

CRITERIO Y RECOMENDACIONES BIOÉTICAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ECUADOR

1. Elementos históricos:

En 1976 el abogado Noel Kaene crea el término “maternidad subrogada” para aplicarlo en la primera agencia de alquiler de vientres en los que se gestaban niños previo contrato con parejas interesadas (en el primer caso documentado utilizando óvulos de la propia gestante fecundados con semen del padre) a las que se cedía, después del parto, todos los derechos de maternidad y paternidad. En 1986 una madre de alquiler gestó por primera vez un bebé sin relación genética alguno con ella. Se conocen de 15 casos documentados en los que las gestantes por sustitución se han negado a entregar el niño a los padres biológicos, solo 4 han logrado obtener la custodia de sus hijos. En algunos casos se ha reconocido la maternidad genética pero se ha otorgado la custodia a los contratantes (USA). Están documentados 50 casos en los que los padres biológicos han rechazado a sus propios hijos nacidos de una gestación por sustitución, siendo las causas más comunes: gestación de más de un bebé, sexo no deseado del niño, defectos físicos y genéticos, embarazo conseguido por la pareja contratante.

De acuerdo a la investigación realizada por la CNBS en el Ecuador se efectúan procesos de maternidad subrogada desde el año 1993, sin que este lapso se haya establecido regulaciones legales que la normen.

2. Sobre el concepto

El concepto de maternidad subrogada implica la práctica por la que una mujer gesta en su cuerpo un bebé previo pacto, compromiso o contrato, que incluye una cláusula de cesión, al término de la gestación, de todos sus derechos sobre el recién nacido. Esa cesión se hará a favor de otras personas, generalmente las contratantes, que asumirán la paternidad o maternidad del niño. El proceso puede reconocer una modalidad plena en la que la mujer que será la gestante dona también sus óvulos, o parcial en la que la gestante no dona sus óvulos sino que recibe en su útero uno fecundado o un embrión que resulta de gametos que no le son propios. Términos más adecuados para el concepto general podrían ser los de “madre subrogante” o “gestación por sustitución”. El término menos afortunado es de “útero o vientre de alquiler” ya que la gestante por sustitución compromete todo su organismo –y no solo el útero o vientre- a la gestación. La práctica conlleva sin embargo el desarrollo de concepciones diferenciadas sobre el ser madre, y potencialmente combinables entre sí: genética (que correspondería a la mujer que aporta el material genético), gestativa o gestacional (la mujer en cuyo útero se produce la gestación), legal (la mujer que asume ante la ley los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad), social (la que asume el rol social), educativa o afectiva (que se hace cargo de la crianza y afectividad que requiere el niño). Y la persistencia del concepto de maternidad integral o plena, en la que es una misma mujer quien asume las categorías previas.

3. Elementos de reflexión bioética

Se señalan como **argumentos en contra** de la práctica de la gestación por sustitución o de madre subrogante:

- El desarrollar nuevas modalidades a un proceso natural (la maternidad) no es aceptable, una vez que son procedimientos que niegan la naturaleza humana y la dignidad que le es propia
- En estos modelos se pervierten los lazos madre-hijo, transformándose la gestante en una fábrica, y generando nuevas categorías conceptuales del hecho natural de ser madre integral.
- Transforma a la mujer gestante y al hijo en un medio y no respeta su consideración de fines en sí mismos, propia de los seres humanos.
- La mujer gestante no aporta durante el lapso de la gestación con una intervención puntual sino que presta –con o sin remuneración económica- todo su ser (físico y espiritual) en un periodo deseado de 38 a 42 semanas.
- Es una nueva forma de control y explotación integral de la mujer.
- Es un atentado contra la dignidad de la mujer (adquiere precio una parte del todo de su integridad).
- El proceso implica un atentado contra la dignidad del nuevo ser.
- El proceso suele estar viciado porque implica explotación de la vulnerabilidad de muchas de las gestantes (económica, afectiva o política).
- La intervención de una tercera persona (el médico) para lograr la fecundación y gestación es mayor que en otras técnicas de reproducción asistida.
- Investigaciones no sistemáticas han demostrado la presencia de secuelas psicológicas en los niños y en las gestantes.
- Es inmoral procrear niños contra natura, existiendo tantos que requieren protección.
- Cosifica al nuevo ser, que se considera como un medio para obtener un fin (económico o de autosatisfacción).
- Es evidente, y se está ya viendo, el desarrollo subsecuente de industrias de explotación de seres humanos (turismo procreativo, trata de personas) en países vulnerables como sociedades y en personas que dentro de ellos están –o podrían estar- en situación de vulnerabilidad. Esta situación determina que la relación contractual que podría establecerse sea inequitativa y desigual.
- La práctica de la maternidad subrogada atenta contra el principio de justicia sanitaria, bien por su acceso limitado a quienes pueden pagarla, o bien porque desvían fondos útiles –y de mayor beneficio- para la mayoría de la población.
- El supuesto "derecho al hijo" no consta explícitamente en la Declaración Universal de DDHH (1948) ni en la Constitución de la República (2008). Mal puede exigirse por tanto como derecho condiciones establecidas en un contrato privado entre particulares.

Se consideran como **argumentos a favor** de la práctica de la subrogación en la gestación:

- El procedimiento logra el alivio de la carga que conlleva la infertilidad.
- No se puede hablar de explotación: es un contrato libre y aceptado.
- Es una demostración objetiva del ejercicio pleno de la libertad de la mujer gestante y del dominio y propiedad de su cuerpo.
- No se ha cuantificado un posible daño en la gestante ni en el niño, e investigaciones sobre el tema indican que no se produce.

- Se ha demostrado sensaciones de bienestar en la gestante, con percepciones de mayor autoestima y desarrollo personal (por el ejercicio del derecho a disponer de su cuerpo y por la práctica de la solidaridad con la pareja infértil o estéril).
- La consideración única de la opción de adopción para las personas estériles es injusto y podría entenderse como violación a sus derechos sexuales y reproductivos.
- Permite el ejercicio del derecho humano a fundar una familia.
- El artículo 16 de la DDHH puede interpretarse –de manera controvertida- como el derecho a la reproducción y a tener descendencia propia, coincidente en ese sentido amplio con la declaración de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de las Naciones Unidas de 1994.
- Fomenta el respeto y la tolerancia a la diversidad de identidades sexuales y su derecho a tener una familia

La Comisión Nacional de Bioética en Salud identificó como algunos de los **dilemas bioéticos** presentes en Ecuador en el proceso que podría denominarse gestación por sustitución, madre subrogante, maternidad por subrogación o vientre de alquiler:

- * De la información recabada por la CNBS se conoce de la práctica de la gestación por sustitución en el Ecuador desde, por lo menos, 23 años atrás. La falta de legislación y regulación de la realidad social ha llevado a un problema en el que las consideraciones éticas son elementos de un todo social, económico, político y cultural. Esta problemática requiere de un debate abierto en que intervengan todos los actores reconocidos y aún de aquellos posibles, y no solo de los decisores políticos.
- * Cabe en el proceso la discusión y reflexión sobre la dignidad de la persona humana que impide que sea objeto de contrato (tiene dignidad y no precio).
- * La aplicación de teorías bioéticas que respaldarían el proceso: contractualistas (basadas en contratos) y congratulistas (dirigidas a lograr la congratulación de algunas partes), ¿son aplicables y éticamente correctas en una sociedad que se proclama laica, igualitaria, democrática, equitativa y solidaria?
- * ¿El desarrollo del proceso llevará, si no ha provocado ya, al abuso y comercialización?
- * ¿Podría considerarse como una distorsión deshumanizadora de la práctica médica y sanitaria, de la familia y de la sociedad, una vez que la procreación es, en sí misma, natural?
- * ¿Implica una manipulación inaceptable del cuerpo femenino? ¿Y de la mujer como un ser integral?
- * ¿Satisface un hecho de urgencia vital? ¿O solo es la satisfacción del deseo de tener un hijo, que no puede considerarse un derecho absoluto?
- * Si las personas contratantes deciden suspender el proceso a mitad de la gestación ¿cómo actuar durante el embarazo? ¿cómo hacerlo después del parto cuando los contratantes renuncian al nuevo ser? ¿es legítimo practicar un aborto si se evidencian malformaciones?
- * ¿El niño que nacerá es más vulnerable que el adulto que elige sus acciones?
- * La evolución de un niño producto de una gestación por sustitución ¿es igual a la de un niño adoptado en edad temprana?
- * La filiación de ese niño, ¿cuál es? ¿De la madre genética? ¿De la madre gestante? ¿De la madre contratante? ¿Puede luego reclamar el niño otra filiación a partir de pruebas genéticas de paternidad/maternidad? ¿Esto alteraría derechos de herencia? La legislación

ecuatoriana (Código Civil) reconoce la filiación de maternidad por el parto, sin embargo la paternidad se está estableciendo por la coincidencia de ADN.

- * ¿Los padres deben revelar su origen al hijo? Y... ¿cuándo y cómo?
- * El conocimiento de su origen ¿provocará una crisis de identidad no superable en el hijo?
- * ¿Se puede comercializar un niño? ¿y la vida en general?
- * El niño ¿nace ya en situación de vulnerabilidad? ¿el contrato protege alguno de sus derechos?
- * ¿Se puede comercializar la capacidad de embarazo de una mujer? Y ésta ¿determinará patrones de culpabilidad o arrepentimiento?
- * La práctica de la gestación por sustitución comercial ¿no viola la disposición legal ecuatoriana de no recibir recompensa económica por la donación de órganos, una vez que sería una donación temporal del cuerpo de la mujer gestante?
- * ¿Se está cosificando al ser humano, convirtiéndolo en un objeto?
- * ¿El derecho a la libertad protege cualquier uso que la persona quiera dar a su cuerpo?
- * ¿No se transforma la madre gestante en una “incubadora viviente”? ¿Y la madre genética que no sea propia, en una “procreadora”? ¿Se desnaturaliza la esencia humana?
- * ¿Se atenta contra la intimidad de la mujer, a su esencia que la define como mujer: la capacidad de gestar?
- * ¿No genera mayor inequidad y desigualdad en términos de justicia sanitaria?
- * La gestación por sustitución altruista o gratuita ¿genera las mismas dudas bioéticas y legales que la comercial o remunerada?
- * La promoción de la gestación por sustitución ¿no reconoce como uno de sus generadores las dificultades legales para la adopción?
- * El proceso de maternidad subrogada ¿debe regularse solo matrimonios, es decir para parejas heterosexuales? ¿o también para parejas homosexuales que por ley no constituyen matrimonios?
- * ¿El Estado, al garantizar la salud como “completo bienestar bio-psico-social” debería asumir su práctica y ejecución con los costos que implica?

RECOMENDACIONES

La Comisión Nacional de Bioética en Salud recomienda:

Que en ejercicio del bioderecho, y con el propósito de regular la realidad, las instancias respectivas decisorias y responsables del Estado (ejecutiva a través del Ministerio de Salud Pública y legislativa por la Asamblea Nacional) elaboren una legislación de "Reproducción asistida", que incluya normativa en todas sus modalidades incluyendo la maternidad subrogada, en la que se recojan las consideraciones previamente expuestas como elementos bioéticos para la toma de la decisión política. La legislación debería regular la realidad social del país, consagrar la gratuidad, combatir el lucro y explotación de seres humanos, garantizar el estatus del embrión, considerar en forma holística a todos los actores incluidos en el proceso y resultar de un amplio, inclusivo y participativo debate en la sociedad civil. Además de asegurar el bienestar del nuevo ser y proteger íntegramente todos sus derechos.

Dr. Víctor Manuel Pacheco
PRESIDENTE
COMISION NACIONAL DE BIOETICA EN SALUD