



**UNSAM**

UNIVERSIDAD  
NACIONAL DE  
**SAN MARTÍN**  
ESCUELA DE POSGRADO

Centro de Estudios sobre Democratización  
y Derechos Humanos

## **“MATERNIDAD SUBROGANTE” Y LIBERTAD FEMENINA. NOS ASISTE EL “DERECHO” DE ALQUILAR NUESTRO VIENTRE?**

Mary Lyndon (Molly) Shanley  
Vassar College  
Poughkeepsie, NY 12604-0455  
Estados Unidos  
Email: [shanley@vassar.edu](mailto:shanley@vassar.edu)

*Preparado para el Seminario: "Diálogos sobre la familia, la justicia, y el derecho," Programa de Democratización de las Relaciones Sociales, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de San Martín, 2-4 diciembre 2003.*

Existe una marcada división de opiniones entre los teóricos del feminismo y los estudiosos de las políticas públicas respecto de la cuestión comúnmente conocida como “contrato de alquiler de vientres”. Estos contratos establecen que la signataria accede a someterse a la inseminación artificial, dar a luz una criatura e, inmediatamente luego del parto, ceder dicha criatura a otra/s persona/s (por lo general, al padre biológico y su cónyuge). La discusión se centra en si esto contribuye a la liberación de la mujer o, por el contrario, contribuye a su opresión. Entre aquellos que sostienen las bondades del “embarazo por contrato” hay quienes dicen que a la mujer le asiste el derecho de firmar un contrato en el que se compromete a concebir un hijo y a recibir una compensación monetaria por el servicio prestado. Los defensores de esta postura consideran que la prohibición o invalidación de los contratos de embarazo constituyen una violación infundada a la autonomía y autodeterminación femenina. Otros hacen hincapié en que es el deseo de un hijo lo que motiva a los contratantes a requerir los servicios de una mujer que pueda llevar a término un embarazo: estos argumentan que la prohibición o invalidación de los contratos de embarazo incurren en la violación del “derecho a procrear” de la parte contratante.

Por otra parte, quienes se oponen a estos contratos los ven como una forma de opresión ejercida sobre la mujer que se presta a embarazarse bajo estos términos, particularmente si ésta accede a hacerlo porque la acucia la necesidad económica o porque se la obliga a cumplir el contrato contra su voluntad. Las diferencias entre puntos de vista reflejan una controversia que llega a incluir hasta el nombre mismo que debe darse a un embarazo de esta naturaleza. Quienes la apoyan suelen aceptar que se lo llame maternidad subrogante, mientras que aquellos que objetan la cuestión se resisten a llamar madre “subrogante” a una mujer embarazada, aún cuando algunos acuerdan en

que cumple la función de “esposa subrogante” respecto del hombre que ha encargado el embarazo.

Si bien el embarazo por contrato puede ser analizado desde la perspectiva de quienes lo encargan, mi propio análisis se centra en la mujer que cobija al feto, y en la criatura que nacerá luego. Al encararlo así, focalizo la discusión en la cuestión de la libertad de las mujeres, y lo hago por dos razones: en primer lugar, porque existe una profunda división dentro del pensamiento feminista que responde a las diferentes maneras de comprender si los contratos de embarazo contribuyen a la libertad de las mujeres o, por el contrario, la violan y, en segundo lugar, porque quienes los propugnan y quienes los combaten describen a la madre gestante de maneras diferentes, lo cual a su vez deja al descubierto diferencias importantes respecto de cómo piensan acerca de dos conjuntos de consideraciones que van más allá del contrato en sí. Las primeras consideraciones se relacionan con la importancia que damos a la dimensión de la encarnación humana en nuestra comprensión del sujeto y de su libertad; en el segundo conjunto, incluyo, por una parte, la tensión existente entre el ejercicio de la elección individual refrendada por contrato y, por la otra, el reconocimiento y la preservación de relaciones humanas no contractuales. La “subrogación” plantea serias cuestiones relacionadas con la autonomía, libertad y contratación de los individuos, todas ellas importantes para el pensamiento feminista liberal en términos generales. El análisis de un contrato de embarazo partiendo de las experiencias y perspectiva de las mujeres nos obliga a enfrentarnos con los modos en que algunas manifestaciones de la teoría liberal han pasado por alto –o han comprendido mal- el significado de ser “libres” y “autónomos” en tanto seres encarnados y provistos de género. Los contratos de embarazo arrojan luz sobre los modos en los que cualquier versión aceptable que dé cuenta de la libertad humana debe prestar atención a las condiciones bajo las cuales los seres racionales *encarnados* pueden formarse, sostenerse, y desarrollarse en el seno de relaciones cruciales para la existencia humana. Los contratos de embarazo plantean cuestiones que no sólo atañen a los niños, madres y padres directamente involucrados, sino, además, a todos aquellos que tienen algo que ver con lo que significan las nuevas prácticas reproductivas para la vida en común que conformamos entre todos, mediante el derecho y el discurso público.

I. “El cuerpo de la mujer es su derecho”: Consideraciones a favor de los contratos de embarazo.

No es extraño que muchas feministas hayan acogido favorablemente los contratos de embarazo para así demostrar que parir un niño y criarlo constituyen dos funciones humanas totalmente diferentes, y que la crianza no necesita – y no debería ser encomendada exclusivamente a aquella mujer que ha parido. Cuando una mujer accede a parir un niño y a ceder su custodia, se pone en evidencia su oposición a la íntima, ya excesiva, relación establecida, tanto por el derecho como por los usos sociales, entre la fertilidad femenina y otros aspectos de su personalidad. Con mucha frecuencia, la maternidad ha sido considerada la característica fundamental, cuando no definitoria, del ser mujer. El separar las responsabilidades parentales de los aspectos relacionados con la gestación nos permite ver que el alumbramiento constituye una de las cosas que una mujer puede elegir, pero que en modo alguno debe erigirse en la definición de su rol social o de sus derechos legales. De modo similar, un hombre que

encarga un embarazo se hace cargo de su "paternidad" de manera bien consciente, asumiendo explícitamente la responsabilidad por ese hijo.

Así como la "subrogación" pone el acento en que no todas las mujeres han de ser conceptualizadas como madres, o como madres en potencia, también permite a aquellas mujeres que no pueden tener hijos asumir responsabilidades parentales. Pueden hacerlo como madres sustitutas o mediante la adopción, sin duda, pero cuando existe un contrato de embarazo de por medio, la pareja asume su responsabilidad por la criatura aún antes de la concepción, y hace posible que al menos uno de los cónyuges esté genéticamente relacionado con el niño. El contrato de embarazo contribuye a que infinidad de personas, independientemente de su sexo, puedan encargar un hijo. Si bien la mayoría de los contratos que se conocen a la fecha involucran a parejas casadas, no existe razón tecnológica alguna que impida a cualquiera, hombre o mujer, casado o no, proporcionar o adquirir esperma y, recurriendo a la inseminación artificial, fecundar a una "subrogante" con miras a tener un hijo por contrato. Esto alentaría una diversidad de modelos de familia donde los padres compartirían un profundo compromiso respecto de la crianza de sus hijos.

Para Carmel Shalev, la obligación asumida por la madre gestante al comprometerse a entregar el hijo que ha concebido a quien la ha contratado a tal efecto constituye una manera de expresar su libertad para realizar cualquier tarea que elija. Shalev aduce que "negarse a reconocer la validez legal de los contratos de embarazo equivale a afirmar que la mujer, en virtud de su sexo biológico, no es competente para actuar como agente moral y racional respecto de su actividad reproductiva".

Al igual que otros defensores de los embarazos por contrato, Shalev subraya el consentimiento subyacente a todo contrato válido. "Si la concepción es un acto deliberado, y la madre subrogante actúa como agente autónomo,... por qué no habría de considerársela responsable de las consecuencias que surjan de su decisión autónoma respecto de la reproducción?" (Shalev 96). La misma libertad que debería proteger a las mujeres de cualquier intento proveniente del gobierno a fin de implementar el control de la natalidad, impedir el aborto u obligar a la esterilización, también protege su libre albedrío cuando decide gestar un hijo para otra persona. El slogan "el cuerpo de la mujer es su derecho" resume, sucintamente, el concepto de que la mujer misma, y no su cónyuge, ni un médico, ni el estado- debe tomar las decisiones procreativas que la implican.

Aquellos que ven el contrato de embarazo como ejercicio de la libertad ponen especial acento en que el consentimiento precede a la concepción: "La madre subrogante contrata con plena conciencia, y consiente voluntariamente a entregar al niño antes de que se produzca el embarazo. Muy al contrario de constituir un embarazo indeseado, el que aquí nos ocupa es vivamente deseado" (Katz 21). Asimismo, "si por autonomía se entiende el ejercicio prudente de la posibilidad de elección frente a la capacidad reproductiva de un individuo, el momento en el cual las partes deben manifestar sus propósitos es aquel que precede a la concepción" (Shalev 103). Quienes abogan por los embarazos por contrato buscan diferenciarlo de la venta de bebés con el argumento de que la mujer no recibe dinero a cambio del niño o del feto, sino como retribución de sus servicios en cuanto a la gestación.

Aún así, ¿qué nos asegura que el consentimiento femenino es realmente voluntario, de que la mujer ha recibido información veraz acerca de aquello que está aceptando? Los defensores del embarazo por contrato han propuesto una serie de garantías a fin de asegurar que estos contratos sean equitativos y que no se realicen bajo presión. Por ejemplo, para que las mujeres comprendan plenamente a qué tipo de experiencias físicas y emocionales se enfrentarán durante el embarazo, la ley podría establecer que sólo aquellas mujeres que ya han dado a luz puedan firmar contratos para actuar como madres subrogantes. Para facilitar la adaptación a esta nueva modalidad de esquema familiar, la ley podría requerir que todas las partes involucradas en el contrato recibieran asistencia sociopsicológica antes de la concepción, durante el embarazo, y después del nacimiento. Y en cuanto a evitar la explotación económica de mujeres víctimas de la pobreza, o económicamente vulnerables, la ley podría determinar que sólo aquellas mujeres que posean un determinado nivel económico suscriban un contrato de esta naturaleza. Todas estas propuestas ponen el acento sobre la combinación entre la razón y la voluntad que el consentimiento implica. Marjorie Shultz alega que, si la elección es libre, "el principio de respeto a la autonomía de la voluntad libre y válidamente expresada debe dar validez al contrato." (Shultz 398). La pregunta que deberíamos formular es si, en el momento de efectuarse el contrato, estaban dadas las condiciones bajo las cuales la mente posee la capacidad de acceder libremente a dar su consentimiento.

Las feministas que se pronuncian por el contrato de embarazo declaran que quienes están dispuestos a permitir que una madre subrogante cambie de opinión respecto de la cesión de la custodia caen en la vieja trampa que supone que las mujeres son menos racionales que los hombres, o que sus instintos o sentimentalismo pueden nublarles la razón. Una madre subrogante insistió en que "un contrato es un contrato... es peligroso decir que nos dominan las hormonas antes que la razón. Una no tiene derecho de arruinarle la vida a otras personas [es decir, a la ilusionada pareja que se ve privada de un hijo cuando una madre subrogante se retracta] porque se deja dominar por sus hormonas." (Andrews 92)

Es importante señalar que, ya sea de manera implícita o explícita, los argumentos en favor del libre consentimiento de la mujer cuando se trata de concebir un hijo presuponen que el "trabajo" de gestar es comparable a otros tipos de trabajo realizado por los seres humanos. De ser así, las restricciones que se pretenden imponer serían una suerte de leyes de protección laboral. Hacia la década de 1990, muchos defensores de los derechos de la mujer adoptaron la postura que sostiene que las mujeres no deben recibir protección a la cual los hombres no tienen acceso. Sí consideraban hacer una excepción en el caso de la licencia por maternidad, para que, al igual que los hombres, las mujeres pudiesen tener hijos sin renunciar a su actividad laboral (aunque algunas feministas se pronunciaban por una licencia parental independiente del género, prefiriéndola a la licencia por maternidad.) Los defensores del embarazo por contrato sostenían que, si luego de haber contado con un asesoramiento médico y psicológico adecuado, una mujer consentía libremente a firmar un contrato de embarazo, el permitirle revocarlo después constituiría una actitud paternalista o sobreprotectora. El argumentar que la experiencia reproductiva femenina da fundamento como para que la ley considere que los contratos de embarazo imponen menor obligatoriedad jurídica que los de otro tipo, no es acaso la antítesis de todo aquello por lo que ha bregado el feminismo? No insinúa que las mujeres se sienten menos obligadas por su palabra, libremente empeñada, que el resto de las personas?

Los defensores de los contratos de embarazo suponen que la gestación de un feto es lo mismo que cualquier otra tarea asalariada, y que intercambiar trabajo por salario constituye una demostración de las libertades individuales. Desde esta perspectiva, el prohibir que una mujer reciba una paga por el servicio que presta al concebir un hijo equivale a negarle la plena propiedad de su cuerpo. Shalev sostiene que "la transacción en cuestión se refiere...a la venta de servicios reproductivos....Se considera que una pareja sin descendencia adquiere el trabajo reproductivo de una madre biológica." La prohibición de la venta de tales servicios "no hará más que reactivar y reforzar el poder del estado en lo concerniente a la definición de las condiciones que constituyen la legitimidad o ilegitimidad de la reproducción." Por otra parte, al permitir el pago, "se reconoce la autoridad legal de la mujer para decidir acerca de cómo ejercerá su capacidad reproductiva."(Shalev 157, 94).

Las consecuencias de prohibir los contratos de embarazo o el pago de los servicios cuando se trata de gestación se infieren de la pregunta que formuló una madre subrogante: "Por qué resultado explotada si me pagan, pero no si no me pagan?" (Andrews 259). Cuando el estado prohíbe el pago en los contratos de gestación, se comporta frente a la actividad reproductiva del mismo modo en que lo ha venido haciendo frente a las tareas domésticas que realizan las mujeres; es decir, lo entiende como actos de amor y de crianza no remunerados y no relacionados con cuestiones económicas antes que como verdadero trabajo y contribución económica a la familia. Inclusive Margaret Radin, quien se opone a los contratos por embarazo, reconoce que la prohibición del pago crea una "doble obligación." El embarazo por contrato "permitiría a un grupo social carenciado -constituido por mujeres sin medios económicos- mejorar su situación relativamente oprimida e impotente, y dicha mejora redundaría en beneficio de su condición de persona" (Radin 1916). No parece nada sencillo que un estado liberal justifique la prohibición de que las personas trabajen con sus cuerpos o reciban paga por utilizarlos a su antojo cuando esto no implica daño a terceros: quienes proponen que la prostitución deje de ser considerada un delito no se cansan de insistir sobre este punto. Aquellos que propugnan el embarazo por contrato, ponen énfasis sobre el valor de permitir que los individuos decidan acerca de sus actividades y del rumbo de sus vidas como mejor les plazca. Según ellos, el permitir que se paguen los servicios prestados por gestación y que se legalicen los contratos de embarazo constituyen el reconocimiento a la autonomía de la madre gestante.

Hay quienes no están de acuerdo con esta noción de la libertad femenina: sostienen que ni la prohibición del pago ni la negativa a legalizar el embarazo de manera irregular restringe la libertad de madres subrogantes en potencia o de parejas que encargan este tipo de embarazo. Analizo su punto de vista en la sección siguiente.

II. "Nuestro cuerpo, nuestra mismidad": Consideraciones acerca de los contratos no revocables.

Cuando se tratan los contratos de embarazo del mismo modo que cualquier otro contrato laboral, el problema más complicado es que el "producto" es otro ser humano que no existía al momento de concertar el acuerdo. Como hemos visto, la mayoría de los defensores de los contratos de embarazo hacen hincapié en que la madre gestante recibe una paga por su servicio de gestación, y no por la criatura. No obstante, resulta

difícil sostener esta distinción, toda vez que el feto se desarrolla a partir de un óvulo de la madre gestante. En estos casos, la mujer aporta más que el trabajo de su útero; vende, también su material genético<sup>[1]</sup>. Además, la venta de un óvulo junto con los servicios de gestación supone poner precio a todos los atributos personales de la mujer (raza, altura, color de cabello, inteligencia, habilidad artística) al mismo tiempo que a su capacidad reproductiva y, en una sociedad donde el cuerpo femenino ya ha sido convertido en un artículo de consumo gracias a los publicistas, pornógrafos, y promotores de la prostitución, el peligro de que los atributos de la mujer también se convierten en artículos de consumo, es más que real (Radin 133).

En la "subrogación gestacional" la afirmación de que la pareja que encarga la criatura sólo adquiere un servicio de gestación en la cual la mujer que dará a luz al niño no tiene relación genética con el feto, tiene más fuerza que en la "subrogación total", en la cual el espermatozoide de un padre en particular se introduce en el útero de la madre subrogante para fertilizar su óvulo. Durante la pasada década, la frecuencia de la subrogación gestacional se ha elevado de manera considerable. Este tipo de subrogación abarcó alrededor del 5 % de los embarazos por contrato en 1988 y más del 50 % en 1998. Parece que algunas parejas han recurrido a madres subrogantes para la gestación porque aunque la esposa producía óvulos, no lograba llevar el embarazo a término, o porque la pareja pensaba que era menos probable que una madre subrogante durante el período de gestación intentara pedir la custodia o un régimen de visitas que una madre subrogante total.

En mi opinión, los argumentos a favor del embarazo por contrato se apoyan sobre una marcada analogía entre el "trabajo" del embarazo y otras formas de trabajo asalariado con las cuales estamos familiarizados. En California, una mujer que dio a luz un niño concedido mediante la fertilización in vitro resultante de un óvulo y de un espermatozoide provisto por un matrimonio, presentó una demanda para que el contrato se declarara nulo. El juez desechó la demanda, con estas palabras: "No veo inconveniente en que alguien reciba una paga por su dolor y sufrimiento... ellas [las madres gestantes] no venden un bebé; lo que venden es dolor y sufrimiento" (*New York Times*, Octubre 23, 1990, A 14). Este juez entendió el acuerdo de subrogación como si se tratara de un contrato laboral: encontró que "el dolor y el sufrimiento" del embarazo, era comparable a las exigencias físicas y psicológicas de otros tipos de tareas. La analogía parece basarse en dos consideraciones principales: el embarazo involucra el cuerpo, y culmina en el esfuerzo físico "trabajo de parto" y del alumbramiento, y del embarazo además, termina cuando algo nuevo adviene al mundo como "producto" del trabajo de gestación.

Sin embargo, lo que parece distinguir a la gestación humana de otros tipos de labor productiva son las maneras en las cuales el primero involucra el ser físico y psicológico de la mujer y la diferencia entre el ser humano (consecuencia de un embarazo) y otra clase de productos. Cuanto más consideremos que la madre y el feto son dos cosas distintas, tanto más fácil será considerar al niño ya nacido (producto) del cuerpo de la mujer. En este punto, concentro mi atención sobre la experiencia de la mujer, y reflexiono acerca de cómo una versión vívida de un embarazo puede contribuir a nuestro criterio respecto de si el lograr la validez legal de los contratos de embarazo reconocen adecuadamente la libertad y la autonomía de las mujeres.

---

<sup>[1]</sup> Los hombres también venden su material genético cuando se convierten en donantes a través de programas de inseminación artificial.

Lo que las mujeres cuentan respecto de su embarazo señalan la complejidad de las experiencias del alumbramiento y de los modos en los cuales la mujer como sujeto, y no simplemente su útero, quedan comprometidos en la reproducción. Iris Young señala que, en nuestra cultura, "el embarazo" no es propiedad exclusiva de la mujer, sino un estado del feto en desarrollo respecto del cual la mujer es sólo un continente, o un proceso objetivo y observable sometido al examen científico. En ocasiones, es la mujer misma quien ve este proceso como un "objeto", como un "estado" durante el cual debe "cuidarse." (Young 160) El cuerpo de la madre es el "medio" en el que el feto crece, pero no existe relación intrínseca alguna entre ambos. La diferenciación entre madre y feto se refleja inclusive en nuestro lenguaje ordinario: se dice que la embarazada está "esperando" un bebé.

Y, sin embargo, a esta altura madre y feto todavía no constituyen entidades diferentes. Pero tampoco conforman un mismo ser. La poetisa Adrienne Rich da cuenta de su experiencia respecto de la labilidad de los límites que separan el propio ser del otro durante el embarazo. "Al comienzo del embarazo, tenía la sensación de que los movimientos del feto eran temblores espectrales de mi propio cuerpo; ya más avanzado, me parecía que lo que se movía era un ser aprisionado en mi interior. Pero en ambos casos se trataba de *mis* sensaciones, las que formaban parte de mi propio sentido del espacio, tanto físico como psíquico" (Rich 47). Iris Young señala que, en tanto a los ojos del observador el embarazo se presenta como "un tiempo de espera y cuidado, en el que nada sucede", para la embarazada "existe una temporalidad marcada por el movimiento, el crecimiento, y el cambio... La mujer embarazada se percibe a sí misma como la fuente de un proceso creativo del cual es también parte activa. Aún cuando no lo planifica ni lo conduce, tampoco le es ajeno; más bien, ella *es* este proceso y este cambio" (Young 167). Madre y feto son, al mismo tiempo, entidades distintas e interrelacionadas; por lo tanto, este hecho fundamental de la encarnación humana significa que, cuando se dice que la "libertad" de la madre reside en los propósitos que su calidad de agente autónomo le permiten, se está malinterpretando la relación madre-hijo y también la relación entre la mujer y el devenir de su ser durante el embarazo.

La interrelación entre madre y feto dificulta la posibilidad de especificar qué se juega exactamente en la tarea de la gestación. A diferencia de otros tipos de trabajo, éste no es controlable desde la conciencia, puesto que, en la gestación, el trabajo corporal no cesa, ni siquiera mientras la mujer duerme. La madre sólo puede controlar de manera indirecta que el "trabajo" se realice correctamente: puede, por ejemplo, abstenerse de fumar y de ingerir alcohol y drogas; puede alimentarse adecuadamente y hacer ejercicio físico, pero hay aspectos que quedan librados a otros factores: no depende de la madre que el feto se desarrolle a término, ni que el nacimiento no presente complicaciones, ni que esté a salvo de anomalías genéticas.

En su crítica al embarazo por contrato, Carole Pateman sostiene que, si bien es verdad que, hasta cierto punto, todo trabajo asalariado implica la venta de parte de uno mismo, en el caso de los servicios de gestación la enajenación llega a tal extremo que convierte este tipo de venta en algo ilegítimo. En opinión de esta autora, el trabajo asalariado parte de un concepto erróneo acerca de la propiedad de nuestro propio ser. Dicho concepto supondría que es posible separar la capacidad o fuerza de trabajo de la persona que lo lleva a cabo "como si se tratara de bienes". Según Pateman, "la lógica de la contratación, tal como se la ve en la maternidad "subrogante" barre con "cualquier relación intrínseca entre la propietaria, su cuerpo, y su capacidad reproductiva. En cuestiones que atañen a la propiedad, la mujer se encuentra exactamente en la misma

situación que un hombre respecto de su capacidad de trabajo o de su esperma” (Pateman 216). Así es como el cuerpo femenino y su tarea reproductiva se convierten en objetos a un punto tal que Pateman lo encuentra enteramente inaceptable.

De manera similar, Elizabeth Anderson mantiene que cualquier tipo de embarazo pago “implica que el mercado invade una nueva esfera de la conducta: aquella de la tarea específicamente femenina, que no es otra que llevar los embarazos a término”. Esta postura considera el embarazo “como cualquier otro proceso comercial de producción [y] viola los preciosos vínculos emocionales que la madre tiene derecho a establecer con su ‘producto’, es decir, con el niño”. Cuando se le pide a una mujer que “reprima su amor parental por el niño, estas normas [económicas] convierten la tarea femenina en un tipo de trabajo enajenado”. Las reglas del mercado podrán ser útiles y legítimas dentro de su propia esfera, pero cuando “se las aplica a los modos en que tratamos y comprendemos el trabajo reproductivo de la mujer, ésta queda reducida....a un objeto utilitario” (Anderson 75, 82, 92).

Hay diferentes opiniones respecto de si la existencia de un vínculo genético entre la mujer y el feto debe ser tomada en cuenta por la ley al momento de hacer cumplir los contratos de embarazo. Una cantidad de indicadores sugieren que, para algunas personas, la existencia de un vínculo genético representa una modificación importante entre la embarazada y el feto. Mujeres que aceptan llevar a cabo una subrogación gestacional declaran que se negarían a ser subrogantes totales; aducen que sentirían que abandonan a “su propio hijo” si éste fuera concebido mediante un óvulo suyo, pero que no se sienten ligadas a un niño con quien no mantienen un vínculo genético. No obstante, otros estudios muestran que, respecto de su autopercepción “parental”, muchas mujeres dan al vínculo gestacional igual importancia que al genético.

También es necesario tener en cuenta que el pago por un servicio de gestación no ocurre en un mercado neutro, sino dentro de una sociedad en la cual gran número de instituciones e interacciones están condicionadas por relaciones de dominación y subordinación entre hombres y mujeres, y entre blancos y gentes de color. Hablar de la libertad de un individuo femenino que, siendo su propio dueño, hará lo que quiera con su propio cuerpo al tiempo que se ignoran las estructuras de género de la sociedad en que vive lleva a estos argumentos muy lejos del mundo de la experiencia real. En mi opinión, es (apenas) posible imaginar situaciones en las cuales sería legítimo que una mujer recibiera dinero para concebir un niño al cual no la une vínculo genético alguno, siempre y cuando conservara la facultad de hacer valer sus derechos a la custodia antes del nacimiento o en el momento en que éste se produzca. Como mínimo, una situación tal incluiría un modelo económico donde el trabajo asalariado no fuese indispensable para la supervivencia; igualdad económica-en términos aproximados- entre hombres y mujeres y entre blancos y gentes de color; una cultura en la cual “la ideología de la maternidad”, que afirma que la procreación es la vocación natural y principal de la mujer, no contribuya a que algunas mujeres midan su propio valor con la vara del embarazo; una sociedad en la cual la sexualidad femenina no sea considerada ni un objeto ni un artículo de consumo; y una política independiente de las jerarquías raciales y de género. Aquellas posturas que describen el embarazo por contrato como un simple alquiler del vientre en un mercado que se asume neutro no toman en cuenta hasta qué punto la naturaleza de las estructuras que rodean la transacción está signada por cuestiones de género. En el presente contexto social, la descripción del embarazo por



contrato como una operación que permite a hombres (y mujeres) que gozan de seguridad económica adquirir la labor procreativa y los derechos de custodia de mujeres cuya precariedad económica las hace vulnerables resultaría tan apropiada como sostener que concede a las mujeres la libertad de vender servicios de procreación. Y en contexto con estas características, los contratos no deberían ser ejecutables, o debería prohibirse el pago, o ambas cosas a la vez.

La violación potencial del ser de una mujer cuando ésta firma un contrato de embarazo surge del tiempo que transcurre mientras la mujer *mantiene una relación* con un ser humano en proceso de desarrollo. Dicha relación puede transformarla, y es la relación lo que se cercena si el contrato de embarazo se ejecuta contra sus deseos. Con suma elocuencia –y hay mucho de verdad en ello– los defensores del contrato de embarazo argumentan que los padres que han “encargado” la tarea también han establecido una relación con su futuro hijo, imaginando el papel que jugará en sus vidas, planificando los cuidados que le brindarán, y amándolo mientras se desarrolla *in utero*. Marjorie Shultz afirma que es esta última relación la que debe ser protegida mediante la obligatoriedad de honrar el contrato de reproducción. “Ignorar la importancia de la intencionalidad, del propósito y de la expectativa –la capacidad de vislumbrar y moldear el futuro por medio de una elección consciente– equivale a hacer caso omiso de uno de los rasgos más característicos de nuestra condición humana...Hacer caso omiso de una intencionalidad ligada a una actividad tan íntima e importante como lo es la procreación y la crianza resulta francamente escandaloso”. Cuando una subrogante se retracta de su promesa de ceder la custodia, no es correcto “decir a los padres decepcionados que `vayan a conseguir otro niño””. Una decisión de este tipo “insulta nuestra convicción de que cada individuo es único, dando un tratamiento inadecuado al milagro y a la complejidad que comporta cada vida humana al considerarlas fungibles. Por el contrario, la subrogación y otros acuerdos para la reproducción transfieren la vida y la responsabilidad parental sobre un niño en particular; un niño único”. Por lo tanto, dice Shultz, de algún modo, el obligar al cumplimiento de un contrato de subrogación reafirma la singularidad de cada vida (Shultz 377-78)

Entonces, tanto las reivindicaciones expuestas a favor de los padres que han “encargado” el niño como las de la madre que lo gesta se basan sobre declaraciones acerca de la relación entre progenitor y feto. Que una madre gestacional pueda invalidar el contrato que firmó perturba profundamente a los defensores del embarazo por contrato, pues, según ellos, esta perspectiva “expresa la idea de que la experiencia biológica de la maternidad está por encima de cualquier otra consideración...Exalta la experiencia femenina del embarazo y el parto, dándole prioridad sobre sus decisiones y expectativas emocionales, intelectuales, e interpersonales, y sobre la confianza que otros han depositado en ella respecto de los compromisos adquiridos con anterioridad” (Shultz 384). Sin embargo, ni siquiera la elocuencia de Shultz, sumada a mi propia adhesión a un derecho neutral en cuanto a género alcanzan a persuadirme de que se debe obligar al cumplimiento de promesas de cesión de custodia contra los deseos de la madre gestacional. Su criterio posterior, basado en la experiencia de su embarazo, condiciona la promesa que ella misma hizo en un momento anterior. Y ello es así porque el obligar a una madre gestacional a cumplir su contrato en contra de su voluntad significaría negarse, al amparo de la ley, a reconocer la realidad de que mujer y feto son seres-en-relación, algo que la ley debe proteger, como lo hace para tantas otras relaciones. No obstante, también al padre biológico o la pareja que ha “encargado” al niño los asisten derechos parentales, los cuales podrían ser reconocidos mediante una

audiencia judicial en la que el juez decidiría acerca de los derechos de custodia y régimen de visitas.<sup>2[2]</sup>

Mi postura frente a la importancia de las relaciones reales y encarnadas entre la madre gestacional y el feto coincide con la de Robert Goldstein, quien sostiene, en *Motherlove and Abortion*, que la mayor parte de los debates acerca del aborto, tanto si son planteados por reglamentaristas como por quienes abogan a favor del libre albedrío, se equivocan al considerar que la mujer y el feto son individuos diferenciados cuyos derechos rivalizan entre sí.<sup>3[3]</sup> Como señala Goldstein, en este contexto, las discusiones acerca de los derechos ponen el acento sobre “la conveniencia de ver a otras personas como agentes separados y autónomos”, mientras que “la relación entre progenitor y niño implica tomar conciencia de que existe alguna especie de unión entre las personas...*Compartimos nuestro ser con nuestros íntimos*” (Schoeman 35). Respecto del aborto, el respeto por la comunión primera entre madre y feto debería lograr que la ley reconociese que es a la embarazada a quien corresponde tomar decisiones acerca de la díada constituida por ella y el feto. A ella debe otorgársele “una posición de privilegio como representante de la díada, por encima de otros presuntos participantes de la misma”; el padre biológico, por ejemplo; o el estado, o padres adoptantes potenciales: En el caso de la subrogación, la relación encarnada de la madre gestacional (quien puede o no ser también la madre genética) es más fuerte que la que existe entre el padre (la pareja) que ha “encargado” y el feto, o la de su propio “ser-como-intención” y el feto antes de la concepción. Dicho con las expresivas palabras de Kenneth Karst, uno de los aspectos cruciales del derecho a la “privacidad” no consiste en aislar a las personas, sino en proteger y alentar lo que él llama “la libertad de asociación íntima” (Karst 634-83). Una norma legal que obligue al cumplimiento de los contratos de embarazo reforzaría conceptos de aislamiento y distanciamiento entre los humanos, en lugar de reconocer que la individualidad y la autonomía se desarrollan mediante relaciones humanas sostenidas y cercanas.

Ninguna de las consideraciones anteriores alega en contra de que una mujer conciba un hijo para otra persona, ni se opone a la adopción. La ley puede permitir que una mujer decida entregar su hijo a otro(s) porque es lo mejor para ella, para el niño, y para el nuevo padre (los nuevos padres) que tomarán la custodia a su cargo. Pero la adopción difiere de un embarazo por contrato: la mujer que entrega a su hijo en adopción ha tomado la decisión de separarse de un ser humano existente, no de uno potencial. Su acto, que puede ocasionarle tanto alivio como penas, no es consecuencia de un acuerdo que ignora o desecha la importancia del embarazo y de la relación

---

<sup>2[2]</sup> Aún si se acepta mi argumento en favor de no obligar a una mujer a ceder todos sus derechos de custodia según figuran en el contrato, resulta sumamente difícil encarar la manera de resolver los derechos de custodia del padre (o la pareja) que ha “encargado” un niño. Seguramente, los derechos de estos padres son más legítimos que los de un padre biológico que llega a engendrar un hijo sin intención de hacerlo, sólo por no haber tomado las precauciones indicadas durante el acto sexual. (En muchas legislaciones, este padre puede exigir derechos y responsabilidades parentales). Este es un tema extenso al cual no puedo dedicar aquí el espacio necesario, pero sí puedo señalar que sería lógico producir desarrollos que contemplaran el reconocimiento de padres que se han propuesto prohijar, padres biológicos y padres de crianza, en lugar de tratar de lograr que todas las familias luzcan como hogares habitados por una pareja heterosexual y su descendencia. Ver Katherine Bartlett: “Re-expressing Parenthood”, *Yale Law Journal* 98, no. 2 (1988; 293-340).

<sup>3[3]</sup> Robert D. Goldstein, *Mother-love and Abortion: a legal interpretation* (Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1988). No estoy persuadida de que todas las mujeres experimenten el “amor maternal” durante el embarazo, y discrepo con Goldstein cuando dice que, después del nacimiento, y en razón del “amor maternal”, la relación de la madre con el niño debe primar sobre la del padre.

humana, encarnada, entre la mujer y el feto, según el modo en que entendemos la libertad y la elección en los humanos.

### III. Contratos, relaciones humanas, y libertad

Todos aquellos que afirman que el respeto por la autonomía de la mujer conlleva necesariamente que se permitan y se cumplan forzosamente los contratos de embarazo presentan la figura del contrato como el paradigma del vínculo entre personas en una sociedad humana. Si reflexionamos cuidadosamente acerca de los contratos de embarazo, llegaremos a ver, además de los defectos que presentan, otros aspectos problemáticos de cuestiones más abarcativas, por ejemplo, determinados esfuerzos para aumentar la libertad de las mujeres en el seno de las relaciones familiares, reemplazando normas legales emanadas de conceptos acerca de los roles “naturales” del varón y la mujer en la familia por paradigmas y normas contractuales.

Estos esfuerzos no dejan de ser comprensibles, teniendo en cuenta que los conceptos acerca de los roles “naturales” y apropiados han venido abrumando a las mujeres que pretenden la igualdad dentro de la familia y también en la vida pública. Ente mediados del siglo XIX y mediados del siglo XX, las feministas han descubierto que pautas contractuales que refuerzan ideas de igualdad, libertad, y volición son buenas herramientas para deshacerse de los impedimentos a los que el derecho tradicional de familia sometía a las mujeres casadas. De manera gradual, la idea de que la familia era una asociación natural, jerárquica, unitaria e indisoluble fue dando paso a nociones que concebían a la familia como una asociación voluntaria e igualitaria, donde era posible entrar y salir a voluntad, y en la cual las responsabilidades no venían asignadas de modo “natural”, sino que respondían a decisiones consensuadas por los cónyuges. No es mi intención argumentar a favor de una vuelta atrás hacia antiguos conceptos sobre roles familiares naturales o atribuidos; pero sí sostengo que algunos de los problemas del paradigma contractual aplicado a las relaciones familiares se evidencian en las propuestas que impulsan el reconocimiento legal y obligatoriedad de cumplimiento de los contratos de embarazo. No es posible predecir ni prevenir las maneras en las que las relaciones familiares implican y afectan al sujeto, maneras que resultan particularmente notables cuando se trata de relaciones entre padres e hijos.

Los dilemas y las dificultades que surgen al tratar de conceptualizar bases adecuadas para el derecho de familia deberían alentarnos a repensar no sólo estas leyes sino también ciertos aspectos de la teoría política del liberalismo. Por cierto, este ensayo desaprueba la versión libertaria del liberalismo en tanto ésta entiende a la libertad como la aptitud para decidir objetivos e ir en pos de ellos sin que el gobierno u otras personas se crucen en su camino, al tiempo que considera que las relaciones entre individuos se rigen por acuerdos específicos. Este paradigma individualista ignora la necesidad humana de alentar la interdependencia, base del desarrollo humano. Es innegable que ciertas áreas de la interdependencia humana –que deberían ser protegidas por un estado liberal- pueden ser vistas como cuestiones voluntaristas o contractuales, pero existen otras que no pueden entenderse así.

De modo parecido, los intentos de justificar la condición de obligatoriedad en los contratos de embarazo se apoya sobre el modelo de un individuo autónomo, que ignora o da poca importancia a esta verdad: en parte, el ser humano se constituye en la relación

con los otros. En palabras de Virginia Held: “El pensamiento liberal y democrático de Occidente se ha construido sobre un concepto de “individuo” entendido como una entidad teórica a la que es posible aislar. Esta entidad puede hacer valer intereses, tener derechos, y establecer relaciones contractuales con otras entidades. Pero este individuo no es percibido en relación a otros individuos de manera intrínseca o inextricable”. Held observa que “en algún punto, los contratos deben insertarse en relaciones sociales no contractuales” (Held 124, 125). La teoría liberal debe ser más amplia que un contractualismo que confunde la libertad y la dignidad humana con la estrecha noción de la libertad para contratar.

Si desean encontrar una base teórica que sustente la liberación humana que pretendemos, las feministas deben alejarse de los paradigmas contractuales y buscar en otra parte. Uno de los errores en que incurren los argumentos feministas que propugnan el embarazo por contrato reside en que confunden la libertad del individuo femenino anterior a la concepción con las condiciones que preservan su libertad como persona dentro de una relación. Otro error es que creen que el lenguaje y los mecanismos del mercado son moralmente neutrales, cuando en realidad el lenguaje del mercado invoca una noción particular de la persona y de su relación con su cuerpo y su trabajo. Además, las transacciones del mercado tienen lugar dentro de contextos sociales que afectan sus significados. En cada uno de los casos, los argumentos a favor del embarazo por contrato sólo otorgan libertad a la persona tomándola como un individuo aislado, pero no reconocen que, inevitablemente, los individuos son también criaturas sociales. Cualquier liberalismo que merezca ser defendido debe proteger tanto los derechos individuales cuanto las asociaciones y relaciones que nos constituyen y nos permiten ser quienes somos. Esbozar siquiera una teoría sobre el tema excede en mucho el alcance de este ensayo, pero es mi esperanza que al mostrar las falencias de los argumentos en defensa del embarazo por contrato, también he logrado mostrar que el modelo sobre el cual se basa –ese individuo dueño absoluto de su ser que sólo se vincula con otros por medio de acuerdos contractuales- no está a la altura de las complejas interdependencias que implican la actividad procreadora, las relaciones familiares, y la vida social humana en general. Hace ya tiempo que la teoría política no presta atención a la experiencia de la mujer: es la atención que necesitamos para extraer de allí alternativas para comprender y conceptualizar al individuo-en-relación; maneras que nos permitan hablar de la simultaneidad con la que se dan la autonomía y la interdependencia humanas, y de la libertad y el compromiso en la vida social y política.