



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.

