas de dinero, lo cual puede representar un tipo de coerción. En una posición similar, Candal (2010) explica que la libertad reproductiva expresada en la autodeterminación sobre su derecho a decidir sobre su propio cuerpo es cuestionable en los casos en que la maternidad subrogada se convierte en una opción laboral, cuando por el contexto económico y social se ve obligada a tomarlo como empleo para su subsistencia.

¹⁰ El término bioética neoliberal es un término compuesto. En primer lugar, la bioética puede ser entendida como la “ética de la vida” (Campos, 2002, p 387), mediante esta se reflexiona sobre la forma de ejercer la libertad, los derechos colectivos e individuales, y la responsabilidad del ser humano con lo viviente, (Campos, 2002). Y, en segundo lugar, el término neoliberal hace referencia a “un modelo económico y político impuesto por el capitalismo a partir de los años 80 del siglo XX” (Mori, Madruga y González, 2010, párr. 1) en general se articula bajo la consigna de que el mercado debe funcionar libremente. Una de las manifestaciones de este modelo son las privatizaciones, el comercio globalizado, los altos niveles de pobreza, exclusión y desigualdad social, y la destrucción del medio ambiente (Mori, Madruga y González, 2010).

García y Cayuela (2020) también ponen en duda que exista un consentimiento informado por parte de la madre gestante, entre tanto señalan que, en la relación generada por el acuerdo, la igualdad es meramente formal. Esto debido a que no existe igualdad real, pues, los diferentes contextos en los que se lleva a cabo la maternidad subrogada atienden a prácticas de explotación y subordinación patriarcal. Desde esta perspectiva, si el análisis se basa solamente en la lógica “del contrato entre individuos libres, iguales e independientes’ (...) [se] abre la posibilidad de que no se tengan en cuenta las condiciones estructurales de las relaciones económicas, sociales, políticas y culturales que inciden en las decisiones.” (Fanlo, 2017, p. 46).

Al respecto, una investigación llevada a cabo en la India revela que más del 90% de las madres sustitutas no reciben copia alguna del contrato que suscriben ni mucho menos participan en su elaboración. Además, ante el analfabetismo que caracteriza a esta población, terminan siendo las clínicas las que deciden las condiciones contractuales a las que se someterán las mujeres que suscriban acuerdos de maternidad subrogada. Muchas madres gestantes se ven obligadas a vivir en albergues lejos de su familia durante el proceso de gestación, con el fin de ocultar su condición o por simple solicitud de los padres intencionales. En estos lugares suelen imponerse una serie de restricciones, a las madres gestantes, en cuanto a su alimentación, visitas, actividades e incluso se les prohíbe cualquier contacto sexual. Esta situación también se encuentra respaldada en estudios en otros países (Gupta y Chaturvedi, 2020).

En una posición contraria, Shalev (1989) sostiene que las decisiones reproductivas de una mujer embarazada deben ser tratadas con respeto, sea cual sea la decisión, a menos que se trate de una decisión inequívocamente irrazonable. Para algunos el sostener el argumento de explotación resulta en una postura paternalista que subestima la capacidad de la mujer para

decidir (Lamm, 2012), “viola el derecho de las mujeres a la autodeterminación y refuerza el estereotipo negativo de la mujer como incapaz de brindar un consentimiento racional” (Lamm, 2013, p 281).

Además, el restringir este tipo de contratos no asegura que la práctica comercial deje de presentarse, por ejemplo, en China, a pesar de que se prohíbe la celebración de contratos de maternidad subrogada comercial, se estima que más de diez mil niños al año nacen a través de este método. Una situación similar se presenta en India, pues, aunque existe desde el 2015 la prohibición de la subrogación transnacional, la práctica continúa desarrollándose, trasladando a las madres subrogadas a Nepal y Kenia para eludir la ley. Las situaciones descritas traen como consecuencia que las madres gestantes no puedan exigir protección (Gupta & Chaturvedi, 2020). Lo anterior también ha sido contemplado por Shalev (1989) quien sostiene que se deben legalizar los acuerdos de gestación por sustitución comercial, pues de lo contrario, la madre subrogada no tendrá acción contra la otra parte contratante en el caso de que se niegue a cumplir con alguna de las obligaciones establecidas en el contrato, entre ellas, la remuneración pactada.

En una misma línea de análisis, Donato (2005) haciendo una interpretación de la posición de Carmel Shalev, plantea que la reglamentación contractual de la maternidad subrogada a título oneroso es un factor determinante para celebrar este tipo de acuerdos, y precisamente al cuantificar económicamente su actividad procreadora, la madre subrogada ejerce la máxima manifestación de libertad. Shalev (1989) cuestiona los argumentos en contra de la maternidad subrogada comercial relacionados con la comercialización de la actividad reproductiva y la mercantilización de la vida humana con el fin de catalogar de involuntaria la decisión o elección que realiza la madre gestante. En general, rechaza este tipo de argumentos por ignorar la actividad económica que envuelve las relaciones biológicas y

no biológicas entre padres e hijos. Especialmente se opone a que se limite la libertad de la mujer para negociar el valor económico de su trabajo reproductivo y el control de sus recursos corporales, con base en sensibilidades moralistas.

En una línea de argumentación similar, desde algunas posturas del feminismo, la maternidad vista como un trabajo típico puede ser una forma de desafiar el papel tradicional de la mujer y transgredir fronteras; para algunos es una situación similar a los movimientos que exigen salarios por las tareas del hogar (tareas domésticas y crianza de los hijos). Además, sostienen que la madre no está vendiendo su cuerpo para que alguien lo use, sino que son las mismas mujeres gestantes las que deciden prestar sus servicios alquilando sus vientres, haciendo uso de su propio cuerpo para satisfacer los deseos de terceros. Sería entonces incorrecto prohibir a las mujeres ser madres sustitutas, en el entendido que son capaces, competentes y pueden consentir en el marco de su derecho a la autodeterminación sobre su propio cuerpo (Ekman, 2013).

Otra de las controversias que se presentan en el contexto de la maternidad subrogada, es el del turismo reproductivo. Dado a que actualmente son pocos los países que aceptan este tipo de contratos de carácter oneroso, los padres intencionales han optado por desplazarse a países con menos restricciones dentro de sus legislaciones, con el fin de acceder a esta técnica de reproducción asistida y posteriormente regresar a su país de origen. Esta situación ha provocado una gran inseguridad jurídica, pues, por ejemplo, se han presentado un número considerable de casos en que los padres intencionales han enfrentado problemas al intentar que en su país de origen se reconozcan los efectos jurídicos de los acuerdos de maternidad subrogada celebrados en el extranjero (Esparza, 2020).

1.2. Praxis del contrato de maternidad subrogada comercial

Con el fin de cumplir el objetivo de determinar la interpretación del concepto de autonomía reproductiva en relación con la maternidad subrogada adoptado en diversos ordenamientos jurídicos, es fundamental acudir específicamente a algunos de ellos. Entre los países que admiten la posibilidad de que se acuerde una contraprestación económica en la celebración de acuerdos de gestación por sustitución se encuentran: Rusia, Ucrania, México, Georgia, y algunos estados de Estados Unidos. A continuación, analizaremos entonces algunos de estos ordenamientos jurídicos.

1.2.1. Maternidad subrogada en Rusia.

El modelo de regulación ruso de la maternidad subrogada implementa el tipo comercial. La autonomía reproductiva de la mujer gestante expresada en la existencia de un consentimiento real informado se restringe en la medida en que si se encuentra casada debe contar con el consentimiento de su esposo para celebrar el acuerdo, es decir, su voluntad no es concebida como total y suficiente. Y frente a la otra manifestación de la autonomía reproductiva desde el enfoque comercial, es decir, el beneficio económico que surge del acuerdo; en la ley rusa hay un vacío legal en cuanto a la remuneración de este tipo de contratos y en la práctica suelen llevarse en privado para evitar impuestos y posibles cobros por controversias que se puedan suscitar, en este sentido, las partes tienen la libertad de estipular el monto de la remuneración, sin embargo, no hay un mecanismo que asegure que la madre gestante reciba la remuneración y tampoco es posible verificar las condiciones en las que la reciba.

En Rusia, el tema de gestación por sustitución se encuentra regulado a través del Código de Familia de la Federación Rusa de 1996, la Ley Federal de Salud, la Ley Federal

sobre los actos de Registro del estado civil de 1997 y la Orden n.67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación de Rusia sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina (Lamm, 2013).

Dentro de la Ley Federal de Salud de 2011 en el artículo 55 numeral 9 se define la maternidad subrogada o gestación por sustitución como la gestación y el nacimiento de un niño en virtud de un acuerdo celebrado entre una madre sustituta (una mujer que da a luz un feto después de la transferencia de un embrión de donante) y los padres potenciales, cuyas células germinales se utilizaron para la fertilización, o una mujer soltera, para la cual tener un hijo y dar a luz es imposible por incapacidad médica.

Ahora bien, los requisitos establecidos para acceder a esta técnica se resumen principalmente en el artículo 55 numeral 10 de la Ley Federal de Salud de 2011. Esta disposición contempla que en Rusia sólo se admite la gestación por sustitución gestacional, por lo que la gestante no podrá aportar sus gametos. En el mismo artículo se establecen otros requisitos que debe cumplir la mujer gestante; entre ellos: que exista consentimiento voluntario por parte de ella, que cuenten con el consentimiento del esposo (en caso de que sea una mujer casada); que tenga entre 20 y 35 años, que goce de buena salud física y psíquica y que tenga, aunque sea un hijo propio sano.

Respecto de los pagos a la madre subrogada por parte de los padres intencionales, como ya se mencionó, no se encuentra una estipulación específica en la regulación rusa.

las partes en general tratan de hacerlo de forma oculta; en primer lugar, porque no está claro cómo podría ser aceptado e interpretado por los tribunales en caso de controversia, y, en segundo lugar, porque dicho pago es un ingreso para una gestante, y consecuentemente está sujeto a impuestos. Estas dos consideraciones pueden, en

gran medida, explicar por qué las partes prefieren mantener los acuerdos en privado y, si hay algún problema, resolverlos en silencio y no ir a los tribunales. (Lamm, 2013, p.174)

En cuanto al procedimiento de filiación, el Código de Familia, en el artículo 51, numeral 4, párrafo 2; exige el consentimiento de la gestante para que los padres intencionales sean inscritos como padres del menor, pues se presume la filiación entre este y la mujer que lo dio a luz. En estos casos, los comitentes deberán aportar una declaración médica que confirme que la gestante otorgó su consentimiento para que el menor sea registrado como su hijo. Sumado a lo anterior, los comitentes deberán cumplir con los demás requisitos establecidos para cualquier registro común y posterior a esto, serán registrados como padres legales y gozarán de los mismos derechos y deberes que la ley otorga a los menores concebidos de manera natural (Lamm, 2013).

En el caso de que la gestante se niegue a dar su consentimiento para el registro del menor como hijo de los comitentes, ella será registrada como la madre legal y si está casada, su esposo se tendrá como padre legal del mismo (Lamm, 2013), pues la regulación establece que la mujer sólo puede actuar como gestante si cuenta con el consentimiento previo y por escrito de su esposo (Ley Federal de Salud de 2011).

El artículo 52, párrafo 3 del Código de Familia establece que ni las parejas ni la gestante que hayan celebrado un acuerdo de gestación por sustitución podrán referirse a esta circunstancia para impugnar la maternidad o la paternidad después de hacer el registro de los padres en el registro de nacimiento; es decir que, una vez realizado el proceso de inscripción de los comitentes en el certificado de nacimiento del menor estos serán los padres legales y ni ellos podrán renunciar a esta condición.

Por otro lado, la legislación rusa contempla que cada mujer decide por su cuenta el tema de la maternidad y que la interrupción del embarazo se lleva a cabo a petición de la mujer con consentimiento informado voluntario (Artículo 56 de la Ley Federal de Salud de 2011); por ende, los acuerdos de maternidad subrogada no pueden restringir a la gestante en su facultad de interrumpir su embarazo (Lamm, 2013).

De acuerdo con el artículo 55, numeral 3 de la Ley Federal de Salud de 2011, pueden recurrir a estas técnicas parejas heterosexuales casadas o no casadas, siempre y cuando manifiesten su consentimiento informado para la intervención médica. De igual forma se permite que una mujer soltera acceda también a la gestación por sustitución, sin embargo, no existe disposición expresa sobre la situación de los hombres solteros.

Sobre el punto anterior, el Tribunal de Distrito de Smolninsky de San Petersburgo, en sentencia del 4 de marzo de 2011 en el *Caso civil No. 2-1601/11*, el juez T.P. Matusyak declaró ilegal la negativa del Departamento de Registro Civil a registrar el nacimiento de los primeros gemelos "sustitutos" en San Petersburgo, nacidos de un padre soltero, pues a pesar de que la legislación vigente no regula expresamente este asunto, para el Tribunal es necesario recurrir a la analogía y hacer uso de las normas del derecho de familia, en razón de que la ausencia de normas legales, no puede significar una vulneración a los derechos de los hijos y su padre. Por lo anterior, el Tribunal concluye que las disposiciones del artículo 5 del código de familia de la federación rusa, que regula el procedimiento para la inscripción de un hijo nacido como consecuencia de acuerdos de subrogación, aplican por analogía tanto para un matrimonio como para un padre soltero (Svitnev, 2017).

1.2.2. Maternidad subrogada en India.

En el caso de India, se permitió la subrogación comercial durante mucho tiempo (2002-2018), desde el 2016 se ha intentado realizar un tránsito a la modalidad altruista. Durante este intervalo temporal, fue el destino principal de los padres intencionales para llevar a cabo estos contratos debido a las condiciones flexibles en los trámites y requisitos, y los bajos costos en comparación a otros lugares. Sumado a lo anterior, como se ha mencionado a lo largo de este trabajo, en India hay altos niveles de analfabetismo y pobreza, lo cual implica que las mujeres no participan en la elaboración de estos acuerdos y no son realmente conscientes de las obligaciones que contraen, esto afecta negativamente la autonomía reproductiva de la mujer gestante entorno al requisito del consentimiento real informado y podría llegar a crear una situación de inseguridad respecto del pago, sobre este punto, el de utilidad económica también hay que tener en cuenta que quienes suelen recibir la mayor parte de remuneración son las agencias intermediarias.

Por todo lo descrito, desde el 2016 se incentivó un proyecto de ley para contrarrestar los efectos de esta práctica y evitar la explotación de las mujeres gestantes. Esta ley fue aprobada en el 2018 en la Cámara Baja del Parlamento de la India (Lok Sabha) y en su contenido restringe el acceso a esta práctica a extranjeros, sólo se puede dar con personas que cuentan con un vínculo afectivo o familiar con la subrogada y se prohíbe la gestación comercial. No obstante, se han presentado casos, en los que las subrogadas son trasladadas a lugares que permiten la subrogación comercial, para eludir estos nuevos límites, por lo que es claro que la implementación de la modalidad altruista no soluciona los problemas relacionados con la autonomía reproductiva que inciden en los derechos de la madre subrogada. En cuanto a la utilidad social en el contrato altruista en India, además de los

traslados mencionados, pueden existir presiones familiares y sociales que impactarían en la voluntad de la gestante.

Desde el 2002 la gestación por sustitución fue una práctica frecuente en India sin regulación específica sobre el tema, se regía por disposiciones como las Guías nacionales para la acreditación, supervisión y regulación de Clínica de técnicas de reproducción humana asistida en el país (Lamm, 2013).

Dentro de los requisitos que se estipulan en estas guías se encuentran los siguientes: la madre gestante debe ser menor de 45 años, someterse a pruebas de VIH, puede actuar como tal máximo 3 veces, debe ser de la misma generación de la pareja comitente en el caso de que sea pariente de aquellos. La gestante no puede ser también la donante de óvulos de la pareja comitente. En este caso, no se presume filiación o derecho parental alguno entre la gestante, los donantes de esperma u óvulos y el menor, sino que se considera que este último es hijo legítimo de la pareja comitente y así queda consignado en el certificado de nacimiento, siempre que aporten su material genético y así lo demuestran a través de una prueba de ADN (Lamm, 2013).

Ahora bien, si sólo el comitente hombre aportó sus gametos y se recurrió a una donante de óvulos o si sólo el comitente hombre aportó su material genético y los óvulos fueron aportados por la gestante (GS [gestación por subrogación] tradicional), entonces el certificado de nacimiento se expide a nombre del comitente y la gestante. No obstante, se han reportado casos en los que el comitente es un hombre solo, y el certificado de nacimiento se ha expedido con su nombre sin mencionar a la gestante. (Lamm, 2013, pp.179-180)

Frente a los comitentes, el único requisito contemplado en las guías es que estos no puedan llevar a término un embarazo. Además de compensar a la gestante los gastos asociados al embarazo y el periodo post parto, las guías admiten que los comitentes den una remuneración a la gestante, cuyo monto será determinado de común acuerdo entre las partes (Lamm, 2013).

India se convirtió en un destino al que recurren frecuentemente extranjeros para llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución; sin embargo, diversos problemas se suscitan en torno a esto debido a que en India no se concede la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que, si al menor no se le confiere la nacionalidad del país de origen de sus padres, tendría un estado de “apátrida” (Lamm, 2012, p. 23).

Uno de los casos más paradigmáticos que ocurrió en India es el caso Baby Manji en 2008. En este caso una pareja de japoneses suscribió en este país un acuerdo con el objeto de “transferir a la gestante embriones creados con esperma del cirujano ortopédico Ikufumi Yamada y el óvulo de una tercera mujer” (Bartolini, Pérez y Rodríguez, 2014, p 21). La pareja decidió divorciarse y un mes después, nace la menor concebida mediante esta técnica que para ese momento “tenía tres ‘madres’: la madre solicitante, la madre genética y la madre gestante” (Bartolini, Pérez y Rodríguez, 2014, p21). Yuki Yamada, quien fue la madre intencional, rechazó hacerse cargo de la menor ya que para ella, tras el divorcio, no existía ningún vínculo legal, biológico o genético con ella. Mientras que el padre de la menor y su abuela sí pretendían su custodia. Al final la menor fue entregada a su abuela paterna debido a que a su padre se le acusó de tráfico de infantes (Bartolini, Pérez y Rodríguez, 2014).

En el 2018, se aprueba por de la Cámara baja del Parlamento Indio un nuevo proyecto de ley denominado The Surrogacy (Regulation) Bill. Esta nueva regulación, en el capítulo tercero introduce mayores restricciones a los comitentes para recurrir a la gestación

subrogada en este país, entre ellas, que ahora los padres intencionales deben ser ciudadanos indios, conformar una pareja heterosexual casada desde hace al menos cinco años y tener un rango de edad de hasta 50 años las mujeres y 55 los hombres. Así mismo queda prohibida la subrogación comercial, permitiendo únicamente que la madre subrogada sea pariente cercana de los comitentes y acceda a llevar a cabo esta técnica sólo con fines altruistas.

Frente a la madre gestante, existen también nuevos requisitos que deberá acreditar, entre ellos que sólo pueden ser madres subrogadas las mujeres que tengan entre 25 y 35 años y que tengan al menos un hijo propio. Ahora la gestante no podrá aportar sus propios gametos ni ser madre sustituta más de una vez en la vida (The Surrogacy (Regulation) Bill, 2018).

Aun cuando existe esta nueva ley, actualmente, India es el país donde más acuerdos de gestación subrogada comercial se realizan debido a sus bajos costos. Aunque está prohibido la modalidad comercial y se exige la ciudadanía india en los textos normativos, en la práctica, este país sigue siendo el destino favorito de los padres intencionales, principalmente por el bajo precio total del procedimiento (Gupta y Chaturvedi, 2020).

1.2.3. Maternidad subrogada en Estados Unidos

De forma general en el caso de los Estados Unidos la regulación en la materia tiene su origen en la ley y en las decisiones judiciales, desde estas dos fuentes se ha establecido una serie de reglas y principios que buscan principalmente fijar derechos y deberes sobre temas de filiación y custodia del menor y garantías para las partes del contrato.

En algunos de los estados que regulan y permiten la subrogación comercial, el consentimiento real informado está garantizado por dos requisitos especiales, la exigencia de un abogado independiente para ambas partes que debe ser pagado por los padres intencionales y una consulta con un profesional en salud mental para la madre gestante. Sin

embargo, la exigencia del consentimiento del cónyuge de la madre gestante para llevar a cabo el contrato denota una omisión a la voluntad de esta.

Frente a la utilidad económica del contrato de maternidad subrogada, en aquellos estados regidos por la Uniform Parentage Act (Ley Uniforme de Paternidad), los acuerdos deben contener la información clara y suficiente sobre cuál de los padres intencionales efectuará los pagos tanto a la madre gestante como respecto de los procedimientos médicos que se requieran y los gastos del menor. No existe regulación específica sobre el monto de remuneración. La regulación de la Uniform Parentage Act es una de las regulaciones más completas de las analizadas durante esta investigación, sin embargo, la discusión sobre la objetivación, la medicalización y la mercantilización siguen siendo un problema.

En Estados Unidos los diferentes estados han regulado la gestación por subrogación de formas muy distintas (Lamm, 2013, Quinlan, 2013), esto atiende a que la facultad de adoptar leyes sobre la paternidad se encuentra en cabeza de los estados; en ese sentido, en el desarrollo de la soberanía estatal, no existe “ninguna ley federal o reglamento que contemple la G.S [gestación por subrogación] y filiación de los hijos resultantes, ya sea positiva o negativamente” (Lamm, 2013, p. 186).

Según Lamm las posiciones que han tomado los estados pueden categorizarse de la siguiente forma: en la primera categoría aquellos estados que mediante leyes específicas sobre la maternidad subrogada han decidió prohibirla o permitirla, lo cual provoca una subcategorización entre los estados que la prohíben y los que la permiten. La segunda categoría incluye a los estados que no tienen leyes que la regulen, pero que cuentan con tribunales que se han pronunciado sobre el tema. Y en la tercera categoría se encuentran los estados que no tienen ni leyes ni jurisprudencia al respecto (2013). Dentro de esta última categoría se incluyen estados como “por ejemplo Alaska, Alabama, Colorado, Delaware,

Idaho, Georgia, Kansas, Kentucky, Minnesota, Maine, Montana, Mississippi, Missouri, Oregon, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Wisconsin y Wyoming” (Lamm, 2013, p. 186).

Dentro la primera categoría están los estados que prohíben la maternidad subrogada, entre estos, Arizona y el distrito de Columbia en los cuales estos contratos no son válidos, específicamente en Columbia estos contratos son nulos e inaplicables, además las partes pueden ser condenadas a una multa de hasta \$10.000 dólares, hasta un año de cárcel o ambas, (Quinlan, 2013), Michigan que estipula como delito la participación en este tipo de acuerdos, y Nueva York y Nebraska que contemplan la prohibición sólo en los casos en los que exista una retribución económica (Lamm, 2013). También en la primera categoría se encuentran los estados que permiten la maternidad subrogada como por ejemplo Texas y Utah que adoptaron las disposiciones de la Uniform Parentage Act.

De acuerdo con esta ley, actualizada en el 2017, en el marco de un acuerdo de gestación subrogada se deben cumplir requisitos relacionados al tipo de subrogación, esta debe ser sólo en el tipo gestacional; a las edades de las partes, tanto los padres intencionales como la madre subrogada deben haber cumplido 21 años; la madre subrogada además debe haber dado a luz previamente a al menos un hijo, y someterse a una evaluación médica y psicológica (Artículo 802, literal a). También, en caso de que la madre subrogada tenga cónyuge, debe contar con su consentimiento por escrito y firmado (Artículo 803, numerales 3 y 4). Los padres intencionales deben pagar a la madre subrogada una representación legal independiente (Artículo 803, numeral 8) con el objetivo de que la madre subrogada conozca lo relacionado con los términos del acuerdo y las posibles consecuencias legales de este (Artículo 802, numeral 4). El acuerdo debe permitirle a la madre subrogada tomar las decisiones sobre todo lo relacionado con su salud y su bienestar. Esta estipulación no afecta el

derecho de la subrogada a interrumpir su embarazo (Artículo 804, literal a, numeral 7), pues se trata de un derecho constitucionalmente protegido.

Según Lamm (2013) Illinois es una de las regulaciones más permisivas en cuanto a la maternidad subrogada en Estados Unidos, el propósito de la legislación fue la protección de las partes involucradas en estos contratos y de los niños nacidos como resultado del acuerdo. La ley contempla y “protege a las parejas casadas, no casadas y a las personas solas” (Lamm, 2013, p. 187). En esta regulación el acuerdo no necesita de la intervención de un juez para tener validez y los padres intencionales se convierten en padres legales desde el nacimiento del menor, y son los abogados de las partes quienes verifican el cumplimiento de las disposiciones legales en el acuerdo (Lamm, 2013).

En Virginia, también se permite legalmente la celebración de estos acuerdos, a diferencia del estado de Illinois, si se estipula como requisito la autorización del juez. Para conceder esta autorización, el juez evalúa la idoneidad y la condición económica de los padres intencionales, verifica también que la madre subrogada haya cumplido 21 años, se encuentre casada, que cuente con la firma de su cónyuge dentro del escrito del acuerdo, que las partes involucradas hayan pasado por exámenes médicos y psicológicos, entre otros requisitos (Lamm, 2013). Además, Virginia también establece un requisito adicional de que al menos uno de los padres intencionales debe estar relacionados genéticamente con el menor que nace en virtud del acuerdo de subrogación para que este sea exigible (Stanley, 2018).

En la segunda de las categorías respecto de la maternidad subrogada, como ya se mencionó, están aquellos estados en los que no existe legislación, pero sí desarrollo jurisprudencial sobre el tema. Por ejemplo, Carolina del Sur, Pensilvania, Massachusetts y Ohio han permitido la subrogación comercial (Lamm, 2013). En California fue así hasta el

2012, momento en el que se codificaron los acuerdos de subrogación, ley que entró en vigor en el 2015. En esa regulación se estipulan una serie de requisitos como la representación legal de cada una de las partes en el contrato y la disposición acerca de que, si este contrato se ejecuta, la madre subrogada renuncia a cualquier derecho de maternidad legal (Goldberg, 2016). Los contratos se consideran presuntamente válidos y no pueden ser rescindidos o revocados sin una orden judicial (*Caso C.M. v. M.C.*, 2017).

2. Maternidad subrogada altruista

2.1. Contextualización del contrato de maternidad subrogada en la modalidad altruista

En los países donde existe un marco jurídico sobre el tema, han establecido que la maternidad subrogada o gestación por sustitución, como ya se ha mencionado, pueda ser llevada a cabo bajo dos modalidades: la comercial y la altruista. En este capítulo se tratará la modalidad altruista; en un primer momento se analizarán algunas posiciones teóricas frente a esta modalidad de contrato y la relación con el concepto de autonomía reproductiva, para luego, en un segundo momento, revisar la regulación de ciertos países que permiten la maternidad subrogada en su forma altruista y el alcance y la interpretación que le han dado al concepto de autonomía reproductiva.

Esta modalidad altruista, como ya se ha explicado, es aquella que se da en los casos en los que no hay contraprestación económica para la madre gestante por su servicio. Este tipo de acuerdo regularmente es más aceptado que el tipo comercial, entendiendo que admitiéndolo en las regulaciones se “puede exigir la gratuidad y perseguir la solidaridad” (Scotty, 2015, p. 216). Sin embargo, llegar a esta conclusión no es tan simple cuando se trata de un fenómeno tan complejo como la maternidad subrogada. Por ejemplo, para García y Cayuela (2020) el desarrollo del acuerdo altruista se da genuinamente sólo en los casos en

que existe una relación entre personas que se conocen y comparten lazos afectivos, y aunque formalmente se prevé la posibilidad de que se dé entre personas no conocidas, en la práctica es difícil que esto suceda y llegan a la conclusión de que los casos en los que se presente “podría[n] entenderse como una situación excepcional que justificaría la G.S. [gestación subrogada] altruista con el deseo de ayudar a parejas estériles de manera desinteresada por parte de algún familiar o persona con vinculación afectiva” (Cayuela y García, 2020, p. 31).

Para algunos autores, aun cuando se trate de personas relacionadas y con vinculación afectiva, pueden existir presiones, como las familiares, que pueden afectar la decisión de la madre subrogada, de tal modo que la elección de consentir el acuerdo sea influenciada e incluso, forzosa (Lamm, 2012, p. 6). La alternativa de la modalidad altruista puede crear la expectativa de que las mujeres están constantemente disponibles para participar en un trabajo si se les presiona. Por ejemplo, en contextos en los que la familia es una institución muy importante y en las que sus miembros sean muy unidos existe una alta probabilidad de que mujeres de la familia sean culpadas o forzadas a una subrogación altruista (Gupta & Chaturvedi, 2020).

En una crítica más amplia sobre el contrato de maternidad subrogada, Ekman (2015) sostiene que, en la modalidad altruista, al igual que sucede en la comercial, se funcionaliza a la mujer (la funcionalización es lo que precede a la comercialización) y “es reducida a un contenedor” (Ekman, 2015, p. 179). De acuerdo con esta autora, esto funciona de la siguiente forma:

Para que algo sea vendido como entidad independiente del vendedor, primero debe constituirse como función independiente. Lo que sucede con la retórica de la

subrogación altruista es que subvierte principios y habitúa a las personas a asociar el embarazo con algo que una mujer puede prestar a otros. (Ekman, 2015, p. 179)

Para ejemplificar lo explicado por Ekman, es preciso analizar el argumento que algunos autores usan para defender la maternidad subrogada altruista; el de la analogía entre la maternidad subrogada y la donación entre vivos, quienes apoyan esta idea sostienen que es posible que se admita la donación de la capacidad de gestar para quién carezca de esta, asumiendo los riesgos del procedimiento que se requiera, sin ningún tipo de compensación y con la única motivación de ayudar a quien lo necesite. Esto evitaría que hubiera explotación para la madre gestante (Bellver Capella, 2017).

Para Bellver Capella (2017) este argumento no es tan sólido, primero porque la maternidad subrogada es un proceso que afecta a la mujer desde que comienza la preparación para quedar embarazada, se prolonga por el tiempo de gestación y además sus efectos acompañan a la mujer durante toda su vida, estos efectos pueden ser sobre su salud, su aspecto y su estilo de vida, mientras que la donación de un órgano es una acción con una connotación más puntual.

Segundo porque en la donación de un órgano no hay necesariamente una relación de dependencia con quien lo va a recibir, mientras en la maternidad subrogada habrá decisiones respecto al desarrollo del embarazo que pueden contraponer los deseos de los comitentes y los deseos de la madre gestante. Y tercero porque las consecuencias de ambas acciones son diferentes, por un lado, en la donación de órganos el fin es preservar la vida de una persona o mejorar considerablemente sus condiciones de vida, y por otro lado, la maternidad subrogada, a pesar de que puede tener un gran impacto en la vida de los padres comitentes, el hecho de

no ser padres de hijos que estén conectados genéticamente con ellos no conlleva a una afectación en la continuidad de su vida (Bellver Capella, 2017).

Entre los países que cuentan con regulación sobre la gestación por sustitución, la mayoría permiten la celebración de este tipo de acuerdos de manera altruista bajo el argumento de proteger a las mujeres de más bajos recursos de la explotación. Algunos prohíben cualquier tipo de compensación económica y otros son más permisivos y toleran sólo el pago de los gastos incurridos por la gestante (Esparza, 2020).

Frente al argumento anterior, sobre la implementación de la modalidad altruista y no la comercial para la protección de las mujeres y evitar la explotación, hay diferentes autores que cuestionan que esto funcione así. Por ejemplo, como ya se mencionó, García y Cayuela (2020) no concuerdan en que esta tipología se pueda llevar a cabo cuando no se trate de personas conocidas y con vínculos afectivos, pues la mayoría de conclusiones sobre la maternidad subrogada altruista así descrita es que la legalización de la “altruista lleva, inevitablemente, a la comercial” (García y Cayuela, 2020, p. 32), para explicar este argumento presentan el caso de Grecia, país en el que la maternidad subrogada está legalizada desde el 2002, explican que este tipo de contratos

(...) al parecer esconderían algún tipo de pago, más allá de los supuestos gastos derivados de la gestación y el parto (...) lo que podría además ocultar casos de explotación. De hecho, la mayor parte de las mujeres gestantes en Grecia son de origen extranjero, muchas de Europa del Este, aunque residentes en el país heleno, y de hecho es frecuente que estén empleadas como trabajadoras domésticas por las personas o los familiares subrogantes.” (García y Cayuela, 2020, p 32)

En una línea de análisis similar, Ekman (2015) sostiene que permitir la altruista no lleva siempre a que se evite la comercial. Expone que aun cuando en Gran Bretaña se permita de forma altruista y en muchos estados de Estados Unidos sea legal la comercial, esto no evita que se fijen en países extranjeros que tienen regulaciones más flexibles y en los cuales los procedimientos para llevar a cabo la subrogación y compensación económica para la madre subrogada son menos costosos.

Sobre el contrato maternidad subrogada, Pateman (1995) refiere que las implicaciones políticas de este serán apreciadas sólo cuando su análisis parta de este contrato como una “nueva forma de acceso y de uso de los cuerpos de las mujeres por parte de los varones” (p. 288), pues uno de los argumentos de defensa de este tipo de contratos es el de que la maternidad subrogada es “un servicio que se ofrece en el mercado por compasión ante la aflicción de las mujeres estériles” (p. 290), y en este sentido, cualquier problema derivado de la participación de los hombres en el contrato y la demanda del servicio no se vea como algo problemático sino que primará la versión de que es un asunto o un problema sobre las mujeres y la oferta del servicio (Pateman, 1995).

Dentro de las legislaciones que permiten únicamente acuerdos de maternidad subrogada en la modalidad altruista se encuentran las de los países como, Reino Unido, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Portugal, Uruguay, Tailandia, Nepal y Camboya, los cuales cuentan con una regulación uniforme sobre la materia. También están algunos países como Australia, Canadá y algunos estados de Estados Unidos de América, que a pesar de permitir la maternidad subrogada sólo si es altruista, cuentan con marcos jurídicos diferenciados en cada entidad federativa respecto al tema. A continuación, analizaremos a detalle algunos de estos sistemas (Esparza, 2020).

2.2. Praxis del contrato de maternidad subrogada altruista

2.2.1. Maternidad subrogada en Reino Unido

Analizando los planteamientos de los ordenamientos jurídicos presentados en relación con la autonomía reproductiva de las madres gestantes, es importantes señalar que, en el caso de Reino Unido, la mujer cuenta con un periodo de reflexión de seis meses contados a partir del nacimiento del menor, pues se presume madre de aquel hasta que otorgue su consentimiento y exista orden judicial parental que establezca la filiación entre los padres intencionales y el niño(a). Esto es una manifestación de la consideración que se le da a la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes que aparentemente pretende garantizar que la madre sustituta esté segura de que ha tomado la decisión correcta y permite que finalmente sea ella quien tome la decisión final sobre si entregar o no al menor. Sin embargo, dicha autonomía también se ve restringida en este ordenamiento al exigir que la madre sustituta cuente con el consentimiento de su esposo (en el caso de estar casada) para llevar a cabo la implantación del embrión o la inseminación artificial.

En Reino Unido se permite la subrogación de la maternidad altruista bajo una serie de limitaciones. Se establece un procedimiento que deberá surtirse para que los padres intencionales obtengan el certificado de paternidad del menor como consecuencia del acuerdo de subrogación celebrado. Los padres intencionales deberán tramitar una orden parental y para concederla los tribunales deben tener certeza de que efectivamente la madre subrogada haya otorgado su consentimiento. El tribunal también debe tener certeza sobre que los solicitantes no hayan realizado pago alguno, y que la madre subrogada no haya recibido dinero u otro beneficio debido al acuerdo o trámite de la orden parental, a excepción de los gastos razonables incurridos por ella en el embarazo; esto con el fin de evitar la

comercialización y explotación de la mujer, sin embargo, no existe regulación sobre los límites de estos “gastos razonables” por lo que se podría eludir la prohibición de pago que existe en este país. En la Surrogacy Arrangements Act de 1985 establece otra restricción, esta relacionada con la actividad de las agencias mediadoras, pues se penaliza la intermediación para concertar un acuerdo de maternidad subrogada y la publicidad de esta práctica (sección 2, capítulo 49).

En el sistema inglés, inicialmente se reconoce la filiación a la mujer que da a luz. La sección 54A de la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 (HFEA) dispone que a la gestante se le debe otorgar un período de “reflexión” de 6 meses para posterior a estos transferir la filiación a los padres comitentes, siempre y cuando estos la soliciten ante los tribunales y si cumplen con las formalidades legales establecidas, a través de la tramitación de una orden parental. Se reemplaza así el certificado de nacimiento donde consta la filiación con la madre que da a luz, por una nueva acta de nacimiento que reconoce la filiación a favor de los comitentes. Si la gestante está casada, su pareja se tendrá como padre del menor a menos que se compruebe que no consintió el acuerdo de gestación por sustitución (Lamm, 2013).

El comitente que no aportó material genético se reconocerá como padre legal del menor y adquiere las obligaciones como tal al ser registrado en el certificado de nacimiento, siempre que la gestante y aquel lo consientan previamente y cuando exista orden parental. De acuerdo con el art. 1 de la ley de adopción e infancia de 2002, los tribunales, para conceder o negar las órdenes parentales, deben tener en cuenta principalmente el bienestar del menor (Lamm, 2013).

La sección 54 de la HFEA consagra los requisitos para el otorgamiento de una orden parental. Esta se otorga, básicamente, cuando el menor está relacionado al menos con uno de los comitentes, y se aporta prueba de ello al tribunal. Además de lo anterior, se exige que los comitentes sean una pareja, que ambos sean mayores de 18 años, y que ambos o al menos uno tenga su domicilio en Reino Unido. También es necesario el consentimiento libre y voluntario de la gestante, el cual se tendrá por válido siempre que sea otorgado seis semanas después del nacimiento del menor. Finalmente, también se requiere que el menor tenga su hogar con la pareja comitente desde la solicitud de la orden, la cual se debe realizar en los 6 meses del nacimiento del niño.

Como se ha mencionado, la ley inglesa prohíbe la subrogación comercial, pero autoriza el pago de los gastos razonables en los que incurra la gestante. Respecto a este punto, la jurisprudencia inglesa ha sido un poco flexible, pues en el caso *L (A menor) 2010 EWHC 3146* los solicitantes celebraron un acuerdo de subrogación comercial en EE.UU, que no era válido en Reino Unido al no cumplir con uno de los requisitos establecidos en la sección 54 de la de la Ley de Fertilización Humana y Embriología de 2008 para el otorgamiento de la orden parental ya que los pagos realizados por los comitentes superaron los gastos razonables; en este caso el juez Hedley precisó que al no existir un concepto claro sobre lo que significa “gastos razonables” es necesario revisar cada caso en concreto.

El enfoque que tomó el juez en este caso es el de presumir que cualquier pago descrito como “compensación” va más allá de los gastos razonables. Sin embargo, gracias a las disposiciones de la sección primera de la Ley de Adopción de 2002, que se incorporan a la sección 54 de la HFEA, el bienestar del menor ya no es lo primero que debe considerar el Tribunal, sino que debe ser lo principal, para conceder la orden parental. Sólo en casos de violación grave a la política pública, del Tribunal podrá negarla, en el resto de los casos

deberá ponderar las consideraciones de política pública y bienestar, fallando siempre a favor del bienestar del menor (caso *L (A menor) 2010 EWHC 3146*).

2.2.2. Maternidad subrogada en Canadá

Canadá permite la maternidad subrogada altruista, admitiendo reembolsar a la gestante únicamente los gastos razonables en los que incurra con ocasión del embarazo. Con el fin de evitar cobros excesivos y que haya mayor transparencia en estos aspectos, se ha establecido como una obligación de la madre subrogada presentar los recibos que soportan sus gastos para solicitar el reembolso de estos, pero, no existe aún una regulación específica sobre cuáles son los gastos reembolsables. Respecto a este punto existe sólo una disposición que prohíbe reembolsar a la madre subrogada los ingresos perdidos relacionados con temas laborales incurridos durante el embarazo, a menos que un médico certifique que constituye un riesgo para la salud o la del embrión si continúa laborando (sección 12 de la Ley de Reproducción Humana Asistida).

En este país se prohíbe ofrecer servicios de maternidad subrogada y otorgar remuneración alguna a agencias intermediarias. Sin embargo, no existe un control sobre la actividad que estas desarrollan, como si existe para las agencias de adopción, lo cual provoca que finalmente, sean las agencias intermediarias las que perciben una gran utilidad económica bajo el discurso de realizar un servicio social altruista. Esto ocasiona que la autonomía reproductiva en el acuerdo altruista manifestada como utilidad social no tenga lugar en de esta modalidad de contrato en Canadá.

En Canadá el tema de gestación por sustitución está regulado en la ley de reproducción humana asistida (*Assisted Human Reproduction Act* de 2004). Dentro de los principios de la ley, el Parlamento canadiense reconoce y declara que, si bien todas las personas se ven impactadas por estas tecnologías, las mujeres más que los hombres se ven

afectadas directa y significativamente por su aplicación, y la salud y el bienestar de las mujeres deben protegerse en la aplicación de estas tecnologías (c).

Dicha ley tiene jurisdicción en todo el territorio canadiense, pero “algunas secciones de la ley no se aplican en una provincia en particular si tanto el ministro Federal de Salud como el gobierno provincial acuerdan que la Legislación Provincial es equivalente a esas secciones” (Lamm, 2013, p. 148); entonces, cada provincia tiene la facultad de otorgarle la validez a estos acuerdos y a las cuestiones relacionadas con la filiación.

Cada provincia tiene su propio método de determinación de la filiación, aunque cabe destacar que la gran mayoría carece de una solución legal expresa que permita definir la filiación tras un acuerdo de gestación por sustitución. Así, por un lado, el Código Civil de Quebec establece explícitamente que los acuerdos de gestación por sustitución son nulos y carecen de personería jurídica. Sin embargo, se recurre a la adopción por consentimiento especial a los efectos de determinar la filiación a favor de los comitentes. Por el otro, Alberta y British Columbia los permiten. (Lamm, pp. 149-150)

El artículo 3 de la ley de reproducción humana asistida, define a la madre subrogada como una mujer que, con la intención de entregar el niño al nacer a un donante u otra persona, porta un embrión o feto que fue concebido mediante un procedimiento de reproducción asistida y derivado de los genes de un donante o donantes.

En torno a este método de reproducción asistida, en la sección 6 de la ley de reproducción humana asistida se establece que queda prohibido ofrecer o aceptar algún pago como contraprestación por los servicios como madre sustituta, sin embargo, es posible reembolsar todos los gastos razonables asociados al embarazo, como lo contempla la sección 12 de la misma ley. También se prohíbe el pago a intermediarios que faciliten los acuerdos y la colocación de anuncios que tengan la finalidad de publicitar tales servicios. Además de lo

anterior, la sección 6 de esta ley establece la prohibición de inducir a una mujer a convertirse en madre sustituta, e incluso se prohíbe al personal médico prestar asistencia a la misma si esta es menor de 21 años.

Contextualizando la situación de la maternidad subrogada en Canadá, en marzo del 2020, CBC News publicó un reporte resultado de tres meses de investigación sobre la falta de supervisión a las agencias intermediarias entre los padres intencionales y la madre gestante en el marco de este tipo de acuerdos. Dada la prohibición de pago como contraprestación a la madre subrogada, lo que se acuerda es un reembolso de los gastos relacionados al embarazo como los alimentos adicionales, ropa, vitaminas, transporte para desplazarse a los controles médicos, entre otros (Glover, Gomez & Clementson, 2020).

En uno de los casos, los padres intencionales, consignaron \$2.000 dólares cada mes como asignación máxima mensual a un fideicomiso creado y administrado por la agencia de gestación subrogada, por lo cual, la madre gestante enviaba los recibos de los gastos a la agencia y esta se encarga de revisarlos y reembolsarlos. Estos padres intencionales dudaban de que los gastos alcanzaran ese monto máximo por lo que solicitaron a la agencia una explicación y su respuesta fue que la política de la agencia era que los recibos no se entregaban sino hasta después del nacimiento (Glover, Gomez & Clementson, 2020).

En otro caso, se facturó a la cuenta fiduciaria de un padre de Ontario \$5,000 dólares en gastos, a pesar de que su madre subrogada abortó en el primer mes y cuando solicitó los recibos se le enviaron imágenes digitales de las facturas que había presentado la gestante. CBC News los revisó y encontró un boleto de lotería, duplicados, más de \$600 dólares en gastos antes de que el padre conociera a su sustituta y casi \$1,700 dólares sin fecha visible (Glover, Gomez & Clementson, 2020).

Frente a esto, durante las entrevistas que llevó a cabo CBC News, las madres gestantes sostienen que intentaron mantener bajos los costos para ayudar a las familias, pero

que la agencia las alentó para que recolectaran los recibos suficientes y así, alcanzar la asignación máxima mensual e incluso, les pedían que recaudaran recibos antes de hacer el contacto con los padres intencionales para un posterior contrato de subrogación.

Cabe destacar que hasta ahora no hay una regulación en Canadá que obligue a las agencias a llevar una revisión transparente sobre estos gastos. Esta es una industria que va en aumento, no hay un análisis completo del número de nacimientos por subrogación, pero con datos voluntarios de algunas clínicas canadienses de fertilidad, se estima que al menos 816 menores nacieron entre 2013 y 2017 por este medio. Además, que los costos totales de llevar a cabo estos acuerdos son de mínimo \$58.000 a máximo \$90.000 dólares (Glover, Gomez & Clementson, 2020).

2.2.3. Maternidad Subrogada en Grecia

En el caso de Grecia, se requiere un permiso judicial previo a la celebración del acuerdo de subrogación para llevarlo a cabo, sin embargo esto no asegura que no existan escenarios de explotación de las madres gestantes, pues diversos casos han demostrado que no hay controles oportunos y suficientes para garantizar que esta práctica se lleve a cabo de forma altruista e incluso se han presentado situaciones de secuestro y explotación de mujeres por parte de grupos criminales que obtienen de estas prácticas grandes beneficios económicos. Esta regulación tiene diversos puntos que pugnan la autonomía reproductiva de la mujer gestante, entre ellos, que no pueda cambiar de opinión pues se presume que la madre legal es la madre intencional que cuenta con permiso judicial y además está obligada legalmente a someterse a exámenes médicos y psicológicos exhaustivos.

En Grecia la maternidad subrogada ha sido regulada principalmente a través de la ley 3089 de 2002¹¹ y la ley 3305 de 2005. En el numeral 9 del artículo 3 de la ley 3305/2005 se define la maternidad subrogada como el caso en el que una mujer queda embarazada o da a luz luego de una fecundación in vitro y transferencia de óvulos fecundados (ajenos a ella), en nombre de otra mujer que desea tener un hijo, sin embargo, no puede concebir por razones médicas. Según el artículo 1 (artículo 1458 del Código Civil) de la ley 3089/2002, la mencionada transferencia de óvulos fecundados y el embarazo se permiten previo permiso judicial siempre que exista también un acuerdo por escrito, sin que medie pago, entre aquellas personas que desean tener el hijo y la mujer que llevará la gestación, y en caso de que esta esté casada, es necesaria también la aceptación del esposo respecto del acuerdo. Además, dicho permiso judicial deberá ser solicitado por la mujer que desea tener el hijo, demostrando las razones médicas por las cuales no puede concebir y que la mujer que va a tener al hijo es médicamente apta para el embarazo.

El artículo 2 (1464 del Código Civil) de la ley 3089/2002 presenta una presunción de maternidad, se entiende que la madre del menor es la mujer a quien se le dio el permiso judicial. En el mismo artículo se estipula la forma de desvirtuar esta presunción a través de una acción que debe ser interpuesta dentro de los seis meses siguientes al nacimiento y puede llevarla a cabo tanto la madre presunta como la madre gestante, sólo en el caso de que se compruebe que el menor es biológicamente descendiente de la madre gestante. Cuando el juez decida que es así, el menor será hijo de la mujer que lo concibió, retroactivamente desde su nacimiento. Tanto este artículo como el descrito en el párrafo anterior (el 1458 del Código Civil) se aplican sólo cuando la solicitante o la madre gestante tenga su residencia o residencia temporal en Grecia (esto según el artículo 17 de la ley 4282 de 2014).

¹¹ La ley 3089 de 2002 modifica parcialmente el Código Civil Griego y a su vez, es modificada parcialmente, en el artículo octavo, por la ley 4272 de 2014.

Además de los requisitos señalados en los artículos anteriores, la ley 3305 de 2005 añade otros. En el artículo 13 se dispone que la mujer gestante y los padres intencionales deben someterse a exámenes médicos (los cuales son para verificar si son portadores de los virus de inmunodeficiencia humana (VIH1, VIH2), hepatitis B y C y sífilis, esto según el numeral 2 del artículo 4 de la ley mencionada) y a una evaluación psicológica exhaustiva (numerales 2 y 3). Además el numeral 4 amplía la información sobre el requisito en el acuerdo escrito de subrogación respecto de la no mediación del pago, en ese sentido, se reafirma que no debe mediar alguna compensación económica y se estipula que no se entienden como compensaciones: el pago de los gastos necesarios para lograr el embarazo, el embarazo y el parto, y tampoco la restitución por cualquier daño incurrido a la mujer gestante en relación a los salarios dejados de percibir con ocasión del procedimiento para lograr el embarazo, el embarazo y el parto.

La ley 3305/2005 también dispone unas sanciones en el marco de la subrogación. En el numeral 8 del artículo 2 estipula que quien participe en el proceso de gestación por subrogación sin cumplir con las condiciones antes señaladas de los artículos 1458 del Código Civil, 8 de la ley 3039/2002 y 12 de la ley 3305/2005, o quién públicamente o mediante la circulación de documentos, imágenes o representaciones anuncie o promueva la adquisición de un hijo a través de una madre subrogada, o que proporcione servicios profesionales como intermediario para cualquier gestación subrogada comercial, o que ofrezca sus servicios o los servicios de otro para este mismo objetivo, será sancionado con una pena privativa de la libertad de al menos dos años y una multa de al menos mil quinientos euros (1.500,00€).

Antes de que se regulara este tema en Grecia, ya había antecedentes jurisprudenciales. Precisamente la Corte de Primera Instancia de Heracleion en el caso n° 31/1999, reconoció que había un vacío legal sobre la maternidad subrogada, se recomendó la creación de una regulación y se “otorgó la adopción de unos mellizos nacidos por GS [Gestación por

Sustitución] a los comitentes, quienes habían aportado su material genético” (Lamm, 2013, p 150). A pesar de la estipulación en el artículo 1 de la ley 3089/2020 (artículo 1458 del Código Civil) sobre el requisito del permiso judicial previo a la transferencia de los óvulos fecundados y el embarazo, en el caso n° 27035/2003, el Tribunal de Primera Instancia de Tesalónica autorizó de forma retroactiva, luego de la implantación en la gestante, el acuerdo de maternidad subrogada. Las razones expuestas por el Tribunal fueron que existían, en el caso particular, cuestiones que provocaron una actuación urgente en las partes involucradas en el acuerdo y el médico que realizó la fecundación in vitro (Lamm, 2013).

Dentro de la ley existe el requisito de que el proceso de autorización del juez sea iniciado por la comitente (la madre intencional), dejando de lado a los hombres solteros. A pesar de esto, en el Caso n° 2827/2008 de la Corte de Primera Instancia de Atenas y el Caso n° 13707/2009 de la Corte de Primera Instancia de Salónica, esta estipulación se catalogó como una medida discriminatoria e inconstitucional, con fundamento en el derecho a procrear, y a la igualdad y a la no discriminación por razones de género. Cabe aclarar en este punto que aún no se le permite el acceso a este contrato a las parejas homosexuales (Lamm, 2013).

Y, por último, respecto de la disposición sobre la imposibilidad de arrepentirse y cambiar de opinión una vez que se haya dado la autorización para el acuerdo y se haya ejecutado la implantación en la madre subrogada, esta sigue vigente y la madre gestante deberá cumplir con las estipulaciones del acuerdo y entregar al menor una vez haya nacido, sin embargo, conserva su derecho a interrumpir el embarazo conforme a los términos de la ley (Lamm, 2013).

Para contextualizar el análisis, se detalla un caso relacionado con el tema, cuyos hechos tuvieron lugar en septiembre de 2019 en Salónica, Grecia, donde se desmanteló un grupo de crimen organizado que estaba involucrado en prácticas de adopciones ilegales, venta

de embriones y maternidad subrogada con compensación económica desde el 2016. De acuerdo con los informes de la policía, las mujeres relacionadas a la subrogación eran en su mayoría provenientes de Bulgaria y Georgia, con residencia en Grecia y con necesidades económicas, y mujeres romaníes que viven en aldeas de escasos recursos cerca de las fronteras entre Bulgaria y Grecia. Además de este caso, la información sobre la maternidad subrogada es limitada. Se tienen ciertos informes sobre que en muchos de los casos las madres gestantes son extranjeras que viven en Grecia, sin embargo, no hay procesos de control adecuados y suficientes que permitan verificar si en el desarrollo de esta práctica las mujeres gestantes no son explotadas (Neofytou, 2019).

Conclusiones

En el marco del contrato de la maternidad subrogada la autonomía reproductiva es un principio, en cuanto es una prerrogativa que indica que la reproducción debe ser una elección autónoma, sin presiones externas; y también es un derecho, en tanto establece que ninguna mujer puede ser obligada a reproducirse. Dentro de su contenido, este derecho incluye: la prohibición de que ninguna persona puede obligar a una mujer a reproducirse y a ser madre subrogada, la facultad de que todas las personas pueden decidir reproducirse libre y espontáneamente y, el derecho que tienen todas las personas, si así lo deciden, a reproducirse y formar una familia.

Desde ambas modalidades de contrato, altruista o comercial, se presenta una desconexión y una mala interpretación del concepto de autonomía reproductiva. En el contrato altruista la mujer gestante sufre una enajenación de sus derechos reproductivos por parte de terceros, aún en los casos en que ella así lo decida, y se pone tanto a ella como a su capacidad reproductiva a disposición de otras personas que la ven como un simple medio útil para conseguir un objetivo. En el caso del contrato comercial, además de que también sucede

lo anterior, se le asigna un precio al cuerpo de la mujer, a su salud, y en general a todo su ser, como también al bebé producto de la subrogación. Todo lo anterior, ligado a los contextos de desigualdad social, económica y cultural, hacen que las decisiones sobre su reproducción, que debían ser tomadas de forma libre y espontánea en base a su autonomía reproductiva, tanto para el caso altruista como para el comercial, se tomen bajo una serie de presiones externas.

Es por ello que es preciso tener como una de las conclusiones de este documento, que ninguno de los contratos estudiados es útil para proteger el derecho a la autonomía reproductiva de la mujer. En ambos contratos existe una objetivación de la gestante, tratada entonces como un medio destinado para alcanzar un fin de terceros. No sólo se trata de que sea considerada como un medio sino, más bien, la madre gestante está asumiendo todos y cada uno de los riesgos que conlleva el embarazo, resultando el término “subrogación” en un eufemismo que esconde una situación de explotación a la mujer, la cual es sometida a la voluntad de terceros (ya sea la voluntad de los padres intencionales o de las clínicas o agencias de reproducción humana asistida), quienes dispondrán de su cuerpo y su vida por un periodo de tiempo (en algunos casos las consecuencias del embarazo en estos términos pueden acompañar a la madre gestante durante el resto de su vida).

Específicamente en la modalidad comercial, además de la objetivación mencionada, existe también una mercantilización tanto de la mujer y su capacidad reproductiva como del menor gestado por subrogación. Aun cuando dentro de la autonomía reproductiva de la mujer, esta tiene la potestad de decidir sobre su vida y su cuerpo, no evita que, en el desarrollo de estos acuerdos, creyendo hacer uso de su libertad, la mujer gestante se ofrezca a un contrato de explotación en donde se vea sometida.

Por otro lado, está la modalidad altruista que se presenta como antítesis y solución al problema de la explotación, no obstante, luego de la investigación, es fácil apreciar que el altruismo no significa que se evite la industria comercial y por ende tampoco, la

mercantilización de la mujer, pues en la práctica se suelen encubrir mediante el contrato altruista transacciones económicas como contraprestación, principalmente para las agencias que sirven como intermediarias entre los padres intencionales y la madre gestante. Es importante resaltar que el problema de la objetivación tampoco encuentra solución en el altruismo, debido a que la mujer gestante se somete al mismo procedimiento con todos sus riesgos en ambas modalidades, pero en la altruista no recibe una contraprestación por todo este proceso, aduciendo a un argumento sin sentido: el hecho de que no se pague o se le pague menos hace que no exista o disminuya la explotación.

Por lo que se puede inferir que en el contrato altruista como se ha implementado en los ordenamientos estudiados, sólo existe un velo de altruismo que encubre la reducción del cuerpo de la mujer a un objeto o la convierte en un sujeto inexistente bajo el discurso de una utilidad social en favor de personas que no pueden concebir en sociedades donde el valor de la mujer no radica en los logros que pueda alcanzar sino por los sacrificios y beneficios que pueda realizar para otros.

La autonomía reproductiva dentro del desarrollo del contrato de maternidad subrogada ya sea altruista o comercial, ha sido presentada como una simple técnica que pretende solucionar problemas de salud (como incapacidad para concebir) y además, como una manifestación de la libertad (como el derecho a abortar), sin embargo, fundamentalmente debe ser entendida en relación con el derecho a conformar una familia y a la salud reproductiva y no debe ser relacionada con un supuesto derecho a la reproducción genética.

Ahora bien, si lo que se pretende es proteger y garantizar el derecho a conformar una familia, la maternidad subrogada no es una opción, en tanto lo que en realidad se aspira es a satisfacer el deseo de reproducción genética, lo cual se traduce en un deseo egoísta que termina convirtiendo a la mujer en un objeto portador de las aspiraciones de una tercera persona. Es por esto por lo que buscando proteger la autonomía reproductiva, se pueden

observar otras formas que suplan la necesidad social de maternidad o paternidad, como, por ejemplo, la alternativa de la adopción, pues se trata de una solución que puede garantizar de mejor forma el interés superior del menor y evitar la objetivación de la mujer.

Teniendo en cuenta la necesidad descrita de proteger el derecho de la autonomía reproductiva, no se puede permitir el vacío legal. Al ser la maternidad subrogada un fenómeno social, el Derecho como instrumento de regulación de acciones sociales debe tener una postura clara y determinada al respecto. En ese sentido, cabe aclarar que no debe existir una hiper-regulación que afecte el desarrollo de la autonomía reproductiva de la mujer gestante y de la autonomía de la voluntad privada de las partes. La regulación debe estar dirigida a la protección de los derechos del menor y de la madre gestante. También debe buscar que existan garantías para todas las partes del contrato, de modo tal que se reduzca el impacto negativo de esta práctica, en especial se debe indagar e investigar herramientas para proteger la autonomía reproductiva de la madre gestante. Por ello, es necesaria también una regulación que permita la existencia de alternativas diferentes al derecho contractual que permitan sobrellevar las afectaciones a la madre subrogada y al menor.

La hiper-regulación de esta práctica o su posible prohibición incentivarían el turismo reproductivo y podría convertirse en una fuente de beneficios económicos para grupos de crimen organizado. Por ejemplo, en los países en los que se legalizó sólo en la modalidad altruista, lo que ha pasado es que algunos nacionales acceden a esta práctica de forma legal en el país donde residen mientras que otros optan por trasladarse a países en los que la regulación contiene menos restricciones, o no existe regulación, o permiten abiertamente la modalidad comercial.

Para finalizar, es indispensable también que en la regulación exista una coherencia entre lo que se pretende proteger y restringir y los controles al desarrollo de esta práctica. No es admisible que en países en los que se prohíba este tipo de contratos en general o su

modalidad comercial, se reconozcan los efectos de estos acuerdos celebrados en el extranjero. Tampoco se puede permitir que aun cuando se prohíben los pagos a intermediarios no exista una supervisión estatal a las clínicas y agencias intermediarias entre padres intencionales y la madre subrogada.

Referencias

- Amador, M. (2010). Biopolíticas y biotecnologías: reflexiones sobre maternidad subrogada en India. *CS*, (6), 193-218. <http://www.scielo.org.co/pdf/recs/n6/n6a08.pdf>
- Alvarez, P. (2017, diciembre 18). El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania. *EL PAÍS*.
https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html
- Assisted Human Reproduction Act [Ley de Reproducción Humana Asistida]. (2004, 29 de marzo). Parlamento de Canadá. Article 3 & 5.
<https://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/A-13.4.pdf>
- Atienza, M. y Ruiz, J. (1991). Sobre principios y reglas. *DOXA* (10), 101-120.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128510>
- Bartolini, M., Pérez, C., y Rodríguez, A. (2014). *Maternidad Subrogada: Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos (EMFR)*. Capricho Ediciones.
https://earlyinstitute.org/wp-content/uploads/2019/02/EMFR_Early-Institute_TEXTO_MAPAS-corregidos.pdf
- Bellver, V. (2017). Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista. *Cuadernos de Bioética* 28(93), 229-244. <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>
- Brunet, L., Carruthers, J., Davaki, K., Kin, D., Marzo, C. y McCandless, J. (2013). El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE. *Departamento temático C, parlamento Europeo*.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403\(SUM01\)_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403(SUM01)_ES.pdf)
- Campos, J. (2002, 6 de noviembre). ¿La bioética y el modelo neoliberal son compatibles? [conferencia]. *Conferencia Lombana Barreneche. XVII Congreso Colombiano de*

Medicina Interna 2002. Bogotá, D.C., Colombia.

<http://www.actamedicacolombiana.com/anexo/articulos/06-2002-03.pdf>

Candal, L. M. (2010). La “maternidad intervenida”. Reflexiones en torno a la maternidad subrogada. *Revista Redbioética/UNESCO*.

<https://redbioetica.com.ar/wp-content/uploads/2018/11/Leila.pdf>

Case C.M. v. M.C. (2017). Supreme Court of the United States.

https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-1487/44751/20180426163111738_Cook%20v.%20Harding%20et%20al.%20Petition%20-%20Refile.pdf

Семейный кодекс Российской Федерации [Código de Familia de la Federación de Rusia] [Ley N 223-FZ de 1995]. (1995, 29 de diciembre). La Federación Rusa.

http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_8982/

De Fazio, F. (2019). Teoría de los principios: fortalezas y debilidades. *Derecho PUCP* (83), 305-327. <http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n83/a10n83.pdf>

Desai, K. (2012, junio 5). *India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection*. The Guardian.

<https://web.archive.org/web/20160505210111/http://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die>

De Vega, P. (1998). El tránsito del positivismo jurídico al positivismo jurisprudencial en la doctrina constitucional. *UNED, Teoría y realidad constitucional*, (1), 65-87.

<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/viewFile/6436/6158>

Donato, F. (2005). ¿Se nace por contrato?. *Revista de derecho privado*, (8), 31-43.

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/605/570>

Ekman, K. E. (2013). *Being and Being Bought. Prostitution, Surrogacy and the Split Self* (S. Martin Cheadle, Trad.). Spinifex Press. (Original work published 2010).

- Ekman, K. E. (2015). *El ser y la mercancía: prostitución, vientres de alquiler y disociación* en La Habana, Cuba: Cenesex.
[https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Kajsa%20Ekis%20Ekman%20-%20El%20ser%20y%20la%20mercanc%C3%ADa.%20Prostituci%C3%B3n.%20vientres%20de%20alquiler%20y%20disociaci%C3%B3n%20\(2015\).pdf](https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Kajsa%20Ekis%20Ekman%20-%20El%20ser%20y%20la%20mercanc%C3%ADa.%20Prostituci%C3%B3n.%20vientres%20de%20alquiler%20y%20disociaci%C3%B3n%20(2015).pdf)
- Esparza, R. (2020). Estados cuya legislación permite la gestación por sustitución sólo si es altruista. En Mercedez, M, *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. (Cáp. séptimo-octavo). Centro de Investigación y Docencia Económicas, A.C.
https://books.google.com.co/books?id=kP8OEAAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=e&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Fanlo, I. (2017). Derechos reproductivos y libertad de las mujeres. Observaciones sobre el debate feminista, *Revista de Derecho Privado*, (32), 29-52.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5020/6008>
- Федеральный закон "Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации"
 [Ley federal Sobre los aspectos básicos de la protección de la salud de los ciudadanos en la Federación de Rusia] [Ley N 323-FZ de 2011]. (2011, 21 de noviembre). La Federación Rusa. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_121895/
- García Capilla, D. y Cayuela Sánchez, S. (2020). Aspectos bioéticos de la gestación subrogada comercial en relación con la madre portadora: el conflicto entre los principios de justicia y autonomía, *Revista de Filosofía*, 45 (1), 27-46.
<https://revistas.ucm.es/index.php/RESF/article/view/57976/4564456553076>
- Glover, C., Gomez, C. & Clementson, L. (2020, marzo 2). Why a lack of oversight of surrogacy in Canada leaves some parents feeling taken advantage of. *CBC News*.

<https://www.cbc.ca/news/health/surrogacy-agencies-expenses-costs-oversight-canada-1.5476965>

Goldberg, M. (2016, febrero 15). Is a Surrogate a Mother?. *Slate*.

http://www.slate.com/articles/double_x/doublex/2016/02/custody_case_over_triplets_in_california_raises_questions_about_surrogacy.html

Gómez, M. (1993). *La fecundación in vitro y la filiación*. Editorial Jurídica de Chile.

https://books.google.es/books?id=N7Bf63O6Uh0C&pg=PA3&dq=fecundacion+in+vitro&lr=&hl=es&source=gbs_selected_pages&cad=2#v=onepage&q=fecundacion%20in%20vitro&f=false

Guerra, M. (2017). Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional, *Dilemata*, 10 (2018), 39-51.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6278543.pdf>

Gupta, M. & Chaturvedi S. (2020, junio 19). *The Indian Ban on Commercial Surrogacy*. Women’s Policy Journal.

https://wpj.hkspublications.org/2020/06/19/the-indian-ban-on-commercial-surrogacy/#_ednref54

Human Fertilisation and Embryology Act 2008 [Ley de embriología y fertilización humana]. (2008, 13 de noviembre). Parlamento de Reino Unido. capítulo 22, Section 54.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54>

Kowitwanij, W. (2011, febrero 3). Thai organisation involved in trafficking in Vietnamese surrogate mothers uncovered. *AsiaNews.it*.

<http://www.asianews.it/news-en/Thai-organisation-involved-in-trafficking-in-Vietnamese-surrogate-mothers-uncovered-20916.html>

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/115984/1/9788447537730%20%28Creati%20Commons%29.pdf>

Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret* (3), 1-49.

https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/909_es.pdf

Ley 3089 de 2002. (2002, 23 de diciembre). Parlamento Helénico. Artículos 1, 2 y 8.

<https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/175735/nomos-3089-2002>

Ley 3305 de 2005. (2005, 27 de enero). Parlamento Helénico. Artículos 2, 3, 4, 11 y 13.

<https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/164338/nomos-3305-2005>

Ley 4272 de 2014. (2014, 11 de julio). Parlamento Helénico. Artículos 1, 2 y 8.

<https://www.kodiko.gr/nomothesia/document/97577/nomos-4272-2014>

Liu, J. & Bice, S. (2021). Surrogacy, social and economic development. *Asian Journal of Advances in Medical Science*, 3(3), 1-21.

<https://mbimph.com/index.php/AJOAIMS/article/view/2069/1846>

Mengual, A. y Wolfe, N. (2016). La maternidad subrogada. *Revista Internacional de Derecho Humanos*, VI(6), 231-251. <https://revistaidh.org/ojs/index.php/ridh/article/view/72/62>

Moreno, J. M. (2020). La “maternidad subrogada” como laboratorio de la biopolítica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 54, 325-352.

<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/9112>

Mori, E. M., Madruga, N. E. y González, L. (2009, 21 de octubre). *Bioética frente al neoliberalismo*. Gestipolis.

<https://www.gestipolis.com/bioetica-frente-al-neoliberalismo/>

Navarro, R. (1998). Los principios jurídicos. Estructura, caracteres y aplicación en el derecho costarricense. *Ivstitia*, (138).

<https://www.ucipfg.com/Repositorio/MCSH/MCSH-03/BLOQUE-ACADEMICO/Unidad-2/lecturas/2.pdf>

Neofytou, K. (2019, octubre 21). Assisted reproduction crime network in Greece highlights need for monitoring surrogacy. *BioNews*. https://www.bionews.org.uk/page_145701

Núñez Vaquero, A. (2009). Teorías críticas del derecho: observaciones sobre el modelo de ciencia jurídica. 413-434.

https://javerianacaliedu-my.sharepoint.com/:b:/g/personal/ivan_martinez_javerianacali_edu_co/EUakNcOa6B5NusjbJ65p_IMBrefQZJvutPNB0kDdpJu8mw?e=IB11fw

Organización de Naciones Unidas . (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*. (A/HRC/37/60).

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/007/74/PDF/G1800774.pdf?>

[OpenElement](#)

Orueta Sánchez, R., Santos Rodríguez, C., González Hidalgo, E., Fagundo Becerra, E. M.,

Alejandro Lázaro, G., Carmona de la Morena, J., Rodríguez Alcalá, J., Campo del

Campo, J., Díez Andrés, M. L., Vallés Fernández, N., y Butrón Gómez, T. (2011).

Medicalización de la vida (I). *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 4(2), 150-161.

http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1699-695X2011000200011

[&lng=es&tlng=es](#).

Pablo, E. (2017). De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia.

Advocatus, 2(29), 179-190.

<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/advocatus/article/download/1661/1928/3841>

[#:~:text=La%20autonom%C3%ADa%20de%20la%20voluntad%20se%20caracteriza](#)

[%2C%20precisamente%2C%20por%20otorgar,p%C3%BAblico%20y%20las%20bue](#)

[nas%20costumbres](#).

Parlamento Europeo. (2015). *Sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2015) y la política de la Unión Europea al respecto*. (2015/2229(INI)).

https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2015-0344_ES.html#title1

Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Editorial Anthropos.

<https://jcguanche.files.wordpress.com/2014/01/131498859-carole-pateman-el-contrato-sexual-1995.pdf>

Pitch, T. (2010). Sex and Gender of and in Law: Legal Feminism. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 435-459.

<https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/515/605>

Puleo, A. (2017). Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo. *Revista europea de derechos fundamentales*, (29), 165-184. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6144005>

Quinlan, A. (2013). Recognizing gestational surrogacy contracts: "Baby-Steps" toward modern parentage law in Maine after Nolan v. LaBree. *Maine Law Review*, 65(2), 807-821.

https://digitalcommons.mainerlaw.maine.edu/mlr/vol65/iss2/24/?utm_source=digitalcommons.mainerlaw.maine.edu%2Fmlr%2Fvol65%2Fiss2%2F24&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

Ritzer, G. (1993). *Teoría Sociológica Clásica* (M.T. Casado Rodríguez, Trad.). McGraw-Hill Inc. (Original work published 1993).

<https://significanteotro.files.wordpress.com/2017/02/47832383-teoria-sociologica-clasica-george-ritzer.pdf>

Rojas, J. C. (2017, septiembre 7). En Colombia se alquilan vientres desde \$5 millones. *El Tiempo*.

<https://www.eltiempo.com/salud/como-funciona-el-alquiler-de-vientres-en-colombia-131472>

Rujas, J. (2010). Genealogía y discurso. De Nietzsche a Foucault. *Nómadas, Journal of social and juridical sciences*, 26 (2). <https://www.redalyc.org/pdf/181/18118916008.pdf>

Scotty, L. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la facultad de Derecho*, (38) 213-249.

http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652015000100231&lng=es&nrm=iso&tlng=e

Sentencia T-698/09. (2009, 18 de diciembre). Corte Constitucional (Dra. María Victoria Calle Correa, M.P). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>

Sentencia [2010] EWHC 3146 (Fam). (2010, 08 de diciembre). Tribunal Superior de Justicia, División Familiar de Reino Unido (MR. JUSTICE HEDLEY, M.P).

<https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed74241>

Shalev, C. (1989). *Birth power: the case of surrogacy*. Estados Unidos: Editorial: Yale University Press, New Haven & London.

<https://archive.org/search.php?query=creator%3A%22Shalev%2C+Carmel%2C+author%22>

Shetty, P. (2012) India's unregulated surrogacy industry. *Lancet*, 380 (9854), 1633-1634.

[https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(12\)61933-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(12)61933-3/fulltext)

Surrogacy Arrangements Act 1985 [Ley de arreglos de subrogación]. (1985, 16 de julio)

Parlamento de Reino Unido. [C. 49] sección 2, capítulo 49.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/contents>

Stanley, N. (2018). Freedom of family: the right to enforceable family contracts. *31*, 223-240.

https://cdn.ymaws.com/aaml.org/resource/collection/B03D017A-76BC-459A-A464-EA00FFF95EC1/MAT102_14.pdf

Svitnev, K. (2017, febrero 10). Обзор правоприменительной практики по делам, связанным с оспариванием отказов органов загса в регистрации детей, рожденных в результате реализации программ суррогатного материнства [Revisión de la práctica de aplicación de la ley en casos relacionados con impugnar las denegaciones de la oficina de registro para registrar a los niños nacidos como resultado de la implementación de programas de gestación subrogada]. *Center Bereg*.

<https://center-bereg.ru/f569.html>

The surrogacy (regulation) Bill, 2018. (2018, 19 de diciembre). Lok Sabha. Bill No. 257-C of 2016.

https://prsindia.org/files/bills_acts/bills_parliament/Surrogacy%20bill%20as%20passed%20by%20LS.pdf

Uniform Parentage Act [Ley Uniforme de Paternidad] (2017). Comisión de Derecho Uniforme o Conferencia Nacional de Comisionados sobre las Leyes Estatales Uniformes. Article 8 & 9.

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=1a489a1f-ec9a-ee72-7dbc-10f6d43943b5>

Valls-Llobet, C. (2010). La medicalización del cuerpo de las mujeres y la normalización de la inferioridad [Escrito]. *Innovar para la igualdad*.

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3212133.pdf>