

CUADERNOS de BIOÉTICA

E-Books Temas Actuales de Bioética



**MATERNIDAD SUBROGADA
O DE ALQUILER**

PRÓLOGO EDITORES E-LIBRO

En este libro electrónico hemos reunido los artículos publicados en estos últimos años en Cuadernos de Bioética sobre la maternidad subrogada o también denominada de alquiler. Es una posibilidad derivada de las técnicas de fecundación "*in vitro*" que durante muchos años se ha considerado ilegal en muchos países. Recientemente y como consecuencia del encarnizamiento reproductivo intrínsecamente ligado a estas técnicas existe una fuerte presión para que se legalice y pueda ser ofertada por las clínicas de reproducción asistida "*in vitro*". Nuestra revista publico un tema de estudio con varios artículos en uno de sus números y posteriormente en otros números otros artículos sobre este tema. La compilación realizada en este E-Libro permite consultarlos conjuntamente, consiguiendo que el lector pueda analizar en una misma obra sus aspectos médicos, éticos como jurídicos que le ayuden no sólo tener una visión profunda del tema sino también a madurar su posición bioética sobre él.

Los editores del E-libro: Modesto Ferrer Colomer, Marta Albert, Luis Miguel Pastor.

¿Qué son los E-BOOKS Temas Actuales de Bioética de Cuadernos de Bioética?

Son compilaciones de artículos publicados en los últimos años en la Revista Cuadernos de Bioética sobre cuestiones que tienen relevancia en el debate actual bioético. La finalidad de los mismos es hacer accesible recursos bibliográficos unificados que sirvan tanto a investigadores como a expertos, consultores o miembros de comités, en sus diversas tareas profesionales bioéticas.



DOI: 10.30444/CB.47

Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) para todo el E-Book.

Copyright Cuadernos de Bioética

CUADERNOS DE BIOÉTICA
E- Books Temas Actuales de Bioética
SUMARIO

MATERNIDAD SUBROGADA O DE ALQUILER

— Nota del editor: la maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada.....	4
<i>Luis Miguel Pastor</i>	
— Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada	6
<i>Nicolás Jouve de la Barreda</i>	
— Maternidad subrogada y dignidad de la mujer	16
<i>Ángela Aparisi Miralles</i>	
— La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución	29
<i>Marta Albert</i>	
— Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción	50
<i>José Eugenio Azpiroz Villar</i>	
— Dimensión económica de la maternidad subrogada (“habitaciones en alquiler”)	62
<i>José López Guzmán</i>	
— Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo	82
<i>José Miguel Serrano Ruiz-Calderón</i>	
— Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista	93
<i>Vicente Bellver Capella</i>	
— El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada.....	108
<i>Ana-Paz Garibo Peyró</i>	
— La subrogación de la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despenalizadora.....	123
<i>Antonio Casciano</i>	
— Conclusiones de la Jornada Anual de AEBI.....	141

CUADERNOS DE BIOÉTICA
E- Books Current Issues Bioethics
SUMMARY

SURROGATE MOTHERHOOD

— Editor’s note: maternity, its value and sense as core of the bioethical debate on surrogated motherhood	4
<i>Luis Miguel Pastor</i>	
— Biomedical perspective of the surrogate motherhood	6
<i>Nicolás Jouve de la Barreda</i>	
— Surrogate motherhood and woman dignity.....	16
<i>Ángela Aparisi Miralles</i>	
— The reproductive exploitation of women and the myth of altruistic surrogacy: An overview of the phenomenon of gestation by substitution	29
<i>Marta Albert</i>	
— Some considerations about the contract of surrogate mother in view of the spanish legislation on adoption.....	50
<i>José Eugenio Azpiroz Villar</i>	
— Economic dimension of surrogacy maternity (“rooms for rent”)	62
<i>José López Guzmán</i>	
— Language manipulation, surrogacy, altruism.....	82
<i>José Miguel Serrano Ruiz-Calderón</i>	
— Taking altruistic surrogacy seriously	93
<i>Vicente Bellver Capella</i>	
— The best interest of the child in the case of surrogate maternity.....	108
<i>Ana-Paz Garibo Peyró</i>	
— Surrogacy in maternity. A personalising human relationship phenomenology.....	123
<i>Antonio Casciano</i>	
— Conclusions of the AEBI Annual Meeting.....	141



NOTA DEL EDITOR: LA MATERNIDAD, SU VALOR Y SENTIDO COMO NÚCLEO DEL DEBATE BIOÉTICO SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

EDITOR'S NOTE: MATERNITY, ITS VALUE AND SENSE AS CORE OF THE BIOETHICAL DEBATE ON SURROGATED MOTHERHOOD

LUIS MIGUEL PASTOR

*Departamento de Biología Celular e Histología,
Facultad de Medicina, IMIB-Arrixaca,
Regional Campus of International Excellence
Campus Mare Nostrum,
Universidad de Murcia, Murcia, Spain.
bioetica@um.es*

El sustantivo maternidad y el calificativo subrogada evocan, cuando uno lo oye, algo irracional. ¿Cómo es posible subrogar algo tan íntimo y personal como es la maternidad? Pienso, que aquí radica la cuestión principal que debe ser contestada a la hora de hacer un juicio ético sobre esta práctica, que está siendo debatida durante los últimos días en diversos foros de nuestro país. Ser madre es una cosa muy seria e importante para toda mujer, algo que pertenece a su integridad como persona. No es una cuestión como otras que realizamos en nuestra vida, y en la que está implicada alguna función de nuestro cuerpo como nutrirse, hacer deporte de más o menos riesgo o consumir alcohol y tabaco, por ejemplo. Quedarse embarazada, como su nombre indica, supone una implicación de toda la mujer con la persona del hijo que se desarrolla en sus entrañas. Tal relación no sólo supone una responsabilidad sino también una posibilidad de mejora como persona a la que va unida una satisfacción por la generosidad que va implícita en ella. Además, añade una identificación muy grande con el niño concebido, porque éste no es una propiedad ni

un objeto de compraventa, sino el don que ha surgido de una relación previa de amor con su cónyuge. Como es fácil de captar, esta relación única, especial y propia de la mujer, no es un servicio o una tarea que pueda estar sujeta ni a compraventa ni a una disposición altruista por su parte. Una mujer que frivoliza o trafica con su maternidad está vulnerando su propia persona y puede ser sometida a diversos tipos de alienaciones.

Como bien capta el feminismo, la utilización de mujeres –sea por el motivo que sea- en el embarazo de un ser humano, supone un tipo de degradación, abdicar de su dignidad. Es una explotación, consentida o no, da igual, en cuanto están sirviendo como simples receptáculos de una gestación para satisfacer deseos ajenos. Evidentemente esta práctica puede convertirse en una nueva forma –ya lo está siendo en varios países- de violencia machista, que busca el cuerpo de la mujer como una realidad instrumental para usar, rehusando reconocerla con igual dignidad y derechos que el hombre. Es tal el bien que está en juego, que habría de abstenerse de solicitar a una mujer realizar este tipo de materni-

dad o de aceptar su libre disposición a hacerlo. De la misma forma que nadie en su sano juicio consentiría que alguien quisiera ser, voluntariamente o no, esclavo de otro, deberíamos rechazar este tipo de maternidad. Solo con la tolerancia cero a esta práctica preservaremos la maternidad e impediremos que aparezca una nueva forma de dominación y sometimiento sobre la mujer, precisamente ahora que hemos abolido tantas de ellas. Por lo tanto, desde un punto de vista social, al ser un bien de interés general, hay que exigir la protección legal de la maternidad, para que ésta nunca esté sujeta a ningún tipo de contrato, sea del tipo que sea. Una mujer no puede ser nunca tratada como un objeto y la maternidad subrogada lleva esencialmente unida a ella el uso de las mujeres para satisfacer deseos reproductivos de otros. Como hemos dicho, lo que se le pide a la mujer es una participación contraria a su propia dignidad, pues, el proceso productivo le exige, por su propia índole, que abdique de algo tan íntimo y personal como es el ejercicio pleno de su maternidad. Son tales los riesgos de cosificación de la mujer, especialmente para aquellas que estén en situaciones vulnerables, que el bien social exige una acción proactiva para legislar en contra de esta práctica. Además, el encarnizamiento procreativo al que están abocadas muchas de las técnicas de reproducción asistida tiene que ser limitado, para que la razón instrumental que las guía no convierta a la mujer en un elemento más de la eficiencia del proceso de manufactura de un hijo.

Junto al bien de la maternidad no hay que olvidar el del niño/a gestado, como han indicado expertos en bioética, líderes de movimientos a favor de la vida y de asociaciones feministas, un hijo, no es una mercancía. La satisfacción de los deseos de las personas que quieren tenerlo tiene un límite. Un niño/a es una persona, con sus derechos, y nadie tiene derecho sobre un niño/a. La maternidad subrogada pone de manifiesto el dislate que es considerar al hijo como un derecho que impulsa a poseerlo de cualquier manera. El hijo no es una cosa, un objeto de propiedad para subvenir necesidades de quien lo posee y que se pueda adquirir a través de una com-

pra. Es evidente que la forma de ser engendrado afecta al propio hijo y que éste tiene derecho a que su filiación no sea maltratada y alterada. La gestación subrogada es también privar al hijo del derecho que tiene a que exista una continuidad entre su origen genético y su gestación biológica, entre crianza y educación; aspectos que solo pueden modificarse en casos en que el mejor interés del niño/a esté en juego. Por eso tampoco el hijo es algo que pueda ser donado por la madre subrogada, pues, supondría no sólo volver a traicionar la esencia de la maternidad, que lleva a acoger al hijo engendrado, sino a no protegerlo de terceros que sobre él no tienen ningún derecho. En síntesis, por un lado, un útero no es subrogable porque la maternidad está unida indisolublemente a la mujer que nunca puede ser objeto de transacción, y por otro, la dignidad del concebido, exige que las condiciones de su concepción, favorezcan la continuidad entre su origen, gestación, crianza y educación, siendo estas respetadas y no drásticamente alteradas.

Por todas las razones expuestas y por tratarse de una cuestión que se está debatiendo en diversos países nos ha parecido al comité editorial de la revista Cuadernos de Bioética que sería conveniente dedicar un número que tuviera como tema de estudio esta cuestión. Para ello, la profesora Marta Albert como coordinadora, siguiendo las normas de evaluación de los manuscritos de la revista, ha reunido una serie de artículos donde de una forma profunda y sistemática se reflexiona sobre diversos aspectos: -biológicos, éticos y jurídicos- implicados en esta práctica de la maternidad subrogada. Esperamos que estos trabajos sirvan no sólo para mejorar la comprensión y análisis de los graves dilemas éticos que conlleva esta práctica sino que, como ha indicado recientemente el Comité de Bioética de España, (CBE) en su informe ético y jurídico, [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.002.pdf] sirvan para concienciar a los países en la necesidad de promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la realización de contratos de gestación para garantizar la dignidad de la mujer y del niño.



PERSPECTIVAS BIOMÉDICAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

BIOMEDICAL PERSPECTIVE OF THE SURROGATE MOTHERHOOD

NICOLÁS JOUVE DE LA BARREDA

Universidad de Alcalá

*Departamento de Biomedicina y Biotecnología. Facultad de Biología. Campus Universidad de Alcalá
28871-Alcalá de Henares (Madrid) España. Tfno. +34918854750*

Email.: nicolas.jouve@uah.es

RESUMEN:

Palabras clave:

FIV, madre genética,
madre subrogada,
maternidad
subrogada, padres
comitentes

Recibido: 08/03/2017

Aceptado: 26/04/2017

La maternidad subrogada se refiere a la implantación de un embrión creado por la tecnología de la fecundación in vitro (FIV) en una madre sustituta, o madre gestante, mediante un contrato con ella. Puede implicar a las familias naturales (mujer y hombre) con problemas de infertilidad o no, o a familias monoparentales o biparentales del mismo sexo. Atendiendo al origen de los gametos usados en la FIV surgen diversas situaciones en la relación genética del niño con la madre gestante y los padres comitentes. La maternidad subrogada se planteó en principio como una opción para solucionar problemas de infertilidad. Sin embargo se ha convertido en una práctica posible y atractiva como fuente de recursos económicos para mujeres pobres. Los casos de maternidad por acuerdo, sin mediar un contrato, son excepcionales y no son apropiadamente "maternidad subrogada" sino de "maternidad altruista" debiendo ser considerados como casos de fertilización in vitro heteróloga. En este artículo se analizan las indicaciones sobre la utilización de la maternidad subrogada. También se tratan los aspectos médicos, genéticos y bioéticos que plantea esta nueva derivación de la fecundación in vitro. Como puntos de especial atención se plantean una serie de preguntas: ¿Se utiliza preferentemente para solucionar problemas de infertilidad?, ¿No es esto en la práctica una nueva forma de utilización de la mujer?, ¿no supone un atentado a la familia natural?, ¿No supone además un atentado a la dignidad de los seres humanos?

ABSTRACT:

Keywords:

commissioning
couple, genetics
mother, IVF,
surrogate mother,
surrogate
motherhood

The subrogated motherhood takes place when an embryo created by in vitro fertilization (IVF) technology is implanted in a surrogate, sometimes called a gestational mother, by means a contract with her. It can imply to natural families (woman and man) with or without infertility problems, or to monoparental or biparental families of the same sex. Concerning the origin of the gametes used in the IVF emerges different implications on the genetic relationship of the resulting child with the surrogate and the future parents. The subrogated motherhood was initially considered an option to solve infertility problems. Nevertheless this practice has become a possible and attractive option as a source of economic resources for poor women. The cases of benefit of a pregnancy without mediating a contract are exceptional and they are not properly cases of "subrogated maternity" but of "altruistic maternity" and must be considered as heterologous in vitro fertilization. In this article are analyzed the medical, genetic and bioethics aspects of

this new derivation of the fertilization in vitro. As points of special attention are considered the following questions: Is it the surrogate motherhood used preferably to solve infertility problems? Is not this actually a new form of exploitation of the woman? Does not suppose an attack to the natural family? Does not suppose in addition an attack to the dignity of the human being?

1. ¿En qué consiste la maternidad subrogada?

La maternidad subrogada implica el nacimiento de un niño que es gestado por una mujer ajena a quien desea tener el hijo, bien una pareja con problemas de infertilidad, una mujer sola o un varón solo. Para ello se utiliza alguna de las alternativas que ofrece la reproducción humana asistida, pudiendo el óvulo ser aportado por la mujer que va a gestar, en cuyo caso se recurre a la inseminación artificial, o ser implantando un embrión producido por fecundación in vitro (FIV) procedente o no de los padres que van a adoptar al niño.

En este tipo de actividad, como en otros relacionados con las aplicaciones biomédicas en el campo de la reproducción humana hay un cierto abuso del lenguaje y se tienden a utilizar los eufemismos. Bien está tratar de explicar las cosas de modo suave y decoroso, -como define los eufemismos la RAE-, pero es importante no enmascarar el auténtico significado de los hechos que se practican. Lo cierto es que las expresiones “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución” e incluso “gestación subrogada”, que son las usualmente utilizadas, adolecen de cierta opacidad respecto al hecho al que se refieren. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una “madre de alquiler”, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que quien la contrata no desea o no puede llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de “maternidad por sustitución” ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible y o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica “gestación por sustitución” es precisamente ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre supone mucho más

que gestar y dar a luz un hijo. Por todo ello, parece más adecuado hablar de “madre de alquiler” o “maternidad subrogada”, que es lo que describe mejor los hechos que se llevan a cabo.

En la práctica jurídica se denominan “padres comitentes” a los que contratan la gestación y después adoptarán al niño y “madre gestante” o “madre subrogada” a la mujer contratada para llevar a cabo el embarazo. Este tipo de reproducción se presta tanto a su aplicación a las familias biparentales de varón y mujer, como a parejas de homosexuales varones o mujeres, mujer sola o varón solo.

Atendiendo a la procedencia de los gametos que generan el embrión producido por fecundación in vitro que anidará en el útero de la madre gestante, habría que distinguir varios tipos de subrogación: “sin donación” ajena a los padres comitentes, de modo que el embrión se genera con óvulo y espermatozoide de ambos; de “donación total”, cuando ninguno de los dos gametos proceden de quien hace el contrato, en cuyo caso el embrión que se implanta proviene de donantes normalmente anónimos, por lo que ni la madre gestante ni los padres adoptivos tienen relación genética con el bebé; de “donación parcial de comitente”, cuando uno de los gametos es del padre o la madre comitente y el otro de un donante, en cuyo caso hay una semi-vinculación genética entre el padre o madre comitente y el niño (el 50% de sus genes); y de “donación parcial de gestante”, cuando la madre gestante aporta el óvulo, lo que supone que existe un vínculo genético entre ella y el niño.

Dado que la maternidad subrogada puede implicar a familias naturales (mujer y varón) o a familias monoparentales o biparentales del mismo sexo, en la práctica de la maternidad subrogada resultan implicadas muchas personas: la madre genética o biológica –la donante del

óvulo- (que podría ser la madre gestante, o la comitente o una donante ajena); el padre genético o biológico que es el donante del espermatozoides; la madre gestante o fisiológica; el marido o pareja de la madre gestante; la mujer o varón comitente, que ha encargado el bebé; y la pareja de la mujer o varón comitente. No es extraño que dada esta complejidad de participantes haya una amplia casuística de casos conflictivos, casi siempre por disputa de derechos sobre el niño.

2. ¿Quién o quienes recurren a la maternidad subrogada?

Al igual que la fecundación in vitro, la maternidad subrogada se planteó en principio como una opción para solucionar problemas de infertilidad con el fin de ayudar a que las mujeres con problemas médicos claramente definidos pudieran tener sus propios hijos genéticos. Los problemas de infertilidad se pueden deber a diferentes causas: útero no receptivo, abortos espontáneos recurrentes, fallo repetido de FIV u otros problemas médicos. Sin embargo, de acuerdo con Van den Akker¹ en un estudio que incluye datos actuales de todo el mundo, solo una mínima parte del 15% de las parejas que tienen problemas de infertilidad recurren a la maternidad subrogada como un recurso alternativo a la FIV debido a que la posibilidad de obtener el hijo deseado por este procedimiento es tan baja como por la propia tecnología de la FIV.

Lo cierto es que la contratación de una mujer para gestar un hijo, se ha convertido en una práctica posible y atractiva como fuente de recursos económicos a cambio de un embarazo para mujeres pobres en los países en que esta práctica está autorizada. Es además el modo en que una mujer estéril o no, con pareja o no, un varón o una pareja de homosexuales, con suficientes recursos económicos, pueden conseguir un hijo mediante un contrato de una mujer gestante. Por ello, cuando se habla de maternidad subrogada se habla de una gestación por encargo, que quien puede costearlo lo hace, con independencia de las razones, sean médicas o para satisfacer un deseo personal de tener un hijo.

También se suele incluir en el mismo contexto el caso de un acuerdo entre personas allegadas, por medio del cual una mujer ajena a quien desea tener un hijo, se presta a llevar a cabo el embarazo casi siempre por motivos de vínculos familiares o de amistad y sin que medie un contrato remunerado. En realidad estos son casos excepcionales y tampoco deben considerarse con propiedad una "maternidad subrogada". Más bien se debería llamar "maternidad altruista" o "acuerdo de gestación altruista" y debería ser considerada como un caso más dentro de fecundación in vitro heteróloga.

3. Maternidad subrogada y reproducción humana asistida

No es posible hoy ni previsible en el futuro la utilización de "incubadoras artificiales" por lo que la maternidad subrogada solo es viable acudiendo a las tecnologías de la reproducción humana asistida y contando con una madre gestante. Hay que dejar a un lado las fantasías sobre cualquier alternativa futura de carácter tecnológico. Una placenta humana no es sustituible por ningún medio artificial. El desarrollo de un embrión tras la fecundación hasta la octava semana y del feto a partir de la novena semana, es un proceso de expresiones genéticas programadas por el genoma del propio embrión y reguladas espacio-temporalmente. Se trata de un proceso delicado y muy dependiente de las condiciones ambientales. En el claustro materno y durante la gestación se está produciendo un traslado de metabolitos entre el embrión y la madre. Hay un diálogo molecular que comunica al feto en crecimiento con la madre que lo acoge, de lo que depende el desarrollo armónico del nuevo ser². La placenta humana es tan compleja que penetra en el útero materno, y el feto, al tiempo que se desarrolla, debe poder captar los nutrientes suficientes y eliminar sus productos de desecho mientras permanece en el útero, lo que requiere una interacción complejísima imposible de suplantar por ninguna tecnología que se desee aplicar.

¹ Van den Akker, O. "Surrogate motherhood: a critical perspective". *Expert review of obstetrics & gynecology*. 5 (1), (2010), 5-7.

² López-Moratalla, N. «Comunicación materno-fetal en el embarazo». *Cuadernos de Bioética*. XX(3), (2009), 303-315.

Las técnicas de reproducción humana asistida surgieron a finales de los años setenta como una tecnología de apoyo a las parejas con problemas de infertilidad. Se trata de una tecnología desarrollada por los Dres. Robert Edwards y Patrick Steptoe en Gran Bretaña y cuyo primer logro se produjo en 1978 con el nacimiento de la niña Louise Joy Brown en el Reino Unido³. Hoy se estima que nacen cerca de cuatro millones de niños al año en el mundo por esta tecnología⁴. Aunque hay diferentes modalidades de FIVET, dependiendo de la procedencia de los gametos y los modos de llevar a cabo la fecundación y/o la implantación, el éxito es muy bajo sin que tras años de aplicación se haya conseguido elevar el rendimiento por encima de un 40%, dependiendo de los centros en que se lleva a cabo. También hay que señalar el cúmulo de derivaciones y problemas éticos que ha generado esta tecnología, casi todos ellos relacionados con la instrumentalización de los embriones, que son congelados, seleccionados, eliminados o utilizados en experimentación o en investigación biomédica.

Desde un punto de vista biológico cuando hablamos de reproducción solo cabría hablar de los padres biológicos o genéticos, la madre que aporta el óvulo y el padre que aporta el espermatozoide. Sin embargo, la FIVET introdujo como novedad los casos de fecundación heteróloga, con óvulo y/o esperma de donantes. Esto implica, en los casos de maternidad subrogada con donación total o parcial de gametos, la pérdida total o parcial del vínculo genético del hijo que nacerá tras la implantación del embrión en el útero de una mujer ajena, pudiendo quedar en el anonimato la relación del embrión con sus auténticos progenitores genéticos. No debe despreciarse además el hecho del esfuerzo físico, fisiológico y psicológico de la madre que lleva en su seno al bebé. La ley señala que la madre gestante tiene a su

favor la presunción de maternidad derivada del parto, pero deja de aplicarse cualquier derecho sobre el hijo cuando exista una prueba genética de filiación que no la favorezca.

Dada la posibilidad de llevar a cabo una maternidad subrogada con gametos o embriones ajenos a los padres comitentes y la madre gestante, pueden surgir problemas para el niño que es concebido en estas condiciones cuando más adelante desee saber su origen genético. En caso de conflicto, o de dudas sobre quien donó el óvulo o el espermatozoide, es decir quién es la madre o el padre biológico del niño cuya maternidad o paternidad se disputa, se puede recurrir a las pruebas de paternidad a partir del ADN de los potenciales donantes, pero para eso hace falta tener datos de su trazabilidad. Con las pruebas de ADN se podría acreditar la filiación o vínculo genético de los verdaderos padres, lo que se sobrepondría al derecho por razón de la gestación.

4. Aspectos biomédicos

La maternidad subrogada supone un largo proceso que implica a varias personas y requiere varios tipos de procedimientos: la obtención de los gametos: óvulos y espermatozoides, la producción de los embriones mediante FIV, y su transferencia al útero de la mujer contratada para la gestación. En cada una de estas fases, que pueden afectar a distintas personas existen problemas de diferente índole que han de tenerse en cuenta y que exigen el obligado "consentimiento informado" y la libre aceptación por parte de todas las personas implicadas.

En primer lugar, la madre genética, que es la que aporta el/los óvulo/s necesario/s para la FIV, -que podría ser la comitente, la gestante o una donante ajena al contrato de la maternidad subrogada-, debe conocer los posibles riesgos que conlleva el procedimiento de estimulación ovárica. Se trata de crear un ambiente hormonal que estimule el desarrollo celular múltiple a nivel folicular de forma sincrónica hasta el estado de madurez, con el fin de producir la ovulación y provocar la liberación de uno o más óvulos en un ciclo estimulado farmacológicamente. Para ello, existen diferentes tipos

3 El 4 de octubre de 2010 la Academia Karolinska de Estocolmo hizo público la concesión del Premio Nobel de Fisiología o Medicina al fisiólogo Robert Edwards por su contribución al desarrollo de la tecnología de la fecundación in vitro. Esta concesión se produjo más de treinta años después del nacimiento del primer niño por este procedimiento.

4 En marzo de 1984 nació en Los Ángeles el primer bebé de un óvulo fertilizado de una mujer diferente a la gestante (donación de óvulo, o fecundación in vitro heteróloga). En Abril del mismo año, nació en Melbourne, la niña Zoe Leyland de un embrión previamente congelado.

de tratamiento y cierta discusión sobre los protocolos y dosis de su administración. La estimulación ovárica es un tratamiento agresivo para la fisiología femenina ya que fuerza un tipo de ovulación múltiple contra natura, con el fin de obtener en un ciclo el mayor número de óvulos para su uso posterior en la FIV. El método habitual consiste en un tratamiento con gonadotropina coriónica humana (hCG) para activar la ovulación⁵. La mayoría de los centros en los que se practica la reproducción asistida llevan a cabo este tratamiento hormonal con el fin de lograr la estimulación ovárica y la producción de múltiples folículos que faciliten la aspiración folicular⁶.

La administración de la hCG para ayudar a activar la ovulación puede inducir el llamado “síndrome de hiperestimulación ovárica” (OHSS) que puede tener menor o mayor gravedad y puede llegar a afectar al 10% de las mujeres que donan sus óvulos. El OHSS es una complicación iatrogénica de la tecnología de reproducción asistida que se caracteriza por el agrandamiento quístico de los ovarios y una expulsión de fluido del espacio intravascular debido a un aumento de la permeabilidad capilar y una neoangiogenesis ovárica⁷. Su impacto en la salud general de la mujer así tratada puede ser muy perjudicial y en ocasiones se han producido alteraciones muy graves. La relación entre la hCG y el OHSS se piensa que es debida a la producción de una molécula angiogénica, un factor de crecimiento vascular endotelial (VEGF). Se estima entre 3 y 6% la incidencia de un OHSS moderado, mientras que la forma severa puede ocurrir en 0.1-3% de todos los ciclos⁸.

La mayoría de las mujeres que padecen la afección tienen síntomas tales como distensión abdominal, dolor leve en el abdomen y aumento de peso. En algunos casos, las mujeres pueden tener síntomas más serios, como aumento considerable de peso, dolor intenso o hinchazón en el abdomen, disminución de la micción y dificultad para respirar. Dados todos estos riesgos

es obligado el conocimiento de los mismos y el “consentimiento informado” por parte de la mujer que se somete a estimulación ovárica.

El tratamiento de FIVET que se sigue para la maternidad subrogada es el rutinario en cuanto a la transferencia de los embriones, que pueden ser frescos o descongelados. Los resultados del tratamiento también son similares a una FIVET ordinaria con embriones derivados de mujeres jóvenes transferidos a mujeres fértiles también jóvenes. En cualquier caso también habrá que informar al/los comitente/s sobre el bajo éxito de la FIVET, y sobre los procedimientos médico-asistenciales que fuere necesario atender en su caso a la madre gestante.

Respecto al rendimiento de la aplicación de la maternidad subrogada a partir de la FIVET, hasta hace poco los estudios se limitaban a pequeñas series de casos, con un resultado en cuanto a tasas de embarazo del 17 al 50%. Sin embargo, en el año 2015 se publicó una revisión sintetizando la mayor serie de datos de maternidad subrogada mediante FIVET⁹. El estudio incluye los aspectos médicos, psicológicos y legales y se basa en los datos de 333 ciclos consecutivos de maternidad subrogada llevados a cabo en Canadá entre 1998 y 2012. De los 333 ciclos de estimulación ovárica se lograron 178 embarazos (53,4%), incluyendo la transferencia de óvulos frescos y congelados. En el 49,2% de los ciclos, fueron utilizados óvulos autólogos y en el 50,8% restante los óvulos eran de donante. De los 178 embarazos, 142 siguieron su curso hasta superar las 20 semanas o terminar con un nacimiento y los 36 embarazos restantes no llegaron a término al producirse un aborto espontáneo (25.4%). El éxito global de la FIV aplicada la maternidad subrogada fue del 42,6%.

El estudio incluye una clasificación de los casos de maternidad subrogada en dos grupos. El primero (n = 96; 132 ciclos, tasa de embarazo 50,0%) responde a la solicitud de maternidad subrogada por madres habían recurrido previamente a la FIVET con fallo re-

5 Diedrich K., Van der Ven H., Al-Hasani S., and Krebs D. «Ovarian Stimulation for in-vitro fertilization». *Hum. Reprod.* 3, (1988), 39-44.

6 Steptoe P.C, Edwards R.G, «Reimplantation of a human embryo with subsequent tubal pregnancy». *Lancet.* 1, (1976), 880.

7 Kumar, P., Farouk Sait, S., Sharma, A., Kumar, M. «Ovarian hyperstimulation syndrome». *J Hum Reprod Sci.* 4(2), (2011), 70-75.

8 Diedrich K., et al. *Op.cit.* 39.

9 Dar, S., Lazer, T., Swanson, S., Silverman, J., Wasser, C., Moskvtsev, S.I., Sojecki, A., Librach, C.L. «Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy». *Hum Reprod.* Feb;30(2), (2015) 345-352.

corriente de la implantación de los embriones, más los casos de mujeres con abortos espontáneos recurrentes. El segundo grupo (n = 108, 139 ciclos de embarazo tasa de 54,0%) correspondía a mujeres con "embarazo imposible", e incluía casos de síndrome de Asherman¹⁰ grave, agenesia uterina, malformaciones uterinas y enfermedades médicas maternas. Se analizó por separado un tercer grupo de parejas del mismo sexo masculinas y solteros (n = 52, 62 ciclos, tasa de embarazo 59,7%). Los resultados son los siguientes. El primer grupo, de madres de una edad media de 40,3 años, dio como resultado 66 embarazos (50,0%) con 17 abortos (25,8%) y 46 nacimientos confirmados (34,8%). Respecto al segundo grupo, de madres de una edad media de 35,9 años y "embarazo imposible" dio como resultado 75 embarazos (54,0%) con 15 abortos (20,0%) y 56 nacimientos confirmados (40,3%). El embarazo, aborto y las tasas de nacidos vivos entre los dos grupos no fueron significativamente diferentes. En resumen, hubo alrededor de un 25% de abortos y se produjeron un 9,8% de complicaciones en la madre gestante durante el embarazo. Por otra parte, el 1,8% de los bebés nacidos presentaron anomalías fetales. Todos estos datos se pueden considerar muy semejantes a los derivados de la práctica común de la FIVET¹¹.

Desde la perspectiva biomédica hay que tener en cuenta las implicaciones psicológicas para todos los sujetos implicados en la maternidad subrogada. Aunque esta práctica es reciente y no hay grandes series de datos sobre estudios psicológicos, son cada vez más los expertos que destacan la importancia de los vínculos afectivos creados entre la madre gestante y el bebé durante la gestación. No es descabellado asumir, que tras un embarazo, rota la relación con un hijo tras el nacimiento, pueda quedar afectado el desarrollo psicológico normal del niño o la niña, particularmente cuando él o ella se enteran de su origen por subrogación, si

10 El síndrome de Asherman es una afección poco común. Consiste en la formación de tejido cicatricial en la cavidad uterina. En la mayoría de los casos, el problema se presenta después de una cirugía en el útero en mujeres que se han sometido a algunos procedimientos de dilatación y legrado.

11 Dar, S., et al. *op.cit.* 345.

llegan a enterarse, y también de la madre gestante. Es un daño potencial que debe ser considerado.

En un estudio sobre la aplicación de la maternidad subrogada a personas homosexuales y transexuales se señala que aunque estas personas no deben ser discriminadas respecto a la aplicación de esta tecnología por su orientación sexual, sí constituye un motivo de preocupación los posibles efectos negativos para el desarrollo psicológico de los niños¹².

Durante el embarazo se establece una relación íntima y de simbiosis entre el bebé y la madre gestante que quedará interrumpida tras el nacimiento. La dependencia tiene su reflejo en la fisiología del cerebro de la madre durante el embarazo en íntima relación con los patrones de desarrollo del niño. De acuerdo con estudios sobre la fisiología del cerebro materno, durante un embarazo se produce una adaptación múltiple de la fisiología de la madre para optimizar el crecimiento y el desarrollo fetal, con el fin de proteger al feto, preparar el parto y asegurar un cuidado maternal adecuado después del parto. Muchas de estas adaptaciones son organizadas por el cerebro de la madre mediante cambios en el sistema neuroendocrino, bajo la influencia de las hormonas del embarazo¹³. Se ha demostrado que hay una sincronía que coordina los patrones de cuidado maternal, mediado por la presencia de la oxitocina¹⁴ y otros neuropéptidos que influyen en el estado de stress y tensión psicológica de la madre, como respuesta a las señales procedentes del feto durante el embarazo¹⁵. También se han demostrado efectos sobre los patrones de vínculo de la madre con el hijo a través de la detección de estímulos, mediante

12 DeWert, G., Dondorp, W., Shenfield, F., Barri, P., Devroey, P., et al. «ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people». *Human Reprod*, 29(9), (2014), 1859-1865.

13 Brunton, P.J., Russell, J.A. "The expectant brain: adapting for motherhood". *Nature Reviews Neuroscience*. 9, (2008), 11-25.

14 La oxitocina es un neuropéptido cuyos efectos son de bienestar, confianza y efectos sobre la predisposición ante los demás. Por eso la oxitocina juega un papel fundamental en el vínculo entre la madre y el feto durante la gestación y con y el cuidado del bebé después del nacimiento.

15 Atzil, S., Hendler, T., Feldman, R. «Specifying the neurobiological basis of human attachment. Brain, hormones, and behavior in synchronous and intrusive mothers». *Neuropsychopharmacology*. 36 (13), (2011), 2603-2615.

electroencefalogramas en madres de 3 a 6 meses de embarazo, que evidencian la especial sensibilidad hacia el hijo que gestan¹⁶.

Además, existe evidencia de que células troncales procedentes del feto pasan a la sangre circulante durante el embarazo y llegan a instalarse en diferentes tejidos maternos, contribuyendo incluso a la reparación de algún daño¹⁷. Por poner un ejemplo, estudios con ratones han demostrado que cuando la madre sufre un problema vascular durante el embarazo, como un infarto miocardio, el feto proporciona células troncales para la regeneración del tejido fino cardíaco dañado¹⁸. ¿Puede haber una demostración más patente de la simbiosis entre el hijo y su madre gestante? El hijo protege a su madre a cambio de que la madre le dé cobijo y contribuya a alimentarle y a completar su desarrollo durante el embarazo. Pero además, las células madre del feto van a quedar dispersas por el organismo de su madre a lo largo de su vida, como un recuerdo del embarazo y un seguro para su propia salud. Esto unido a los efectos sobre el desarrollo del cerebro refuerza la afirmación de la relación psicológica imborrable que se establece entre la madre gestante y el niño.

Por último, los padres comitentes también sufren la presión psicológica. Estos no pueden estar completamente seguros de que la madre sustituta no romperá el contrato durante los nueve meses del embarazo, o que incluso uno de los donantes genéticos no intente demandar la custodia del niño.

5. Aspectos bioéticos

La maternidad subrogada se enfrenta a una serie de situaciones que se añaden a las cuestiones habitualmente atribuidas a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Como temas específi-

cos se plantean una serie de preguntas: ¿Se trata sólo de solucionar problemas de infertilidad?, ¿no estamos ante una nueva forma de explotación de la mujer?, ¿no supone un atentado a la familia natural?, ¿no supone además un atentado a la dignidad del hijo? En los párrafos siguientes veremos algunos aspectos de todas estas cuestiones.

Respecto a la cuestión de si se trata sólo de solucionar problemas de infertilidad es evidente que la respuesta ha de ser negativa. Los sectores interesados en la regularización jurídica de la maternidad subrogada piensan en extender esta práctica a los casos de las familias no naturales o de personas solas, asumiendo el inexistente derecho a tener un hijo. Sin embargo, se recurre a la emotividad y se utiliza como argumento la solución del problema de las madres que tienen dificultades para procrear. También se hace más énfasis en los escasísimos casos de maternidad altruista que se ponen como ejemplo de lo que es la maternidad subrogada a pesar de su escasísima incidencia con respecto a la práctica habitual en que existe un contrato.

En determinados sectores, y especialmente en el momento presente en que la maternidad subrogada no está autorizada en España por la Ley de Reproducción Humana Asistida¹⁹, la maternidad subrogada se ofrece desde una perspectiva médica positiva, haciendo énfasis sólo en la posibilidad de solucionar los problemas de infertilidad. El procedimiento de recurrir a la salud para justificar la maternidad subrogada es una argucia parecida a la que se utilizó para introducir el aborto como una práctica lícita en numerosos países. Como cuando se decía en España que se trataba de evitar los riesgos de los 100.000 abortos clandestinos al año, cifra que tras la implantación en 1985 de la primera ley del aborto se demostró que era falsa, ya que hubieron de transcurrir veinte años para llegar a esa cifra tras la legalización. Es el mismo método que se está utilizando para otras prácticas, como la conveniencia del cambio de sexo de los

16 Bornstein, M.H., Arterberry, M.E., Mash, C. «Differentiated Brain Activity in Response to Faces of "Own" Versus "Unfamiliar" Babies in Primipara Mothers: An Electrophysiological Study». *Dev Neuropsychol.* 38(6), (2016), 365–385.

17 Demirhan, O., Çekin, N., Ta temir,D., Tunç, E., Güzel, A.I., Meral, G., Demirebek, B. «Are there fetal stem cells in the maternal brain?». *Neural Regen Res.* 5, 8(7), (2013), 593–598.

18 Kara, R.J. et al. «Fetal Cells Traffic to Injured Maternal Myocardium and Undergo Cardiac Differentiation». *Circulation Research.* Nov. 14, (2011). DOI: 10.1161/CIRCRESAHA.111.249037

19 El Art 10.1, de la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, BOE 27 de Mayo de 2006) señala que: «Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero».

niños que presentan “disforia de género” en las leyes de no discriminación de la transexualidad en España, para un fenómeno que apenas alcanza a un 20 a 40 por millón de habitantes en la población mundial occidental²⁰.

Quizás el aspecto más espinoso con relación a la ética de la maternidad subrogada es el que alude a la cuestión de si no estamos ante una nueva forma de explotación de la mujer. Dejando a un lado los escasísimos casos de maternidad altruista, que más bien deben considerarse de FIVET heteróloga, es evidente que en la maternidad subrogada se paga un servicio para que otra mujer geste el bebé para satisfacer el deseo de tener un hijo de quien paga. Hay un contrato, unos contratantes, una mujer contratada y un producto. En la maternidad subrogada la mujer gestante es utilizada como una incubadora, lo cual ya de por sí atenta a la dignidad de las mujer. Por otra parte, como en toda transacción económica se imponen unas exigencias de calidad, aquello que lo hará más o menos caro, lo que a su vez puede afectar a múltiples factores del servicio: donación de gametos, óvulos y/o esperma, recurso a varios ciclos de estimulación ovárica, utilización de embriones frescos o congelados, calidad del servicio de la FIV, salud de la madre gestante, sus cuidados médicos, su alimentación, etc. Teniendo en cuenta todos estos factores, como si de un producto cualquiera se tratara, a mayor precio mejor calidad. En función de todo esto los precios totales actuales en diferentes países y compañías que ofrecen este servicio en diferentes países oscilan entre los 30.000 y los 100.000 €. Es evidente, que en todo esto lo que subyace es una mentalidad mercantilista en la que las mujeres gestantes son utilizadas en este negocio como una mera factoría que fabrica bebés para otros.

Aparte del liberalismo predominante en los EE.UU., donde la maternidad subrogada está autorizada y en donde han crecido las clínicas de reproducción humana asistida como negocio, hay algunos países en vías de desarrollo donde se han creado centros para la explotación de la maternidad subrogada como una fuente de divisas, dando paso a una auténtica industria reproductiva. Así, en la India por ejemplo, se han creado granjas de re-

producción, donde cientos de mujeres se utilizan con la única misión de ser utilizadas para la reproducción por encargo, bajo la interesada vigilancia de su salud y alimentación durante el tiempo de la gestación. En muchos de estos casos, debido a la carencia de una legislación apropiada, hay una verdadera explotación de las madres gestantes y el beneficio económico de este negocio se lo llevan usualmente los intermediarios y las agencias comerciales. No hay transparencia en el sistema y por ello esta práctica es una fuente de problemas legales²¹.

Por otra parte, la implantación de la maternidad subrogada entra de lleno en el debate de la ideología de género al ofrecer la oportunidad de tener un hijo a las familias monoparentales, biparentales de igual sexo y transexuales, que, desde el punto de vista biológico, ecológico y ético no pueden ser consideradas opciones equivalentes a la familia natural, la formada por padre, madre e hijos. Al margen de los posibles efectos psicológicos para los niños, este tipo de familias no contribuyen al mantenimiento del nivel de reposición poblacional, ni favorecen a la sociedad del mismo modo que una familia natural en aspectos formativos de carácter intelectual, cultural y moral. Las empresas que se dedican a esta práctica, como las americanas Circle Surrogacy o Center for Surrogate Parenting Inc., la Clínica ucraniana del Profesor Feskov, o la Gestational Surrogacy India, por poner solo algunos ejemplos, destacan en sus ofertas comerciales los aspectos idílicos y situaciones beneficiosas para quienes desean tener un hijo, independientemente de la situación familiar del contratante, y señalan, en contra de muchas de las cuestiones de carácter médico indicadas anteriormente, que todos los intervinientes ganan: los padres comitentes, el niño y la madre gestante.

La realidad es bien distinta y cuando se habla de maternidad subrogada no se puede perder de vista la dignidad de la madre gestante, ni tampoco al más vulnerable de los sujetos implicados en este asunto, que es el niño, cuyo destino puede ser incierto por la inseguridad que generan por una parte los contratos y por otra el anonimato de su procedencia genética. Lo cierto es que

20 Mayer, L.S., McHugh, P.R. «Sexuality and Gender. Findings from the Biological, Psychological, and Social Sciences». *The New Atlantis*. 50, (2016), 20160819. [TNA50SexualityandGender.pdf](#)

21 Saxena, P., Mishra, A., Malik, S. «Surrogacy: Ethical and Legal Issues». *Indian J Community Med*. 37(4), (2012), 211-213.

el hijo que se gesta de esta manera se convierte en un objeto comercial que sufrirá las consecuencias en el caso relativamente frecuente de un desacuerdo o una ruptura del contrato de subrogación. ¿Qué ocurre en los casos en que los contratantes o la gestante no asumen su responsabilidad? Como muestra se pueden citar un par de casos.

El primero lo cita Susanna Sommer en su libro "Genética, clonación y Bioética"²². Se trata de Jaycee Louise Buzzanca, una niña nacida en EE.UU. en 1995 fruto de una gestación subrogada tras reproducción asistida a partir de un embrión de padres genéticos diferentes a los comitentes y sin relación genética con la madre gestante. La niña nació después de que los padres contratantes se separaran y la madre gestante pidió la custodia de la niña, pero luego se arrepintió. Al final, la niña fue declarada huérfana por un juez. Se da la paradoja de que una niña que había tenido cinco padres, los comitentes, la madre gestante y los padres genéticos del embrión implantado, resultó ser declarada huérfana.

El segundo caso es el de Gammy, un niño nacido en el verano de 2014 que fue gestado por una mujer tailandesa casada y necesitada de recursos económicos, Pattaramon Chanbua. Esta mujer había sido contratada por una pareja australiana como madre de alquiler y se quedó embarazada de gemelos, de los que tras realizar las pruebas de diagnóstico genético prenatal, a uno se le diagnosticó un Síndrome de Down. La pareja comitente pidió a la madre gestante que abortara a este bebé, pero la madre se negó. Finalmente, nacieron los dos niños y los comitentes australianos se llevaron solo al niño sano. Pattaramon, como una prueba más de los vínculos afectivos de la madre gestante hacia su hijo, se quedó con Gammy, el niño con Síndrome de Down. Gammy es ahora, en palabras de su madre un niño sociable, amable y muy querido por todos, un niño normal que necesita amor como todas las personas humanas²³.

Casos como el de Jaycee y Gammy demuestran que en la tecnología de la maternidad subrogada muchas

veces interesa menos el niño que la satisfacción del deseo de quienes lo encargan. En estos y muchos otros casos, el niño es tratado simplemente como un producto comercial o una mercancía que debe cumplir unos estándares de calidad y que a veces, incluso cumpliéndolos es objeto de devolución.

En una reciente revisión publicada en *Human Reproduction*²⁴, que recoge información de 1795 artículos sobre datos de carácter biomédico de la maternidad subrogada, se señala entre sus conclusiones que a la edad de 10 años no había diferencias psicológicas importantes en los niños procedentes de la maternidad subrogada con respecto a los procedentes de FIVET o concepción natural y se advierte como un tema sensible que merece atención, el caso de los niños al cuidado de padres gays.

Otro aspecto que afecta al niño es el hecho de que la maternidad subrogada impide al niño conocer su origen e identidad genética. Esto constituye una fuente de conflictos pues muchos niños cuando llegan a adultos desean conocer su verdadero origen genético y esto solo sería posible en el caso de que un juez lo dictamine, por las razones de derecho que lo justifiquen, y siempre que se disponga de muestras de ADN de las posibles personas implicadas. Sin duda, la casuística a la que se podría aplicar las pruebas de ADN, en caso de que no haya habido donación anónima, es más extensa y prolija que en las pruebas de paternidad habituales al estar implicadas más personas. En algunos casos sería imposible cuando no hay registro ni hay trazabilidad que permita conocer los donantes de los gametos o la procedencia de los embriones. En otros habría que determinar cuál de dos padres es el donante del espermatozoide que fecundó el óvulo, sí, como ocurre en algunos casos descritos de maternidad subrogada por encargo de una pareja de gays se mezclaron las muestras de semen, etc. Todo un mundo de problemas añadidos al ya complicado panorama derivado de las nuevas tecnologías de la Biología y la Medicina aplicadas al nuevo marco social de dominio sobre la naturaleza humana en el aspecto sexual y reproductivo.

22 Sommer, S.E. *Genética, clonación y bioética. ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?* Biblos, Buenos Aires, 1998, 69-70.

23 Scott Sills, E. (Ed.) *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 26-27.

24 Söderström-Anttila, V., Wennerholm, U.B., Loft, A., Pinborg, A., Aittomäki K, Romundstad, L.B., Bergh, C. «Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families -a systematic review». *Hum Reprod*, Update Mar-Apr 22(2), (2016), 260-76.

Referencias

- Atzil, S., Hendler, T., Feldman, R. «Specifying the neurobiological basis of human attachment. Brain, hormones, and behavior in synchronous and intrusive mothers». *Neuropsychopharmacology*. 36 (13), (2011), 2603–2615.
- Bornstein, M.H., Arterberry, M.E., Mash, C. «Differentiated Brain Activity in Response to Faces of “Own” Versus “Unfamiliar” Babies in Primipara Mothers: An Electrophysiological Study». *Dev Neuropsychol*. 38(6), (2016), 365–385.
- Bruntom, P.J., Russell, J.A. “The expectant brain: adapting for motherhood”. *Nature Reviews Neuroscience*. 9, (2008), 11-25.
- Dar, S., Lazer, T., Swanson, S., Silverman, J., Wasser, C., Moskovtsev, S.I., Sojecki, A., Librach, C.L. «Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy». *Hum Reprod*. Feb;30(2), (2015) 345-352.
- Demirhan, O., Çekin, N., Taştemi, D., Tuñç, E., Güzel, A.I., Meral, G., Demirbek, B. «Are there fetal stem cells in the maternal brain?». *Neural Regen Res*. 5, 8(7), (2013), 593–598.
- DeWert, G., Dondorp, W., Shenfield, F., Barri, P., Devroey, P., et al. «ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people». *Human Reprod*, 29 (9), (2014), 1859-1865.
- Diedrich K., Van der Ven H., Al-Hasani S., and Krebs D. «Ovarian Stimulation for in-vitro fertilization». *Hum. Reprod*. 3, (1988), 39-44.
- Kara, R.J. et al. «Fetal Cells Traffic to Injured Maternal Myocardium and Undergo Cardiac Differentiation». *Circulation Research*. Nov. 14, (2011). DOI: 10.1161/CIRCRESAHA.111.249037.
- Kumar, P., Farouk Sait, S., Sharma, A., Kumar, M. «Ovarian hyperstimulation syndrome». *J Hum Reprod Sci*. 4(2), (2011), 70-75.
- López-Moratalla, N. «Comunicación materno-fetal en el embarazo». *Cuadernos de Bioética*. 2009; 20(70): 303-315.
- Mayer, L.S., McHugh, P.R. «Sexuality and Gender. Findings from the Biological, Psychological, and Social Sciences». *The New Atlantis*. 50, (2016).
- Saxena, P., Mishra, A., Malik, S. «Surrogacy: Ethical and Legal Issues». *Indian J Community Med*. 37(4), (2012), 211–213.
- Scott Sills, E. (Ed.) *Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, 26-27.
- Sommer, S.E. *Genética, clonación y bioética. ¿Cómo afecta la ciencia nuestras vidas?* Biblos, Buenos Aires, 1998.
- Söderström-Anttila, V., Wennerholm, U.B., Loft, A., Pinborg, A., Aittomäki K, Romundstad, L.B., Bergh, C. «Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families -a systematic review». *Hum Reprod*, Update Mar-Apr 22(2), (2016), 260-76.
- Stephens P.C, Edwards R.G, «Reimplantation of a human embryo with subsequent tubal pregnancy». *Lancet*. 1, (1976), 880.
- Van den Akker, O. “Surrogate motherhood: a critical perspective”. *Expert review of obstetrics & gynecology*. 5 (1), (2010), 5-7.



MATERNIDAD SUBROGADA Y DIGNIDAD DE LA MUJER

SURROGATE MOTHERHOOD AND WOMAN DIGNITY

ÁNGELA APARISI MIRALLES

Universidad de Navarra

Campus Universitario s/n, Pamplona, 31080

aparisimiralles@gmail.com

RESUMEN:

Palabras clave:

Maternidad por subrogación, alquiler de útero, dignidad humana

Recibido: 15/02/2017

Aceptado: 14/03/2017

La maternidad por subrogación es una cuestión que afecta directamente a los derechos humanos y, en definitiva, a la dignidad humana. Por ello, si se quiere dar una adecuada respuesta a este tema, es imprescindible reflexionar sobre cómo dicha práctica afecta a la dignidad y a los derechos de las personas implicadas y, más en concreto, a la madre gestante. En este estudio se intenta mostrar cómo en relación a ésta última, la maternidad por subrogación contradice directamente algunas exigencias básicas de la dignidad humana, ya que, en definitiva, mercantiliza, instrumentaliza, cosifica, discrimina y disgrega la unicidad personal de la mujer gestante.

ABSTRACT:

Keywords:

Surrogate motherhood, womb rental, human dignity

Motherhood by subrogation is an issue that directly affects human rights and, ultimately, human dignity. Therefore, if we want to give an adequate response to this issue, it is essential to reflect on how this practice affects the dignity and rights of the people involved in it and, more specifically, the pregnant mother. This study tries to show how in relation to the latter, maternity by subrogation directly contradicts some basic requirements of human dignity, since it reifies, instrumentalizes, convert into an object of commerce, and disregards the personal uniqueness of pregnant women.

1. Introducción

La maternidad subrogada está siendo actualmente objeto de un intenso debate social, político y jurídico. Prueba de ello son, por ejemplo, las recientes iniciativas presentadas ante el Parlamento Europeo y ante el Consejo de Europa, para regular y, en definitiva, legitimar jurídicamente

esta técnica. El Parlamento Europeo, en su Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea, afirmó al respecto que:

“Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya

que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”¹.

También el Consejo de Europa rechazó la Relación presentada por Petra de Sutter, senadora y miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que llevaba como título “Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la subrogación”². Dicha Relación aspiraba a conseguir el reconocimiento legal, y una regulación mínima, de la práctica de la maternidad por subrogación en Europa.

A nivel jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cerró definitivamente el caso *Paradiso-Campanelli vs. Italia*, mediante Sentencia de 24/01/2017³. En dicha Resolución, dictada por la Gran Sala, el Tribunal estableció que retirar la custodia de un menor concebi-

do *in vitro*, gestado en el vientre de una mujer rusa en Moscú, a los padres contratantes no biológicos, no implica violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar. Al contrario, la Sentencia más bien parece dirigirse hacia el reconocimiento de que esta práctica atenta contra los derechos humanos.

Como podemos advertir, los distintos pronunciamientos mencionados parecen apuntar en la dirección de que la maternidad por subrogación es una cuestión que afecta, directamente, a los derechos humanos y, en definitiva, a la dignidad humana. Por ello, si se quiere llegar a dar una adecuada respuesta a este tema, es imprescindible reflexionar sobre cómo esta práctica afecta a la dignidad y a los derechos de las personas implicadas⁴: la madre portadora, el hijo resultado de dicha técnica, y la pareja o persona comitente. En este artículo, dadas las limitaciones de espacio, nos aproximaremos sólo a la primera cuestión mencionada: las implicaciones de la maternidad por subrogación para la dignidad y los derechos de la mujer gestante. Para ello realizaremos, en primer lugar, una breve aproximación al principio de la dignidad humana, intentando también extraer algunas de sus consecuencias prácticas y, en definitiva, algunos parámetros que puedan servir de orientación al derecho.

2. Aproximación al principio de la dignidad humana

Referirse a la dignidad humana nos sitúa ante una noción sumamente compleja que, además, puede ser contemplada desde muy diversas perspectivas⁵. Además, posee muchos significados, tanto en el lenguaje coloquial como en el jurídico. A ello se une el hecho de que estamos ante un concepto abundantemente, e interdisciplinariamente, tratado por la doctrina, la jurisprudencia... Así lo muestra la rica bibliografía sobre el

1 Resolución 2015/2229 (INI), parágrafo 115.

2 En fecha 15 de marzo de 2016, por la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo sostenible.

3 La Gran Sala del Tribunal determinó, por once votos a favor y seis en contra, que las autoridades de Italia pueden legítimamente quitar la custodia de un hijo obtenido de manera ilegal a través del pago de un vientre de alquiler. De esta forma, el Tribunal otorgó a los Estados europeos la posibilidad de luchar contra la práctica internacional de los vientres de alquiler. Las dos principales razones que llevaron a la Gran Sala a discrepar sobre la decisión previa emitida por una Sala del mismo Tribunal en enero de 2015 fueron: a) que no había lazo biológico entre los padres contratantes y el hijo objeto de la compraventa con la empresa *Rosjurconsulting* por valor de 49.000€; b) que el entonces recién nacido había estado menos de 6 meses bajo el cuidado de sus compradores, plazo insuficiente para generar una relación afectiva que pudiera suponer una vida familiar. El Tribunal de Estrasburgo explicó que “la Convención, al no reconocer un derecho a convertirse en padre/madre” tiene como resultado que los “intereses públicos” tienen primacía sobre “el deseo a ser padres”. Esta importante decisión reafirma la competencia exclusiva del Estado a reconocer si una relación paterno-filial es conforme a Derecho ya sea establecida por vínculo biológico o mediante adopción legal. [Publicación en línea]. <<http://www.biodiritto.org/index.php/item/875-paradiso-campanelli-grand-chambre>> [Consulta: 13/03/2017].

4 Cfr. Watson, C. «Womb Rentals and Baby-Selling: Does Surrogacy Undermine the Human Dignity and Rights of the Surrogate Mother and Child?». *New Bioethics*. 22/3 (2016), 212-228.

5 Vid. García Cuadrado, A.M. «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona». *Persona y Derecho*. 66 (2012), 456 y ss.

tema⁶. Por ello, aquí nos limitaremos a recordar algunas ideas generales, adoptando una perspectiva concreta de la dignidad, la que la enfoca como principio ético-jurídico⁷. Evidentemente, no se trata de aportar nada novedoso⁸ sino de recordar ideas básicas, al efecto de

6 Vid., entre otros trabajos, Bristow, P. *The moral dignity of man*, Four Courts Press, Dublin, 1993; Arendt, H. *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1992; Bartolomei, F. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1987; González Pérez, J. *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986; Millán Puelles, A. *Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1978; Melendo, T., Millán, L. *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996; Spaemann, R. «Sobre el concepto de dignidad humana». *Persona y Derecho*, XIX (1988): 13 y ss; Maihofer, W. «Die Würde des Menschen als Zweck des Staates». *Anales de la Cátedra de Francisco Suarez*, 12/2 (1972): 37-62; Von Münch, I. «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5 (1982), 9-33; Pavia, M.L., Revet, T. (eds.). *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999; Ballesteros, J. «Exigencias de la dignidad humana en biojurídica». En: Tomás Garrido, G.M. (coord.). *Manual de Bioética*, Ariel, Barcelona, 2001, 179-203; D'Agostino, F. «La dignidad humana, tema bioético». En: González, A.M., Postigo, E., Aulestiarte, S. (eds.). *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002; Andorno, R. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Paris, 1996; Andorno, R. *La bioéthique et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997; Bon, H. *La muerte y sus problemas*, Fax, Madrid, 1950; Sociedad Internacional pro-valores humanos E. Fromm y S. Zubirán (ed.). *El ser humano y su dignidad ante la muerte*, Instituto Nacional de la Nutrición Salvador Zubirán, México, 1989; Gentles, I. (ed.). *A Time to Choose Life. Women, Abortion and Human Rights*, Stoddart, Toronto, 1990; Choza, J. «El descubrimiento de la dignidad humana». En: Arechederra, J.J., Ayuso, P.P., Choza, J., Vicente, J. (eds.). *Bioética, psiquiatría y Derechos Humanos*, I.M. & C., Madrid, 1995; González, A.M. *Naturaleza y dignidad*, Eunsa, Pamplona, 1996; Annas, G.J. «Death Without Dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby-M». *Hasting Center Report*, 18 (Apr-May 1988); Freer, J.P. «Chronic vegetative States. Intrinsic Value of Biological Process». *Journal of Medicine and Philosophy*, 9 (1984); Gaylin, W. «In Defense of the Dignity of Being Human». *Hasting Center Report*, 14 (Aug. 1984); Hendin, H. «Selling Death and Dignity». *Hasting Center Report*, 25/3 (1995).

7 Cfr. García Cuadrado, «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», *op. cit.* 476 y ss.

8 He abordado el significado del principio de la dignidad humana en los trabajos: «El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global». *Cuadernos de Bioética*, 81/XXIV (Mayo-agosto 2013/2), 201-221; «Persona y dignidad ontológica». En: Megías Quirós, J.J. (coord.). *Manual de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2006; «Human cloning and human dignity». En: Weissstüb, David N., Díaz Pintos, G. (eds.). *Autonomy and Human Rights in Health Care. An International Perspective*, Series International Library of Ethics, Law and the New Medicine, 36 (2007); «En

poderlas aplicar al tema que nos ocupa, la maternidad por subrogación.

Podemos afirmar que el principio de la dignidad humana es el fundamento último del orden social, moral y jurídico⁹ y, en consecuencia, un absoluto axiológico que, en palabras de Robles, no puede ser ignorado bajo ningún concepto¹⁰. Se trata, ciertamente, de la misma "idea de Derecho", a la que se refería Karl Larenz¹¹ o, en otras palabras, el principio jurídico por excelencia.

En términos generales, la dignidad de la persona remite a una cualidad exclusiva, indefinida y simple del ser humano, que designa su superioridad frente al resto de los seres, con independencia del modo de comportarse¹². Millán Puelles sostiene que "la dignidad que todo hombre tiene por el hecho de serlo constituye una

torno al principio de la dignidad humana». En: Montoya Rivero, V.M., Ortiz Trujillo, D. (coords.). *Vida humana y Aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*, Porrúa, México, 2009; «Alcance de los derechos del hombre a la luz del pensamiento cristiano». *Fidelium Iura*, 9 (1999); «Clonación "terapéutica" de embriones humanos. Aproximación ético-jurídica». En: *Libro homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, vol III; «Manipulación genética, dignidad y derechos humanos». *Persona y Derecho*, 40 (1999); «Genoma humano, dignidad y derecho». *Revista de Derecho y Salud*, 10/1 (Enero-junio 2002); «Clonación de embriones y dignidad humana». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (Chile), 9 (2002); «El significado del principio de la dignidad humana: un análisis desde la ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes». En: León, P. (ed.). *La ley 41/2002 y la implantación de los derechos del paciente*, Eunsa, Pamplona, 2003.

9 Para Andorno, "...la idea de dignidad no es un mero principio entre otros, sino que constituye el punto de referencia decisivo para entender... todas las instituciones sociales, jurídicas y políticas. El concepto de dignidad opera como el necesario telón de fondo..." (Andorno, R. «Una aproximación a la bioética». En: Garay, O. (dir.). *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, 425. Se distingue así de los principios técnico-jurídicos, que se apoyan en razones de oportunidad, utilidad o conveniencia.

10 Cfr. Robles, G. «El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE)». En: García San Miguel, L. (coord.). *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995, 56.

11 Larenz, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, 418.

12 La dignidad relativa al modo de actuar suele designarse como dignidad moral. Vid. García Cuadrado, «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona», *op.cit.* 460.

determinación axiológica formal, independiente de los contenidos de la conducta"¹³. Y, podríamos añadir, independiente también de los cargos que ocupe, de la posición que tenga en la sociedad, de su raza, de su sexo o de su grado de desarrollo vital¹⁴. La dignidad remite al valor en sí que tiene la persona humana¹⁵.

En esta misma línea, Hervada mantiene que la dignidad implica, o significa, una excelencia o eminencia en el ser humano, que no sólo lo hace superior a los otros seres, sino que lo sitúa en *otro orden del ser*. El hombre no es sólo un animal de una especie superior, sino que pertenece a otro orden del ser, distinto y más alto por más eminente o excelente, en cuya virtud el hombre es persona¹⁶. Para este autor, la dignidad podría definirse como "la perfección o intensidad del ser que corresponde a la naturaleza humana y que se predica de la

13 Millán Puelles, A. *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976, 98. Para J. González Pérez "cualquiera que fuese su conducta conserva su dignidad. Como la conserva aunque se suma en el vicio, cometa los actos más indecorosos o delinca, fuera internado en un establecimiento penitenciario o psiquiátrico, esté o no en la plenitud de sus facultades mentales" (González Pérez, *La dignidad de la persona*, op. cit. 95). Y así, añade Millán Puelles, "cuando se habla, en general, de la dignidad de la persona humana, no se piensa tan solo en el valor de los hombres que actúan rectamente, sino en que todo hombre, por el hecho de ser una persona, tiene una categoría superior a la de cualquier ser irracional" (Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, op. cit. 16).

14 En palabras de Millán Puelles, "Esta categoría o dignidad es independiente de la situación en que uno pueda hallarse y de las cualidades que posea. Entre dos hombres de distinta inteligencia no cabe duda de que, en igualdad de condiciones, es el mejor dotado el que puede obtener más ventajas; pero esto no le da ningún derecho a proceder como si el otro no fuera igualmente persona. Y lo mismo hay que decir si se comparan un hombre que obra moralmente bien y otro cuya conducta es reprobable. Tan persona es el uno como el otro, aunque el primero sea mejor persona" (Millán Puelles, *Persona humana y justicia social*, op. cit. 16). Y partiendo de aquí, no se puede atribuir exclusivamente el título de persona al individuo que es capaz de manifestar la racionalidad, sino a todo aquel ser que tiene naturaleza racional.

15 "...todo hombre posee esa dignidad ni más ni menos que en tanto que es hombre, es decir, pura y simplemente por el hecho de ser persona humana, antecedentemente a toda opción en el uso efectivo de su libertad" (Millán Puelles, *Sobre el hombre y la sociedad*, op. cit. 98).

16 Cfr. Hervada, J. «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana». *Humana lura*, 1 (1991), 361-362.

persona, en cuanto ésta es la realización existencial de la naturaleza humana"¹⁷. En definitiva, con la dignidad indicamos una peculiar *calidad de ser*. O, con otros términos, sostenemos que ser persona no es una propiedad añadida al modo de ser humano, sino la realidad misma del ser humano, su existencia concreta¹⁸.

En consecuencia, al referirnos a la dignidad no admitimos, en ningún caso, superioridad de un ser humano sobre otro, sino de todo ser humano sobre el resto de los seres que carecen de razón. Como destaca Hervada, a pesar de las radicales desigualdades que separan a los seres humanos, "lo igual en todos –independiente de toda condición social o rasgos diferenciales– es justamente la naturaleza. En ella se asienta la dignidad que por ser *de naturaleza*¹⁹, es igual en todos"²⁰.

Apelar al principio de la dignidad humana nos sitúa, por otro lado, ante una distinción básica para el derecho: la existente entre personas y cosas, sujetos y objetos. Las cosas tienen precio, valor de mercado y pueden ser objeto de comercio; las personas, los seres humanos, merecen respeto. Ello remite a una exigencia de trato completamente distinta que la que se otorga, por ejemplo, a los objetos, por muy valiosos que éstos sean. Así lo recogía ya Tomás de Aquino, al defender que la persona no puede ser rebajada a ninguna otra condición²¹. O, como señala

17 Hervada, J. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1995, 449.

18 Cfr. Spaemann, R. *Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien*, Eunsa, Pamplona, 2000.

19 Como señala Carpintero, a pesar de la experiencia del cambio, y de los distintos modos de alcanzar los fines humanos en el tiempo, queda en pie la evidencia primera: "que nos reconocemos como personas humanas a pesar de los cambios culturales porque queremos lo mismo. O dicho con otras palabras, que aquello a lo que los hombres han tendido y tienden determina una misma naturaleza a pesar de los cambios" (Carpintero, F. *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993, 153).

20 Hervada, «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana», op. cit., 357.

21 "Entre todas las criaturas sobresale la racional, que está gobernada por la Providencia de un modo más excelente que las demás, en cuanto no sólo la rige, sino que la hace partícipe de su poder de regir a sí y a otros. Y esto mediante una participación de su Sabiduría, que la provee de la activa y libre inclinación a los actos debidos para dirigirse al fin" (Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 2, c. Ed. bilingüe, traducida por una Comisión de PP.

D'Agostino, "es un hecho que en nuestro tiempo actúa una conciencia colectiva que percibe que la subjetividad humana no puede ser *cosificada*, porque ser sujetos lleva consigo una identidad que *no admite equivalentes funcionales*"²².

Asimismo, y especialmente a partir de Kant, la dignidad también remite a la idea de que la persona es un fin en sí mismo, por lo que nunca debe ser tratado sólo como un medio al servicio de fines ajenos. Como es bien conocido, este autor, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, señaló que las personas:

"no son meros fines subjetivos, cuya existencia, como efecto de nuestra acción, tiene un valor para nosotros, sino que son fines objetivos, esto es, seres cuya existencia es en sí misma un fin, y un fin tal que en su lugar no puede ponerse ningún otro fin para el cual debieran ellas servir como medios... Los seres racionales se llaman personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto limita en ese sentido todo capricho (y es objeto de respeto)"²³.

Por ello, mientras que los objetos pueden emplearse como medios al servicio de determinados fines, la persona, de acuerdo con su dignidad, debe ser considerada y tratada como un fin en sí misma. De ahí se deriva la exigencia ética y jurídica de no instrumentalizarla para alcanzar fines que le son ajenos. Esto es, en definitiva, lo que significa respeto incondicionado.

Por otro lado, y de acuerdo con lo señalado, debemos recordar que la fundamentación de la dignidad es ontológica, ya que ésta se posee, no en base a determinados rasgos o cualidades concretas, sino que es inherente a la persona. Por ello, la dignidad no se fundamenta en algunas manifestaciones o facultades de la persona, que se pueden poseer o no en un momento dado: por ejemplo, la racionalidad humana, la

sensibilidad ante el dolor, la capacidad de autodirigirse moralmente, la posibilidad de vida independiente (por ejemplo, de la madre). Tampoco se manifiesta en una sólo dimensión de la persona (por ejemplo, considerando que sólo es digna la dimensión espiritual y no así la corporal...), ya que, en ese caso, caeríamos en un evidente dualismo. Frente a todo ello, se entiende que la dignidad impregna e inhiere todo el organismo humano (unidad sustancial entre cuerpo, espíritu, razón, emociones...), así como sus expresiones somáticas²⁴.

En realidad, entender que el ser humano es digno por sí mismo, y no sólo en razón de su conciencia, racionalidad, o su capacidad de autodeterminarse, puede parecer una diferencia muy sutil, pero tiene una gran trascendencia práctica: también es igualmente digna su naturaleza corporal, su cuerpo y todas sus funciones. En la medida en que la subjetividad personal se manifiesta en una naturaleza corporal, no hay respeto a la persona sin respeto a su naturaleza física²⁵, a su dimensión corporal.

Además, no podemos olvidar que es la dimensión material –el cuerpo– la que nos aporta, quizás mejor que otros elementos, un signo sensible decisivo para el reconocimiento de la dignidad, ya que esta realidad es previa a la manifestación empírica de, por ejemplo, la racionalidad, que incluso puede llegar a no manifestarse, reducirse o anularse.

En definitiva, apelar a la dignidad ontológica presupone partir de una concepción unitaria de la persona, que se opone a cualquier tipo de dualismo disgregador. Se parte de la consideración de la persona como un *todo*, un ser que no es solamente espiritual ni exclusivamente sensitivo o corporal²⁶, sino que integra, en

Dominicos presidida por F. Barbado Viejo, 16 vols. B.A.C., Madrid, 1947-1960).

22 D'Agostino, «La dignidad humana, tema bioético», *op. cit.* 23 y 27.

23 Kant, E. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición, 83.

24 Como señala Millán Puelles, "La dignidad de la persona humana es la de ese mismo hecho radical en su alcance absoluto. Y, correlativamente, el respeto a ese *factum personale* es el que intrínseca y objetivamente se merece un verdadero áxion que, como tal, no está condicionado humanamente por factores de tipo individual ni de índole histórica" (Millán Puelles, *op. cit.* 98-99).

25 Cfr. González, A.M. «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad». En: Ballesteros, J., Aparisi Miralles, Á. (eds.). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004, 17-41.

26 Cfr. Andorno, «Una aproximación a la bioética», *op. cit.* 437.

su estructura, todas estas dimensiones. De ahí que no haya respeto a la dignidad si no se respeta alguna de las mismas.

Si aplicamos lo señalado a la maternidad por subrogación, podemos observar que, en relación a la mujer contratada, dicha práctica contradice directamente las referidas exigencias de la dignidad humana, ya que mercantiliza, cosifica e instrumentaliza el cuerpo de la mujer gestante, además de que la discrimina y, en definitiva, disgrega su unicidad personal. A ello nos referiremos en las páginas siguientes.

3. Implicaciones de la dignidad humana para las madres subrogadas

3.1. El cuerpo de la madre gestante como objeto de comercio

En la actualidad, en aquellos países en los que la maternidad por subrogación es aceptada legalmente, se la tiende a considerar como un contrato entre las partes²⁷. Su contenido suele ser denominado “servicio gestacional”²⁸. De esta manera, el propio cuerpo de la madre, con todas sus implicaciones físicas y psíquicas, racionales y emocionales²⁹, es objeto de una transacción económica³⁰. Dicha transacción suele estar muy bien retribuida o “compensada”, debido a las consecuencias físicas y psicológicas que la situación puede acarrear a la mujer³¹. Estamos, por lo tanto, ante una forma de

“auto-mercantilización” de una función humana, la reproductiva³².

Frente a ello, cabe señalar que, desde la antigüedad romana, los sistemas jurídicos occidentales se han apoyado en una distinción básica: la existente entre personas y cosas. Se ha entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano y sus funciones, no pueden ser objeto de comercio. Como hemos visto, dicha exigencia configura actualmente el mismo núcleo del principio de la dignidad humana. Por ello, para muchos, el contrato de maternidad por subrogación debería estar prohibido, de igual forma que se prohíbe, por ejemplo, que los participantes en un ensayo clínico lo hagan por una compensación económica, o sea retribuida la donación de un órgano.

No obstante, desde ciertos sectores se sostiene que, a pesar de los problemas que se suscitan, es preferible regular la maternidad por subrogación que prohibirla, ya que siempre va a haber países que la permitan y, de esta forma, se evitará la especulación y el turismo procreativo. Tampoco faltan los que consideran que la subrogación no plantea ningún problema, ni ético, ni jurídico. Un ejemplo de esta visión lo encontramos en el siguiente texto de Camacho:

“la maternidad sustituta es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen, ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de la misma: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la mujer portadora puede satisfacer sus de-

27 Cfr. Galbraith, M., McLachlan, H.V., Swales, J.K. «Commercial Agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach». *Health Care Analysis*, 13/81 (2005): 11-31. Para un análisis estrictamente económico de la maternidad por subrogación –desde la perspectiva del modelo neoclásico–, y sus resultados en el mercado, vid. Hewitson, G. «The market for surrogate contracts». *The economic record*, 73/222 (Sep. 1997), 212-214.

28 Vid. López Guzmán, J., Aparisi Miralles, Á. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuadernos de Bioética*, XXIII (2012/2ª), 258 y ss.

29 Cfr. Rabinowitz, A. «The surrogacy cycle». *Virginia Quarterly Review*, Spring, (2016), 65-81.

30 Frente a ello, el artículo 1271 del Código civil español establece que “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras”.

31 Cfr. Van den Akker, O. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». *Human Reproduction Update*, 13/1 (2007), 53-62.

32 Desde posturas liberales se afirma que el derecho a celebrar contratos de maternidad por subrogación es una extensión del derecho a la autonomía personal (vid. Van Zyl, L., Van Niekerk, A. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». *Journal of Medical Ethics*, 26 (2000), 404-409).

seos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda”³³.

Consideramos que esta postura representa, por un lado, una visión teórica, formal, e “idílica” de la maternidad por subrogación, ya que no da cuenta de la compleja problemática que plantea en la realidad, especialmente para las partes más vulnerables, como son la mujer y el hijo. Por otro lado, presupone una concepción dualista de la persona, que la disgrega en dos: por un lado, su razón y su autonomía y, por otra, su dimensión corporal.

3.2. Ruptura de la unidad de la persona

Según el enfoque anteriormente expuesto, típico de la modernidad, la persona es reducida, en realidad, a una pura autonomía: el sujeto humano se limita a un ser pensante y autónomo, mientras que su cuerpo es “algo”, una cosa de la que puede disponer a discreción y que no le constituye esencialmente como persona³⁴. En consecuencia, estamos frente a un dualismo que considera que la dimensión corporal, al igual que el resto de la naturaleza, puede ser tratada como un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción. Ello, como se puede advertir, desemboca en un liberalismo extremo, que no establece límites a la libertad contractual. Todo puede ser objeto de un contrato, también el cuerpo humano y sus funciones más esenciales³⁵.

En esta línea, la concepción dualista de la persona legitima perfectamente el contrato de alquiler de vientre. El cuerpo de la mujer portadora queda reducido a

desempeñar un papel puramente instrumental. Como señala Montero, la mujer:

“...está condenada a considerar su embarazo desde una perspectiva puramente funcional y no como un acontecimiento que concierne todo su ser. Tiene proscribida la formación de todo vínculo sentimental con el niño que porta en ella. Dicho de otra forma, la madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”³⁶.

Por ello, en muchos casos, las madres portadoras sufren por tener que entregar obligatoriamente a los niños que han llevado en su seno. De manera especial, hay que destacar los riesgos en la salud psíquica de la madre gestante, especialmente en la fase del post-parto, cuando tendrá que separarse del recién nacido. Deberá renunciar, por adelantado, a cualquier derecho parental sobre el niño. En realidad, la posibilidad de rescindir el contrato y quedarse con el niño es simplemente una ficción. Y en el remoto caso de que lo hiciera, tendría que enfrentarse, no sólo con problemas legales, cuya resolución le impondría gastos y tiempo no siempre previsibles ni soportables, sino también el encontrarse en una situación en la que, en muchos casos, le faltaría lo necesario para garantizar la continuación con seguridad del embarazo, tanto en lo que concierne a la satisfacción de las necesidades esenciales, como por lo que se refiere a la cobertura sanitaria personal³⁷.

En consecuencia, la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. Tiene prohibida, psíquica y contractualmente, la formación de

33 Martín Camacho, J. [Publicación en línea] «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores». 1-18. 2009. <<http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>> [Consulta: 28/03/2017].

34 Como señala Donati, el dualismo cartesiano lleva a cabo “una periculosa scissione fra dimensioni corporee e dimensioni psichico-culturali, nonché spirituali della persona umana. Scissione che é una delle cause principali delle successive distorsioni e alienazioni indotte nell’uomo moderno” (Donati, P. «Il problema della umanizzazione nell’era della globalizzazione tecnologica». En: *The humanization of care in the age of the advanced technology*, Universidad Campus Biomédico, Roma, 2000, 65).

35 Cfr. López Guzmán, Aparisi Miralles, «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *op. cit.* 259.

36 Montero, E. «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas». *Persona y Derecho*, 72 (2015).

37 Cfr. Panitch, V. «Surrogate tourism and reproductive rights». *Hypatia*, 2 (2013), 274-289.

cualquier vínculo sentimental con el niño que porta en ella. En más de un 10% de los casos necesitan terapia intensa para poder superarlo³⁸. Esta obligación también incide en la esfera jurídica del marido de la gestante, que tendrá que declarar, desde el principio, que hará todo lo que sea necesario para rechazar la presunción de paternidad.

3.3. Desigualdad y discriminación de las mujeres

Por otro lado, la realidad cotidiana de esta práctica ha demostrado que las mujeres que se encuentran más expuestas a ese tipo de explotación son las más pobres o vulnerables. De manera especial, en aquellos contextos culturales en los que existe una mayor subordinación de la mujer al varón, y rigen estrictos sistemas patriarcales, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo y consiguiente utilización para fines ajenos. Como señala Palazzani, muchas feministas están en contra de la subrogación de vientre como práctica lucrativa, "ya que, además de convertir a la mujer en un objeto, conduce a una clara discriminación entre mujeres ricas y pobres, ejercitando una especie de coerción económica sobre la mujer más necesitada"³⁹.

A su vez, la subrogación altruista también es criticada, al convertir el papel femenino materno en una "trampa compasiva"⁴⁰. En esta línea, algunos autores han planteado el problema fundamental de la autonomía real (no meramente formal) de la mujer ante estas situaciones⁴¹. Entienden que la subrogación se

acepta, más por una necesidad económica, que basándose en una decisión autónoma y plenamente libre. En este contexto, también desde una perspectiva feminista, Donchin⁴² señala que la subrogación suele ser más una necesidad adaptativa que una decisión autónoma plenamente libre. Lo cual nos situaría ante una nueva forma de explotación de la mujer.

Otro de los aspectos a considerar en este ámbito es el de la asimetría (cultural, económica...) que suele existir entre la madre portadora, por una parte, y los que la contratan o los intermediarios que organizan el servicio (entidades privadas, gestores, abogados, centros de fecundación in vitro, etc.) por otra, en cuanto a información suministrada, privacidad, cláusulas impuestas, etc. Esto puede hacer, de nuevo, que la autonomía y los derechos de la portadora se vean amenazados⁴³.

Ante este panorama, muchos piensan que habría que distinguir la capacidad de autodeterminación de las candidatas, en atención al contexto real en el que viven. Por ejemplo, carecerían de ella las que habitan en un ámbito de pobreza absoluta en un país del tercer mundo⁴⁴. Por el contrario, la elección llevada a cabo en un contexto libre de necesidades impelentes de supervivencia, como sería el caso de una mujer americana media, que ofreciera su vientre en un contrato de subrogación, podría considerarse hecha mediante una voluntad no viciada⁴⁵.

Frente a ello, Casciano⁴⁶ señala que la causa habitual por la que se acepta ser madre subrogada es la económica, tanto en países del tercer mundo, como en contextos desarrollados. Además, el hecho de no tener necesidades económicas acuciantes no implica que el consentimiento se presente siempre de manera no viciada: piénsese, por

38 Cfr. Wilkinson, S. «The exploitation argument against commercial surrogacy». *Bioethics*, 17/2 (2003), 180.

39 Palazzani, L. «Los valores femeninos en bioética». En: Aparisi Miralles, Á., Ballesteros, B. (eds.). *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Eunsa, Pamplona, 2002, 68.

40 Lindermann Nelson, H., Lindermann Nelson, J. «Cutting motherhood in two: some suspicions concerning surrogacy». *Hypatia*, 4/3 (1989), 91; Naraya, U. «The 'gift' of a child». En: Boling, P. (ed.). *Expecting trouble: surrogacy, fetal abuse, and new reproductive technologies*, Westview Press, Boulder, 1995, 182.

41 Cfr. Cambrón, A. «Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos». En: Cambrón, A. (coord.). *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001, 210.

42 Cfr. Donchin, A. «Reproductive tourism and the quest for global gender justice». *Bioethics*, 24/7 (2010), 323-332.

43 Cfr. Damelio, J., Sorensen, K. «Enhancing autonomy in paid surrogacy». *Bioethics*, 22/5 (2008), 270.

44 Sigo especialmente a Casciano, A. «La subrogación de la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora» (inédito).

45 Cfr. Posner, R. A. «The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood». *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 21 (1989), 24.

46 Casciano, «La subrogación de la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora», *op. cit.*

ejemplo, en aquellas mujeres que deben recurrir a la prostitución para sufragar sus estudios, u otro tipo de necesidades, en los países más desarrollados. En definitiva, resultaría sumamente complicado discernir entre voluntades plenamente libres y consentimientos viciados.

3.4. Explotación y cosificación de las mujeres

Se ha señalado que la realidad demuestra que las mujeres más pobres que viven en contextos patriarcales son las que se encuentran más expuestas a riesgos de explotación. Así, por ejemplo, en países como la India, las mujeres están especialmente desprotegidas ante la posible instrumentalización de su cuerpo, incluso sometidas a la voluntad de los varones, ya sea su marido o su suegro⁴⁷.

Además, el modo en el que se lleva a cabo la maternidad por subrogación en estos países, nos permite hablar de un proceso de cosificación en detrimento de las madres gestantes, teniendo en cuenta las condiciones habituales de su vida y las imposiciones que normalmente se les imponen. Para entender el contexto en que se llevan a cabo estas transacciones es importante tener en cuenta los siguientes parámetros:

1. Estamos, propiamente, ante un contrato en el que el monto económico es muy elevado, por lo que hay que asegurar que el “producto final” revista la mayor calidad posible. De ahí la práctica, que es cada vez más frecuente, de la segregación de las mujeres en las *baby farms*⁴⁸ o centros en los que se aseguran las condiciones del embarazo. Ello suele implicar la imposición de graves limitaciones a la libertad y al modo de vida de la madre gestante. También es un modo de “protegerlas” de los efectos de la estigmatización y reprobación social que acompañan normalmente a estos contratos.

2. La obligación, contractualmente prevista, de someterse a una cesárea para proteger la salud del niño

47 Cfr. Bhalla, N., Thapliyal, M. [Publicación en línea] «Foreigners are flocking to India to rent wombs and grow surrogate babies», *Center for genetics and society*. September 30th, 2013. <<http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=7191>> [Consulta: 15/01/2017].

48 Cfr. Rudrappa, S., Collins, C. «Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy». *Gender & Society*, 29/6 (2015), 937-959.

de las posibles complicaciones del parto. Como señala Casciano⁴⁹, aquí hay que tener en cuenta:

- Las condiciones higiénico-sanitarias de los hospitales de los países en los que estas intervenciones quirúrgicas se efectúan. Esto es especialmente relevante en países donde la tasa de mortalidad materna es particularmente alta, como en el caso de India⁵⁰.
- La posible manifestación de complicaciones posteriores al momento del parto y la habitual ausencia de coberturas sanitarias previstas en esta hipótesis.
- La obligación, a menudo contemplada en el contrato mismo, aunque no coercible, de abortar fetos con malformaciones, o de someterse a una reducción embrionaria, en el caso de un embarazo múltiple, sin que se garantice a la mujer ningún tipo de apoyo, moral o material, en el caso de que quiera hacer una elección diferente. Además, si la mujer decide no abortar, el recién nacido que la madre gestante, fuera del contrato de subrogación, acogiese en su casa, agravaría ulteriormente, con su presencia, las precarias condiciones económicas de su familia⁵¹.

3. Las ya citadas asimetrías informativas, culturales, económicas y sociales que suelen existir entre la madre portadora⁵², los que la contratan y los intermediarios que organizan el servicio (entidades privadas, gestores, abogados, centros de fecundación in vitro, etc.). Ello puede redundar en abusos en lo que se refiere a la información suministrada, exigencias, cláusulas impuestas, etc. Esto puede hacer, de nuevo, que los riesgos de explotación se incrementen.

49 Casciano, «La subrogación de la maternidad: fenomenología de una interacción humana despersonalizadora», *op. cit.*

50 Cfr. Bailey, A. «Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account on Indian Surrogacy». En: Sayantani, D. G., Shamita, D. D. (coords.). *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014, 37.

51 Cfr. Centre for Social Research of India (CSR), «Surrogate Motherhood: Ethical or Commercial», *op. cit.* 31-33.

52 Cfr. Damelio, Sorensen. «Enhancing autonomy in paid surrogacy», *op. cit.* 270.

4. La disolución del contrato en el caso de que, por cualquier causa, el niño no resultase hijo biológico del padre contratante, incluso en el supuesto de que tal eventualidad no fuera responsabilidad de la madre gestante.

5. La ausencia de cualquier relación futura entre la gestante y la pareja contratante, lo cual suele generar más sufrimiento en la madre gestante⁵³.

Estas situaciones han generado, en la práctica, un gran número de litigios derivados de los procesos de subrogación. La experiencia americana es bastante reveladora. Son numerosos los casos de contratos de alquiler de útero que terminan en los tribunales. Algunas de las cuestiones discutidas son: a) si la madre portadora cumple con las condiciones impuestas en el contrato por la parte contratante, especialmente en lo referente a estilo de vida, y salud (por ejemplo, si se cuida lo suficiente, fuma, bebe, trasnocha...); b) situaciones en que la madre portadora se niega u obstaculiza la entrega del niño; c) casos en los que los padres contratantes imponen el aborto a la madre portadora⁵⁴; d) cambios en relación a la situación afectiva de los comitentes⁵⁵,

53 Para una exposición sistemática de los argumentos expuestos, Wilkinson, S. «The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy». *Bioethics*, 2 (2003), 169-187; Wilkinson, S. [Publicación en línea] «Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements». *Journal of Applied Philosophy*, 2 (2016), 7. <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/japp.12138/pdf>> [Consulta 20/04/2016]. Para identificar los contenidos habitualmente incluidos en un contrato de subrogación, Brophy, K. M. «A surrogate mother contract to bear a child». *Journal of Family Law*, 263 (1981), secciones XV, XX, XXIII.

54 Otro caso significativo tuvo lugar en Vancouver en el año 2010. Una pareja contrató a una madre de alquiler para gestar un embrión obtenido de sus gametos. Antes de cumplirse el primer trimestre, los donantes fueron informados de que el feto padecía el síndrome de Down, por lo que decidieron que se abortara. Sin embargo, la madre subrogada se negó a que se le practicara el aborto. Esta situación generó un conflicto relativo a la interpretación del contrato. Las alegaciones de una y otra parte (sobre el necesario control de calidad del producto y resultado final, objeto contratado, derechos adquiridos, etc.) pusieron en evidencia la triste realidad del proceso de cosificación del hijo (Blackwell, T. «Couple urged surrogate mother to abort fetus because of defect». *National Post*, Oct 6, 2010).

55 Por último, podemos mencionar la situación de Manji, niña nacida en la India tras un contrato de subrogación. Una pareja ja-

lo cual les lleva a renunciar al niño, que queda absolutamente desprotegido en una especie de “limbo legal”, etc.

4. Conclusión

La maternidad por subrogación no es, como algunos entienden, una práctica acordada entre adultos que no perjudica a terceros y que, necesariamente, produce beneficios para todos los sujetos implicados. Por el contrario, tiene consecuencias negativas para las partes más vulnerables y, especialmente, para la mujer gestante. La maternidad por subrogación no respeta la dignidad de la madre portadora, ya que presupone una concepción dualista de la misma que la disgrega: por un lado, sitúa sus sentimientos, sus emociones, su razón y su autonomía (en el caso de que concurra realmente) y, por otra, su dimensión corporal. Desde esta perspectiva, el cuerpo de la mujer portadora es un “algo”, un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción y queda reducido a desempeñar un papel puramente instrumental.

En realidad estamos ante una nueva forma de explotación de la mujer⁵⁶, que ignora la indisponibilidad del cuerpo humano y el hecho de que no puede ser considerado como un objeto de comercio. No se trata sólo de ciertos abusos perpetrados en detrimento de la parte contractual más débil, en países en los que parece más fácil violar los derechos fundamentales de la persona⁵⁷. Por el contrario, como señala Casciano⁵⁸, la cosificación, la instrumentalización y la despersona-

ponesa, Ikufumi y Yuki Yamada, contrataron una madre de alquiler, a través de una empresa india especializada en la gestión de este tipo de transacciones. Con anterioridad a la fecha del nacimiento, los Yamada se divorciaron y Yuki decidió retractarse con respecto a la aceptación de Manji. Dicha negativa generó problemas de índole legal, fundamentalmente el relativo a quien debía ser considerado progenitor de la niña y si era jurídicamente admisible el repudio de la misma por los padres contratantes.

56 Cfr. Wilkinson, «The exploitation argument against commercial surrogacy». *op. cit.* 169.

57 Cfr. Field, M. A. *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, 28-30.

58 Cfr. Casciano, «La subrogación de la maternidad: fenomenología de una interacción humana despersonalizadora», *op. cit.*

lización de la madre gestante son efectos y caracteres propios⁵⁹, constitutivos e inherentes a la maternidad por subrogación.

Referencias

- Andorno, R. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, LGDJ, Paris, 1996.
- La bioética et la dignité de la personne*, PUF, Paris, 1997.
- «Una aproximación a la bioética». En: Garay, O. (dir.). *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica. Civil y Penal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002.
- Annas, G.J. «Death Without Dignity for Commercial Surrogacy. The Case of Baby-M». *Hasting Center Report*, 18 (Apr-May 1988).
- Aparisi Miralles, Á. «El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global». *Cuadernos de Bioética*. 2013; 24(81): 201-221.
- «Persona y dignidad ontológica». En: Megías Quirós, J.J. (coord.). *Manual de Derechos Humanos*, Aranzadi, Pamplona, 2006.
- «Human cloning and human dignity». En: Weisstub, David N., Díaz Pintos, G. (eds.). *Autonomy and Human Rights in Health Care. An International Perspective*, Series International Library of Ethics, Law and the New Medicine, 36 (2007).
- «En torno al principio de la dignidad humana». En: Montoya Rivero, V.M., Ortiz Trujillo, D. (coords.). *Vida humana y Aborto. Ciencia, filosofía, bioética y derecho*, Porrúa, México, 2009.
- «Alcance de los derechos del hombre a la luz del pensamiento cristiano». *Fidelium Iura*, 9 (1999).
- «Clonación "terapéutica" de embriones humanos. Aproximación ético-jurídica». En: *Libro homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, vol III.
- «Manipulación genética, dignidad y derechos humanos». *Persona y Derecho*, 40 (1999).
- «Genoma humano, dignidad y derecho». *Revista de Derecho y Salud*, 10/1 (Enero-junio 2002).
- «Clonación de embriones y dignidad humana». *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, (Chile), 9 (2002).
- «El significado del principio de la dignidad humana: un análisis desde la ley 41/2002 sobre derechos de los pacientes». En: León, P. (ed.). *La ley 41/2002 y la implantación de los derechos del paciente*, Eunsa, Pamplona, 2003.
- Arendt, H. *La condición humana*, Paidós, Barcelona, 1992.
- Ballesteros, J. «Exigencias de la dignidad humana en biojurídica». En: Tomás Garrido, G.M. (coord.). *Manual de Bioética*, Ariel, Barcelona, 2001, 179-203.
- Bailey, A. «Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account on Indian Surrogacy». En: Sayantani, D. G., Shamita, D. D. (coords.). *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014.
- Bartolomei, F. *La dignità umana come concetto e valore costituzionale*, Giapichelli, Torino, 1987.
- Bhalla, N., Thapliyal, M. [Publicación en línea] «Foreigners are flocking to India to rent wombs and grow surrogate babies», *Center for genetics and society*. September 30th, 2013. <<http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=7191>> [Consulta: 15/01/2017].
- Blackwell, T. «Couple urged surrogate mother to abort fetus because of defect». *National Post*, Oct 6, 2010.
- Bon, H. *La muerte y sus problemas*, Fax, Madrid, 1950.
- Bristow, P. *The moral dignity of man*, Four Courts Press, Dublin, 1993.
- Brophy, K. M. «A surrogate mother contract to bear a child». *Journal of Family Law*, 263 (1981), secciones XV, XX, XXIII.
- Cambrón, A. «Fecundación in vitro y agresiones al cuerpo de la mujer: una aproximación desde la perspectiva de los derechos». En: Cambrón, A. (coord.). *Reproducción asistida: promesas, normas y realidad*, Trotta, Madrid, 2001.
- Carpintero, F. *Derecho y ontología jurídica*, Actas, Madrid, 1993.

⁵⁹ Cfr. Donchin, «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *op. cit.* 323-332.

- Casciano, A. «La subrogación de la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora» (inédito).
- Choza, J. «El descubrimiento de la dignidad humana». En: Arechederra, J.J., Ayuso, P.P., Choza, J., Vicente, J. (eds.). *Bioética, psiquiatría y Derechos Humanos*, I.M. & C., Madrid, 1995.
- D'Agostino, F. «La dignidad humana, tema bioético». En: González, A.M., Postigo, E., Aulestiarte, S. (eds.). *Vivir y morir con dignidad*, Eunsa, Pamplona, 2002.
- Damelio, J., Sorensen, K. «Enhancing autonomy in paid surrogacy». *Bioethics*, 22/5 (2008).
- Donati, P. «Il problema della umanizzazione nell'era della globalizzazione tecnologica». En: *The humanization of care in the age of the advanced technology*, Universidad Campus Biomédico, Roma, 2000.
- Donchin, A. «Reproductive tourism and the quest for global gender justice». *Bioethics*, 24/7 (2010), 323-332.
- Field, M. A. *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- Freer, J.P. «Chronic vegetative States. Intrinsic Value of Biological Process». *Journal of Medicine and Philosophy*, 9 (1984).
- Galbraith, M., McLachlan, H.V., Swales, J.K. «Commercial Agencies and surrogate motherhood: a transaction cost approach». *Health Care Analysis*, 13/81 (2005), 11-31.
- García Cuadrado, A.M. «Problemas constitucionales de la dignidad de la persona». *Persona y Derecho*, 66 (2012).
- Gaylin, W. «In Defense of the Dignity of Being Human». *Hasting Center Report*, 14 (Aug. 1984).
- Gentles, I. (ed.). *A Time to Choose Life. Women, Abortion and Human Rights*, Stoddart, Toronto, 1990.
- González, A.M. *Naturaleza y dignidad*, Eunsa, Pamplona, 1996.
- «La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica. Concepciones de la dignidad». En: Ballesteros, J., Aparisi Miralles, Á. (eds.). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*, Eunsa, Pamplona, 2004.
- González Pérez, J. *La dignidad de la persona*, Cívitas, Madrid, 1986.
- Hendin, H. «Selling Death and Dignity». *Hasting Center Report*, 25/3 (1995).
- Hervada, J. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1995.
- «Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana». *Humana Iura*, 1 (1991).
- Hewitson, G. «The market for surrogate contracts». *The economic record*, 73/222 (Sep. 1997).
- Kant, E. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, 8ª edición.
- Larenz, K. *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994.
- Lindermann Nelson, H., Lindermann Nelson, J. «Cutting motherhood in two: some suspicions concerning surrogacy». *Hypatia*, 4/3 (1989).
- López Guzmán, J., Aparisi Miralles, Á. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuadernos de Bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- Maihofer, W. «Die Würde des Menschen als Zweck des Staates». *Anales de la Cátedra de Francisco Suarez*, 12/2 (1972), 37-62.
- Martín Camacho, J. [Publicación en línea] «Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores». 1-18. 2009. <<http://www.fundacionforo.com.ar/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>> [Consulta: 28/03/2017].
- Melendo, T., Millán, L. *Dignidad: ¿una palabra vacía?*, Eunsa, Pamplona, 1996.
- Millán Puelles, A. *Sobre el hombre y la sociedad*, Rialp, Madrid, 1976.
- Persona humana y justicia social*, Rialp, Madrid, 1978.
- Montero, E. «La maternidad de alquiler frente a la *summa divisio iuris* entre las personas y las cosas». *Persona y Derecho*, 72 (2015).
- Naraya, U. «The 'gift' of a child». En: Boling, P. (ed.). *Expecting trouble: surrogacy, fetal abuse, and new reproductive technologies*, Westview Press, Boulder, 1995.

- Palazzani, L. «Los valores femeninos en bioética». En: Aparisi Miralles, Á., Ballesteros, B. (eds.). *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Eunsa, Pamplona, 2002.
- Panitch, V. «Surrogate tourism and reproductive rights». *Hypatia*, 2 (2013), 274-289.
- Pavía, M.L., Revet, T. (eds.). *La dignité de la personne humaine*, Economica, Paris, 1999.
- Posner, R. A. «The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood». *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 21 (1989).
- Rabinowitz, A. «The surrogacy cycle». *Virginia Quarterly Review*, Spring, (2016), 65-8.
- Robles, G. «El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la CE)». En: García San Miguel, L. (coord.). *El libre desarrollo de la personalidad*, Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 1995.
- Rudrappa, S., Collins, C. «Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy». *Gender & Society*, 29/6 (2015), 937-959.
- Spaemann, R. «Sobre el concepto de dignidad humana». *Persona y Derecho*, XIX (1988).
- Personas. Acerca de la distinción entre algo y alguien*, Eunsa, Pamplona, 2000.
- Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a. 2, c. Ed. bilingüe, traducida por una Comisión de PP. Dominicanos presidida por F. Barbado Viejo, 16 vols. B.A.C., Madrid, 1947-1960.
- Van den Akker, O. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». *Human Reproduction Update*, 13/1 (2007), 53-62.
- Van Zyl, L., Van Niekerk, A. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». *Journal of Medical Ethics*, 26 (2000), 404-409.
- Von Münch, I. «La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 5 (1982), 9-33.
- Watson, C. «Womb Rentals and Baby-Selling: Does Surrogacy Undermine the Human Dignity and Rights of the Surrogate Mother and Child?». *New Bioethics*, 22/3 (September 2016), 212-228.
- Wilkinson, S. «The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy». *Bioethics*, 2 (2003), 169-187.
- [Publicación en línea] «Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements». *Journal of Applied Philosophy*, 2 (2016). <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/japp.12138/pdf>> [Consulta 20/04/2016].



LA EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA DE MUJERES Y EL MITO DE LA SUBROGACIÓN ALTRUISTA: UNA MIRADA GLOBAL AL FENÓMENO DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

THE REPRODUCTIVE EXPLOITATION OF WOMEN AND THE MYTH OF
ALTRUISTIC SURROGACY: AN OVERVIEW OF THE PHENOMENON OF
GESTATION BY SUBSTITUTION

MARTA ALBERT
Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
marta.albert@urjc.es

RESUMEN:

Palabras clave:

Explotación reproductiva de mujeres. Subrogación altruista. Subrogación comercial. Derecho internacional. Derecho comparado.

Recibido: 06/02/2017

Aceptado: 08/03/2017

El artículo aborda la cuestión de la maternidad subrogada desde una perspectiva global. Analiza el fenómeno de la subrogación desde la óptica del derecho internacional y comparado y los efectos que la legalización de la subrogación altruista en los países del primer mundo puede tener sobre las mujeres en condiciones de vulnerabilidad en otros lugares del planeta. Concluye extrapolando las conclusiones de este análisis al debate actual sobre la legalización de la gestación por sustitución altruista en España.

ABSTRACT:

Keywords:

Reproductive exploitation of women. Altruistic Surrogacy. Commercial Surrogacy. International Law. Comparative Law.

The article approaches the issue of surrogacy from a global point of view. Surrogacy is analysed from international and comparative law perspective, as well as the effects of the legalization of altruistic surrogacy in the first-world countries on vulnerable women in other parts of the world. The paper concludes extrapolating the conclusions of this analysis to the current debate about legalization of altruistic surrogacy in Spain.

1. Introducción

Son varias las denominaciones empleadas para designar el negocio jurídico en virtud del cual una mujer accede, de forma onerosa o gratuita, a gestar para otra u otras personas un embrión humano (que puede tener o no vínculos genéticos con la gestante o con el o los comitentes), a parirlo y a renunciar a sus derechos sobre la criatura, entregándolo tras el parto a los comitentes, que podrán determinar la filiación del niño a su favor, ya sea antes o después de su nacimiento¹.

Como en tantas otras ocasiones en el debate bioético, tampoco en esta la terminología empleada para designar el hecho del que nos ocupamos es neutral. “Maternidad subrogada”, “gestación por sustitución”, “alquiler de vientres” o “de úteros”, “subrogación uterina”, o, simplemente, “subrogación”, “explotación reproductiva de mujeres” son algunas de las expresiones que se utilizan en el debate público². El título de este trabajo emplea tres de ellas, que, curiosamente, provocan en nosotros reacciones enfrentadas. De la adhesión moral que normalmente prestamos al “altruismo”, pasamos a la reprobación con la que censuramos toda forma de “explotación”... ¿nos referimos a la misma cosa con expresiones de sentido tan opuesto?, ¿puede acaso ser este negocio jurídico una forma de explotación de la mujer sólo en determinadas circunstancias, mientras que en otras sería un gesto de solidaridad?, ¿depende su carácter abusivo del contenido de las cláusulas del contrato?, ¿cabe “alquilar el útero” para una gestación sin sufrir explotación alguna?, ¿la gratuidad es sinónimo de libertad de la mujer y, por tanto, de ausencia de explotación?

La hipótesis de la que arranca este trabajo es que toda forma de gestación y parto de un bebé para otras per-

sonas convierte el cuerpo de la mujer en mercancía y es, por tanto, lesiva de sus derechos. También en las formas “altruistas”. Pero, sobre todo, y pensando en los lectores que no compartan esta concepción del cuerpo femenino y de la autonomía de la mujer, trataré de demostrar que, incluso en los intentos de legalización que procuran ser más respetuosos con los derechos de la madre gestante, restringiendo la validez de los contratos de gestación por sustitución a aquellos realizados a título gratuito y por una motivación altruista, en un entorno libre de presión para la mujer gestante, incluso en esos casos, no puede evitarse que esta medida conduzca a la explotación con fines reproductivos de mujeres. Quizá no de esas mujeres a las que ampara una legislación que sólo valide este tipo de contratos cuando se cumplan las garantías necesarias para eludir la explotación (si es que esto fuera posible a base de garantías contractuales), pero sí de otras mujeres que, en otras partes del mundo, están, jurídica y fáctica-mente, en situación de vulnerabilidad.

La vinculación entre legalización “garantista” de la maternidad subrogada y explotación reproductiva de mujeres vulnerables se hace visible cuando contemplamos la práctica de los contratos de gestación por sustitución desde una perspectiva global, es decir, planetaria. Y es que, como se ha señalado desde la Oficina Permanente de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, la maternidad subrogada es un problema global y solo puede ser correctamente abordado desde una perspectiva global³. Por esta razón, el enfoque del presente trabajo apunta no sólo hacia el derecho internacional, sino también hacia el análisis del derecho comparado y de las interacciones entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Veremos cómo las

1 Casi todas las definiciones de la gestación subrogada son incompletas o dejan fuera algún matiz del fenómeno, bastante complejo de suyo. Para contemplar todas las posibilidades que pueden llegar a darse en un caso de subrogación, es mejor atender a la caracterización realizada por Vicente Bellver en su trabajo Bellver, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, (2015), 23-27.

2 Lo mismo cabe afirmar de los contratos en sí mismos. Por ejemplo, en la legislación del Estado de Tabasco (México) se modifica la expresión “contrato de maternidad” (presente en el código civil de 1997) por más eufemística de “instrumento de subrogación gestacional” (código civil de 2016).

3 “In an era of globalisation, when families cross borders with increasing frequency, these differences in States’ domestic laws can give rise to complex questions of private international law concerning the establishment or recognition of children’s legal parentage. These questions implicate children’s fundamental human rights (see, e.g., the UN Convention on the Rights of the Child, Arts 7 and 8)”. [Publicación en línea] *The private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, <<https://www.hchc.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>>. Vid., también: *A preliminary Report on the issues arising from international Surrogacy Arrangements*, drawn up by the Permanent Bureau <https://assets.hchc.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, [Consulta: 15/03/2017].

modificaciones legislativas en torno a la subrogación en unos Estados producen efectos casi inmediatos en la praxis de otros, generando a medio plazo nuevos cambios en la política legislativa de éstos.

Una reflexión sobre la situación jurídica de la gestación por sustitución en España, como la que actualmente se vierte en el debate público, no puede obviar esta dimensión global del problema. En primer lugar, no puede no atender a los tratados internacionales, las recomendaciones de organismos internacionales, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos... Todas estas instancias unánimemente muestran, como veremos, prudencia, cuando no franca preocupación, ante los riesgos que plantea la legalización de la gestación por sustitución. En segundo lugar, nuestro debate tampoco puede ignorar el hecho de que España es, actualmente, un país "comprador" del "servicio" de gestación subrogada. No somos un país de mujeres gestantes, sino un país de parejas o personas solas comitentes. En España es actualmente ilegal tanto lo uno como lo otro. Pero no se ha generado una oferta de potenciales madres gestantes que estén reivindicando el reconocimiento de efectos al contrato, sino una demanda de potenciales padres "de intención" que reivindican poder formar una familia gracias a la contratación de un útero.

¿Es de prever que esta situación se altere tras una hipotética legalización del contrato de gestación por sustitución?, ¿se equilibrarán la oferta y la demanda domésticas?, ¿cuál es la realidad global que debemos colocar ante nuestros ojos? Y, sobre todo, ¿cuál es nuestra responsabilidad a la hora de regular este tema?, ¿podemos ignorar las consecuencias que la legalización, aún la más "garantista" posible, de la gestación por sustitución en España tendrá para las mujeres de otros lugares del planeta?

2. La gestación por sustitución en el derecho internacional. Especial referencia a la sentencia del caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* (24 de enero de 2017)

Los organismos internacionales se han mostrado extremadamente cautos a la hora de avalar la legalización de este tipo de contratos, siendo hasta ahora mayoría

la posición que desaconseja su legalización, si bien en los últimos tiempos la beligerancia hacia esta práctica parece ir perdiendo fuerza.

En el seno de la Organización de Naciones Unidas no se ha abordado aún explícitamente el tema de la maternidad subrogada⁴, pero sí otra cuestión que conviene traer a colación: el problema del tráfico de niños a escala internacional. Aunque cuando se redactó la Convención sobre Derechos del Niño y el Protocolo relativo a la venta de niños y a la prostitución infantil probablemente nadie estaba pensando en la maternidad subrogada, cualquier reflexión en torno a la misma ha de partir de la prohibición expresa de compraventa de niños, que ambos textos avalan, exigiendo que todas las medidas concernientes a éstos se guíen por su mejor interés (artículo 3.1 de la Convención).

La barrera entre la compraventa de un niño y el alquiler de un útero puede ser difusa en algunas ocasiones. Los dos contratos se parece en la medida en que tienen por objeto cosas "fuera del comercio de los hombres", es decir, "incontratables". Ciertamente es que en la maternidad subrogada el objeto del contrato es la gestación, el parto (funciones reproductivas de la mujer inherentes a su persona) y también, la determinación de la filiación del niño a favor de los comitentes (lo que implica la convencionalidad de la cualidad de madre). Tanto la cualidad de madre como la función reproductora son cosas extra commercium, y, por tanto, no se pueden someter a la lógica contractual, ni a título oneroso ni a título gratuito⁵. En el caso del tráfico de niños, en cambio, el

4 La organización Women of the World ha solicitado ante la ONU que se comprometa con la abolición de los vientres de alquiler. Vid., <<http://profesionalesetica.org/women-of-the-world-reivindicacion-la-onu-el-valor-de-la-identidad-femenina-la-maternidad-y-la-abolicion-de-los-vientres-de-alquiler/>> [Consulta: 16/03/2017]

5 Como muy bien ha explicado Etienne Montero, "los contratos de maternidad de alquiler tienen por objeto, por una parte, las funciones reproductivas de la mujer portadora y, por otra parte, su cualidad de madre, o sea elementos que pertenecen al propio ser de una persona. Por eso están «fuera del comercio», como el cuerpo humano en su conjunto, porque pertenecen al ámbito de la persona y no al de las cosas. Declarar válidos los contratos de madre portadora supondría, indirectamente, considerar al ser humano como una cosa, puesto que «sólo las cosas que están en el comercio pueden ser objeto de contrato» (art. 1128 del código civil francés o belga; art. 1271 del código civil español). No es vano precisar que los bienes «fuera del comercio» no sólo no pueden ser objeto de intercambios comerciales: están además fuera de todo «comercio jurídico», es decir que no pueden ser objeto de ningún

objeto del contrato es el menor en sí, que es lo que una parte vende y la otra compra (en ese caso es aún más fácil advertir que se trata de algo innegociable).

Pero nadie, que se sepa, ha pensado nunca en alquilar un útero para cosa distinta que para lograr un hijo, ni se paga cantidad alguna simplemente para que una mujer geste un bebé, con independencia del destino del *nasciturus*. La gestación no es un fin en sí mismo para los contratantes. Si se paga por una gestación es porque se persigue conseguir el fin deseado: un hijo (no un niño sin más, sino un niño que será mi hijo). ¿Por qué estamos pagando realmente?, ¿por un embarazo o por un niño?, ¿pagaría alguien por un embarazo ajeno si no fuera para convertirse en padre?

Obviamente la respuesta difiere en función de la procedencia de los gametos cuya fusión da lugar al embrión que se implanta en la gestante. Si estos no revelan un vínculo biológico con los comitentes, resulta francamente difícil distinguir la gestación por sustitución de la venta de niños, máxime si el embarazo es producto de una inseminación artificial, resultando la gestante también madre biológica del hijo que entrega a los comitentes.

Como han señalado los magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) firmantes de uno de los votos concurrentes a la sentencia *Paradiso y Campanelli contra Italia* (Gran Sala, 2017), en los casos de maternidad subrogada donde no existe vínculo biológico ni, obviamente, gestacional, entre los comitentes y el bebé, “lo que hay es sencillamente tráfico de seres humanos”⁶.

En opinión de los jueces del TEDH, la gestación subrogada remunerada conduce a las situaciones descritas en el Protocolo Facultativo a la Convención de Derechos del Niño, que define la venta de niños como: “todo acto

contrato, ni siquiera a título gratuito. Tales bienes son literalmente indisponibles: «la voluntad humana no puede adueñarse de los elementos constitutivos del ser de las personas». Tal es el sentido exacto – y el interés capital – del principio de indisponibilidad del cuerpo humano”. Montero, E. «La maternidad de alquiler frente a la summa divisio iuris entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho* 72, (2015), 229-230.

6 Parágrafo 6 de la *Concurring Opinion de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov a la sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017, en el caso Paradiso y Campanelli v. Italia*.

o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”⁷.

La Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado, por su parte, tampoco está trabajando sobre la legalización o no de la gestación por sustitución en sí misma, pero sí ha abordado explícitamente el tema de la determinación de la filiación de los niños nacidos a resultadas de este tipo de contratos en el ámbito internacional. En el seno de esta Conferencia trabaja, desde marzo de 2015, un grupo de expertos de distintas nacionalidades, tratando de alcanzar consenso para regular la compleja cuestión del reconocimiento internacional de los documentos acreditativos de la filiación de los niños nacidos en virtud de este tipo de contratos. Si bien la Comisión considera factible y deseable articular un sistema internacional de reconocimiento de títulos, hasta el momento no se ha avanzado significativamente en la materia⁸.

Es de reseñar que el grupo de trabajo no se plantea abogar por la abolición de la subrogación, ya que directamente se ocupa de investigar cómo articular más efectivamente el reconocimiento internacional de sus efectos. Este hecho ha sido denunciado por las organizaciones feministas que han solicitado de la Conferencia Internacional de la Haya que dirija sus esfuerzos hacia la elaboración de una Convención tendente a la abolición internacional de la subrogación, que se presenta como una única solución acorde con los instrumentos internacionales que protegen la dignidad humana frente a la esclavitud y otras formas de explotación –en la línea con lo señalado por los magistrados de Estrasburgo–, además de constituir la única forma de resolver los problemas inherentes al alquiler internacional de úteros⁹.

7 *Concurring Opinion, cit. parágrafo 6. Artículo 2.a, del Instrumento de Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, 3917-3921.*

8 La última reunión de la Comisión de Expertos ha tenido lugar del 31 de enero al 3 de febrero de 2017.

9 *Contribution of a grouping of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions (“parentagelsurrogacy project”) Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary*

Porque es evidente que estos problemas existen. En los propios documentos de trabajo de la Comisión se evidencian algunos riesgos que afectan a los derechos fundamentales involucrados en esta praxis contractual. En primer lugar, se ha subrayado el problema del abandono de niños, que se ha producido en casos de partos gemelares, cuando el número de fetos ha excedido del deseado por los comitentes, o en casos de patologías (como el tristemente célebre baby Gammy¹⁰) o porque el niño no resulta ser finalmente del sexo deseado y esperado por los comitentes (la elección de sexo se practica en países como Ucrania). En segundo lugar, los expertos señalan el problema de la imposibilidad de evitar la inadecuación de los comitentes (así como el mencionado riesgo de tráfico de menores), haciéndose eco de algunos casos escandalosos como el del multimillonario hombre de negocios japonés que había sido padre de dieciséis hijos mediante gestación por sustitución en Tailandia.

En tercer lugar, el informe señala el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos, lo que deviene imposible en todas las legislaciones que articulan la determinación de la filiación directamente a favor de los comitentes sin que exista mención alguna de la madre gestante, ni del hecho de la subrogación, y resulta francamente difícil en el resto de los casos, aunque inicialmente la filiación se determine a favor de la gestante.

Por otra parte, se destacan los problemas relativos a la prestación del consentimiento por parte de la madre gestante, y al papel de ésta en el conjunto del proceso, así por ejemplo, en lo que se refiere a las decisiones re-

lativas al aborto. Por último, el grupo de expertos llama la atención sobre las prácticas de las agencias intermediarias, a las que se considera un auténtico “campo de minas jurídico”¹¹.

En el mismo año 2015, la Unión Europea publicó su *Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)*¹², en el que encontramos una condena explícita de la subrogación, cuya prohibición se recomienda. Así, dentro del apartado a los derechos de las mujeres y de las niñas, en su párrafo 115, el texto “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”.

La referencia a la gestación por sustitución ha desaparecido del Informe de 2015 (aprobado en diciembre de 2016). No obstante, la Opinión del Comité para los Derechos de las Mujeres y la Igualdad de Género, de 10 de noviembre de 2016, lo incluía en su párrafo 23, en el que el Comité expresaba “su preocupación por las actividades del sector de la gestación por sustitución, que trata el cuerpo de la mujer como una mercancía en el mercado reproductivo internacional, al tiempo que lamenta que dicho sector explote en gran medida a mujeres vulnerables procedentes ante todo del hemisferio sur”¹³.

Document No 3A of February 2015. < https://collectifcorp.files.wordpress.com/2015/01/surrogacy_hcch_feminists_english.pdf > [Consulta: 31/03/2017]. En el mismo sentido se pronuncian numerosos autores. Vid., Bellver, V., *op. cit.*, 48.

10 Pattaramon Chanbua es una madre gestante tailandesa que rentó su vientre a una pareja de australianos, Wendy y David Farnell. Se trataba de un embarazo gemelar, pero cuando los comitentes supieron que uno de los bebés tenía síndrome de Down, pidieron a la gestante que lo abortara. Esta se negó y actualmente cría a Gammy junto a sus hijos. La otra gemela, Pipah, vive en Australia con los comitentes. El caso tuvo un gran impacto mediático pero no es el único. En Reino Unido tuvo lugar un hecho parecido, quedando también el bebé (en este caso, una niña) discapacitado al cuidado de la madre gestante y su familia. Vid., [Publicación en línea] Perry, K., “British mother rejected disabled twin because she was a ‘dribbling cabbage,’ says surrogate”, *Dayly Telegraph*, 26 de agosto de 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-she-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html> [Consulta 30/03/2017]

11 [Publicación en línea] *The Parentage-Surrogacy Project: An Updating Note*, drawn up by the Permanent Bureau. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, “ANNEX II Some of the serious human, including child, rights issues which have arisen (again) in ISA cases in 2014”, <<https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>> [Consulta: 14/03/2017].

12 Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES>> [Consulta: 12/03/2017]

13 *Opinión de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (10.11.2016), para la Comisión de Asuntos Exteri-*

La sugerencia del Comité para los Derechos de la Mujer quedó, sin embargo, excluida del borrador del Informe aprobado el 28 de noviembre de 2016¹⁴, por lo que no pudo acceder a la redacción final del texto, aprobado en diciembre de 2016¹⁵.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en cambio, continua mostrando explícitamente su rechazo a la gestación por sustitución. El polémico informe Sutter¹⁶, que proponía una Recomendación a los Estados titulada “Directrices para proteger los derechos de los niños en los acuerdos de subrogación”¹⁷, fue rechazado por la Asamblea parlamentaria el día 11 de octubre de 2016¹⁸. El proyecto de Recomendación afirmaba no abordar directamente el tema de la gestación subrogada como tal, enfocando al problema de cómo defender el mejor interés del menor en los casos de subrogación.

ores sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015), (2016/2219(INI)). Ponente de opinión: Beatriz Becerra Basterrechea. [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2016-0355&format=XML&language=ES#title3>> [Consulta: 12/03/2017]

14 REPORT on the Annual Report on human rights and democracy in the world and the European Union's policy on the matter 2015 (2016/2219(INI)) Committee on Foreign Affairs Rapporteur: Josef Weidenholzer. [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2016-0355+0+DOC+XML+V0//EN>> [Consulta: 12/03/2017]

15 Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de diciembre de 2016, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la UE al respecto (2015) (2016/2219(INI)) [Publicación en línea] <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2016-0502+0+DOC+PDF+V0//ES>> [Consulta: 12/03/2017]

16 Sobre el conflicto de intereses de la ponente, Petra de Sutter, vid., «Conflicto de intereses en el Consejo de Europa: ponente sobre el informe de subrogación está involucrado en prácticas de subrogación en Bélgica», *The European Post*, 28.01.2016 [Publicación en línea] <<http://nosomosvasijas.eu/?p=955>> [Consulta: 12/03/2017]

17 De Sutter, P. *Children's Rights Related to Surrogacy*, [Publicación en línea] <<http://semantic-pace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNmZS5pbmQvbnNveG1sL1h5ZWYvWDDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yMzAxNSZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbnVudGlicGJfZS5uZXR0vWHNSdC9QZGYvWFJiZi1XRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xsltparams=ZmlsZWlkPTIzMDE1>> [Consulta: 12/03/2017]

18 Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. *PACE rejects draft recommendation on 'Children's rights related to surrogacy'* [Publicación en línea] <<http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-en.asp?newsid=6355&lang=2>> [Consulta: 13-03-2017].

Previamente la iniciativa de Sutter había sido rechazada por la Comisión de Asuntos Sociales, el 28 de enero de 2015, presentada entonces bajo el título “Human rights and ethical issues related to surrogacy”. La ponente, no obstante, decidió presentarlo a la Asamblea, considerando que las posiciones en el Consejo estaban demasiado enfrentadas como para abordar adecuadamente el asunto.

Sin embargo, la opinión pública europea entendió que lo que estaba en cuestión era la legalización de la maternidad subrogada, y el debate público se desarrolló en estos términos. Finalmente se decidió no apoyar la Recomendación, pero el debate y el resultado de la votación mostraron que no se trata de una posición unánime en la Asamblea Parlamentaria¹⁹.

Sin salir del ámbito del Consejo de Europa, nos ocuparemos a continuación de la jurisprudencia del TEDH. Nos interesa especialmente el pronunciamiento del Tribunal en el caso de Labassee y Mennesson contra Francia (26 de junio de 2014²⁰) y en Paradiso y Campanelli contra Italia (27 de enero de 2015 –Sala segunda– y 24 de enero de 2017 –Gran Sala–²¹).

En ambos casos la subrogación tuvo lugar fuera del ámbito territorial del Consejo de Europa. De lo que se ocupa, por tanto, el Tribunal no es del contrato de gestación por sustitución en sí mismo, sino del que es, como se ha señalado, su efecto fundamental: la determinación de la filiación de los niños nacidos en virtud de la firma de este tipo de contratos, que entra dentro de la competencia del Tribunal en la medida en que tiene lugar en los países de destino de los niños (Francia e Italia).

En la sentencia del año 2014, la Corte resuelve dos casos distintos²². Se trata de dos matrimonios franceses que, por infertilidad de la mujer, deciden contratar una gestación por sustitución en Estados Unidos. En ambos casos el embarazo fue fruto de transferencia embrionaria para la que se empleó esperma de sendos esposos. Tras el nacimiento de las niñas (dos gemelas en el caso del matrimonio Mennesson y una niña en el caso de los Labassee) las autoridades francesas se niegan a inscribir en el registro civil su filiación a favor de la pareja comitente. En Francia, el contrato de gestación por

19 La cuestión de la gestación por sustitución es muy compleja desde el punto de vista ideológico. En no pocas ocasiones, ha provocado rupturas o divisiones internas en los partidos políticos. En este caso la votación fue muy ajustada y contó con el voto en contra de los correligionarios de la ponente.

20 Mennesson v. Francia (asunto 65192/11); Labassee v. Francia (asunto 65941/11).

21 Paradiso y Campanelli v. Italia (asunto 25358/12).

22 Para un detallado relato de los hechos del caso, y comentario al respecto, vid., Godoy, O. «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina», En: Santos, J.A., Albert, M.A., Hermida, C. *Bioética y Nuevos Derechos, Comares, Madrid, 2016*, 255.

sustitución se considera nulo de pleno derecho, por lo que se entiende que no puede producir efecto alguno. Tampoco se admite el reconocimiento de la filiación a favor de los varones comitentes, que eran, en ambos casos, padres biológicos de las niñas.

El TEDH decidió por unanimidad que no se había producido violación del artículo 8 de la Convención de Roma, que recoge el derecho al respeto a la vida privada personal y familiar²³, en relación con el derecho de los demandantes al respeto a su vida familiar. Pero sí considera que ha existido una violación del artículo 8 por parte de las autoridades francesas en relación al derecho de las niñas al respeto a su vida privada.

El Tribunal reconoce que la cuestión que aborda es delicada y afirma que no existe suficiente consenso a nivel europeo en torno a cómo debe abordarse el problema del reconocimiento de los efectos legales de los contratos de gestación por sustitución. A falta de consenso, el Tribunal reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación en cuanto a las decisiones legislativas vinculadas a la maternidad subrogada. Sin embargo, en esta ocasión el margen de apreciación que en otras condiciones correspondería a Francia debe ser “matizado, reducido o relativizado” respecto al asunto de la filiación, ya que esta constituye un elemento esencial de la identidad del niño y parte integrante de su derecho a la vida privada.

Se considera que Francia ha violado el artículo 8 en lo que se refiere al derecho a la vida privada de las niñas, al impedir la determinación de la filiación a favor de sus padres biológicos, lo que les impide disfrutar de su derecho a la identidad.

En el siguiente caso, Paradiso y Campanelli contra Italia (2015 -en adelante, Paradiso I- y 2017 -en adelante, Paradiso II-), el Tribunal también hubo de determinar si

²³ El texto del artículo 8 es el siguiente: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

existió violación por parte de Italia del mismo artículo 8 de la Convención, esto es, del derecho a la vida privada de los comitentes. En este caso, se trata de un matrimonio italiano que contrata una gestación en Rusia. Tras el nacimiento, el bebé es inscrito como hijo de ambos sin mención a la celebración de un contrato de gestación, de conformidad con la ley rusa vigente en ese momento.

Al regresar a Italia con el niño, las autoridades se niegan a realizar la inscripción de la filiación a favor del matrimonio. Comienza un procedimiento en el que se descubre que ninguno de los dos esposos posee vinculación genética con el niño (a pesar de que la señora Paradiso aseguró haber viajado a Rusia con la muestra de esperma de su marido para fertilizar el óvulo de una donante y proceder posteriormente a implantar el embrión en la madre gestante).

Ambos motivos dan lugar a que el Estado italiano actúe contra el matrimonio por alteración de estado civil, aportación de documentos falsos e incumplimiento de la normativa de adopción internacional. El niño es trasladado por las autoridades a una casa de acogida y finalmente dado en adopción a otra familia.

En la primera instancia, y mediante sentencia de 27 de enero de 2015, se considera que Italia ha violado el artículo 8 al separar al bebé del matrimonio Campanelli. La Sala estima que durante los seis meses que el matrimonio convivió con el bebé se crearon lazos de facto de carácter familiar susceptibles de protección jurídica. La violación del orden público internacional alegada por Italia, donde el contrato es considerado nulo, no justifica, a juicio del Paradiso I, la traumática separación del niño de su contexto familiar. No se ha respetado en este caso, por tanto, el principio del mejor interés del menor, ya que Italia ha dado prioridad a la garantía del orden público por encima del interés del menor, al separarlo de quienes ya constituían su familia.

Tras el recurso interpuesto por Italia, el caso pasa a la Gran Sala, que dicta sentencia absolutoria a favor del Estado italiano. A juicio de la Gran Sala, los seis meses de convivencia no fueron suficientes para generar un vínculo fáctico susceptible de protección jurídica, por lo que no puede darse el caso de que se haya violado el

derecho a una vida familiar que no se había instaurado entre el matrimonio Campanelli y el bebé. Además, Paradiso II tiene en cuenta en su fallo principios jurídicos básicos relevantes para determinar las consecuencias jurídicas de estos contratos, cuando se realizan fuera de la jurisdicción de un Estado que los considera nulos: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. No se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley. *Ex iniuria ius non oritur*²⁴.

No hay, por tanto, un deber del Estado de protección del mero deseo de constituir una familia, con independencia de la forma en la que este propósito se lleve a cabo. Al revés, ese deber presupone la existencia de una familia, cuya vida en común se protege por la Convención (párrafo 141). Al no considerarse que ésta haya existido, no puede afirmarse que el niño haya sufrido un menoscabo en su mejor interés al ser separado del matrimonio que contrató su gestación. De hecho, la sentencia recoge en distintos lugares la apreciación del Juzgado de Menores de Campobasso, que avaló la separación del niño de los Campanelli, estimando que el matrimonio actuó guiado por una suerte de deseo narcisista, a cuyo cumplimiento estaba dirigida la firma del contrato, empleando al niño como un medio para superar sus propios problemas, por lo que se estima que el mejor interés del menor no consiste en ser criado por el matrimonio ahora demandante²⁵.

Además, tampoco existe un derecho “a convertirse en padre”²⁶ en virtud de la mera voluntad, o de la proyección de la autonomía y del desarrollo personal plasmada en la existencia de un “proyecto paternal”²⁷.

24 *Concurrent Opinion párrafo 3. Sentencia, párrafo 211.*

25 Así, párrafos 11, 190, 207 y 212. En el mismo sentido, Bindel, J., [Publicación en línea] «It is selfish to have a surrogate baby», en *The Guardian*, 21/12/2011, <https://amp.theguardian.com/commentisfree/2011/dec/31/designer-babies-selfish> [Consulta: 13-03-2017]. En parecido sentido, López Guzmán, J; Aparisi Miralles, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012, 2, p. 254.

26 “*The Convention does not recognise a right to become a parent*”, (párrafo 215, conclusión)

27 En contra de este criterio un sector doctrinal representado por Lamm, E., «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal», *Revista de Derecho de Familia*, 50, (2011), 107-132.

El reconocimiento de éste último como título suficiente para inscribir a los hijos habidos a resultas de la firma de contratos de gestación por sustitución, no es vinculante para ningún Estado del Consejo de Europa.

La sentencia avala, en definitiva, la posición del Estado italiano al negarse a reconocer ningún tipo de efecto al contrato de gestación subrogada llevado a cabo en Rusia. Sin embargo, el Tribunal elude posicionarse abiertamente sobre el problema de fondo, es decir, la validez del contrato en sí mismo. No así los votos concurrentes que acompañan a la sentencia. En particular, creo que merecen especial atención los votos concurrentes de De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov²⁸.

Al margen de otros argumentos jurídicos de enorme interés, relativos al sentido del inexistente “derecho a la paternidad”²⁹, los jueces se refieren expresamente a la cuestión del contrato mismo de subrogación y a su compatibilidad o no con los derechos recogidos y garantizados por la Carta de Roma.

Los magistrados consideran que la gestación subrogada “sea remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana”, e “incompatible con los valores subyacentes a la Convención”³⁰.

28 Se trata de dos votos distintos. El primero lo firman todos los magistrados citados (Joint Concurring Opinion of Judges De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek and Dedov), el segundo, el juez Dedov en solitario (*Concurring Opinion of Judge Dedov*).

29 Desde mi punto de vista, se interpreta lúcidamente el papel del “parental project” en un caso como este: la existencia de un “proyecto parental” o de una clara voluntad procreativa no debe considerarse un argumento a favor de la protección de los lazos surgidos entre los comitentes y el bebé. En cambio, el “proyecto parental” del matrimonio funciona como una agravante de su responsabilidad, pues implica que en aras de esa voluntad procreativa y tras deliberaciones y reflexiones en el seno del matrimonio, que han fraguado ese proyecto, los Campanelli han violado la normativa italiana sobre adopción internacional, y no por ignorancia o sin previa reflexión, sino consciente y voluntariamente (párrafo 4).

Además, la protección a la paternidad no puede vincularse a un proyecto consistente de los progenitores, porque el derecho está para proteger el hecho de la paternidad, forme parte o no de un proyecto de vida más amplio. No hay una protección reforzada para la paternidad “premeditada” (cabría añadir que, de hecho, una de las funciones primordiales del derecho en el ámbito de la familia es la de conminar a los padres a que se hagan cargo de sus hijos, sobre todo en los casos en que estos no formaban parte de proyecto alguno: el derecho penetraba en las relaciones de familia como fuente de obligaciones a pesar de los proyectos personales de los cónyuges, para cubrir las necesidades de los hijos ahí donde la voluntad de sus progenitores no parecía dispuesta a llegar).

30 Párrafo 7 del voto concurrente.

Según el voto concurrente que comentamos, la gestación por sustitución constituye un trato degradante tanto para la gestante como para el niño. Para ambos implica una drástica ruptura del vínculo único que se crea entre ellos. La medicina moderna, afirman los jueces, nos ha proporcionado evidencias que demuestran el impacto determinante del periodo prenatal para el posterior desarrollo del ser humano³¹. El embarazo, “con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre biológica y el niño. Desde el inicio, la subrogación se centra en la ruptura drástica de este vínculo. La madre subrogada debe renunciar a establecer una relación de amor y cuidado durante toda la vida con el niño que gesta. El niño aún no nacido no sólo es colocado en un medio extraño biológicamente, sino también privado de lo que debería ser el amor ilimitado de su madre durante toda la etapa prenatal”³². Además, los firmantes se refieren también a la ruptura del vínculo que se establece entre el niño y el padre que acompaña a su pareja y al bebé durante todo el embarazo³³.

Según se explica en el voto concurrente, la gestación por sustitución, en todas sus modalidades, es contraria a la dignidad humana porque trata a la gestante y al niño como medios al servicio del cumplimiento de los deseos

31 Sobre esta cuestión puede verse, entre otros, López-Moratala, N. «Comunicación materno-fetal en el embarazo». *Cuadernos de Bioética*. XX(3), (2009), 303-315. El artículo de Nicolás Jouve de la Barreda, en este mismo número, da sobrada cuenta de lo que los jueces de Estrasburgo afirman en su voto.

32 *Ibid.* Traducción propia.

33 Llama la atención el hecho de que no existan estudios sobre el efecto de la subrogación en los otros hijos de la madre portadora. Como señalan las organizaciones feministas en sus Comentarios a los trabajos de la Comisión sobre subrogación internacional de la Conferencia de la Haya, “the effects of surrogacy on the psychology of the other children of the surrogate mother should not be forgotten: How do they experience the fact of seeing their mother carry a pregnancy for nine months and bring an infant into the world only to be given to sponsors? Their case has not been well studied, a sign of the deep disinterest on the part of the actors in this market”. *Contribution of a grouping of Feminist and Human Rights Organizations to the work of The Hague Conference on Private International Law regarding legal issues concerning international surrogacy conventions (“parentagel/surrogacy project”) Comments on Preliminary Document No 3 B of March 2014 and Preliminary Document No 3A of February 2015, op. cit.* 10. *Vid., sobre los niños nacidos por gestación de sustitución*, Golombok, S. et al. «Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment», *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 54 (6), (2013), 653-660.

de los comitentes, y no como fines en sí mismos³⁴. Pero es “particularmente inaceptable”, cuando “se remunera a la madre subrogada”³⁵.

El juez Dedov firmó otro voto concurrente en el que se plasma un razonamiento determinante para la tesis que sostiene este trabajo. La argumentación del magistrado sitúa el problema de la maternidad subrogada en una perspectiva global y lo contempla desde el punto de vista de la discriminación a nivel mundial.

A su juicio, es muy difícil desvincular la subrogación del tráfico de personas: *human trafficking goes hand in hand with surrogacy arrangements*³⁶. Precisamente los hechos de este caso nos muestran, en su opinión, cuán fácil puede resultar que el tráfico de seres humanos sea presentado formalmente como un pacto de subrogación. La realidad es que la subrogación implica un lucro que se obtiene del empleo del propio cuerpo, lo que está expresamente prohibido por el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE.

Como señala Dedov, la subrogación tiene lugar mayoritariamente en países pobres, empleando como gestantes a mujeres pobres, que son contratadas por personas sanas procedentes de países desarrollados y también por *celebrities*. Personas que están en posición de participar o influir en los parlamentos nacionales. El magistrado considera “extremadamente hipócrita prohibir la subrogación en el propio Estado para proteger a las mujeres locales, y simultáneamente permitir el empleo de la subrogación en el extranjero”³⁷.

Por eso, a su juicio, la subrogación implica un gran desafío para las naciones europeas. Implica optar entre permitir o no que el cuerpo humano se convierta en un producto de mercado; entre permitir o no que mujeres vulnerables y sin formación “opten” por la explotación de sus cuerpos; implica escoger entre crear

34 Como ha explicado Montero, en estos casos, “la madre portadora debe vivir su embarazo, *volens nolens*, como una experiencia extraña a ella misma, con la conciencia de no ser más que un instrumento al servicio de la pareja peticionaria. Me parece que existe una incompatibilidad entre la dignidad humana y el papel puramente instrumental dado al cuerpo de la madre portadora”. Montero, E. op. cit., 229.

35 *Ibid.*

36 *Concurring opinion of Judge Dedov.*

37 *Ibid.* Traducción propia.

una “sociedad dividida en *insiders* y *outsiders*, dividida entre naciones desarrolladas y subdesarrolladas” o una sociedad internacional igualitaria. En definitiva, la subrogación nos obliga a plantearnos si creamos las bases para un futuro solidario y con posibilidades de desarrollo personal para todos o sólo para algunos. “O sentamos la bases para la igualdad, o no lo hacemos”. La respuesta –afirma Dedov– es clara.

Desde su punto de vista, la cuestión de la subrogación está estrechamente ligada a un problema global de discriminación social y de desigualdad, que debemos plantearnos también en términos de sostenibilidad, pues podría conducir a la degradación y desestabilización de nuestras sociedades, lo que constituye una amenaza que no debería ser subestimada³⁸.

3. La gestación por sustitución en el derecho comparado: análisis de la situación europea y de su impacto en los países en vías de desarrollo

Es casi un lugar común afirmar que el panorama que ofrece el derecho comparado es, en la cuestión de la gestación por sustitución, complejísimo. Me permitiré en lo que sigue poner en tela de juicio esta afirmación. Es cierto que existe hoy día una gran diversidad de marcos jurídicos nacionales para la regulación de la gestación por sustitución. Desde los Estados más permisivos hasta los más restrictivos, el derecho comparado nos presenta todo un arco de alternativas legislativas y soluciones jurisprudenciales. Así, hay Estados que conceden validez a estos acuerdos sin exigir a las partes el cumplimiento de requisitos demasiado estrictos, ni respecto de los comitentes (a los que a lo sumo puede exigírseles ser matrimonio heterosexual, sin que exista mayor control de su idoneidad) ni respecto a la madre gestante (condiciones del consentimiento informado, hijos previos, número de embarazos contratados, etc.); otros países restringen la validez del pacto de subrogación a aquellos que tienen

lugar entre familiares o personas muy próximas; algunos consideran nulos de pleno derecho estos contratos sólo cuando son remunerados; otros países, en cambio, los consideran nulos en todo caso, y existe también la posibilidad de que, aún estando prohibida por el ordenamiento jurídico, se convierta en una práctica más o menos consentida, cuando se realiza en el extranjero en algún Estado donde se considera un contrato válido al que se puede dotar de efectos registrales en el país de procedencia de los comitentes.

También son diversas las formas en las que el contrato de gestación puede llegar a producir efectos. En algunos ordenamientos jurídicos la filiación se determina directamente a favor de los comitentes, como ocurre en California (aquí, antes incluso del nacimiento), Rusia o Ucrania. En otros, como en Reino Unido, la filiación se determina inicialmente a favor de la gestante, que puede luego renunciar a sus derechos a favor de los comitentes.

El derecho comparado nos muestra un panorama muy diverso, sí, pero si observamos cuál ha sido la trayectoria de los países que han regulado ya la maternidad subrogada (y de aquellos que aún no lo han hecho pero han debido afrontar el problema de la llegada de los niños procedentes de la realización de estos contratos), desde una perspectiva global, la complejidad se reduce notablemente y puede ser leída en una clave que viene a confirmar los recelos mostrados por los organismos internacionales y las tesis que nos advierten sobre los enormes riesgos de la subrogación desde el punto de vista de la no discriminación y la construcción de una sociedad internacional más igualitaria.

En términos generales, ¿cuál es el escenario de la subrogación internacional? En el primer mundo encontramos una mayoría de países que prohíben expresamente o no reconocen efectos a este tipo de contratos. Los que lo hacen, exigen el cumplimiento de una serie de condiciones que aspiran a garantizar la ausencia de explotación de la mujer “portadora” y del niño. En particular se excluye la gestación por sustitución remunerada, limitando la validez de los acuerdos a aquellos en los que la madre gestante tiene una motivación “altruista”.

38 Ibid. Una perspectiva semejante puede encontrarse en otros análisis de la subrogación como el de Donchin, A., “Reproductive tourism and the quest for global gender justice”, *Bioethics*, 24, (2010), 323-332. Para una narración literaria de la distopía del tráfico de la subrogación puede verse Altwood, M., *El cuento de las criadas*, Seix Barral, Barcelona, 1987, traducción de Elsa Mateo.

En los países en vías de desarrollo que han regulado la cuestión, la tendencia, en cambio, ha sido el establecimiento de unas condiciones más laxas para el reconocimiento de validez a estos contratos. En algunos de ellos, como Camboya, sencillamente se ha operado por la vía de facto ante el silencio legal. El resultado ha sido una eclosión del turismo reproductivo en detrimento de los derechos de las mujeres gestantes, que ha dado lugar a que estos países hayan ido modificando sus políticas legislativas, optando por normativas más estrictas, cuando no por la prohibición total. Los países que han modificado su legislación en esta dirección (estudiaremos el caso más significativo, que es el de India, pero también han seguido esta dirección Nepal, Camboya o el Estado de Tabasco en México) han adoptado soluciones diversas, pero todos ellos coinciden en adoptar una medida: la prohibición del acceso a la contratación de vientres locales a los extranjeros.

Esto se debe a que la regulación jurídica de la gestación por sustitución en los países del primer mundo, y la propia actitud de los Estados y de la administración de justicia en lo relativo al reconocimiento de efectos a los contratos celebrados en el extranjero, modifican también la demanda de gestaciones, produciendo un desequilibrio con la oferta doméstica, lo que incide en un aumento del "turismo reproductivo" en los países en vías de desarrollo, que, por su parte, antes o después tratan de controlarlo con medidas legislativas reactivas.

En general, y como bien advertía el juez Dedov en su opinión concurrente a Paradiso II, el panorama internacional de la subrogación nos ofrece, en primer lugar, una división del mundo entre países de padres intencionales y países de madres portadoras o criadoras. En segundo lugar, y sólo esto ya es bastante significativo, esa división coincide con la que existe entre países desarrollados (países de padres de intención) y países en vías de desarrollo (países de madres portadoras). La legalización de la gestación por sustitución en condiciones restringidas y garantistas respecto de los derechos de la madre portadora, que es la línea seguida en algunos países europeos, así como la tendencia al reconocimiento de efectos a los contratos de subrogación en el extranjero, que es

la dirección emprendida por otros Estados, como España o Italia, genera un aumento de la demanda de madres gestantes para el que no hay oferta doméstica (porque esas mujeres "altruistas" son más una coartada que una realidad). Y, sobre todo, introduce la gestación dentro de la lógica del contrato, generando una comprensible búsqueda de la mejor relación calidad-precio, lo que favorece la contratación en mercados de gestantes con una legislación menos estricta y condiciones más favorables para los comitentes³⁹. Este "efecto llamada" en los países en vías de desarrollo está tratando de evitarse, como hemos señalado, a través de políticas legislativas de reacción tardías, desde las que resulta muy difícil dismantelar la industria de la gestación subrogada.

3.1. Reino Unido: legalización de la maternidad subrogada "altruista"

Empleemos algunos ejemplo concretos⁴⁰. En Reino Unido se reconocen efectos legales al contrato de gestación por sustitución desde 1985⁴¹. Se da, empero, la paradójica circunstancia que el país europeo donde hace más tiempo que es legal alquilar un útero es el que recurre en mayor número a la contratación de mujeres extranjeras, rigiéndose el contrato por lo establecido en

39 Como es sabido, uno de los efectos más importantes del Derecho es la *normalización de las conductas*, en el sentido literal de la palabra. Cuando una conducta se legaliza, incluso cuando se despenaliza, se considera "normal". Vid., Ollero, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Aranzadi, 2006, 194. En el caso que nos ocupa, como ha señalado Julie Bindel, "la sanción legal y la aceptación social de esta práctica, incluso cuando no hay intercambio de dinero, perpetuará la idea de que los vientres de las mujeres pobres pueden usarse como un servicio", en Bindel, J., [Publicación en línea] «Commercial surrogacy is a rigged market in wombs for rent». *The Guardian*, <<https://amp.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/20/commercial-surrogacy-wombs-rent-same-sex-pregnancy>> [Consulta: 13-03-2017].

40 En lo que sigue nos centramos en el ejemplo del Reino Unido, el país con mayor recorrido histórico en la legalización de la subrogación uterina. No obstante, cabe señalar que no es el único de los países UE que ha dotado de validez jurídica a este tipo de contratos. También lo han hecho, más recientemente, Grecia y Portugal. La primera, en julio de 2014, reconociendo la validez del contrato sólo en su modalidad altruista y cuando los comitentes son pareja heterosexual y la mujer no tiene más de 50 años. Portugal, a través de la ley 25/2016 de 22 de agosto, permite el acceso a la subrogación altruista sólo a matrimonios o parejas de hecho heterosexuales cuando existe un problema médico que impide llevar a término el embarazo en la mujer.

41 *Surrogacy Arrangements Act*, 1985, [Publicación en línea] <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf> [Consulta: 01-03-2017]

la legislación del país donde se encuentra la madre gestante. Los datos publicados por *The Guardian* hablan de más de mil parejas que contratan fuera en los últimos tres años, la cifra más alta de toda Europa⁴². En todo caso, de los 271 casos de maternidad subrogada registrados oficialmente en las islas británicas, 252 habían recurrido a vientres de alquiler de Tailandia, India y, en menor medida, Estados Unidos⁴³.

La *Surrogacy Arrangements Act* reconoce validez a los contratos de gestación de sustitución, pero lo hace buscando fórmulas que garanticen un entorno libre de presión para la gestante. Así, la mujer que da a luz es, por defecto, la madre legal del niño. También, por cierto, es padre legal del recién nacido su esposo, si lo tuviera, o su pareja de hecho. Durante las seis primeras semanas de vida del niño su filiación viene determinada como si el contrato de gestación por subrogación no existiese. Transcurridas esas seis semanas, el contrato no surtirá efectos jurídicos si cualquiera de las partes se niega a actuar conforme a lo pactado. En caso de que ambas partes decidan seguir adelante, la madre gestante deberá firmar una "parental order" a favor de los comitentes (que han de ser pareja, matrimonio o convivientes de hecho, pero no personas solas), para lo que la ley establece un plazo máximo de seis meses tras el nacimiento del niño.

La Surrogacy Arrangements Act intenta proteger a la gestante de los riesgos derivados de la asimetría de la relación contractual. De hecho, la filiación del niño se determina inicialmente a su favor, por lo que si finalmente deseara criar como suyo al niño que ha gestado y parido para otros, podría hacerlo, incluso si hubiera recibido ya

42 Doward, J. [Publicación en línea] «Childless UK couples forced abroad to find surrogates», *The Guardian*, 20.02.2016 <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/feb/20/childless-uk-couples-forced-abroad-surrogates>> [Consulta: 25-02-2017]

43 "Even though surrogacy is legal here, Britons go abroad because it's commercial surrogacy, and therefore quicker – you are paying for the service," said Paul Gittins, a spokesman for a conference FTS is holding in London this week to advise a growing number of interested Britons how best to pursue surrogacy in an ethical way. "And it can be cheaper, depending on the country you go to and the arrangements you make." Campbell, D., [Publicación en línea] «More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers», *The Guardian*, 15.03.2015

<<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>> [Consulta: 13-03-2017]

*alguna contraprestación de parte de los comitentes*⁴⁴. Ahora bien, la posibilidad de denunciar el contrato corresponde también a éstos, de modo que la gestante corre el riesgo de tener que asumir la crianza del niño si las personas que le pidieron gestarlo se arrepienten de su decisión.

Quizá más que de protección de los derechos de la gestante, cabría hablar de validación jurídica de la maternidad subrogada "altruista", esto es, aquella que se realiza no solo a título gratuito, sino, sobre todo, guiada por una motivación únicamente altruista.

¿Qué efecto ha provocado esta política legislativa? La perspectiva de una contratación legal de la gestación convierte a esta en objeto de comercio, en una vía para constituir una familia mediante el alquiler de un útero ajeno. Una vez abierta esta posibilidad, se produce un aumento de la demanda de mujeres gestantes. Pero no de la oferta. En realidad, se trata de dos efectos paralelos: uno, que el "altruismo" de la maternidad subrogada se revela insuficiente para cubrir la demanda. Pocas mujeres ceden su útero si no es por una motivación económica causada por una necesidad⁴⁵. Dos, que una

44 *La Surrogacy Arrangements Act prohíbe la remuneración a la madre gestante, pero no el pago de gastos compensatorios a la gestante.*

45 Suele aludirse a la situación de aquellos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica que permiten la gestación por sustitución altruista, como ejemplo de país desarrollado en el que las mujeres ceden libremente su cuerpo para llevar a cabo un embarazo para otros, sin más motivación que la de ayudar a las parejas que no pueden tener hijos por sí mismas. Pero la gestación subrogada altruista es también un mito con un importante componente ideológico. Al margen de que tampoco en estos casos los derechos de las gestantes se garantizan adecuadamente (los contratos al uso muestran, por ejemplo, que no les corresponden la mayoría de las decisiones importantes vinculadas a su embarazo, por ejemplo, la decisión de abortar o no, el modo de parir, el establecimiento de la lactancia, etc.), y de que no hay evidencia (vid., más adelante, las conclusiones del Informe Rosberg) de que estas mujeres no reciban una remuneración disfrazada de compensación, hay razones para pensar que ese "altruismo" no es enteramente inocuo para las mujeres que lo practican, de ahí que se haya acuñado la expresión "altruismo eufórico" para designar la etapa posterior a la gestación, que, una vez finalizada, da paso a sentimientos muy distintos en la gestante respecto a su embarazo y a su hijo (Vid., información al respecto en <http://www.tribunafeminista.org/2016/04/kajsa-ekis-ekman-en-el-debate-sobre-los-vientres-de-alquiler-hay-tambien-un-fondo-de-chantaje-argumentos-sobre-la-llamada-gestacion-subrogada>). Y, en cualquier caso, hay tipos de "altruismo" que nuestra sociedad no estaría dispuesta a tolerar bajo ningún concepto, como la pretensión "altruista" de convertirse en esclavo de otro (un caso de "win-win arrangement" magníficamente narrado por Jaime de Armiñán en su película *Stico (1985)–catedrático de derecho romano se ofrece como esclavo-*) o de prostituirse a favor de otros. En realidad, los argumentos que

vez que se convierte en una práctica lícita y entra en la órbita de lo que es “contratable”, los demandantes del servicio buscan fuera de Reino Unido el foro donde puedan encontrar condiciones más favorables para la contratación, en términos económicos y en términos de seguridad jurídica.

3.2. España e Italia: Reconocimiento de efectos de los contratos celebrados en el extranjero

Semejante aumento de la demanda se produce en otros países de nuestro entorno, que, como antes señalábamos, mantienen la nulidad del contrato pero comienzan a reconocer el efecto más significativo del mismo, la determinación de la filiación del niño nacido, en los casos en los que esa filiación se establece en el extranjero conforme al ordenamiento jurídico nacional.

En España, la situación jurídica debió quedar, desde mi punto de vista, zanjada con el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, que resolvió el recurso de nulidad de actuaciones interpuesto por una pareja valenciana de varones que se encontró con la negativa del registro civil a la hora de inscribir a los niños nacidos como consecuencia de la firma, por parte de la pareja, de un contrato de gestación por sustitución en California. Máxime cuando el amparo interpuesto por los recurrentes fue inadmitido a trámite por nuestro Tribunal Constitucional en mayo de 2016.

avalan la gestación por sustitución altruista son los mismos que se usan para defender la prostitución voluntaria. A este respecto vid., el interesante ensayo de Ekman, K.E., *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, 2013. La autora traza un certero paralelismo entre uno y otro fenómeno. Sexo sin hijos, hijos sin sexo y una dolorosa disociación de la mujer en ambos casos (el carácter asexuado de la puta, la no maternidad de la gestante). Por otra parte, el “altruismo” de la mujer nos retrotrae a la imagen de la mujer que es buena en la medida que sufre voluntariamente y se pliega a los deseos ajenos. De esta forma, afirma Ekman, llegamos a la paradójica conclusión de que si a una no le pagan nada por el “servicio gestacional”, entonces no está explotada en absoluto. Mientras que si la pagan mucho, entendemos que está muy explotada, lo que, sinceramente, parece absurdo, vid. <<http://www.tribunafeminista.org/2016/04/kajsa-ekman-en-el-debate-sobre-los-vientres-de-alquiler-hay-tambien-un-fondo-de-chantaje-argumentos-sobre-la-llamada-gestacion-subrogada/>>. Esta postura, llevada a su extremo, en van Zyl, L. & Walker, R. (2015). «Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model». *Journal of Bioethical Inquiry* 12 (3), 383-387. Las autoras recomiendan la instauración de un modelo profesional de gestante. Vid., Van Zyl, L. & Walker, R. «Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model». *Bioethics* 27 (7) (2013) 373-381.

El caso había llegado hasta el Tribunal Supremo, que dictó sentencia el 6 de febrero de 2014. Contra esta sentencia se interpone, tras el fallo del TEDH en los casos Labassee y Mennenson, un recurso de nulidad de actuaciones. En aquel Auto del 2015 se fija de forma definitiva la solución en nuestro país. El Auto se reitera en lo ya expuesto en la sentencia: en España no se reconocen efectos legales al contrato de gestación por sustitución llevado a cabo en el extranjero, por ser contrario al orden público internacional e implicar una mercantilización y objetivización tanto de la madre gestante como del hijo⁴⁶, quedando a salvo, como establece el artículo 10 de la LTRHA, la acción de reclamación de paternidad que dota de efectos jurídicos al vínculo biológico entre el padre comitente y la criatura. De esta forma, si el comitente o uno de los dos comitentes es padre biológico del niño, podrá reclamar a su favor la filiación, quedando abierta la posibilidad de que su cónyuge adopte⁴⁷. Los títulos que dan acceso a la filiación en nuestro país son la paternidad biológica, la adopción y, eventualmente, la posesión del estado civil (parágrafo 12 del Auto). La voluntad de ser padre plasmada en un contrato de gestación por sustitución no es considerado un título apto para determinar la filiación de los hijos, en aras de la protección de la dignidad de éstos y de las mujeres que los gestan por cuenta ajena⁴⁸.

46 Sentencia del Tribunal Supremo, 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Fundamento jurídico 7º: “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, [exigen] evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”. Y 8º: “Y que la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil”.

47 Es necesario poner de manifiesto que, en España, en el denominado “caso cero de maternidad subrogada” la solución recién mencionada no satisfizo a los demandantes, una pareja de dos varones cuya pretensión estriba en que la filiación se determine por igual a favor de ambos, sin que uno sea padre “natural” y el otro padre adoptivo, alegando discriminación respecto a la posibilidad de una doble maternidad legal ex artículo 7.3 de la LTRHA. Vid., a este respecto, Albert Márquez, M., «¿Hijos de dos progenitores del mismo sexo? Reflexiones sobre los límites de la ficción jurídica», En: Aparisi Miralles, A. *Estudios sobre Género y Derecho, Aranzadi, Cizur Menor, 2017. Sobre este caso, en sentido contrario, Durán Ayago, Mª A. «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», Millennium DiPr, pre-print, Tirant lo Blanch, Barcelona, 50-63.*

48 Vid. Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR, 8 de diciembre de 2010, 25-37.*

Conviene destacar que, en el caso español, nuestro Tribunal Supremo quedó perfectamente alienado con lo que luego sería la doctrina del TEDH en el caso *Menenson*, ya que si bien no se reconocen efectos al contrato considerado nulo por nuestra ley, ello no supone una violación, ni del mejor interés de los niños, ni de su derecho a la vida privada, en relación con su identidad, puesto que en España puede hacerse valer el vínculo de sangre con el niño nacido a resultas de un contrato de este tipo y puede determinarse igualmente la filiación a favor del cónyuge del padre biológico a través de la adopción (además del hecho de que la sentencia ordenaba al Ministerio Fiscal la adopción de las medidas necesarias para la regularización de los menores).

Quisiera destacar que, en relación al problema de la determinación del mejor interés del menor (en este caso, menores), el Tribunal afirmó expresamente en la sentencia de febrero de 2014 que “la aceptación de tales argumentos debería llevar a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados, en buena situación económica, que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de entornos problemáticos de zonas depauperadas, cualquiera que hubiera sido el medio por el que lo hubieran conseguido, puesto que el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él. La invocación indiscriminada del “interés del menor” serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas”⁴⁹.

Sin embargo, durante años, y en paralelo con el *iter procesal del caso que comentamos*⁵⁰, la política de la Dirección General de Registros y del Notariado ha ido en sentido prácticamente contrario a lo establecido por los

tribunales⁵¹. Primero en 2009, dictando Resolución que ordenaba la inscripción de los niños contra el criterio de la oficina consular; después en 2010, un mes después de la sentencia de la primera instancia, ordenando la inscripción cuando se aporte una resolución judicial del país de origen que determine la filiación y el correspondiente exequátur, salvo que la sentencia se hubiera dictado en jurisdicción voluntaria. Y por último en julio de 2014, meses después de la sentencia del Tribunal Supremo denegando la inscripción, afirmando la plena vigencia de la Instrucción de 2010.

De esta forma, por una vía meramente administrativa, se fue dando carta de naturaleza a una práctica considerada nula por una razón de orden público, y rechazada tanto por la ley como por los tribunales, por medio, como señala Martínez de Aguirre, “de un caso “de libro” de fraude de ley”. Así, “el rechazo de los contratos de gestación subrogada (que se apoya en fundamentos tan sólidos como los recogidos por el Tribunal Supremo o por el voto concurrente de la sentencia *Paradiso*) pasaría a ser mero papel mojado”⁵². Como consecuencia de ello, se fue generando un ambiente de tolerancia en nuestro país respecto al recurso al vientre de alquiler en el extranjero, abriéndose posteriormente el debate sobre su legalización, al que asistimos actualmente.

En Italia, y a pesar del aval que ha supuesto la sentencia *Paradiso II* para la política de no reconocimiento de efectos a este tipo de contratos, se han dictado con posterioridad al pronunciamiento de la Gran Sala algunos fallos judiciales en sentido contrario, es decir, reconociendo efectos civiles a los contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero por nacionales italianos.

El 23 de febrero de 2017, pocos días después de *Paradiso II*, la Corte d’Appello de Trento ha reconocido validez jurídica en Italia a la determinación de la filiación

49 Parágrafo 5.

50 En paralelo por cierto, también, con la reforma de la Ley del Registro Civil, durante la cual se planteó la posibilidad de reconocer legalmente los efectos civiles de los contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero, posibilidad que se descartó finalmente.

51 Cfr. Albert, M. “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012.

52 Martínez de Aguirre, C., [Publicación en línea] «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada» ESCRITOS JURÍDICOS TFW, 4-2017, <https://gallery.mailchimp.com/44867d3df8b9fb3d8b6bd685e/files/5d0b5d76-fcef-42e3-a845-f80d88ee555f/Escrito_Jur%C3%ADdico_14_%C3%81rea_Derecho_TFW.pdf> [Consulta: 07-04-2017]

establecida a favor de los comitentes (dos varones) en un caso de gestación por sustitución contratado en el extranjero.

Con fecha de 7 de marzo de 2017 el Tribunal de menores de Florencia ha reconocido validez a la determinación de la filiación por adopción de dos niños a favor de una pareja de hecho de varones que había sido establecida en Gran Bretaña. Los niños habían nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución.

La Corte de Trento fundamenta su argumentación en la analogía con el caso de una pareja de dos mujeres que habían obtenido a su favor la determinación de la filiación de un niño (en España, donde la comaternidad es legal). Se obvia por completo el hecho de que en este caso, a tratarse de dos varones, se da una diferencia sustancial, pues el "proyecto parental" no puede llevarse a cabo sin el concurso de una mujer que gestó a los niños y, por tanto, sin la validación de un contrato nulo de pleno derecho.

Distinto hubiera sido si la filiación hubiera quedado determinada en razón del vínculo biológico existente entre los niños y uno de los dos varones, o incluso por la posesión de estado (lazos familiares de facto), pero considerar un contrato nulo según el derecho italiano como título apto para determinar la filiación de los niños parece una decisión incompatible con la jurisprudencia italiana avalada por el TEDH.

Lo cierto es que también Italia y España se encuentran entre aquellos países que en mayor número recurren a la subrogación internacional. De hecho, en España se han celebrado ya dos ferias de empresas de subrogación. La tercera se celebrará en Madrid en mayo de 2017⁵³, con toda normalidad, como si lo que se está promocionando no fuera la realización en el extranjero de contratos que nuestro ordenamiento jurídico tiene por nulos de pleno derecho, por contrarios a la dignidad de las mujeres y de los niños y a la consideración del cuerpo como res extra comercio.

⁵³ Cfr. < https://www.surrofair.com/?gclid=CjwKEAjwKLBHRDztKr6wMnRthMSJAALcT-s5naQQAom5EgL2rg54zeerIXTrGDdoAO_KkdbQ1aMeRoCucbw_wcB > [Consulta: 15-03-2017]

3.3. El caso de Suecia: prohibición de la maternidad subrogada en todas sus formas

La gestación por sustitución era considerada un pacto nulo en Suecia, pero en 2013 el Consejo Nacional de Ética Médica había propuesto su legalización, si bien solo entre parientes o personas con una relación muy cercana. Entonces el ministerio de Justicia solicitó un segundo informe, que encomendó a la magistrada Eva Wendel Rosberg. Durante tres años Rosberg y su equipo se dedicaron a analizar las consecuencias jurídicas de la maternidad subrogada, redactando un informe titulado "Distintos caminos para la paternidad"⁵⁴, que aconsejaba una prohibición total de la subrogación, tanto en su forma comercial como altruista. La razón fundamental es que se considera imposible garantizar que ninguna mujer sufrirá explotación reproductiva como consecuencia de la legalización, incluso si se trata de legalizar exclusivamente la opción altruista. Además, se anima al gobierno a tomar las medidas necesarias para disuadir a los suecos de realizar este tipo de contratos en el exterior, por idénticas razones. El informe afirma que no hay pruebas de que legalizando la subrogación "altruista" se acabe con la industria de la subrogación comercial. Según el informe, la experiencia internacional demuestra lo contrario. Son los ciudadanos de países como Estados Unidos o Gran Bretaña (es decir, de países donde la subrogación es legal) aquellos que en mayor número contratan vientres en el extranjero, en países en vías de desarrollo como India o Nepal. El informe también subraya la ausencia de pruebas de que en los países, como en Gran Bretaña, donde se ha legalizado sólo la gestación altruista las mujeres no reciban una contraprestación que vaya más allá de la compensación de los gastos, es decir, que se pague un precio por la gestación⁵⁵.

⁵⁴ *Olika vagar till foraldrarskap* [Publicación en línea] <<http://www.regeringen.se/contentassets/e761299bb1a1405380e7e608a47b3656/olika-vagar-till-foraldraskap-sou-201611>> [Consulta: 25-03-2017]

⁵⁵ Ekman, K. E., [Publicación en línea] «All surrogacy is exploitation. The world should follow Sweden's ban», *The Guardian*, 25.02.2016. <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>>

La prohibición de la gestación por sustitución se mantiene en Suecia, dentro y fuera de sus fronteras⁵⁶.

4. Los países en vías de desarrollo: los intentos de frenar el negocio de la subrogación vetándola a los extranjeros

Atendamos ahora a la situación del otro lado del mundo. Durante años, India se convirtió en destino mundial para aquellas personas que deseaban contratar un útero para la gestación de sus hijos, al amparo de un vacío legal primero y de la ley de reproducción humana asistida de 2010 después, que confería validez a los acuerdos de subrogación.

En marzo de 2012 el *Centre for Social Research, en India, publica el estudio "Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial"*. Basado en entrevistas con cien madres subrogadas, cincuenta padres intencionales y otros stakeholders, como los esposos de las mujeres gestantes, embriólogos, trabajadores de las clínicas, etc., el informe concluía que las madres portadoras carecían en su mayoría de formación, por lo que confiaban en las clínicas para informarlas de los términos del contrato, sin que recibieran un consejo independiente. Los contratos no se firmaban hasta aproximadamente la mitad del embarazo, en torno al cuarto mes de gestación. Las clínicas no eran parte del contrato, por lo que la mujer no sabía a quien dirigirse en caso de que quisiera realizar alguna reclamación. La gran mayoría de las mujeres gestantes declaró hacerlo debido a la "pobreza", se registraron también casos de presión de otros (agentes, maridos), y la escasa transparencia en los pagos a las

mujeres, que eran arbitrariamente decididos por el médico de la clínica⁵⁷.

El informe afirma que la subrogación degrada el embarazo, convirtiéndolo en un servicio, y al niño, convirtiéndolo en un producto⁵⁸. El negocio de la subrogación no puede crecer al margen de los riesgos de trata de mujeres y de tráfico de niños. Se señalan riesgos concretos en cuanto a la protección jurídica de los niños nacidos como consecuencia de este tipo de contratos, como el caso de una pareja detenida en el aeropuerto internacional de Bombay que buscaba cerrar en India un acuerdo de subrogación para obtener un niño con el que garantizar un trasplante de órganos al hijo enfermo de la pareja⁵⁹.

En términos generales, se aconsejaba prohibir la comercialización de la subrogación e impedir que se convierta en una forma de vida para las mujeres indias. El informe concluía que la situación en India había convertido a los niños en una "saleable commodity"⁶⁰.

A partir del año 2012, comienza a hablarse del "final" de la maternidad subrogada en India para los europeos. En realidad, ese año no se publica ninguna norma que prohíba la celebración de este contrato, o que impida ésta a los extranjeros. En 2012 el Ministerio de Asuntos Exteriores publica una orden exigiendo visado médico a las personas que deseen entrar en India para contratar la gestación o bien para recoger al niño después del parto. En esa orden se les exige aportar certificación de que la práctica es legal en su país de origen, y de que los niños serán convenientemente registrados en el país de destino. La exigencia de este requisito limitó significativamente el denominado "turismo reproductivo" en India.

El 4 de noviembre de 2015 el Departamento de investigación en Salud del Ministerio de salud y bienestar familiar dicta una Circular⁶¹ en la que se hace eco de la decisión del gobierno de prohibir la subrogación comercial. En esta circular se regulan cuestiones relativas a la

56 Lo mismo ocurre en Alemania, donde la gestación por sustitución es ilegal y la única salida para la formalización de las relaciones paterno filiales con los niños concebidos a resultas de la firma de un contrato de subrogación en el extranjero es la adopción legal. Vid., Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., Rodríguez Alcocer, A., *Maternidad Subrogada. Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos, México, 2014*, 16. No obstante, la jurisprudencia comienza a reconocer efectos, la Sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 2014, optó por considerar que el reconocimiento en Alemania de una resolución judicial de California relativa al establecimiento de filiación por maternidad subrogada «no resultaba contraria al orden público», destacando la importancia de una interpretación restrictiva del concepto de orden público acorde con el interés superior del menor, vid., Godoy, O. op. cit. 263-264.

57 El citado informe, *Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial*, puede descargarse en <<http://www.csindia.org/about-us/publications/research-studies>> [Consulta: 13-03-2017].

58 *Surrogate Motherhood. Ethical or Commercial*, cit. 4.

59 Ibid. 5.

60 Ibid. 4.

61 Disponible en [Publicación en línea] <<http://www.icmr.nic.in/icmrnews/art/DHR%20notification%20on%20Surrogacy.pdf>> [Consulta: 15-03-2017]

entrada en India con estos propósitos, estableciéndose la prohibición de conceder el visado para cerrar acuerdos de subrogación y prohibiendo igualmente el traslado o la entrada de embriones congelados para este fin.

Actualmente, se discute en el Parlamento una propuesta legislativa, registrada el 21 de noviembre de 2016⁶², que plantea prohibir taxativamente la celebración de contratos de gestación por sustitución a extranjeros en territorio indio (con independencia de que el contrato sea legal o no en el país de origen) y que limita los que pueden celebrarse entre nacionales a los casos en que exista un vínculo de parentesco entre la gestante y los comitentes, que deberán ser una pareja casa india (heterosexual, por tanto⁶³) y se realicen de forma altruista, “sin implicar producción de niños para venta, prostitución o cualquier otra forma de explotación” (artículo 4).

La misma línea ha sido seguida por otros países que han visto como la legalización de la subrogación les ha convertido en “Estados-incubadora”. Nepal restringió su legislación en 2015 y Tailandia siguió la misma política a raíz del caso de Baby Gammy. Camboya se convirtió entonces en el destino de numerosas agencias de subrogación, amparándose en el vacío legal existente en el país⁶⁴, hasta que en noviembre de 2016 el gobierno camboyano tomó cartas en el asunto y anunció severas medidas contra los proveedores del servicio de subrogación⁶⁵.

Prácticamente desde 2012, año en el que comienzan las restricciones en India, las empresas comienzan a buscar mercados con condiciones más favorables en otros lugares del mundo. Desde el año 1997 el código civil de

Tabasco (México) permitía tanto la gestación subrogada como la sustituta⁶⁶. Pero ha sido en los últimos años cuando se ha producido un crecimiento muy significativo de los vientres de alquiler contratados en México, tras las restricciones introducidas por las nuevas legislaciones de los países asiáticos⁶⁷. Este efecto no sólo se ha sentido en Tabasco. Muchas de las mujeres gestantes procedían de Cancun⁶⁸, viajaban a Ciudad de México para el tratamiento de fertilidad y a Tabasco para dejar resueltos los aspectos legales. Las tarifas lógicamente oscilan según el paquete elegido pero incluso en los casos más caros (incluyendo donante de óvulos caucásica y selección de sexo⁶⁹) resultan más competitivos que el mercado estadounidense, situando a México como el “nuevo paraíso” de la maternidad subrogada.

El 13 de enero de 2016 se dicta el decreto 265⁷⁰, estableciendo como requisito para la validez del contrato que los firmantes sean nacionales mexicanos (artículo 380 bis 5). Como ya ocurriera en Nepal, al no establecerse un régimen transitorio para regular los casos en los que el embarazo estuviese ya iniciado a la entrada en vigor de la ley, se ha abierto un intenso debate en la sociedad mexicana que, paradójicamente, parece girar en torno al sufrimiento emocional de los comitentes (todos extranjeros, mayoría varones) ante la incertidumbre del destino de los niños por cuya gestación pagaron. En cambio, quedan en la penumbra, como ausentes, las mujeres mexicanas gestantes, las razones por las que han consentido comercializar sus cuerpos y las expectativas de un futuro para las jóvenes mexicanas en el que alquilar su útero no se convierta en un estilo de vida⁷¹.

62 El texto del proyecto puede descargarse en [Publicación en línea] <<http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20%28Regulation%29%20Bill,%202016.pdf>> [Consulta: 15-03-2017]

63 No obstante, en marzo de 2017, la Corte Suprema ha realizado una petición al Parlamento para que examine la posibilidad de abrir la subrogación a personas solas, vid. <<http://www.thehindu.com/news/cities/Delhi/Experts-concerned-over-Surrogacy-Bill-restrictions/article16438788.ece>> [Consulta: 30-03-2017]

64 Vid. <<https://www.theguardian.com/global-development/2016/aug/19/cambodia-foreign-surrogacy-thailand-ban>> [Consulta: 15-03-2017]

65 Crothers, L. [Publicación en línea] «Cambodian surrogacy crackdown: move to reassure pregnant women and families», *The Guardian*, 24.11.2016 <<https://www.theguardian.com/world/2016/nov/24/cambodian-surrogacy-crackdown-move-to-reassure-pregnant-women-and-families>> [Consulta: 15-03-2017]

66 La diferencia radica en que la madre gestante aporte también o no sus óvulos para la generación del embrión.

67 También se han “beneficiado” de las restricciones en India países como Rusia y Ucrania. En la primera se ha planteado la posibilidad de restringir la legislación, pero aún no se ha hecho efectivo ningún cambio significativo.

68 En concreto de Quintana Roo, donde el número de mujeres gestantes es el más alto de todo México. Cfr. Juárez, M. [Publicación en línea] *La maternidad subrogada podría detonar el turismo de vientres de alquiler en Cancún* <<http://periodicoaspectos.com/detona-turismo-de-vientres-en-cancun/>> [Consulta: 16-03-2017]

69 Que en un alarde de corrección política las agencias llaman “gender selection”. Vid., <<http://surrogacybeyondborders.com/faq.aspx>> [Consulta: 16-03-2017]

70 Periódico Oficial, Villahermosa, Tabasco, 13 de enero 2016, Suplemento 7654, n° 5136, 4 y ss.

71 La campaña #No te vendas <<https://www.youtube.com/watch?v=g--JWol2C-4>> [Consulta: 15/03/2017] está tratando de

Como cabe observar, resulta obvio que la internacionalización de la subrogación plantea serios problemas a los países en vías de desarrollo. Problemas absolutamente distintos de los que se plantean en Europa o, en general, en el primer mundo. La evolución del derecho comparado en estos países refleja la realidad a la que venimos aludiendo: la explotación de mujeres con fines reproductivos en los países en vías de desarrollo no es una realidad ajena a la legalización de la gestación por sustitución altruista en los países del primer mundo.

5. Conclusiones: ¿Qué aporta este análisis al debate sobre la legalización de la gestación por sustitución en España?

Como es sabido, en España los acuerdos de gestación por sustitución son tenidos como contratos nulo de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo establece el artículo 10 de la ley de técnicas de reproducción humana asistida. Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado (en dos ocasiones) sobre el llamado "caso cero" de maternidad subrogada en España, interpretando adecuadamente la posición jurídica de nuestro ordenamiento jurídico ante este problema.

En los últimos meses se ha abierto el debate sobre la posibilidad de legalizar esta práctica, dotando de efectos jurídicos a estos pactos en determinadas circunstancias. Todas las propuestas legales que se discuten actualmente giran en torno a la legalización exclusiva de la gestación denominada "altruista"⁷², en el marco de

alertar a la sociedad mexicana sobre el riesgo de explotación de mujeres con fines reproductivos. Esta misma expresión se emplea en la obra ya citada, vid. Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., Rodríguez Alcocer, A., op.cit.

72 La Iniciativa legislativa popular promovida por la "Asociación por la Gestación Subrogada" se encuentra aún en proceso de recogida de firmas. La Proposición no de ley para la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada (Grupo parlamentario Unión Progreso y Democracia, presentada en febrero 2015, fue rechazada con el voto en contra PP y PSOE en octubre 2015). A nivel autonómico, en la Asamblea de Madrid se rechazó también una Proposición no de ley (presentada por Ciudadanos) instando al gobierno nacional a la regulación de la Gestación subrogada. Se rechazó con el voto en contra Podemos y PSOE marzo 2016. En cuanto a la determinación de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, se presentó en mayo de 2015 una Enmienda durante la tramitación de la Ley del Registro Civil (promovida por "Son nuestros hijos"). Fue desestimada en julio 2015. Actualmente el tema está siendo objeto de estudio por el Comité de Bioética de España.

una política que pretende garantizar los derechos de la madre gestante y conciliarlos con el cumplimiento de los deseos de las personas que aspiran a tener un hijo (no cabe hablar de derecho en este caso, pues el derecho a tener un hijo, como hemos visto, no existe).

Del análisis del derecho internacional y comparado en esta cuestión de la maternidad subrogada cabe extraer algunas conclusiones relevantes para este debate.

1. *Toda forma de subrogación gestacional atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño. La gestación por sustitución constituye una comercialización del cuerpo femenino que, con o sin precio, atenta contra la dignidad de la mujer y cosifica al hijo que porta en su vientre para entregarlo a otros. Como ha señalado el TEDH, la subrogación, en cualquiera de sus fórmulas, se fundamenta en la ruptura de un vínculo precioso entre la madre gestante y su hijo, igualmente traumática y deshumanizadora para la madre que para el bebé, al que se le priva del "amor incondicional" de la única persona que puede prestárselo en los primeros meses de su vida*⁷³. Tanto la madre de alquiler como el niño son empleados, siempre según los magistrados del TEDH, no como fines en sí mismos, sino como medios al servicio de la satisfacción del deseo de otros. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y la Comisión para los derechos de la mujer de la Unión Europea se han pronunciado en similares términos. No hay una sola autoridad u organismo internacional que no considere contraria a la dignidad humana la gestación por sustitución, ni que aconseje sin reparos su legalización⁷⁴.

2. *La antijuridicidad del acuerdo de subrogación. El contrato de subrogación no es, desde mi punto de vista, jurídico: atenta esencialmente contra el orden (el logos) del Derecho. Puede que obedezca a la lógica del mercado, pero ésta no debe sustituir a la lógica pro-*

73 Privación que ha de considerarse antijurídica en el caso de los menores que, a diferencia de los adultos, tienen reconocida la existencia de un derecho al amor. Vid. Liao, M. «The idea of a Duty to Love», *The Journal of Value Inquiry*, 40 (2006), 1-22 y «Why Children need to be loved», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 3 (2012), 347-358.

74 De hecho, tanto la Conferencia de la Haya como el fallido informe De Sutter abordan la cuestión por la vía de los hechos consumados aludiendo a la protección de los derechos de los menores ya implicados en estas prácticas. Pero ni siquiera en estos casos se enfoca directamente a la subrogación en sí.

*pia del derecho, aunque en nuestra cultura tendamos a confundirlas*⁷⁵. La primera se rige por el principio del acuerdo mutuo y de la ausencia de daño a terceros; la segunda, por el principio de dar a cada uno lo suyo, lo que esencialmente le corresponde como ser humano. En el caso de la maternidad subrogada son muchas las privaciones antijurídicas a las que se ven sometidos tanto los niños como las mujeres portadoras. La pretendida "autonomía de la voluntad" debe, incluso para quien la reconozca como tal, pasar a un segundo plano cuando la dignidad humana está en juego⁷⁶. Por esta misma razón, los jueces del TEDH afirmaron, en su voto concurrente a *Paradiso II*, que la subrogación, en todas sus formas, no sólo viola la dignidad humana, sino también los valores jurídicos en los que se funda la Convención de Roma. De hecho, en los casos de inexistencia de vínculo biológico, la subrogación consiste, simple y llanamente, en la compra-venta de un niño.

3. *El mito del altruismo en la subrogación. La legalización de la maternidad subrogada "altruista" se lleva a cabo en virtud de las exigencias de una demanda de los padres intencionales y no por una altruista oferta de las madres portadoras, que es en la mayoría de las ocasiones irreal, y que, en todo caso, responde a planteamientos inasumibles para cualquier Estado que respete la dignidad de la mujer y del género humano (como los que avalarían la prostitución o la esclavitud si se da acuerdo entre las partes y no hay violación del no harm principle). El mito de la subrogación altruista no puede llevarnos a legalizar de manera irresponsable una actividad que afecta tan intensamente a los derechos de mujeres y niños y a nuestra propia autopercepción como seres humanos. Si se legaliza, me parece más honesto reconocer que se trata de dar cobertura legal a los*

75 Agradezco al prof. Pedro Talavera sus observaciones sobre este aspecto de la legalización de la subrogación. De la mercantilización del cuerpo (de los genes humanos) se ha ocupado en su trabajo Talavera, P., «Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética», *Cuadernos de Bioética*, 55, (2004), 243 y ss. En defensa de la posición contraria (la subrogación solo debería prohibirse si supusiera un daño a las personas implicadas, vid., Lamm, E., «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *Indret*, 3, (2012), 40.

76 Me parece falso el dilema entre libertad y dignidad en el caso de la subrogación. Pero si hubiera que elegir, con Agacisky elegiría la dignidad. Agacisky, S., *Corps en miettes*, Flammarion, París, 100-101.

deseos de los comitentes que hacerlo en nombre de un supuesto "altruismo" de las gestantes.

4. *Nuestra responsabilidad como países "compradores". La legalización de una subrogación restringida y garantista en España es irresponsable porque no tiene en cuenta sus efectos fuera de nuestras fronteras. Como señalaba el juez Dedov en su opinión concurrente a *Paradiso II*, si legalizamos la maternidad subrogada altruista estaremos contribuyendo a la explotación reproductiva de las mujeres vulnerables en otras partes del mundo. Así lo demuestra el análisis de las tendencias legislativas en el derecho comparado. En los países desarrollados como el nuestro, donde las mujeres no se encuentran, por regla general, en situaciones de necesidad extrema, la legalización de la gestación por sustitución no producirá un aumento de la oferta de mujeres gestantes*⁷⁷. En cambio, sí aumentará la demanda, como de hecho ya la ha aumentado la política seguida en los últimos años por la Dirección General de Registro y del Notariado, favoreciendo la inscripción registral de los niños nacidos por gestación por sustitución en aquellos países donde esta práctica es legal. Una demanda que implica la cosificación de la gestación, su conversión en un servicio y la posibilidad de ponerle precio a la venida al mundo de un ser humano.

5. *La actual solución jurídica en España es plenamente coherente con la doctrina del TEDH y con las conclusiones del Informe Rosberg. No hay motivo para su modificación, sólo para su efectivo cumplimiento. No es cierto que nuestro derecho no sepa responder a un problema social o que no exista seguridad jurídica o que la solución dada por nuestro ordenamiento haya quedado obsoleta. La actual respuesta jurídica está en consonancia con la jurisprudencia más reciente del TEDH y con el ejemplo de países que, como Suecia (el único país europeo en el que se ha estudiado a fondo el problema), han sabido afrontar con responsabilidad el desafío de la maternidad subrogada.*

77 Basta teclear en google "madre de alquiler foros" para ver la oferta disponible en internet. La inmensa mayoría de las mujeres que se ofrecen en España son iberoamericanas.

Referencias

- Agacisky, S., *Corps en miettes*, Flammarion, París, 100-101.
- Albert, M., «¿Hijos de dos progenitores del mismo sexo? Reflexiones sobre los límites de la ficción jurídica», En: Aparisi Miralles, A. *Estudios sobre Género y Derecho*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Albert, M. «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, 22 de mayo de 2012.
- Altwood, M., *El cuento de las criadas*, Seix Barral, Barcelona, 1987, traducción de Elsa Mateo.
- Barber Cárcamo, R. «Reproducción asistida y determinación de la filiación», *REDUR*, 8 de diciembre de 2010, 25-37.
- Bartolini Esparza, M., Pérez Hernández, C., Rodríguez Alcocer, A., *Maternidad Subrogada. Explotación de Mujeres con Fines Reproductivos*, México, 2014.
- Bellver, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, (2015), 23-27.
- Bindel, J., [Publicación en línea] «It is selfish to have a surrogate baby», en *The Guardian*, 21/12/2011 <https://amp.theguardian.com/commentisfree/2011/dec/31/designer-babies-selfish> [Consulta: 13-03-2017].
- Bindel, J., [Publicación en línea] «Commercial surrogacy is a rigged market in wombs for rent». *The Guardian*, <<https://amp.theguardian.com/commentisfree/2015/feb/20/commercial-surrogacy-wombs-rent-same-sex-pregnancy>> [Consulta: 13-03-2017].
- Campbell, D., [Publicación en línea] «More and more childless Britons head overseas to find surrogate mothers», *The Guardian*, 15.03.2015 <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2015/mar/14/childless-britons-increasingly-surrogate-babies>> [Consulta: 13-03-2017]
- Crothers, L. [Publicación en línea] «Cambodian surrogacy crackdown: move to reassure pregnant women and families», *The Guardian*, 24.11.2016 < <https://www.theguardian.com/world/2016/nov/24/cambodian-surrogacy-crackdown-move-to-reassure-pregnant-women-and-families>> [Consulta: 15-03-2017]
- Donchin, A., «Reproductive tourism and the quest for global gender justice», *Bioethics*, 24, (2010), 323-332.
- Doward, J. [Publicación en línea] «Childless UK couples forced abroad to find surrogates», *The Guardian*, 20.02.2016 <<https://www.theguardian.com/lifeandstyle/2016/feb/20/childless-uk-couples-forced-abroad-surrogates>> [Consulta: 25-02-2017]
- Durán Ayago, M^a A. «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», *Millennium DiPr*, pre-print, Tirant lo Blanch, Barcelona, 50-63.
- Ekman, K.E., *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, 2013.
- Ekman, K. E., [Publicación en línea] «All surrogacy is exploitation. The world should follow Sweden's ban», *The Guardian*, 25.02.2016. <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>>
- Godoy, O. «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina», En: Santos, J.A., Albert, M.A., Hermida, C. *Bioética y Nuevos Derechos*, Comares, Madrid, 2016, 255.
- Golombok, S. et al. «Children born through reproductive donation: a longitudinal study of psychological adjustment», *Journal of Child Psychology and Psychiatry* 54 (6), (2013), 653-660.
- Juárez, M. [Publicación on line] *La maternidad subrogada podría detonar el turismo de vientres de alquiler en Cancún* <<http://periodicoaspectos.com/detona-turismo-de-vientres-en-cancun/>> [Consulta: 16-03-2017]
- Lamm, E., «La autonomía de la voluntad en las nuevas formas de reproducción. La maternidad subrogada. La importancia de la voluntad como criterio decisivo de la filiación y la necesidad de su regulación legal», *Revista de Derecho de Familia*, 50, (2011), 107-132.
- Lamm, E., «Gestación por sustitución. Realidad y Derecho». *Indret*, 3, (2012).
- Liao, M. «The idea of a Duty to Love», *The Journal of Value Inquiry*, 40 (2006), 1-22

- Liao, M. «Why Children need to be loved», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 3 (2012), 347-358.
- López Guzman, J; Aparisi Miralles, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- López-Moratalla, N. «Comunicación materno-fetal en el embarazo». *Cuadernos de Bioética*. 2009; 20(70): 303-315.
- Martínez de Aguirre, C., [Publicación en línea] «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada», *Escritos Jurídicos TFW, 4-2017*, <https://gallery.mailchimp.com/44867d3df8b9fb3d8b6bd685e/files/5d0b5d76-fcef-42e3-a845-f80d88ee555f/Escrito_Jur%C3%ADdico_14_%C3%81rea_Derecho_TFW.pdf> [Consulta: 07-04-2017]
- Montero, E. «La maternidad de alquiler frente a la suma divisio iuris entre las personas y las cosas», *Persona y Derecho* 72, (2015), 229-230.
- Perry, K., "British mother rejected disabled twin because she was a 'dribbling cabbage,' says surrogate", *Dayly Telegraph*, 26 de agosto de 2014, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/children/11055643/British-mother-rejected-disabled-twin-because-she-was-a-dribbling-cabbage-says-surrogate.html> [Consulta 30/03/2017]
- Ollero, A., *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Navarra, Aranzadi, 2006.
- Talavera, P., «Patentes sobre genes humanos: entre el derecho, el mercado y la ética», *Cuadernos de Bioética*, 55, (2004).
- Van Zyl, L. & Walker, R. (2015). «Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model». *Journal of Bioethical Inquiry* 12 (3), 383-387.
- Van Zyl, L. & Walker, R. «Beyond altruistic and commercial contract motherhood: The professional model». *Bioethics* 27 (7) (2013) 373-381.



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTRATO DE VIENTRES DE ALQUILER A LA VISTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA SOBRE ADOPCIÓN

SOME CONSIDERATIONS ABOUT THE CONTRACT OF SURROGATE MOTHER IN VIEW OF THE SPANISH LEGISLATION ON ADOPTION

JOSÉ EUGENIO AZPIROZ VILLAR

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor Filosofía del Derecho IEB

Plaza Ignacio Mercader nº 2-5º A

20.010-San Sebastián

Teléfono 660520537; eugenio.azpiroz@gmail.com

RESUMEN:

Palabras clave:

Consentimiento.
Adopción neonatos.
Vientres de alquiler.
Nulidad contractual.
Dignidad humana.

Recibido: 02/04/2018

Aceptado: 11/09/2018

El derecho español, artículo 177 del Código Civil, y el Convenio Europeo de adopción de menores requieren para la validez del consentimiento de la madre el transcurso, tras el parto, de seis semanas, en garantía de su libertad, consciencia y adecuada información. En contraste en los contratos de vientres de alquiler la mujer contratada en la gestación debe dar su consentimiento irrevocable de entrega del niño al nacer, ex ante del proceso, desprotegiéndola: impidiendo la revocación de su (aparente) voluntad inicial al concluir la gestación y conocer a su hijo ya nacido.

Además de la ilicitud del objeto de este contrato, pese a la existencia de derecho que lo positivice, debe considerarse el consentimiento prestado nulo de pleno derecho.

ABSTRACT:

Keywords:

Consent. Adoption neonatos. Contracts of surrogate mother. Contractual nullity. Human dignity.

Spanish law, article 177 of the Civil Code, and the European Convention on the minors' adoption require for the validity of the mother's consent, the passing of six weeks after the birth, as a guarantee of her freedom, consciousness and adequate information. In contrast, in the agreements of surrogate mother, the woman contracted for the pregnancy must give her irrevocable consent to give the child at birth, ex ante the process, leaving her unprotected: preventing the revocation of her (apparent) initial choice at the end of the pregnancy and knowing her child already born.

In addition to the illegality of the object of this contract, despite the existence of a law that makes it positive, the consent given must be considered null and void.

1. Introducción

En los últimos tiempos viene produciéndose un intenso debate social, político y jurídico en relación a legalización de los llamados contratos de vientres de alquiler o de maternidad/gestación subrogada, de su conveniencia o improcedencia a la luz de consideraciones éticas y sobre el respeto a la dignidad humana de la mujer contratada como gestante -en ocasiones también aportante de sus gametos femeninos- y del hijo a entregar tras el parto a cambio del precio previamente convenido por las partes contratantes. Como es sabido en España esta práctica contractual es declarada nula de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico como establece el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida¹ (LTRHA), cuyo antecedente legislativo, de idéntica literalidad al vigente, lo constituyó el también artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida², donde mediando precio o no se declara su nulidad. La pretensión legalizadora de estos contratos en nuestro país -puesto que en algunos otros ya son legales- es fundamentalmente impulsada por colectivos homosexuales, las agencias intermediarias de este negocio contractual, aunque no faltan tampoco algunas parejas heterosexuales estériles o personas solas. En el lado de quienes apoyamos la legislación actual se considera que la contratación de una mujer para que se geste a un niño ajeno, o incluso propio, constituye un manifiesto atentado de la dignidad de la madre, sea “solamente” gestante, o también biológica, y del hijo que debe ser entregado tras su nacimiento como consecuencia de esa relación mercantil y cosificadora de la vida humana que se degrada al nivel de auténtica *res in commercio*.

Numerosas voces provenientes del feminismo militante se han alzado contra este contrato, aunque su argumentación difiere de la expuesta, en cuanto se oponen al considerarlo, básicamente, una afrenta a la dignidad de la mujer en tanto es titular plena de su cuerpo y este no es susceptible de explotación. Lo cierto es que, tras muchas dudas y vacilaciones, los partidos

políticos comienzan a tomar posición en relación a este importantísimo tema. Según, se pudo escuchar en mesa redonda celebrada en el Club Siglo XXI el pasado 19 de febrero de 2018, recogida en la Gaceta³, con la participación e intervención de representantes de las cuatro principales fuerzas políticas de nuestro país, Podemos ha decidido finalmente posicionarse en contra, al igual que el PSOE, mientras Ciudadanos -que ha presentado una Proposición de Ley en el Congreso⁴- pretende la legalización de éste contrato con carácter altruista, aunque en su artículo 5.2 desarrolla una compensación económica resarcitoria que se llega a extender al lucro cesante, mientras que el PP parece que todavía no ha adoptado una posición definitiva.

Nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este contrato nulo de pleno derecho según nuestra legislación, pero como ya señalábamos antes resulta legal en determinados países, estableciendo el equilibrio preciso para preservar el interés superior del menor (acceso a la filiación) junto al debido respeto a nuestro ordenamiento jurídico; lo que ha resuelto por la vía del acceso a la filiación/paternidad por los cauces de la filiación biológica o, en su caso, adoptiva cuando tales causas concurrieran. Igualmente, el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo (TEDH) ha conocido y se ha pronunciado sobre diversos conflictos especialmente en las demandas contra el estado francés a quien condenó (en base al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), en los casos Labasse y Menesson, a la inscripción de la filiación ya que los tribunales franceses extendían la nulidad contractual al extremo de negar la concurrente paternidad biológica actuando, con ello, en contra del interés del menor y de los derechos filiatorios del padre real. En el caso Paradiso-Campanelli contra Italia el TEDH ha dado la razón al estado italiano y reconocido la vigencia de su legislación filiatoria.

Ya hemos analizado anteriormente este importante debate jurídico, me remito a lo expuesto en artículo

1 Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE número 126, Madrid, 27/05/ 2006

2 Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE número 282, Madrid, 24/11/1988

3 La Gaceta Disponible en: <https://gaceta.es/civilización/pp-afiliados-vientres-de-alquiler-20180221-1410/> [Fecha de consulta: 15 marzo 2018].

4 Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución, BOCG número 154-1, serie B, Congreso de los Diputados, Madrid, 8 de septiembre de 2017

publicado en *Actualidad Civil*⁵. Simplemente considero necesaria esta introducción que nos permite acceder a otras cuestiones, si se quiere más concretas, pero que contribuyen a resaltar la cosificación y mercantilización de la vida humana que se produce con estos contratos y su diverso tratamiento jurídico en relación a la adopción. Para ello vamos a considerar que las legislaciones que regulan este contrato lo hacen desde un afán garantista del cumplimiento de los extremos pactados en el mismo a efectos de dotarles de seguridad jurídica. Queremos valorar -para el supuesto que tal legalización alcanzara a España- que diferencias, si las hay, se producen con otras formas de adquirir la paternidad/maternidad como lo es con el caso de la adopción. Tendremos presente que a fin de este año conmemoraremos el 70 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁶ (DUDH), del mismo modo tendremos presente la necesaria protección jurídica del menor y de sus padres, especialmente la madre en los procesos de adopción versus las mujeres gestantes en el contrato de alquiler de su vientre, centrándonos fundamentalmente en el consentimiento y en algunos aspectos médico-gestacionales.

2. Análisis legislación

Nuestra legislación requiere para la dación en adopción del niño que su madre preste su asentimiento transcurrido un período de tiempo desde el parto. Parece obvio el objetivo de evitar que se pueda dar en adopción un hijo sin permitir a la mujer su consideración o rectificación como madre del niño ya nacido. Con la exigible prudencia la legislación no permite la adopción "in utero"; en todo caso, de producirse esa declaración de voluntad queda condicionada a su posterior asentimiento, ratificación o rectificación, transcurrido un determinado plazo. No obstante, hay que decir que no siempre ha estado autorizada esta

adopción del niño y consecuentemente este período de tiempo no siempre ha existido; sin embargo, cuando se ha establecido, la Ley no siempre le ha dispensado la misma duración.

En consecuencia, vamos a ver el iter que se ha producido desde el Código Civil de 1889 hasta la actualidad y que sentido le podemos atribuir.

Antecedentes legislativos:

El Código Civil de 1889⁷ no prevé que la mujer tras el parto pueda dar en adopción a su bebé.

- La ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil⁸ no prevé el requerimiento del asentimiento, incluso su artículo 178, párrafo segundo, establece lo siguiente:

"Únicamente podrán ser adoptados (plenamente) los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres años en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueran prohijados antes de esa por los adoptantes."

- La Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción⁹ dispone en su modificación del artículo 173 del Cc quienes deben presentar consentimiento y quienes deben ser simplemente oídos en el proceso de adopción, pero no establece ningún plazo post-parto para el asentimiento en la adopción.

Por su parte la ley 11/1981 de 13 de mayo (BOE 119 de 19/05/1981) trata de la modificación del código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio sin afectar a la materia que ahora nos ocupa.

⁵ Azpiroz J. E., "El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del TS y de la UE, las posiciones parlamentarias" (La mercantilización y cosificación de la vida humana)", *Actualidad Civil*, número 2 (2017), páginas 72-81

⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Los principales Tratados de los Derechos Humanos", Edita Naciones Unidas, Ginebra, mayo de 2006

⁷ Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE, número 206, Madrid, 25/07/1889

⁸ Ley de modificación de determinados artículos del Código Civil de 24 de abril de 1958, BOE, número 99, Madrid, 25/04/1958

⁹ Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, BOE, número 161, Madrid, 7/7/1970

- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción¹⁰ establece en el artículo 177.2. 2º, párrafo tercero, que:

“El asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”

Conviene recordar en este punto que tal disposición quedó así redactada tras su paso por el Congreso de los Diputados ya que inicialmente el Proyecto de Ley del gobierno socialista¹¹ preveía *quince días desde el parto*. En efecto ello se produjo como consecuencia de la enmienda parcial número 41 del propio grupo parlamentario socialista¹², admitida en la ponencia, cuya justificación fue:

“El plazo propuesto de quince días parece demasiado corto. Es conveniente alargarlo a fin de que la madre, recuperada del puerperio, esté en plena libertad y consciencia para calibrar la gravedad del acto de asentimiento a la adopción de su hijo.”

Es decir, se deduce claramente que la ratio legis descansa en la acertada consideración de que en los días inmediatamente posteriores al parto la madre puede carecer de la plena libertad y precisa consciencia para otorgar su asentimiento a un hecho de la relevancia como lo es el dar a su hijo en adopción a terceros con la inmediata consecuencia de la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su madre, entre el adoptado y su familia anterior, además de los afectivos y psicológicos.

¹⁰ Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE, número 275, Madrid, 27/11/1987

¹¹ Proyecto de ley de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, Congreso de los Diputados, boletín número 22-1, serie A, Madrid, 04/02/1987

¹² Congreso de los Diputados, Boletín Oficial número 22-4, Madrid, 13/03/1987, página 25

Podríamos aquí hacer otras consideraciones ante esta reforma del código civil de 1987 y a la persistente distinción entre el consentimiento, que se requiere a adoptante/s y adoptando, y el asentimiento. Sin embargo, ni a efectos de la RAE suponen conceptos esencialmente diferentes ni tampoco una ruptura terminológica con lo que ya señalaba en su preámbulo la Ley 7/1970 sobre adopción, ni con lo actualmente dispuesto en los artículos 781 LEC y 37 de la Ley 15/2015 de la ley de la jurisdicción voluntaria. Debemos hacer constar, no obstante, que esta distinción -que de profundizar en ella nos alejaría de nuestras pretensiones- fue objeto de serio debate en la comisión de justicia del Congreso¹³ entre los representantes del grupo popular, como enmendante, y del grupo socialista, como valedor del texto del gobierno, quien llegó a afirmar que el debate era casi de “tesis doctoral”. Sin entrar en mayores honduras, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá, hemos de reconocer que el término consentimiento parece más acorde, incluso más sólido y adecuado a derecho, jurídicamente hablando, que al del asentimiento por el que optó el legislador.

Lo que nos resulta más relevante de esta reforma es el reconocimiento de la necesidad del transcurso de un tiempo suficiente, en este caso de 30 días, para emitir una declaración de voluntad libre y conscientemente: asentir en la adopción. Exigencia, por tanto, precisa para no emitir un consentimiento viciado.

- Ley 26/2015 de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴ en cuyo preámbulo expone que:

“En relación con el procedimiento de adopción, el artículo 177 añade.... Igualmente, se establece, en este artículo, que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido 6 semanas, en lugar de los 30 días ahora vigentes, dando así cumplimiento a lo dispuesto en el Convenio Europeo de Adop-

¹³ Congreso de los Diputados, Diario Oficial Comisiones, número 143, Madrid, 15/06/1987, páginas 5286-5290

¹⁴ Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, número 190, Madrid, 29/07/2015

ción hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 y ratificado por España.”

Consecuencia de ello resulta la ampliación del plazo del asentimiento con la modificación que se hace del artículo 177.2 C.c a través del artículo 2.22 de esta Ley 26/2015.

Efectivamente el Convenio Europeo en materia de adopción de menores¹⁵ de 27 de noviembre de 2008 ha sido ratificado por España y pasa a formar parte de nuestro derecho interno con lo que el plazo previsto en el artículo 177 Cc queda ampliado a 6 semanas, es decir a 42 días, tal y como establece el artículo 5.5 del Convenio en cuanto manifiesta:

“El consentimiento de la madre para la adopción de su hijo sólo será válido cuando se preste después del nacimiento del mismo, al expirar el plazo previsto por la ley, que no deberá ser inferior a seis semanas o cuando no se hubiere especificado un plazo, en el momento en que, según la autoridad competente, la madre podría reestablecerse adecuadamente de las consecuencias del alumbramiento.”

El punto 2 de dicho artículo 5 realiza una importante precisión:

“Las personas cuyo consentimiento se requiere para la adopción deberán proveerse de los asesoramientos necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento, en especial acerca del mantenimiento o la ruptura, a causa de una adopción, de los vínculos legales entre el menor y su familia de origen...”

Dejando al margen el debate terminológico sobre el asentimiento o el consentimiento sobre el que, como ya

hemos dicho, nos parece más razonable el uso de este último término máxime cuando proviene de la literalidad del Convenio que ratificamos, queremos hacer las siguientes observaciones:

1.- Establecimiento de plazo de seis semanas tras el parto para consentir la madre válidamente.

2.- Cuando no exista plazo legal al respecto será la autoridad competente, judicial o administrativa, quien fije el momento en el que la madre se haya reestablecido adecuadamente del alumbramiento. De modo que no se puede consentir sin más inmediatamente después del parto, aunque la legislación que resulte aplicable no prevea plazo alguno.

3.- La madre debe estar adecuadamente asesorada e informada acerca de las consecuencias de su consentimiento, especialmente en la ruptura de vínculos legales con el menor. Debe tener un adecuado conocimiento de causa.

En el establecimiento de dichos derechos y limitaciones al consentimiento el propio convenio reconoce, en su preámbulo, la importancia de lo previsto en el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989¹⁶:

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán..... que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario.”

4.- La misma exigencia de consentimiento informado, asesorado y libre de la madre la establece el artículo 4, c) del Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993

¹⁵ Convenio Europeo en materia de adopción de menores, BOE, número 167, Madrid, 13/07/2011, páginas 77735-77743

¹⁶ Convención de los Derechos del Niño, ONU, 1989, “Los principales Tratados internacionales de derechos humanos”, Edita Naciones Unidas, Ginebra, 2006

relativo a la protección del Niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional¹⁷.

Por lo tanto, habida cuenta de la importancia y trascendencia del proceso de adopción se subraya la necesidad de que las personas en él interesadas lo hagan con el adecuado conocimiento de causa.

Centrado ya el tema de nuestro análisis pasamos a efectuar una valoración de la adopción post-natal y del contrato de alquiler de vientre.

3. "Empieza, niño pequeño, a conocer con la risa a la madre"

La bucólica cuarta de Virgilio (70-19 a. C.) es para Francisca Moya "una de las piezas de la literatura clásica que mayor atención ha suscitado, habiendo sido objeto de innumerables y variados comentarios y de toda suerte de interpretaciones." No entraremos en tal valoración, pero si fijaremos nuestra atención en concreto en su célebre verso 62:

"Incipe, parve puer, risu cognoscerem matrem"

En traducción de María José Echarte Cossío¹⁸, que utilizamos en el epígrafe, "*Empieza, niño pequeño, a conocer con la risa a la madre.*" Como acabamos de afirmar en esta cuarta égloga, en el verso que citamos, Virgilio ha sido objeto de variadas interpretaciones y diferentes traducciones en donde se ha discutido si "risu" se refiere a la sonrisa del niño o a la de la madre, pero con una aparente conformidad a que tal hecho se producía ex útero, una vez nacido. No obstante, pese al espacio limitado de que disponemos, queremos traer a colación algunos datos de orden médico y biológico que tal vez

17 Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, BOE número 182, Madrid, 01/08/1995, páginas 23447-23454

Así, en el punto 1 del artículo 4, c) requiere que el consentimiento lo sea con el debido asesoramiento e información sobre las consecuencias del mismo; el punto 2, que se otorgue el consentimiento libremente y por escrito; el 3, sin mediar pago; y, el 4, que sea dado únicamente después del nacimiento del niño.

18 Echarte M. J., "Sobre el Misterio de la Egloga IV de Virgilio", *Publicaciones Didácticas*, número 57, abril de 2015, páginas 174-182

permitan considerar hoy las palabras del poeta con el siguiente sentido: "Empieza el niño (no nacido) a conocer a su madre por la risa"; significado más que posible a la vista de los avances de la ciencia que nos descubre cada día la maravillosa complejidad del hecho gestacional y la vinculación mutua entre la madre y su criatura a nivel químico, hormonal, psicológico y emocional. Parece que a la vista de las palabras de Natalia López Moratalla¹⁹ cuando aborda el vínculo de apego filial, no estamos tan equivocados; "Más aún si recién nacidos oyen la voz de su madre la seguirán con la mirada: la reconocen precisamente porque su voz le es familiar. Se alegran, en la edad en que aún apenas gatea, cuando oye la música que su madre escuchaba, o las canciones que cantaba cuando le llevaba en su seno. Gira hacia donde suena y presta especial atención. Se siente bien porque forma parte de la impronta que ha recibido durante su desarrollo fetal. En esa música, y no en otra cualquiera, percibe "su música". Los sonidos de su mundo familiar."

Antonio Casciano²⁰ nos sitúa la cuestión en los siguientes términos: "una mirada integral a la condición ontológica de la mujer, nos introduce en el misterio de una unidad profunda entre su corporeidad, su sexualidad, su capacidad generativa. El intento de separar estas dimensiones, favoreciendo la absolutización de una sobre las otras, sería causa de instrumentalización de la dignidad de la mujer."

Para Angela Aparisi Miralles²¹ "La madre portadora pone a disposición de la pareja interesada sus funciones reproductivas, pero esta fuerte implicación corporal no se traduce en un empeño de todo su ser: la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la

19 López Moratalla N., "*Mater Semper Certa Est. El vínculo madre-hijo durante la Gestación*", en la *Maternidad Subrogada*, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, páginas 77-78

20 Casciano A., "La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora", *Cuadernos de Bioética*, volumen XXIX, número 95 (2018), páginas 39-56

21 Aparisi A., "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer", *Cuadernos de Bioética*, número XXVIII (2017), páginas 163-176

"En consecuencia la madre uterina debe vivir su embarazo en la indiferencia, en la perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. (Citando a Wilkinson) Tiene prohibida, psíquica y contractualmente, la formación de cualquier vínculo sentimental con el niño que porta en ella. En más de un 10% de los casos necesitan terapia intensa para superarlo."

perspectiva del abandono, con el pensamiento de que no es su hijo. De ahí la ruptura de la unidad substancial de la persona que, en una antropología humanista, es indivisiblemente cuerpo y espíritu”, añadiendo en su acertada consideración que: “De manera especial, hay que destacar los riesgos en la salud psíquica de la madre gestante, especialmente en la fase de post-parto, cuando tendrá que separarse del recién nacido.”

Por su parte, Natalia López Moratalla²² nos introduce en el muy interesante e importante tema de la comunicación materno-filial en el embarazo al que nos hemos referido antes al plantear si no existía ya desde la gestación una comunicación entre el niño y la madre a través del suave y alegre sonido de la risa de esta. En este sentido añade lo siguiente: “La gestación pone al hijo en relación con el mundo interno de su cuerpo y con el mundo exterior que es su hábitat humano, con sus sonidos y olores. Son los lazos naturales.” Resaltando este hecho de la comunicabilidad previamente ya había expresado nuestra autora que “Los diálogos del proceso biológico primordial, siendo en primer término moleculares, predisponen al hijo para el primer encuentro personal materno-familiar tras nacer.”

En este apego-materno-filial, al que nos referimos en la anterior nota a pie de página, Justo Aznar Lucea y Julio Tudela Cuenca²³ coincidentemente manifiestan:

22 López Moratalla N., “Comunicación materno-filial en el embarazo”, *Cuadernos de Bioética*, volumen XX, número 70, (2009), páginas 303-316

“Las hormonas producidas en la gestación inducen en la mujer un intenso proceso neurobiológico natural que configura el que se pueda llamar *cerebro materno*. Es obvio que los vínculos que ligan a los progenitores con sus crías es condición de supervivencia de las especies. Las estructuras del cerebro animal, que procesan las emociones básicas -el sistema límbico- operan de forma rápida y automática, sobre todo, cuando implican respuestas decisivas para la supervivencia de mamíferos. Las hembras preñadas emplean para el proceso de vinculación maternal la vía específica de los sistemas de premio-recompensa. Sin el vínculo de apego maternal, con que la naturaleza les prepara para cuidar la prole, gracias a la plasticidad cerebral, no habrían subsistido muchas especies. En la conducta y en los sentimientos humanos la inclinación de la madre a cuidar y proteger a los hijos ocupa una posición única y privilegiada. Con el embarazo el cerebro de la mujer cambia, estructural y funcionalmente, al responder a las consignas básicas que recibe del feto. Este vínculo se refuerza con el parto y la lactancia porque el contacto cuerpo a cuerpo potencian los circuitos neuronales más fuertes de la naturaleza. El conocido como *vínculo de apego* afectivo y emocional forma parte del proceso biológico natural del embarazo.”

23 Aznar J. y Tudela J., “*Maternidad subrogada. Aspectos Éticos*”, en la *Maternidad Subrogada*, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, página 91

“La maternidad subrogada rompe lo que se ha venido a denominar “apego materno filial”, que se puede definir como la relación afectiva y biológica que la madre experimenta hacia su hijo. Esta relación emocional entre madre e hijo comienza pronto, en la décima semana de gestación, aumentando a lo largo del embarazo, siendo importante para el normal desarrollo del hijo.”

Nicolás Jouve de la Barreda²⁴ nos dice que: “Durante el embarazo se establece una relación íntima y de simbiosis entre el bebé y la madre gestante que quedará interrumpida tras el nacimiento. La dependencia tiene su reflejo en la fisiología del cerebro de la madre durante el embarazo en íntima relación con los patrones de desarrollo del niño. De acuerdo con estudios sobre fisiología del cerebro materno durante un embarazo se produce una adaptación múltiple de la fisiología de la madre para optimizar el crecimiento y el desarrollo fetal, con el fin de proteger al feto, preparar el parto y asegurar un cuidado maternal adecuado después del parto... Se ha demostrado que hay una sincronía que coordina los patrones de cuidado maternal, mediado por la presencia de oxitocina (se trata de un neuropéptido cuyos efectos son de bienestar, confianza y efectos sobre la disposición ante los demás) y otros neuropéptidos que influyen en el estado de stress y tensión psicológica de la madre, como respuesta a las señales procedentes del feto durante el embarazo.”

Tras diversas consideraciones científicas adicionales indica que: “Esto unido a los efectos del desarrollo del cerebro refuerza la afirmación de la *relación psicológica imborrable* que se establece entre la madre gestante y el niño.”

Concluimos estas aportaciones científicas con acertadas palabras de Luis Miguel Pastor²⁵ “En síntesis, por un lado, un útero no es subrogable porque la maternidad está indisolublemente unida a la mujer que nunca puede ser objeto de transacción, y por otro, la dignidad del concebido, exige que las condiciones de la concepción,

24 Jouve de la Barreda N., “Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, número XXVIII (2017), páginas 153-162

25 Pastor L. M., Nota del editor: “La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, volumen XXVIII, número 93 (2017), página 152.

favorezcan la continuidad entre su origen, gestación, crianza y educación, siendo estas respetadas y no drásticamente alteradas.”

4. Sobre el consentimiento

Al valorar el contrato que nos ocupa, bajo el título de “embarazos de pago”, Michael Sandel²⁶ nos trae a colación el famoso caso ocurrido en New Jersey (llamado Mary B) entre William Stern contra Mary Beth Whitehead en el que en febrero de 1985 ambos firmaron un contrato en el que esta aceptaba una inseminación artificial con el esperma de Stern, proseguir el embarazo y entregarle el niño una vez hubiese nacido a cambio del pago de 10.000 dólares, más los gastos médicos, a desembolsar en el momento de la entrega del niño.

Muy resumidamente: Mary tuvo una niña y fue incapaz de separarse de ella con la que huyó a Florida. Detenida por la policía la polémica acabó en los juzgados de New Jersey donde en primera instancia el juez declaró la validez del contrato y la consecuente obligación de cumplirlo. Sin embargo, Mary Beth apeló ante el Tribunal Supremo de ese Estado que, por unanimidad, revocó la sentencia recurrida declarando que el contrato de subrogación era inválido, devolviendo la condición de madre a Beth aunque concediendo la custodia al padre biológico William Stern y su mujer por estimar que era lo mejor para la educación y crianza de la menor. A nuestros efectos dos grandes cuestiones se plantearon:

- Si el contrato de subrogación equivale a la venta del niño.
- Si la información y capacidad de consentir de la mujer era voluntaria o si estaba viciada, al desconocer el efecto de ser madre hasta tener a la niña.

En estas líneas vamos a detenernos en este segundo aspecto que nos parece nuclear en el análisis que realizamos, en definitiva, si el consentimiento prestado por la madre gestante es libre, voluntario, válido y capaz a los efectos contractuales donde la legislación permita esta práctica. A primera vista resulta obvia la diferencia

²⁶ Sandel M. J., “Justicia” (¿Hacemos lo que debemos?), Editorial Debolsillo, Barcelona, 2012, páginas 108-120

de trato jurídico entre la mujer que tras el embarazo -o habiendo mostrado su voluntad previamente- decide dar a su hijo en adopción: seis semanas tras el parto para prestar su asentimiento en contraste con quien resulta contratada para gestar a un niño quien presta su consentimiento, previo al propio embarazo, aun desconociendo los efectos que le puede producir el hecho de ser madre y los vínculos afectivos y emotivos generados por la propia gestación; es decir, sin nula posibilidad de revocar su inicial consentimiento. En este sentido ya hemos expuesto la razón legislativa que exige un período de tiempo para que la mujer sea capaz de asentir: en la reforma del Código civil de 1987 fue que la madre este en plena libertad y consciencia para calibrar la gravedad del acto de asentimiento en la adopción del hijo; en su ampliación a seis semanas en el Convenio Europeo de adopción de menores sobre la base de que el consentimiento para la adopción *deberá proveerse de los asesoramiento necesarios y estar debidamente informadas acerca de las consecuencias de su consentimiento*, siendo inválido el consentimiento prestado antes del transcurso de las seis semanas desde el nacimiento.

Dicho con otras palabras la mujer no está en condiciones de adoptar una decisión tan importante para su vida como para la de su hijo como es darlo en adopción en los momentos posteriores al alumbramiento ya que se producen situaciones de crisis postparto, dudas existenciales en relación a poder ejercer la maternidad adecuadamente o tener capacidad económica y material para ello, por lo que además desde el profundo vínculo generado entre ellos es preciso el transcurso de un tiempo suficiente que impida una decisión equivocada o un consentimiento viciado y, además, de carácter irrevocable.

Molly J. Walker²⁷ analiza el objeto de nuestro estudio en cuanto se refiere a las similitudes con la adopción en su parte II y, en cuanto al compromiso previo que implica la maternidad subrogada en su parte III. Afirma que muchas madres sustitutas sobreestiman su propia voluntad de separarse del niño al final del embarazo y que las

²⁷ Walker M.J., “Precommitment in Free-Market Procreation: Surrogacy, Commissioned Adoption, and Limits on human Decision Making Capacity”, *Journal of Legislation*, volumen 31, número 2 (2005), páginas 329-350.

legislaciones deberían, en primer lugar, impedir la subrogación. Sin embargo, dado que pueden darse tales contratos sin la autorización del estado, la legislación debe estar preparada para ello elaborando leyes sobre la responsabilidad de los adultos participantes en el contrato y ordenando acuerdos de custodia cuando sean necesarios. A su vez cita a la autora Friedlander M. ("A Maternalistic Approach to Surrogacy: Comment on Richard Epstein, *Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement*") confirmando nuestra posición la madre sustituta "no puede haber predicho con precisión los efectos a largo plazo de lo que prometió antes de la concepción", por lo que considera el contrato de subrogación inapropiado.

Barbara Stark²⁸ en posición más matizada expone que en EE.UU. "varios estados han decidido que los contratos tradicionales de subrogación no son exigibles. Más bien no se les puede exigir a la madre sustituta que entregue un bebé porque ella aceptó hacerlo antes de que naciera." Aunque añade: "Cuando el bebé no es descendiente biológico de la madre sustituta, sino biológicamente de un donante de ovulos los argumentos cambian, los legisladores han dejado estos delicados asuntos a los tribunales."

Consideramos que esta enorme diferencia de trato jurídico -consentimiento "ex ante" en un caso y "ex post" en el otro se traduce lisa y llanamente en la plena indefensión de la madre contratada como gestante a quien se obliga a un acto irrevocable cuando carece de conocimiento y eventual capacidad de consentimiento en lo que implica la entrega de su hijo cuando siguiendo el viejo principio de nuestro derecho *mater semper certa est*, y en virtud de él²⁹, es ella y no otra la madre; colocándola en una posición rayana en lo que constituye un auténtico abuso de derecho.

En este sentido María José Guerra-Palmero³⁰ afirma "una paradoja: un supuesto libre consentimiento, vía

contrato o acuerdo, que anula, con respecto al futuro inmediato, la misma autonomía reproductiva de la mujer. Invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio, y desde el punto de vista de la ética, simplemente aberrante, pues liquida la propia autonomía como principio." Y, añade: "*La autonomía no puede cancelarse temporalmente: debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado.*"

Sin embargo los legisladores sobre los procesos de adopción si han tenido presente la necesidad de un consentimiento informado, claro y maduro cuyo reverso lo constituye la legislación permisiva de los contratos de alquiler donde la necesidad de la pervivencia contractual, ante la evitación de los naturales litigios que se producen cuando la madre al dar a luz no quiere hacer la entrega del hijo a que indebidamente se había obligado, se basa en un garantismo en favor de la parte fuerte de la relación -los demandantes de la gestación y entrega- obligando a la mujer subrogada a otorgar un consentimiento previo incluso al embarazo y la gestación, previo a cuando, en su caso, realmente podría prestarlo.

Tanto el legislador español como el europeo, en la Convención Europea sobre adopción de menores, han tenido en consideración lo que la Declaración Universal de derechos Humanos de 1948 establece en su artículo 25.2 cuando reconoce: "La maternidad y la infancia tienen el derecho a cuidados especiales" lo que, sin duda, debió inspirar la necesidad de *conocimiento de causa* que requiere el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, así como el consentimiento libre, informado y gratuito que se requiere el artículo 4 de la Convención de la Haya de 1993 antes citado.

Como expresa Anne Cadoret³¹ "Esta separación de los dos universos (se refiere al del individuo único y singular que no puede ser vendido o intercambiado, por un lado, y a los objetos que pueden ser vendidos o

28 Stark B., "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *ILSA Journal of International and Comparative Law* 369", (2011-2012), páginas 369-386

29 Aunque, obviamente, en términos genéticos la madre pudiera ser otra diferente de la madre gestante.

30 Guerra-Palmero M. J., "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal", *Gaceta Sanitaria*, número 31-6 (2017), páginas 535-538.

31 Cadoret A., "Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption?", *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, número 41-2 (2010), páginas 5-23

intercambiados, por el otro) se respetaría respecto a la adopción: el Convenio de la Haya hace un llamamiento a los países de origen de los adoptados para garantizar que <<no se haya obtenido el consentimiento a cambio de un pago o compensación de cualquier tipo>> (Capítulo II, artículo 4).”

5. Conclusiones

Primera: Se produce un intenso contraste, auténtica contradicción, en el trato jurídico y exigencia legal en cuanto a la adquisición filiativa mediante la adopción post-parto en relación al contrato de vientres de alquiler. Hay que considerar de partida que la Ley europea, señaladamente la española, basa la regulación del asentimiento de la madre tras el nacimiento de su hijo para su adopción en varios factores: primero, en base a la necesaria plena libertad y consciencia de la madre para calibrar la gravedad de su acto puesta de manifiesto en la enmienda que amplió a 30 días el plazo establecido en el Proyecto de Ley de modificación del Código Civil, de 1987, en su artículo 177.2 ; segundo, en el asesoramiento necesario y estar debidamente informada acerca de las consecuencias de su consentimiento (artículo 5.5 Convenio Europeo de adopción de menores); tercero, a prestar su consentimiento con conocimiento de causa (artículo 21 Convención NU sobre los derechos del niño); cuarto, ello dentro de un contexto del derecho a cuidados especiales de la maternidad y la infancia (artículo 25.2 DUDH), y, en consecuencia actualmente establece dicho artículo 177.2 C.c. que para que el consentimiento materno sea válido deben transcurrir seis semanas desde el parto.

Las regulaciones del contrato de alquiler de vientres, donde éste es legal, requieren el consentimiento de la mujer contratada como gestante con carácter previo a su inseminación o transferencia de embriones, gestación y parto debiendo entregar al hijo tras el nacimiento: es la garantía de cumplimiento del contrato, dota de seguridad jurídica a las pretensiones del contratante/s de recibir al niño nacido. Contrato que, en España, como en la mayoría de los principales países de la UE, es nulo de pleno derecho.

Las numerosas y justificadas razones legales sobre el plazo de consentimiento de la adopción plantea un asentimiento ex post a la existencia del niño que se ve, igualmente, avalado por la ciencia que se basa en múltiples razones: la relación de apego materno-filial, los vínculos mutuos de todo tipo que se generan entre la madre y el hijo desde la gestación, los factores bioquímicos y psicológicos entre ambos, a los que aun brevemente nos hemos referido. En el contrato de alquiler hay un obligado consentimiento ex ante y no se tiene, por tanto, en consideración ni la dignidad, ni la capacidad, ni los efectos, afectos y emociones o derechos fundamentales de la mujer y del niño.

Segunda: Existe una cierta corriente que considera se debería restringir la legalidad del contrato limitándola en los países donde la mujer se pueda encontrar en un estado de necesidad insuperable, pobreza manifiesta, como circunstancia que pudiera considerarse un vicio del consentimiento -falta real de capacidad para decidir-, por constituir una explotación de la misma.

Nuestra posición va más allá. Consideramos que deben ser tratados dichos contratos como nulos de pleno derecho no sólo por la situación económica de la mujer sino porque carece del conocimiento y la libertad de lo que otorga: el hijo al nacer cuya entrega se obliga antes de su propia existencia, es decir el poder incurrir en un error manifiesto. A este argumento se le debe añadir el hecho de que la vida y dignidad humanas no son cosas “in comercio” -no todo se compra y se vende-. Exaltados los derechos humanos fundamentales vemos como, paradójicamente, hoy día, en muchos lugares, la consideración de la vida y dignidad humana quedan supeditadas a su transacción, cosificación, mercantilización, a través de su arrendamiento o venta.

Transformar la vida y dignidad humanas e incluirlas como “res in comercio” conlleva necesariamente efectos negativos: como el no derecho del menor a su identidad; conflictos de los contratantes gestantes cuando el embarazo es múltiple o cuando el feto tiene malformaciones; la no “perfección” del contrato cuando la mujer no queda embarazada o no da a luz con los requisitos establecidos por los contratantes; problemas

de filiación del menor en países donde esta práctica es ilegal; consecuencias biológicas y psicológicas en la madre y el hijo,... Sobre algunas de ellas nos parece conveniente profundizar en futuras ocasiones. Nuestra conclusión hoy es que no existe causa legal ni humana que justifique estos contratos (por más que entendamos el ansia de paternidad), especialmente, cuando obligan al otorgamiento de un consentimiento ex ante situando en este particular y nuclear punto jurídico en una clara indefensión a la futura gestante. Nuestro ordenamiento jurídico, en protección de la mujer, si le exige en caso de la adopción no consienta hasta transcurridas seis semanas desde el nacimiento.

En esta convicción sobre la invalidez del consentimiento en la gestación subrogada, más allá de los matices jurídico civiles, desde una perspectiva ética y filosófica no se puede aceptar que en el supuesto de que la mujer gestante antes ya haya sido madre se entienda que tiene una plena capacidad de consentir. No, cada hijo es único, personal y diferente y el vínculo que con él se tiene no se puede conocer antes de gestarlo y conocerlo; es decir, no se puede tener capacidad libre y válida a la hora de firmar el contrato. No se puede aceptar la validez de un consentimiento irrevocable sobre algo que aún no ha sucedido -el hijo- y cuyo efecto en cada caso concreto desconocemos, pero nos impide en el futuro cambiar nuestro supuesto "consentimiento" y voluntad inicial. En todo caso -aun admitiendo dialécticamente la autonomía y consciencia de la mujer a prestar libremente su consentimiento- éste no puede tener por objeto la mercantilización de la vida y dignidad humanas ni impedir a la madre gestante la revocación de su voluntad inicial a la hora del nacimiento de su hijo.

Tercera: A la vista de lo expuesto mi personal convicción es que jurídica y éticamente los contratos de gestación sustituta, con independencia de que lo permitan determinadas legislaciones positivas, no son asimilables a la adopción de neonatos y deben considerarse -tanto por su objeto, como por sus eventuales efectos sobre la gestante y el niño, como por la incapacidad o error que se pueda producir en el consentimiento de la mujer contratada- nulos de pleno derecho.

Referencias

- Aparisi A., "Maternidad subrogada y dignidad de la mujer", *Cuadernos de Bioética*, 2017; 28(93): 163-175.
- Aznar J. y Tudela J., "*Maternidad subrogada. Aspectos Éticos*", en la Maternidad Subrogada, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, página 91
- Azpiroz J.E., "El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del TS y de la UE, las posiciones parlamentarias" (La mercantilización y cosificación de la vida humana)", *Actualidad Civil*, número 2 (2017), páginas 72-81
- Cadoret A., "Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption", *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*", número 41-2 (2010), páginas 5-23
- Casciano A., "La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizadora", *Cuadernos de Bioética*, 2018; 29(95): 39-56
- Congreso de los Diputados. "Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución", BOCG número 154-1, serie B, Madrid, 8 de septiembre de 2017
- Congreso de los Diputados, Boletín Oficial número 22-4, Madrid, 13/03/1987, página 25
- Congreso de los Diputados, Diario Oficial Comisiones, número 143, Madrid, 5/06/1987, páginas 5286-5290
- Convención de los Derechos del Niño, ONU, 1989, "Los principales Tratados Internacionales de derechos humanos", Edita Naciones Unidas, Ginebra, 2006
- Convenio Europeo en materia de adopción de menores, BOE, número 167, Madrid, 13/07/2011, páginas 77735-77743
- Convenio de la Haya relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, BOE, número 182, Madrid, 01/08/1995, páginas 23447-23454
- Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889, BOE, número 206, Madrid, 25/07/1889
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, "Los principales Tratados de los Derechos Humanos", edita Naciones Unidas, Ginebra, mayo de 2006

- Echarte M.J., "Sobre el Misterio de la Egloga IV de Virgilio", *Publicaciones Didácticas*, número 57 (2015), páginas 174-182
- Guerra-Palmero M.J., "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal", *Gaceta Sanitaria*, número 31-6 (2017), página 535-538
- Jouve de la Barreda N., "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, 2017; 28(93): 153-162
- Gaceta La (Publicación en línea) Disponible en: <https://gaceta.es/civilización/pp-afiliados-vientres-de-alquiler-20180221-1410/> [Fecha de consulta: 15 marzo 2018]
- Ley de modificación de determinados artículos del Código Civil de 24 de abril de 1958, BOE, número 99, Madrid, 25/04/1958
- Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, BOE, número 161, Madrid, 7/7/1970
- Ley 21/1987 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, BOE, número 275, Madrid, 27/11/1987
- Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE número 282, Madrid, 24/11/1988
- Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, BOE número 126, Madrid, 27/05/ 2006
- Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE, número 190, Madrid, 29/07/2015
- López Moratalla N., "Mater Semper Certa Est. El vínculo madre-hijo durante la Gestación", en la Maternidad Subrogada, Jouve de la Barreda y varios autores, Editorial Sekotia, Madrid, 2018, páginas 77-78
- López Moratalla N., "Comunicación materno-filial en el embarazo", *Cuadernos de Bioética*, 2009; 20(70): 303-315
- Pastor L.M., Nota del editor: "La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, 2017; 28(93): 151-152.
- Sandel M. J., "Justicia" (*¿Hacemos lo que debemos?*), Editorial Debolsillo, Barcelona, 2012, páginas 108-120
- Stark B., "Transnational Surrogacy and International Human Rights Law", *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 369, (2011-2012), páginas 369-386
- Walker M.J., "Precommitment in Free-Market Procreation: Surrogacy, Commissioned Adoption, and Limits on Human Decision Making Capacity", *Journal of Legislation*, volumen 31, número 2 (2005), páginas 329-350



DIMENSIÓN ECONÓMICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA ("HABITACIONES EN ALQUILER"¹)

ECONOMIC DIMENSION OF SURROGACY MATERNITY ("ROOMS FOR RENT")

JOSÉ LÓPEZ GUZMÁN
Universidad de Navarra
jlguzman@unav.es

RESUMEN:

Palabras clave:

Maternidad por subrogación, madres de alquiler, turismo gestacional, comercio gestacional.

Recibido: 01/02/2017

Aceptado: 28/02/2017

La maternidad por subrogación tiene una importante dimensión económica que, en los últimos años, se ha visto aún más potenciada. Se trata de una *industria* multimillonaria que, por otro lado, se aprovecha de mujeres con bajos recursos económicos. Frente a ello, existe una importante crítica, ejercida por distintos colectivos, que se refieren a este sector con términos tan cuestionables como "industria de alquiler de vientre", "granjas de bebés", "fábricas de niños", etc.

Dichas críticas están siendo fuertemente contrarrestadas por los centros de maternidad por subrogación. A ello dedican ingentes presupuestos con estrategias que, asentadas en grandes dosis de sentimentalismo, logran transmitir una imagen positiva del proceso. El objetivo es proporcionar tranquilidad a los usuarios y a la sociedad en general. Para ello distorsionan las implicaciones éticas y jurídicas del proceso; en particular, niegan la explotación de las mujeres y la instrumentalización de los hijos que, necesariamente, implica esta técnica.

ABSTRACT:

Keywords:

Maternity by subrogation, mothers of rent, gestational tourism, gestational commerce.

Maternity by subrogation has an important economic dimension that, in the last years, has been even more potentiated. It is a multimillion-dollar industry that, on the other hand, takes advantage of women with low economic resources. Faced with this, there is an important criticism, carried out by different groups, that refer to this sector with such questionable terms as "uterine rental industry", "baby farms", "children's factories", etc.

These criticisms are being strongly counteracted by maternity centers by subrogation. To this they dedicate enormous budgets with strategies that, based on great doses of sentimentality, manage to transmit a positive image of the process. The objective is to provide tranquility to users and to society in general. To this end they distort the ethical and legal implications of the process; in particular, deny the exploitation of women and the instrumentalization of the children that, necessarily, implies this technique.

1 Con esta denominación se acostumbra a "preparar" a las madres de alquiler para evitar los problemas de arraigo con el nuevo ser que se desarrolla en su cuerpo. Majumdar, A. «Nurturing and alien pregnancy: surrogate Mathers, intended parents and disembodied relationships». *Indian Journal of Gender Studies*, 21 (2), (2014), 200.

1. Introducción

La primera maternidad por subrogación se produjo en 1984, cuando se implantaron los óvulos de una mujer sin útero a una amiga, ésta dio a luz a un niño con el que ella no tenía relación genética². A partir de entonces, la maternidad subrogada se ha convertido en una realidad en muchos países, bien realizándose en ellos o admitiendo que sus ciudadanos la lleven a cabo en otros países.

Hay dos tipos de maternidad subrogada. La denominada subrogación tradicional y la subrogación gestacional. En el primer caso, el óvulo es de la madre que cede su útero. En el segundo supuesto no hay ninguna relación genética con el nuevo ser, el embrión procede de gametos ajenos a la portadora. Son dos procesos con un distinto calado ético y que, en principio, cabría pensar que con consecuencias distintas en la portadora y en los padres por su grado de afinidad con el nuevo ser en gestación.

La reproducción ha sido tradicionalmente un asunto privado. Con la llegada de las técnicas de reproducción asistida esta situación se ha modificado de tal forma que hasta los gobiernos han decidido intervenir activamente, debido principalmente a que hay muchos derechos que proteger. De esta forma, los gobiernos se han establecido como árbitros de la reproducción y reguladores esa asistencia sanitaria³. De ahí que cada Estado haya establecido unos límites distintos para cada uno de los procesos implicados en la reproducción artificial. Entre ellos, el de la maternidad subrogada. Su regulación es muy diferente en los variados países, lo que ha generado flujos transfronterizos de usuarios y la creación de verdaderos paraísos económicos.

Con estas premisas se ha implantado un fenómeno emergente denominado "turismo reproductivo" que mantiene un equilibrio entre el comercio y la atención sanitaria⁴ y que, sin duda, conlleva muchos problemas de índole ético. Un fenómeno que se ha visto favore-

cido por la mercantilización de la medicina⁵ en la que los agentes sanitarios han sido transformados, principalmente, en proveedores de un producto⁶. El turismo reproductivo está incluido dentro de un campo más amplio, el del denominado "turismo médico", que ha dado paso a una nueva forma de entender la sanidad, inmersa en el fenómeno de la globalización. El turismo médico ha transformado las locales reglas de juego del paciente generando una nueva tipología, la de los "pacientes sin fronteras"⁷. El turismo médico ha sido bien aprovechado por algunos países como, por ejemplo, la India. El Estado Indio se ha implicado en ello de tal manera que ha impulsado una estructura amplia de asistencia a extranjeros que abarca campos tan dispares como la cardiología, la estética o la reproducción⁸. Las razones que sustentan que unos ciudadanos vayan a otros países a recibir tratamiento médico son muy variadas⁹: precios más baratos, evitar listas de espera, acceder a tratamientos prohibidos en el país de origen (inyección de células madre, aborto, cambio de género, madre de alquiler, etc.), anonimato, etc.

La "industria" de las madres de alquiler ha crecido de manera exponencial. Una industria multimillonaria que se aprovecha de personas con bajos recursos económicos y que, al mismo tiempo, debe mantener y contrarrestar la presión ejercida por distintos colectivos (por ejemplo, grupos feministas) y por los medios de comunicación populares que describen a este sector con términos tan cuestionables como "industria de alquiler de vientre", "granja de bebés", "fabrica de niños", etc¹⁰. Incluso se ha llegado a afirmar que estamos ante una nueva cara

5 Helble, M. «The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health». *Bulletin of World Health Organization* 89, (2011), 70.

6 Pellegrino, E.D. «The commodification of Medical and Health Care: The Moral consequences of a paradigm shift from a Professional to a Market Ethic». *Journal of Medicine and Philosophy* 24 (3), (1999), 244.

7 Ramírez de Arellano, A. «Patients without borders: the emergence of medical tourism international». *Journal of Health Services*, 37 (1), (2007), 193.

8 Stephenson, C. «Reproductive outsourcing to India: WTO obligations in the absence of US National legislation». *Journal of World Trade* 43 (1), (2009), 189.

9 Helble, M. *op. cit.*, 69.

10 Rudrappa, S., Collins, C. «Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy». *Gender & Society*, 29 (6), (2015), 942.

2 Utian, W.H, Sheean, L.A, Goldfarb, J.M, Kiwi, R. «Successful pregnancy after in vitro fertilization and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate». *New England Journal of Medicine* 313, (1985), 1351.

3 Spar, D. «Reproductive tourism and the regulatory map». *New England Journal of Medicine* 352 (6), (2005), 532.

4 Deonandan, R, Green, S, van Beinum, A. «Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism». *Journal of Medical Ethics* 38, (2012), 742.

de la explotación neocolonial¹¹. No obstante, estas críticas de ciertos agentes sociales son contrarrestadas por una estructura creada, por las clínicas de infertilidad, con el objeto de trasladar mensajes que propicien un nuevo marco moral capaz de calmar la ansiedad de los clientes alrededor de lo que la subrogación pueda suponer de explotación¹². Esos mensajes, apoyados por fuertes sumas de dinero y asentados en grandes dosis de sentimentalismo, logran conseguir una imagen positiva de la significación moral del proceso de subrogación que proporciona tranquilidad, a los usuarios y a la sociedad en general, en cuanto a su decisión-acción. Este marco también ayuda a las parejas a protegerse de las acusaciones que entremezcla la actividad económica, la creación de una familia, amenazas de racismo, clasismo, sexismo, etc¹³.

	2002	2007
Malasia		360.000
Tailandia	630.000	1.373.000
Jordania		750.000

Tabla 1

Pacientes extranjeros que recibieron tratamiento médico en Malasia, Tailandia y Jordania en los años 2002 y 2007 (Fuente: Helble M.¹⁴)

	2007	2012
USA	750.000	1.600.000

Tabla 2

Pacientes de Norteamérica que recibieron tratamiento médico en países extranjeros en los años 2007 y 2012 (Fuente: Helble M.¹⁵)

11 Deonandan, R, Green, S, van Beinum, A., *op. cit.*, 742.

12 Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 943.

13 Deeb-Sossa, N. «Helping the “neediest of the needy” A intersectional analysis of moral-identity construction at a community health clinic». *Gender & Society* 21 (5), (2007), 749-72.

14 Helble, M. *op. cit.*, 68.

15 *Ibid.* 68.

2. La motivación de la madre de alquiler

Las razones que llevan a una mujer a portar el hijo de otra no están muy bien estudiadas¹⁶. Se han señalado como motivaciones más probables el altruismo, el interés económico, o la reparación. Es muy importante conocer las razones que sustenta que una mujer participe en un proceso de subrogación ya que éstas afectaran a la seguridad del niño, a los padres que alquilan el útero, a la portadora e, incluso, a la propia sociedad. “El punto de vista de la madre sustituta de su embarazo también constituye una interpretación de ella (social y moral) y de su relación con el feto y el niño”¹⁷, con claras consecuencias en todo el proceso.

2.1. El altruismo

El altruismo se define como el deseo de ayudar a los demás desinteresadamente. Ciertos autores indican que para el altruismo se requiere de empatía¹⁸.

En este ámbito hay que plantear si el hecho de que haya una transacción económica en la subrogación relega al proceso de su carácter altruista. Independientemente de ello, es llamativo observar como se ha ido afianzando la marca “altruista” en todo lo que respecta a la maternidad subrogada, obviando el hecho de la mediación económica (en el siguiente apartado, dedicado al interés económico, se tratará con más profundidad esta cuestión). Se trata, sin duda, de una estrategia de mercado por parte de unos y un elemento para calmar conciencias por parte de otros. Por ejemplo, en un estudio realizado por Rudrappa y Collins, basado en entrevista a las partes implicadas en subrogación en la India, se evidencia que muchos de los entrevistados creen sinceramente que se han comportado de una manera altruista y que el dinero recibido no desvirtúa la motivación¹⁹. No obstante, está claro que, en la mayoría de los casos, la

16 Deonandan, R. «Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and Challenges for policy». *Risk Management and Healthcare Policy* 8, (2015), 112.

17 Van Zyl, L., van Niekerk, A. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». *Journal of Medical Ethics* 26, (2000), 405.

18 Lorenceau, ES., Mazzucca, L., Tisseron, S., Pizitz, T.D. «A cross-cultural study on surrogate mother’s empathy and maternal-foetal attachment». *Women and Birth* 28, (2015), 155.

19 Rudrappa, S., y col., *op. cit.*, 943.

pretendida "solidaridad gestacional" sirve para enmascarar un frío contrato de subrogación²⁰.

2.2. El interés económico

En la mayoría de los trabajos se identifica la desesperación económica como la causa que motiva que una mujer sea portadora del hijo de otra pareja²¹. Por ejemplo, el primer caso documentado de maternidad subrogada en la India fue el de una mujer que necesitaba el dinero para un tratamiento médico para su marido. A la mujer le pagaron 50.000 rupias²². Goleman indica, en el año 1987, que los estudios habían encontrado que el factor económico era significativo para 9 de cada 10 mujeres que se ofrecían a portar un hijo de otra pareja²³. No obstante, como ya se hará referencia más adelante, en muchos casos se evita hacer alusión a cualquier aspecto económico relacionado con la maternidad subrogada.

Desde distintos sectores se intenta *dulcificar el poder de la transacción* económica enfocando a una realidad distinta. En concreto, el proceso es mostrado desde la perspectiva de que madres de alquiler y madres receptoras establecen una relación similar a la entrega de regalos entre personas de distintos países. Es decir, las madres de alquiler realizan su trabajo reproductivo como un regalo a las mujeres infértiles de Occidente con el fin de cumplir sus deseos de ser madres²⁴. Por su parte, los futuros padres describen sus transacciones económicas como una misión de rescate debido a que sus pagos, a las madres de alquiler, proporcionan el dinero en efectivo necesario para mejorar las escuelas, hogares y artículos de lujo²⁵.

20 López Guzmán, J., Aparisi, A. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuadernos de Bioética* XXIII (2), (2012), 257-8.

21 Teman, E. «The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood». *Social & Science Medicine* 67, (2008), 1107; Deonandan, R, Green, S, van Beinum, A., *op. cit.*, 743.

22 Smerdon, U.R. «Crossing bodies, crossing Borders: international surrogacy between the United States and India». *Cumberland Law Review* 39 (1), (2008), 22.

23 Goleman, D. [Publicación en línea] «Motivation of surrogate mothers. The New York Times, 20 de enero de 1987». <<http://www.nytimes.com/1987/01/20/science/motivations-of-surrogate-mothers.html?pagewanted=1>> [Consulta: 5/07/2016].

24 Ese pretendido "regalo" se contradice con la sensación de riesgo y desconfianza presentes en los procesos de maternidad por subrogación: Majumdar, *op. cit.*, 201.

25 Pande, A. «Transnational commercial surrogacy in India: gifts for global sisters?» *Reproductive Biomedicine Online* 23 (5), (2011), 618-25.

En este apartado también conviene recordar que hay autores que mantienen que, principalmente en países menos desarrollados, es mejor que existan unos contratos claros con remuneración económica a que se aluda, a un altruismo que puede estar ocultando situaciones de explotación con las que las clases altas se cobren favores o mantengan puestos de trabajo²⁶.

2.3. La reparación

Otro factor que se señala como determinante para que algunas mujeres se ofrezcan a la maternidad subrogada es el de reparación por algún acontecimiento en su vida²⁷: el sentimiento de culpa por pérdida en embarazo, divorcio, muerte de un familiar²⁸, un aborto anterior, haber sido adoptada²⁹, algún vacío vital, etc.

Sin embargo, no se encuentran estudios que ofrezcan una auténtica evidencia de que la reparación sea la causa principal, o al menos de suficiente importancia como para ser tenida en consideración, que sustente la decisión de una mujer para ceder su útero con el fin de permitir el desarrollo del hijo de otra mujer. En este sentido, se ha señalado que la propuesta del factor reparativo es más bien una estrategia de los sectores implicados económica o técnicamente para ofrecer una visión del proceso más aceptable moralmente³⁰. Por ejemplo, Baker indica, en referencia al informe de la Comisión Real de Canadá sobre Nuevas Tecnologías que condenó la transacción económica, que el altruismo y la reparación son admitidos porque pueden ser vistos como procesos que otorgan un beneficio o servicio a otra persona. Esas dos motivaciones se presentarían como manifestación de benevolencia que propicia una relación entre los sustitutos y los futuros padres "sociales", favoreciendo la comprensión mutua y la recíproca interacción personal entre ellos³¹.

26 Rudrappa, S., y col., *op. cit.*, 949-50.

27 Parker, P.J. «Motivation of surrogate mothers: initial findings». *American Journal of Psychiatry* 140 (1), (1983), 117-8.

28 Kanefield, L. «The reparative motive in surrogate Mothers». *Adoption Quarterly* 2 (4), (1999), 5-19.

29 Goleman indica que un 10% de las madres de alquiler son personas adoptadas o que están próximas a algún caso de adopción. Goleman, D. *op. cit.* [Publicación en línea].

30 Teman, E. *op. cit.*, 1107.

31 Baker, B. «A case for permitting altruistic surrogacy». *Hypatia* 11 (2), (1996), 34-48.

Un hecho que puede avalar que el argumento altruista o reparador ha sido sobrevalorado, con la intención de evitar la oposición a la maternidad subrogada por motivos morales, es que en la bibliografía se observa que ese razonamiento fue esgrimido en los años ochenta y noventa del pasado siglo, momento en el que se estaba abriendo paso la opción de contar madres de alquiler para las técnicas de reproducción artificial. El proceso comentado, y que tenía el objetivo de evitar la resistencia a la implantación de la maternidad subrogada, es equivalente al seguido en la década de 1940 con la inseminación artificial o en la de 1970 con la fecundación in vitro³².

2.4. No hay que buscar una motivación. Hay que respetar el derecho de autonomía de la mujer

Se ha indicado que es conveniente encontrar la razón que sustenta que la mujer preste su útero para llevar el hijo de otra. Sin embargo, no todos consideran que esta apreciación sea necesaria, ya que la decisión de participar en un acuerdo de subrogación es parte del derecho a la autonomía personal. Por lo tanto, prohibir, invalidar o, simplemente, cuestionar esos contratos sería "violiar el derecho de las mujeres a la autodeterminación y reforzar el estereotipo de incapacidad de decisión de las mujeres"³³. Sin duda, la autonomía de la mujer debe ser respetada pero, al mismo tiempo, hay que realizar una ponderación con el objeto de proteger los bienes que están en juego o de evitar abusos.

2.5. ¿Cuál es la mejor motivación?

Es curioso como en la bibliografía no hay acuerdo sobre cual sería la mejor motivación para la mujer portadora, en relación a generar las menores complicaciones tanto para los padres, la portadora o el propio hijo que va nacer de ese proceso de maternidad subrogada³⁴.

Ya se ha señalado que el motivo principal es el económico. En muchas legislaciones se prohíbe el alquiler de úteros por cuestiones morales derivadas de esa tran-

sacción económica. No obstante, hay quien piensa que lo mejor es que sea una clara transacción económica. La razón que justificaría ese argumento es que después disminuirían los problemas de apego de la madre portadora con el niño³⁵, se reducirían las reclamaciones posteriores que pudieran distorsionar el natural desarrollo del niño, etc. En este sentido, se considera bueno no fomentar en la madre portadora la idea de ser madre, que no se llegue a considerar madre³⁶. Esta situación de maternidad de intención está claramente anclada en la mentalidad feminista radical que sostiene que la maternidad es una cuestión de deseo³⁷. Según van Zyl y van Niekerk "el intento de especificar la intencionalidad como la característica esencial de la paternidad es moralmente inaceptable ya que se basa en una visión implícita de los niños como objetos"³⁸.

En cambio, otros autores dicen que el sustento económico pone en riesgo el normal desarrollo del niño por la falta de afectividad de la madre portadora ya que se requiere de un factor empático para el buen desarrollo del feto.

3. El negocio de la maternidad subrogada

En la actualidad no queda ninguna duda de que la maternidad por subrogación es un proceso comercial³⁹, también legal en algunos países. Ya se ha comentado que esta maternidad por subrogación es parte de la reproducción artificial que, cada vez con más intensidad, se está convirtiendo en un negocio con fines de ganancia, "un mercado lucrativo en el que las parejas ricas recorren el mundo en busca de una descendencia producto de la alta tecnología"⁴⁰.

35 En este sentido, la transacción económica serviría como un elemento que contribuye al distanciamiento psicológico que beneficia a la madre portadora. Baslington, H. «The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process». *Journal of Health Psychology* 7 (1), (2002), 57-71.

36 Idea como la de que "soy un hotel" pueden ayudar a la madre a desvincularse de la situación. Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 405.

37 Esta idea se ve plasmada en la legislación norteamericana que priva a la madre portadora de cualquier derecho sobre el niño ya que la intención de ella no es convertirse en la madre y, en cambio, sí que es la intención de los padres que han solicitado de su servicio.

38 Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 406.

39 Teman, E. *op. cit.*, 1104.

40 Spar, D. «Reproductive tourism and the regulatory map». *New England Journal of Medicine* 352 (6), 2005, 533.

32 Van den Akker, O. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». *Human Reproduction Update*, 13 (1), (2007), 53.

33 Van Zyl, L., y col., *op. cit.*, 404.

34 Goleman D., *op. cit.* [Publicación en línea].

3.1. ¿Un negocio en el que todos ganan?

Johnston señala que la utilización de madres de alquiler, en países en vías de desarrollo, se ha incrementado por ser un buen *negocio donde las dos partes implicadas salen ganando* ("a win-win arrangement")⁴¹. Por una parte, las parejas occidentales pueden llegar a tener un hijo relacionado genéticamente con ellos⁴² y, por otra, las mujeres que alquilan sus úteros obtienen unos sustanciosos beneficios económicos. Por ejemplo, en el año 2008, una mujer de la India podía recibir unos 6.000 dólares (que equivale a su salario de varios años)⁴³ y, en el año 2016, la cifra ya ascendía a 8.000 dólares. Mientras tanto, en los Estados Unidos de América, en 1987, una madre de alquiler podría cobrar unos 10.000 dólares más todos los gastos⁴⁴, mientras que, en el año 2016, la cifra ya había ascendido a los 20.000 dólares⁴⁵.

Majumdar⁴⁶ ofrece una visión más negativa de ese "win-win arrangement" manteniendo que se trata de una explotación de las mujeres indias pobres por parejas-clientes extranjeras ricas, clínicas de fecundación in vitro, agentes sin escrúpulos, y un Estado indiferente al drama humano (que convierte a las mujeres en un objeto de consumo y al niño en una mercancía) y permisivo para favorecer los beneficios económicos.

No obstante, la maternidad por subrogación no es un proceso tan beneficioso económicamente como se suele presentar en los medios de comunicación⁴⁷:

41 Esta expresión es muy utilizada cuando se intenta justificar la maternidad subrogada, en el sentido que alguien que dese un niño lo logra y, en cambio, otra persona que necesita dinero lo puede conseguir prestando su útero. Grimberg, E. [Publicación en línea] «The highs and lows of foreign surrogacy» CNN, 29 de marzo de 2012. <<http://edition.cnn.com/2012/03/29/living/sacred-thread-foreign-surrogacy/index.html>> [Consulta: 4/08/2016].

42 "Los futuros padres comparten un supuesto potente y tranquilizador: que las madres de alquiler ganan una suma de dinero que les cambia la vida". Rabinowitz, A. [Publicación en línea] «The surrogacy cycle». *Virginia Quarterly Review* spring, (2016), 70.

43 Johnston, J. «The ethics of outsourcing surrogate motherhood to India». *Medscape J Med* 10 (3), (2008), 52.

44 Goleman D., *op. cit.* [Publicación en línea].

45 Muchos autores indican que si un salario medio americano oscila, en 2016, por unos 40.000 dólares, si ofreses 20.000 dólares a una madre no le cambias radicalmente la vida como si le ofreses los 10.000 a una mujer india. Por ello, consideran más adecuada la segunda opción. Rudrappa y col., *op. cit.*, 950. Quizá en la anterior argumentación falta un dato a considerar y es el hecho de que, muy probablemente, la mujer norteamericana que ceda su cuerpo no se encuentra entre las que reciben un salario medio.

46 Majumdar, A. *op. cit.*, 200.

47 Rabinowitz, A. *op. cit.*, 69-70.

- 1) En muchas ocasiones las madres reciben menos dinero del que se indica. Rudrappa y Collins mantienen que la mayoría de las 70 madres de alquiler que entrevistaron en Bangalore habían ganado 4.000 dólares y no los 7.000 a 8.000 que se indicaban en los medios de comunicación⁴⁸.
- 2) El dinero no es tan efectivo para las madres como se publicitaba ya que al tener que vivir separadas de la familia se generan gastos extras si tienen personas a su atención (menores, ancianos, etc.)
- 3) Hay una desatención de los hijos (principalmente, si son menores) ya que no pueden estar en contacto con ellos por vivir aisladas. Esta situación puede generar nuevos gastos posteriores.

Cuando se hace referencia a los aspectos económicos de la maternidad subrogada hay que considerar no sólo lo que se paga a la mujer portadora, sino también la cuantía de cada una de las técnicas que pueden llevarse a cabo para culminar el proceso de gestación. Es decir, el estudio no puede quedar focalizado únicamente en lo que se paga a la madre receptora, hay toda una serie de procesos que conllevan unas transacciones económicas⁴⁹: donación de esperma, donación de óvulos, atención clínica, diagnóstico preimplantatorio, etc.

Por ejemplo, la transferencia de esperma es relativamente fácil y económica si no se es muy exigente con la "calidad" del esperma. Sin embargo, el almacenamiento y el lavado de esperma es más complejo y, por lo tanto, más caro. En este sentido, si se tienen en consideración las regulaciones federales de Estados Unidos, todos los espermatozoides deben ser almacenados durante al menos seis meses, y el donante tiene que ser sometido a la prueba del VIH, la hepatitis y otras enfermedades⁵⁰. Como indica Smerdon, el mercado mundial de los espermatozoides es un negocio floreciente. Uno de los líderes en el mercado mundial de los espermatozoides es Cryos International Sperm Bank, banco con sede en Dinamarca

48 Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 954.

49 Vid. <<http://www.sensiblesurrogacy.com/surrogacy-success-rates/>> [Consulta: 28/09/2016]

50 Smerdon, U.R., «Crossing bodies, crossing Borders: international surrogacy between the United States and India». *Cumberland Law Review* 39 (1), (2008), 19.

que en el año 2002 exportaba semen a más de cincuenta países y en 2014 a más de 70⁵¹. Cryos inauguró, en el año 2008, un banco de semen en la India y en su página web ofrecía la oferta de "semen de donante de calidad de una amplia selección de grupos étnicos y razas"⁵².

3.2. Consecuencias derivadas del proceso comercial

Como se ha indicado en los párrafos anteriores, la maternidad por subrogación es un negocio, un convenio económico que conlleva algunas consecuencias no deseables. A continuación se indican algunos de esos efectos que cuestionan la admisibilidad ética del proceso:

3.2.1. La pervivencia de un mundo con desigualdades económicas tremendas que llevan a admitir o justificar la explotación de un ser humano

La contribución a la pervivencia de desigualdades económicas, en el ámbito sanitario, se ofrece también en otros supuestos distintos al de la maternidad por subrogación, por ejemplo en el de los trasplantes, "donde grupos de población pobres y vulnerables están dispuestos a poner su salud personal en peligro si con ello reciben una pequeña recompensa económica"⁵³. El estatus socioeconómico del receptor del órgano o de la parejas destinatarias del niño es muy superior al del donante o al de las madres portadoras⁵⁴.

Desde ciertos sectores, entre ellos los feministas, se llamó la atención sobre el riesgo de abusos que puede generar la subrogación sobre la mujer. De hecho, ya en el año 1987 se suscribió un comunicado en este sentido con el argumento de que la comercialización de la paternidad sustituta violaba la Constitución y la dignidad de las mujeres al dar lugar a su explotación, especialmente las más pobres, por las parejas más ricas. "A medida que se desarrolla la tecnología, la 'sustituta' se convierte en una especie de laboratorio de tecnología reproductiva". En resumen, se ha deshumanizado y se ha reducido a un

simple "mercancía" en el "mercado reproductivo". Las firmantes también aportaron el argumento de que la subrogación viola la relación entre una madre y su hijo, reconocido por las constituciones federales y estatales, así como política de estado y las leyes "que prohíben la trata de personas, en particular la compra y venta de bebés y niños"⁵⁵. En esta misma línea, Raymond mantiene que esta técnica habría que denominarla «tráfico reproductivo», ya que crea un tráfico, nacional e internacional, de mujeres en las que éstas se convierten en objetos de intercambio reproductivo, a través de la mediación de intermediarios que sirven, principalmente, al comprador. Además de la cuestión de género aquí se abre también la de discriminación racial por el hecho de que las mujeres de color pueden ser más fáciles de mercantilizar⁵⁶.

Colen introduce el término reproducción estratificada para indicar las estructuras, mantenidas y afianzadas por fuerzas sociales, económicas y políticas⁵⁷ que llevan a cabo las tareas reproductivas de forma diferente según las desigualdades basadas en las jerarquías de clase, raza, etnia, género, lugar en una economía global.

En conclusión, algunos autores⁵⁸ han representado la maternidad por subrogación como una nueva forma de explotación⁵⁹ y acumulación dentro de la globalización neoliberal que, no obstante, deja traslucir un trasfondo neocolonialista. Los sustitutos en la gestación y otras personas, cuya productividad se obtiene principalmente a través de procesos biológicos y afectivos, son convertidos en sujetos de la fuerza de trabajo capitalista⁶⁰. No

55 Sullivan, J.F. [Publicación en línea] «Brief by feminist opposed surrogate parenthood». *The New York Times*, 31 July 1987. <<http://www.nytimes.com/1987/07/31/nyregion/brief-by-feminists-opposes-surrogate-parenthood.html>> [Consulta: 29/07/2016]

56 Smerdon, U.R. *op. cit.*, 51.

57 Colen, S. «Like a mother to them: stratified reproduction and west Indian childcare workers and employers in New York». En: Lewin, E. *Feminist Anthropology*. Blackwell Publishing 2006, 380-96.

58 Vora, K. "Limits of labor: accounting for affect and the biological in transnational surrogacy and service work". *The South Atlantic Quarterly* 111 (4), (2012), 681-700.

59 Stephenson, C. «Reproductive outsourcing to India: WTO obligations in the absence of US National legislation». *Journal of World Trade* 43 (1), (2009), 191.

60 Una muestra de esta mentalidad es cuando se les pregunta a unos padres norteamericanos si se van a reunir con la madre portadora y responden que no porque a esas mujeres se les paga y no hay razón para que se tenga que interactuar con ellas. "Se les paga, tenemos el resultado que queremos y ya está". Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 953.

51 <<https://dk.cryosinternational.com/>> [Consulta: 28/07/2016].

52 Smerdon, U.R., *op. cit.*, 19.

53 Helble, M. *op. cit.*, 70. Brecher, B. «Buying human kidneys: autonomy, commodity and power». *Journal of Medical Ethics* 17, (1991), 99.

54 Van den Akker, O. *op. cit.*, 57.

obstante, esta visión no es la mantenida por sectores implicados en el proceso de subrogación, como pueden ser las propias clínicas de infertilidad, que se postulan a sí mismas como empresas sociales. Es decir, se presentan como adalides de un capitalismo ético que mejora las desigualdades resultantes de la infertilidad del primer mundo y la pobreza del tercer mundo⁶¹.

3.2.2. La explotación de un ser humano especialmente vulnerable

Ya se ha comentado que la madre sustituta puede tener distintas motivaciones para involucrarse en el proceso. En cualquier caso, y obviando la valoración ética de la maternidad por subrogación, se tendrá que partir del principio del respeto a la autonomía de la portadora. En este marco hay que considerar que la desconfianza⁶² que se establece sobre las madres portadoras, por si daña al feto, por si se escapa con el niño, etc., genera un especial estado de vulnerabilidad controlado por unos férreos contratos y la constante vigilancia de médicos, mediadores y clínicas que las supervisan para no perder a su "gallina de los huevos de oro".

De ahí que el consentimiento informado sea un elemento imprescindible en cualquier proceso de subrogación. Un consentimiento que no se limite a servir como elemento de disuasión para posibles demandas, sino que sea una verdadera salvaguarda para la portadora y deje constancia de la motivación de la mujer, de su libre decisión, de que ha sido bien informada, etc. Hay muchas voces que alertan sobre la deficiencia del consentimiento. Por ejemplo, en un estudio realizado sobre entrevistas a 70 mujeres portadoras de Bangalore (India) se llega a la conclusión de que "la divulgación médica y consentimiento informado estaban ausentes; ninguna de las madres sustitutas entrevistadas había recibido información sobre los tipos de intervenciones médicas que eventualmente iban a sufrir. Tampoco habían recibido información sobre los riesgos de salud involucrados en la hiperestimulación hormonal repetida. Muchas mujeres no eran conscientes de que se podría realizar cirugía de

cesárea en las semanas 36 a 38 de gestación. Es un hecho que, a pesar de que casi todas ellas habían alumbrado a sus propios hijos por vía vaginal, una mayoría de las madres sustitutas entrevistadas se sometió a cirugías de cesárea. Finalmente, ninguna de las madres sustitutas entrevistadas había recibido atención postnatal de las agencias que las contratan»⁶³.

El consentimiento ofrece elementos para determinar el grado de libertad de la mujer. Por ejemplo, se puede pensar que la autonomía de una mujer de un país de bajos ingresos, y con una necesidad económica real, se expresa a partir de un espacio de desesperación y, por lo tanto, de vulnerabilidad⁶⁴. De ahí que, en el consentimiento informado, habrá que tener en cuenta aquellos factores que puedan debilitar la libertad de la portadora. En el caso de una mujer de la India será necesario ponderar educación, casta, grado de sometimiento a la autoridad médica, susceptibilidad al neocolonialismo, etc.⁶⁵. En este sentido, se puede imaginar a una menor india que es obligada por su padre a ceder su útero para albergar al hijo de una pareja de europeos o norteamericanos. Es sabido que la maternidad en una menor tiene, por sí misma, unas consecuencias en su desarrollo personal, más aún si no es algo querido o deseado. Pues bien, la menor de nuestro ejemplo sirve para evidenciar la desprotección a la que queda sometido un sector de población altamente vulnerable bien por cuestiones económicas o/y por coacciones familiares. Para solventar estos problemas, o al menos paliarlos en alguna medida, se proponen distintas estrategias en orden a proteger a las madres portadoras: una regulación internacional, una fijación de precios, etc. De todas formas, estas medidas intentan paliar abusos pero parten de la aceptación de la propia subrogación proponiendo un cierto tipo de "comercio justo de madres de alquiler"⁶⁶. Un argumento que se ha esgrimido, en gran medida para esquivar reparos en cuanto al abuso sobre la mujer portadora, es el de considerar que es un proceso en el que se alquila un útero, contemplando éste como independiente del ser

61 Ibid.

62 Majumdar, A. *op. cit.*, 204.

63 Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 945-6.

64 Deonandan, R. *op. cit.*, 114.

65 Deonandan, R. y cols., *op. cit.*, 742.

66 Humbyrd, C. «Fair trade international surrogacy». *Developing World Bioethics* 9 (3), (2009), 111-8.

de la mujer. De ahí que la pareja de *puesta en marcha tenga todos los derechos de alquiler sobre el útero que el contrato establezca, incluso el aborto*⁶⁷.

Seguimos con la protagonista de nuestro ejemplo de máxima vulnerabilidad, la menor pobre en una sociedad homopatriarcal. Sobre esta joven todavía pesa otro factor, el hecho de que no toda mujer puede soportar psicológicamente ser madre de alquiler. Esto se pone en evidencia en el trabajo de Lorenceau que mide el tipo de mujer, haciendo referencia al caso de ceder el útero de forma altruista, que puede soportar mejor el proceso de subrogación. Llega a la conclusión de que debe ser una mujer más clara y firme que las promedio, más contenida y con menor tendencia a la ansiedad. Incluso se la identifica con los estereotipos masculinos de asertividad y competencia⁶⁸. Sin duda, estos no son los rasgos que representan a una joven india.

Otra cuestión a tener en consideración en este apartado, dedicado a la vulnerabilidad de la madre portadora, es el de las consecuencias a medio y largo plazo del proceso de gestación que deben ser atendidos por seguros. Los problemas derivados de la fertilidad como son cesáreas (en muchas ocasiones es una obligación prevista contractualmente)⁶⁹, cicatrices problemáticas, depresión postparto, etc. y otros problemas propios de la maternidad por subrogación, como los emocionales derivados de la separación postparto del niño, del aislamiento o rechazo de su entorno familiar⁷⁰ o social⁷¹, deberán ser atendidos sin suponer un gravamen para la portadora. Sería una verdadera irresponsabilidad dejar a una mujer pobre y sin recursos con un problema de salud al que no sepa o pueda atender. Por supuesto, también se debe establecer un seguro obligatorio de vida en caso de muerte de la mujer portadora.

67 Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 406.

68 Lorenceau, E.S., Mazzucca, L., Tisseron, S., Pizitz, T.D. «A cross-cultural study on surrogate mother's empathy and maternal-foetal attachment». *Women and Birth* 28, (2015), 155.

69 Casciano, A. *La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizada*. Trabajo Fin de Master en Derechos Humanos y Garantías Constitucionales. Universidad de Navarra, defendido en junio de 2016.

70 "Es posible que la comunidad de una madre sustituta, cónyuge o familiares puedan oponerse a que ella lleve al hijo de un hombre que no sea su marido o que sea el hijo de una pareja homosexual". Deonandan, R. y cols., *op. cit.*, 742-3.

71 Deonandan, R. *op. cit.*, 114.

Se ha indicado que el vínculo que la madre de alquiler puede ir adquiriendo con el feto que se desarrolla en su cuerpo es otro factor a considerar. Sin embargo, este hecho es actualmente bastante cuestionado en distintos estudios. Hay trabajos que indican que este vínculo es más propio de películas y de noticias sensacionalistas que una auténtica realidad. Así, por ejemplo, Teman proporciona el dato de que en el 99% de los casos de maternidad por subrogación no hay problema de vinculación de la portadora con el niño y que sólo el 1% de los supuestos termina en batalla judicial⁷². Jadve y col. también llegan a la conclusión, después de entrevistar a 34 mujeres que habían llevado en su útero a niños de otras parejas, que éstas no parecen experimentar problemas psicológicos como resultado del acuerdo de subrogación. Y que cuando estos se presentan son fácilmente superados con el tiempo⁷³.

En los párrafos anteriores se han aportado comentarios sobre la posible explotación de la madre portadora. Sin embargo, en la bibliografía también se encuentra otra visión, la que parte del hecho de que aunque pueda existir algún tipo de explotación, el proceso por sí mismo puede aportar beneficios a la mujer por su carácter liberador. Esta cuestión es abordada en otro apartado pero, no obstante, se considera conveniente realizar una breve referencia. Las agencias, las clínicas implicadas en el proceso y muchos padres destinatarios aluden a que la maternidad por subrogación beneficia a la portadora porque le ayuda a liberarse de yugos económicos, patriarcales, etc. y le permiten comenzar nuevos proyectos a partir del dinero logrado⁷⁴. Al mismo tiempo, se alude a que estos procesos facilitan a mujeres de países poco desarrollados o de culturas homopatriarcales acceder a los denominados "derechos reproductivos". Este mensaje ayuda a justificar la transacción económica a la mujeres portadoras por parte de las clínicas y agentes

72 Teman, E., *op. cit.*, 1104.

73 Jadva, V., Murray, C., Lycett, E., MacCallun, F., Golombok, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». *Human Reproduction* 18 (10), (2003), 2196-2204.

74 Rudrappa y Collins llegan a la conclusión de que el dinero recibido no logra transformar la vida de las mujeres portadoras, ayudan para cubrir deudas y adquirir bienes de consumo pero que el dinero no se suele aprovechar para una nueva vida y que se volatiliza muy pronto. Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 954.

mediadores, y los problemas morales por parte de los padres contratantes⁷⁵.

En este apartado no se puede olvidar a los solicitantes de la maternidad por subrogación. Son personas también altamente vulnerables porque llevan el lastre de una infecundidad, el deseo de una paternidad o maternidad realizada, etc. Para cumplir sus sueños encuentran con páginas web atractivas en las que hablan de éxito, de facilidades, de experiencias,... La combinación del deseo con éxito lleva a muchas personas a adquirir grandes deudas en unas aventuras que no tienen un resultado garantizado⁷⁶ y que, por otra parte, puede encontrarse lastrada por problemas legales y vivenciales.

Cuando más vulnerable es un ser humano necesita un entorno más favorable desde el plano ético. Una mujer, que necesita dinero y ofrece su útero para llevar el hijo de otra pareja, se encuentra en un especial estado de vulnerabilidad y requiere de una especial protección que difícilmente es ofrecida por la ley del mercado o de la ética empresarial⁷⁷. Si la portadora no está suficientemente protegida puede verse sometida a abusos con tintes de explotación humana.

3.2.3. El fomento de una cultura que asume que un hijo, un hijo verdadero, es aquel que tiene una relación genética con su progenitor

Spar estudia las motivaciones que llevan a una pareja a utilizar la subrogación. Parte del hecho que los que recurren a este proceso no lo contemplan como una actividad comercial. Las motivaciones que señala son tres: el deseo de un niño relacionado genéticamente con ellos, la incapacidad de producirlo de forma natural y la voluntad y medios para lograr dicho objetivo⁷⁸. Sin embargo, que no contemplan la faceta comercial no lleva consigo que esta no exista.

3.2.4. La procreación se somete a la mentalidad industrial

Otra cuestión relacionada con el hijo y la economía es que, en la maternidad por subrogación, se aplica a éste la mentalidad de la producción industrial. Como señala Rudrappa, en un proceso de subrogación en la India, los óvulos pueden obtenerse de las mujeres blancas en la República de Georgia o de Sudáfrica si los padres desean tener hijos racialmente blancos, los espermatozoides pueden ser enviados desde los Estados Unidos, y los embriones producidos se implantan en las madres de alquiler de la India que representan los más bajos costos para futuros padres en cualquier lugar en el mundo⁷⁹.

3.2.5. Un cambio en la forma de entender la familia

La subrogación construye familias a través del mercado, lo que podría llevar a considerar que las familias son construcciones sociales: pueden existir varias madres (genética, portadora, social), se quiebra el proyecto natural de relación materno-filial⁸⁰, etc. En este marco, hay que contemplar las distintas corrientes feministas que mantienen que la maternidad subrogada supone una forma de liberar a la mujer de la biología⁸¹, de abrir posibilidades a nuevas formas de familia y, en última instancia, a abrazar mayores cotas de libertad.

Otra cuestión a considerar es la situación en la que queda la premisa, ampliamente aceptada en los países occidentales, que sostiene que los padres tienen unos deberes con sus hijos, que tienen la obligación moral de cuidar de su descendencia. Cabría preguntar hasta qué punto somos conscientes de que con la maternidad subrogada se establecen ciertas relaciones familiares como irrelevantes moralmente, abriendo paso a la primacía de acuerdos mutuos establecidos y conferidos por consenso social. Van Zyl y col. llaman la atención de que si se acepta la separación de la paternidad (como una relación enraizada en la biología) y los derechos y obligaciones parentales (como una relación basada en acuerdos voluntarios), ya no se podría exigir a un padre

75 Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 948-50.

76 Deonandan, R. *op. cit.*, 114.

77 Pellegrino, E.D., *op. cit.* 254.

78 Spar D., *op. cit.*, 531.

79 Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 940.

80 Teman, E. *op. cit.*, 1105.

81 Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 404.

que asumiera sus obligaciones si él nunca dio su consentimiento para serlo⁸².

En este marco también hay que considerar lo que puede suponer a una familia con hijos la situación de un embarazo de la madre que, en principio, puede ser contemplado como la llegada de un nuevo integrante a la familia ("un nuevo hermano") que, más tarde, pasa a convertirse en un alguien ("ajeno al entorno familiar") donado a otra familia. Ese conocimiento y seguimiento o desarraigo posterior puede tener una gran influencia en la estabilidad familiar⁸³.

3.2.6. La obtención de un hijo mediante un contrato

Se trata de un contrato en el que hay unas cláusulas que aseguran que la pareja receptora va a pagar las cuotas establecidas y que, por su parte, la madre portadora se compromete a cuidar del niño mientras se desarrolla en su seno y que después lo va a entregar sin más problemas⁸⁴. En este marco es fácil que se produzca una cosificación del nuevo ser. De ahí que se haya llegado a identificar a la madre portadora con una "incubadora humana" y al niño como a un "producto que no guarda relación con ella". Van Zyl pone un ejemplo para ilustrar esta situación: "Si vendo los derechos de propiedad de mi coche, ya no es mi coche. Pero si vendo o pierdo los derechos parentales el niño continúa siendo mi hijo, aunque he dejado de actuar como su padre"⁸⁵.

En este apartado también se puede apreciar como la medicina reproductiva se asimila a un producto de consumo dentro de lo que se ha denominado "medicina del deseo" y la concepción de un hijo, por cualquier método o técnica, se convierte en un derecho del mismo rango que, por ejemplo, la aplicación del botox para eliminar las arrugas de la cara⁸⁶.

⁸² Ibid., 406.

⁸³ Van den Akker, O. *op. cit.*, 57.

⁸⁴ En un estudio se ha determinado que si las cláusulas se cumplen correctamente el bienestar psicológico y la adaptación a la paternidad por los padres y madres es, incluso, mayor que cuando la concepción natural (la muestra fue de 42 procesos de madre de alquiler). Golombok, S., Murray, C., Jadv, V., MacCallum, F., Lycett, E. «Families created through surrogacy arrangements: parent-child relationships in the 1st year of life». *Developmental Psychology* 40 (3), (2004), 400-11.

⁸⁵ Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 406.

⁸⁶ Spar, D., *op. cit.*, 531.

La estabilidad de las clínicas de fecundación artificial depende de sus tasas de éxito y de los contratos que tienen que cumplir. De ahí que la mercantilización y deshumanización del proceso sean frecuentes en aras del resultado final. Es conocido que el éxito de la fecundación in vitro no es del 100%. Por ejemplo, en los Estados Unidos, según los datos ofrecidos por los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades en el año 2009, el 22,4% de todos los ciclos de fertilización in vitro (que incluye la subrogación) dieron lugar a nacimientos vivos. Estas cifras muestran que las tasas de fracaso en madres de alquiler son muy altas. Los especialistas en infertilidad pueden aumentar las probabilidades mediante el uso de óvulos de las mujeres más jóvenes y espermatozoides sanos, y la implantación de embriones en mujeres que están en edad ideal de fertilidad. Sin embargo, incluso estas medidas no garantizan un embarazo, y mucho menos un nacimiento con éxito. Por esa razón, de las entrevistas realizadas en el trabajo de Rudrappa y Collins⁸⁷ se desprende que "muchos especialistas en infertilidad en la India contratan de forma rutinaria dos madres de alquiler para cada cliente. Además, se suele implantar a cada mujer con cuatro embriones. Esta implantación masiva puede no tener resultados favorables o, por el contrario, puede favorecer el desarrollo de más de un embrión. En este último caso, las mujeres se pueden ver obligadas a someterse a lo que los médicos, y los clientes, denominan eufemísticamente como procedimientos de 'reducción fetal' para lograr un 'resultado óptimo', que puede ser uno o dos fetos viables en la madre sustituta". Como se desprende de lo comentado, "los médicos de infertilidad y los clientes, y no las madres de alquiler, deciden los resultados óptimos de nacimiento". Las autoras afirman que en algunos casos, "los padres-clientes vuelven a casa con dos o tres hijos a cargo de dos madres de alquiler diferentes".

Antes de continuar hay que indicar que no todos los autores están de acuerdo con los planteamientos expuestos en los párrafos anteriores, algunos los estiman exagerados o fuera de lugar ya que, de la forma de ser gestado, no tendría por qué derivarse ningún mal para el nuevo ser. De esa forma, señalan que no hay

⁸⁷ Rudrappa, S. y col., *op. cit.*, 945.

evidencia que sugiera que la subrogación sea perjudicial para los niños o que ésta suponga necesariamente una mercantilización o degradación de ellos⁸⁸.

Para terminar este apartado voy a recurrir a un texto de Rabinowitz, cuando hace referencia a la ciudad india de Ullhasnagar⁸⁹, indica que es conocida *porque se hacen cosas. La ciudad es famosa por hacer imitaciones baratas de los pantalones vaqueros americanos, y por hacer bebés de encargo a mujeres que no saben leer ni escribir, pero que pueden quedar embarazadas, y son capaces de hacerlo por dinero.*

3.2.7. La creación de una estructura que se mantiene y se desarrolla a costa de la maternidad subrogada (familias, clínicas, pueblos, etc.)

Una de las manifestaciones del proceso de beneficio económico, estructurado alrededor de la maternidad subrogada, es el denominado "turismo reproductivo"⁹⁰, fenómeno organizado alrededor de las personas que atraviesan fronteras internacionales para acceder a las tecnologías reproductivas⁹¹. Un mercado global que mueve mucho dinero y que, por otra parte, se ha desarrollado con pocos controles. Esta situación ha motivado que aquellos que tienen menor poder de negociación – las mujeres, los niños, los padres – sean los que más sufran de las consecuencias de ese mercado libre⁹². Los pocos controles también han conducido a una opacidad en los datos que se ofrecen sobre ese mercado. Autores que han estudiado el caso de la India llaman la atención sobre la falta de cifras oficiales de pacientes y también sobre la renuencia, por parte de las clínicas, a abrir sus datos de pacientes para realizar análisis estadísticos. De ahí que muchos de los datos se tienen que obtener de las mediciones aproximadas de la utilización de los servicios internacionales⁹³.

88 Van Zyl, L. y col.. *op.cit.* 404.

89 Rabinowitz, A. *op. cit.*, 68.

90 Turismo que no se circunscribe solo a la subrogación al acoger otra serie de procesos: "alemanes que adquieren la donación de óvulos en España, lesbianas australianas que buscan esperma seguro en el extranjero", etc. Spar, D. *op. cit.*, 531.

91 Deonandan, R. *op. cit.*, 111.

92 Se ha utilizado el término "exilio reproductivo" para denominar a aquellos ciudadanos que van a otro país para una maternidad subrogada al verse esta prohibida, o limitada, en su propio país. Inhorn, M.C., Patrizio, P. «Rethinking reproductive 'tourism' as reproductive 'exile'». *Fertility and Sterility* 92 (3), (2009), 904-6.

93 Deonandan, R., Loncar, M., Rahman, P., Omar, S. «Measuring reproductive tourism through an analysis of Indian ART clinic Websites». *International Journal of General Medicine* 5, (2012), 772.

Volvamos al ejemplo paradigmático de la India. Se podría pensar que la estructura comercial desarrollada alrededor del turismo reproductivo es fruto de una serie de casualidades. Smerdon señala que esto no es así y comenta que en el año 2002, la Confederación de la Industria India (CII), una organización no lucrativa de comercio, y los consultores de gestión internacional McKinsey & Company publicaron un estudio del potencial de la India para el sector del turismo médico. En 2003, el ministro de Finanzas de la India, Jaswant Singh, estableció un programa para convertir a la India en un "destino global de la salud", contando con medidas para facilitar una industria del turismo médico, incluyendo mejoras en las infraestructuras, como por ejemplo en el aeropuerto⁹⁴. Para favorecer ese turismo reproductivo no solo se establecieron mejoras en las infraestructuras, sino que también se fijaron otras series de medidas como incentivos financieros a clínicas y ampliación de permisos de estancia en el país para los "pacientes"⁹⁵. Con estas premisas se han elaborado propuestas conjuntas entre compañías de turismo y clínicas ofreciendo interesantes paquetes turísticos.

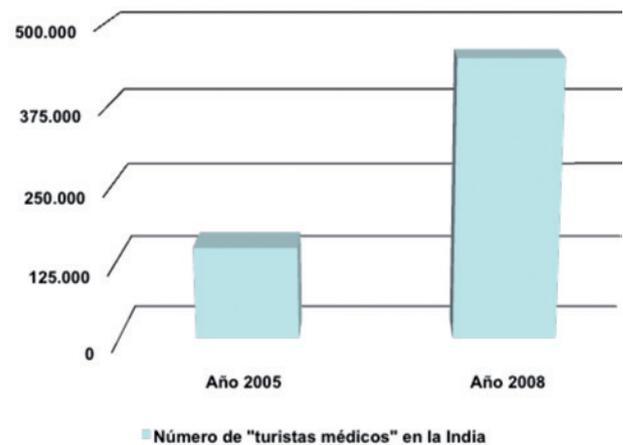


Figura 1

Número de extranjeros que se desplazaron a la India para recibir tratamiento médico en los años 2005 y 2008. Datos de la Confederación de la Industria India⁹⁶.

94 Smerdon, U.R. *op. cit.*, 23.

95 Mulay, S., Gibson, E. «Marketing of assisted human reproduction and the Indian state». *Development* 49, (2006), 84-93.

96 Smerdon, U.R. *op. cit.*, 23.

Los tratamientos médicos para extranjeros se han convertido en un gran negocio en la India. El valor de operación que ha generado la maternidad por subrogación en la India se estimaba que ascendía a 20 mil millones de rupias (250 millones de libras) al año en 2006 y alcanzaba los 303 millones de libras en 2013⁹⁷, con cerca de 3.000 clínicas de fertilidad⁹⁸. El aumento de las solicitudes de gestación subrogada desde el extranjero se ha visto favorecida por los costos relativamente baratos que se ofrecen en ese país. En Gran Bretaña, un ciclo de fecundación in vitro cuesta cinco veces más que en la India. Una pareja estadounidense que opta por la maternidad por subrogación puede llegar a ahorrar 2,5 millones de rupias (31.000 libras) si se desplaza a la India⁹⁹.



Figura 2

Comparación del costo de un proceso de subrogación en los Estados Unidos de América e India (año 2008)¹⁰⁰

Actualmente, a la India le están surgiendo competidores en la oferta de subrogación como Tailandia, Ucrania, México, Nepal o Georgia. Algunos de ellos a precios muy competitivos.

US -	\$100,000 (£60,000)
India -	\$47,350
Thailand -	\$52,000
Ukraine -	\$49,950
Georgia -	\$49,950
México -	\$45,000

Tabla I

Precio medio de una maternidad por subrogación en distintos países. Datos facilitados por Families Through Surrogacy y publicados en BBC News el 6 de agosto de 2014¹⁰¹.

En este apartado dedicado a las estructuras que se desarrollan alrededor de la maternidad subrogada hay que hacer mención a los medios de comunicación y, en especial, a internet¹⁰². Esta última plataforma favorece el desarrollo del mercado de las empresas, beneficiando el turismo médico al ofrecer información rápida y directa a personas interesadas de cualquier rincón del mundo. Un aspecto a considerar es que los sitios web tienen intereses con las clínicas o con sectores que se aprovechan económicamente de la maternidad subrogada, de ahí que potencien mucho los beneficios y facilidades del proceso y suelen omitir¹⁰³ los fallos técnicos (problemas en la implantación o desarrollo del embrión); emocionales (derivados de lo que va a significar para la portadora o los destinatarios del niño); o legales (cuestiones derivadas de la legislación propia del país de origen de los padres receptores).

En los párrafos anteriores se ha hecho referencia a las estructuras que se mantienen o prosperan a expensas de la maternidad subrogada. Esas estructuras tienen una clara repercusión en los países en los que operan, llegan-

⁹⁷ Deonandan, R. *op. cit.*, 111.

⁹⁸ Bhalla, N. Thapliyal, M. [Publicación en línea] «Foreigners are flocking to India to rent wombs and grow surrogate babies». *Center for genetics and society*. 30 sep 2013. <<http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=7191>> [Consulta: 29/7/2016]; Rudrapa, *op. cit.*, 940.

⁹⁹ Ramesh, R. [Publicación en línea] «British couples desperate for children travel to India in search of surrogates». *The Guardian*, 20 march 2006 <<https://www.theguardian.com/world/2006/mar/20/health.topstories3>> [Consulta: 29/7/2016].

¹⁰⁰ Smerdon, U.R. *op. cit.*, 32.

¹⁰¹ Cheung, H. [Publicación en línea] «Surrogate babies: where can you have them, and is it legal?» *BBC News*, 6 de agosto de 2014. <<http://www.bbc.com/news/world-28679020>> [Consulta: 1/08/2016].

¹⁰² No obstante, no hay que olvidar a todo el engranaje de comunicación desarrollado por las propias clínicas de subrogación. Es muy llamativo que se ofrezca una imagen tan idílica y altruista de todo el proceso, incluso de las madres portadoras, cuando, en muchas ocasiones, el control establecido por las agencias dificulta la relación entre la madre portadora y la destinataria. Rudrapa, S. y col., *op. cit.*, 946-8.

¹⁰³ Smerdon, U.R. *op. cit.*, 31.

do a afectar la economía y las costumbres. De ahí que se considere oportuno enumerar los riesgos que supone el turismo procreativo, tanto para los países de origen como para los de destino.

Riesgos para el país de origen

Los riesgos pueden ser tanto de tipo jurídico como económico. En los de ámbito jurídico hay que considerar el posible cambio de sistema de valores del país. Por ejemplo, si en un Estado no se permite la maternidad por subrogación habrá que contemplar como después acepta y asimila la situación de aquellos ciudadanos que vian a otro país para lograr un hijo mediante este proceso. La admisión de los ciudadanos cuando retornan del extranjero, habiendo llevado a cabo una violación de la legislación, puede representar una aprobación tácita del acto infractor¹⁰⁴ que, al mismo tiempo, puede convertirse en el *caballo de Troya que haga modificar la ley por hechos consumados*. Con esta situación se produce, al mismo tiempo, un riesgo para la estabilidad del sistema de valores del citado país. También hay que considerar los casos de negligencia en el extranjero que después tienen que ser resueltos en el país de origen, situación que puede incomodar a los profesionales sanitarios y llegar a tener consecuencias en la relación de confianza que debe existir en la atención sanitaria¹⁰⁵.

En cuanto a la cuestión económica, la maternidad subrogada en otro país supone un capital que se va al extranjero. Esta situación lleva consigo, a corto plazo, una pérdida de ingresos y, a largo plazo, una menor posibilidad de desarrollo de infraestructuras sanitarias. Hay que tener en consideración el hecho de que las compañías de seguros ya se han percatado del negocio que hay detrás del turismo sanitario y, ante la posibilidad de perder una cuota de mercado, han decidido intervenir ofreciendo pólizas con este servicio, incluso con coberturas con una menor prima que si se disfrutaban en el país de origen¹⁰⁶.

En líneas generales, no considerando solo el turismo reproductivo, se estima que la proliferación de los viajes médicos a países extranjeros podría dar lugar a una expansión y modernización de los establecimientos sanitarios de los países receptores, mientras que podría suponer una contracción en aquellos de origen¹⁰⁷.

Riesgos para el país de destino

En este caso también hay que contemplar los riesgos financieros, legales y de valores. En cuanto al aspecto económico, los ciudadanos del país de destino sufragan las infraestructuras con sus impuestos, también con ellos pueden estar sustentando la formación de sus equipos sanitarios y, en cambio, serán las personas extranjeras las más beneficiadas de todo ello. Esta tendencia no es inocua ya que puede conducir a los países en desarrollo a hacer hincapié en la atención terciaria de tecnología intensiva para los extranjeros a expensas de la atención básica de la salud de sus ciudadanos¹⁰⁸. También esta desviación de profesionales sanitarios puede sufrir una derivación hacia el sector privado, más lucrativo, dejando el sector público más desatendido o con profesionales menos competentes¹⁰⁹. Es cierto que los "turistas" dejarán unos beneficios en las clínicas y otros servicios pero no queda claro quien es el beneficiario directo de ello. De esta forma, hay países en los que sus estructuras sanitarias son deficientes y no llegan a cubrir las necesidades de su población y, en cambio, tienen centros sanitarios de alta cualificación técnica para el disfrute de una población foránea. Unos centros y atenciones sanitarias de mucha calidad pero no accesible para la población local¹¹⁰.

En cuanto a la cuestión legal y de valores hay que señalar lo mismo que en el punto anterior. Los hechos e intereses llevan a nuevos planteamientos legales y éstos a situaciones que pueden influir en los valores de la población. Unos valores que, en muchas ocasiones, son modificados de forma más rápida o abrupta de la que

104 Deonandan, R. *op. cit.*, 113.

105 Helble, M. *op. cit.*, 70.

106 *Ibid.*, 70.

107 Amato, P. y cols. «Cross-border reproductive care: a committee opinion». *Fertility and Sterility* 100 (3), (2013), 645-50.

108 Ramírez de Arellano, A. *op. cit.*, 193-8.

109 Amato, P. *op. cit.*, 645-50.

110 Helble, M. *op. cit.*, 70.

sería conveniente para su aceptable asimilación para la población. Deonandan señala el caso de las madres por subrogación indias, mujeres de pueblo altamente conservadoras, que llevan hijos para parejas del mismo sexo¹¹¹. Mujeres que consideran que lo que están haciendo está mal, mujeres que saben que su entorno piensa que eso está mal y que, incluso, puede llevarlas al rechazo o marginación¹¹².

3.2.8. El difícil equilibrio de los conflictos de intereses

La maternidad por subrogación es un proceso en el que, en ocasiones, es difícil distinguir si prima lo sanitario o lo económico¹¹³. Por ejemplo, la clínica representa tanto al cliente pagador como al sustituto pagado¹¹⁴. En el conflicto de intereses hay que considerar al cliente, a su cónyuge, a la madre sustituta, a su cónyuge, al niño que resulta del proceso, a la clínica que ofrece el servicio, a los intermediarios turísticos, a los intereses del país de acogida, etc.

Un ejemplo que puede resultar ilustrativo es el del conflicto cuando se produce un problema de salud en la madre de acogida. La clínica y los intermediarios han recibido una gran cantidad de dinero de la pareja que se ha desplazado de otro país y que quiere recoger a su hijo. En el supuesto de riesgo para la mujer portadora, el interés económico puede ser tan intenso que haga fluctuar el ponderado equilibrio de la relación sanitaria decantándose por el predominio de criterios económicos a los sanitarios.

Deonandan¹¹⁵ se plantea si, en un conflicto en maternidad subrogada, la ética en juego es la de los negocios y no la médica. También se cuestiona si, en estos casos, la clínica cambia su papel fundamental, que es el bien del paciente, por otro de árbitro de un proceso comercial.

111 Deonandan, R. *op. cit.*, 114.

112 Majumdar, A. *op. cit.* 211.

113 Algo cada vez más frecuente en el ámbito sanitario, aunque no hay que olvidar que es una situación que siempre ha estado presente en la historia de la medicina. Por ejemplo, en la República de Platón, Sócrates pregunta a Trasímaco sobre si el médico "¿es por ventura negociante, o bien curador de los enfermos?" La respuesta es rotunda: "¡Curador de los enfermos!". Platón. *La República*, El Cid Editor, Santa Fe (Argentina), 2004; 119.

114 Deonandan, R. y cols., *op. cit.*, 744.

115 *Ibid.*, 744.

Al tratar sobre los conflictos de intereses también hay que considerar aquellos que pueden hacer que cierta parte de la población quede más desprotegida o se pueda abusar de ella, por ejemplo, mujeres pobres. Si el Estado protege a esa población puede perder cuota de mercado en ese turismo reproductivo¹¹⁶. Esta discusión se suscitó en la India cuando se puso de manifiesto la necesidad de regular el sector para evitar la explotación de muchas mujeres pobres. Ante esta posibilidad se oyeron voces que indicaban lo siguiente: "si la nueva ley endurece las normas, según lo sugerido por el Ministerio del Interior (...), tendrá un claro impacto en el industria y reducirá el número de clientes procedentes del extranjero"¹¹⁷.

4. ALTERNATIVAS A LA MATERNIDAD SUBROGADA

Cabría plantear si hay alternativas a la maternidad por subrogación. Considero que sí que las hay.

4.1. Ganancia económica vs. ganancia en humanidad

La primera alternativa es un cambio en los esquemas de valores, dando primacía al bien de la persona sobre las cosas y los deseos. En este apartado, la primera cuestión a tratar es la consideración de que todos los implicados salen ganando. Creo que es una afirmación que ha funcionado bien en los medios de comunicación pero que no se corresponde con la realidad. En todo caso las ganancias económicas de unos no tienen la misma entidad que las pérdidas en humanidad de otros: de los que cosifican a otros seres humanos en beneficio propio; de los que llevan a plantear que un hijo lo es más si hay alguna coincidencia genética; y de las que pierden su infancia, su juventud o viven un periodo de su vida autoengañándose. En este sentido, en algunos estudios, se indica que es preciso que la madre de alquiler se engañe a sí misma para poder soportar la entrega final

116 Hay mucha disparidad en los datos sobre lo que supone la atención sanitaria en el extranjero. Pero para tener una idea de la cifras que se barajan se ofrece el dato aportado por el *Ethics Committee of American Society for Reproductive Medicine*: 60.000 millones de dólares en 2006 con una expectativa de crecimiento anual mundial del 20%. Amato, P. *op. cit.* 645-50.

117 Bhalla, N. *op. cit.*

del niño o no establecer lazos emotivos con él durante el periodo de desarrollo. Este autoengaño evidencia que la mujer no está ganando, sino que está violentándose y sojuzgando temporalmente su propio desarrollo personal. Por otra parte, ese engaño puede generar posteriormente dolor, angustia y alienación¹¹⁸.

Otro aspecto a considerar es que se están incluyendo a mujeres, o a sus úteros, en transacciones económicas y aplicándoles las mismas premisas que otros artículos de compra-venta. Más aún, el proceso económico transfronterizo de las madres de alquiler no está regulado internacionalmente y se desarrolla según las legislaciones nacionales, de los países donde se efectúa el proceso y de los que, posteriormente, acogen al nuevo ser. De ahí que ese intercambio de dinero por los servicios a través de fronteras internacionales implique a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y que los países tengan que permitir el libre comercio de maternidad transfronteriza si así lo establecen los acuerdos¹¹⁹.

En conclusión, hay todo un entramado económico alrededor de la maternidad subrogada. Un negocio que en los países en vías de desarrollo comienza en las multinacionales de la fecundación artificial y termina en mujeres que son reclutadas para que, a su vez, recluten a otras para que presten su cuerpo para el desarrollo de bebés de parejas extranjeras. Rabinowitz presenta el caso de Sonali, una mujer india que estaba pensando en hacer una segunda subrogación. "Ella también estaba reclutando nuevas madres de alquiler y donantes de óvulos para Padma, el vecino que la había reclutado en 2009. Padma, a su vez, lleva a las mujeres a un profesional de la maternidad de alquiler de Mumbai, el Dr. Meenakshi Puranik, a quien las mujeres llaman 'Señora', como las criadas llaman a sus empleadoras"¹²⁰. Entre 2010 y 2014, Padma mantiene que reclutó a unas veinticinco madres de alquiler que dieron a luz bebés, y a otras tantas donantes de óvulos, algunas de los cuales donaron tres o cuatro veces.

4.2. Facilitar la adopción

Hay una cuestión que suele generar reticencias cuando se pretende abordarla en profundidad: me refiero a la adopción. Sin duda, detrás de la adopción también hay un mercado encubierto con numerosos beneficiarios. Sin embargo, el planteamiento es muy distinto al de la subrogación. Una vez expuesta esta premisa hay que señalar que el desarrollo de la adopción se encuentra con dos problemas: las trabas legales, y ser considerada la última opción por las parejas infértiles.

La existencia de trabas legales está justificada si están orientadas al beneficio de los menores, para asegurar elementos de protección de la infancia. Sin embargo, el hecho de que los procesos de adopción se dilaten en el tiempo no benefician a los menores que necesitan una familia y que, en muchas ocasiones, están hacinados en centros en los que no son bien atendidos. Tampoco se ve favorecida la adopción por los constantes procesos de revisión temporal de los casos y por el doloroso y, con cierta frecuencia, humillante cuestionamiento social¹²¹. Así, en ciertos países piensan que se llevan sus niños para experimentar o abusar de ellos y, en el propio país, supone la evidencia palpable de la infertilidad. De estas premisas se desprende que puede ser más fácil, seguro y, en ocasiones, más económico, alquilar un útero que adoptar. La subrogación proporcionará un hijo con relación genética con alguno de los miembros de la pareja, no habrá seguimientos ni reclamaciones posteriores e, incluso, ofrece la posibilidad de camuflar como un embarazo propio. Por otra parte, los tratados internacionales, cada vez más restrictivos para la adopción internacional, favorecen una expansión cada vez más global de los programas de alquiler de vientres¹²².

En lo que respecta a si la adopción supone una opción principal para la pareja infértil, hay numerosos estudios que evidencian que las parejas prefieren tener algún vínculo genético con el nuevo ser y, por lo tanto, la adopción se encontraría en la última posición dentro

118 Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 404-9.

119 Stephenson, C. «Reproductive outsourcing to India: WTO obligations in the absence of US National legislation». *Journal of World Trade* 43 (1), (2009), 190.

120 Rabinowitz, A, *op. cit.*, 68.

121 Joseph, S.A. «A reader and author respond to The ethics of Outsourcing surrogate motherhood to India». *Medscape Journal of Medicine* 10 (4), (2008), 96.

122 Smerdon, U.R. *op. cit.*, 15.

de las alternativas de generación de un hijo: concepción natural, inseminación artificial, fecundación in vitro, maternidad subrogada, etc.¹²³.

4.3. No hay que proporcionar ninguna alternativa, por ser una práctica adecuada y lícita

En las páginas precedentes se ha señalado que la subrogación conlleva ciertos problemas éticos (por motivos económicos, sanitarios, antropológicos, ...), y que, por eso, hay que indagar en posibles alternativas. Sin embargo, hay autores que no sustentan esa premisa y que sostienen que no es preciso proporcionar ninguna alternativa, por ser la subrogación una práctica adecuada y lícita. Para apoyar la tesis de licitud afirman que la mala imagen de la maternidad subrogada, que la ha llevado a convertirse en la menos aceptable de las tecnologías reproductivas, se debe a dos causas. La primera, al sensacionalismo de los medios de comunicación que ha puesto su acento sobre los casos más escabrosos. La segunda, que pone en entredicho y peligro a dos de los conceptos estructurales del mundo occidental como son la familia y la maternidad¹²⁴.

Según la citada corriente de pensamiento, la relación materno-filial se ha considerado tradicionalmente como lo natural y, por ello, cualquier desviación de esta situación se ha estimado anormal. Con esa premisa es lógico que se llegue a pensar que las madres de alquiler sean personas "anormales" en cuanto a que se requiera que sean más duras, menos afectivas, etc. de lo normal. En este sentido, se puede pensar que una mujer que está dispuesta a pasar ocho meses de su vida llevando a un hijo en su seno, para después donarlo a alguien ajeno, es alguien con capacidad para superar que su vida normal se vea afectada por una situación que hasta incluso puede interferir en la relación con su pareja. Desde esos sectores que contemplan la subrogación como un proceso normal se han realizado estudios que han evidenciado que las mujeres objeto de maternidad subrogada son normales psicológicamente¹²⁵.

Sin embargo, en esos mismos estudios suelen olvidar un factor que distorsiona la normalidad de la argumentación. Me refiero al aspecto económico. Un factor esencial que ha llegado a generar una "nueva realidad" en las que las cuestiones biológicas quedan relegadas a las del deseo¹²⁶. Tampoco se suele hacer alusión a que a las madres portadoras se le suele proporcionar una asistencia psicológica de apoyo buscando lo que se denomina un "estado deseable de la mente" para estar preparadas cuando se produzca la separación del niño¹²⁷.

Partiendo de que la realidad que se impone es la de la aceptación de la maternidad subrogada y que su práctica no solo se ha impuesto sino que se ve incrementada, al menos habría que establecer algunas premisas que favorezcan la protección de los más vulnerables en el proceso¹²⁸. Esto es importante tenerlo en consideración ya que cuando se ha establecido un modelo comercial centrado en los beneficios obtenidos por el resultado, es lógico que el modelo centre todos sus esfuerzos en la obtención de un niño sano, dejando en un segundo o tercer término los otros elementos implicados en el proceso como, por ejemplo, el equilibrio emocional de la madre sustituta. Ya hay grupos de madres que se están movilizándose para ayudar a sus compañeras. Por ejemplo, Rabinowitz¹²⁹ hace alusión a un grupo de mujeres interesadas en crear cooperativas de alquiler de vientres y tratar directamente con sus clientes, implantando un "comercio justo" de vientres de alquiler.

En otros apartados ya se ha hecho referencia a la necesidad de una legislación internacional que ayude a mitigar abusos, al establecimiento de unos precios mínimos que no supongan vulneración de la libertad de los

123 Van den Akker, O. *op. cit.*, 55.

124 Teman, E. *op. cit.*, 1105.

125 *Ibid.*, 1107. Jadva, V. *op. cit.*, 2196-2204.

126 Van der Akker llama la atención que en una sociedad dominada por los aspectos biológicos, se puede pensar en la consideración social de los padres adoptantes, en el caso de la maternidad subrogada estos quedan relegados en una nueva realidad adaptada a estos procesos para favorecer su admisibilidad. Van den Akker, *op. cit.*, 54.

127 Van Zyl, L. y col., *op. cit.*, 407.

128 Si se considera que la maternidad subrogada es un buen negocio para todos los implicados, entonces habrá que establecer una buena regulación para garantizar que su práctica siga siendo mutuamente beneficiosa. Humbyrd, C. *op. cit.*, 111-8.

129 Rabinowitz, A. *op. cit.*, 81.

afectados, etc. En este sentido, se puede afirmar que la actual situación de distinto control legal está promoviendo un turismo de la subrogación con un marcado talante economicista y potenciándose una industria altamente lucrativa¹³⁰. Es muy difícil modificar la situación cuando la ética de los negocios se ha ido imponiendo a la ética profesional¹³¹. No hay que olvidar que en el año 2006 se estimaba que el turismo médico movía alrededor de 60 billones de dólares y que su tasa anual de crecimiento es del 20%¹³². Es lógico pensar que si no se acometen acciones a un nivel superior se irá favoreciendo el turismo procreativo hacia naciones donde haya una menor protección de los derechos de las portadoras o de los propios gestados. En este marco, es preciso volver a hacer referencia a que, si se permite la subrogación, es indispensable contar con la base de un consentimiento informado sobre el que construir cualquier marco ético-legal sobre la maternidad subrogada¹³³. Sin embargo, no hay que olvidar que es muy difícil constatar en un consentimiento informado los riesgos sobre la libertad, la dignidad y aquellos de tipo emocional.

Referencias

Amato, P. y cols. «Cross-border reproductive care: a committee opinion». *Fertili Steril* 100 (3), (2013), 645-50.

Baker, B. «A case for permitting altruistic surrogacy». *Hypatia* 11 (2), (1996), 34-48.

Bhalla, N., Thapliyal, M. «Foreigners are flocking to India to rent wombs and grow surrogate babies». *Center for genetics and society*. 30 sep 2013. <<http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=7191>> [Consulta: 29/7/2016].

130 Deonandan, R. *op. cit.*, 114-5.

131 Como indica Pellegrino, la ética empresarial acepta el cuidado de la salud como una mercancía, su principio primario es la no maleficencia, su actitud es pragmática y legítima el interés propio, la ventaja competitiva, y el desigual tratamiento basado en la capacidad económica. En cambio, la ética profesional, ve el cuidado de la salud no como una mercancía sino como un bien humano necesario, su principio fundamental es la beneficencia, y está orientada al paciente. Ese tipo de ética requiere un cierto grado de altruismo e incluso el desvanecimiento del interés propio. Pellegrino, E. D. *op. cit.*, 253.

132 Helble, M. *op. cit.*, 68.

133 Deonandan, R. y col., *op. cit.*, 743.

Baslington, H. «The social organization of surrogacy: relinquishing a baby and the role of payment in the psychological detachment process». *Journal of Health Psychology* 7 (1), (2002), 57-71.

Brecher, B. «Buying human kidneys: autonomy, commodity and power». *Journal of Medical Ethics* 17, (1991), 99.

Casciano, A. *La subrogación en la maternidad. Fenomenología de una interacción humana despersonalizada*. Trabajo Fin de Master en Derechos Humanos y Garantías Constitucionales. Universidad de Navarra, defendido en junio de 2016.

Cheung, H. «Surrogate babies: where can you have them, and is it legal?» *BBC News*, 6 de agosto de 2014. <<http://www.bbc.com/news/world-28679020>> [Consulta: 1/08/2016].

Colen, S. «Like a mother to them: stratified reproduction and west Indian childcare workers and employers in New York». En: Lewin, E. *Feminist Anthropology*. Blackwell Publishing, 2006, 380-96.

Deeb-Sossa, N. «Helping the "neediest of the needy" A intersectional analysis of moral-identity construction at a community health clinic». *Gender & Society* 21 (5), (2007), 749-72.

Deonandan, R, Green, S, van Beinum, A. «Ethical concerns for maternal surrogacy and reproductive tourism». *J Med Ethics* 38, (2012); 742-5.

Deonandan, R., Loncar, M., Rahman, P., Omar, S. «Measuring reproductive tourism through an analysis of Indian ART clinic Websites». *International Journal of General Medicine* 5, (2012), 763-73.

Deonandan, R. «Recent trends in reproductive tourism and international surrogacy: ethical considerations and Challenges for policy». *Risk Management and Healthcare Policy* 8, (2015), 111-9.

Goleman, D. [Publicación en línea] «Motivation of surrogate mothers». *The New York Times*, 20 de enero de 1987. <<http://www.nytimes.com/1987/01/20/science/motivations-of-surrogate-mothers.html?pagewanted=1>> [Consulta: 5/07/2016].

Golombok, S., Murray, C., Jadvá, V., MacCallum, F., Lycett, E. «Families created through surrogacy arrangements:

- parent-child relationships in the 1st year of life». *Developmental Psychology* 40 (3), (2004), 400-11.
- Grimberg, E. [Publicación en línea] «The highs and lows of foreign surrogacy» CNN, 29 de marzo de 2012. <<http://edition.cnn.com/2012/03/29/living/sacred-thread-for-foreign-surrogacy/index.html>> [Consulta: 4/08/2016].
- Helble, M. «The movement of patients across borders: challenges and opportunities for public health». *Bull World Health Organ* 89, (2011), 68-72.
- Humbyrd, C. «Fair trade international surrogacy». *Developing World Bioethics* 9 (3), (2009), 111-8.
- Inhorn, M.C., Patrizio, P. «Rethinking reproductive "tourism" as reproductive "exile"». *Fertil Steril* 92 (3), (2009), 904-6.
- Jadva, V., Murray, C., Lycett, E., MacCallun, F., Golombok, S. «Surrogacy: the experiences of surrogate mothers». *Human Reproduction* 18 (10), (2003), 2196-2204.
- Johnston, J. «The ethics of outsourcing surrogate motherhood to India». *Medscape J Med* 10 (3), (2008), 52.
- Joseph, S.A. «A reader and author respond to The ethics of Outsourcing surrogate motherhood to India». *Medscape J Med* 10 (4), (2008), 96.
- Kanefield, L. «The reparative motive in surrogate Mothers». *Adoption Quarterly* 2 (4), (1999), 5-19.
- Katz Rothman, B. *Recreating motherhood*, Rutgers University Press, New Jersey, 2000.
- López Guzmán, J., Aparisi, A. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada». *Cuadernos de Bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- Lorenceau, ES., Mazzucca, L., Tisseron, S., Pizitz, T.D. «A cross-cultural study on surrogate mother's empathy and maternal-foetal attachment». *Women and Birth* 28, (2015), 154-9.
- Majumdar, A. «Nurturing and alien pregnancy: surrogate Mothers, intended parents and disembodied relationships». *Indian Journal of Gender Studies*, 21 (2), (2014), 199-224.
- Mulay, S., Gibson, E. «Marketing of assisted human reproduction and the Indian state». *Development* 49, (2006), 84-93.
- Pande, A. «Transnational commercial surrogacy in India: gifts for global sisters?» *Reproductive Biomedicine Online* 23 (5), (2011), 618-25.
- Parker, P.J. «Motivation of surrogate mothers: initial findings». *Am J Psychiatry* 140 (1), (1983), 117-8.
- Pellegrino, E.D. «The commodification of Medical and Health Care: The Moral consequences of a paradigm shift from a Professional to a Market Ethic». *Journal of Medicine and Philosophy* 24 (3), (1999), 243-66.
- Platón. *La República*, El Cid Editor, Santa Fe (Argentina), 2004.
- Rabinowitz, A. «The surrogacy cycle». *Virginia Quarterly Review* spring, (2016), 65-81.
- Ramesh, R. «British couples desperate for children travel to India in search of surrogates». *The Guardian*, 20 march 2006. <https://www.theguardian.com/world/2006/mar/20/health.topstories3> [Consulta: 29/7/2016]
- Ramírez de Arellano, A. «Patients without borders: the emergence of medical tourism. International». *Journal of Health Services*, 37 (1), (2007), 193-8.
- Rudrappa, S., Collins, C. «Altruistic agencies and compassionate consumers: moral framing of transnational surrogacy». *Gender & Society*, 29 (6), (2015), 937-59.
- Smerdon, U.R. «Crossing bodies, crossing Borders: international surrogacy between the United States and India». *Cumberland Law Rev* 39 (1), (2008), 15-85.
- Spar, D. «Reproductive tourism and the regulatory map». *N Engl J Med* 352 (6), (2005), 531-3.
- Stephenson, C. «Reproductive outsourcing to India: WTO obligations in the absence of US National legislation». *Journal of World Trade* 43 (1), (2009), 189-208.
- Sullivan, J.F. «Brief by feminist opposed surrogate parenthood». *The New York Times*, 31 July 1987. <http://www.nytimes.com/1987/07/31/nyregion/brief-by-feminists-opposes-surrogate-parenthood.html> [Consulta: 29/07/2016]
- Teman, E. «The social construction of surrogacy research: An anthropological critique of the psychosocial scholarship on surrogate motherhood». *Social & Science Medicine* 67, (2008), 1104.

Utian, W.H, Sheean, L.A, Goldfarb, J.M, Kiwi, R. «Successful pregnancy after in vitro fertilization and embryo transfer from an infertile woman to a surrogate». *N Engl J Med* 313, (1985),1351-2.

Van den Akker, O. «Psychosocial aspects of surrogate motherhood». *Human Reproduction Update*, 13 (1), (2007), 53-62.

Van Zyl, L., van Niekerk, A. «Interpretations, perspectives and intentions in surrogate motherhood». *Journal of Medical Ethics* 26, (2000), 404-9.

Vora, K. «Limits of labor: accounting for affect and the biological in transnational surrogacy and service work». *The South Atlantic Quarterly* 111 (4), (2012), 681-700.



MANIPULACIÓN DEL LENGUAJE, MATERNIDAD SUBROGADA Y ALTRUISMO

LANGUAGE MANIPULATION, SURROGACY, ALTRUISM

JOSÉ MIGUEL SERRANO RUIZ-CALDERÓN
Universidad Complutense de Madrid
jmruizcalderon@gmail.com

RESUMEN:

Palabras clave:

Totalitarismo,
neolengua,
maternidad
subrogada,
altruismo

Recibido: 24/03/2017

Aceptado: 18/04/2017

La neolengua propicia un cambio del sentido de las palabras y junto al doble pensamiento forma el cuadro del totalitarismo descrito por Orwell en 1984. El propósito de la neolengua es hacer imposible toda otra forma de pensamiento. En la bioética la neolengua se aplica, no porque sea una ciencia nueva sino por la intención manipuladora. El lenguaje político del siglo XX tiene, según Orwell, la intención de alejar la "imagen mental" de lo que realmente acontece. Esto es claro en los términos "maternidad subrogada". Por un lado se priva a la madre de su hijo. Por otro no hay subrogación en sentido jurídico. Como se ha dicho la técnica reduce a una mujer a la condición de un recipiente. La coartada del altruismo no modifica la relación explotadora, pues la gratuidad en la prestación de la mujer no es altruismo de todos los que intervienen en la subrogación.

ABSTRACT:

Keywords:

Totalitarianism,
newspeak,
surrogacy,
altruism.

The Newspeak propitiates a change of the sense of the words and next to the double thinking forms the picture of totalitarianism described by Orwell in 1984. The purpose of the Newspeak is to make all other forms of thought impossible. In bioethics the Newspeak is applied, not because Bioethics is a new science but by the manipulative intention. The twentieth-century political language has, according to Orwell, the intention to remove the «mental image» of what really happens. This is clear in the terms «surrogacy.» On the one hand, the mother is deprived of her child. On the other, there is no legal subrogation. As has been said the technique reduces a woman to the condition of a vessel. The excuse of gratuity does not change the exploitative relationship, since gratuitousness in the provision of women is not the altruism of all those involved in surrogacy.

Fue George Orwell en su novela 1984 quien, al describir el imaginado mundo totalitario, nos reveló el elemento fundamental que lo distinguía de las formas de Estado que habían existido hasta entonces. No la alambrada, la tortura o la ametralladora, que eran

los más visible, sino el lenguaje. En lo que el mismo autor denominó con acierto la neolengua se propicia un cambio total del sentido de las palabras que, junto al doble pensamiento, otro innegable hallazgo, formó el cuadro completo del Ingsoc. Es decir, del "socialismo

inglés” que había triunfado en una de las tres partes del mundo en 1984. Esta figura del doble pensamiento incorporaba la obligación de pensar una cosa y la contraria, es decir, implica la ruptura total del principio de no contradicción.

El objetivo fundamental de la neolengua no era favorecer una vía de nuevo pensamiento más ágil, o permitir amoldar los cerebros a la ideología que domina. Como define Orwell con exactitud: “*El propósito de la nueva lengua no era solo proporcionar un medio de expresión para la visión del mundo y los hábitos mentales de los Ingsoc sino hacer imposible toda otra forma de pensamiento.*”¹

En el debate bioético la neolengua se extiende con fuerza, ha predeterminado en la disciplina un entorno donde la discusión no puede llevar a ningún avance en el conocimiento, a resultados concretos.

No ignoramos que este efecto no es sólo de la neolengua, sino que está determinado por la falsa pretensión de llegar a resultados comunes desde presupuestos que son distintos en su raíz. Este punto lo ha explicado con suficiencia Alasdair MacIntyre. En todo caso, gracias a la neolengua los tópicos en bioética bombardean con la fuerza de la vieja propaganda del Ministerio de la verdad orwelliano:

*La guerra es la paz, la libertad es esclavitud, ignorancia es fuerza.*²

Así expresiones como “interrupción voluntaria del embarazo”, “muerte digna” y “maternidad asistida”, o ahora “subrogada”, distorsionan una realidad e impiden cualquier otra forma de pensamiento. El esfuerzo en cambiar los términos rinde sus frutos, pues como indicaba Gómez Dávila, en clara inspiración Orwelliana. “Quien acepte el léxico del enemigo se rinde sin saberlo. Antes de hacerse explícitos en las proposiciones, los juicios están implícitos en los vocablos.”³

En la bioética, el efecto de la neolengua es claro en la maternidad subrogada, pues con esta nueva expresión se manipula la realidad haciendo imposible

lo que entendíamos por natural, la vinculación madre-maternidad. Se va así más lejos de lo que habíamos visto en las otras formas de reproducción mercantilizada.⁴

La neolengua sirve para manipular y a su vez evita que quien la utiliza pueda pensar con claridad.. Al impedir el primer paso, la primera idea, impide caer en la cuenta y ya no se puede hacer caer en la cuenta a los demás.⁵

Sería un ingenuo quien pensase que la neolengua se aplica al área de la bioética por ser una ciencia nueva. Esa deducción se basaría en el equívoco por el que en este tipo de disciplinas es preciso crear un lenguaje nuevo y, en consecuencia, es más fácil la manipulación que en disciplinas más antiguas. Como hemos visto en el conocido ensayo de Orwell, la corrupción empezó con el lenguaje político. Inmediatamente después vino el académico, las nuevas ciencias les han seguido.

La neolengua es manipulativa y también cómoda. Pero tiene también dos condiciones de gran efecto en la promoción profesional del hablante y en los debates socio-políticos y académicos.

Por un lado es sofisticada. Aunque empobrece el lenguaje, da al tonto la posibilidad de pasar por iniciado y el propósito de muchos es sencillamente ese, integrarse en un mundo plano de especialistas. En sentido opuesto, el artículo vivo, directo, descriptivo de lenguaje superior, es más convincente. Pero suele estar enterrado bajo una montaña de basura especialista, llena de citas, de términos técnicos, de neologismos, de palabras extranjeras, de giros inverosímiles; por ello la rara gema se encuentra con dificultad y nunca se cita.

Al mirar los escasos artículos que marcan los picos más altos de lo que hemos llamado antibioética, esto es, los que desenmascaran las trampas, podemos comprobar que son directos, sencillos en el lenguaje y vivos; así hacen surgir la imagen de lo que acontece, imagen muchas veces sepultada por los formularios del lenguaje oficial.

4 López Gúzman, J. y Aparisi A. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2, 255.

5 Sobre el uso de la neolengua en el área biológica: López Moratalla, N. «El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano», *Persona y bioética*, 14 (2), 2010, 122.

1 Orwell, G. *Nineteen Eighty-Four*, Penguin, 2013, 60

2 Orwell, G. *Nineteen Eighty-Four*, Penguin, 2013, 6

3 Gómez Dávila, N. *Escolios a un texto implícito*, Atalanta, Gerona, 2009, 334.

Julián Marías, Miguel Delibes o José Jiménez Lozano, entre nosotros, Oriana Fallaci, Simon Leys o el más especialista Leon Kass, en otros países, hablan con claridad y llegan al oyente. Su prestigio literario, por otra parte, les ha puesto a salvo de algunas de las críticas que recibiría el primerizo que se expresase en la lengua común.

La neolengua procede del encubrimiento de los crímenes totalitarios, o si se prefiere, siguiendo el artículo de Orwell, de la dificultad del hablante intelectual de hacer visible ante sí y a los demás la crudeza de la posición que mantenía. El no poder decir "soy partidario del internamiento y ejecución de disidentes" lleva al complejo párrafo que desarrolla el mismo argumento de forma políticamente aceptable.⁶

Por eso la guía de nuestra interpretación deben ser los grandes momentos del desenmascaramiento de los totalitarios y sus voceros. Nos sirven las novelas y ensayos de Orwell y en épocas más recientes la argumentación de Simon Leys en "Los trajes nuevos del Presidente Mao".⁷

El debate sobre el totalitarismo nos ilustra sobre el otro elemento del nuevo lenguaje. Evita la valoración moral. Vuelve a ser sofisticado y en apariencia facilita un habla científica que permite conversar, dialogar en la jerga, como hombres (y mujeres) civilizados. Para hablar de ciertas cosas de esa forma es preciso difuminar la imagen subyacente, dicho de modo más directo, hacer como si el crimen no lo fuese.

El intelectual inserto en la jerga no trata, frente a la apariencia, de saber si algo ocurre o no, o si esto es un crimen o un avance social y científico; trata de modificar su calificación, difuminando sus contornos, alejando la realidad, impidiendo que se pueda pensar como un abuso lo que lo es, pues las palabras ya no permiten oír el lamento de las víctimas.

Soy consciente que el alejamiento moral se combina con la construcción de una imagen de odio dirigida contra cualquiera que se opone al nuevo derecho, definido con los elementos de la neolengua. Esto parece quitar fuerza al argumento anterior. Para resolver esta contradicción

podemos recurrir al menos a dos explicaciones: una dialéctica temporal. La utilización de la neolengua sirve para deshacer la resistencia moral, una vez vencida se construye una nueva moral, legalmente sustentada, que hace prácticamente impensable la oposición al nuevo derecho. No es raro además que se criminalice el acto de criticar la práctica con la extensión del concepto de algún "delito de odio". De nuevo la situación queda descrita de forma sucinta por Gómez Dávila:

La estupidez que logra asociarse una definición abusiva se vuelve invencible.

*Si el feminismo, por ejemplo, es defensa y alabanza de la mujer, el antifeminista la ataca por definición y la denigra.*⁸

La otra explicación viene directamente de Orwell y de su novela *1984*. El partido, como sabemos, desarrolla una nueva forma de superar cualquier contradicción, es el doble pensamiento, perfectamente adaptado para evitar o eliminar el principio de contradicción. Cualquier estudio más o menos profundo sobre la bioética encuentra multitud de expresiones de doble pensamiento muy similares a los lemas del partido del mundo orwelliano.

El propósito que tiene el presente escrito es ver qué encubre el concepto de derecho a la reproducción asistida y qué es la maternidad subrogada. Igualmente desvelaremos el tópico manipulado más evidente pero, a su vez, más eficaz: la gratuidad.

El neodercho, si entendemos así el correlato jurídico de la neolengua, es fundamentalmente la expresión del deseo de una voluntad que aspira al reconocimiento de su pretensión. Alguien quiere algo y lo exige. La base de ese querer, en principio, no necesita justificación aunque suele arrojarse con la capa de algún abuso universal contra una minoría o de la rectificación de una injusticia histórica. En el campo biomédico, el derecho es la exigencia de no juzgar éticamente una nueva técnica o afirmar que su aplicación es de forma necesaria e indiscutida un bien. El duro juicio fáctico, todo lo que se descubra y pueda utilizarse, ha de hacerse se transforma

⁶ Orwell, G. "Politics and the english language", *Selected Essays*, Penguin Classics, e-book.

⁷ Leys, S. *Les habits neufs du president Mao*, IVREA, Paris, 2009

⁸ Gómez Dávila, N. *Escolios a un texto implícito*, Atalanta, Gerona, 2009, 1211.

en un juicio moral: es bueno que todo lo que se descubra se aplique de forma irrestricta al hombre.

El neoderecho padece la inflación de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Entre nosotros se ha establecido una competición a afirmar derechos sin especificar los límites de su contenido. El reconocimiento tiene un cierto carácter proclamativo que nadie se atreve a discutir, pero indudablemente tiene un contenido específico que se oculta, al menos en su descripción exacta.

En el caso que estudiamos el “derecho al acceso a la maternidad subrogada” puede tener un cierto efecto “erga omnes” y de sometimiento del Estado e incluso de las organizaciones internacionales. Puede verse acompañado de ciertos derechos subjetivos como el complejo derecho a formar una familia, una vez que los elementos naturales para unos, tradicionales para mí, se han difuminado.

Pero en su definición concreta el “derecho de la maternidad subrogada” constituye una obligación de prestación que precisamente niega la maternidad de la madre y la somete a una obligación jurídica difícilmente compatible con el orden público. Al menos tal como este se constituía en las primeras legislaciones continentales que rechazaron esta práctica.

Tenemos pues varios elementos que considerar cuando queremos desentrañar de qué se habla cuando decimos maternidad subrogada. Uno es si el término de la neolengua describe el hecho mejor que los términos más tradicionales, dentro de la escasa tradición que puede darse en una práctica tan reciente. Otra es qué prestaciones de otros se encubren bajo la frase “yo tengo derecho a la maternidad subrogada”. En tercer lugar, si existen motivos suficientes en la base de la pretensión para que el derecho realice cambios tan significativos como eliminar el principio “la maternidad sigue al parto” o se dé efectos jurídicos en nuestro ordenamiento a contratos especialmente prohibidos en el mismo. Esto último parece una contradicción pues, si se legaliza, el contrato ya no estará expresamente prohibido en nuestro ordenamiento. Pero pensar así es ignorar las virtudes del doble pensamiento, pues puede haber una legalización sin legalizar que es lo que

pretendió en su momento la Dirección de los Registros y del Notariado, y luego el Tribunal de Estrasburgo en una de sus Salas, con sentencia contraria luego en la Gran Cámara o finalmente nuestro Tribunal Supremo.

Ninguno de los términos técnicos o neolingüísticos describen mejor la realidad a la que se refieren que los del viejo español, eso que utilizábamos cuando éramos menos sofisticados y no nos había envenenado la jerga técnica. Y es lógico que sea así por dos motivos ya dichos, uno es que el propósito de la neolengua es precisamente alejar la imagen mental de lo que describimos, ocultarlo, difuminarlo, así ocurre constantemente en nuestro lenguaje cuando denominados “sucesos” a las “masacres”, o “revoluciones” a los golpes de Estado.

El otro motivo es que cada vez somos menos capaces de utilizar un lenguaje directo pues estamos entrenados a evitarlo con largas sesiones, libros de estilo y, sobre todo, por la cruda presión de lo políticamente correcto.

Si empezamos con el término más extendido no cabe duda de que “interrupción voluntaria del embarazo” es un término vago, poco descriptivo y pedante frente al directo aborto provocado, de tradición en todas nuestras lenguas y que describe con precisión de lo que se trata: la eliminación voluntaria de un feto. Y cuando lo hace intencionalmente la madre de un hijo, pues hijo es lo que gesta la mujer.

No pretendo entretenerme con una enumeración completa de los términos trucados ni de la desvergüenza con que se usan, debo sin embargo lamentar que en algunas ocasiones incluso las personas que están en desacuerdo con la legalización de ciertas prácticas adopten los términos que portan las nuevas ideologías, en un error muy común que jamás cometen quienes manipulan el lenguaje.

Si aborto tiene el sentido destructivo y definitivo que merece la práctica, casi lo mismo ocurre con eutanasia y homicidio por compasión, comparado con el eufemístico y neolingüista “Muerte digna”. Aquí tenemos, sin embargo, un caso que merecería todo tipo de matices. En efecto, ya el término eutanasia, neologismo que como todos el mundo sabe significa buena muerte, era eufemístico. Fue el descubrimiento de cómo se realizaba

esta práctica por algunos de sus defensores en los años cuarenta lo que provocó la necesidad de reencubrir el hecho con la nueva expresión “muerte digna”.

Esto había ocurrido con otros términos creados también con eficacia disimulativa y que la perdieron en el redescubrimiento del mundo real. Campo de concentración era en este sentido de los más logrados. Iniciado con el propósito de concentrar población civil hostil en las guerras de Cuba y de los Boers, sus efectos homicidas pronto crearon una merecida mala fama que se completó cuando se descubrió que campos intencionalmente de exterminio se habían encubierto bajo el neutro “concentración”.

La insistencia en usar el término fecundación asistida por fecundación artificial cuando se trata de la fecundación en una placa de Petri tras hiperovulación y se transfiere normalmente tras selección embrionaria (otro eufemismo) y se puede realizar una reducción embrionaria, es decir uno o varios abortos, es igualmente confuso. La artificialidad o la medicalización completa se encubre bajo la asistencia, que no es que sea totalmente falsa pero oculta la exagerada artificialidad.

Llegamos así a la Maternidad subrogada o gestación por subrogación. El término sustituye al de vientres de alquiler que se considera más basto, anticientífico e incluso menos descriptivo pues como dicen los hagiógrafos no se alquila sólo en vientre sino que se implica más la mujer.

En sentido jurídico subrogarse es ponerse en la posición de otro. Uno se subroga en la hipoteca o en otras condiciones de deudor y eso quiere decir que paga por el otro. También se subrogan los contratos laborales ante el cambio de empresa.

La subrogación, que es ponerse en la posición jurídica de otro, es radicalmente distinta de la posición que consiste en que una persona realice la carga que da paso a unos derechos y se vea suplantada por otra en esos derechos. La denominada maternidad subrogada realmente es el alquiler de un útero, pero como los úteros no pueden ni deben alquilarse lo que realmente se hace es poner a una persona a gestar y luego privarle mediante una opción “altruista” o mediante un precio de

los efectos jurídicos de su acción. Si se quiere de los derechos a los que daría lugar su acción. ¿Se puede vender un derecho tan personal como la maternidad? Esa es la pregunta que nos hacemos al contemplar la maternidad subrogada, y esa es la cuestión que debemos abordar si vamos más allá de la mera apariencia.

Como ha indicado el discurso feminista, movilizado al fin ante el abuso, nuevo, que se nos preparaba, la denominada maternidad subrogada devuelve a la maternidad al fenómeno de la pura manipulación y le priva del halo de libertad característico del mundo contemporáneo. Se mire como se mire la mujer pasa a la condición de recipiente. Su función es puramente orgánica, impersonal. Pero sabemos que cuando se reduce lo personal a lo impersonal, como por ejemplo ocurre en el intercambio sexual de la prostitución, la persona es afectada en su dignidad, reducida, si se me permite la expresión kantiana, al papel de mero medio para el fin de otro. Por otra parte, y sin aceptar la perspectiva de género tan en boga, es claro que el útero en alquiler es una función femenina que se mercantiliza hasta el extremo. Sólo la mujer gesta, mediante la maternidad subrogada y al obligarla a gestar para otro esa función personalísima se pone en el mercado y es alienada de manera legal. Por supuesto, la obligación jurídica surge del contrato que genera obligaciones. Las condiciones reales de ese contrato están a la vista de todos. Habría que ser muy ingenuo o muy cínico, y en estas condiciones respecto a quien logra beneficios jurídicos yo siempre tiendo a suponer el cinismo, para pensar que la gestación contractual, forzada a partir de la firma del contrato, no tiene nada que ver con las condiciones objetivas de sujeción de un buen número de mujeres pobres respecto a los comitentes de la supuesta subrogación. La ministra de salud de Italia Beatrice Lorenzin lo ha expresado recientemente con claridad: «El útero en alquiler es un comercio, una práctica antigua con medios nuevos. El día en que se vea a una mujer rica, blanca hacer de portadora en útero para una mujer pobre, india, estéril, entonces creeré y admitiré que pueda ser solidario.»⁹

9 Lorenzin, B. [Publicación en línea] en Bellaspiga L. *Incontro internazionale utero in affitto, l'ora di dire basta, L'Avvenire*, <<https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/utero-in-affitto-ora-basta-maternita-surrogata>> [Consulta: 12/04/2017]

El término jurídico subrogación, ponerse en el lugar jurídico uno de otro, oculta en nuestro caso la esclavitud, tener la propiedad durante un tiempo de una función vital, intransferible de una mujer, accediendo al control de todo su cuerpo e imponiéndole obligaciones jurídicas que serían difícilmente admisibles en un contrato laboral. En su manifiesto a las Naciones Unidas por una prohibición global algunos grupos italianos lo han precisado:

La práctica de la maternidad subrogada (nombrada eufemísticamente gestación para otros) implica numerosas obligaciones y constricciones que constituyen auténticos atentados a la vida privada y a la autodeterminación de la mujer: su cuerpo y su salud se ponen a disposición del comitente y de la agencia especializada. En muchos casos «la madre gestante para otros» no es consultada sobre decisiones que afectan a su salud.. En los casos en los que estas decisiones permanecen formalmente bajo su control, pierde de hecho el control por las consecuencias económicas previstas en el contrato si actúa in contradicción con los intereses del comitente. Se ha llegado así a situaciones humanamente dramáticas y jurídicamente indisolubles, de las cuales la mas evidente es la de una eventual interrupción del embarazo impuesta por terceros. En los numerosos países donde aquella está autorizada, la decisión de la interrupción voluntaria del embarazo corresponde solo a la mujer embarazada. En la gestación para otros la madre pierde de hecho esta facultad, ya se trate de un embarazo que pone en peligro la propia salud o una malformación del feto. Poner a disposición de otros el conjunto de la vida física o psíquica de la madre «portadora» es un acto de limitación de la libertad de las mujeres, inaudito desde la abolición de la esclavitud.¹⁰

La búsqueda de la prohibición global prueba también que el útero de alquiler supera las condiciones de una subrogación, insisto ponerse en la condición jurídica de otro, para constituir una prestación personal de la mujer

¹⁰ Texto del documento aprobado en el Congreso “Se non ora quando-Libera”, solicitando a la ONU una convención prohibiendo la Maternidad subrogada. Traducción del autor. <<https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/raccomandazione-onu-contro-la-maternita-surrogata>> [Consulta: 12/04/2017]

a la que se obliga y que al generalizarse genera una auténtica estructura de explotación. No tiene sentido que discutamos sobre las estructuras de explotación como si fueran un contrato privado que sitúa libérrimamente a una persona en relación con otra única persona. Las agencias, las granjas de mujeres, los sistemas de explotación, no son una amenaza apocalíptica que se define como un supuesto futuro “Mundo Feliz” sino que han sido realidades que se encuentran ahí, que han provocado reacciones en los Estados cuyas ciudadanas están expuestas a la explotación y que provocan la vergüenza de quienes tratan la cuestión desde una perspectiva jurídica nacional. La maternidad subrogada, el útero en alquiler, es un fenómeno explotador que aún no ha rendido todos sus frutos perversos. En efecto, de fenómeno marginal, situado en personas de medios y perspectivas excepcionales, podría volverse un método de acceder sin problemas a la paternidad/maternidad. Nunca sería una subrogación, siempre una explotación, una explotación donde no siempre el explotador sería un hombre pero en el que en todos los casos la explotada sería una mujer.

No hay maternidad subrogada pues no se cumplen las condiciones de la subrogación y se quiebra la maternidad efectivamente presente que es la de la denominada madre portadora. Tampoco hay gestación por sustitución. Este término cumple también las condiciones de la neolengua. Gestación por sustitución indica la idea del cumplimiento de una función en lugar de otra persona o cosa. Una función intercambiable igual, en la que uno entra en la función de otro. No hay legalmente esposa sustituta o padre sustituto. No se entra o se sale como en una competición deportiva cuando alguien es sustituido. No se actúa como con el vehículo que se entrega por otro mientras está en reparación. Por todo ello es útero en alquiler o vientre en alquiler, más hispano el segundo, el término que define la institución desde la perspectiva del fin jurídico buscado por quién actúa.

En cambio, por el efecto jurídico real, los términos más ilustrativos serían compra de niños, en muchos casos, y esclavitud temporal en todos, con la circunstancia

concurrente de que esta esclavitud temporal tendría efectos permanentes sobre las explotadas.

Respecto al altruismo debo confesar mi desconcierto. Yo creía que casi todos verían con claridad la máscara del altruismo, incluso sin la lectura de Nietzsche, pero parece que no. La fuerza de los grandes nombres, de las palabras que ya no pueden evocar nada, pues evocan los grandes crímenes se mantiene intacta en algunas mentes, y ni la lectura de *La política y el idioma inglés* o la de *1984* de George Orwell conjuran el hechizo.

Si algunas personas honestas arguyen con fuerza sobre el altruismo es que estaban convencidas. Yo por mi parte he decidido hace años renunciar a la apología. Pongo, por tanto, mis pensamientos un poco en orden, por ver si mi convicción se disipa o alguno encuentra punto de apoyo. Como es de sospechar casi nada de lo aquí expuesto se me ha ocurrido a mí. Me limito a actualizar el tópico. Empiezo por lo más obvio. Del altruismo venimos. La técnica denominada altruista de usar el útero de una mujer para gestar y entregar luego al niño se construyó sobre el «deseo de unos padres estériles» y el altruismo del técnico, que hay que tener narices, estos técnicos y sus clínicas son ahora el altruismo, y la decisión altruista de la madre que entregaba su hijo tras gestarlo sin contraprestación, es decir, gratuitamente.

Si venimos del altruismo, al menos en la argumentación de los países «pioneros» y estamos donde estamos en el nivel internacional, con las granjas de mujeres, no parece que incluir el argumento resista el contraste de la pendiente deslizante lógica. Mi punto de vista sería el siguiente. En España no hay maternidad subrogada legal, hay gente que acude a sistemas no altruistas, que se generalizan cada vez que se puede, pues el ser humano no es el sujeto de película de sobremesa dominical, sino cada uno de nosotros con sus tentaciones muy conocidas. Pasar de la prohibición al altruismo, no es pasar al altruismo, sino de una prohibición que se burla a una autorización que se expande.

Para ello se busca un sujeto inexistente (prácticamente) cuyo altruismo o, más bien, gratuidad sirve para encubrir toda la operación en las discusiones bioéticas que son plenamente complacientes.

Sacar el altruismo a colación es igualmente hipócrita. Tenemos un problema internacional de explotación de mujeres, con una tendencia creciente, y vamos a legalizarlo altruistamente en los países de recepción, donde precisamente la mayoría de los deseos reproductores no encuentran ninguna respuesta altruista. No hay tantos sujetos kumbayá ni tantos parientes para ello. Lo que ocurrirá es que tendremos algunos que han accedido legalmente y otros a los que se les niega por no haber tenido la fortuna de encontrar al pardillo, en este caso pardilla, que cumpla con altruismo el deseo. A medio plazo veremos al mecanismo del agravio comparativo jugando a favor del «derecho para todos», esta vez pagando.

Como ha indicado el profesor de filosofía del derecho y antiguo diputado pro vida Jose Eugenio Azpiroz:

“Sin duda argumentos como el interés superior del menor, a efectos de simplificar el camino de acceso a la filiación, la discriminación y desigualdad se produce en los ciudadanos españoles con menos recursos económicos y, por ello imposibilitados de acudir al costoso contrato de maternidad subrogada en el extranjero, serán esgrimidos como razones y causas necesarias ante la injusticia y la desigualdad justificativas de la necesaria derogación del artículo 10 LTRHA”¹¹.

Las divisiones en el seno de la Escuela de Trabajo Social me han hecho caer en la cuenta de la falacia del altruismo. En efecto, la calificación del comportamiento de la mujer como altruista no convierte en altruista todo el procedimiento. Más bien parece que encubre fuertes intereses, cuya garantía jurídica frente a otros derechos en juego y, sobre todo, frente al principio de que la maternidad sigue al parto, no es necesaria y puede abrir camino a todo tipo de abusos.

Por supuesto no es altruista, no lo ha sido hasta ahora, el comportamiento de un sector, el de la reproducción asistida, cuyo empeño fundamental parece dirigirse al aumento del mercado y ha creado un lobby poderoso con ese fin. Las clínicas no son altruistas. Son un sector

¹¹ Azpiroz, J. E. «El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias», *Actualidad civil*, 2- feb 2017, 81.

regulado que tiende a saltarse las regulaciones. En el conjunto de la reproducción asistida ha habido una tendencia a burlar las donaciones de gametos, que se ha hecho escandalosa. En el caso de donación de óvulos la compensación a la donante se ha vuelto adquisición de óvulos bajo precio. Es difícil denominar donación a procesos en los que el perfil del donante no es distinguible del perfil del vendedor. Este juego de la compensación, generalizado en España, debe tenerse muy en cuenta cuando se habla de gratuidad. El altruismo manipulado se hace aquí patente. Nadie engaña a nadie y todos actúan como si el motor de esta industria fuera la donación gratuita.

Pablo me hizo ver el dudoso altruismo, o si se quiere el motivo discutible del beneficiario o los beneficiarios de la técnica. En principio lo que se tutelaría, aún a costa de los riesgos de explotación sobre terceros, sería el deseo de reproducción genética. De acceder a un niño o niña con relación genética con el comitente. No se protege el deseo de paternidad o maternidad. Para ello hay otras vías, comenzando por la adopción, con sus dificultades. Luego veremos de donde proceden esas dificultades.

Es más, para acceder a la reproducción biológica, los comitentes rompen la maternidad en su pleno sentido, es decir, la de la gestación. En esta acción la mujer gestante pasa a puro recipiente para otro, convirtiéndose objetivamente en objeto portador del deseo de otro. Aquí interviene la paradoja de la gratuidad. Como se sabe esta no suele ser total, pues cabe la construcción de un sistema de compensaciones por las «molestias». A menor compensación parece que más nos alejamos del alquiler. Pero como ha indicado la feminista Kajsa Ekis Ejman en un artículo en *The Guardian*, el efecto es que si consideramos la gestación para otro una explotación, se nos dice que cuanto menos se pague a la mujer menor explotación tendremos lo que no deja de ser un contrasentido: *En realidad, subrogación altruista significa que una mujer atraviesa el mismo proceso que en la subrogación comercial, pero no obtiene nada a cambio. Exige a una mujer gestar a un niño durante nueve meses y luego echarlo fuera. Tiene que cambiar su comportamiento y exponerse a la infertilidad, una serie*

de problemas relacionados con el embarazo e incluso la muerte. Es utilizada como un recipiente aunque se le diga que es un ángel. Lo único que obtiene es el halo del altruismo, lo que es pagarle muy poco por el esfuerzo y puede sólo resultar atrayente en una sociedad donde las mujeres son valoradas por lo mucho que se sacrifican y no por lo que obtienen.

India y Thailandia no quieren que sus ciudadanas se conviertan en la fábrica de bebés del mundo. Es el momento para Europa de tomar sus responsabilidades. Somos los compradores, es necesario que mostremos nuestra solidaridad y paremos a la industria mientras podamos.¹²

Quien busca la paternidad-maternidad biológica a costa de la gestación de otra no es altruista, sus motivos son como mínimo egoístas, cuando no narcisistas.

Sobre este punto ha escrito Susanna Tamaro en una aportación en donde pone en duda la sentimental llamada al amor que se establece en todo el discurso defensor de la maternidad subrogada. Analizado el proceso más allá del velo sentimental, lo que aparece es la voluntad de recurrir a lo que sea para alcanzar un objetivo:

«La gestación para otros es quizás la forma de esclavitud más sofisticada y atroz inventada por la modernidad, una esclavitud en la que el rostro de la hiena está escondido detrás de la sonrisa del benefactor, una esclavitud que astutamente esta envuelta por la palabra amor. Un amor que no se refiere de ninguna forma al bien del que nace sino solamente del deseo particular de los individuos singulares. Todo porque a la ideología marxista leninista le ha sustituido un capitalismo sin alma y este nuevo tótem idólatra reconoce sólo una ley: la del deseo del individuo particular y la del beneficio que se puede obtener para satisfacerlo. Que la causa generadora de los hijos sea un no bien definido y omnipotente sentimiento de amor es una de los grandes engaños servidos por el neosentimentalismo de la sociedad consumista.»¹³

12 Ekman, K. E. [Publicación on line] «All surrogacy is exploitation», *The Guardian*, 25/02/2016, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>. [Consulta: 11/04/2017].

13 Tamaro S. [Publicación en línea] «Intervento Utero in affitto, non in mio nome», *Avvenire*, 23 marzo 2017, <<https://www.avve->

El argumento del egoísmo genético es débil en los casos en los que el comitente no tiene relación genética con el niño encargado. Es la compra pura y dura que ha criticado finalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo que se busca con la compra como tal es evitar una adopción. Es lo más parecido entonces a una adopción sin los límites legales de la adopción. Es, en consecuencia, un fraude de ley.

Veamos las ventajas que tendría evitar la adopción para el comitente y pensemos si esas toleran la calificación de altruista aún si se consiguiera la bicoca de una gestante gratuita. El alquiler del útero o logro gratuito del mismo tiene la primera ventaja de controlar los tiempos y los comportamientos de la madre gestante, cosa que está prohibida por ley en la adopción. Por otra parte, permite evitar todo el sistema de protección del menor, de control de calidad de los adoptantes que han establecido las legislaciones tras un largo periodo de abuso.

Reconozcámoslo, la adopción es un sistema regido nominalmente por el mejor interés del menor donde toda la carga se establece sobre el adoptante, investigado hasta el agotamiento.¹⁴ En el alquiler todo es más sencillo, la carga en su plenitud recae sobre la madre, por un lado, y sobre el nasciturus, por el otro. Las obligaciones, sistemas de calidad, plazos y momentos están preferentemente en una parte o si se quiere en dos. El principio consumista de que el cliente siempre tiene razón sustituye el superior interés del menor. No cabe una posición menos altruista.

El punto más delicado es detenerse en la posición de la mujer que no recibe precio, de quien gesta gratuitamente. En un debate en la Facultad de Derecho, un alumno, dudando generalmente del altruismo, pensó que algo distinto recibiría y criticó de forma algo kantiana su posición. No creo, tras considerarlo, que una apelación al deber por el deber sea suficiente. Pero al

dar vueltas sobre los motivos, creo que las dudas se hacen mas intensas.

Sobre el altruismo materno ha escrito MacIntyre unas precisas palabras en «animales racionales dependientes». La maternidad se hace altruista siempre en la gestación y luego en el cuidado del hijo, más altruista, mayor prueba de amor, cuanto peor se encuentre el estado de aquel, juzgando este peor según cualquier tipo de juicio que se aplique salvo el de la maternidad.¹⁵

Si bien el altruismo no está siempre presente en la entrega del niño en adopción, si puede aparecer en el mismo. La madre entrega la criatura existente a otros buscando el superior bien del niño.¹⁶ Para evitar la perversión del sistema, es decir, que la madre reciba algo a cambio, se toman medidas jurídicas que están en la base de la adopción.

Los motivos de la gestación para otro son siempre sospechosos respecto a la relación de maternidad. La madre reducida a mero recipiente antepone otro elemento, el afecto, pero también la presión recibida sobre la relación maternofilial que queda brutalmente cortada. En cuanto el niño se encarga expofeso no se busca su superior bien como objeto y principio que regula el negocio jurídico.

La apelación al amor, como sostenía Tamaro, encubre una realidad cruda: la mujer como recipiente, es decir, como instrumento, que se usa para lograr otro instrumento, el hijo, que sirve para un tercer fin.¹⁷

Se ha insistido en que esto afecta a las relaciones familiares de forma severa, en cuanto, las escasas madres realmente gratuitas procederán del entorno y los roles en la familia quedan perturbados. No es mi propósito, sin embargo, detenerme en este escrito en la disolución de la familia en la legislación contemporánea. Me basta la evocación de las verdaderas imágenes que subyacen bajo los términos maternidad subrogada y gratuidad.

nire.it/famiglia-e-vita/pagine/susanna-tamaro-e-l-utero-in-affitto-non-in-mio-nome> [Consulta: 25/03/2017]

14 Sobre el desarrollo actual del concepto Interés Superior del menor véase, Guilarte, C. «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», En: Cabedo V. y Ravetllat I, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, Tirant lo Blanc, Valencia 2016.* 87-129.

15 MacIntyre, A. *Dependent rational animals*, Open Court, Illinois, 1999, especialmente 90 y ss.

16 Sobre el superior interés véase por ejemplo Rivera, J. A. «El consentimiento informado del adolescente en situación de grave riesgo: ¿Autonomía privada vs interés superior del menor?», *Revista de Derecho Privado*, 2, marzo abril 2015, 71-88.

17 Tamaro S. *op. cit.*

Referencias

- AAVV Congreso "Se non ora quando-Libera", solicitando a la ONU una convención prohibiendo la Maternidad subrogada. Traducción del autor. <https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/raccomandazione-onu-contro-la-maternita-surrogata>, consultado 12/04/2017.
- Azpiroz, J. E. «El contrato de alquiler de vientres: la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias», *Actualidad civil*, 2- feb 2017.
- Ekman, K. E. *All surrogacy is exploitation*, The Guardian, 25/02/2016, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>. Consultado 11/04/2017.
- Gómez Dávila, N. *Escolios a un texto implícito*, Atalanta, Gerona, 2009.
- Guilarte, C. «El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la ley orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», Cabedo V. y Ravetllat I, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanc, Valencia 2016. 87-129.
- Leys, S. *Les habits neufs du president Mao*, IVREA, Paris, 2009.
- López Gúzman, J. y Aparisi A. «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de Bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- López Moratalla, N. «El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano», *Persona y bioética*, 14 (2), 2010.
- Lorenzin, B. En Bellaspiga L. *Incontro internazionale utero in affitto, l'ora di dire basta*, L'Avvenire, <https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/utero-in-affitto-ora-basta-maternita-surrogata>
- MacIntyre, A. *Dependent rational animals*, Open Court, Illinois, 1999.
- Orwell, G. *Nineteen Eighty-Four*, Penguin, 2013.
- Orwell, G. "Politics and the english language", *Selected Essays*, Penguin Classics, e-book.
- Rivera, J. A. «El consentimiento informado del adolescente en situación de grave riesgo: ¿Autonomía privada vs interés superior del menor?», *Revista de Derecho Privado*, 2, marzo abril 2015.
- Tamaro S. *Intervento Utero in affitto, non in mio nome*, Avvenire, 23 marzo 2017, <https://www.avvenire.it/famiglia-e-vita/pagine/susanna-tamaro-e-l-utero-in-affitto-non-in-mio-nome>



TOMARSE EN SERIO LA MATERNIDAD SUBROGADA ALTRUISTA

TAKING ALTRUISTIC SURROGACY SERIOUSLY

VICENTE BELLVER CAPELLA

Universitat de València (España)
vicente.bellver@uv.es

RESUMEN:

Palabras clave:

Maternidad subrogada,
Altruismo,
Donación de órganos,
Regulación.

Recibido: 23/03/2017

Aceptado: 26/04/2017

Desde hace dos años la sociedad española vive un intenso debate acerca de los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Existe un amplio acuerdo acerca de los riesgos de explotación para la mujer que puede traer consigo la modalidad comercial de maternidad subrogada. Para conjurarlos, y permitir al mismo tiempo que las personas que no pueden gestar puedan ser padres/madres, se ha propuesto regular la modalidad altruista. A favor de esta posición se argumenta que, de igual manera que una persona dona desinteresadamente un órgano para ayudar a otra persona, se puede donar la capacidad de gestar para que otra persona vea realizado su deseo de tener un hijo. En este trabajo pongo en duda ambas consideraciones. Primera, no existe una verdadera analogía entre la donación de órganos y la maternidad subrogada altruista. Y segunda, si pensamos seriamente sobre posible regulaciones de la gestación altruista nos encontramos con problemas de difícil o imposible solución.

ABSTRACT:

Keywords:

Surrogacy,
Altruism,
Organ donation,
Regulation.

Since two years ago Spanish public opinion is living an intense debate on the ethical and legal aspects about surrogacy. There is a shared concern about the risks of exploitation for women related to commercial surrogacy. To get rid of them, and make possible at the same time that people who is not able to gestate could become father/mother, it has been proposed to regulate altruistic surrogacy. In order to defend this proposal it is said that there is an analogy between altruistic organ donation and altruistic surrogacy: you can help a person in need giving an organ or your ability to gestate. In this paper I confront both considerations. First, there is not a real analogy between organ donation and altruistic surrogacy. And second, if we think seriously a possible regulation for altruistic surrogacy we will find many problems with difficult or impossible solutions.

1. Introducción

La maternidad subrogada es una realidad en España, a pesar de que la ley vigente establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución. La notoriedad que ha alcanzado el fenómeno, y el choque entre lo que

dispone la ley y lo que se vive a diario, han encendido un apasionado debate en los medios de comunicación y en las tertulias de café. Con el objeto de superar esa discrepancia entre el Derecho y la vida han proliferado las propuestas sobre el modo correcto de proceder en

esta materia. Una que se está abriendo paso con apariencia de solidez y afán conciliador es la que propone legalizar la maternidad subrogada altruista y prohibir la comercial. Para sustentar esa propuesta se viene diciendo que es un caso análogo al de la donación de órganos *inter vivos*. En este trabajo trato de poner de manifiesto que, a pesar de sus buenas intenciones y su apariencia moderada y garantista de los derechos de las partes implicadas, resulta inconsistente y aboca necesariamente a la maternidad subrogada comercial.

En primer lugar, haré referencia al contexto que ha rodeado esta propuesta. A continuación ofreceré las razones por las que considero que no se puede establecer una analogía entre la donación de órganos *inter vivos* y la gestación altruista. Por último, me ocuparé de los principales escollos a los que se enfrenta cualquier intento de regulación de la maternidad subrogada altruista y ante los que cabe dar respuestas satisfactorias.

2. El contexto español de la propuesta

Desde hace años España vive una anómala situación con respecto a la maternidad subrogada. En 2010 la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) dictó una Instrucción para que los bebés nacidos fuera de España como resultado de contratos de gestación por sustitución pudieran ser registrados como hijos de los comitentes o padres de intención. A ojos de muchos esa Instrucción no se compadecía con lo dispuesto sobre esta materia por el Derecho español, que en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) de 2006 establece: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto". En todo caso, a partir de esa fecha fue creciendo el número de personas que recurrían a una mujer en el extranjero para que les gestara el hijo que querían tener. Este estado de cosas sufrió una convulsión cuando en 2014 el Tribunal Supremo dictó una sentencia que no reconocía la filiación a favor de los comitentes que habían recurrido a la maternidad subrogada en el extranjero.

Pocos meses después de esa sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictaba otra sobre esta materia por la que obligaba a Francia, donde está prohibida la maternidad subrogada, a inscribir la filiación de unos niños obtenidos mediante esta práctica en el extranjero a favor de sus comitentes. Entendía el Tribunal de Estrasburgo que, al no haberlo hecho Francia en su momento, había violado el derecho de esos niños a la vida privada y familiar. Por si la situación no estaba suficientemente enmarañada, en enero de 2017 la Gran Sala del TEDH dictó una sentencia en la que revocaba una dictada anteriormente, y daba la razón a Italia por haber retirado la patria potestad a un matrimonio italiano que había conseguido un niño mediante maternidad subrogada en el extranjero.

Desde que se dictó la sentencia del TS en 2014 hasta el momento presente, la situación no puede más que calificarse como irregular y caótica. Irregular porque la DGRD sigue inscribiendo las filiaciones de los niños obtenidos mediante gestación por sustitución en el extranjero a favor de los comitentes, a pesar de que el TS ha dejado claro que esos contratos son nulos y no pueden generar ese tipo de efectos. Es decir, un órgano de la Administración del Estado está actuando contra la legalidad vigente, tal como la interpreta el TS. En consecuencia, la situación es también caótica porque al mismo tiempo que se siguen celebrando esos contratos, como si fueran conformes a Derecho, y las agencias que intermedian en ellos anuncian sus servicios en la web y en las ferias, se demanda una regulación que ponga orden a esta situación. La misma Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016 se hacía eco de ello: "En cuanto a las inscripciones de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, se mantiene la misma situación que en los años anteriores.

El Fiscal, siguiendo el criterio establecido en la STS de 6 de febrero de 2014 y ATS de 2 de febrero de 2015 (Pleno Sala Civil), se opone a la inscripción de nacimiento y filiación por estimar que el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26

de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, que declara nulo este tipo de contrato. Este es también el criterio que señala la Fiscalía de Sala de lo Civil.

Por el contrario, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Resoluciones de 29 de diciembre de 2014 (51.^a) y 16 de enero de 2015 (2.^a), acuerda que se practique la inscripción de nacimiento de los nacidos mediante gestación por sustitución. En estas Resoluciones, de fecha posterior a la STS de 6 de febrero de 2014 y Auto TS de 2 de febrero de 2015, la Dirección General no hace ninguna referencia al criterio jurisprudencial establecido en esta materia y aplica su Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la que se fijan los criterios a seguir para la inscripción registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución¹.

En este revuelto contexto normativo se multiplican los artículos científicos sobre la materia y, lo que resulta más relevante, los debates ciudadanos sobre qué se debe hacer. Una de las propuestas que ha ido abriéndose paso con fuerza en los últimos meses aboga por regular la gestación por sustitución de carácter altruista. Se sostiene que, al hacerlo, se atenderá el deseo de aquellas personas que quieren tener hijos y carecen de la capacidad para gestarlos y, al mismo tiempo, se conjugará el riesgo de explotación de las mujeres gestantes y de cosificación de los niños obtenidos por esta vía. Expresado en términos de derechos, con esta propuesta se conciliaría el derecho de la persona a la paternidad/maternidad, el derecho de la mujer al ejercicio de su autonomía corporal sin riesgo de explotación y el derecho del niño a no ser objeto de compraventa.

La propuesta aparece como una vía intermedia entre quienes, en un extremo, abogan por permitir también la maternidad subrogada retribuida y quienes, en el otro, proponen mantener la prohibición vigente y hacerla efectiva también en el extranjero. Desde estas posiciones extremas, sostienen los defensores de la posición intermedia, se estarían defendiendo los derechos de unos pero a costa de cercenar los de otros. La posición intermedia se presenta como la más razonable, aquella que no se corresponde a una racionalidad monolítica en

particular, pero logra aunar el mayor número de voluntades sin menoscabo de los intereses legítimos de nadie. “Como en el aborto, en el debate sobre la gestación subrogada la razón pura habita en los extremos. Pero la solución razonable está en el medio. Urge reconducir la agria polémica sobre el tema hacia unas propuestas políticas serenas”².

Cuatro protagonistas destacados han participado en la elaboración y difusión de esta propuesta en España. En primer lugar, dos colectivos ciudadanos comprometidos con la defensa de la gestación por sustitución: la Asociación de Familias por Gestación Subrogada “Son nuestros hijos”³ y la Asociación por la Gestación Subrogada en España⁴. Esta última ha presentado una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) para regular la maternidad subrogada altruista. En segundo lugar, una sociedad científica, que ha elaborado un informe sobre los aspectos éticos de la gestación por sustitución, en el que se muestra a favor de regular esta práctica en su modalidad altruista en unos términos semejantes a los de la ILP. Se trata de la Sociedad Española de Fertilidad, que aglutina a los especialistas en medicina reproductiva. En tercer lugar, un medio de comunicación escrita de referencia internacional, el diario *El País*, que publicó un editorial favorable a la gestación altruista y ha publicado un buen número de artículos de opinión, todos ellos más o menos alineados con esa posición. En cuarto y último lugar, una personalidad destacada del mundo de la medicina, como creador y director desde sus inicios de la Organización Nacional de Trasplantes, el doctor Rafael Matesanz, quien ha sostenido la equiparación entre el trasplante de órganos *inter vivos* y la gestación por sustitución altruista, para defender la conveniencia de regular también esta última. Obviamente los mencionados actores no están solos para sostener su propuesta: hay otros medios de comunicación, colectivos ciudadanos y partidos políticos alineados con esta propuesta, que se sustenta, a su vez, en un buen número de artículos aca-

2 Lapuente Giné, V. [Publicación en línea] «Debate subrogado», *El País*, 28 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/27/opinion/1488202557_654587.html> [Consulta: 20/4/2017].

3 <<http://www.sonnuestroshijos.com/>> [Consulta: 20/4/2017].

4 <<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/>> [Consulta: 20/4/2017].

1 Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2016, 785.

démicos que tratan de la cuestión desde los más diversos puntos de vista (jurídico⁵, ético, sociológico, etc.)⁶.

Obviamente también encontramos en España un buen número de medios de comunicación, partidos políticos, colectivos ciudadanos y publicaciones científicas que defienden la incompatibilidad entre satisfacer el deseo de ser padre/madre mediante la maternidad subrogada y la protección de la dignidad y los derechos de las mujeres gestantes y de los niños fruto de esa práctica. Pero el objetivo de este trabajo no es confrontar los puntos de vista de unos y otros y valorar su razonabilidad. Lo que se pretende en las páginas que siguen es analizar una serie de situaciones en las que puede resultar sumamente complejo, por no decir imposible, dar con una regulación de la gestación por sustitución altruista que garantice los derechos de gestantes y niños.

Los presupuestos de los que parte la propuesta a favor de la maternidad subrogada altruista son dos. Primero, que todo ser humano tiene derecho a ser padre/madre. En consecuencia, entienden que no solo las parejas heterosexuales que tienen problemas para llevar adelante una gestación sino cualquier individuo o pareja que carezca de la facultad para gestar puede recurrir a la maternidad subrogada para satisfacer su deseo de tener un hijo. Este presunto derecho no solo es discutible sino que, de hecho, está cuestionado incluso en países en los que la gestación por sustitución está regulada. Es el caso, entre otros, de Portugal donde solo se permite el acceso a la maternidad subrogada a las parejas heterosexuales que acrediten un problema de infertilidad. Segundo, que el derecho a la autonomía de la mujer sobre su cuerpo incluye la cesión de su capacidad de gestar a favor de otros padres. También se cuestiona que ese derecho incluya tal disposición porque se entiende que, en lugar de ceder temporalmente una capacidad corporal en favor de otras personas, lo que se lleva a cabo es una colonización del cuerpo de la mujer por parte de otros (de forma abrumadora varones) a base de reducir la trascendencia del proceso de gestación en todas las dimensiones de la vida de la mujer.

5 Cfr. Vela Sánchez, A. J. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*. Comares, Granada, 2012.

6 Cfr. Lamm, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions UB, Barcelona, 2013.

2.1. ¿Una ley que atenta contra la igualdad?

Pero, como he dicho, en este trabajo no pretendo debatir sobre las bases éticas y jurídicas en las que se quiere sustentar la licitud de la maternidad subrogada. El tema está muy enconado y ha sido sobradamente tratado⁷. Mi pretensión es más concreta y modesta: dando por supuestas las bases de las que parten los partidarios de la maternidad subrogada, me centro en los principales escollos que surgen a la hora de dar con una regulación que satisfaga los intereses de todas las partes afectadas. Antes de entrar en el asunto conviene hacer un comentario sobre la norma reguladora pues, si bien declara la nulidad de este tipo de contratos, adolece de una falta de coherencia que ha servido de punto de apoyo para defender la legitimidad de lo que se está haciendo ahora y para exigir un cambio normativo. Con la benevolencia del lector, comenzaré con una extensa autocita de un texto publicado hace casi 20 años, en el que comentaba la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 35/1988 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

“La LTRA hace una explícita condena de la maternidad subrogada y señala que, en los casos en los que se produjere, la maternidad quedará determinada por el parto. Comparto por completo el sentido de esta norma, pero me parece que no resulta coherente con el de otras disposiciones de la LTRA. Puesto que no está clara la razón por la que el legislador ha querido poner el límite a las posibilidades que ofrecen estas técnicas ahí⁸, entiendo que esta prohibición podría dar lugar a situaciones de discriminación contrarias a la CE. Me explico. Una mujer sola puede recurrir a estas técnicas para ser

7 Yo mismo me he ocupado en cierta medida de la cuestión de fondo en: Bellver Capella, V. «¿Nuevos derechos? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional». *SCIO. Revista de Filosofía*, 2015, (11), 19-52.

8 Se ha dicho con razón que la maternidad subrogada se ha convertido en “el «chivo expiatorio» de las nuevas técnicas de reproducción, con el que se trata de buscar una válvula de escape ante la desazón que se siente ante ellas en su conjunto, al tiempo que se preconiza permitir variantes de las referidas técnicas mucho más lesivas de la dignidad personal y los derechos fundamentales de los futuros seres humanos”; Pantaleón, F. «Técnicas de reproducción asistida y Constitución». *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, (15), 134.

fecundada y tener un hijo: da igual que acuda por tener problemas de fertilidad que porque no pueda o no quiera tener trato sexual con varón. Sin embargo, una mujer que carezca de útero o que tenga unas gestaciones o partos tan arriesgados que hagan del todo desaconsejable su embarazo, se encontrará con que la ley le prohíbe superar su incapacidad para la reproducción y satisfacer sus ansias de maternidad. No podrá tener un hijo que sea resultado del semen de su cónyuge, del óvulo de una donante (o, incluso, de ella misma) y de la gestación de una “madre” de alquiler. Es obvio que los riesgos de un contrato de maternidad de sustitución son grandes y que el proceso de la gestación crea unos vínculos muy particulares entre el *nasciturus* y la gestante. Pero también es cierto que se podrían adoptar medidas para asegurar la libertad y gratuidad de ese contrato de maternidad subrogada, y para que la madre legal (que, en algunos casos, podría ser también genética) pudiese compartir de alguna manera la experiencia de la gestante. ¿Por qué una mujer no habría de poder contar, por ejemplo, con el concurso de una pariente (de su madre, de su hermana) para que geste el hijo que ella no ha podido tener? Desde la lógica de la LTRA no se justifica que la fecundación in vitro se pueda hacer con aportación de donante (o donantes) y que, en cambio, la gestación se considere algo imprescindible para ser madre.

Pero aún podemos ir más lejos. Un hombre quiere tener descendencia pero no logra o no quiere tener trato sexual. Solicita ser usuario de las técnicas de reproducción asistida aportando él mismo el espermatozoide, que fecunda un óvulo donado y cuyo resultado es implantado en una madre de sustitución.

Estos dos supuestos están prohibidos desde el momento en que se prohíbe la maternidad de sustitución. Ahora bien, estoy convencido de que si se establece que el derecho a la reproducción es un derecho del individuo sin que requiera el concurso de pareja –como parece que se consagra al admitir el TC que una mujer sola pueda ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida– se genera una discriminación entre las mujeres con y sin útero –o, en términos más generales, entre mujeres que pueden llevar a término una gestación y mujeres que no

pueden–; y entre las mujeres con útero y los hombres, contrarias ambas al art. 14 CE. ¿Por qué la LTRA no da ninguna relevancia a que la usuaria no pueda aportar gametos en la reproducción y, en cambio, sí se la da a que carezca de útero? ¿No sería más conforme a la finalidad de la ley, y no crearía discriminación, el admitir la maternidad de sustitución con las suficientes garantías para evitar situaciones de explotación o futuros litigios entre la gestante y la madre legal?

La única manera de comprender el sentido de la prohibición legal de la maternidad de sustitución es admitir que las técnicas de reproducción asistida son un instrumento para superar la infertilidad de una pareja y no, como establece la LTRA y sanciona la STC 116/1999, un medio para que una mujer pueda reproducirse sin el concurso del varón. A mi entender, la LTRA inventa un derecho individual a la reproducción desde el momento en que admite la fecundación post mortem y la fecundación de mujer sola. Pero si se admite este derecho, prohibir la maternidad subrogada en todo caso es una discriminación porque excluye sin razón suficiente del disfrute del derecho a la reproducción a determinados grupos de personas: a las mujeres sin útero o con gestaciones de alto riesgo y, apurando el razonamiento, a varones que no puedan o no deseen tener un hijo con el concurso de una mujer.

Si el TC hubiera exigido coherencia a la LTRA habría denunciado esta contradicción. Pero, lo que es más importante, si hubiese confrontado con rigor esa ley con la CE habría llegado a la conclusión de que no sólo la maternidad subrogada sino también la fecundación post mortem y de mujer sola son contrarias a la CE. El contenido constitucional del derecho a la reproducción incluye una abstención por parte del Estado –la de no entrar en la intimidad de las parejas, determinando el número de hijos y una acción positiva –la de facilitar los medios terapéuticos para que las parejas puedan superar eventuales problemas de esterilidad. Pero ni permite que una persona sola pueda reproducirse ni que se utilice a otra mujer para gestar un hijo que no sea suyo”⁹.

9 Bellver Capella, V. «El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica», *Revista de derecho y genoma humano*, 1999, (11), 139-141.

Es cierto que se pueden encontrar razones para justificar el acceso de la mujer sola a las técnicas de reproducción asistida y, al mismo tiempo, rechazar el recurso a la maternidad subrogada. Pero tampoco cabe duda de que estableciendo ese distinto tratamiento jurídico, se brinda en bandeja el argumento que apuntaba y que los partidarios de la maternidad subrogada se han apresurado a invocar. Criticando lo dispuesto en el art. 10 de la LTRHA, los impulsores de la ILP sobre maternidad subrogada señalan lo siguiente:

“Como en otras ocasiones, la ley choca contra la realidad y la necesidad de la sociedad: se está negando a determinadas personas que ansían ser padres y/o madres, y no pueden serlo de manera natural, la posibilidad de tener hijos.

Por otra parte, se está infringiendo el principio de igualdad establecido en nuestra Carta Magna: al igual que otros procedimientos de reproducción humana asistida, como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, la gestación por sustitución da respuesta a aquéllos que necesitan ayuda para reproducirse. Sin embargo, frente a quienes carecen de óvulos o esperma, o de ambos, y reciben ayuda para engendrar el embrión que los convertirá en padres/madres, nos encontramos con otras personas que carecen de un útero en el que gestar ese embrión y que se ven abocados a vivir sin descendencia: la técnica les da solución, pero la ley se la niega.

Que, como ya hemos dicho, esta prohibición expresa va en contra de la realidad y la necesidad de una gran parte de la sociedad, lo demuestra el hecho de que ello no ha sido óbice para que muchos españoles hayan alcanzado la paternidad/maternidad mediante la aplicación de la gestación subrogada acudiendo a países en los que dicha técnica no sólo está permitida sino que es ya algo habitual, como es el caso de diferentes estados de Estados Unidos y, en los últimos años, India. Sin embargo, esta vía sólo está abierta para aquéllos que gozan de una situación que les permite afrontar el alto coste de la técnica fuera de nuestras fronteras, lo que nos lleva de nuevo a la indeseada discriminación, esta vez por motivos económicos y socio-culturales”¹⁰.

¹⁰ Asociación por la gestación subrogada en España, [Publi-

En otros países, como Francia o Austria sin ir más lejos, el acceso a las técnicas de reproducción asistida se restringe a las parejas que tienen problemas de esterilidad. Así las cosas, el rechazo de la maternidad subrogada que estos países llevan a cabo resulta mucho más visible y coherente. Pero cuando, como hizo la ley española en 1988 y mantuvo en 2006, las técnicas de reproducción asistida dejan de ser un recurso para superar la esterilidad de las parejas y se convierten en un medio para satisfacer el presunto derecho a ser madre, resulta menos evidente sostener la frontera entre la licitud del acceso de la mujer sola a las técnicas para ser madre y la ilicitud de recurrir a la capacidad de gestación de una mujer para pueda ser padre/madre quien carece de esa capacidad.

2.2. ¿Analogía entre gestación por sustitución y la donación de órganos *inter vivos*?

Además recurrir al argumento de la desigualdad de trato en el acceso a las técnicas de reproducción asistida entre quienes no pueden concebir y quienes no pueden gestar, los defensores de la maternidad subrogada han recurrido últimamente a otro argumento, el de la supuesta analogía entre la donación *inter vivos* y la maternidad subrogada. De igual modo que en España se contempla la donación de órganos *inter vivos*, sostienen, se podría también admitir la donación de la capacidad de gestar y, así, hacer posible que quien carece de esa capacidad pudiera ser padre/madre. Ambas acciones serían manifestaciones señeras de solidaridad, en las que una persona dona algo de extraordinario valor (un órgano, su capacidad de gestar) asumiendo importantes riesgos por ello, para ayudar a otra persona que padece una grave carencia. Con carácter general, la voluntaria sería “una mujer dentro de la familia o algún allegado que lo haga de forma voluntaria y sin retribución”¹¹.

cación en línea] *Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la Gestación subrogada en España*, <<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/manifiesto>> [Consulta: 20/4/2017]. El Manifiesto arranca con el siguiente encabezamiento: “Apoyamos una INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR para que todas las técnicas de reproducción asistida tengan el mismo tratamiento en nuestra normativa”.

¹¹ Matesanz, R. [Publicación en línea] «La legislación española para trasplantes podría servir como modelo para la gestación subro-

No son pocos los que previenen frente al riesgo de explotación de las mujeres pobres que la maternidad subrogada comercial puede acarrear. Puesto que, a tenor de algunos, ese es el único riesgo de explotación para la mujer, se podría sostener que con la gratuidad de la gestación por sustitución quedarían eliminados todos los riesgos para la mujer o el niño, y su valoración quedaría equiparada a la de la donación de órganos *inter vivos*¹².

Ahora bien, ¿es tan evidente la analogía entre la donación *inter vivos* y la maternidad subrogada? A mi entender no, porque no existe una igualdad de razón entre un supuesto y otro como para que ambos merezcan la misma valoración ética e igual tratamiento jurídico. Veamos las diferencias que hacen imposible la analogía:

1. En un caso se cede un órgano que no afecta a la identidad personal y en otro una capacidad que afecta a la totalidad de la persona. Obviamente, habrá quien sostenga que donar un riñón o una porción del hígado tiene mucho más impacto sobre la vida del donante que tiene sobre la vida de una mujer gestar un bebé para otra persona. Más allá del impacto sobre la salud de una y otra acción, no se puede desconocer que la acción gestadora tiene una trascendencia radical sobre la vida de la mujer y del hijo. La relación que se establece entre ambos a lo largo de los nueve meses de embarazo impactará sobre los dos a lo largo del resto de sus vidas. Un mismo embrión tendrá características genéticas distintas dependiendo de la mujer que lo gesté. Y la huella psicológica y fisiológica que un bebé deja en su madre durante el embarazo permanece a lo largo del tiempo¹³.

2. La donación de un órgano es una acción puntual, que entraña riesgos para el donante en el momento

de la extracción y más adelante. Gestar para otro, por su parte, también entraña riesgos para la salud que comienzan con la preparación de la mujer para la transferencia del embrión. Pero, además, es un proceso que se prolonga durante nueve meses, en el que la implicación de la mujer es total puesto que van a quedar afectados su aspecto, metabolismo, emociones, estilo de vida, etc. La mujer que gesta para otro tiene que esforzarse por no vincularse afectivamente con el bebé que está gestando, a pesar de que todo su cuerpo se configure fisiológicamente para darle las mejores condiciones a su desarrollo.

3. La donación de un órgano no genera dependencia alguna respecto del receptor. Se dona con libertad, desinteresadamente y, en la inmensa mayoría de los casos, por amor a la persona cuya vida está amenazada por el fallo de un órgano. Por el contrario, en la maternidad subrogada existe un conflicto de intereses latente entre los comitentes, que querrán controlar la gestación para que se desarrolle conforme a lo que ellos consideren mejor para los intereses de su hijo, y la gestante, que querrá seguir siendo dueña de su vida y no verse sometida a la tutela de los comitentes.

4. En la donación de órganos se entrega un bien muypreciado a otro. Es una acción muy relevante para ambas partes pero que no tiene efectos directos sobre terceras personas. Por el contrario, el resultado de la gestación por sustitución es el nacimiento de una nueva vida humana, alguien para quien la gestante ha tenido un papel fundamental en su desarrollo. Puesto que la mayoría de los supuestos de maternidad subrogada altruista tendrán lugar en el ámbito de las relaciones familiares o de amistad, es más que esperable que la gestante tenga relación con el niño y que ambos se encuentren ante el desafío de gestionar una doble relación: la biológica y la legal. Así, si la gestante es la madre del comitente, el niño tendrá que habérselas con una abuela legal que, a su vez, ha sido su madre gestacional.

5. Así como casi nadie duda de que donar un órgano a un hijo o un hermano para que pueda seguir viviendo, existe una enorme controversia sobre la consideración que deba darse a la gestación que una mujer lleve a

gada», *Antena3 Televisión*, 21 de marzo de 2017,

<http://www.antena3.com/noticias/sociedad/cada-ano-vienen-a-espana-1000-bebes-gestados-fuera_2017032158d1412b0cf201b3e5420706.html> [Consulta: 20/4/2017].

12 "Ceder el útero debe ser una prestación gratuita, producto de la generosidad por amor, altruismo o solidaridad, como lo es ceder un órgano, donación que tan adecuada regulación tiene en nuestro país, pero no puede implicar la instrumentalización del cuerpo de una mujer, que lo cede movida por la necesidad, que es la realidad en la mayoría de casos de gestación "por encargo"; Boronat Tormo, M. [Publicación en línea] «Tener hijos no es un derecho», *El País*, 6 de marzo de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488376776_471436.html> [Consulta: 20/4/2017].

13 Cfr. Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, anexo I.

cabo para que un pariente suyo vea realizado su deseo de ser padre/madre. Mientras algunos lo ven como una manifestación de altruismo otros entienden que se trata de una forma de alienación intolerable de la mujer o de una acción que crea en el niño una confusión de las relaciones de parentesco que atenta directamente contra su buen desarrollo. ¿Se puede hablar de analogía entre una y otra acción cuando la percepción de un amplio sector de la opinión pública es tan disímil respecto de cada una de ellas?

6. Mientras que la donación del órgano tiene un carácter permanente, la capacidad de gestar solo se compromete durante el tiempo del embarazo. El órgano, por el contrario, se pierde para siempre, si bien la repercusión de esa ausencia sobre la salud del donante a lo largo de su vida puede ser nula. Es cierto que uno de los riesgos de cualquier gestación es perder la capacidad para posteriores gestaciones. Pero si todo transcurre sin problemas, la gestante mantendrá intacta su capacidad gestacional tras el parto. También en la donación de órganos *inter vivos* se pueden producir graves daños. Ahora bien, mientras que la causa de las donaciones es preservar la vida del receptor o mejorar radicalmente sus condiciones de vida, la de la gestación para otro es proporcionar un niño. ¿Son equiparables esas dos causas? Si lo único que da sentido a la vida humana es satisfacer la voluntad del individuo, se podrían equiparar. Si, por el contrario, entendemos que no llegar a tener un hijo puede ser una grave contrariedad, pero nunca algo que frustre la existencia personal, entonces se podrá establecer una clara distinción entre una y otra.

A la vista de las diferencias apuntadas, resulta difícil reconocer una verdadera analogía entre la donación *inter vivos* y la maternidad subrogada. Las cuatro primeras nos hablan de un impacto cualitativamente superior de la subrogación sobre la gestante que de la extracción sobre el donante. La quinta nos dice que la valoración social de una y otra práctica es objeto de controversia. La sexta, en fin, nos habla de una posible diferencia radical entre la causa justificadora de una y otra práctica. Por todo ello, entiendo que el argumento de la identidad de razón entre ambas acciones, aunque pueda

resultar intuitivamente persuasivo, carece de base suficiente para sostenerse.

3. Dificultades para implementar una regulación de la maternidad subrogada altruista

Si damos por supuesto que la maternidad subrogada altruista no tiene por qué ser contraria a la dignidad de la gestante ni al interés superior del niño (cosa que, como he dicho, está por demostrar), deberemos estudiar cómo regularla para que no lesione ningún derecho de las partes afectadas. En lo que sigue, voy a referirme a seis dificultades para alcanzar esa regulación idónea de difícil o imposible solución. Para ello me serviré de las propuestas reguladoras tanto de la Iniciativa Legislativa Popular lanzada por la Asociación por la Gestación Subrogada en España (ILP-AGSE)¹⁴ como del Documento sobre Gestación subrogada de la Sociedad Española de Fertilidad (DGS-SEF)¹⁵.

3.1. ¿Quién y en qué condiciones decide sobre el aborto de un bebé gestado por sustitución?

La ILP-AGSE remite a lo dispuesto en la ley vigente sobre el aborto, que permite a la gestante abortar dentro de un plazo o en determinados supuestos. Ahora bien, si aborta “deberá devolver cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados; esta decisión de la mujer gestante por subrogación supondrá su exclusión del Registro nacional de gestación por subrogación” (art. 5). Obviamente esa devolución solo se exigirá cuando el aborto no haya sido aceptado por los comitentes.

Aunque la ILP-AGSE no lo contempla, no es improbable que los comitentes deseen el aborto por las más variadas circunstancias, y que la gestante no esté con-

14 Asociación por la Gestación Subrogada en España. [Publicación en línea] *Iniciativa Legislativa Popular sobre Maternidad Subrogada*, <<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp>> [Consulta: 20/4/2017].

15 Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad. [Publicación en línea] *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución, 15 de diciembre de 2015*.

<<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>> [Consulta: 20/4/2017].

forme de entrada. El aborto suele percibirse como más traumático que una gestación llevada a término. No es descabellado pensar que los comitentes tratarán de persuadir a la gestante para que aborte: al fin y al cabo, está gestando un bebé que será para ellos. Es posible que la mujer acceda sin problemas. Pero puede suceder que rechace esa posibilidad. ¿Asumirán en ese caso los comitentes la paternidad del bebé que habrían querido abortar?

Al igual que la ILP-AGSE, la DGS-SEF afirma que la gestante “podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja subrogada” pero, aunque no lo dice expresamente, pone en relación su decisión de abortar con la indemnización por los daños morales causados a los comitentes. De este modo, la gestante que decide el aborto se encontrará en la siguiente situación: adopta una decisión difícil en sí misma y por las circunstancias que la rodean (la oposición de los comitentes); tiene que asumir unos gastos y unas pérdidas de ingresos que nadie le va a compensar; debe indemnizar a los comitentes; y hasta puede sufrir algún daño importante como consecuencia del embarazo o del aborto. En esas circunstancias, ¿es posible pensar que la mujer será capaz de tomar con libertad la decisión sobre abortar o no?

Curiosamente el DGS-SEF no ve especiales riesgos para la libertad de decisión de la mujer en la circunstancia que comentamos. Por contrario, da a entender que son los comitentes la parte que más perjuicio puede sufrir y les anima a que acepten resignadamente los efectos indeseados que puedan derivarse a lo largo del proceso de gestación: “En cualquier caso y a pesar del celo que se ponga en contemplar todas las previsiones anteriores, la pareja subrogada debe ser consciente y aceptar que el convenio de gestación por sustitución conlleva unos riesgos que no se pueden evitar completamente de que el proceso no termine exactamente como estaba previsto y deban asumir las consecuencias, incluso en el supuesto de que la gestante haya incumplido sus compromisos”¹⁶. Cabe suponer que, antes de verse en esa situación, tratarán de apurar los recursos para

que no se frustré el proyecto o acabe de forma distinta a su deseo. ¿Puede el Derecho evitar realmente que esos recursos no supongan una intromisión en la vida de la mujer? A la vista de lo que encontramos en este punto del DGS-SEF, en el que parece que la parte más indefensa sea la de los comitentes, no cabe albergar demasiadas expectativas.

3.2. ¿De quién es el niño durante el embarazo? ¿Cabe el derecho de la gestante a arrepentirse?

Tanto la ILP-AGSE como el DGS-SEF proponen que el bebé sea de los comitentes desde el inicio del embarazo. En la ILP-AGSE se dice: “La persona o personas progenitores subrogantes, cuando hayan formalizado el contrato de gestación por subrogación y se haya producido la transferencia embrionaria a la mujer gestante por subrogación, no podrán impugnar la filiación del hijo nacido como consecuencia de tal gestación” (art. 8.1). El DGS-SEF, por su parte, llega a la misma propuesta: “No puede olvidarse que la gestante es en última instancia una persona que ha de conservar su dignidad personal, su autonomía y plenitud de derechos desde el momento de la concepción hasta el instante del nacimiento del niño, con la salvedad de que no puede negarse a entregar a este último si la gestación por sustitución fue autorizada judicialmente y firmó su consentimiento informado aceptándolo”¹⁷. Es interesante hacer notar que el primer texto parece dirigido principalmente a salvaguardar el destino del niño y el segundo la dignidad de la mujer. Pero, en realidad, lo que hacen ambos es negar cualquier vínculo de filiación entre la gestante y el bebé, e impedir que la mujer pueda arrepentirse del contrato de gestación por sustitución y quedarse con el niño.

La cuestión acerca de la atribución de la filiación durante la gestación merece un exhaustivo análisis de las razones a favor y en contra de una u otra opción, que ni se ha hecho hasta el momento, ni vamos a llevar a cabo en este trabajo. Sólo apunto dos argumentos, uno jurídico y otro más filosófico, que hablan de dificultad para encontrar una solución satisfactoria.

¹⁶ Ibid. 24.

¹⁷ Ibid. 23.

Primero, tanto en el campo de la asistencia sanitaria como en el de la investigación biomédica con personas se consagra el derecho a renunciar al tratamiento o a continuar en la investigación¹⁸. Si se reconoce, con carácter general, que el individuo tiene la soberanía sobre su cuerpo no parece evidente que, en un ámbito que le afecta tan directamente como el de gestar para otro, no pueda rehusar a lo consentido y asumir la maternidad del bebé que ha gestado. Por lo demás, resulta contradictorio que su voluntad esté por encima de los comitentes a la hora de decidir sobre el aborto, y no lo esté para decidir si renuncia al bebé o no.

Segundo, en la gestación por sustitución se plantea un conflicto entre criterios de atribución de la maternidad. Unos entienden que la gestación es el criterio determinante del vínculo de filiación (“mater sempre certa est”) y que solo la voluntad de la madre lo puede modificar, si renuncia a la filiación. En consecuencia, aunque una mujer pudiera gestar para otro, ese proceso solo se culminaría cuando, después del parto, renunciara a la filiación. Otros, por el contrario, sostienen que la voluntad de los padres de deseo puede prevalecer sobre la de la gestante, si así lo acuerdan. A favor de la primera posición pesan la preeminencia de la voluntad de la gestante, su contribución decisiva en la formación de la nueva vida (desde la fase de embrión unicelular a la de bebé a término), y el vínculo único que dura para siempre entre ella y el bebé. A favor de la segunda está la voluntad de los comitentes de ser padres, y el eventual vínculo genético que pudiera existir entre el bebé y alguno de ellos. A la vista de esa confrontación de argumentos, no se puede dar por supuesta la superioridad del segundo criterio de atribución de la maternidad sobre el primero sin más.

Aunque los partidarios de la gestación por sustitución en España no quieren ni oír hablar de la opción de que se atribuya la filiación del bebé a la madre hasta que nazca y ella renuncie, ni tampoco del derecho al

arrepentimiento, existen razones para sostener la superioridad de esta opción. No hacerlo así podría verse como una suerte colonización de la mujer durante los meses de embarazo: si el hijo es mío, soy responsable de controlar todo lo que afecta a su proceso de “incubación”, en el que la gestante desempeña una labor instrumental o subalterna.

Ahora bien, dejar la decisión sobre la filiación del bebé en manos de la gestante hasta después del parto genera una situación de incertidumbre que puede resultar muy grave para el bebé, por cuanto que podría suceder que ni la gestante ni los comitentes quisieran hacerse cargo de él tras el parto. Y ello, por más que la ley determine en esos casos a nombre de quién debe inscribirse la filiación, va contra la imprescindible seguridad que requiere el niño.

3.3. Sobre si la gestante debería ser una familiar o persona no vinculada, o resulta indiferente

Es sumamente improbable que la gestante altruista sea una persona desconocida para los comitentes. Una acción de esas características, que compromete durante tanto tiempo a la persona y que acaba dando lugar nada menos que al nacimiento de un nuevo ser humano, solo la llevan a cabo, salvo contadas excepciones, personas que mantienen un vínculo familiar o afectivo.

Permitir que solo las familiares puedan ser gestantes tiene una ventaja importante: reducir el riesgo de que se haga a cambio de algún beneficio. Algunos apuntan que esta opción facilita, además, que el niño tenga contacto con su madre/gestante: “Creo que dicha donación debería limitarse a familiares de primer o segundo grado, para que la gestante no desaparezca de la vida del bebé y sea parte de su mundo afectivo. Así lo recoge la ley brasileña, por ejemplo”¹⁹.

Ahora bien, no se pueden desconocer los importantes riesgos que entraña esta opción en la que, de hecho, se duplican los lazos de parentesco. Como ha señalado el Comité de Bioética de España: “la pretendida excelen-

18 El art. 8 de la Ley Autonomía del Paciente afirma que “5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”. Por su parte, el art. 15 de la Ley de Investigación Biomédica reconoce el “derecho a rehusar el consentimiento o a retirarlo en cualquier momento sin que pueda verse afectado por tal motivo su derecho a la asistencia sanitaria”.

19 Gimeno, B. [Publicación en línea] «Mercado de vientres», *El País*, 16 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/13/opinion/1487011358_053416.html> [Consulta: 20/4/2017].

cia moral que lleva a una mujer a prestarse de manera altruista a gestar para una familiar cercano, puede convertirse en un arma de doble filo, puesto que fácilmente puede generar un grave conflicto emocional en el menor ante el descubrimiento de una realidad inesperada; puede generar conflictos emocionales en la propia madre gestante, si no se es capaz de asumir emocionalmente un rol diferente al de madre en un contexto de relación estrecha con el menor; y puede llegar a causar conflictos de relación con el familiar comitente a la hora de determinar el rol que debe tener la gestante frente al menor²⁰.

También se ha argumentado que esta modalidad de gestación altruista a cargo de familiar o persona allegada podría dar lugar a un condicionamiento indebido entre las posibles candidatas: "la decisión se debe tomar sin ningún tipo de presiones. Esto implica que una ley que requiere que la gestante sea familia de la persona o pareja que quiere tener el hijo es una mala ley ya que, en aquellos casos en los que haya una sola mujer que pueda gestar en la familia, esta estará bajo presión"²¹. De manera más contundente aún se muestra el DGS-SEF en contra de que una familiar sea la gestante: "No se debe permitir que la gestante tenga relación de parentesco, laboral, de dependencia institucional o jerárquica con la pareja o mujer sola subrogada con el fin de que no quede afectada su libertad de decisión"²².

Si por las razones apuntadas la ley exigiera que la maternidad subrogada altruista quedara vedada a los familiares, las posibilidades de encontrar una voluntaria desinteresadamente dispuesta a gestar para otro serían sumamente reducidas. Por el contrario, el riesgo de que se ofrecieran compensaciones "por debajo de la mesa" para conseguir gestantes "altruistas" se dispararía.

20 Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017, 77.

21 Osés Fernández, N. «No somos ovejas», *El País*, 9 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/08/opinion/1486559467_455169.html>, [Consulta: 20/4/2017].

22 Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, op. cit., 16. "Es necesario garantizar que la gestante otorga su consentimiento informado voluntariamente, para lo que es preciso descartar que, al margen de los aspectos socioeconómicos ya comentados, su decisión pueda estar influenciada por coacciones, presiones familiares (vinculación emocional) o por una situación de dependencia institucional o jerárquica con la mujer sola o pareja subrogada". Abogan por que el criterio de selección sea puramente médico.

Aceptar la gestación altruista de un familiar es solucionar un problema creando otros, ya apuntados. Por el contrario, aceptar la gestación altruista de desconocidas es buscar una aguja en un pajar o ignorar la verdadera motivación que habría en esa acción. En todo caso, aunque se aceptara una u otra modalidad, o ambas, se reconoce de forma bastante general que esta opción no sería en absoluto suficiente para atender el deseo de paternidad/maternidad de quienes no pueden gestar. "Una legislación como la española de trasplantes, basada en el altruismo y el anonimato, serviría para regular una pequeña proporción de casos en que la gestante fuera familiar o allegada, y en quien no se objetivara coacción ni motivación económica. También podría darse algo parecido a la donación altruista de órganos, los «buenos samaritanos», con mujeres que se ofrecieran a gestar hijos de otras parejas de forma anónima y altruista. Algo difícil de imaginar, pero no más que las personas que donan un riñón en estas condiciones y la verdad es que hay cientos de candidatos. También podría darse algo parecido a la donación altruista de órganos. Estos casos no solucionarían el problema porque pocas parejas que quieran concebir un hijo de esta forma tendrán una familiar o una amiga dispuesta y el mecanismo altruista no es previsible que cubra toda la demanda. Pero al menos se empezaría a poner un poco de orden cuando parece poco probable que se regule un pago por este servicio"²³.

3.4. El problema de las compensaciones resarcitorias

Parece lógico que a quien hace algo desinteresadamente por otro no le cueste dinero hacerlo. Pero este principio no es nada fácil de aplicar. En primer lugar, no resulta obvia la distinción entre compensación resarcitoria y retribución. Se ha debatido mucho sobre esa nebulosa frontera que, cuanto mayor es el riesgo de explotación de la persona voluntaria y la presión para que realice determinadas acciones, más preciso es definir con claridad y asegurar su cumplimiento. Para

23 Matesanz, R. [Publicación en línea] «Trasplantes y gestación subrogada», *20 Minutos*, 6 de marzo de 2017, <<http://www.20minutos.es/opiniones/rafael-matesanz-tribuna-trasplantes-gestacion-subrogada-2975620/#xtor=AD-15&xts=467263>> [Consulta: 20/4/2017].

resolver el problema, algunos parecen renunciar a cualquier compensación: “¿se puede donar de manera altruista una gestación? Pienso que sí igual que se puede donar un riñón a un pariente, pero quienes defienden esta práctica, no se refieren a esto y siempre hablan de «compensar por los gastos». Si es altruista no hay gastos que compensar. Ninguno y en todo caso, hay que salvaguardar los derechos de la gestante en todo el proceso. Derecho a abortar antes, durante y después; y derecho a arrepentirse”²⁴. La ILP-AGSE, en cambio, defiende un criterio mucho más amplio a la hora de hablar de compensaciones: “2. La gestación subrogada nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La compensación económica resarcitoria que se pueda fijar sólo podrá compensar las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento y proporcionar a la mujer gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto. La compensación económica será con cargo a los progenitores subrogantes y a beneficio de la mujer gestante” (art. 3).

Entre ambas propuestas, el DGS-SEF parece proponer una solución intermedia. Acepta que la “exigencia de gratuidad no está reñida, al menos en el plano teórico o conceptual, con la posibilidad de una compensación por las molestias que se originan”. Implícitamente reconoce que su aplicación puede resultar compleja. Además, recuerda que la competencia para fijar esas compensaciones se atribuyó, para el caso de la donación de gametos en las técnicas de reproducción humana asistida, a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (CNRHA) y que, en sus más de 30 años de existencia, nunca ha aprobado criterio alguno en este ámbito. A pesar de todo, propone que un órgano de esas características fije las compensaciones para la gestación por sustitución en el caso de que fuera aprobada. Esa cantidad “únicamente podrá compensar estrictamente las molestias físicas y los gastos de desplazamiento y laborales que se puedan derivar de la donación”²⁵. Sin entrar a fondo en el asunto, hay que reconocer que el término

“molestias físicas” no es fácilmente objetivable e invita a aprobar unos marcos compensatorios bastante amplios. Tanto que bien podrían dar amparo a auténticas retribuciones. A nadie se le escapa que la cantidad que para una persona, por su situación socio-económica, puede ser vista como una mera compensación, para otra puede resultar un auténtico incentivo retributivo.

Pero más allá de la dificultad de determinar cuándo estamos ante compensaciones lícitas y cuándo no, y más allá de la constatación de que el órgano que debía fijar esos criterios en España nunca lo ha hecho hasta el momento, a nadie se le escapa la dificultad de ejercer el control en ese campo. La administración pública no puede evitar que los comitentes retribuyan a las gestantes cuando quieran y como quieran: ¿acaso se pueden prohibir los regalos? Resultaría ridículo impedir que unos padres felices con el hijo que han conseguido a través de una gestante le manifestaran generosamente su gratitud. Incluso no es descabellado pensar que hubiera mujeres que accedieran a prestar ese servicio con la expectativa de la gratificación/retribución. Es cierto que, en tales casos, la gestante no dispondría de ningún título jurídico para exigir compensación retributiva por su servicio. Nos encontraríamos así ante una sutil forma de explotación a la mujer, por la que acepta gestar para otro con la sola esperanza de llegar a ser generosamente gratificada por su actuación.

3.5. El problema de la demanda insatisfecha y el riesgo de la pendiente resbaladiza

En el campo de la maternidad subrogada están extendidas dos ideas que, sin ser contradictorias entre sí, resultan difíciles de sostener simultáneamente. Por un lado, se da por supuesto que la gestación altruista puede resolver el problema de muchas personas que no pueden gestar. Se presupone, a pesar de que no existe ninguna evidencia en ese sentido, que existe un deseo latente en muchas mujeres por ayudar a esas personas. Por otro, existe un amplio acuerdo en reconocer que la maternidad subrogada altruista no sirve para dar respuesta a toda la potencial demanda de este servicio. Habrá comitentes que no tengan familiar alguno dis-

²⁴ Gimeno, B., op. cit.

²⁵ Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF, op. cit., 17.

puesto a gestarles un bebé; y los habrá que no solo no lo tengan sino que no quieran bordear la legalidad e inducir a una mujer a actuar “altruistamente” a cambio de un generoso regalo de agradecimiento. Hasta ahora teníamos un problema: personas que carecían de la capacidad de gestación y querían ser padres. Ahora, una vez abrimos la puerta para que puedan conseguirlo recurriendo a una gestante altruista, nos encontramos con que son bien pocos los que podrán lograrlo por falta de voluntarias. Hemos satisfecho el deseo de unos pocos, hemos creado una expectativa que incrementa la demanda social de este servicio, y finalmente nos encontramos con que hay más personas que ven insatisfecho su deseo de las que había antes de regular la modalidad altruista. ¿Qué opción se brinda a los que no lo han conseguido por esa vía? Existen tres alternativas.

La primera es aceptar que la maternidad subrogada será el recurso para ser padres de unos pocos tocados por la fortuna: aquellos que encuentren una mujer dispuesta a hacerlo desinteresadamente en España; o quienes, no lográndolo aquí, tengan recursos para ir al extranjero y encontrar allí alguien que esté dispuesta a hacerlo en las mismas condiciones. Esta última opción resulta bastante inverosímil y, aunque se diera en algún caso, es evidente que seguiría sin ser suficiente.

La segunda consiste en dar por buena la maternidad subrogada altruista en España y mantener abierta la comercial en el extranjero. Aunque son muchos los que defienden esta posición, no deja de ser incoherente: ¿por qué consideramos en España, donde se pueden fijar garantías que eviten la explotación de la mujer gestante, lícita solo la gestación por sustitución altruista y, en cambio, admitimos la lucrativa en el extranjero? Aceptando esta alternativa estaríamos dando por bueno que nadie puede explotar a una mujer en España, pero los ricos pueden hacerlo con todas las de la ley en el extranjero.

Finalmente cabe reconocer que la modalidad altruista es insuficiente y que se debe regular también la comercial en tales términos que garanticen la autonomía de la gestante y los intereses del niño. Pero para llegar a este final, no tiene sentido partir de una propuesta que

únicamente acepte la maternidad altruista. De hecho, algunos ya llegan a esa conclusión antes de que se haya aprobado ninguna forma de maternidad subrogada altruista en España: “Empero, la cuestión sustantiva es si el convenio gestacional debe ser oneroso o altruista. Podemos hablar del abono de los gastos de la asistencia sanitaria o el eufemismo de algún tipo de compensación económica por las “molestias” (días de baja, tratamiento, gastos...). Pero lo trascendente será determinar si la madre gestante obtiene o no un precio por ello. El modelo que nos proponen es el altruista similar al seguido en el Reino Unido, Canadá o Portugal. Pero, claro, *este altruismo oculta una realidad. Muy cruda, eso sí. Y es que, si no hay compensación económica, muy pocas mujeres están dispuestas a gestar el niño de otro. Todo lo demás es cinismo e incoherencia*”²⁶.

Se ha dicho que “los partidarios de la maternidad subrogada defienden su legalidad como una técnica de reproducción en la que lo que se dona es la propia capacidad de gestación. Que exista la posibilidad de una donación altruista en la propia familia o entorno puede ocurrir, sin ninguna duda, y la ley debe empezar a contemplar esa realidad”²⁷. A mi entender, antes de tomar esa decisión es necesario reflexionar sobre las consecuencias que traerá consigo, que acabo de apuntar, y sobre las dificultades que suscita por sí misma la regulación.

3.6. Dos presupuestos que no sirven para sostener la maternidad subrogada altruista

El editorial del diario *El País* que se manifestaba favorable a regular esta forma de maternidad subrogada decía: “El miedo a un mal uso de la regulación no debe llevarnos a penalizar a quienes, libre y consentidamente, pueden beneficiarse de una relación altruista. Al contrario, una sociedad que potencia y protege este tipo de

26 Corera Izu, M. [Publicación en línea] «Urge regular la gestación subrogada», *El País*, 1 de marzo de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488395907_827633.html> [Consulta: 20/4/2017]. El subrayado es nuestro.

27 González Harbour, B. [Publicación en línea] «Entre los bebés ‘robados’ y los de ‘alquiler’», *El País*, 17 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/17/opinion/1487346958_992120.html> [Consulta: 20/4/2017].

actitudes es una sociedad mejor. El miedo al abuso es legítimo, pero no debe conjurarse con prohibiciones, sino con regulación y vigilancia”²⁸. Las bases de este argumento son todas correctas: no se debe prohibir algo solo por el riesgo al abuso; y el altruismo es una actitud socialmente valiosa. Ahora bien, ninguna de las dos entiendo que está bien aplicada para el caso de la gestación altruista.

Es cierto que el miedo al abuso no justifica por sí solo una prohibición. Pero, a lo largo de estas páginas, se ha puesto de manifiesto que la regulación de la maternidad subrogada altruista genera problemas de difícil o imposible resolución. En esas condiciones, mantener la nulidad de los contratos de maternidad subrogada, por muy altruista que sea, puede ser un simple ejercicio de prudencia. Por otro lado, si bien nadie duda de que el altruismo ayuda a hacer mejores sociedades, son muchos los que piensan que la maternidad subrogada no se puede calificar nunca de altruista porque crea graves problemas para el niño, las relaciones familiares (poniendo a prueba diariamente los nuevos roles definidos en su seno), y la sociedad en su conjunto (a la que se le promete algo de imposible garantía: una gestante para todo el que no pueda gestar y quiera ser padre/madre).

4. Conclusión

Se ha propuesto en España, como solución equilibrada para resolver el problema de las personas que quieren ser padres/madres y no pueden gestar, regular la maternidad subrogada altruista. Se presenta como una fórmula que permite satisfacer el deseo de muchas personas sin que se explote a las mujeres. De igual manera que se permite la donación de órganos inter vivos, que ha dado unos magníficos resultados sin incurrir en un tráfico de órganos, se puede donar la capacidad de gestación.

A la vista de lo expuesto, no creo que quepa equiparación alguna entre la donación de órganos y la gestación altruista. Solo si se advierte la diferencia sustancial que existe entre donar un órgano y gestar para otro se

puede dar con la regulación adecuada, y distinta, para cada una de estas acciones.

Tomar en serio la opción de la gestación altruista no conduce a verla como una solución sino como una opción extraordinariamente problemática: sigue poniendo a la gestante en situación de vulnerabilidad y de explotación; crea confusión en el niño al duplicarle los lazos parentales; permite soterradamente la gestación comercial por vía de las compensaciones resarcitorias; y aboca necesariamente a una regulación mucho más amplia, que pueda dar respuesta real a la demanda de este servicio. Ante este escenario, inclinarse por la regulación vigente en España no es actuar desde el miedo sino desde la prudencia.

Referencias

- Asociación por la gestación subrogada en España, [Publicación en línea] *Manifiesto a favor de la legalización y regulación de la Gestación subrogada en España*, <<http://xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/manifiesto>> [Consulta: 20/4/2017].
- Bellver Capella, V., «El Tribunal Constitucional ante la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida: una valoración crítica», *Revista de derecho y genoma humano*, 1999, (11).
- Bellver Capella, V., «¿Nuevos derechos? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 2015, (11), 19-52.
- Boronat Tormo, M. [Publicación en línea] «Tener hijos no es un derecho», *El País*, 6 de marzo de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488376776_471436.html> [Consulta: 20/4/2017].
- Comité de Bioética de España, *Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 2017.
- Corera Izu, M. [Publicación en línea] «Urge regular la gestación subrogada», *El País*, 1 de marzo de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488395907_827633.html> [Consulta: 20/4/2017].
- Editorial, «Gestación altruista», *El País*, 25 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/25/opinion/1488039785_039670.html> [Consulta: 20/4/2017].

²⁸ Editorial, «Gestación altruista», *El País*, 25 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/25/opinion/1488039785_039670.html> [Consulta: 20/4/2017].

- Gimeno, B. [Publicación en línea] «Mercado de vientres», *El País*, 16 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/13/opinion/1487011358_053416.html> [Consulta: 20/4/2017].
- González Harbour, B. [Publicación en línea] «Entre los bebés ‘robados’ y los de ‘alquiler’», *El País*, 17 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/17/opinion/1487346958_992120.html> [Consulta: 20/4/2017].
- Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad. [Publicación en línea] *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, 15 de diciembre de 2015. <<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>> [Consulta: 20/4/2017].
- Lamm, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions UB, Barcelona, 2013.
- Lapuente Giné, V. [Publicación en línea] «Debate subrogado», *El País*, 28 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/27/opinion/1488202557_654587.html> [Consulta: 20/4/2017].
- Matesanz, R. [Publicación en línea] «Trasplantes y gestación subrogada», *20 Minutos*, 6 de marzo de 2017, <<http://www.20minutos.es/opiniones/rafael-matesanz-tribuna-trasplantes-gestacion-subrogada-2975620/#xtor=AD-15&xts=467263>> [Consulta: 20/4/2017].
- Matesanz, R. [Publicación en línea] “La legislación española para trasplantes podría servir como modelo para la gestación subrogada”, Antena3 Televisión, 21 de marzo de 2017, <http://www.antena3.com/noticias/sociedad/cada-ano-vienen-a-espana-1000-bebes-gestados-fuera_2017032158d1412b0cf201b3e5420706.html> [Consulta: 20/4/2017].
- Oses Fernández, N. «No somos ovejas», *El País*, 9 de febrero de 2017, <http://elpais.com/elpais/2017/02/08/opinion/1486559467_455169.html>, [Consulta: 20/4/2017].
- Pantaleón, F. «Técnicas de reproducción asistida y Constitución», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 1993, (15).
- Vela Sánchez, A. J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012.



EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LOS SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUBROGADA

THE BEST INTEREST OF THE CHILD IN THE CASE OF SURROGATE MATERNITY

ANA-PAZ GARIBO PEYRÓ
Universidad de Valencia
agapey@uv.es

RESUMEN:

Palabras clave:

Interés superior del menor, maternidad subrogada, inscripción en el registro, prestaciones de maternidad.

Recibido: 30/03/2017
Aceptado: 27/04/2017

En este artículo se pretende analizar la situación del hijo habido mediante el recurso al convenio de gestación por sustitución puesto que, siendo una de las partes más vulnerables de este contrato, sus derechos e intereses pueden quedar afectados de diversos modos. Para estudiar tal situación se lleva en primer lugar a cabo un breve análisis del concepto de interés superior del menor. A continuación se examina la posible vulneración de dicho interés, en los dos supuestos analizados ya por la doctrina y la jurisprudencia, esto es, en el caso de la inscripción en el Registro civil del país de origen de los comitentes de los hijos así habidos en un país extranjero, y en segundo lugar el supuesto de las prestaciones de maternidad en estos casos de gestación por sustitución. El trabajo se cierra con unas reflexiones acerca de otras situaciones en las que el mejor interés del niño puede quedar afectado, como su derecho a conocer sus orígenes biológicos o situaciones en las que puede haber problemas de identidad o problemas sicosociales

ABSTRACT:

Keywords:

The best interest of the child, surrogate maternity, registration in the civil Registry, maternity benefit.

This article claims to analyze the situation of children born by means of surrogate maternity contract since these babies are one of the most vulnerable parts of this agreement, so their rights and interests could be affected in many ways. In order to study that situation, in the first place, has been accomplished a brief analysis of the concept of the best interest of the child. Afterwards it is examined the possible violation of the best interest of the child in the cases that have already been examined by Doctrine and Jurisprudence, that is, first the case of registration of these children in the country of origin Civil Registry of the intentional parents, and, in second place, the case of maternity benefit for intentional mothers. The article concludes with a reflection about other situations in where the best interest of children can be affected, such as their right to know their biological origins or the cases of identity problems.

1. Introducción

Cuando se aborda la cuestión del interés superior del niño, comienza aludiéndose siempre a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado y por tanto contro-

vertido, con el peligro de que acabe reflejando la ideología, principios, creencias etc. de aquellos que lo aplican, normalmente autoridades administrativas, jueces y tribunales. Se hace también referencia a las ventajas e

inconvenientes que esta indeterminación comporta. Por otra parte, el ámbito de aplicación de este principio, que según la Convención sobre los Derechos del Niño debe abarcar todas las medidas que les conciernan¹, se manifiesta fundamentalmente en el derecho penal y en el derecho de familia.

Sin embargo, las nuevas tecnologías reproductivas han abierto horizontes insospechados en los que el interés del menor puede estar en riesgo. Es el caso de la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

En este último supuesto, y en lo que al interés superior del menor se refiere, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado prácticamente de solo dos aspectos, a los que hay que hacer referencia, la cuestión de la inscripción en el país de origen de los padres intencionales o comitentes de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución por un lado, y por otro lado el derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, que obviamente redundan en interés del menor en estos casos.

Pero hay otras muchas cuestiones que en este terreno de la gestación por sustitución afectan también al menor y que de momento no están siendo objeto de excesiva atención por parte de la doctrina y la jurisprudencia. En este trabajo trato de ocuparme de todo aquello que en el ámbito de la gestación por sustitución afecta al interés superior del menor, y no sólo de la cuestión de la inscripción de su filiación en el Registro Civil y del derecho a las prestaciones por maternidad o paternidad a favor de los padres de intención.

2. Breves reflexiones en torno al concepto de interés superior del menor

2.1. Normativa y jurisprudencia

Como es bien sabido, y en ello insisten constantemente doctrina y jurisprudencia, nos hallamos ante un concepto jurídico indeterminado, con las dificultades y riesgos que ello conlleva a la hora de determinar tanto

1 En efecto el artículo 3.1 de esta Convención dice: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño."

el propio concepto como su naturaleza y fundamento, y sobre todo, a la hora de concretar en cada caso en particular cual sea su contenido.

De lo que no cabe duda alguna es del gran desarrollo normativo que el interés superior del niño ha experimentado durante el pasado siglo XX, a lo que ha colaborado sin duda el reconocimiento jurídico y político de los derechos humanos de los niños en el ámbito internacional llevado a cabo fundamentalmente por tres documentos: la Declaración de Ginebra de 1924 en el ámbito de la Sociedad de Naciones², la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1959³ y la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, también de Naciones Unidas. Esta última consagra el "interés superior del niño" como uno de sus principios rectores en su artículo 3.1, que dispone que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño." Pero además, la Convención hace constantes alusiones a este principio a lo largo de todo su articulado⁴. También se refiere al interés superior del niño el artículo 24.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵. Finalmente la Observación General número 14 del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primor-

2 La Declaración de Ginebra de 1924 sobre derechos de los niños no recoge expresamente la expresión "interés superior del niño", pero puede defenderse que éste se encuentra implícito en todo su breve articulado. Me he ocupado de esta declaración en mi trabajo *Los Derechos de los Niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

3 Esta Declaración sí hace referencia expresa al interés superior del niño en su Principio 2 que dice: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.", así como en su Principio 7 párrafo 2º: "El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres."

4 En concreto en los artículos 9, 18, 21, 37 y 40.

5 Dicho artículo dice así: "En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial".

dial, aborda este concepto en profundidad, estableciendo una lista no cerrada de elementos que deben tenerse en cuenta al evaluar y determinar el interés superior del niño. Por su parte la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha ocupado de este controvertido concepto en las sentencias de 5 de noviembre de 2002, caso Yousef contra Países Bajos, de 10 de enero de 2008, caso Kearns contra Francia, y de 7 de marzo de 2013, caso Raw y otros contra Francia.

También las legislaciones internas se refieren al interés superior del menor, aunque en el caso de la normativa española no se define en ningún momento. Este concepto tiene anclaje en el artículo 39 de la Constitución⁶; se recoge también en la regulación de las relaciones paterno filiales, en la regulación de la guarda y custodia de menores y en la regulación de la adopción en el Código Civil; en los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor; y en el artículo 1826 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por supuesto que se trata de un concepto al que también se refieren las legislaciones autonómicas⁷.

Obsérvese que en todas estas normas nacionales e internacionales se utilizan indistintamente las expresiones “interés superior del niño” e “interés superior del menor”. La cuestión acaba siendo indiferente porque como ha puesto de relieve Martín Ostos, sea cual sea la fórmula empleada “se está manifestando con claridad meridiana una voluntad de aspirar a la protección y defensa del interés del menor (es decir de su persona) por encima de otras consideraciones”⁸. Y por otra parte la Convención sobre los Derechos del niño, en su artículo 1º, viene a identificar los conceptos de niño y menor de edad⁹. En general la expresión “interés superior del

niño” es la que suele utilizarse en los documentos y jurisprudencia internacionales, mientras que las legislaciones internas prefieren hablar de “interés superior del menor”.

2.2. Concepto, naturaleza y fundamento

Algunos autores aventuran una definición de interés superior del menor, así por ejemplo Marín Ostos lo conceptúa como “aquel principio general inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque lógicamente también los incluya. Por medio del mismo, el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto.”¹⁰ Pero como bien dice el Tribunal Supremo “el interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado «conceptos esencialmente controvertidos», esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del «interés superior del menor» cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado”¹¹.

Con ello el Supremo viene a evidenciar las ventajas e inconvenientes de estar ante un concepto tan controvertido como el que nos ocupa. Como ventaja suele señalar la doctrina la flexibilidad del concepto, que permite su adaptación al caso específico que se pretende resolver. Como inconveniente se destaca, por una parte, la enorme discrecionalidad que se otorga a quienes en cada caso les toca decidir, que no son asépticos ni neutrales, y aun actuando con la mejor intención difícilmente logra-

6 Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en su sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº2. A esta sentencia aludiremos posteriormente.

7 En el caso de la Comunidad Valenciana, por ejemplo, habría que mencionar el Decreto 93/2001, de 22 de mayo, del Gobierno Valenciano, pre el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Protección Jurídica del Menor en la Comunidad Valenciana.

8 Martín Ostos, J., «En torno al interés superior del menor», *Anuario de justicia de menores*, 12 (2012), 39-66, 40.

9 Efectivamente, dicho artículo dice que “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

10 Martín Ostos, J., *op. cit.*, 47.

11 STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº3.

rán sustraerse a sus convicciones y prejuicios y no podrán evitar enfrentar la cuestión desde su propia óptica e ideología, lo que por otra parte, comporta el riesgo de arbitrariedad y una cierta inseguridad jurídica derivada de lo impredecible de las decisiones¹².

En cuanto a su fundamento, la doctrina parece coincidir en que éste se hallaría en la especial vulnerabilidad y debilidad de los menores, que al estar en proceso de maduración y desarrollo son todavía incapaces de dirigir plenamente sus vidas con la suficiente responsabilidad, estando por ello ante sujetos de derecho merecedores de una especial atención, protección, previsión y promoción¹³. Pero de todos modos no hay unanimidad al respecto, pues hay autores como Liebel que opinan que “al pensarlos y tratarlos sólo en su calidad de ‘seres en desarrollo’ (ingl. *becomings*) en vez de como ‘seres completos’ (ingl. *beings*), subestimamos y subvaloramos sus intereses y su capacidad de acción y también disminuimos su peso en la sociedad”¹⁴. Este autor ha destacado así la dimensión de la participación del niño en la determinación de lo que es su interés superior en la implementación del mismo, cuestión por la que parece inclinarse la Convención sobre los Derechos del Niño en artículos como el 12¹⁵. De todos modos, el problema, a mi juicio, radica en pretender no considerarlos seres completos por ser seres en desarrollo, creo que ahí hay una confusión de planos, puesto que el hallarse en pleno proceso de maduración no significa de

ninguna manera que no sean seres completos, tienen la consideración de personas y sujetos de derechos.

La naturaleza jurídica del interés superior del niño ha sido también objeto de debate intenso. Se ha dicho ya varias veces que se trata de un concepto jurídico indeterminado, pero hemos visto como se habla indistintamente de principio, de consideración, de cláusula...

Talavera ha profundizado en esta cuestión y lo ha caracterizado como “principio garantista”, como “principio ponderativo” y como “principio hermenéutico”¹⁶. El Comité de Derechos del Niño, en su mencionada Observación General nº 14, ha tratado de salir al paso de este problema caracterizando triplemente al interés superior del niño como derecho sustantivo directamente aplicable, como un principio jurídico interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento¹⁷.

Otra cuestión controvertida es la de la primordialidad de este principio. De algunos textos normativos y sentencias parece deducirse que el interés superior del niño deberá primar frente a cualquier otro interés que concurra en el caso concreto del que se trate. Así resulta

16 Talavera, P., «Los derechos de autonomía y el interés superior como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Problemas y paradojas», *Revista de Derechos humanos, Universidad de Pirua*, Vol. 3, (2012), 75-114, 107 y ss.

17 “El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.” Parágrafo 6 de la Observación General nº14 del Comité de Derechos del Niño.

12 Al respecto se puede consultar: Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2ª ed, Dykinson, Madrid, 2007, 101 y ss; Revetllat Ballesté, I., «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», *Educatio siglo XXI*, 30 (2), (2012), 89-108; Martínez Calvo, J., «La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3ter, (2015)198-206, 201; De Bartolomé Cenzano, J. C., «Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, 46-59, septiembre (2012), 51-52.

13 Revetllat Ballesté, I., *op. cit.* 90 y 91

14 Liebel, M., «Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 49, (2015), 43-61, 46.

15 Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.”

por ejemplo del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, según el cual “todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.” Y por su parte el Tribunal Supremo en alguna ocasión ha dicho que “el interés superior del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo en confrontación”¹⁸.

Siendo el de los niños un colectivo especialmente vulnerable, hay que tener en cuenta, sin embargo, que no se trata del único colectivo necesitado de especial protección por esta causa. Junto a ellos hay que tener también en cuenta, proteger y promocionar a otros colectivos vulnerables como el de los enfermos, los discapacitados, los ancianos, o determinadas minorías. Por esa razón, la propia Convención sobre los Derechos del Niño, al referirse a este concepto jurídico, habla del mismo como *una* consideración primordial y no como *la* consideración primordial. Además, en cada caso concreto podrán concurrir otros intereses en conflicto con el interés superior del menor y que quizá en ese contexto particular deban primar sobre aquel. En este sentido el Tribunal Supremo ha señalado que tal principio no es el único que hay que tomar en consideración y que “pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación”¹⁹.

3. La maternidad subrogada, una práctica controvertida que podría atentar contra el interés superior del menor

3.1. La maternidad subrogada: consideraciones previas

El fenómeno de la maternidad subrogada está siendo en la actualidad objeto de creciente interés en los medios de comunicación, que están tratando de llevarlo

al debate social en España. A este creciente interés ha colaborado sin duda la publicidad que le están dando los famosos que han recurrido a esta técnica²⁰ y la fuerte controversia a que han dado lugar algunos conocidos escándalos²¹.

La primera dificultad que presenta este procedimiento es la cuestión terminológica. Podemos encontrar en la literatura científica varias expresiones que pretenden referirse al mismo hecho sin ser, sin embargo, equivalentes. Así vemos que se utilizan, junto a la de “maternidad subrogada”, expresiones como “gestación por sustitución”, “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución”, “madres de alquiler”, “alquiler de útero”, “maternidad de encargo”, “maternidad portadora”, “subrogación uterina” etc. Como ha señalado Bellver, no todas ellas indican exactamente lo mismo pero tienen en común “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz un bebé y atribuirlo a otra, otro u otros”²².

Los autores utilizan cualquiera de las citadas expresiones indistintamente, si bien la más generalizada es la de “maternidad subrogada”, lo cual no está exento de críticas, pues hablar de subrogación cuando la gestante pone su material genético no es correcto y la palabra “maternidad” es mucho más amplia que la mera gestación²³. Por su parte hay que señalar que la legislación española ha optado por el término “gestación por sustitución”²⁴.

20 Son de sobra conocidas en España las celebridades que han recurrido a esta técnica para acceder a la paternidad o maternidad, se trata de casos como el de Miguel Bosé, Jaime Cantizano o la baronesa Thyssen. Entre los famosos extranjeros que han recurrido también a esta técnica y lo han dado a conocer, figuran entre otros Elton John, Ricky Martin, Sarah Jessica Parker, Nicole Kidman etc.

21 Bellver Capella, V., «¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», *SCIO. Revista de Filosofía*, 11, (2015), 2. Este autor en concreto cita los famosos casos de Baby M, Baby Gammy, y el del millonario joven japonés Mitsutoki Shigeta. Sobre el temprano caso de Baby M en concreto, consúltese Fernández-Pacheco, M.T., «La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 5, año CXXXVII, (1988), 660 y ss.

22 Bellver Capella, V., *op. cit.* 4

23 Souto Galván, B. «Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución», *Feminismols*, 8, (2006), 181-15, 182.

24 Es la expresión utilizada por el Informe Palacios (informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación In Vitro y la Inseminación Artificial Humanas) y la que utiliza el artículo 10 de la Ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

18 Sala de lo Civil, Sentencia núm. 696/2004, de 12 de julio.

19 STS de 6 de febrero de 2014, Fundamento de Derecho Quinto nº7.

Se trata de una modalidad de reproducción asistida con tantas implicaciones y posibilidades que definirla resulta excesivamente complejo, y cualquier intento de hacerlo suele resultar incompleto. Quizá, atendiendo a las diversas modalidades que puede revestir, se puede llegar a tener una idea cabal de esta técnica con todas sus variantes. En este sentido la doctrina²⁵ suele distinguir entre, por una parte, maternidad subrogada *plena* o *total*, que se refiere al supuesto en que la madre subrogada no solo gesta al bebé sino que aporta también el óvulo, siendo por tanto madre biológica del niño, y por otra parte maternidad subrogada *gestacional* o *parcial*, en la cual la madre subrogada tan solo aporta la gestación, siendo el material genético de los padres intencionales o bien procedente de donantes.

Pero esta simple clasificación no da cuenta de todas las posibilidades en juego, ni de la existencia en su caso del contrato de gestación, ni de la participación de entidades gestoras y mediadoras entre los sujetos participantes, ni de la diversidad de circunstancias que pueden concurrir, y sobre todo no da cuenta de la complejísima problemática y conflictualidad a que puede dar lugar. Más interesante resulta por ello el análisis de las distintas modalidades llevado a cabo por Bellver, que ayuda a comprender la complejidad del fenómeno a través de una clasificación que incluye varios criterios, a saber: (1) la finalidad con la que actúa la gestante; (2) las condiciones de entrega del bebé; (3) el origen de la dotación genética del bebé; (4) el tipo de padres legales que tendrá el bebé resultante de la maternidad subrogada; (5) la causa por la que se recurre a la subrogación; (6) la localización geográfica de los comitentes y la gestante; (7) el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; (8) las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante²⁶.

25 Ver al respecto entre otros: Godoy, O., «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina». En: Santos, J.A., Albert, M., y Hermida, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016, 238; Rodríguez-Yong, C.A., y Martínez-Muñoz, K.X., «El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense», *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, 2, (2012), 59-81, 60 y ss; Jiménez Muñoz, F.J., «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)», *Revista boliviana de Derecho*, 18, (2014), 405 y ss.

26 Bellver Capella, V., *op. cit.* 5.

A efectos de lo pretendido en este artículo, resulta esencial identificar a todos los sujetos que pueden intervenir en un procedimiento de maternidad subrogada. En primer lugar la persona o personas que encargan la gestación por sustitución para asumir después la paternidad-maternidad del hijo habido. Puede tratarse de una pareja heterosexual, una pareja homosexual o un bien de una mujer o un varón solos. A ellos se les denomina comitentes o bien padres o madres intencionales. Es posible que la dotación genética del bebé sea aportada por ellos, pero si eso no es posible, habrá que contar con la participación de otro varón y otra mujer donantes que aporten el material genético. En segundo lugar, otra de las partes implicadas es la mujer que va a gestar al bebé, aporte o no el óvulo. Un tercer agente lo constituye la entidad que, mediante contraprestación, se encarga de poner en contacto a los comitentes y la gestante y se suele ocupar de los trámites jurídicos y administrativos. Y por último el sujeto que a mi juicio resulta más vulnerable (junto con la gestante) y cuyos derechos pueden ser gravemente transgredidos por ser la parte más débil, por no tener voz: el hijo o los hijos que se pretenden "obtener" mediante este procedimiento. Entiendo que sus intereses y derechos están en riesgo, y precisamente la vulneración de los mismos es una de las principales causas que desaconsejan el recurso a esta práctica. Es justamente la protección de su interés superior el objeto principal del presente trabajo.

Ni la doctrina internacional, ni la jurisprudencia, ni la opinión social tienen una posición unánime al respecto de la permisibilidad o no de la gestación por sustitución, siendo muy amplio el abanico de posiciones al respecto, y conscientes de que están en juego la dignidad de la madre gestante y la del niño. Ciertamente algunos autores se muestran partidarios de una práctica a la cual consideran solidaria²⁷, pero hay otros que como Andorno han puesto en duda su carácter ético por constituir

27 Álvarez de Toledo Quintana afirma: "Nos aventuramos a mantener que no hay nada indigno en facilitar a otros la paternidad, con sacrificio del propio cuerpo, siempre que ello no suponga la prestación de un servicio remunerado". Álvarez De Toledo Quintana, L. «El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 6, nº2 (2014), 5-49, 21.

una instrumentalización y mercantilización tanto del niño como de la madre gestante y atentar contra su dignidad²⁸.

Al contrato de gestación por sustitución se refiere el Ordenamiento jurídico español en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), declarándolo nulo de pleno derecho, tanto si media como si no media precio, determinándose en estos casos la maternidad por el parto. El artículo deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico²⁹. Hay que destacar que algunos autores han puesto de manifiesto que aunque no existiera el mencionado artículo, el contrato de gestación por sustitución sería igualmente nulo en nuestro Derecho por ilicitud de su causa y de su objeto, puesto que la capacidad de gestar es una función que está fuera del comercio de los hombres³⁰. En resumidas cuentas, la maternidad subrogada, como en la mayoría de países de nuestra cultura jurídica, está prohibida. Aunque en otros muchos países, como Rusia, India, Ucrania, y algunos de Estados de los Estados Unidos, se muestran más permisivos al respecto³¹.

La disparidad de criterios legislativos en cuanto a la permisividad o no de la gestación por sustitución ha generado el llamado "turismo reproductivo", al propiciar que las personas en cuyo país no está permitida, sosla-

yando tal prohibición, acudan a otros países en los que sí pueden llevar a cabo esta práctica, con la pretensión de que se inscriba la filiación de los hijos así habidos en sus países de origen. Ello está dando lugar a una gran inseguridad jurídica y al surgimiento de muchos conflictos que los Tribunales nacionales e internacionales no están resolviendo de manera uniforme. Por ello algunos autores³² abogan por la necesidad de directrices internacionales que vengan a solucionar estos problemas³³, aunque otros señalan las dificultades que ello comportaría y dudan de su viabilidad³⁴.

3.2. Inscripción en España de la filiación derivada de la gestación por sustitución en un país extranjero. La protección del menor en estos casos

La identidad, la personalidad jurídica y la nacionalidad de las personas desde su nacimiento son derechos reconocidos y protegidos tanto en el ámbito nacional como internacional³⁵. Para ello es crucial la inscripción de los niños en el Registro Civil correspondiente tras su nacimiento. Pues bien, la inscripción en el Registro Civil Consular español de los nacidos fuera de España mediante gestación por sustitución, se ha convertido en un

32 Velarde D'Amil, Y., «Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución», *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, (2012), 68.

33 A ello responde el Informe preliminar publicado en marzo de 2012 por la Oficina Permanente de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sobre problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional (*A Preliminary Report on the Issues arising from International Surrogacy Arrangements*) [Publicación on line] disponible en <<https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>> [Consulta: 30/03/2017].

34 "La pregunta que debe plantearse con carácter previo es: ¿se puede regular esta práctica de modo que garantice efectivamente, tanto a nivel nacional como internacional, la libertad de la gestante y el interés superior del menor? Hay muchos motivos para dudar de que una regulación de la maternidad subrogada de alcance internacional y carácter lucrativo garantice la dignidad de las partes más débiles de la relación. Entre una prohibición -que pudiera no ser del todo eficaz e hiciera aflorar cierto mercado negro de la gestación por sustitución- y una regulación que probablemente no lograría prevenir muchos abusos e incrementaría el recurso a esta práctica, es razonable pensar en la primera de las alternativas como menos perjudicial". Bellver Capella, V., *op. cit.*, 11.

35 En el orden nacional en los artículos 17 y ss., así como 29 y ss., del Código Civil. En el ámbito internacional sólo haré referencia expresa a los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aunque es bien sabido que estos derechos están protegidos en muchos otros documentos y Tratados Internacionales.

28 Andorno, R., *Bioética y dignidad de la persona*, 2ªed, Tecnos, Madrid, 2012, 139 y ss.; Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, 140 y ss; Vidal Martínez, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid, 1988, 26.

29 En efecto, según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que por otra parte es idéntico a su predecesor en la Ley 35/1988, dice: "1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales."

30 Casado Blanco, M., e Ibáñez Bernáldez, M., «Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada», *Revista española de medicina legal*, 40 (2), (2014), 59-62.

31 Un repaso por algunas legislaciones se puede encontrar en Farnós Amorós, E., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *Indret Revista para el análisis del Derecho*, enero (2009), 17 y ss. En concreto esta autora repasa las legislaciones de Estados Unidos, Reino Unido, Israel, Bélgica y Grecia, explicando cómo solucionan en cada caso el posible conflicto entre los comitentes y la madre gestante.

problema que afecta al interés superior del menor y que ha llegado a los Tribunales. Tanto el Tribunal Supremo (TS), como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) han sentado jurisprudencia al respecto.

El Pleno de la Sala de lo Civil del TS en Sentencia de 6 de febrero de 2014³⁶ sentó jurisprudencia en España poniendo fin a un caso que ha sido seguido por la doctrina desde sus inicios³⁷.

Sinteticemos el caso: dos varones españoles casados entre sí solicitaron en el Registro Civil Consular de Los Ángeles la inscripción del nacimiento de dos niños nacidos en San Diego mediante gestación por sustitución, para poder determinar así la filiación de los niños a su favor.

El encargado del Registro Civil Consular denegó tal solicitud invocando para ello el artículo 10 de la LTRHA, que como ya sabemos, prohíbe categóricamente la maternidad subrogada y establece la filiación a favor de la madre gestante. Ante tal negativa, los pretendidos padres intencionales interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) la cual, mediante Resolución de 18 de febrero de 2009³⁸, lo estimó ordenando la inscripción de los niños a favor de los solicitantes.

El Ministerio Fiscal impugnó dicha Resolución, impugnación que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia en sentencia de 15 de septiembre de 2010, procedimiento 188/2010, la cual dejó sin efecto la inscripción. Ante tal sentencia la DGRN respondió inmediatamente con una Instrucción de 5 de octubre del mismo año, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución³⁹, en la que estableció una política favorable a la

inscripción de la filiación en favor de los padres comitentes. Dicha resolución ha sido objeto de un intenso debate doctrinal. Enseguida hubo autores que aplaudieron la postura de la DGRN mientras que otros se mostraron muy críticos con la misma al entender que no se sostenía formalmente y que en la práctica suponía respaldar el fraude de ley derivado del turismo reproductivo⁴⁰.

Mientras tanto, el caso que nos ocupa siguió su itinerario ante los tribunales, y mediante su recurso dio lugar a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011 que siguió la tónica iniciada por la sentencia de primera instancia.

Finalmente los recurrentes acudieron al TS quien, como decíamos antes, estableció jurisprudencia al dictar sentencia el Pleno de la Sala de lo Civil en sentencia de 6 de febrero de 2014, desestimando el recurso de casación interpuesto.

Tanto la sentencia del TS como la instrucción de la DGRN tratan de atender al interés superior de los menores, pero evidentemente lo hacen a través de cauces distintos. La DGRN considera que lo mejor para el niño es la inscripción de su filiación natural a favor de los padres comitentes. El TS no se muestra de acuerdo con ello, pudiendo recapitular su postura al respecto en los siguientes puntos: 1º) la filiación cuyo acceso se pretende al Registro es contraria al orden público español: la legislación del Registro Civil español exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera, en este caso la encargada del Registro civil de California, no debe limitarse solo a los aspectos formales sino también debe

36 Nº de Resolución: 835/2013, Roj: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247. El ponente de esta sentencia fue el Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Sarazá Jimena.

37 De Verda y Beamonte, J.R., «Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)», *Diario La Ley*, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010.

38 [Publicación en línea] Disponible en <<http://www.asesoriaempresas.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/50165/resolucion-dgrn-de-18-de-febrero-de-2009-inscripcion-de-nacimiento-acaecido-en-california-por-m>>, [Consulta: 31/03/2017].

39 Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filia-

ción de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE de 7 de octubre de 2010, Sec.I. p. 84803. Disponible en <https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317> [Consulta:31/03/2017].

40 Se han mostrado críticos con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010: Farnós Amorós, E., *op. cit.*; De Verda Beamonte, J.R., *op. cit.*; Jiménez Muñoz, F.J., *op. cit.*; Por el contrario otros autores consideran la postura de la DGRN tanto en la Resolución citada como en la Instrucción como pionera, vanguardista y audaz: Calvo Caravaca, A-L., y Carrascosa González, J., «Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 2, (2009), 294-319; Vela Sánchez, A.J., «Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014», *Diario La Ley*, Nº 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014.

extenderse a las cuestiones de fondo, y en este caso la cuestión de fondo es que la gestación por sustitución no está permitida en el ordenamiento jurídico español⁴¹. 2º) Denegando la inscripción no se vulnera el interés superior del menor. Éste no se puede aplicar indiscriminadamente sin tener en cuenta otros intereses concurrentes, de hecho tiene en cuenta otros bienes constitucionales como el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, la evitación de la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes pobres, y la necesidad de impedir la mercantilización de la gestación y la filiación⁴². La invocación indiscriminada del interés del menor no puede servir de tabla rasa para cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional. 3º) “La aplicación del principio de la consideración primordial del interés del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma”⁴³. 4º) Determinar la filiación de un menor a favor de quien lo encarga mediante gestación por sustitución, supone convertir al menor en objeto de tráfico mercantil, y ello atenta contra la dignidad del menor⁴⁴. 5º) No hay vulneración del respeto a la vida privada y familiar que regula el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Fundamentales, pues aunque la

denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas supone una injerencia en la vida familiar, tal injerencia está justificada⁴⁵.

Considera el TS que a la protección de los menores no puede llegarse aceptando acríticamente las consecuencias de un contrato prohibido como lo es el de gestación por sustitución, sino que tal protección debe otorgarse partiendo de la ley y los convenios aplicables en España.

Así, los menores no quedarían en ningún caso desprotegidos, el TS entiende que no es verosímil plantear que en este caso los menores serían enviados a un orfanato o a los Estados Unidos (como habían planteado los recurrentes), y que la protección a los menores ha de otorgarse aplicando como decíamos la legislación española y los Convenios Internacionales de los que España es parte, así como de la jurisprudencia que los interpreta y los aplica. De este modo, entendió el Tribunal, con referencia al artículo 8 del CEDH, que si los menores ya tenían relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución habría de buscarse partiendo de este dato y permitiendo el desarrollo y la protección de esos vínculos⁴⁶. Señala el Tribunal que en aplicación del artículo 10.3 de la LTRHA se podía determinar la filiación del padre biológico y el otro varón podía, previo consentimiento de la madre gestante, adoptar a los niños sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad del artículo 176 del CC.

Según De Verda esto último supone que la legislación española indirectamente contempla mecanismos

41 “La decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”. (FDº Tercero, nº10).

42 “Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación. Se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993”. (FDº Quinto, nº7).

43 FDº Quinto nº6

44 “La mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil” (FDº Quinto, nº8).

45 “Tampoco se vulnera el derecho al respeto de la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales. La denegación del reconocimiento de la filiación determinada por las autoridades californianas con base en el contrato de gestación por sustitución, siendo efectivamente una injerencia en ese ámbito de vida familiar, reúne los dos requisitos que la justifican según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de junio de 2007, caso Wagner y otro contra Luxemburgo : (i) está prevista en la ley, pues esta exige que en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación” (FDº Quinto nº10)

46 FDº Quinto, nº11.

que permiten eludir la prohibición de la gestación por sustitución, ya que como hemos visto, el varón padre biológico de los así nacidos puede reclamar la paternidad y el otro miembro de la pareja puede adoptar a los hijos habidos mediante esta técnica. El autor califica la solución de absurda, porque si esto es así, dice, “¿por qué no se admite directamente la gestación por sustitución y se evita un proceso más largo y complejo, que va a llegar al mismo resultado?”⁴⁷ Frente a ello Albert argumenta: “en mi opinión, la razón tiene que ver, por una parte, con que, si bien nuestro ordenamiento jurídico ha admitido el matrimonio homosexual y la adopción por parte de parejas homosexuales, esto no implica que pueda ni deba certificar un hecho imposible, como es el de la filiación natural por parte de personas del mismo sexo, por más que esa filiación sea anhelada por las parejas homosexuales”⁴⁸.

También la jurisprudencia del TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse varias veces en torno a la cuestión de la inscripción en los países de los padres intencionales de la filiación de los menores nacidos mediante contrato de gestación por sustitución en un país extranjero. Esta doctrina resulta ser contrapuesta a la de nuestro alto Tribunal. En sendas sentencias de 26 de junio de 2014, asunto 65192/2011 *Mennesson* contra Francia, y asunto 65941/2011 *Labassee* contra Francia, declara este Tribunal que, negar la inscripción de la filiación de los hijos nacidos en un país extranjero mediante convenio de gestación por sustitución viola el artículo 8 de la CEDH, y por tanto se debe proceder a dicha inscripción⁴⁹.

Con ocasión de esta nueva jurisprudencia del TEDH, se planteó ante el TS un incidente de nulidad de actuaciones contra la STS de 6 de febrero de 2014. El Auto del TS de 2 de febrero de 2015⁵⁰ que resuelve dicho incidente de nulidad confirma la doctrina de la mencionada sentencia, afirmando que la misma protege el

interés de los menores al permitir la fijación de las relaciones paterno-filiales mediante la determinación de la filiación paterna biológica de uno de los recurrentes y la formalización de las relaciones familiares ‘de facto’ a través de la adopción por parte del otro recurrente, de modo que se protege en todo momento la unidad familiar. El Auto señala además las diferencias que existen entre los casos franceses y el caso español.

3.3. Las prestaciones de maternidad en los casos de maternidad subrogada y la protección del interés del menor

Qué duda cabe de que las prestaciones de maternidad y paternidad redundan en el interés del menor, puesto que gracias a ella se facilita, entre otras cosas, el mejor cuidado de los niños en sus primeros meses de vida y el afianzamiento de los vínculos físicos y afectivos entre padres e hijos.

Las prestaciones de maternidad están reguladas en el Ordenamiento jurídico español en los Artículos 45.1 y 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como en los artículos 133bis y 133ter de la Ley General de la Seguridad Social y en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia. La prestación por maternidad subrogada no tiene encaje en todas estas previsiones legales, por lo que cabría plantearse si en tal caso hay una laguna legal y si sería por tanto posible la extensión analógica de la ley al supuesto de la madre subrogante⁵¹.

A pesar de que el supuesto no está expresamente contemplado en la legislación, las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia⁵² se han pronuncia-

51 Al respecto consúltese Moreno Pueyo, J.M., «Maternidad subrogada y prestación de maternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 116, (2015).

52 Sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 5 de mayo de 2010, recurso 539/2010; Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 30 de noviembre de 2009, recurso 1282/2008; Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, recurso 1604/2012; Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2012, recurso 6240/2012; Sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012, 1875/2012 y de 13 de marzo de 2013, recurso 3783/2012.

47 De Verda Beamonte, J.R., *op. cit.* 4.

48 Albert Márquez, M., «Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, N° 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012, 4.

49 Consúltese al respecto el trabajo de Godoy, O., *op. cit.* 255 y ss.

50 N° de Recurso: 245/2012, Roj: ATS 335/2015 - ECLI: ES:TS:2015:335ª, Ponente Excmo. Sr. Magistrado don Rafael Sarazá Jimena.

do a favor de conceder la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad subrogada, aplicando la legislación por analogía al supuesto de adopción, y alegando el interés superior del menor al señalar que “la atención o cuidado del menor y el estrechamiento de los lazos del padre y de la madre con el mismo es lo prioritario y fundamental”⁵³.

Pero el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en dos pronunciamientos de 18 de marzo de 2014, sobre dos cuestiones prejudiciales planteadas, la primera por un Tribunal británico (C 167/12) y la segunda por un Tribunal irlandés (C 363/12) relativas ambas a la prestación de maternidad en los supuestos de maternidad subrogada, niega que las normas comunitarias impongan a los ordenamientos nacionales el reconocimiento de este derecho para las madres subrogantes⁵⁴.

Tras los pronunciamientos del TJUE, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, en sentencia de 13 de mayo de 2014, denegó la prestación de maternidad a una madre subrogante, cambiando radicalmente la doctrina anterior de las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia que ya hemos visto. Sin embargo, como ha señalado Moreno Pueyo, la Sala del País Vasco dictó sentencia sintiéndose obligada por la jurisprudencia del TJUE y muy a su pesar, suscitando dos cuestiones interesantes al respecto: “¿verdaderamente las circunstancias concurrentes en la madre intencional son irrelevantes en todo caso a la hora de resolver sobre los efectos jurídicos derivados de una maternidad subrogada? (se trata de una mujer sola de 64 años de edad). En segundo lugar ¿puede afirmarse que las dos sentencias del TSJUE implican necesariamente una respuesta negativa a las solicitudes de prestación de maternidad de las madres intencionales, dejando sin margen de maniobra a los

tribunales nacionales?”⁵⁵ Este autor sostiene que la ausencia de previsión de la prestación por maternidad a las madres o padres subrogantes no supone la existencia de una laguna legal, sino que obedece a una decisión consciente y deliberada del legislador español, coherente con la prohibición del contrato de gestación por sustitución. Y concluye también que no cabe la extensión analógica del derecho a la prestación por maternidad a favor de los padres intencionales basada en la asimilación de la maternidad subrogada a la adopción o acogimiento.

Por su parte Polo Sánchez⁵⁶ se muestra crítica con los pronunciamientos del TJUE por dos motivos: 1º) El pronunciamiento del TJUE “se opone con toda evidencia a la interpretación amplia favorable siempre a la protección de la trabajadora y que, en este supuesto, no encuentra acomodo, por asimilación, con la figura de la adopción”. 2º) La sentencia no menciona a qué otras acciones podría acogerse la trabajadora, el resultado es que la trabajadora tiene que acudir a su trabajo con normalidad teniendo un bebé en casa.

El supuesto de la prestación de maternidad, contemplado desde la perspectiva del interés del menor, plantea disyuntivas difíciles de resolver. Lleva razón Moreno Pueyo al afirmar que no cabe la extensión analógica de la ley en este caso y que no estamos ante una laguna legal, puesto que contemplar expresamente el caso de esta prestación para las madres y padres subrogantes, hubiera supuesto una absurda contradicción por parte del legislador con la prohibición expresa de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento. Y también es cierto que tal y como está regulada esta prestación en la normativa antes registrada, se contempla como un derecho de la madre o el padre, y no como un derecho del menor. Sin embargo, sostengo, como decía en el inicio de este epígrafe, que se trata de un derecho que necesariamente redundaría en interés del menor. Al margen de lo criticable que pueda ser el modo en que se ha producido el nacimiento de estos niños, lo cierto es que están ahí, y necesitan de cuidados especialísimos en los

53 Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Asturias de 20 de noviembre de 2012, recurso 1604/2012.

54 En el caso del primer pronunciamiento se analiza la Directiva 92/85 de Medidas para promover la mejora de la seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y la Directiva 2006/54 sobre igualdad de trato entre los trabajadores y las trabajadoras. En el caso de la Cuestión prejudicial interpuesta por el Tribunal irlandés se analizan también la Directiva 2006/54 y la 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

55 Moreno Pueyo, J.M., *op. cit.* 39.

56 Polo Sánchez, M.C., «Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D». *Ars Iuris Salmanticensis*, Reseña de Jurisprudencia, 2, (2014).

primeros días de vida así como desarrollar el apego con sus cuidadores primarios, que en este caso son los padres de intención. Ahora bien, la cosa se complica todavía más si consideramos que es posible que los comitentes no sean las personas más idóneas para el ejercicio de la paternidad-maternidad. Pero eso es algo que pretendo abordar en el siguiente epígrafe.

3.4 Intereses de los menores que también pueden ser vulnerados en los supuestos de maternidad subrogada

Además de los dos supuestos que hemos examinado en los epígrafes anteriores, hay otras cuestiones que observar en el contexto de la gestación por sustitución que afectan directa o indirectamente al interés superior del menor.

Son muchos los autores que se oponen a esta práctica por considerar que atenta contra la dignidad de la madre gestante y del niño, pues son considerados como objeto de comercio. Como ha señalado Gómez Sánchez, “no hay discusión posible acerca de que la dignidad de la persona humana impide que sea objeto de un contrato y acerca de que el Ordenamiento jurídico no permite contratos de servicios como el de alquiler de útero”⁵⁷, pues ello supondría una cosificación y una mercantilización del niño. Y los hijos no son una cosa, sino un don. El contrato de gestación por sustitución se ha planteado en la opinión pública como un derecho, en efecto, López Guzmán y Aparisi Miralles han puesto de manifiesto cómo se reclama el recurso al vientre de alquiler previo acuerdo contractual remunerado como un derecho en el contexto propiciado por la llamada ideología de género de los denominados “derechos sexuales y reproductivos”⁵⁸. En estos acuerdos se corre el riesgo de que al hijo se le vea como el objeto de un contrato y defender de esta manera un posible derecho al hijo como resultado de un proceso por el que se han pagado grandes cantidades de dinero. No se puede defender la existencia de un derecho al hijo, en todo caso

son los hijos los que tendrían derecho a tener padres y a conocerlos y ser cuidados por ellos en la medida de lo posible⁵⁹. Pero en estos contratos parecen primar el deseo o los intereses de los adultos sobre los derechos de los niños. La instrumentalización del niño atenta claramente, a mi juicio, contra su interés.

Por otra parte, Rodríguez-Yong y Martínez-Muñoz, al exponer las razones por las que la jurisprudencia de algunos Estados de los Estados Unidos consideran los contratos de gestación subrogada contrarios al orden público, han señalado que éstos “atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse al niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana”⁶⁰, como es la relación que se establece entre la madre gestante y el hijo. Ello es más grave todavía en los casos en los que la gestante es además madre biológica del niño.

En la gestación subrogada se puede producir una contraposición entre los intereses de la gestante y los del niño. Teniendo en cuenta que aquella deberá desprenderse del niño después del parto, es lógico suponer que intentará por todos los medios no implicarse emocionalmente con él. Sin embargo, cada vez sabemos más de la importancia de los lazos físicos y afectivos que se producen entre madre e hijo durante la gestación, y que estos lazos son importantísimos para el desarrollo posterior del hijo. Como acertadamente se cuestiona Bellver, “¿es correcto que el Estado (al regular estos contratos) cree situaciones en las que lo más conveniente para la gestante (no generar apego hacia la vida que está gestando) es contrario a lo más conveniente para el bebé (contar con el afecto materno a lo largo de todo el embarazo)?” ello, añade, es un reto injusto y difícil para la madre⁶¹. Pero además, no hay que desconocer el sufrimiento del niño al separarlo de la gestante, pues éste reconoce el olor, el tacto, los

57 Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994, 141.

58 López Guzmán, J., y Aparisi Miralles, A., «Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada», *Cuadernos de bioética*, XXIII, 2ª, (2012), 256.

59 Así lo defiende el artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño al decir: “1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.”

60 Rodríguez-Yong, C.A., y Martínez Muñoz, K.X., *op. cit.* 70.

61 Bellver Capella, V., *op. cit.* 15 y ss.

latidos del corazón y el sonido de la voz de aquella, con la que ha iniciado ya el proceso de apego, crucial desde el inicio de la existencia.

Es posible, por otra parte, que se generen discrepancias entre los padres comitentes y la madre gestante acerca del modo de llevar adelante el embarazo y de los cuidados que durante el mismo debe tener el bebé. El caso más extremo en este contexto sería aquel en el que se plantean desacuerdos sobre la continuidad o no de la gestación, por ejemplo cuando el niño concebido tiene alguna malformación o discapacidad. Es posible que los padres de intención rechacen en este caso al niño, pues al haber pagado un precio por el mismo, entra dentro de la lógica de mercado querer “controlar la calidad” de aquello por lo que han pagado, por muy crudo que resulte exponerlo así⁶².

Se invoca el interés del menor a la hora de determinar debidamente su filiación para que éste goce de los derechos inherentes a la misma, pero como ha puesto de relieve Moreno Pueyo no “necesariamente redundan en interés del menor que la filiación se determine a favor del padre o madre comitente en un contrato de maternidad subrogada”⁶³. En efecto, nadie se ocupa de los requisitos exigibles a los padres comitentes, de su idoneidad, como sí ocurre, sin embargo, en los procedimientos de adopción, cuyas reglas se suelen invocar para que sean aplicadas analógicamente al contrato de gestación de sustitución. Y la capacidad de los comitentes para asumir las responsabilidades y deberes que comporta la paternidad, su capacidad económica o sus características psicológicas no son precisamente triviales para el interés del menor.

Otra cuestión que puede entrar en colisión con los derechos de los niños es la problemática que la gestación por sustitución genera en el terreno de la iden-

tidad, y del derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos. Por una parte, es posible que en el contrato de gestación se prevea la ruptura total de vínculos entre los padres comitentes y la madre gestante. Con lo cual el niño nunca podrá conocer a la mujer que lo llevó en su seno, y que en algunos casos es posible que sea además su madre biológica. Por otra parte, puede darse que la fecundación del hijo haya tenido lugar con material genético de donantes, en cuyo caso, habida cuenta del anonimato de la donación, se le impide al hijo investigar sus orígenes, cosa que por otro lado es un derecho constitucional⁶⁴.

Y por último, como ha indicado Bellver, no hay que olvidar el impacto psicológico y social en el hijo al conocer las circunstancias en que fue concebido “si ya resulta difícil asimilar una adopción, es previsible que los hijos de una subrogación internacional padezcan dificultades análogas o incluso superiores para asimilar sus orígenes”⁶⁵.

4. Conclusiones

Nos enfrentamos a una fuerte presión social para que se regule en España el contrato de gestación por sustitución, y admitirlo así como otra “técnica de reproducción asistida”. En la opinión pública se ha extendido la creencia de que esta técnica sería un derecho al que podrían acceder las personas que de otra manera no tendrían hijos. Las partes en el contrato serían el/la/los/las comitentes y la mujer gestante, y entre ellas mediaría algún tipo de agencia o sociedad dedicada a tramitar este tipo de acuerdos. El hijo, sería el objeto a conseguir. Se podrían regular muy minuciosamente, como ya ocurre en algunos países, las condiciones de estos contratos, pero cualquier regulación no está exenta de disyuntivas y elecciones que el legislador deberá hacer tratando de proteger a las partes más débiles. En cuanto a la madre subrogada, parece que para evitar su explotación, la opinión más extendida es que el contrato no sea one-

62 Un caso paradigmático sería el conocido escándalo de Baby Gammy. “Una pareja australiana subrogó el útero de una mujer tailandesa de campo para tener un hijo. A los siete meses de embarazo se descubrió que la mujer llevaba mellizos, un niño y una niña, y que el niño padecía Síndrome de Down. Al enterarse, la pareja le dijo a la gestante que abortara el bebé enfermo y ella se negó por razones de conciencia. Tras el nacimiento de los mellizos en diciembre de 2013, la pareja australiana se llevó a la niña y dejó al niño, mundialmente famoso como Baby Gammy, con su madre biológica”, en Bellver Capella, V., *op. cit.* 2.

63 Moreno Pueyo, J.M., *op. cit.* 47.

64 De este supuesto en particular me he ocupado en otro trabajo, ver al respecto Garibo Peyró, A.P., «Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?», *Biotecnología y Posthumanismo*, Ballesteros, J., y Fernández, E., (coordinadores), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.

65 Bellver Capella, V., *op. cit.* 17.

roso. Pero en cuanto al hijo, no parece que ninguna regulación pueda evitarle el desgarramiento de la separación de la madre que lo gestó, su mercantilización, los problemas de identidad y problemas psicosociales que en su caso pueda tener, la imposibilidad en algunos casos de conocer sus orígenes biológicos y otros problemas que afectan a su interés superior.

Referencias

- Albert Márquez, M., "Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil", *Diario La Ley*, Nº 7863, Sección Doctrina, 22 de mayo de 2012.
- Álvarez De Toledo Quintana, Lorenzo, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, nº2 (Octubre 2014), pp.5-49.
- Andorno, R., *Bioética y dignidad de la persona*, 2ªed, Tecnos, Madrid, 2012.
- Bellver Capella, V., "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, nº 11, Noviembre de 2015, pp. 1-24.
- Calvo Caravaca, A-L., y Carrascosa González, J., "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 1, Nº 2, Octubre 2009, pp. 294-319;
- Casado Blanco, M., e Ibáñez Bernáldez, M., "Reflexiones legales y éticas en torno a la maternidad subrogada", *Revista española de medicina legal*, 2014; 40(2):pp. 59-62.
- De Bartolomé Cenzano, J. C., "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, septiembre 2012, pp. 46-59
- De Verda y Beamonte, J.R., "Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)", *Diario La Ley*, Nº 7501, Sección Tribuna, 3 Nov. 2010.
- Farnós Amorós, E., "Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, enero 2009, pp. 1-25.
- Fernández-Pacheco, M.T., "La maternidad subrogada en Norteamérica: la sentencia de Baby M", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Nº 5, año CXXXVII, mayo de 1988, pp. 647-683.
- Garibo Peyró, A.P., "Hijos de padre anónimo, ¿una nueva categoría discriminatoria?", *Biotecnología y Posthumanismo*, Jesús Ballesteros y Encarnación Fernández (coordinadores), Thomson-Aranzadi, Madrid, 2007.
- Garibo Peyró, A.P., *Los Derechos de los Niños: una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.
- Godoy, O., "Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la legislación de los Estados miembros en materia de subrogación uterina" en Santos J.A., Albert, M., y Hermida, C., *Bioética y nuevos derechos*, Comares, Granada, 2016.
- Gómez Sánchez, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- Jiménez Muñoz, F.J., "Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)", *Revista boliviana de Derecho*, nº18, julio de 2014, pp. 400-419.
- Liebel, M., "Sobre el interés superior de los niños y la evolución de las facultades", *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 49, 2015, pp. 43-61.
- López Guzmán, J., y Aparisi Miralles, A., "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de bioética*. 2012; 23(78): 253-267.
- Martín Ostos, J., "En torno al interés superior del menor", *Anuario de justicia de menores*, Nº12, 2012, págs. 39-66.

- Martínez Calvo, J., "La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3ter, diciembre 2015, pp. 198-206.
- Moreno Pueyo, J.M., "Maternidad subrogada y prestación de maternidad", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, N° 116, 2015, pp.21-53.
- Polo Sánchez, M.C., "Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de marzo de 2014, asunto C-167/12, C.D.", *Ars Iuris Salmanticensis*, Reseña de Jurisprudencia, vol. 2, diciembre 2014.
- Revetllat Ballesté, I., "El interés superior del niño: concepto y delimitación del término", *Educatio siglo XXI*, Vol. 30 n° 2, 2012, pp. 89-108,
- Rivero Hernández, F., *El interés del menor*, 2ª ed, Dykinson, Madrid, 2007.
- Rodríguez-Yong, C.A., y Martínez-Muñoz, K.X., "El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2, diciembre 2012, pp. 59-81.
- Souto Galván, B., "Dilemas éticos sobre la reproducción humana. La gestación de sustitución", *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, pp. 181-215.
- Talavera, P., "Los derechos de autonomía y el interés superior como ejes de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Problemas y paradojas", *Revista de Derechos humanos*, Universidad de Pirua, Vol. 3/2012, pp. 75-114.
- Vela Sánchez, A.J., "Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014", *Diario La Ley*, N° 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014.
- Velarde D'Amil, Y., "Comentario a la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 949/2011 826 23-11-2011: no inscripción en el Registro Civil de los menores nacidos mediante gestación por sustitución", *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3, septiembre de 2012, pp. 61-70.
- Vidal Martínez, J., *Las nuevas formas de reproducción humana*, Civitas, Madrid, 1988.



LA SUBROGACIÓN EN LA MATERNIDAD. FENOMENOLOGÍA DE UNA INTERACCIÓN HUMANA DESPERSONALIZADORA

SURROGACY IN MATERNITY.

A DEPERSONALISING HUMAN RELATIONSHIP PHENOMENOLOGY

ANTONIO CASCIANO*

Universidad de Salerno. Campus Universitario.

Calle Giovanni Paolo II, Fisciano (SA) – 84084.

E-mail: antocasciano80@gmail.com

RESUMEN:

Palabras clave:

Maternidad subrogada;
madre gestante;
dignidad humana;
explotación; cuerpo femenino; deseo de genitorialidad;
elección libre;
empatía en las relaciones humanas.

Recibido: 19/09/2016

Aceptado: 04/06/2017

Los problemas éticos y bioéticos que se presentan en la práctica de la Maternidad Subrogada giran alrededor de sus protagonistas: la pareja comitente, con su demanda de ver realizado el deseo de paternidad y maternidad y la solicitud de disponer del cuerpo de otra mujer para que se puedan cumplir sus aspiraciones; la madre gestante, con las repercusiones físicas y psíquicas derivadas del papel desempeñado en el contrato de subrogación, así como los riesgos de explotación y cosificación conectados a su posición; el niño, con su derecho a crecer contando con la certeza de sus relaciones parentales y con el hecho de ver preservado su equilibrio afectivo y relacional. La importancia humana y antropológica de estas cuestiones, unida a la difusión creciente de esta práctica en el mundo, ha interpelado nuestra conciencia moral. En este contexto demanda una atención particular la figura de *la madre gestante*, la parte contractualmente más débil y más afectada entre las involucradas en el pacto de subrogación. En este sentido, el objetivo del presente trabajo es llevar a cabo un análisis fenomenológico de las diversas etapas del procedimiento de subrogación, desde las primeras fases de recolección y clasificación de la información relativa a las candidatas, hasta a la etapa de la inseminación y de sus consecuencias, en lo que concierne a la vida privada de la portadora. Por otro lado, también se intenta justificar la existencia de un paralelismo, en cuanto a la instrumentalización del cuerpo femenino, entre la práctica de la maternidad por subrogación y la prostitución. Por último, se examina la cuestión relativa a la efectiva emancipación social de las mujeres portadoras en los países más pobres, la autonomía real y la libertad de su elección, así como los rasgos que suelen caracterizar el deseo de paternidad de la pareja comitente. El estudio llevado a cabo nos ha permitido concluir que esta práctica implica, siempre, un grado de explotación, física, psíquica y moral, de la gestante que hace aconsejable su prohibición a nivel global.

ABSTRACT:**Keywords:**

Surrogate
motherhood;
human dignity;
exploitation;
female body;
paternity desire;
free choice.

Ethical and bioethical problems, which are typical of the practice of surrogate motherhood, refer to its protagonists: the couple that orders it, due to its demand to satisfy the desire of paternity and maternity and the promptness of having a female body to fulfill its aspirations; the expectant mother, and the physical and psychic repercussions coming from the role performed in the surrogacy contract, as well as the risks of manipulation and exploitation, related to her position; the baby and his right to grow counting on the certainty of his parental relationships and on the preservation of his emotional balance. The human and anthropological importance of these issues, along with the growing development of this practice in the world, has questioned our moral conscience. In this context, the expectant mother, the weakest and the most affected part among the parts involved in the surrogacy contract, demands a particular attention. In this sense, the aim of this work is to lead a phenomenological analysis of the different steps of the practice of surrogacy, from the first stage of collection and classification of the information referring to the candidates, to the stage of the insemination and of its consequences about to the private life of the expectant. On the other hand, this work tries to justify the existence of a parallelism, as for the exploitation of the female body, between the practice of surrogate motherhood and prostitution. Finally, the issue relating to the effective social emancipation of the surrogate women in poor countries, the real autonomy and the freedom of their decision, as well as the typical features of the desire of paternity of the ordering couple are dealt with. The carried out study has allowed to conclude that this practice always implies a degree of physical, psychic and moral exploitation of the expectant mother, which suggests its prohibition at global level.

1. Introducción

La reflexión aquí propuesta tiene como objeto el tema de la Maternidad Subrogada (desde ahora MS). Como es bien conocido, se trata de una práctica de reproducción humana que consiste en el hecho de que una pareja, normalmente sin hijos a causa de la esterilidad de la mujer, solicita a otra mujer, la madre subrogada, que sea inseminada artificialmente con el semen del marido, unido al óvulo de su propia mujer en una fecundación *in vitro*, y que lleve a cabo la gestación con el compromiso de entregar el recién nacido a la misma pareja contratante inmediatamente después del alumbramiento. Dicho acuerdo puede incluir retribución económica o ser gratuito¹.

La terminología normalmente usada para designar esta práctica de reproducción artificial humana, es variada y no unívoca, así que se habla indistintamente de: maternidad por subrogación, maternidad subrogada, maternidad comisionada, alquiler de vientre, contrato de maternidad. Sin embargo,

“solo algunos son los casos de la subrogación efectiva: la inseminación directa en el útero de la mujer subrogada, con el semen del hombre de la pareja comitente (obteniendo una donación tanto del óvulo como del útero de la subrogada). También estaría el caso de la sola implantación en el útero de la madre subrogada de un embrión ya fecundado con los gametos de la pareja comitente”².

No obstante las dificultades de ofrecer unas estadísticas oficiales relativas a la difusión efectiva de dicha práctica en el mundo, parece posible indicar unos factores que denotan un acceso creciente a la MS a nivel planetario: 1) la presencia en la red de toda una serie de organismos privados que ofrecen servicios relacionados con la MS, desde la mera actividad de mediación entre demanda y ofrenda de vientre, a las actividades

1 Shalev, C. *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, 92.

2 Pizzo, A. [Publicación en línea] “Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive”, *Dialeghetai*, 2016, <<http://mondodomani.org/dialeghetai/ap03.htm>> [consulta: 20/04/2016].

comerciales ofrecidas por las clínicas especializadas en el tratamiento de la infertilidad; 2) el número creciente, en los medios de comunicación social, de los casos relacionados con la práctica de la MS; 3) el aumento de los problemas legales que el reconocimiento jurídico de los efectos producidos por esta práctica va progresivamente poniendo³.

Si bien la MS ha sido un tema de interés jurídico desde hace treinta años⁴, en los últimos tiempos asistimos a un incremento en la atención pública y mediática hacia esta cuestión, en particular por lo que concierne a los problemas jurídicos generados por los casos de MS practicada en Europa o también fuera de sus confines. Cuando en los límites europeos, cuando el nacimiento sea la consecuencia de un contrato de subrogación, pueden surgir numerosas dificultades tanto en lo que concierne a la adquisición y al ejercicio de las responsabilidades genitoriales, como en la aplicación de las normas en materia de filiación legítima y herencia. En algunos Estados europeos, las leyes han decidido enfrentarse a estos problemas recurriendo a institutos clásicos del derecho de familia, como, por ejemplo, la adopción⁵, mientras que en otros han rechazado estas soluciones en nombre de una exigencia de tutela del orden público⁶.

En cuanto a los casos de la MS practicada fuera de los límites europeos, a los problemas mencionados pueden sumarse otros. Las leyes de Ucrania, Rusia y California prevén, por ejemplo, que la madre comitente llegue a ser automáticamente madre legal del recién nacido, mientras que en la mayoría de los Países europeos, la

maternidad legal está conectada directamente con el alumbramiento, es decir, con la madre natural. Dificultades análogas pueden surgir con respecto tanto de la paternidad legal, como de los derechos del recién nacido, relativos a la nacionalidad, a la residencia y al regreso a los Países de origen de los padres⁷.

La exigencia de garantizar una tutela más eficaz de las mujeres y de los menores implicados en esta práctica, es decir, de los sujetos más débiles, a través de una normativa comunitaria más uniforme, llevó a proponer, tanto al Parlamento Europeo como al Consejo de Europa, unas Resoluciones que regulasen, y por lo tanto legitimasen, la MS en el contexto de los países europeos. El Parlamento Europeo primero⁸, y el Consejo de Europa después⁹, han rechazado esas propuestas y, por tanto, la práctica de la MS, aunque prevista y regulada en algunos de los Estados miembros, no ha encontrado un reconocimiento formal en el ámbito de los organismos comunitarios. Tampoco ha sido reconocida en sede jurisdiccional. Hace unos meses, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos resolvió un caso por demanda de padres comitentes en el sentido de que, al no existir vínculo biológico, "en ningún caso *puede establecerse el vínculo jurídico paterno-filial* y que, por tanto, no puede existir una relación familiar entre el menor y la pareja comitente"¹⁰.

7 Como en el caso conocido como "Mennesson *contra* France", estudiado por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

8 Cfr. Resolución del Parlamento Europeo del 17 de diciembre de 2015 sobre la relación anual en tema de derechos humanos y la democracia en el mundo en 2014 y sobre la política de la Unión Europea en materia. En particular, en el par. 115, se lee: "Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos".

9 El 15 de marzo de 2016, la Comisión de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo sostenible, rechazaba la relación hecha por Petra de Sutter, senadora y miembro de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que llevaba como título: "Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la subrogación" y que aspiraba al reconocimiento legal y a una regulación mínima de la práctica de la MS en Europa.

10 Me refiero a la sentencia pronunciada el día 24/01/2017 y que ha cerrado definitivamente el caso *Paradiso-Campanelli vs Italia*. Es posible leerla aquí: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170359>>.

3 Parlamento Europeo [Publicación en línea] "El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la Unión Europea", 3, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET%282013%29474403%28SUM01%29_ES.pdf> [consulta 10/04/2016].

4 Piensé al famoso caso conocido como "Baby M". En el año 1985, exactamente el 6 de febrero, una pareja de esposos decidió llegar a un acuerdo con la Sra Whitehead para que mediante inseminación artificial el Señor Stern y su esposa llegaran a ser padres. Cuando nació la niña, la Sra Whitehead la entregó, pero un día decidió ir a verla y llevarla a su casa, rehusándose después a entregarla, a pesar de que las autoridades de la Policía rodearon su residencia. El debate se sumergió a un lio judicial en el que finalmente el Tribunal de New Jersey cedió todos los derechos al padre natural y su esposa y negó la potestad a la madre subrogada.

5 Como en el caso de Austria, Bélgica, Países Bajos, Inglaterra, Suecia e Irlanda.

6 Como en el caso de Francia e Italia.

Este trabajo versará, en particular, sobre una serie de aspectos, no solo jurídicos, que conciernen a la figura de la madre gestante o subrogada, cuya posición vendrá examinada según un orden que prevé: 1) el examen de los mecanismos de selección del capital humano que se tiene que emplear en la subrogación, con vistas a la posibilidad de determinar la invasividad que dicha práctica implica para la persona, la privacidad y la dignidad moral de la candidata a la gestación subrogada; 2) el análisis de los elementos de afinidad y distinción entre la práctica de la MS y la de la prostitución femenina, en particular por lo que concierne a los riesgos de explotación del cuerpo femenino implicado en las dos; 3) la evaluación de los argumentos de los que rechazan la idea de una deriva cosificadora atribuible a esta práctica, en el intento de mostrar como este efecto no es eventual, sino más bien una consecuencia inevitable de la misma; 4) la crítica de las razones morales empleadas para justificar la licitud de esta práctica, junto con la exposición de los motivos que fundan la propuesta de su prohibición global.

2. Buscando vulnerabilidades: la selección de las madres gestantes

Empezando, pues, desde la perspectiva de la dignidad moral de los sujetos implicados en la MS, parecería que la misma esté amenazada desde las primeras fases de recogida, elaboración, archivo de los datos, que conciernen tanto a los donantes externos de los gametos, como a las candidatas a la subrogación, con vistas a realizar una clasificación que permita a la pareja comitente escoger los mejores “materiales humanos”¹¹. Las indicaciones incluidas en las Recomendaciones redactadas por la Sociedad Americana de Salud Reproductiva –que incorporan las informaciones suministradas por diferentes Agencias nacionales, entre las cuales se encuentra la FDA y el Centro nacional por la prevención y el control de las enfermedades– establecen que

las potenciales madres gestantes sean sometidas a investigaciones médico-científicas para que se evalúe su idoneidad física y psíquica¹².

El examen psicológico y las evaluaciones psicoafectivas, en particular, están dirigidos a verificar el equilibrio psíquico y el impacto que la gestación puede producir sobre las dinámicas familiares de las candidatas, considerando que lo que se pide es que las mismas dispongan de una familia estable que pueda garantizar proximidad y apoyo moral en la fase de la gestación y, más, en la del post-parto. El carácter invasivo de estas investigaciones puede llegar hasta el punto de preguntar a la mujer aspectos relativos a sus relaciones afectivas, familiares y conyugales, para que sean excluidos aquellos sujetos cuya inestabilidad emotiva pudiera generar complicaciones en la fase gestacional o en la de la entrega del niño a la pareja comitente. Además, la fase del *counseling* psicológico prevé que la candidata discuta *topics* relacionados con: 1) los vínculos afectivos que podrían surgir con el feto durante el tiempo de la gestación y sus riesgos; 2) el tipo de relaciones que es necesario instaurar con la pareja comitente, antes y después del alumbramiento; 3) el impacto de la gestación sobre el equilibrio matrimonial, familiar y profesional de la futura madre gestante; 4) la compleja ponderación entre el derecho a la privacidad de la gestante y el derecho a ser informados de la pareja comitente.

Asimismo, las investigaciones de naturaleza clínica, es decir, el anámnesis de las informaciones que conciernen a las condiciones físicas de la candidata, tienen como objeto tanto sus hábitos sexuales, para que sea posible excluir los riesgos eventuales de contagio del feto por enfermedades transmisibles sexualmente, como las dinámicas de los embarazos precedentes, para valorar la tasa de abortividad espontánea. Este dato llega a ser un criterio determinante para que la mujer sea excluida de la lista de las “candidatas ideales”. Otras causas de exclusión pueden ser: 1) la detección de esta-

11 En cuanto a las obligaciones previstas para los donadores de gametos, The Center for Egg Options, LLC [Publicación en línea] “Egg Donor Application”, 2015, <<http://www.egg411.com/download/EggDonorApplication.pdf>> [consulta: 13/04/2016].

12 American Society for Reproductive Medicine [Publicación en línea] “Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion”, punto 4.d.i, 2015, <https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Committee_Opinions/recommendations_for_practices_utilizing_gestational_carriers_nonmembers.pdf> [consulta: 1/03/2016].

dos depresivos, ansiosos o psicóticos precedentes; 2) un estilo de vida desordenado o estresante; 3) la fragilidad emotiva, que podría generar problemas en la fase de separación del feto; 4) problemas pasados en sus relaciones con la justicia y la autoridad. El carácter invasivo de dichas prácticas de investigación, en cuanto a la privacidad de la madre gestante, puede llegar hasta el punto de incidir en las informaciones relativas a la vida privada de la candidata, acerca de su formación, su trabajo, su capacidad artística, su credo religioso, junto con otros aspectos físicos y somáticos.

Todas estas informaciones parecen necesarias para garantizar, a la pareja comitente, la elección de la madre gestante más óptima. De hecho, la elección de la gestante tiene que ser hecha según los gustos de la pareja comitente, que a menudo escoge a la futura madre de su niño consultando un catálogo, donde están apuntados los aspectos más importantes en orden al proyecto procreativo¹³. Así que, con la misma lógica de una selección del "producto" es posible valorar las otras opciones garantizadas a la pareja comitente¹⁴: la elección del sexo del futuro bebé¹⁵; la posible reducción embrionaria en caso de un embarazo múltiple; la posibilidad de pedir un diagnóstico genético preimplantacional, para que sean excluidos fetos malformados; la facultad de solicitar la congelación de los embriones, para evitar el riesgo de enfermedades transmisibles genéticamente¹⁶.

La invasividad de la práctica de la MS en la vida de la madre gestante se puede comprobar también en la amplia serie de prescripciones que la misma tiene que observar puntualmente en la fase del embarazo, ya que, en caso contrario, el contrato de subrogación podría ser

resuelto por incumplimiento¹⁷. Las limitaciones previstas incluyen las normales precauciones tendentes a garantizar la preservación de la salud tanto del feto como de la gestante –la prohibición de fumar, de consumir alcohol o drogas–, hasta el punto de contemplar prescripciones que inciden profundamente sobre su estilo de vida, ya que tendrá que observar restricciones relativas a la comida, los deportes, el tiempo libre e, incluso, la vida sexual, imponiendo, por ejemplo, el uso de los contraceptivos desde el primer día del tratamiento de fecundación, hasta el día en que se confirme oficialmente el comienzo del embarazo. La vigilancia puede ser efectuada de maneras diversas, por medio de visitas o llamadas diarias, por parte de los abogados de la pareja comitente y/o de los psicólogos, cuya presencia incidirá inevitablemente sobre las dinámicas ordinarias de las relaciones familiares de la madre gestante.

Las violencias morales implicadas en las estrategias de control de las madres gestantes, pueden transformarse, en los países más pobres, en auténticas formas de segregación. Las madres biológicas pueden llegar a estar obligadas a aceptar salir de sus casas familiares y, por tanto, separarse de sus cónyuges y de sus hijos, para irse a vivir, junto con otras madres gestantes, a casas destinadas a este fin por parte de los centros especializados en la fecundación *in vitro*, desde las cuales no tienen posibilidad de salir *ad nutum*. Allí son sometidas a controles médicos y psicológicos cotidianos y solo pueden recibir visitas por parte de los familiares. Estas se llevan a cabo en un contexto que excluye cualquier posibilidad de intimidad y discreción durante toda la fase de la gestación¹⁸.

3. Explotando el cuerpo femenino: subrogación y nuevas formas de prostitución

Muchas veces se ha puesto el acento en la posibilidad de establecer un paralelismo entre la MS y la prostitu-

13 Blyth, E., Farrand, A. "Reproductive Tourism. A Price Worth Paying for Reproductive Autonomy?", *Critical Social Policy*, 2005, 25 (1): 91-114.

14 Para una discusión amplia sobre el tema de la selección embrionaria, Díaz de Terán, M. C. *Hijos a la carta, ¿un derecho?: problemas bioéticos y jurídicos de la selección de embriones in vitro*, Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona, 2004.

15 The Fertility Institutes and United States Eggs Donor and Surrogate Pregnancy Center [Publicación en línea] "Donor Egg Programm", 2013, <<http://www.lasvegassfertility.net/index.html>> [consulta: 2/02/2016].

16 American Society for Reproductive Medicine, "Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion", *op. cit.*, punto 2.vii.

17 Brophy, K. M. "A surrogate mother contract to bear a child", *Journal of Family Law*, 1982, 20: 263-291.

18 En cuanto al caso de las baby farms existentes en India, The Associated Press [Publicación en línea] "India's surrogate mother business raises questions of global ethics", 2008, <<http://www.nydailynews.com/news/world/india-surrogate-mother-business-raises-questions-global-ethics-article-1.276982>> [consulta 25/02/2016].

ción¹⁹. Conviene aclarar que, al referirnos a la prostitución, no la consideramos desde un sentido técnico-penal, como la prestación de un servicio de carácter sexual retribuido, sino desde una perspectiva más amplia: se trataría de aquella práctica que, contando habitualmente con una retribución económica, atenta a la dignidad de la persona, en la medida en que implica una cosificación de su cuerpo. Como se puede advertir, se trata de una acepción que no tiene nada que ver con la referencia a un acto sexual explícito y retribuido, sino que se trata, más bien, de una forma de “auto-mercantilización” de una función humana que en el caso de la MS, sería la función reproductiva²⁰.

Las argumentaciones de los que rechazan una asimilación entre la MS y la prostitución femenina, intentan mostrar la diversidad substancial entre las dos prácticas a partir de los siguientes datos: 1) la exclusión de una interacción directa entre la candidata a la subrogación y la pareja comitente, considerando la mediación de la agencia especializada, mediación que excluiría el riesgo de una coerción o de un abuso; 2) la ausencia del riesgo de que se configuren escenarios organizados de violencia o explotación, dada la simultánea confluencia de actores legales múltiples; 3) la exclusión automática de aquellas candidatas que estuviesen en condiciones de absoluta pobreza; 4) la posibilidad de rescindir el contrato, por parte de la madre gestante, en cualquier momento, guardando, en este sentido, una libertad substancial de pensamiento y de acción; 5) la facultad positivamente ofrecida a la madre gestante, de participar activamente en la realización del deseo de genitorialidad de la pareja comitente²¹.

En relación a los argumentos enumerados anteriormente, parece importante precisar, en primer lugar, que la interacción no directa entre la pareja comitente y la candidata, dada la mediación de la agencia especiali-

zada, no puede ser vista como una garantía suficiente para que sean excluidos los *riesgos de explotación*. Ello es debido a que el interés prioritario de los que deberían garantizar la regularidad de las distintas fases de la estipulación y ejecución del contrato, es decir, de los agentes intermediarios, es el del cumplimiento de dicho contrato, con vistas a obtener una ganancia económica; por ello, la agencia misma aparece como una parte contractual –en el contrato hecho con la pareja comitente– es decir, como titular de un interés patrimonial efectivo conectado con la ejecución del contrato y, por tanto, no puede ser llamada a desempeñar el papel de garante en la tutela de la madre gestante, contra el riesgo de posibles episodios de explotación²². En cuanto a la posibilidad de vivir con la ganancia obtenida por la práctica de la MS y garantizada por las agencias especializadas por medio del contrato, si la idea pudiera parecer ridícula en los países occidentales –donde, en todo caso, la cantidad total abonada por la pareja comitente puede llegar hasta la suma de 100.000 USD, si bien el monto destinado efectivamente a la madre gestante pueda ser del 25-30% del importe total– es cierto que en los países más pobres, como India, Bangladesh, Tailandia, Vietnam o Nepal, la suma global pagada a una madre gestante puede asegurarle una vida decorosa, a sí misma y a su familia, durante muchos años, ya que se trata de importes que pueden llegar a ser 10 veces mayores de lo que gana normalmente, en un año, un trabajador de un nivel salarial medio²³.

En cuanto a la posibilidad de que la madre gestante salga *ad nutum* del contrato de subrogación, si puede ser verdad desde una perspectiva puramente teórica, en la práctica, con muchísima probabilidad, la misma gestante tendría que enfrentarse no solo con problemas legales, cuya resolución no solo le impondría gastos y tiempo no siempre previsibles, ni soportables, sino también con el riesgo concreto y actual de encontrarse en una situación en la que le faltaría lo necesario para garantizar la continuación con seguridad del embarazo, tanto en lo que

19 Zappalà, D. [Publicación en línea] “Agacinski: “Il mio no da sinistra agli uteri in affitto””, *Avvenire Online*, 2015, <<http://www.avvenire.it/Vita/Pagine/il-mio-no-da-sinistra-agli-uteri-in-affitto.aspx>> [consulta: 25/02/2016].

20 Ekman, K. E. *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, Melbourne, 2013.

21 Para una exposición sistemática de los argumentos supuestos, Sera, J. M. “Surrogacy and prostitution: a comparative analysis”, *Journal of Gender and Law*, 1997, 5 (2): 315-342.

22 Allen, A. L. “Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Live”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1990, 13 (1): 139-149.

23 Bailey, A, “Reconceiving surrogacy: Toward a reproductive justice account of Indian surrogacy”, *Hypatia*, 2011, 26 (4): 714-741.

concierna a la satisfacción de las necesidades esenciales, como por lo que se refiere a la cobertura sanitaria personal. Esto es especialmente relevante en países donde la tasa de mortalidad materna es particularmente alta, como en el caso de India, por lo que puede llegar a ser un peligro serio, que no siempre se quiera afrontar²⁴. Además, si la mujer decide no abortar, el recién nacido que la madre gestante, fuera del contrato de subrogación, acogiese en su casa, agravaría ulteriormente, con su presencia, las precarias condiciones económicas de su familia²⁵.

Volviendo, pues, a la posibilidad de una asimilación entre MS y prostitución, se puede observar *ad adjuvandum* que las razones que normalmente empujan a una mujer a aceptar la subrogación pueden ser tanto económicas, como en el caso de las prestaciones sexuales ofrecidas en la práctica de la prostitución, como solidarias, es decir, sin contraprestación económica. Si bien el perfil ético de las dos hipótesis parece diferente, un juicio de inaceptabilidad moral las une, ya que, en el primer caso, se realiza la cesión de un niño a cambio de dinero, reduciendo así a un ser humano a la categoría de objeto de una transacción económica, aunque el fin, en este caso, no sea el mismo que el de la esclavitud²⁶; en el segundo caso, aunque en ausencia de una contraprestación de naturaleza económica, se asiste tanto a una disposición arbitraria de la vida de un ser humano, la del recién nacido –esta vez transformado en objeto de un acto de liberalidad–, como a un uso arbitrario del cuerpo femenino, transformado por la madre gestante en un *quid* que ya no es concebible como la hipótesis de aquella dimensión racional y espiritual propiamente humana

que solemos llamar “dignidad”²⁷, y que, al revés, llega a ser un instrumento de la decisión personal, aun cuando sea voluntaria²⁸. No puede rebatirse el primer punto observando que lo que viene cedido es la mera potestad jurídica sobre el niño, y no el niño mismo, es decir, los derechos parentales exclusivamente, ya que la potestad es solo la forma abstracta de la cesión²⁹, mientras que el objeto concreto del interés, tanto del cedente como del cesionario, sigue siendo el niño.

4. Contratando vidas humanas: cosificación y des-personalización en la subrogación

Los perfiles de explotación que hemos descrito han inducido a poner razonablemente de relieve la cuestión de la asimilación entre la prostitución y la MS. Queda ahora la necesidad de aclarar la existencia eventual de una dimensión de cosificación humana implicada en esta práctica³⁰.

El modo en el que se lleva a cabo la MS en los países más pobres, permite hablar, con seguridad, de un *proceso de cosificación* en detrimento de las madres gestantes, teniendo en cuenta las condiciones habituales de su vida y las imposiciones que normalmente se les imponen. En este sentido, podríamos destacar los siguientes aspectos: 1) la necesidad económica de las mismas y, por tanto, la substancial iniquidad de las sumas pagadas a ellas, sumas que nunca pueden ser vistas como contraprestaciones económicas, ya que las formas, la duración y los riesgos implicados en esta práctica parecen incomparables con los de cualquier otro trabajo³¹; 2) la segregación en las *baby farms* o en las clínicas que practican la fecundación, para que sean

24 Bailey, A. “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account on Indian Surrogacy”, en Sayantani, D. G., Shamita, D. D. (coord.) *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014, 37.

25 Panitch, V. “Surrogate tourism and reproductive rights”, *Hypatia*, 2013, 28 (2): 274-289.

26 Convención sobre la esclavitud de la ONU. Art. 1: “A los fines de la presente Convención se entiende que: 1. La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos. 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirido para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte de esclavos”. La cursiva es nuestra.

27 Aparisi Miralles, A. “El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global”, *Cuadernos de Bioética*, 2013, 24 (81): 201-221.

28 Kant, I. *Fondazione della metafisica dei costumi* trad. F. Gonnelli, Laterza, Roma-Bari, 1997.

29 Hanna, J. K. M. “Revisiting child-based objections to commercial surrogacy”, *Bioethics*, 2010, 24 (7): 341-347. El autor subraya el hecho de que la titularidad de los derechos reproductivos sobre el feto, podrían atribuirse a cualquier sujeto implicado jurídicamente en el trabajo reproductivo, no solo a la madre gestante que lo lleva a cabo.

30 Twine, F. W. *Outsourcing the Womb: Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market*, Routledge, Londres, 2011.

31 Palazzani, L. “Los valores femeninos en bioética”, en Aparisi Miralles, A., Ballesteros, B., *Por un feminismo de la complementariedad*, EUNSA, Pamplona, 2002, 68.

protegidas, también, de los efectos de la estigmatización y reprobación social que acompañan normalmente a estos contratos, con las graves limitaciones que esto implica; 3) la obligación, contractualmente prevista, de someterse a una cesárea para proteger la salud del niño de las posibles complicaciones posibles del parto –y, todo esto, con un olvido total de las exigencias de tutela de la salud materna, cuyos riesgos pueden derivar de: a) las condiciones higiénico-sanitarias de los hospitales de los países en los que estas intervenciones quirúrgicas se efectúan; b) la tasa de mortalidad materna existente en estos países; c) la posible manifestación de complicaciones que sigan al momento del parto y la ausencia de coberturas sanitarias previstas en esta hipótesis; 4) las asimetrías informativas, culturales y sociales normalmente existentes entre los miembros de la pareja comitente, por un lado, y la madre subrogada por el otro³²; 5) los riesgos en la salud psíquica de la madre gestante, especialmente en la fase del post-parto, cuando tendrá que separarse del recién nacido, sin que el contrato prevea nada para atenuar estos riesgos o ayudar a la madre en esta fase; 6) la obligación, a menudo contemplada en el contrato mismo, aunque no coercible, de abortar fetos con malformaciones, o de someterse a una reducción embrionaria, en el caso de un embarazo múltiples, sin que se garantice a la mujer ningún tipo de apoyo, moral o material, en el caso de que quiera hacer una elección diferente; 7) la obligación de renunciar, por adelantado, a cualquier derecho parental sobre el niño, obligación que también incide en la esfera jurídica del marido de la gestante, que tendrá que declarar, desde el principio, que hará todo lo que sea necesario para rechazar la presunción de paternidad; 8) la caducidad de cualquier efecto contractual y de cualquiera obligación jurídica para los contratantes, en el caso de que el niño no resultase hijo biológico del padre comitente, y esto también en el caso de que una eventualidad tal no sea atribuible a la responsabilidad de la madre gestante; 9) la falsedad de las relaciones entre la gestante y la pareja comitente, que deberían

sobrevivir más allá del momento del alumbramiento, pero que normalmente no parecen destinadas a durar en el tiempo, generando más frustraciones en la madre gestante³³.

De lo que acabamos de ver, se deduce que la cosificación, la instrumentalización y la despersonalización de la madre gestante son efectos y caracteres propios, constitutivos de la MS, es decir, no vinculados a la eventualidad de unos abusos perpetrados en detrimento de la parte contractual más débil en aquellos países en los que parece más fácil violar las prerrogativas jurídicas fundamentales de una persona³⁴. Por el contrario, parece se trate de unas consecuencias debidas a la ausencia de una voluntad auténticamente libre por parte de la misma gestante, considerado el contexto de necesidad absoluta en el que ella habitualmente vive, antes, durante y después del parto, contexto que no puede no condicionar fatal y radicalmente su capacidad de elegir de una manera verdaderamente autónoma³⁵.

No obstante, son muchos los que piensan que habría que hacer una distinción entre la capacidad de autodeterminación de las candidatas, en atención al contexto real en el que viven. Por ejemplo, carecerían de ella las que habitan en un ámbito de pobreza absoluta en un país del tercer mundo. Por el contrario, la elección llevada a cabo en un contexto libre de necesidades impelentes de supervivencia, como sería el caso de una mujer americana media, que ofreciera su vientre en un contrato de subrogación, podría considerarse hecha mediante una voluntad no viciada³⁶.

Frente a ello cabría señalar, en primer lugar, que los casos en los que la causa por la que se acepta ser madre

33 Para una exposición sistemática de los argumentos expuestos, Wilkinson, S., "The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy", *Bioethics*, 2003, 17 (2): 169-187; Wilkinson, S. "Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements" [Publicación en línea] *Journal of Applied Philosophy*, 2016, 33 (2), <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/japp.12138/pdf>> [consulta 20/04/2016]. Para identificar los contenidos habitualmente incluidos en un contrato de subrogación, Brophy, K. M. "A surrogate mother contract to bear a child", *Journal of Family Law*, 1981, 20, 263-291.

34 Donchin, A. "Reproductive tourism and the quest for global justice", *Bioethics*, 2010, 24 (7): 323-332.

35 Field, M. A. *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, 28-30.

36 Posner, R. A. "The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1989, 5: 21-29.

32 Damelio, J., Sorensen K. "Enhancing autonomy in paid surrogacy", *Bioethics*, 2008, 22 (5): 269-277.

subrogada no es la económica son muy poco frecuentes, tanto en países del tercer mundo como en contextos desarrollados. Además, el hecho de no tener necesidades económicas acuciantes no implica que el consentimiento se presente siempre de manera no viciada: piénsese, por ejemplo, en aquellas mujeres que deben recurrir a la prostitución para sufragar sus estudios, u otro tipo de necesidades, en los países más desarrollados.

En realidad, una elección libre presupone una triple instancia: 1) una alternativa real entre las opciones posibles; 2) la necesidad de elegir; 3) la autonomía de la deliberación, sin que nada la haya condicionado *ab externo*. Una elección así hecha, revela la identidad auténticamente humana y moral de la persona que la lleva a cabo:

“la identidad existencial íntegra de un individuo, el individuo completo en todas sus manifestaciones, guiado por el bien moral o por inclinaciones malas, pero siempre dispuesto a hacer elecciones ulteriores”³⁷.

Y la ulterioridad humanamente siempre posible de la elección, la apertura trascendente a la posibilidad de volver a las decisiones ya adoptadas cuando parece, a los ojos de la conciencia, que son moralmente inaceptables, es el signo de aquella prerrogativa, exquisitamente humana, que llamamos *moralidad*:

“Si definimos como conciencia moral individual una situación en la cual mi libertad está cuestionada, la asociación o la acogida del Otro es lo que llamo conciencia moral”³⁸.

Hablamos del momento en el cual la escucha de la conciencia moral revela un sentido crítico que nace del hecho de que el actuar del hombre ha encontrado la esfera de libertad de un otro.

37 Grisez, G. G. *The way of Lord Jesus. Christian Moral Principles*, Vol. I, Franciscan Herald Press, Chicago, 1983, 59.

38 Lévinas, E. *Totalità e Infinito. Saggio sull'esteriorità* (trad. di A. Dell'Asta), Jaca Book, Milano 1980, 100.

Ahora bien, los sujetos implicados en la práctica de la MS están obligados, literalmente y, por supuesto, contractualmente, a ignorar las exhortaciones, los llamamientos que la conciencia moral lanza a cada uno y, en particular, a la madre gestante. Esta nunca podrá jactarse de haber actuado de manera verdaderamente libre, habiendo elegido olvidándose de la obligación moral de responder *in primis* a si misma –en cuanto a la cosificación de su cuerpo, práctica que atenta contra su dignidad³⁹– y luego a su hijo, constreñido a llevar por siempre el estigma personal, moral y cultural, de haber sido concebido, llevado en el vientre, dado a luz y cedido a cambio de un pago, o como “objeto” de un acto de liberalidad⁴⁰.

No parece aceptable la posición de los que argumentan que estos rasgos de la MS podrían ser evitados, simplemente, eliminando las causas sociales de la pobreza⁴¹, o regulando detalladamente todos los aspectos en los contratos de subrogación, de tal modo que sea posible asegurar una tutela más eficiente de las madres gestantes⁴², en particular en los países más pobres como India⁴³. En realidad la cosificación que conlleva la práctica de la MS depende no solo de la ausencia de una voluntad verdaderamente libre de la gestante, de las condiciones ambientales en las que efectúa su elección, o de las asimetrías relacionales, culturales o sociales entre las partes implicadas, sino más bien del hecho de que la oferta *pro aliis*, gratuita o no, de un servicio reproductivo, como de un servicio sexual, siempre supone una instrumentalización, consciente o no importa, de la mujer, una lesión ineludible de su dignidad, a pesar de las condiciones en las que surge su consentimiento⁴⁴.

39 Dworkin, A. *Right-wing Women*, Perigee Book, New York, 1983, 184.

40 Radin, M. J. “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, 1987, 100: 1849-1937.

41 Harris, J. *Wonderwoman and Superman: the ethics of human biotechnology*, Oxford University Press, Oxford, 1993, 185.

42 Wilkinson, S. “The exploitation argument against commercial surrogacy”, *Bioethics*, 2003, 17 (2): 169-187.

43 Rudrappa, S. “Making India the ‘mother destination’: outsourcing labor to Indian surrogate”, en Williams, C. L., Dellinger, K. (coord.) *Gender and Sexuality in the Workplace*, Emerald, Bingley, 2010, 253-255.

44 Sobre la “dignidad” como concepto fundamental de la biojurídica, González, A. M. “La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica”, en Ballesteros, J., Aparisi, A. (coord.) *Biología, dignidad y derecho: bases para un dialogo*, EUNSA, Pamplona, 2004, 17-42.

5. Conciliando deseos in-compatibles: genitorialidad y emancipación social

Explotación, coerción, cosificación: estos parecen los rasgos que el análisis de los efectos producidos por la práctica de la MS ha evidenciado, rasgos que pueden variar en cantidad, en razón del lugar en donde la práctica sea llevada a cabo, pero que aparecen substancialmente idénticos bajo un punto de vista cualitativo, por lo que se trata de elementos intrínsecos a la MS⁴⁵.

Las soluciones dialécticas utilizadas para justificar la licitud de esta práctica se fundamentan en tres argumentos: 1) la libre disponibilidad del cuerpo por parte de la madre gestante⁴⁶; 2) el libre ejercicio del “poder” procreativo, intrínsecamente ligado al cuerpo de la mujer, como presupuesto de emancipación social de la gestante misma⁴⁷; 3) la interacción libre entre subjetividades deseantes, o mejor, el deseo de la gestante de participar en la realización del deseo de genitorialidad de la pareja comitente⁴⁸.

La replica a estas argumentaciones requiere una reflexión crítica previa, acerca de la centralidad cultural que el cuerpo humano ha adquirido en la actualidad, llegando a ser el lugar conceptual y simbólico del actuar deseante de subjetividades plasmadas por la moderna civilización técnico-performativa⁴⁹. Hablar de un cuerpo que “se tiene”, introduce:

“una relación de exterioridad que no parece admisible si se considera la solidaridad, así íntima y radical, de las relaciones entre el sujeto y su cuerpo: ¿que sería exactamente este “yo” desencarnado y abstracto al cual el cuerpo pertenecería?”⁵⁰.

45 Wertheimer, A. “Two Questions About Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21 (3): 211-239.

46 Sobre las diferencias jurídicas en relación a la libre disposición del cuerpo, en Europa y Norteamérica, Pavone, I. R. *La convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano, 2009, 112.

47 Posner, R. A. “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, op. cit.

48 Shalev, C. *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, New Haven, 1991.

49 Palazzani, L. *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappicchelli, Torino, 2015.

50 Lacroix, X. *Il corpo di carne. La dimensione etica, estetica e spirituale dell'amore* (trad. G. Zaccherini), EDB, Bologna, 1997, 166-167.

Lo que en general podemos definir como nuestro, no puede identificarse con lo que nosotros mismos somos⁵¹. Esta es la razón por la cual la expresión “Yo soy mi cuerpo”, parece más conforme a la experiencia inmediata y permite resaltar mejor la coincidencia posible entre el sujeto y su propio cuerpo⁵². La existencia del Yo espiritual, del Yo autoconsciente, que es ontológicamente propio del hombre, es impensable fuera de un cuerpo que exprese su ser en el espacio y en el tiempo: *el ser del ente*, parafraseando a Martin Heidegger, es decir, su existencia real y fenoménica, *no puede no ser corpóreo*.

Ahora bien, sobre el cuerpo, visto como mera desnudez biológica, orgánica, material, parecen concentrarse los deseos, las reivindicaciones, las aspiraciones de los sujetos implicados en la práctica de la MS: el cuerpo de la madre gestante; el vínculo corporal, biológico, de sangre, que tiene que ser preservado entre los comitentes y el hijo; el cuerpo del recién nacido, que tiene que ser entregado inmediatamente en los brazos de la pareja contratante, apenas haya sido separado del cuerpo de la madre subrogada. Todos estos supuestos implican una consignación *co-mercional* –“Te doy para que tú me des”– y, por tanto, una instrumentalización del cuerpo humano.

En el caso de la madre gestante, esta instrumentalización puede ser evitada adhiriendo a una concepción del cuerpo humano entendido como *don*. En esta perspectiva, dado que nadie puede decidir de manera autónoma el momento de su propio nacimiento, el cuerpo no puede considerarse como el objeto de una propiedad personal, sino más bien tiene que ser pensado como un *quid* recibido, como un don⁵³. La visión del cuerpo como don otorgado a cada uno de manera substancialmente, aunque no accidentalmente, idéntica, permite hablar de “cuerpo personal”, aceptable en la adhesión a una ética

51 Lopez Guzman, J., Aparisi Miralles, A. “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, 23 (78): 253-268.

52 Ibid., 167.

53 Malo, A. “Il corpo umano tra indisponibilità e autodeterminazione: un caso di giustizia asimmetrica”, *Metodologia Didattica e Innovazione Clinica-Nuova Serie*, 2011, 19, 10-14.

del *cuidado* y de la *co-responsabilidad*, dimensiones que nos introducen en el concepto de límite a la disponibilidad del cuerpo mismo⁵⁴.

Cada vez que la generación humana viene asimilada a un *mecanismo de producción*, y sus productos, tanto los gametos como los fetos, son destinados a una *transacción*, el cuerpo sufre una objetivación y pierde aquella dimensión personal y subjetiva mencionada antes⁵⁵. Dicha objetivación del cuerpo humano tiene una repercusión inmediata sobre el valor absoluto del persona humana –cuya dignidad se fundamenta en una dimensión doble y al mismo tiempo inseparable, que es espiritual y corporal– ya que solo los objetos, como enseñaba Kant, pueden tener un precio, mientras que las personas tienen un valor⁵⁶.

En el caso de la MS, los efectos de la cosificación afectarían tanto a la madre gestante, como al recién nacido, los dos atraídos a una lógica de reduccionismo objetivante que atenta contra su dignidad moral. La exclusión de una transacción económica, como en el caso de la MS solidaria, no excluye, sino que más bien confirma, la lógica mercantilista de esta práctica, ya que lo que puede ser donado son los objetos, nunca las personas, como muestra el hecho de que el don siempre implica la cuantificabilidad de lo que viene donado, con vistas a una devolución posible⁵⁷. Por el contrario, un hijo, en razón de su propia dignidad, no puede pertenecer a alguien, y solo puede ser pensado como un sujeto autónomo y libre de los demás, aunque sea parte de una red de relaciones significantes, existentes desde el nacimiento, o mejor, desde la concepción.

Los obstáculos mayores, por tanto, a la disponibilidad indiscriminada del cuerpo –de la madre gestante, por lo que aquí nos interesa– están: 1) en la existencia de unos límites previstos legislativamente, en los ordenamientos positivos de las naciones jurídicamente más avanzadas, en cuanto a la libre disposición contractual del cuerpo

humano⁵⁸; 2) en la ausencia de un consentimiento auténticamente libre en el contrato de subrogación, por parte de la candidata a la gestación⁵⁹; 3) en la latente e irreducible lógica de cosificación que la práctica de la MS lleva consigo, cosificación cuyos efectos parecen afectar tanto a la gestante –conducida a concebir su cuerpo como un instrumento para la realización de unas finalidades reproductivas hetero-inducidas y hetero-dirigidas–, como a la criatura que dará a luz –vista como el objeto para satisfacer el deseo ajeno de genitorialidad⁶⁰.

La segunda argumentación usada para justificar la licitud del acceso generalizado a la práctica de la MS, está basada en la presunta libre disposición procreativa, intrínsecamente ligada al cuerpo de la mujer. La reflexión filosófico-política de los últimos años, en particular, ha considerado la práctica de la MS como un nuevo paradigma prestacional en el bio-mercado laboral global⁶¹. Los mercados de la reproducción asistida están creciendo en todas partes, como demuestra el número cada vez mayor de parejas estériles que optan tanto por la fecundación *in vitro*, como por la MS⁶². El trabajo clínico, en estas prácticas, utiliza unas patentes que aparecen como de las más provechosas, pero que relegan la fuerza de trabajo implicada en estos procesos, a la madre gestante en particular, a unos niveles de trato que se sitúan entre los más ínfimos e desprotegido. Por otro lado, estos mercados se nutren de las clases sociales más marginadas y penalizadas económicamente⁶³.

El mercado de la MS, particularmente en India, ha sido objeto de un análisis llevado a cabo por Melinda Cooper y Catherine Waldby por dos razones específicas: la primera tiene que ver con una tendencia generalizada a la feminización de unos trabajos que, externalizados e informalizados en el sistema de producción neo-liberal y post-fordista, pueden ser realizados por medio de la

54 Park, J. A. "Care Ethics and the global practice of Commercial Surrogacy", *Bioethics*, 2010, 24 (7): 333-340.

55 López Moratalla, N. "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano", *Persona y Bioética*, 2010, 14 (2): 120-140.

56 Kant, I. *Fondazione della metafisica dei costumi*, op. cit., 103.

57 Mauss, M. *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche* (trad. F. Zannino), Einaudi, Torino, 2002.

58 Musumeci, A. *Costituzione e bioetica*, Aracne Editrice, Roma, 2005, 78-81.

59 *Infra*, pg. 13.

60 Speamann, R. *Felicità e benevolenza*, Vita E Pensiero, Milano, 1998, 216.

61 Cooper, M., Waldby, C. *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera* (trad. A. Balzano), DeriveApprodi, Roma, 2015.

62 Flamigni, C. *Sessualità e riproduzione. Generazioni a confronto*, Ananke, Torino, 2015.

63 Cooper, M., Waldby, C. *Biolavoro globale*, op. cit., 157-159.

valorización del cuerpo y de las habilidades femeninas; la segunda tiene que ver con la reproducción, por las vías comerciales, de la *whiteness*: ello es debido a que el sistema indio que regula los servicios ART (*Assisted Reproductive Technology*) prevé que las gestantes no necesariamente deban ofrecer sus gametos⁶⁴. Por ello, es mucho más probable que el recién nacido se parezca más a los comitentes, su progenitores genéticos, que a la subrogada. De acuerdo con esos presupuestos, las mujeres indias podrían garantizarse unos espacios empresariales en el sistema económico basándose en las capacidades reproductivas propias y deviniendo *empresarias de sí mismas*.

Cooper y Waldby aplican también a la MS la definición de "servicio subjetivado", es decir, un servicio que ve en la materia viviente, en el cuerpo y en la vida *biológica* de la madre gestante, el elemento productivo principal⁶⁵. Por supuesto, las condiciones laborales generales de las madre gestantes no son muy diferentes de las de las trabajadoras agrícolas de temporada o de las trabajadoras domiciliarias en la manufactura de ropa o calzado. Sus actividades no están cubiertas con asistencia sanitaria, o planes de seguro, faltas que incrementan la vulnerabilidad de estas mujeres, a menudo presionadas a causa de los cortos plazos de entrega de los productos y expuestas al arbitrio y a los chantajes de los empleadores. Por otro lado, como el resto de trabajadores, la candidatas a la MS viene reclutadas de estatus sociales bajos, de condiciones económicas precarias. Su adhesión al contrato de subrogación, por tanto, constituye la oportunidad de garantizarse, en una sola vez, un ingreso que, como ya se ha señalado, puede llegar a ser 10 veces mayor que el anual medio de un obrero cualquiera. Y la renta asegurada a la madre gestante, al final de la experiencia de la MS, permite superar el estigma social y patriarcal, y llegar a una tolerancia difusa de esta práctica, que, de otro modo, en India vendría equiparada a una forma de adulterio.

Las críticas de Cooper y Waldby tienen como objetivo principal el rasgo propio del bio-mercado global de re-

producir aquellos mecanismos de sujeción y sometimiento que la economía liberal ha demostrado alimentar y perpetuar. Con el sistema del bio-trabajo global, la alienación humana producida por el capital no desaparece, sino que más bien se transforma: la inversión se privatiza en la figura del empresario de sí mismo, comprometido en la valorización de su persona por medio de su cuerpo. Por otro lado, la propiedad de las patentes, es decir, el trabajo intelectual, garantiza un provecho que sigue siendo estrictamente privado y especulativo⁶⁶.

Una interpretación tan crítica, sin embargo, nos parece no considere suficientemente otro drama, implicado en la existencia de una nueva cultura antropológica, cada vez más difundida, que, comprometida con estos productos, aspira a normalizar los procesos de separación simbólico-cultural y práctico-efectivo entre la mujer y su capacidad reproductiva, legitimando lecturas reduccionistas que, atentando contra su dignidad, alimentan formas cada vez nuevas de esclavitud y sometimiento. Su rechazo presupone la rehabilitación de una visión que *re-proponga* el dato de la no comerciabilidad y no enajenabilidad de algunas funciones propiamente femeninas, y humanas, como la sexual y la reproductiva. La extraordinaria peculiaridad de la sexualidad femenina debe pensarse junto a su vocación, con su inclinación, genital y biológica incluso, a la acogida, a la recepción, a la maternidad⁶⁷. Una mirada integral a la condición ontológica de la mujer, nos introduce en el misterio de una unidad profunda entre su corporeidad, su sexualidad, su capacidad generativa⁶⁸. El intento de separar estas dimensiones, favoreciendo la absolutización de una sobre las otras, sería causa de instrumentalización de la dignidad de la mujer.

El dar obsesivamente publicidad al cuerpo femenino, por ejemplo, absolutizando la dimensión de la corporeidad y separándola de las otras dos, produce como resultado la instrumentalización del mismo dato corpó-

66 Para una reflexión más amplia y profunda sobre el tema de la disponibilidad de la vida humana en el marco del liberalismo político, Zambrano, P. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Abaco de Rodolfo Depalma (Universidad Austral), Buenos Aires, 2005.

67 Giovanni Paolo II, *Mulieris dignitatem*, EDB, Bologna, 1989, n. 18.

68 *Ibid.*, n. 18.

64 Cfr. The Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill 2014, Cap. I, Sec. 2, Parr. zq.

65 Cooper, M., Waldby, C. *Biolavoro globale*, op. cit., 89.

reo, cuya dignidad resulta envilecida por la disyunción obrada con respecto a la esfera sexual y reproductiva. Del mismo modo, la exaltación de la sexualidad femenina, tanto en la prostitución como en la pornografía, absolutiza un aspecto que, concebido separadamente de las dimensiones ulteriores de la corporeidad y de la capacidad reproductiva, lleva, una vez más, a un resultado de cosificación, como es posible deducir de las lógicas de compensación económica asociadas al ejercicio de estas prácticas. En fin, la disociación de la capacidad reproductiva de la mujer, como en el caso de la MS, donde la dimensión procreativa, separada tanto del ejercicio responsable de la sexualidad –practicada en el marco de una relación estable, cuyos miembros obedecen a la lógica del don recíproco–, como de una visión de la sexualidad entendida como parte de un universo orgánico, constitutivamente a servicio de la maternidad⁶⁹, la reduce a mera función humana de *re-producción*, que nunca podrá agotar las implicaciones propias de la heurística de la *generación humana*⁷⁰.

La tercera objeción concierne a la posibilidad de que la madre gestante justifique su adhesión al contrato de subrogación con la intención de participar activamente en la realización del deseo de genitorialidad de la pareja comitente. Podría ser útil considerar más de cerca la fisionomía de este deseo, que parece implicar dinámicas de racionalidad y afectividad que, el recurso a técnica y el prevalecer de la emotividad, han pervertido radicalmente. Para el hombre de la sociedad occidental, la procreación se configura frecuentemente como una decisión que puede asumirse de manera arbitraria, si bien con las cautelas y la ponderación que la importancia y las consecuencias de tal elección implican:

“Por medio de la intervención de la técnica médica en el ámbito de la sexualidad, hemos llegado, desde hace sesenta años, a separar la sexualidad de la procreación y, desde hace treinta, a obtener

una procreación independiente del ejercicio de la sexualidad [...]. La decisión de procrear está ahora conectada directa y exclusivamente a una razón autónoma que prevé y planea, calcula y programa”⁷¹.

La ruptura se encuentra en el hecho de pensar en la paternidad y en la maternidad exclusivamente como un proyecto, como la realización de una voluntad libre, de un mero deseo de genitorialidad, realizable por medio de unos actos técnicos secuenciales, que son ulteriores *steps* en vistas de la consecución del resultado esperado⁷². Esta es la mentalidad que el mismo deseo de genitorialidad a menudo supone, deseo hoy en día vivido de manera exclusivamente emocional, como miedo de la diferencia por falta –en este caso de un hijo–, como soporte de unas relaciones conyugales siempre más inciertas y precarias, o como voluntad de rebelión frente a unos límites que, impuestos por la naturaleza, vienen pensados como establecidos por la cultura. La emotividad autoreferencial de esta voluntad de homologación e *in*-distinción a menudo fundamenta un deseo de genitorialidad que, pudiendo contar con el poder prometeico de la técnica, vuelve a proponer la ruptura de unas narraciones que ya no saben captar los nexos entre sexualidad y afectividad, concepción y generación, maternidad y feminidad, capacidad procreativa y dignidad. Por el contrario, se creen capaces de poner, *com-poner*, *descom-poner*, eventualmente *de-poner*, *ad nutum*, todas estas polaridades. Además, introducir unas lógicas de compensación económica, de reciprocidades evaluables monetariamente, en las dinámicas de generación y reconocimiento, significa obedecer a unos impulsos emocionales, irracionales, inspirados por un impulso puramente autoreferencial, que olvida que la relación entre subjetividades igualmente libres y dignas no puede devenir asimétrica a consecuencia de unos condicionamientos impuestos inicualemente, aprovechan-

69 Chiodi, M. *Il figlio come sé. La questione dell'aborto nella storia della teologia morale e nel dibattito bioetico contemporaneo*, Glossa, Milano, 2001, 350.

70 Angelini, G. *Il Figlio. Una benedizione, un compito*, Vita e Pensiero, Milano, 1991.

71 Melina, L. “La procreazione umana: riflessione teologica”, en Sgreccia, E. (coord.) *Una scienza a servizio dell'uomo. Nuove possibilità, tra limiti e responsabilità*, Cantagalli, Siena, 2015, 89-90.

72 Anders, G. *L' uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale* (trd. L. Dellapiccola), Vol. I, Bollati Boringhieri, Milano, 2007.

do posiciones de dominio que generan sometimientos e *in*-autenticidades. Este parece el caso del deseo de genitorialidad que la práctica de la MS supone.

6. Conclusión

Podría ser oportuno cerrar estas reflexiones señalando las inquietudes que nos han generado algunos interrogantes, profundos y sinceros, manifestados sobre el tema de la MS por parte de ciertas intelectuales⁷³, en el intento de ofrecer ulteriores elementos de reflexión y recapitular las ideas que han inspirado las evaluaciones expuestas.

Se ha hablado de la oportunidad de remarcar la distinción, conceptual y lingüística, entre maternidad y gestación, para evitar una confusión indebida entre los dos significados, no siendo posible reducir la maternidad a la fase de la gestación, ya que esto reproduciría el estigma de una sujeción cultural de la mujer, identificada, a lo largo de los siglos, exclusivamente con su capacidad reproductiva. En efecto, parece razonable afirmar que la simple aparición de una gestación no implica, automáticamente, la disposición interior necesaria para devenir y sentirse madre. No obstante, la propuesta de establecer una separación radical entre maternidad y gestación, lleva, en sí misma, los presupuestos de una deriva ideológica –pienso en la ideología del *gender*⁷⁴–, que es la base para legitimar la explotación femenina típica de la MS. Quiero decir que si olvidamos la existencia de un vínculo ontológico entre maternidad y gestación, si aceptamos que es posible ser gestantes sin ser madres de la criatura que se ha llevado en el vientre, deviene posible también, aislando los dos momentos, alquilar la capacidad reproductiva de la mujer, como si fuera un servicio cualquiera, una prestación plenamente disponible y exigible por parte de cualquier hombre. La MS introduce una mercantilización de las facultades reproductivas femeninas, que la separación entre maternidad y gestación hace posible, y que conduce inevitablemente a resultados cosificantes.

⁷³ Por todo, Michela, M. "Non chiamatela maternità surrogata", op. cit.

⁷⁴ Una descripción puntual y amplia de las raíces, de las manifestaciones y de los efectos de esta ideología puede encontrarse en: Aparisi Miralles, A. (coord) *Persona y género*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

Del mismo modo, parece indudable que las asimetrías sociales, económicas y culturales comprometan la libertad de autodeterminación de la candidata a la MS, resultando el sujeto contractualmente más débil y potencialmente más vulnerable entre los implicados en esta práctica. Sin embargo, esto no prueba que la eliminación de estas asimetrías convertiría en moralmente aceptable la MS, garantizando una adhesión verdaderamente libre al contrato por parte de la candidata a la subrogación, ya no empujada por exigencias de supervivencia. Al contrario, la eliminación de las desigualdades sociales demuestra como éstas son una condición ineludible para la realización de dicha práctica, es decir, las mujeres probablemente nunca aceptarían llevar un niño en su vientre, enfrentándose con los riesgos del embarazo y los previsibles sufrimientos de la separación, sin la existencia de unas exigencias económicas urgentes que hacen aceptable todo eso, incidiendo sobre la libertad de elección de la mujer.

Tampoco puede aceptarse la objeción de los que piensan en que las mismas exigencias económicas vitales están en la base de las decisiones de aquellos hombres y mujeres que aceptan condiciones laborales indignas o degradantes y que, por tanto, no existiría diferencia alguna entre alquilar el propio útero y adherirse a un contrato laboral que prevea unas modalidades de cumplimiento de las prestaciones limítrofes con la explotación. Como se ha dicho antes, una parte importante de la dignidad de la mujer se encuentra en la extraordinaria y única capacidad reproductiva de su cuerpo, aunque no sea reducible a éste, y, por tanto, en su natural capacidad para la acogida y la generación de la vida. Por eso, cualquier práctica que implique una lógica cosificante de dicha capacidad generativa, como en el caso de la MS, o de la sexualidad, como en el supuesto de la prostitución, parece reprochable, porque atenta contra el fundamento ontológico de la especial dignidad femenina. Ni parece que estos riesgos puedan ser evitados a través de unas normas jurídicas más estrictas, las cuales, al revés, por un lado, asegurarían la coercibilidad de muchos puntos incluidos normalmente en el contrato de subrogación que hoy aparecen in-

coercibles (piénsese, por ejemplo, en la obligación de abortar fetos con malformaciones, de practicar la reducción embrionaria en el caso de embarazo múltiples, o de entregar el recién nacido en todo caso, aunque la madre haya expresado una voluntad diferente), por el otro, ofrecerían un marco legal de protección para los que cometen abusos en detrimento de las partes más débiles, la madre y el niño.

Asimismo, no puede aceptarse un paralelismo entre la MS y el instituto de la adopción, cuya existencia se justifica exclusivamente en el interés prioritario del menor. Aquí el deseo de genitorialidad aparece verdaderamente desnudado de todo carácter hedonista y autoreferencial, ya que la pareja adoptante está dispuesta a acoger una vida que, por el hecho de no haber sido conocida, ni proyectada, guarda una cierta dimensión misteriosa, de la cual proviene el nacido, y en cuya transparencia debe vivirse la genitorialidad como la "filialidad".

La razón para rechazar, por último, la propuesta de una legalización de la MS solidaria, es decir, la practica a favor de parientes o amigos, está en el hecho de que esta hipótesis también supone lógicas de propiedad, de pertenencia, en una palabra, cosificantes que la dinámica de la donación lleva consigo, más allá de otras razones igualmente válidas, como: 1) la imprevisibilidad de los sentimientos que podrían nacer en la gestante hacia el feto durante el periodo de la gestación y de los consiguientes problemas jurídicos; 2) las posibles confusiones en los papeles entre las diferentes figuras implicadas en la MS y las consecuencias sobre los equilibrios afectivos del niño; 3) la instrumentalización del cuerpo y, por tanto, de la dignidad, que una hipótesis tal produciría en la madre gestante.

Referencias

- Allen A. L. "Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Live", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 1990, 13 (1): 139-149.
- American Society for Reproductive Medicine [Publicación en línea] "Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion", 2015, <https://www.asrm.org/uploadedFiles/ASRM_Content/News_and_Publications/Practice_Guidelines/Committee_Opinions/recommendations_for_practices_utilizing_gestational_carriers_nonmembers.pdf> [consulta: 1/03/2016].
- Anders, G. *L'uomo è antiquato. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale* (trd. L. Dellapiccola), Vol. I, Bollati Boringhieri, Milano, 2007.
- Angelini, G. *Il Figlio. Una benedizione, un compito*, Vita e Pensiero, Milano, 1991.
- Aparisi Miralles, A. (coord). *Persona y genero*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
- "El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global", *Cuadernos de Bioética*, 2013, 24 (81): 201-221.
- Bailey, A. "Reconceiving surrogacy: toward reproductive justice account of Indian surrogacy", *Hypatia*, 2011, 26 (4): 714-741.
- Bazzicalupo, L. "Biopolitica della bioetica: la normatività del concetto di natura", en Lucrezi, F., Mancuso F. (coord.) *Diritto e vita. Biodiritto, bioetica, biopolitica*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2010.
- Blyth E., Farrand, A. "Reproductive Tourism. A Price Worth Paying for Reproductive Autonomy?", *Critical Social Policy*, 2005, 25 (1): 91-114.
- Boella, L., Buttarelli, A. *Per amore di altro. L'empatia a partire da Edith Stein*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2000.
- Botturi, F. "Il ritorno della virtù", en *Vita, ragione, dialogo. Scritti in onore di Elio Sgreccia*, Quaderni di Scienza&Vita, Cantagalli, Siena, 2014.
- Brophy, K. M. "A surrogate mother contract to bear a child", *Journal of Family Law*, 1982, 20: 263-291.
- Chiodi., M. *Il figlio come sé. La questione dell'aborto nella storia della teologia morale e nel dibattito bioetico contemporaneo*, Glossa, Milano, 2001.
- Cooper, M., Waldby, C. *Biolavoro globale. Corpi e nuova manodopera* (trad. A. Balzano), DeriveApprodi, Roma, 2015.
- Cotta, S. *Diritto, persona, mondo umano*, Giappichelli, Torino 1989.

- Itinerari esistenziali del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014.
- D'Agostino, F. *La famiglia. Un bene insostituibile*, Cantagalli, Siena, 2008.
- Damelio, J., Sorensen K. "Enhancing autonomy in paid surrogacy", *Bioethics*, 2008, 22 (5): 269-277.
- De Bac, M. [Publicación en línea] "Veronesi: il mio sì all'utero in affitto", *27Ora Online*, 2016, <<http://27esimaora.corriere.it/articolo/veronesi-il-mio-si-allutero-in-affitto/>> [consulta: 1/03/2016].
- Debord, G. *La società dello spettacolo* (trad. P. Salvadori, F. Vasarri), Baldini&Castoldi, Milano, 2013.
- Díaz de Terán, M. C. *Hijos a la carta, ¿un derecho?: problemas bioéticos y jurídicos de la selección de embriones in vitro*, Instituto Martín de Azpilcueta, Pamplona, 2004.
- Di Pietro, M. L., Moltisanti, D. "Sul concetto di dignità", en Associazione Scienza&Vita (coord), *Vita, ragione, dialogo. Scritti in onore di Elio Sgreccia*, Edizioni Cantagalli, Siena, 2014.
- Donchin, A. "Reproductive tourism and the quest for global justice", *Bioethics*, 2010, 24 (7): 323-332.
- Dworkin, A. *Right-wing Women*, Perigee Book, New York, 1983.
- Durante, G. "L'artificio giuridico e il fantasma della natura", en Catania, A., Mancuso, F. (coord.), *Natura e artificio. Norme, corpi e soggetti, tra diritto e politica*, Mimesis, Milano, 2011.
- Ekman, K. E. *Being and Being Bought: Prostitution, Surrogacy and the Split Self*, Spinifex Press, Melbourne, 2013.
- Field, M. A. *Surrogate Motherhood: The Legal and Human Issues*, Harvard University Press, Cambridge, 1990.
- Flamigni, C. *Sessualità e riproduzione. Generazioni a confronto*, Ananke, Torino, 2015.
- [Publicación en línea] "Dono del grembo ed utero d'affitto", *Micromega Online*, 2016, <<http://temi.repubblica.it/micromega-online/dono-del-grembo-e-affitto-dutero/?printpage=undefined>> [consulta: 1/04/2016].
- Foucault, M. *Nascita della biopolitica: corso al College de France (1978-1979)* (trad. M. Bertani-V. Zini), Milano, Feltrinelli, 2005.
- Giovanni Paolo II, *Mulieris dignitatem*, Edizioni Dehoniana Bologna, Bologna, 1989.
- González, A. M. "La dignidad de la persona, presupuesto de la investigación científica", en Ballesteros, J., Aparisi, A. (coord), *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un dialogo*, EUNSA, Pamplona, 2004.
- Grisez, G. G. *The way of Lord Jesus. Christian Moral Principles*, Vol. I, Franciscan Herald Press, Chicago, 1983.
- Habermas, J. *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale* (trad. L. Ceppa), Einaudi, Torino, 2002.
- Hanna, J. K. M. "Revisiting child-based objections to commercial surrogacy", *Bioethics*, 2010, 24 (7): 341-347.
- Harris, J. *Wonderwoman and Superman: the ethics of human biotechnology*, Oxford University Press, Oxford, 1993.
- Iacub, M. *Dal buco della serratura. Storia del pudore pubblico dal XIX al XXI secolo* (trad. G. Durante), Dedalo, Bari, 2010.
- Kamper, D. "Desiderio", en Borsari, A. (coord.) *Cosmo, corpo, cultura. Enciclopedia antropologica*, Mondadori, Milano, 2002.
- Kant, I. *Fondazione della metafisica dei costumi* (trad. F. Gonnelli), Laterza, Roma-Bari, 1997.
- Lacroix, X. *Il corpo di carne. La dimensione etica, estetica e spirituale dell'amore* (trad. G. Zaccherini), Edizioni Dehoniane Bologna, Bologna, 1997.
- Lavana, V. [Publicación en línea] "Commercial Surrogacy in India: Exploitation or Manual Assistance?", <<http://www.iaac.ca/en/commercial-surrogacy-in-india-exploitation-or-mutual-assistance-4>> [consulta: 3/04/2016].
- Lévinas, E. *Totalità e Infinito. Saggio sull'esteriorità* (trad. di A. Dell'Asta), Jaca Book, Milano 1980.
- Lizzola, I. [Publicación en línea] "Aver cura della vita", *Note di pastorale giovanile*, 2016, <<http://www.no>

- tedipastoralegiovanile.it/index.php?option=com_content&view=article&id=5966:aver-cura-della-vita&catid=105:formazione-degli-educatori>.
- Lopez Guzman, J., Aparisi Miralles, A. "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, 2012: 23 (78): 253-268.
- López Moratalla, N. "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano", *Persona y Bioética*, 2010, 14 (2): 120-140.
- Malo, A. "Il corpo umano tra indisponibilità e autodeterminazione: un caso di giustizia asimmetrica", *Metodologia Didattica e Innovazione Clinica-Nuova Serie*, 2011, 19, 10-14.
- Mauss, M. *Saggio sul dono. Forma e motivo dello scambio nelle società arcaiche* (trad. F. Zannino), Einaudi, Torino, 2002.
- Melina, L. "La procreazione umana: riflessione teologica", en Sgreccia, E. (coord.) *Una scienza a servizio dell'uomo. Nuove possibilità, limiti, responsabilità*, Cantagalli, Siena, 2015.
- Murgia, M. [Publicación en línea] "Non chiamatela maternità surrogata", *L'Espresso Online*, 2016, <<http://espresso.repubblica.it/attualita/2016/02/01/news/michela-murgia-non-chiamatela-maternita-surrogata-l.248420>>.
- Musumeci, A. *Costituzione e bioetica*, Aracne Editrice, Roma, 2005.
- Palazzani, L. "Los valores femeninos en bioética", en Aparisi Miralles, A., Ballestreros, B. *Por un feminismo de la complementariedad*, EUNSA, Pamplona, 2002.
- *Il potenziamento umano. Tecnoscienza, etica e diritto*, Giappicchelli, Torino, 2015.
- Panitch, V. "Surrogate tourism and reproductive rights", *Hypatia*, 2013, 28 (2): 274-289.
- Pareyson, L. *Ontologia della libertà*, Einaudi, Torino, 2000.
- *Persona e libertà*, La Scuola, Brescia, 2011.
- Park, J. A. "Care Ethics and global practice of Commercial Surrogacy", *Bioethics*, 2010, 24 (7): 333-340.
- Parlamento Europeo [Publicación en línea] "El régimen de subrogación en los Estados Miembros de la Unión Europea", 3, 2013, <http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET%282013%29474403%28SUM01%29_ES.pdf> [consulta 10/04/2016].
- Pavone, I. R. *La convenzione europea sulla biomedicina*, Giuffrè, Milano, 2009.
- Pizzo, A. [Publicación en línea] "Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive", *Dialeghetai*, 2016, <<http://mondodamani.org/dialeghetai/ap03.htm>> [consulta: 20/04/2016].
- Posner, R. A. "The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood", *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 1989, 5: 21-29.
- Radin, M. J. "Market-Inalienability", *Harvard Law Review*, 1987, 100: 1849-1937.
- Rudrappa, S. "Making India the 'mother destination': outsourcing labor to Indian surrogate", en Williams, C. L., Dellinger, K. (coord.) *Gender and Sexuality in the Workplace*, Emerald, Bingley, 2010.
- Sayantani, D. G., Shamita, D. D. (coord.) *Globalization and Transnational Surrogacy in India: Outsourcing Life*, Lexington Books, Lanham, 2014.
- Sera, J. M. "Surrogacy and prostitution: a comparative analysis", *Journal of Gender and Law*, 1997, 5 (2): 315-342.
- Sgreccia, E. *La vita e l'uomo nell'età delle tecnologie riproduttive. Una domanda di sapienza e di agire responsabile*, Vita e Pensiero, Milano, 1997.
- *Manuale di Bioetica. Fondamenti di etica biomedica*, vol. I, Vita e Pensiero, Milano, 2007.
- *Per una pastorale della vita umana. Riferimenti fondativi e contenuti dottrinali*, Cantagalli, Siena, 2011.
- *Tomismo analitico, etica e bioetica*, Vita e Pensiero, Milano, 2011.
- Sgreccia, E., Di Pietro, M. L. "La vita dello spirito nella corporeità: persona e personalità", en Pontificia Accademia pro Vita Ed., *La cultura della vita: fondamenti e dimensioni*, LEV, Città del Vaticano, 2002.

- Shalev, C. *Birth Power: The Case for Surrogacy*, Yale University Press, New Haven, 1991.
- *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992.
- Speamann, R. *Felicità e benevolenza*, Vita E Pensiero, Milano, 1998.
- *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, Edusc, Roma, 2016.
- Stein, E. *Il problema dell'empatia* (trad. E. Costantini), Studium, Roma, 1988.
- *Introduzione alla filosofia*, Città Nuova, Roma, 2001.
- Tarde, G. *Credenza e desiderio* (trad. S. Prinzi), Cronopio, Napoli, 2012.
- The Associated Press [Publicación en línea] "India's surrogate mother business raises questions of global ethics", 2008, <<http://www.nydailynews.com/news/world/india-surrogate-mother-business-raises-questions-global-ethics-article-1.276982>> [consulta 25/02/2016].
- The Center for Egg Options, LLC [Publicación en línea] "Egg Donor Application", 2015, <<http://www.egg411.com/download/EggDonorApplication.pdf>> [consulta: 13/04/2016].
- The Fertility Institutes and United States Eggs Donor and Surrogate Pregnancy Center [Publicación en línea] "Donor Egg Programm", 2013, <<http://www.lasvegassfertility.net/index.html>> [consulta: 2/02/2016].
- Tomas de Aquino *Summa Theologiae*, Edizioni Studio Domenicano, Bologna, 1996.
- Twine, F. W. *Outsourcing the Womb: Race, Class, and Gestational Surrogacy in a Global Market*, Routledge, Londres, 2011.
- Vögelin, E. *La nuova scienza politica*, Borla, Milano, 1968.
- Weil, S. *Attesa di Dio*, Adelphi, Milano, 2008.
- Wertheimer, A. "Two Questions About Surrogacy and Exploitation", *Philosophy and Public Affairs*, 1992, 21 (3): 211-239.
- Wilkinson, S. "The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy", *Bioethics*, 2003, 17 (2): 169-187. [Publicación en línea] "Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements", *Journal of Applied Philosophy*, 2016, 33 (2), <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/japp.12138/pdf>> [consulta 20/04/2016].
- Wood, A. "Exploitation", *Social Philosophy and Policy Review*, 1995, 12 (2): 136-158.
- Zappalà, D. [Publicación en línea], "Agacinski: "Il mio no da sinistra agli uteri in affitto"", *Avvenire Online*, 2015, <<http://www.avvenire.it/Vita/Pagine/il-mio-no-da-sinistra-agli-uteri-in-affitto.aspx>> [consulta: 25/02/2016].
- Zambrano, P. *La disponibilidad de la propia vida en el liberalismo político*, Ábaco de R. Depalma (Universidad Austral), Buenos Aires, 2005.

Conclusiones de la Jornada Anual de AEBI

*Maternidad subrogada: revisión ético-legal
Madrid 7 de Octubre de 2016*

Tras la mesa redonda y el posterior coloquio, se redactan las siguientes conclusiones, que son aprobadas por la Junta Directiva de AEBI para ser publicadas en la web institucional de la asociación:

1. La maternidad por subrogación es, inequívocamente, una nueva forma de explotación de la mujer, contraria a su dignidad, al usar el cuerpo femenino, y por tanto su persona, como un objeto negociable.

2. Respecto a las madres subrogadas hay una serie de consecuencias negativas para ellas. Las primeras se relacionan con el vínculo de apego generado con el hijo durante su gestación y la obligación de tener que entregarlo al dar a luz. Esto significa que la madre es presionada psicológicamente a asumir desde el inicio que el hijo no es suyo y que no puede establecer ningún contacto con él. Además, finalizado el proceso es habitual que se desentiendan de ella y no le presten la necesaria asistencia psicológica que se requiere cuando se ha dado a luz y se ha de entregar al hijo. Las segundas están en relación con los riesgos que conlleva todo el proceso de la FIVET y los derivados del parto para su salud. Junto a esto, es también negativo para la mujer la obligación de participar en caso de embarazo múltiple, en posibles prácticas abortivas de reducción fetal o de eliminación de fetos por motivos eugenésicos.

3. La maternidad por subrogación es un negocio muy lucrativo, basado en la mercantilización del cuerpo de las mujeres. Ello ha generado un fenómeno emergente, denominado “turismo reproductivo”. En él se observa la presencia de dos partes en situación de desequilibrio:

a) Por un lado, las parejas-clientes con poder económico, que recorren el mundo en busca de una descendencia, a un precio más asequible que en sus países de origen. En este primer grupo también debe incluirse a los centros especializados en esta tecnología reproductiva, a los bufetes de abogados de alto nivel, y a los agentes intermediarios, que obtienen pingües beneficios.

b) Por otro, se recurre a mujeres pobres, o en situaciones de necesidad, víctimas, muchas veces, de sociedades altamente patriarcales, que se ven abocadas a alquilar su cuerpo y, en definitiva, su persona, a cambio de una retribución económica. La gran desigualdad cultural y educativa, hace que el desequilibrio entre las partes contratantes sea aún mayor. Si a ello, se une la existencia de Estados indiferentes a este drama humano, con ordenamientos legales permisivos, se llega a una situación de indefensión de las mujeres -objeto de comercio-, y de los niños, que se convierten en una mercancía a adquirir.

4. El contrato de gestación por sustitución (vehículo jurídico para la maternidad subrogada) es nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español. No está prohibido en sentido estricto, simplemente, no tiene ningún efecto. Legalmente, se entiende que es madre quien da a luz. La nulidad de este contrato se basa en razones de orden público, vinculadas al respeto a la dignidad de la mujer gestante y del hijo. Este último no puede convertirse en objeto de ningún negocio jurídico, ya que sólo las cosas, y nunca las personas, pueden ser compradas o vendidas. De la misma manera, puesto que el cuerpo humano no es susceptible de un derecho de propiedad, tampoco es aceptable ejercer sobre el las facultades que dicho derecho otorga: alquiler, venta, etc.

5. No existe un “derecho a la procreación” y por tanto un “derecho al hijo” que justifiquen un pretendido derecho a la maternidad subrogada. Los deseos, por muy loables que sean, deben diferenciarse de los verdaderos derechos, basados en títulos legítimos, y con la perspectiva del bien común.

6. El derecho español otorga una respuesta legal a la situación de los hijos nacidos como consecuencia de la realización de un contrato nulo, pues el padre biológico siempre puede determinar la filiación del niño a su favor, quedando la posibilidad de que su cónyuge le adopte. El criterio que impera, por otro lado, es el de mejor interés del menor. Por esta razón, nuestro ordenamiento jurídico es plenamente respetuoso con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia.

7. Para evaluar el mejor interés del menor, debe distinguirse la perspectiva del juez y de la del legislador.

a) El primero juzga, a posteriori, una situación, de suya ilícita, en la que hay que buscar el mayor beneficio de los menores. Lógicamente, éstos no deben sufrir las consecuencias negativas derivadas de la ilicitud de la conducta de los adultos.

b) El legislador, en cambio, está llamado a regular situaciones futuras. Por ello, debe velar por la dignidad y los derechos humanos de los sujetos implicados: las madres, que son explotadas mediante un contrato de alquiler, y los hijos, que se convierten en el objeto de un contrato de compraventa.

c) Es un grave error, por ello, confundir ambos planos de actuación, y demandar una regulación legal de la maternidad subrogada desde la experiencia de la resolución judicial de los casos concretos. Ante la práctica de las “madres de alquiler”, solo cabe, de acuerdo con la dignidad humana, su prohibición legal.

Madrid 7.10.2016