

Gestación por sustitución: perspectiva de género y protección de derechos humanos desde el derecho internacional privado*

Cynthia Belén Contreras**

Resumen

La gestación por sustitución es una forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad, en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida. Los avances tecnológicos y la globalización nos hacen presenciar el nacimiento de un nuevo fenómeno llamado "turismo procreativo internacional". Este trabajo pretende abordar los desafíos que surgen en la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en la gestación por sustitución, tanto en la dimensión del derecho interno, del derecho internacional público y del derecho internacional privado de los Estados. En la actualidad surge principalmente, que, en la materia de referencia, nos encontramos frente a una situación jurídica delicada, donde se evidencia la necesidad seria de regulación y protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica, en específico, la protección desde la perspectiva de género de la persona gestante.

Palabras clave: Gestación por sustitución, Técnicas de reproducción humana asistida, Turismo procreativo, Perspectiva de género, Derechos humanos.

Abstract

Gestational surrogacy is an alternative way of accessing paternity or maternity, with the help of assisted human reproduction techniques. Technological advances and globalization make us witness of the birth of a new phenomenon called "international procreative tourism". This study aims to address the challenges that arise the protection of the human rights of people involved in gestational surrogacy, also in the dimension of domestic law, public international law and private international law of States. Nowadays, in the subject of reference, we are faced with a delicate legal situation, where it is evident that there is a serious need, for regulation and protection of the human rights of the people involved in this practice, specifically taking into account the protection from a gender perspective of the pregnant person.

Keywords: Gestational Surrogacy, Assisted reproduction, Procreative Tourism, Gender perspective, Human rights

*Fecha de recepción: 06/03/2022. Fecha aprobación 06/06/2022.

**Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Derecho. E-mail: cynthicontreras@yahoo.com.ar, <https://orcid.org/0000-0002-4909-4357>

I. Introducción

La globalización, la movilidad de las personas, las nuevas tecnologías de la información y el avance de la medicina han hecho posible la práctica de la gestación por sustitución en el mundo. Asimismo, la combinación de estos elementos y realidades traen consecuencias jurídicas -y en algunos casos responsabilidad penal- que deben ser analizadas a la luz de los derechos fundamentales consagrados en convenciones y tratados internacionales de derechos humanos.

La gestación por sustitución es una realidad que los desarrollos tecnológicos, en el área de la reproducción humana asistida, ponen al alcance de cada vez más personas y familias. Esta práctica, que existe en el plano interno de algunos Estados y que también se da en el plano transfronterizo, plantea desafíos para el derecho, cuyas normas pueden resultar inadecuadas para ofrecer respuestas que garanticen el respeto de los derechos de todos los sujetos intervinientes (Albornoz, 2020).

En la actualidad, la expansión de jurisdicciones internacionales, el desenvolvimiento de los foros de elaboración de normas, la creación y desarrollo de instituciones de gobernabilidad global que coexisten con los Estados, generan fuentes jurídicas con notable influencia, ya que el fenómeno de la gestación por sustitución trasciende sobradamente el ámbito interno de los Estados y se inserta en un orden de gobernanza global.

En cuanto al ámbito jurídico, esta práctica se relaciona con diversas áreas o ramas del derecho interesadas en este fenómeno social como un todo -o al menos en algunos de sus aspectos- pues, en la gestación por sustitución, confluyen el derecho privado y el derecho público, así como el derecho interno —nacional o extranjero— e internacional.

Aunque se trata *a priori* de un tema netamente de derecho civil y de derecho de las familias -pues consiste en un acuerdo voluntariamente celebrado por particulares con la finalidad de ampliar una familia- el Estado que permite esta práctica debe garantizar que se lleve a cabo respetando los derechos humanos de todas las personas intervinientes (Op.Cit., p. 21).

Si bien la participación en un acuerdo de gestación por sustitución, es voluntaria para la persona gestante y para la persona/pareja intencional/es; se destaca que, en este acuerdo, existen muchos intereses en juego. De esto deriva, principalmente, que nos encontremos frente a una situación jurídica delicada, donde convergen el interés superior del niño, el interés de la persona gestante, la libertad sexual, la libertad reproductiva, los derechos de familia, entre otros.

El objetivo del presente trabajo es el de visibilizar, desde la perspectiva de género, las situaciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las personas gestantes que se someten a estas prácticas -turismo procreativo internacional-, en los supuestos afectados por un elemento de internacionalidad y analizar qué respuestas ofrece la regulación tanto interna de los Estados como internacional, para salvaguardar su dignidad y garantizar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

En cuanto al desarrollo del presente, en primer lugar, se abordará el concepto de gestación por sustitución, luego nos enfocaremos en la determinación de las partes involucradas en aquel con un especial enfoque en la persona gestante, seguidamente definiremos el llamado “turismo procreativo internacional”, a continuación,

desarrollaremos algunas de las posibles acciones positivas para pensar la gestación por sustitución con perspectiva de género, para finalmente abordar los principales problemas que esta práctica trae aparejada en relación a la desprotección jurídica en el ámbito internacional de la persona gestante.

II. Concepto

En la actualidad, existen distintas denominaciones por las que se conoce a estas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), a saber: gestación por sustitución, alquiler de vientre, maternidad subrogada, maternidad suplente, entre otras.

La autora Albornoz (2020) define la gestación por sustitución como un acuerdo o contrato —celebrado a título gratuito u oneroso— entre una persona gestante y otra persona o pareja intencionales, a fin de que la primera gestee un embrión, aportando o no sus gametos, y el niño nacido, en consecuencia, tenga vínculos jurídicos de filiación con la persona o la pareja intencional/es (p. 9).

En la práctica de gestación por sustitución pueden distinguirse dos grandes modalidades: a) Maternidad subrogada tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*): en esta, la madre subrogada es también la madre genética, es ella quien aporta su material genético para llevar a cabo la gestación; b) Maternidad subrogada gestacional o parcial (*gestational surrogacy*): la madre subrogada no aporta material genético, la concepción tiene lugar a partir del óvulo u óvulos de una mujer diferente de la madre subrogada, que pueden ser de la madre intencional (Hernández Rodríguez, 2014).

III. Sujetos intervinientes en la gestación por sustitución

En la gestación por sustitución, intervienen distintos sujetos de derecho, cuyas características han sido delineadas -tanto por la jurisprudencia como por la doctrina internacional- aplicando el enfoque de derechos y de género en cuanto a las precisiones terminológicas.

Según Albornoz (2020), las partes del acuerdo o contrato genérico de gestación por sustitución —más allá de las modalidades propias de cada uno en concreto— son la persona gestante y la persona o pareja intencional/es. Adicionalmente, aunque no es parte, el niño o niña gestado/a y nacido/a como consecuencia de esta práctica también es considerado/a.

Para avanzar en el tema, es importante tener en cuenta la evolución del concepto de una de las partes más importantes de la gestación por sustitución que es el de “la persona gestante”.

El avance terminológico y conceptual da cuenta también de cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia y la doctrina en esta materia, es decir, cómo se ha ido visibilizando la importancia de la persona gestante en esta práctica.

Si se sigue a Albornoz (2020), es válida su idea de que, para denominar a la persona gestante -una de las partes contratantes-, no es adecuado utilizar expresiones tales como: “madre subrogada”, “madre portadora”, “madre de alquiler”, “madre por encargo” o “madre sustituta”. En cambio, se prefiere el término “gestante”, “persona gestante” o, si fuera el caso, “mujer gestante”.

La aceptación de la denominación “persona gestante” tiene por finalidad la de reconocer y respetar la identidad de género de dicha persona, al tomar en cuenta que se han presentado casos de mujeres que pasaron por procesos de reasignación de sexo por identidad de género y que, al mantener su útero, pudieron gestar (Albornoz, 2020, p. 15).

IV. El turismo procreativo internacional

En los últimos años, venimos asistiendo a la eclosión de un nuevo fenómeno global propiciado por la situación legal y social existente en diversos países, el denominado “turismo procreativo internacional” o “turismo de fertilidad internacional”, también conocido como: *Cross-Border Reproductive Care* (CBRC).

Los avances de la ciencia y la tecnología en la salud han creado el fenómeno llamado “revolución reproductiva”, a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Si se sigue a Lamm (2013), quien afirma que se denomina “revolución reproductiva” porque las técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad, es decir, hoy en día y gracias a las TRHA, es posible la reproducción sin sexo y esta separación entre el fenómeno reproductor humano y el ejercicio de la sexualidad viene a plantear una problemática que desborda las estructuras jurídicas existentes y actúa como punto de partida para un gran número de cambios (p.17).

En términos generales, puede decirse que el turismo procreativo internacional tiene lugar cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro Estado, para acceder a una determinada técnica de reproducción humana asistida, bien porque el tratamiento en cuestión está prohibido en su país de origen, bien porque el Estado al que se viaja lo proporciona con más celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados: edad, estado civil y/u orientación sexual (Hernández Rodríguez, 2014, p.148).

El denominado “turismo procreativo internacional” o *Cross-Border Reproductive Care*, no deja de ser un tipo de “turismo sanitario”, al que, sin embargo, se anudan importantes consecuencias legales como, por ejemplo: la determinación de los derechos de la persona gestante.

La realidad es que los contratos de “gestación por sustitución” son regulados de forma muy dispar en los diversos Estados, ya que existen algunos de estos que permiten esta práctica, otros que la prohíben y finalmente, otros que nada dicen sobre este tema – como, por ejemplo: Argentina-.¹

En relación a la persona gestante, el problema jurídico surge cuando la persona o pareja intencional/es se desplazan a países en busca de leyes más permisivas, donde los derechos de la persona gestante quedan disminuidos sustancialmente en relación a otros derechos o intereses. Con esto me refiero, a que, en los contratos de gestación por sustitución, se repara mayoritariamente en la relación jurídica que se establecerá entre la persona intencional o pareja intencional y el niño o niña, sin tener en cuenta las consecuencias jurídicas, de salud y psíquicas -entre otras- que puede generar la gestación en sí misma y posteriores al parto, en la persona gestante.

¹ En cuanto al caso argentino, es de importancia expresar que la figura de la gestación por sustitución fue introducida en la redacción del Anteproyecto de Reforma del Nuevo Código Civil y Comercial, pero luego fue suprimida en el debate parlamentario.

V. La protección de los derechos humanos de la persona gestante en la gestación por sustitución

Como anteriormente se expuso, existe una situación delicada en cuanto al tratamiento jurídico de la persona gestante. En general, cuando hablamos de gestación por sustitución y técnicas humanas de reproducción asistida, ponemos el acento en las otras partes involucradas, sin atender a una de las partes más importantes y sin la que no se podría llevar adelante este avance de la medicina, con esto me refiero a la persona gestante.

El análisis de la gestación por sustitución, desde la perspectiva de derechos humanos, requiere no solo identificar los derechos que pueden estar en juego, sino también reflexionar sobre el alcance permisible de la intervención estatal frente a la actuación de los particulares, en consonancia con las obligaciones generales en materia de derechos humanos. La forma de concebir o entender el alcance de dichas obligaciones estará determinada, en gran medida, por los objetivos políticos y de políticas públicas que se plantean en cada sistema y por la regulación y tratamiento que se le da al tema en los Estados.

Antes de avanzar, es importante definir cuál es la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución y cuál es la forma jurídica en la que se asienta. La autora Albornoz (2020) manifiesta que la gestación por sustitución parece ajustarse más a la de un contrato de prestación de servicios. Desde esta perspectiva, en virtud del contrato de gestación por sustitución, una parte se obliga a gestar un embrión —aportando o no su material genético— durante el periodo necesario para dar a luz a un niño o niña que será hijo/a de la otra parte, y esta, a su vez, se obliga a cubrir los gastos surgidos con motivo de la gestación, pudiendo agregarse —o no— una compensación económica para aquélla. Nótese que, desde esta perspectiva, el objeto principal del contrato de prestación de servicios gestacionales es una obligación de hacer que corresponde a la persona gestante: el servicio que esta debe prestar. Asimismo, se complementa, posteriormente, con una obligación de dar: entregar a la persona o pareja intencional el producto del alumbramiento (p. 20).

De lo antes mencionado se deriva, en cuanto al derecho interno, que cada Estado puede regular, no regular o prohibir la gestación por sustitución. Estas decisiones serán tomadas en cada caso teniendo en cuenta las políticas públicas de Estado en relación con, por ejemplo: los derechos sexuales y reproductivos, la libertad de las personas, el derecho de familias, etc.

A su vez, en el orden internacional, nos encontramos ante la ausencia de un contexto jurídico internacional específico en esta materia. Es por ello que todas estas decisiones se generan en un amplio margen de discrecionalidad a favor de los Estados, para la regulación territorial o extraterritorial de los problemas jurídicos que involucren derechos fundamentales en relación con la gestación por sustitución.

La actuación legislativa, regulatoria o judicial no puede, sin embargo, plantearse en contradicción a los principios básicos de protección a los derechos. En otras palabras, la discrecionalidad estatal no debe convertirse en una actuación arbitraria que afecte, interfiera o restrinja injustificada o desproporcionadamente el ejercicio de los derechos de las personas.

La literatura especializada en materia de gestación por sustitución y su vinculación con los derechos humanos ha puesto particular atención en los problemas jurídicos que se generan cuando dichos procesos tienen lugar en contextos transnacionales complejos, agravados por la disparidad normativa que existe entre las jurisdicciones involucradas. La lógica prohibitiva que impera, en algunas legislaciones nacionales, contrasta frontalmente con la permisividad que caracteriza a otros Estados, lo que naturalmente deriva en constantes conflictos regulatorios que impactan de forma directa en la tutela de los derechos (Albornoz, 2020, p. 33).

La aplicación del derecho internacional privado, desde una perspectiva de género en relación a la persona gestante, debe respetar el orden público internacional. En tal sentido, la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) establece en su Art. 1 que:

La discriminación contra la mujer (...) denotará toda distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera (...).

Por su parte la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará), define a la violencia de género en su Art. 1 y dispone que: "(...) debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado (...)".

A su vez, las Reglas 18 y 19 de las 100 Reglas de Brasilia establecen que:

(...) (18) Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera...(19) Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica (...).

Estos documentos internacionales y regionales de derechos humanos consagran la obligación de eliminar y erradicar - mediante diferentes acciones positivas- la discriminación y la violencia hacia la mujer en todas las formas en las que estas se manifiesten.

A su vez, la ley aplicable nunca podrá ser contraria a lo establecido en el orden público internacional, en materia de derechos fundamentales. La ley o resolución que

vulnere los derechos fundamentales de las mujeres, establecidos en los tratados y convenciones de derecho internacional, no deben ser aplicados por los jueces, ya que estos deben primeramente realizar un control de convencionalidad.

La no aplicación de la ley extranjera deberá ser valorada en cada caso concreto y atender el resultado y no la aplicación formal, ya que esta podría llevar a resultados contradictorios, cuando lo que debe primar es la protección de los derechos de la persona gestante (Pérez, A., 2014, p. 362). De esta manera, quedaría limitada la excepción del orden público internacional a los casos concretos en los que el resultado de aplicación de un derecho extranjero, en materia de gestación por sustitución, conculque o vulnere la igualdad, libertad, autodeterminación reproductiva -entre otros- de la persona gestante.

Dentro de los caracteres propios de los derechos humanos encontramos que estos son interdependientes -no son autónomos-, es decir, que dependen unos de los otros y se apoyan a su vez complementándose y completándose. Las personas no somos sujetos de un solo derecho humano internacional, sino que también somos poseedores de esa pluralidad de derechos humanos que se encuentran, a su vez, regulados en convenciones y tratados internacionales. En concreto, cuando nos referimos a la protección de los derechos de la persona gestante, nos estamos refiriendo a una pluralidad interdependiente de derechos humanos que se encuentran garantizados y forman una red jurídica de protección, tanto en el orden internacional como regional de los derechos humanos.

Es importante destacar que la interdependencia de los derechos humanos ha sido utilizada en la práctica por órganos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Si bien la CIDH no se ha pronunciado en un caso concreto de gestación por sustitución, su argumentación en los casos *Artavia y otros* y *Gómez Murillo y otros*, ambos contra Costa Rica (Sentencia del 28 de noviembre de 2012) resulta de mucha relevancia para futuros casos que puedan plantear un conflicto jurídico entre intereses o derechos particulares y la regulación estatal relacionados con el acceso a distintas TRHA, incluida la gestación por sustitución (Albornoz, 2020, p. 38).

En el caso “*Artavia y otros*” (Sentencia del 28 de noviembre de 2012), la CIDH consideró que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada. En otras palabras, la autonomía reproductiva y el acceso a los servicios de salud reproductivos se circunscriben dentro de la vida privada. Respecto a estos derechos, se indicó que se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos, a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva, pudiendo gozar, asimismo, de los avances de la ciencia.

En relación al alcance del concepto de familia, la CIDH, por su parte, se pronunció en el caso *Atala Riffo* (24/2/2012) al decir que:

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

En síntesis, la CIDH ha reconocido la interdependencia de los derechos a la familia, a la vida privada o a la integridad personal con el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico. Todos estos derechos forman parte del patrimonio jurídico de las personas y deben ser reconocidos por los Estados.

El reconocimiento de una diversidad de derechos humanos autónomos, individualizados en distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, no significa que no sean interdependientes los unos con los otros, y que, a su vez, la aplicación de uno -por ejemplo: derecho a la familia- implique el no reconocimiento o aplicación de otro -por ejemplo: los derechos reproductivos- para un caso en concreto. Si se atiende al principio de interdependencia de los derechos humanos, la reivindicación conjunta de los distintos derechos humanos relevantes en un contexto específico enfatizará el vínculo entre los hechos concretos y las pretensiones de las partes involucradas. Es decir que, no alcanza con que los derechos humanos se encuentren plasmados en leyes internacionales -aspecto formal-, sino que esos derechos necesitan ser hechos realidad, a través de las distintas acciones positivas en cabeza de los Estados.

Así, por ejemplo, tanto la persona o pareja intencional/es como la persona gestante podrían alegar que una regulación estatal interfiere desproporcionadamente con su libertad reproductiva, al tiempo que sostengan también la violación a los derechos a la familia, la vida privada o la libertad personal. En este supuesto, el derecho a la libertad reproductiva de la persona o pareja intencional/es, por un lado, y el de la persona gestante, por el otro, toman dimensiones claramente distintas, gracias a su interdependencia con otros derechos.

En tanto que para la persona o pareja intencional/es su libertad reproductiva debe estar necesariamente vinculada, es decir, tiene una relación de interdependencia con el derecho a formar una familia; para la persona gestante, en cambio, la relación de sus derechos reproductivos con el derecho a la libertad personal enfatizaría su autonomía o agencia frente a una regulación estatal que tenga como objeto o efecto limitar la posibilidad de participar en un acuerdo de gestación por sustitución. Si a esta misma relación de derechos se le suma, por ejemplo, la libertad de profesión u oficio, se podría construir una base normativa más sólida para cuestionar la constitucionalidad o convencionalidad de una regulación que prohíba el pago a favor de la mujer gestante por los servicios reproductivos prestados. Lo mismo es aplicable, por ejemplo, a los casos que involucren decisiones estatales directa o indirectamente discriminatorias, que menoscaben o interfieran con el ejercicio del derecho a la familia, a la integridad personal o a la salud reproductiva (Albornoz, 2020, p. 37).

De manera adicional al principio de interdependencia, tenemos que la argumentación sobre la base de los derechos humanos debe caracterizarse, también, por la interpretación expansiva y evolutiva de su contenido normativo. Tal como lo destacó la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia y otros vs. Costa Rica”, sin embargo, hay que destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos—al igual que muchos otros tratados internacionales de protección a los derechos humanos— fue concluida antes de que existieran las actuales TRHA. Por lo tanto, era imposible que sus creadores hubieran anticipado la forma de entender los derechos reconocidos en dicha convención, frente a los actuales escenarios reproductivos; esta tarea quedó a cargo de los órganos de aplicación subsecuente del tratado internacional.

Es importante destacar que, los Estados se encuentran obligados por los tratados y convenciones internacionales asumidos, a tener que armonizar su normativa de derecho interno dentro del marco jurídico internacional y aplicar políticas públicas integrales que tengan como objetivo asegurar el libre ejercicio y goce de los derechos humanos de todas las personas.

Como se advirtió previamente, muchos Estados se encuentran aún ante modelos de intervención garantista incompletos, en los que sus cortes o tribunales nacionales se ven obligados a utilizar herramientas argumentativas propias de derechos humanos, dentro de contextos caracterizados por lagunas o vacíos jurídicos de consideración – por ejemplo, es el caso de Argentina-.

VI. Hacia una gestación por sustitución con perspectiva de género

Desde una perspectiva de género, caracterizada por su transversalidad e interseccionalidad, se hace necesario manifestar la necesidad de articular un sistema de derecho internacional privado con enfoque en la persona gestante y en su mejor interés, con especial énfasis en la dignidad y libertad de esta, para que sea respetada en todos los ámbitos de su vida. Este sistema estará afectado por la normativa internacional y regional sobre derechos fundamentales y, particularmente, por las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer: "Convención de Belem do Para", sancionada el 9 de junio de 1994, entre otras.

La CEDAW forma parte del sistema de derecho internacional de los derechos humanos y condena la discriminación contra la mujer en todas sus formas (Art. 2), comprometiendo a los Estados firmantes a adoptar:

(...) en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre (...) (Art. 3).

Con esta finalidad, la CEDAW exige la modificación del papel tradicional atribuido tanto al hombre como a la mujer, así como la eliminación de los prejuicios y de las funciones estereotipadas de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia (Art. 5).

En cuanto a la "Convención de Belém do Pará", forma parte del sistema regional de derechos humanos, aborda específicamente la temática y la violencia contra las mujeres y consagra el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia tanto en el ámbito privado como en el público. Esta convención establece, a su vez, el desarrollo de mecanismos de protección y la defensa de los derechos de las mujeres como derechos fundamentales para luchar contra el fenómeno de la violencia en contra de su integridad física, sexual y psicológica.

En la actualidad, los estereotipos de género constituyen una de las causas últimas de la dificultad para avanzar en la eliminación efectiva de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Es por ello, que la gestación por sustitución y la situación específica de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona gestante ante la falta de una regulación normativa internacional -y en nuestro caso nacional-, toma especial relevancia, sobretodo en el mundo globalizado donde el turismo procreativo internacional, crece día a día.

Se vislumbra a su vez, la necesidad de dar un marco normativo a esta situación jurídica que ya es una realidad, tanto a nivel interno de cada Estado como en la comunidad internacional.

Si se tiene en cuenta el deber internacional que pesa sobre los Estados de adoptar medidas de acción positiva tendientes a eliminar la discriminación y la desigualdad de género, se hace necesario pensar en un conjunto de medidas que estos deberían tener presentes en el momento de regular la gestación por sustitución, poniendo el acento en el respeto de los derechos de la persona gestante -sin la cual esta práctica no podría llevarse a cabo-.

Una regulación de la temática, ya sea en el orden interno de cada Estado o en el orden internacional, no debería dejar de comprender ciertos puntos esenciales, a fin de que los derechos humanos de la persona gestante se encuentren garantizados y efectivamente protegidos, y a su vez respetados, desde un enfoque de género.

Para comenzar, una legislación que respete los derechos humanos de la persona gestante debe reparar en el punto central del “acuerdo” o “contrato” de gestación por sustitución, el cual es el consentimiento de aquella en las TRHA. El consentimiento, debe ser libre e informado para que se le garantice el ejercicio de los derechos a la libertad personal, la integridad personal, la salud reproductiva, la libertad sexual y reproductiva, etc.

El “acuerdo” o “contrato” deberá ser muy claro y específico en cuanto a la información brindada a la persona gestante sobre las implicancias y consecuencias jurídicas que se generarían ante el caso de que esta decida interrumpir su embarazo o se arrepienta del acuerdo. A su vez, se debe atender a aquellos casos de claudicación o finalización intempestiva del “acuerdo” de gestación por sustitución, por ejemplo: en los casos en que la persona gestante es, a su vez, aportante de gametos.²

Otro punto de interés es aquel donde se aseguren las condiciones necesarias y un piso mínimo homogéneo, para el ejercicio libre de los derechos y libertades individuales de las personas implicadas en esta práctica. Con esto me refiero, particularmente, a aquellos contextos de desequilibrio socioeconómico entre la persona gestante y la persona o pareja intencional. La regulación de esta práctica debería estar dirigida a disminuir el riesgo de explotación de aquellas personas gestantes con escasos recursos económicos, vulnerables o desaventajadas.

También es importante que se controle y garantice especialmente el acceso a los servicios médicos, psicológicos, científicos o técnicos requeridos por parte de la persona gestante durante toda la gestación y en forma posterior al nacimiento.

Asimismo, se debe regular la posible participación y responsabilidad de terceras personas o instituciones que intervengan como coordinadores o intermediarios en la

² Maternidad subrogada tradicional, plena o total.

relación entre la persona o pareja intencional y la persona gestante. A su vez, se debe reglar la participación y derechos de personas gestantes extranjeras en los procesos de gestación por sustitución en los Estados.

Finalmente, se debe asegurar y garantizar que le sean respetados a la persona gestante en todo momento: el derecho a la vida, el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad y no discriminación ante la ley, el principio de seguridad jurídica, la tutela efectiva de derechos, derecho a la libertad sexual y reproductiva, derecho a la vida privada, derecho a la integridad personal, derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, entre otros.

V. Consideraciones finales

Este trabajo parte de la premisa, que, más allá de los problemas que conlleva la actual disparidad normativa en el tema, es necesario desarrollar premisas mínimas tenidas en cuenta por los Estados y el orden internacional, en vista a la regulación de la gestación por sustitución. Esto aseguraría la tutela efectiva de los derechos humanos de la persona gestante, al hacer hincapié en su agencia, desde la perspectiva de género.

A través del análisis de todas las cuestiones desarrolladas en el presente trabajo, se pretende llamar la atención sobre la necesidad de aportar una perspectiva de género en el derecho internacional privado, al fomentar que este pueda convertirse en un instrumento para conceptualizar y reorientar todas las cuestiones relacionadas a la persona gestante. El derecho internacional privado puede constituir una herramienta que ayude a combatir las discriminaciones y desigualdad de derechos, incluidas las que se producen - todavía hoy - por el hecho de ser mujer, incidiendo a través de la normativa y jurisprudencia internacional, en el derecho interno de los Estados.

A través de los tratados internacionales y regionales de derechos humanos, en específico la CEDAW y la "Convención de Belém do Pará", se impone, definitivamente, un nuevo modo de pensar el derecho internacional privado con perspectiva de género.

A estos efectos, podemos decir que la sola regulación de la temática estudiada a través de normas jurídicas en su presentación formal no es suficiente sino están acompañadas, fundamentalmente, de una perspectiva de género en el momento de ser aplicadas por parte de las distintas autoridades nacionales e internacionales. Muchas de las normas hoy existentes en la materia se encuentran condicionadas por estereotipos de género que les impiden alcanzar una solución del litigio materialmente orientada a salvaguardar los intereses de la persona gestante en el caso concreto y, de este modo, contribuyen a perpetuar un androcentrismo jurídico que incrementa la vulnerabilidad de la mujer.

En síntesis, si se analiza la gestación por sustitución con perspectiva de género desde el rol de la persona gestante, resulta claro que la identificación de los derechos humanos relevantes es solo el punto de partida. La manera en que los órganos nacionales o internacionales doten de contenido a los derechos y reglamentan sus legislaciones, a través de los criterios de interpretación aplicables, tendrá un impacto sustantivo en la forma de entender el caso concreto y propender a la protección de los derechos humanos de la persona gestante, con el fin de limitar los riesgos aparejados con la generación de un "mercado reproductivo", en contextos de amplias disparidades y desigualdades sociales que

trae aparejado el “turismo procreativo internacional” ocasionado por la “revolución reproductiva”.

Actualmente, la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en el mundo es una realidad: algunas llegan a ser víctimas de delitos, socavando, de esta forma, sus derechos fundamentales. Esta situación, merece, al menos, una discusión jurídica amplia y reflexiva sobre el modelo normativo más adecuado para asegurar la tutela de todas las personas gestantes desde una perspectiva de género. Para ello, necesitamos aplicar el derecho internacional privado con perspectiva de género en relación a la persona gestante, respetar el orden público internacional y tener en cuenta, principalmente, los tratados de derechos humanos específicos en la materia de protección a la mujer.

Si se parte de una necesaria aproximación al derecho internacional privado con perspectiva de género, encontramos en la disciplina y en relación con los derechos de la mujer, muchos frentes abiertos acerca de la lucha por el reconocimiento de sus derechos fundamentales. En este sentido, la introducción de una perspectiva de género en la materia, tanto por los Estados como en el orden internacional, constituye una prioridad absoluta.

Referencias bibliográficas

Albornoz, M. (2020). *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*. Serie Doctrina Jurídica. Núm. 895. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Centro de Investigación y Docencia Económicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

CIDH. Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012. Serie C. N° 257, párrs. 141-151. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

CIDH. “Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24/2/2012.

CIDH. Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica. Sentencia del 29 de noviembre de 2016. Serie C. N° 326, párrs. 28 y 45. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf.

Espinosa Calabuig, R. (2019). La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado. *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies, Rivista quadrimestrale on line sullo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, N.3.

Hernández Rodríguez, A. (2014). Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 6, N° 2. Recuperado el 20/09/2021 de www.uc3m.es/cdt

Igareda González, N. (2015). La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución. *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Nº 21, pp. 7-106.

Lamm, E. (2013). *Gestación Por sustitución: ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Ed. Observatori de Biètica i Dret, UB.

Pérez, A. (2014). *La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho Internacional Privado*. Recuperado el 16/09/2021 de <https://www.researchgate.net/publication/290974106>

Vaquero López, C. (2018). Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10 (Nº 1), pp. 439-465. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>.

DOI: 10.5281/zenodo.6762230



Atribución – No Comercial (by-nc): Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales.