

¿NUEVAS TECNOLOGÍAS? VIEJAS EXPLOTACIONES. EL CASO DE LA MATERNIDAD SUBROGADA INTERNACIONAL

Vicente Bellver Capella*

Fechas de recepción y aceptación: 4 de junio de 2015, de junio de 2015

Resumen: La *subrogación* internacional ha sido vista hasta hace poco tiempo como una práctica ilícita; sin embargo, se está convirtiendo en una práctica común para tener un hijo cuando no se puede conseguir de otro modo. Después de presentar los diferentes tipos de *subrogación* (internacional) que se pueden llevar a cabo y los términos en los que se ha desarrollado el debate público sobre este tema, considero los aspectos éticos y legales de la *subrogación* internacional. Me pregunto si es compatible con el principio de vulnerabilidad y con la dignidad y los derechos humanos de las personas afectadas: (1) los niños resultantes de esta práctica, (2) la mujer gestante, y (3) los comitentes. Concluyo que una regulación de esta práctica sería insuficiente y que la respuesta correcta es alcanzar un acuerdo universal para prohibirla.

Palabras clave: *Subrogación* internacional; Principio de vulnerabilidad; Bioderecho; Bioética.

Abstract: International surrogacy was seen not too long ago as an illicit practice; however, it is becoming a usual practice to conceive a baby when it cannot be achieved by any other means. After presenting the different types of (international) surrogacy that can be practiced and the the terms of the public debate on this issue, I consider the ethical and legal problems of international surrogacy. I wonder whether it is compatible with the vulnerability principle and the dignity and human rights of the people affected, who are: (1) the children resulting from international surrogacy, (2) the woman carrying the baby, (3) the intended parent/s. I conclude that a regulation of this practice would be insufficient and a universal agreement to forbid would be the right answer.

* Profesor en la Universitat de València-Estudi General.

Correspondencia: Depto. Filosofía del Derecho, Moral y Política. Avda. Tarongers s/n. 46071 Valencia. E-mail: Vicente.Bellver@uv.es

Key words: International surrogacy; Vulnerability principle; Biolaw; Bioethics.

§1. INTRODUCCIÓN

En medio de una gran controversia a nivel mundial, las tecnologías de la reproducción asistida han desarrollado en los últimos años una nueva práctica dirigida a incrementar el número de individuos que puedan satisfacer el deseo de tener descendencia: la maternidad subrogada internacional. Aunque hace algo más de veinte años que se celebraron los primeros contratos de subrogación de alcance internacional (aquellos en los que la mujer que cede su útero para gestar y quienes asumirán la paternidad de ese bebé viven en países distintos) su crecimiento exponencial ha tenido lugar en los últimos diez años. En este tiempo, el fenómeno de la subrogación uterina, tanto nacional como internacional, ha sido objeto de creciente interés en los medios de comunicación por distintas razones. Por un lado, algunas *celebrities* (tan conocidas en todo el mundo como Nicole Kidman o Elton John) han recurrido a esta fórmula para tener hijos, lo que ha atraído la atención de millones de personas sobre el asunto. Por otro, el incremento del número de las subrogaciones internacionales y de las condiciones en las que se llevan a cabo ha sido objeto de fuerte controversia, en parte por algunos escándalos que han tenido lugar. Dos que ocurrieron en Tailandia, el de baby Gammy¹ y el del joven millonario japonés Mitsutoki Shigeta², dieron la vuelta al mundo y provocaron la reforma de la regulación de la maternidad subrogada en ese país³. A pesar de esos sucesos, la subrogación internacional, que hasta hace poco tiempo era vista por la mayoría de los agentes públicos y privados como algo ilícito -o, por lo menos, sumamente excepcional- se va abriendo paso como una alternativa reproductiva más, siempre que sea adecuadamente regulada⁴.

Concretamente en los últimos años esta práctica ha sufrido un enorme incremento con relación a la subrogación nacional en todo el mundo, porque resulta más económica (cuando existe la posibilidad de la subrogación comercial) o porque permite sortear problemas legales en el país de origen de quienes quieren tener el hijo (sobre todo en aquellos países en los que o está prohibida o solo se contempla con carácter altruista). Se estima que en 2010 en Reino Unido nacieron unos 100 niños mediante subrogación nacional, mientras

¹ 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.

² En agosto de 2014 se descubrieron ocho bebés que permanecían en un apartamento de lujo en Bangkok a cargo de niñeras y que habían sido concebidos con el esperma de este joven de 24 años, que en total tenía entre 12 y 16 hijos obtenidos por subrogación uterina, y que pretendía llegar a tener por esta vía tantos como pudiera; *cfr.* (Interpol opens probe as Thai police ID ‘baby factory’ dad, 2014) y (Japanese Millionaire Mitsutoki Shigeta Awarded Custody, 2015)

³ *Cfr.* (Thailand bans foreign “surrogacy business”, 2015).

⁴ *Cfr.* Petersen (2014).

que unos 1000 nacieron de mujeres indias⁵. En aquellos países europeos en los que la subrogación está prohibida –como, por ejemplo, España, Alemania, Italia o Francia- centenares de personas han recurrido a la subrogación comercial internacional, lo que ha dado pie a pronunciamientos judiciales en esos países acerca de la licitud o no de inscribir en los registros civiles nacionales a los niños obtenidos mediante esta práctica como hijos de los que encargaron la subrogación. En 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó dos sentencias, que son vinculantes para todos los Estados miembros del Consejo de Europa, que obligaban a la inscripción de los hijos fruto de subrogación en los registros civiles de los comitentes de la maternidad subrogada al amparo del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que trata del derecho a la intimidad personal y familiar⁶.

Aunque la opinión pública mundial ya se interesó por los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada desde 1986, cuando estalló el escándalo de Baby M⁷, ha sido en los últimos años cuando se ha incrementado notablemente como consecuencia de la proliferación de la subrogación internacional. Como siempre sucede ante la aparición de novedades biotecnológicas fuertemente controvertidas, se identifican de inmediato tres tipos de posiciones: la “tecnocentusiasta”, que destaca las nuevas posibilidades de satisfacer la maternidad/paternidad que ofrece esta biotecnología y aboga por la liberalización y la autorregulación⁸; la “prudente”, que alerta acerca de los problemas y riesgos que entraña pero confía en la posibilidad de establecer una adecuada regulación para garantizar su buen uso⁹; y la “tecnodesconfiada” que entiende que estas intervenciones suponen atentados directos contra bienes fundamentales de las personas o de la sociedad y que, en consecuencia, deberían ser prohibidas con carácter general¹⁰. En todo caso, existe una creciente presión para que tanto los Estados como los organismos internacionales que se ocupan de cuestiones relacionadas con la bioética adopten una posición sobre esta práctica. A nivel internacional no existe ninguna normativa al respecto. Ni el Consejo de Europa¹¹, ni la UNESCO -los organismos internacionales que han aprobado las principales normas sobre bioética de alcance internacional- se han pronunciado sobre esta materia hasta ahora.

En este artículo pretendo responder la cuestión acerca de la licitud o no de la maternidad subrogada internacional y de la regulación que debería recibir. Para ello, en primer lugar, ofreceré una clasificación de los tipos de maternidad subrogada que se pueden dar. Es importante comprender que el fenómeno es mucho más amplio de lo que inicialmente podríamos suponer. En segundo lugar, esbozaré tres reflexiones sobre esta práctica: una desde la filosofía, otra desde el derecho y la última sobre el modo en que la opinión pública ha reaccionado ante la maternidad subrogada. En tercer lugar, y para acabar, presentaré los

⁵ *Cfr.* Knoche (2014).

⁶ *Cfr.* Mennesson v. France (2014) y Labassee v. France (2014); *cf.* Vela Sánchez (2015: 153 ss.).

⁷ Tras el nacimiento de Baby M en 1986, se desató una batalla judicial por la paternidad de la niña entre la gestante que no quería renunciar a la maternidad de la niña tras el parto, y los que habían hecho el encargo de gestación por sustitución. La mujer había sido inseminada con el esperma de quien hizo el encargo.

⁸ *Cfr.* Harris (1998: 174).

⁹ *Cfr.* Petersen (2014: 209 ss.).

¹⁰ *Cfr.* Kass (1985: 110-114).

¹¹ En 2015, en el marco de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible comenzó a elaborar un informe sobre la subrogación, y en particular la subrogación comercial; *cf.* De Sutter (2015).

argumentos por los que considero que esta práctica debería ser objeto de una prohibición a escala universal.

§2. CLASES DE MATERNIDAD SUBROGADA

Que una mujer tenga un hijo y luego otra ejerza de madre no es una novedad en la historia ni requiere de tecnología alguna para hacerlo posible. Ya en el Antiguo Testamento nos encontramos con dos casos especialmente famosos, e incluso con un tercero que también podría incluirse dentro de la categoría de maternidad subrogada en sentido amplio. El primero es el caso de Sara, la mujer de Abraham, quien no pudiendo tener hijos, ofreció a su esposo a la esclava Agar para que tuviera descendencia por medio de ella (Gen. 16). También Raquel, la esposa de Jacob, no pudiendo tener hijos, recurrió a su esclava Bilhá, para que concibiera un hijo con su esposo (Gen. 30). El tercer relato (que está más próximo a una adopción que a la maternidad subrogada, pero se diferencia y presenta similitudes con ambas) es el nacimiento de Moisés, cuya madre gestacional (que además lo amamantó) fue distinta de su madre legal, la hija del Faraón (Ex. 2, 1-10).

La principal novedad que aporta la tecnología actual consiste en que las gestantes no tienen que mantener necesariamente relaciones sexuales para proporcionar este servicio. En el plano literario, una de las escritoras más importantes del presente, Margaret Atwood, nos presenta en una de sus novelas una distopía en la que las mujeres ejercen como esclavas reproductoras para servir a los intereses de los varones¹². Por tanto, desde los tiempos pretéritos a un incierto y temible futuro, la posibilidad de la maternidad subrogada está presente en la historia de la humanidad.

Es importante subrayar que la maternidad subrogada es una práctica social que se sirve, en la mayoría de los casos pero no siempre, de algunas de las tecnologías reproductivas que se han desarrollado en las últimas cuatro décadas. No es, por tanto, imprescindible para que haya maternidad subrogada que concorra alguna tecnología reproductiva. Es importante destacarlo para no revestir la maternidad subrogada del halo de innovación y de legitimidad moral con que se suelen envolver todos los llamados “avances tecnológicos”¹³.

Son diversos los nombres empleados para referirse a esta práctica o a sus protagonistas: maternidad subrogada, gestación por sustitución, subrogación uterina, madres o vientres de alquiler, madres sustitutas, etc. Aquí emplearemos indistintamente casi todos ellos, aunque existe un encendido debate acerca de la idoneidad de cada uno de ellos¹⁴. Lo que, a mi entender, resulta más importante poner de manifiesto es que bajo el término maternidad subrogada no se encuentra una técnica en particular sino una diversidad de actuaciones que únicamente tienen en común la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz al bebé y atribuirla a otra, otro u otros. Conviene recordar en este punto que la primera acepción de “Madre” que aparece en el Diccionario de la

¹² Cfr. Atwood (1987) (*The handmaid's tale*, 1985). La obra de Atwood fue llevada al cine con el título *El cuento de la doncella* (Volker Schlöndorff, 1990); Merás (2012).

¹³ Gray (2006).

¹⁴ Cfr. Lamm (2013).

Real Academia es “Hembra que ha parido”, si bien la segunda amplía el alcance del término: “Hembra respecto de su hijo o hijos”.

Las formas en las que se puede llevar a cabo la maternidad subrogada son múltiples, y las podemos clasificar atendiendo a distintos criterios: (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 gestante.

(1) La finalidad con la que actúa la gestante puede ser altruista o lucrativa. En el primer caso, la mujer no percibe retribución por su servicio, sino únicamente compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación. Normalmente en esos casos suele haber una relación previa (familiar o de amistad) entre la gestante y los comitentes. En el segundo, la gestante presta un servicio a cambio de una retribución.

(2) Las condiciones de la entrega del bebé. Se puede acordar que la gestante tiene libertad, en los días siguientes al parto, para decidir si finalmente entrega el bebé que ha parido a los comitentes o se lo queda ella. Pero también se puede establecer que el niño sea entregado en todo caso a los comitentes tras el parto.

(3) El origen de la dotación genética del bebé. El óvulo puede proceder de la madre gestacional, de la comitente o de una tercera, que lo haya donado o que lo haya vendido. El esperma, a su vez, puede proceder del comitente o de un tercero, en las mismas condiciones que el óvulo (donación o compraventa). Las combinaciones posibles son seis. Así el hijo puede tener como “padres genéticos”: al varón y a la mujer comitentes de la gestación subrogada; al comitente y a la mujer gestante; al comitente y a una donante del óvulo; a un donante de esperma y a la comitente; a un donante de esperma y a la mujer gestante; y a un donante de esperma y a una donante de óvulo. Cada una de estas combinaciones estará motivada por unas razones particulares y repercutirá de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de los gametos. Obviamente, en el momento en que se puedan crear y utilizar gametos artificiales¹⁵ para la reproducción se incrementarán las combinaciones posibles de la carga genética de los bebés obtenidos mediante maternidad subrogada.

(4) El tipo de padres legales que tendrá el hijo. Puede ser una pareja heterosexual, una pareja homosexual de varones o mujeres, una mujer o un varón solo, más de dos personas en modalidades diversas (poligámica o poliamorosa), o incluso una persona jurídica.

(5) La causa de la subrogación. Puede ser una razón médica, como la incapacidad de una mujer para gestar; una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de un útero (fundamentalmente parejas de varones) o es un varón solo quien desea ser padre; o una razón profesional, social o personal (por ejemplo, cuando la mujer no quiere

¹⁵ Cfr. Bellver Capella (en prensa); Palacios-González et al., (2014)

gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación).

(6) La localización geográfica de los comitentes y la gestante. Pueden ser del mismo país, e incluso estar próximos y tener un contacto continuado, o ser de países distintos, de modo que la gestante lleva a término su embarazo y da a luz en un país distinto al de los comitentes. En estos casos, cabe presumir que no existía relación previa entre ambas partes y que tampoco se mantendrá una vez se haya producido la entrega del bebé.

(7) El nivel de conocimiento y libertad de la gestante. Aunque se suele dar por supuesto que la gestante es una mujer que consiente con plena libertad y conocimiento a la realización de ese servicio, es una ingenuidad pensar que siempre es así. Más bien hay que aceptar que circunstancias de todo tipo, entre las que indudablemente ocupan un lugar preeminente las escasas garantías jurídicas que pueden rodear a la subrogación, determinan el nivel de conocimiento y libertad de la gestante.

(8) Las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante. También aquí encontramos muy diversas variables. Puede existir un contrato escrito que prevea minuciosamente las principales eventualidades que puedan suceder o uno que solo contemple las exigencias generales. Por lo general, la relación entre gestante y comitente se llevará a cabo mediando un agente, que bien puede ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a los comitentes, un mediador que pone en contacto a los comitentes con la gestante o incluso una agencia pública que lleva a cabo o vela por el buen desarrollo de todo el proceso. Se ha llegado a proponer que sean mujeres profesionalmente dedicadas a esta tarea, y bajo la supervisión del Estado, quienes se encarguen en exclusiva de prestar este servicio¹⁶.

(9) La existencia o no de un marco legal que garantice la seguridad jurídica. Tenemos países que no han regulado específicamente esta materia, países que la han regulado pero que no son capaces de garantizar su cumplimiento con carácter general, y países en los que existe una normativa clara y que se cumple. Pero cuando se trata de subrogaciones internacionales, entran en juego regulaciones de dos países distintos, que no siempre estarán debidamente coordinadas y generan entonces, como se viene poniendo de manifiesto en los últimos años, graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica, sobre todo, para los bebés nacidos mediante esta práctica.

§3. MATERNIDAD SUBROGADA: FILOSOFÍA, DERECHO, PERCEPCIÓN SOCIAL

A la vista de la diversidad de formas de llevar a cabo la maternidad subrogada no resulta nada sencillo dar con una regulación jurídica que sea a la vez segura y justa, es decir, que nos permita anticipar qué va a suceder y que lo que suceda

¹⁶ Cfr. Walker & van Zyl (2015).

sea correcto. Pero antes de entrar en el debate sobre cuál debería ser la regulación más adecuada de esta materia conviene plantear tres reflexiones de carácter preliminar, sobre la filosofía, el Derecho y la percepción social de la maternidad subrogada.

a- Filosofía de la maternidad subrogada.

Inicialmente se entendió que la maternidad subrogada podía ser lícita si tenía como objetivo satisfacer el deseo de las mujeres que no podían gestar pero querían tener un hijo genéticamente propio. Si a la mujer que no podía concebir se le permitía recurrir a la reproducción asistida (incluso con la donación de óvulos) para tener un hijo, podía parecer razonable que a la que no pudiera gestar, pero podía aportar su óvulo, se le permitiera recurrir a otra mujer para que le gestara un hijo genéticamente propio. En un caso se atendía la voluntad de gestar un hijo, aunque no fuera genéticamente propio, y en el otro el deseo de tener un hijo genéticamente propio, aunque lo gestara otra mujer. Tanto unas como otras, podrían satisfacer su deseo de ser madres mediante la adopción, pero en un caso el hijo sería genéticamente propio, y en el otro no sería gestado por la madre. Además, la adopción no garantiza en absoluto ser padre o madre cuando se desee: los procesos de adopción escapan al control de los futuros adoptantes. Frente a ello, el recurso a la maternidad subrogada garantiza en mayor o menor medida un hijo genéticamente propio cuando se desee.

Más tarde, también se planteó la posibilidad de que un varón solo o una pareja homosexual masculina recurrieran a la maternidad subrogada con el mismo objetivo: tener un hijo genéticamente propio. Pero, ¿qué ocurre entonces cuando quien quiere tener un hijo por maternidad subrogada es una mujer que no puede aportar el óvulo o un varón cuyo esperma carece de la capacitación para fecundar? ¿Se les debe decir que, puesto que el niño resultante de la maternidad subrogada les será tan genéticamente extraño como el procedente de adopción, que acudan a la adopción y que la maternidad subrogada les está vetada? Si la justificación de la maternidad subrogada es proporcionar un hijo genéticamente propio a quien no puede gestarlo, la única alternativa que tendrán estas personas es la adopción. Pero si la maternidad subrogada es entendida como un recurso más para hacer efectivo el supuesto derecho de todo individuo a reproducirse, entonces no se deberá limitar el acceso a personas que no puedan aportar un gameto propio en la concepción del bebé que será gestado por sustitución.

Y es que una vez se acepta la maternidad subrogada para algunos supuestos resulta imparables recurrir a ella en otros nuevos. Porque esa aprobación inicial se sustenta en dos presupuestos inaceptables que impiden poner freno a esta práctica. El primero es que la voluntad del individuo de satisfacer su deseo de ser padre o madre es hegemónica. Y el segundo, que el “alquiler” del útero por parte de una mujer es, en principio, una acción inocua para su dignidad y su libertad.

En su momento las técnicas de reproducción asistida se justificaron ante la opinión pública como un recurso para que las parejas estériles o infértiles pudieran gestar y dar a luz un hijo. Incluso muchos años más tarde del nacimiento de la primera niña por fecundación in vitro, cuando Robert Edwards fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina en 2010, el jurado de los premios dijo que se le había premiado

por el desarrollo de la terapia de la fecundación *in vitro* (FIV) humana. Sus logros han hecho posible tratar la infertilidad, una condición médica que aflige a una importante porción de la humanidad, incluyendo a más del 10% de todas las parejas del mundo¹⁷.

Sin embargo, la realidad es que la FIV y, en general, las técnicas de reproducción asistida son en la actualidad un recurso para que una mujer (sola o en pareja) tenga un hijo sin necesidad de recurrir a la relación sexual. Las técnicas de reproducción asistida (TRA), lejos de mantenerse como un recurso para superar la infertilidad de las parejas heterosexuales, se ha convertido en una forma alternativa de reproducción humana¹⁸, que alcanza a las parejas heterosexuales, a las homosexuales femeninas y a las mujeres solas, pero que deja fuera tanto a los varones solos como a las parejas homosexuales masculinas. Lo mismo está sucediendo con la maternidad subrogada: en la medida en que se incrementa la demanda social, se ha planteado la legitimidad de recurrir a ella no solo para mujeres incapaces de gestar sino también para varones, solos o con pareja masculina.

Superada la necesidad de la relación sexual, de la aportación de gametos propios y de la gestación por la propia madre para que el ser humano pueda reproducirse, la última barrera que quedaría por derribar es la del vínculo genético: ¿se debe exigir a quien desea recurrir a la maternidad subrogada que aporte (él o, en su caso, su pareja) uno de los gametos en la reproducción, aduciendo que el resultado reproductivo que obtendrán es el mismo que si acudieran a la adopción, es decir, un hijo con el que no existe vinculación genética (ni *gestacional*) alguna? En contra de esta posición se podrían aducir dos razones. Primera, que la adopción es un proceso que no garantiza que una persona o pareja vaya a tener un hijo. El Estado valorará la idoneidad de quienes quieren adoptar y, en caso de que el resultado sea positivo, la adopción dependerá del número de niños en situación de ser adoptados y de personas en espera para adoptar. Si se afirma que existe un derecho a reproducirse, la adopción no es desde luego un medio para satisfacerlo. El derecho se satisfaría facilitando a quien lo deseara el acceso a la reproducción asistida y, en su caso, a la maternidad subrogada. Segunda, cuando se ha decidido desvincular la paternidad y la maternidad de la relación sexual, la gestación y la dotación genética del hijo, y asociarla únicamente a la voluntad de tener un hijo, no parece que tenga sentido mantener la exigencia de que, para recurrir a la maternidad subrogada, sea necesario que alguno de los comitentes tenga un vínculo genético con el hijo así gestado.

Si se llega al punto de afirmar que la relación sexual, la dotación genética de los progenitores y la gestación no son más que condiciones impuestas por la biología al ser humano para que pueda procrear, y que en la medida en que la biotecnología incrementa nuestro conocimiento y poder sobre esos procesos nos liberamos de esas ataduras, habrá que concluir que la reproducción forma parte de la libertad de cada individuo, que podrá satisfacer conforme al método “tradicional” o recurriendo a la tecnología para sortear los obstáculos que le haya impuesto la biología. Si, por el contrario, se entiende que las condiciones biológicas de la reproducción humana nos dicen algo acerca de quiénes somos,

¹⁷ Recuperado el 17 de enero de 2012 de http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2010/press.html.

¹⁸ Cfr. Bellver Capella (2012).

habrá entonces que discernir cuándo la biología aparece como un obstáculo que debe ser superado y cuándo como una seña de nuestra identidad, de la que no podemos prescindir sin perder nuestra humanidad.

Para quienes pensamos que la adecuada integración entre biología y libertad está en la entraña de la condición humana (y, más aún, que la libertad solo se puede desplegar desde el reconocimiento de nuestros condicionantes biológicos)¹⁹ existen buenas razones para estimar que todo ser humano sea hijo de quien lo ha parido y, por tanto, para rechazar cualquier propuesta dirigida a separar a la mujer que da a luz de su hijo. Pero incluso para quienes entienden que la biología no tiene nada que decir en la recta ordenación de la reproducción humana puede haber buenas razones para rechazar la maternidad subrogada, en base a los riesgos que trae consigo para las partes más vulnerables que toman parte en ese proceso: principalmente el hijo y la gestante. Solo aquellos que no solo niegan el papel colaborativo de la biología en la construcción de la humanidad, sino que están firmemente convencidos de la capacidad del Derecho para regular la maternidad subrogada evitando la lesión de los derechos de todas las partes afectadas, podrán abogar por permitirla bajo ciertas condiciones. Pero, ¿es eso posible?

b.- El Derecho ante la maternidad subrogada.

Se ha afirmado que (1) la maternidad subrogada en sí misma no atenta contra el principio de dignidad del niño, no ocasiona un daño al niño, ni tampoco lesiona la autonomía de nadie (incluida la mujer gestante); que, por ello, (2) no tiene sentido prohibirla y lo correcto es regularla de manera cuidadosa; y (3) que si no se hace así no se impedirá que se recurra a la gestación por sustitución, pero puede hacer de ella una práctica elitista y que suponga algunos riesgos adicionales a los que, de suyo, conlleva²⁰.

Entiendo que las tres afirmaciones son en cierto modo gratuitas.

(1) Obviamente la gestación por sustitución constituirá o no un atentado contra la dignidad del niño dependiendo en primer lugar del concepto de dignidad que manejemos. ¿Es indiferente para la dignidad del niño imponerle una disociación entre filiación biológica y filiación legal? ¿Es irrazonable sostener que la dignidad del niño exige que su madre biológica sea también la legal? No es descabellado pensar que un hijo fruto de gestación por sustitución recriminara a sus padres por haberle impedido tener como madre legal a la madre gestante. ¿Se trata de una queja atendible o caprichosa? No es el momento de debatir la cuestión, sino simplemente de poner de manifiesto que la respuesta no está en absoluto clara. Algo parecido ocurre cuando se presume que esta práctica no atenta contra la autonomía de la gestante. No se puede negar con carácter general que existan mujeres que den su consentimiento libre e informado a gestar por sustitución. Pero tampoco se puede desconocer que la práctica totalidad de las mujeres que se prestan a este servicio a cambio de una retribución son mujeres que necesitan de los ingresos obtenidos mediante ellos para vivir. Si, además, son mujeres de otros países es muy probable que tengan graves dificultades para entender y negociar las condiciones de su contrato. Por eso, más que presumir que no se lesiona la autonomía de la mujer, habría que

¹⁹ “La libertad humana –libertad eminentemente condicionada- ha de concebirse desde esta situación: los propios límites de la condición son la condición humana misma y lo que nos abre el horizonte de lo posible” (Esquirol, 2015: 102).

²⁰ Cfr. Atienza (2008: 7).

presumir lo contrario y adoptar las consecuentes garantías legales para que no llegara a suceder.

(2) El argumento de la ineficacia de la prohibición en primer lugar habrá que probarlo y, en segundo lugar, no constituye por sí mismo un argumento a favor de la legitimidad de la maternidad subrogada. Puede que en un país no resulte muy eficaz la prohibición del fraude fiscal; pero evidentemente la solución no podrá ser una fiscalidad voluntaria²¹. Además, no se pueden desconocer tres realidades. Primera, que resulta extraordinariamente difícil ofrecer una regulación con garantías suficientes para evitar toda suerte de desamparo a los niños así obtenidos y de explotación a las mujeres gestantes. Segunda, que en el momento en que la subrogación se convierte en una práctica que va más allá de las fronteras nacionales, el umbral de legalidad lo acabará estableciendo el país que, teniendo la regulación más permisiva, cuente con una buena oferta de precios, suficiente seguridad jurídica y unas condiciones biotecnológicas y sanitarias adecuadas. Solo estableciendo una regulación de alcance universal, cosa del todo improbable en este momento, ni en el medio plazo, se podrían garantizar efectivamente unos mínimos de protección a la gestante y al niño²². Tercera, al regular una actividad (aunque sea de forma muy restrictiva) se la está legitimando y ello da pie a que muchas personas que no se habían planteado llevarla a cabo la realicen, bien como comitentes o como gestantes²³.

En los últimos decenios se ha ido abriendo paso en el Derecho internacional el principio de precaución, que viene a sostener que, ante el riesgo de amenazas graves e irreversibles para la salud o el medio ambiente, se deben adoptar medidas precautorias, aunque no exista certeza de ellas. Se reconocen cinco características que definen el modo de operar de este principio: actúa ante un contexto de incertidumbre acerca de los riesgos; no obstante, se basa no en un miedo (por muy extendido que pueda estar) sino en valoraciones científicas de esos riesgos; para que opere tiene que darse una amenaza de daño grave o irreversible; las medidas precautorias que se adopten serán proporcionales al impacto de ese riesgo en la sociedad; y supone la inversión en la carga de la prueba, de modo que no es el que prohíbe quien debe probar el riesgo sino el que realiza la actividad quien debe demostrar su carácter inocuo²⁴.

Este principio se ha fraguado en el campo de la biomedicina y el medio ambiente y está pensado para prevenir graves daños en las condiciones de vida de las comunidades humanas. Por el contrario, la maternidad subrogada va a ser siempre un asunto que afecte a muy pocas personas y, por tanto, en términos cuantitativos, el daño no alcanzará a muchos. No obstante, puede resultar pertinente tomarlo en consideración a la hora de regular la maternidad subrogada. Se puede aceptar que exista incertidumbre acerca de los riesgos de esa práctica, pero hay evidencias científicas de que esos riesgos existen y son graves²⁵. Se puede discutir si el daño social de permitir esta práctica es o no muy grave, pero lo que es incuestionable es que el daño de la explotación para las gestantes y desamparo para los niños así obtenidos sería muy grave. De ahí que la proscripción de esa actividad podría no ser en absoluto desproporcionada.

²¹ En contra de esa opinión, *cfr.* Sloterdijk (2014.).

²² Algunos autores están convencidos de que es posible aprobar una regulación internacional en esta materia y conjurar así las amenazas de explotación para las mujeres y tráfico de niños; *cfr.* Lee (2009: 299).

²³ *Cfr.* Smerdon (2008: 83), p. 83.

²⁴ *Cfr.* Andorno (2004); sobre el tema en general, *cfr.* Romeo Casabona (2004).

²⁵ *Cfr.* Wilkinson (2003).

Solo en aquellos casos en los que los interesados en la maternidad subrogada demostraran que no existe riesgo alguno de explotación o desamparo se podría considerar su aprobación²⁶.

Pero el principio de precaución debería ser complementado con otro que, aunque se ha mantenido más en el plano de la ética que del Derecho, podría ofrecer cierta capacidad operativa en el ámbito jurídico. Me refiero al principio de responsabilidad propuesto por Hans Jonas mediante distintas formulaciones, una de las cuales dice así: “Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra”²⁷. En el campo de la maternidad subrogada, este principio podría justificar la prohibición de la maternidad subrogada en base a dos tipos distintos de consideraciones. Primero, porque esta práctica amenaza la vida humana auténtica en la tierra al incrementar los riesgos de explotación (de las gestantes) y de desamparo (de los niños). Y segundo, porque si entendemos que todo ser humano merece que su madre biológica sea también su madre legal, la escisión impuesta entre filiación biológica y filiación legal será vista como una verdadera amenaza a la vida humana auténtica. Existen dos situaciones excepcionales en las que este bien no se podría garantizar: cuando la madre biológica se ve incapaz de llevar adelante la crianza, y cuando la madre biológica es objetivamente incapaz de llevarla a cabo y se le retira la patria potestad. El primer caso supone un ejercicio de responsabilidad (y generosidad) por parte de la madre. El segundo lo es por parte de los poderes públicos, cuando advierten que mantener al niño con su madre constituye un daño extraordinariamente grave contra el niño (y, a veces, incluso, contra la propia madre).

(3) Sostiene Atienza que la prohibición de la maternidad subrogada no impedirá que se siga practicando pero, entonces, se convertirá en una práctica elitista y con unos riesgos adicionales a los que de suyo conlleva. Es cierto que en los últimos diez años ha crecido exponencialmente esta práctica en el marco del turismo reproductivo internacional: allí donde hay buenas condiciones económicas, médicas y legales para contratar los servicios de una gestante acuden las personas que pueden permitírselo. Esa asimetría en la relación entre la gestante y los comitentes, junto con un marco legal que tiende a favorecer a quien contrata el servicio, disparan los riesgos para la gestante y el niño. Pero la solución a estos problemas no es tan obvia como la de elaborar una regulación de manera cuidadosa. 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 perjudicial²⁸.

²⁶ Otros autores sostienen justo lo contrario, es decir, que solo se prohíba cuando se acredite un daño: “Mientras el modelo de familia elegido no produzca un daño obvio y directo a los niños nacidos de tales acuerdos (o a la mujer implicada)..., la ley no debería prohibirla”; *cfr.* Lamm (2012: 40) 40, http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf (acceso, 22 de mayo de 2015).

²⁷ *Cfr.* Jonas (1995: 40).

²⁸ Sobre la complejidad del asunto y la variedad de alternativas existentes, *cfr.* Darnovsky & Beeson (2014: 37 ss.)

Únicamente para ilustrar la enorme dificultad que plantea regular la maternidad subrogada, traigo a colación la propuesta que se trató de llevar a cabo hace unos cinco años en Argentina (y que finalmente no fue adoptada, de modo que el Código Civil mantiene el criterio de que la maternidad sigue al nacimiento). La propuesta regulatoria se circunscribía a la subrogación en el ámbito nacional y establecía, entre otras, las siguientes condiciones para la gestación por sustitución²⁹. Trataré de poner de manifiesto que cada una de esas condiciones puede ser cuestionada desde la misma lógica de los derechos reproductivos en la que se apoya la regulación propuesta:

- *Tener en cuenta el interés superior del niño que vaya a nacer.* Se puede pensar, como ya he dicho anteriormente, que es contrario al interés superior del menor imponerle una maternidad legal distinta de su maternidad biológica.
- *Uno de los comitentes debe aportar sus gametos.* Si la justificación de gestación por sustitución está en ofrecer a las personas un hijo genéticamente propio, tiene sentido esta limitación. Pero va contra el deseo de aquellos varones solos que, siendo estériles o prefiriendo no aportar el esperma, quieren tener un hijo. Y también contra el deseo de una mujer sola que quiere tener un hijo y no puede aportar el óvulo. Si se acepta, como sostienen algunos de los defensores de la gestación por sustitución, que existe un derecho al hijo, y que ese derecho está por encima de la exigencia de un vínculo genético (sobre todo cuando ese vínculo resulta imposible de conseguir, como sucede en los supuestos mencionados) carece de sentido establecer este límite.
- *El o los comitentes deben estar imposibilitados para concebir o llevar un embarazo a término.* ¿Tiene sentido, desde la lógica del derecho al hijo, permitir el acceso a la maternidad subrogada a quien padece un problema médico y prohibirlo a quien tiene un problema social (riesgo de perder el trabajo si se queda embarazada)?
- *La gestante no debe aportar sus gametos.* La maternidad subrogada empezó siendo no solo *gestacional* sino también biológica. Hay muchas razones que pueden hacer conveniente para las partes que la gestante sea, al mismo tiempo, la madre genética (por ejemplo, evitarse el tener que buscar una donante de óvulos, o el evitar la fecundación in vitro y limitarse a una inseminación). Desde la lógica de los derechos reproductivos y el derecho al hijo, se puede dudar de que esa prohibición general sea justificable.
- *La gestante no debe recibir retribución.* Esta medida contribuye, en principio, a garantizar que las mujeres que se someten a la gestación por sustitución no lo hacen por necesidad. Pero suscita muchas dudas. Desde la lógica de la libertad reproductiva, ¿se puede prohibir a una mujer obtener una ganancia a cambio de gestar un bebé para otro/a o es un ejercicio intolerable de paternalismo? Desde la lógica del (neo)liberalismo económico, ¿tiene sentido impedir que una mujer, en el ejercicio de su libertad, geste bebés para otros a cambio de dinero? Más allá de estas consideraciones, en el caso de que el contrato se declarara nulo por mediar retribución, ¿quién asumiría la maternidad del hijo: la gestante que no quería ser su madre sino solo gestarlo, el o la comitente que lo encargó y que pagó por el servicio, o los poderes públicos?

²⁹ Cfr. Lamm (2012: 40)

Desde la perspectiva de la subrogación internacional, ¿se permitiría la subrogación lucrativa o se impediría, a base de prohibir la inscripción en el registro civil de los hijos obtenidos mediante esta vía? Atendiendo a los efectos de una subrogación altruista, debemos pensar que se tratará, en la mayoría de los casos, de mujeres relacionadas con los comitentes por lazos familiares o afectivos, ¿es positivo, indiferente o negativo que exista proximidad y relación entre la gestante, los comitentes y el hijo? Con respecto al papel del Estado, ¿debe mantenerse pasivo si la persona que quiere recurrir a la subrogación uterina no encuentra mujer que quiera hacerlo desinteresadamente? ¿Es una cuestión de fortuna (en el doble sentido de tener dinero y suerte) lograr una gestante por sustitución, o es un derecho que el Estado tiene el deber de garantizar? Por último, desde la perspectiva de la eficacia del Derecho, ¿se pueden evitar los contratos encubiertos?

- La gestante no se deberá someter más de dos veces a un proceso de gestación por sustitución y, para poder ofrecerse a prestar este servicio, deberá haber dado a luz, al menos, un hijo propio. En un contexto de reconocimiento de la maternidad subrogada como recurso reproductivo tienen sentido ambas limitaciones: una evita que la gestante asuma un número de embarazos que podría poner en riesgo su salud; la otra protege a las mujeres que no han tenido la experiencia de la maternidad de asumir una responsabilidad tan especial como es la de gestar para otro. Pero no cabe duda de que, desde una perspectiva liberal, son medidas paternalistas inaceptables con carácter general. ¿Por qué impedir a una mujer que no tiene ningún problema con sus gestaciones que ofrezca su servicio de subrogación uterina más de tres veces? ¿Por qué presumir que toda mujer que no ha tenido hijos propios es incapaz de gestarlo para otra?

La propuesta de regulación argentina no es más que una entre tantas otras. En España se ha presentado otra, que no ha llegado a ser debatida en sede parlamentaria y que suscita tantas o más dudas que la argentina³⁰. Con este sucinto análisis solamente he querido poner de manifiesto la enorme dificultad que presenta ordenar esta actividad de manera coherente y eficaz.

c.- Percepción social de la maternidad subrogada.

Existe una tendencia en los medios de comunicación a presentar los debates sobre las cuestiones bioéticas más controvertidas en términos simplistas. Independientemente de que la opinión pública debata sobre el aborto o la eutanasia, la reproducción asistida o la investigación con células madre, parece que siempre existan solo dos posiciones y siempre las mismas: la conservadora, ligada a creencias religiosas irracionales, que renuncia por principio a todo progreso científico y se empeña en imponer sus prejuicios morales a toda la sociedad; y la progresista, que aboga por la emancipación del ser humano respecto de aquellas limitaciones que le impone la biología y le impiden el ejercicio de su libertad³¹.

Esta visión es, a mi entender, errónea. Está por demostrar que las llamadas “posiciones religiosas ultraconservadoras” (que para algunos están representadas principalmente por la iglesia católica y concretamente el Vaticano) se opongan al progreso científico y a la libertad de la persona. Por el contrario, todos los documentos pontificios desde el Concilio Vaticano II que se han ocupado de

³⁰ Cfr. Vela Sánchez (2015: 241-255)

³¹ Cfr. Bellver Capella (2005: 9-65).

estos temas avalan la importancia del progreso científico, el deber de defender la dignidad y la libertad humana, y la exigencia de que el progreso científico no se alcance a costa de la dignidad humana³². A esas posiciones llega el cristianismo a partir de unos presupuestos teológicos que, lógicamente, no tienen por qué compartir los que no participan de esa fe.

Pero más allá de las bases que sustentan determinadas posiciones religiosas, una mirada atenta a la realidad nos desvela la falsedad de la presentación simplista y maniquea que se hace de los debates bioéticos. Ni siquiera en los debates más “clásicos”, como los del aborto o la eutanasia, se puede sostener con rigor la división entre fanáticos religiosos que pretenden imponer su moral particular y razonables progresistas que buscan conquistar espacios de libertad para los individuos. No es una lucha entre bioética religiosa y bioética laica³³. Así, por ejemplo, la protección de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural se puede defender, y se ha defendido, con base en muy diversos argumentos y no solo en el de la sacralidad de la vida.

Pero a medida que las biotecnologías han ido abriendo nuevas formas de intervención sobre el ser humano, se ha hecho más patente la insuficiencia del esquema explicativo dominante de las posiciones con respecto a ellas. La reproducción humana asistida, la investigación con células madre embrionarias, las intervenciones genéticas en la línea germinal humana, la clonación reproductiva, o el mejoramiento humano (*human enhancement*) son ejemplos palmarios de lo dicho. Ya no es cuestión simplemente de ser *pro-life* o *pro-choice*, religioso o laico, partidario o contrario al progreso científico. Son tantos los aspectos de la vida humana que quedan afectados por unas biotecnologías cada vez más invasivas que las posiciones con relación a ellas son cada vez más diversas y están más matizadas³⁴. Permitir o no el anonimato en la donación de los gametos, o limitar o no el acceso a las técnicas a las parejas que tienen problemas de esterilidad o infertilidad son dos ejemplos de cuestiones controvertidas en el campo de la reproducción asistida en las que la diversidad de posiciones no se puede explicar con arreglo al esquema explicativo maniqueo. También en el campo de las células madre embrionarias nos encontramos asuntos como permitir, o no, crear embriones mediante clonación para utilizarlos en la investigación, o pagar o no por los óvulos destinados a la investigación que reciben respuestas muy distintas y que no se alinean con el mencionado esquema.

Pues bien, si hay un debate bioético en el que el esquema explicativo maniqueo no da cuenta de la diversidad de posiciones existentes es el de la maternidad subrogada. Más aún, nos encontramos con que dentro de una misma ideología, religión o pensamiento filosófico existen respuestas opuestas ante esta práctica. Dentro del feminismo existe una corriente de rechazo a la maternidad subrogada muy fuerte³⁵ pero que no anula la presencia de otra que, en cambio, la defiende (con más o menos límites). Entre quienes subrayan el papel del principio de vulnerabilidad en la regulación de materias como ésta, los hay contrarios y favorables a la maternidad subrogada. También algunos ecologistas rechazan esta práctica mientras que otros se muestran indiferentes o la aprueban.

³² Una referencia del todo fundamental sobre estos principios es la constitución pastoral *Gaudium et Spes* sobre la iglesia en el mundo actual.

³³ Cfr. Bellver Capella (2007).

³⁴ Cfr. López Baroni (2013).

³⁵ Cfr. Spallone & Steinberg (1987).

Tanto en la izquierda como en la derecha política encontramos posiciones favorables y contrarias. Incluso en el campo de la religión encontramos posiciones fuertemente enfrentadas. Dos de los primeros teólogos que se ocuparon de forma más concienzuda de los aspectos éticos de las tecnologías reproductivas artificiales (y de la maternidad subrogada en particular), como fueron Paul Ramsey y Joseph Fletcher³⁶, mantuvieron posiciones radicalmente enfrentadas. Mientras el primero sostuvo una posición crítica, por entender que esas técnicas conducían a la deshumanización de la procreación humana³⁷, el segundo vio en ellas una emancipación del yugo biológico que conducía a la auténtica humanización de la reproducción humana³⁸.

Es interesante recordar que uno de los informes sobre los aspectos éticos de la reproducción artificial que más influencia ha tenido en el mundo, el Informe Warnock, a pesar de mantener una posición liberal con relación a las técnicas de reproducción asistida, se mostró contrario a la maternidad subrogada. De hecho, la primera ley española sobre esta materia (1988), una de las primeras del mundo y que estuvo en buena parte inspirada en el mencionado informe, hacía imposible el recurso a la maternidad subrogada al prescribir que el nacimiento determinaba la maternidad³⁹. Este criterio se ha mantenido inalterado en la ley vigente en estos momentos sobre reproducción asistida (ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida).

Como se ha dicho, en los últimos años la maternidad subrogada ha vuelto a la primera línea del debate público. De nuevo se ha puesto de manifiesto que las posiciones sobre esta materia no se compadecen con el esquema explicativo simplista que he denunciado. Concretamente en Francia han sido precisamente la izquierda política y el movimiento feminista los que han encabezado el rechazo a la legalización de esta práctica, y han mostrado su disconformidad con las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que obligan a la inscripción de los niños obtenidos mediante esta técnica en países donde sí está permitida⁴⁰. Un diario nada sospechoso de defender la doctrina moral de la iglesia católica, como es el francés *Libération*, publicó en marzo de 2015 un manifiesto contrario a la maternidad subrogada sin paliativos con la firma de personalidades de la izquierda cultural tan distintas como los filósofos Michel Onfray (ateísta declarado) y Sylviane Agacinski, el conocido activista y hoy eurodiputado verde José Bové, o la ex ministra socialista Yvette Roudy. Entre los firmantes figura también una de las activistas indias más conocidas a nivel mundial en la lucha contra la trata de personas y en favor de los derechos de la mujer, Ruchira Gupt. La conclusión del escrito es tajante:

Creemos que debe prohibirse la GPA [gestación para otro] porque constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres y de los niños⁴¹.

³⁶ Sobre la importancia de estos dos teólogos en el inicio de la bioética en los Estados Unidos, *cf.* Jonsen (1998 : 42-51). Es importante señalar que cuando Fletcher publica su libro sobre la ética de la genética acababa de dejar su condición de teólogo episcopaliano. Desde entonces renunció a la fe cristiana que había profesado.

³⁷ *Cfr.* Ramsey (1970)

³⁸ *Cfr.* Fletcher (1974).

³⁹ *Cfr.* Vidal Martínez (1988).

⁴⁰ A finales de los ochenta, por el contrario, en la misma Francia hubo un fuerte movimiento de apoyo a la maternidad subrogada; *cf.* Vidal Martínez (1988: 186).

⁴¹ *Cfr.* Pour l'arrêt immédiat de la gestation pour autrui (2015).

§4. CONTRA LA MATERNIDAD SUBROGADA INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA DESDE EL PRINCIPIO DE VULNERABILIDAD

En el anterior epígrafe hemos visto que incluso para las filosofías que no identifican problema moral alguno en la maternidad subrogada en sí misma puede haber buenas razones para evitar su práctica a escala internacional. En concreto, la experiencia habida hasta el presente en esta campo pone de manifiesto que el marco legal de la maternidad subrogada no funciona correctamente en el plano internacional y crea importantes problemas en las legislaciones estatales. Por último, se ha subrayado que la fuerte controversia social existente acerca de esta práctica no se ajusta al esquema explicativo tradicional y simplista que solo distingue entre bioéticas religiosas ultraconservadoras y bioéticas laicas liberales.

En este apartado ofreceré los argumentos que me llevan a abogar por una prohibición de alcance universal de la maternidad subrogada. En lo que sigue me preguntaré por las partes directamente afectadas en esa práctica: (1) los hijos resultantes de la maternidad subrogada, (2) la mujer gestante, y (3) los comitentes. También habría que hacer mención a quienes aportan los gametos, cuando no lo hacen ni los comitentes ni la gestante. Pero como esta última cuestión ha sido extensamente tratada como uno de los problemas éticos de la donación de gametos (y, en especial, óvulos) en las técnicas de reproducción asistida, no me ocuparé de ella aquí.

4.1. *Los hijos resultantes de la subrogación internacional.*

No se pueden desconocer los riesgos que sufre un niño obtenido mediante subrogación internacional, tanto durante la gestación como después del nacimiento.

En primer lugar, nos encontramos con que la gestante tiene que cuidar de la vida que está desarrollándose en su interior, pero no debe implicarse en el proceso como lo que es, una madre, puesto que será separada del bebé tras el nacimiento y no será su madre legal. No hace falta esperar a tener evidencias para entender que no es una tarea fácil de llevar a cabo. Parece lógico que la gestante evite encariñarse con la vida que está gestando, para reducir así el duelo que pueda llegar a sufrir en el momento de la separación. Pero, ¿es correcto que el Estado 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)? Es posible que una mujer geste a un bebé para otro y le dé todo el cariño y los cuidados que requiera para su buen desarrollo, pero parece un reto bastante difícil (y quizá injusto) de asumir para la gestante.

En segundo lugar, es probable que se produzcan discrepancias sobre los cuidados prenatales entre la gestante y el/la/los comitente/s. Esa presencia de dos polos que pueden rivalizar sobre el modo de conducir la gestación, afectando directamente al bebé, se manifiesta en toda su trascendencia cuando existen discrepancias sobre la continuación o no del embarazo. No es fácil dejar claro en un contrato quién y en qué condiciones podrá decidir el aborto del bebé que se está gestando. Esa situación multiplica la incertidumbre sobre la vida prenatal.

En tercer lugar, el nacimiento es un momento de especial riesgo, pues se pueden producir situaciones de conflicto entre la gestante y los comitentes sobre el destino final del bebé. Baby M es el caso más conocido pero no es, ni mucho menos, el único⁴². Es cierto que existen leyes que contemplan que la gestante pueda quedarse con el bebé tras el parto. Pero en el caso de la subrogación internacional, por más que la gestante quisiera quedarse con él, carecería de los medios para hacerlo y seguramente sufriría el estigma del grupo al que pertenece. Por tanto, es prácticamente imposible que pueda decidir con libertad. Evidentemente, la situación es distinta dependiendo de que el bebé haya sido concebido o no con el óvulo de la gestante. En la subrogación internacional, las gestantes no suelen aportar el óvulo. Pero aun así, el nacimiento y la separación seguirá siendo un momento de incertidumbre para el bebé.

En cuarto lugar, el bebé sufre la separación de su madre gestante, lo que impide que sea alimentado con la leche materna y que disfrute del contacto “piel con piel”, medidas promovidas en la actualidad en todo el mundo por pediatras y enfermeras por las evidencias de sus magníficos resultados para el buen desarrollo del bebé. Es cierto que el bebé podría ser alimentado con leche materna de bancos de leche y que los comitentes pueden ofrecer ese contacto “piel con piel”, pero no serán ni la leche ni la piel de la madre que lo ha gestado durante nueve meses. Más allá de los obvios efectos que tiene para el hijo la ruptura del vínculo con su madre, sería interesante conocer si esa ruptura podría tener también efectos negativos de carácter psicológico.

En quinto lugar, es probable que los intereses del hijo a conocer el modo en que fue gestado y la identidad de la gestante colisionen con los de los comitentes o incluso de la propia gestante. Es probable que el hijo se encuentre con que su madre legal no sea ni su madre genética ni su madre gestante, y que el derecho no le permita conocer la identidad de la madre genética porque las donaciones de óvulos sean anónimas, ni de la madre gestante porque las normas no lo prevean y sus padres legales no se lo faciliten. ¿Es deseable para un niño verse en esa situación, en la que son sus propios padres quienes le hurtan el conocimiento de sus orígenes biológicos?

Por último, debe tenerse en cuenta el impacto psicológico y social sobre el niño de 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.

4.2. *La mujer gestante.*

Aunque algunos hablen incluso del derecho a ejercer la subrogación uterina⁴³, resulta más que dudoso calificar como derecho una actividad que solo llevan a cabo mujeres que necesitan dinero para atender sus necesidades personales y familiares, y que supone gestar un bebé para otra persona sujetándose a su supervisión. Por eso, otros concluyen que la subrogación uterina en cuanto tal es una forma de explotación. Aunque se pueda aceptar que no siempre tiene que ser así, se trata en todo caso de una práctica con un alto riesgo de explotación para las mujeres de los países en vías de desarrollo, que son especialmente

⁴² Se ha dicho que el caso de Baby M resultó especialmente problemático porque la gestante era también la madre biológica. Indudablemente en esos casos, el vínculo que existe entre la gestante y su hijo genético es incomparable con la que tiene una gestante con un bebé concebido con el óvulo de otra mujer. Pero incluso con esta circunstancia se comprende que la gestante desarrolle un gran apego hacia el bebé.

⁴³ *Cfr.* Choudhury (2015: 4).

vulnerables⁴⁴. El mero hecho de que exista la posibilidad de ejercer este tipo de trabajo dentro de un marco de legalidad, puede incrementar la presión sobre muchas mujeres para que se dediquen a ello.

Existe una gran asimetría en la relación entre la gestante y los comitentes⁴⁵, lo que dificulta que el contrato se lleve a cabo entre dos partes que verdaderamente son libres e iguales. Es probable que la gestante tenga dificultades para comprender en toda su magnitud el servicio para el que se ofrece y las condiciones en las que tiene que prestarlo. También es común que la gestante carezca de un asesoramiento legal que le permita comprender las obligaciones legales que adquirirá y las consecuencias legales de sus actos. La diferencia de lengua puede constituir un importante obstáculo en el acceso a la información, que tenderá a perjudicar a la gestante.

Durante el embarazo, la gestante puede ver drásticamente limitada su libertad en la medida en que los comitentes tratan de controlar su vida para que sea conforme a lo que ellos entienden mejor para el bebé. Con ese afán, los comitentes podrían tratar de controlar no solo los hábitos alimentarios, el estilo de vida, sus relaciones sexuales o la realización de actividades físicas, sino hasta las mismas emociones. Entre las obligaciones que se suelen imponer a las gestantes destaca la cesárea como forma de dar a luz, con el fin de evitar el sufrimiento fetal durante el parto⁴⁶. Ante esta situación, la gestante se encuentra ante la disyuntiva de abdicar de sí misma durante nueve meses (y consecuentemente de sus criterios sobre el modo de llevar a cabo la gestación) o verse abocada a un probable conflicto con los comitentes. Las probabilidades de que el Derecho ponga límite a esta situación son reducidas, porque el mercado reproductivo siempre encontrará mujeres dispuestas a ofrecer, junto con el servicio de gestación por sustitución, su total disposición a cumplir todos los deseos que manifiesten los comitentes sobre el modo en que debe conducir su gestación.

Se sabe que, en muchos casos, la subrogación internacional comporta la separación de la gestante de su familia y su confinamiento en clínicas durante el tiempo del embarazo. La retribución que obtendrá por ello es a costa de desatender a quienes trata de ayudar con el dinero que va a ganar. Esa cantidad, aun siendo muy superior a la que obtendría mediante otros trabajos a los que podría aspirar, no suele resolver el problema económico de forma definitiva y puede acarrear, en cambio, un estigma social duradero. En todo caso, no es nada sencillo determinar cuál sería la retribución justa que debería recibir la gestante por su servicio: ¿debe determinarlo solo el mercado? En un contexto global, ¿es realista pensar en imponer una retribución mínima justa que sea asumida por cualquier país o una franja retributiva dentro de la cual deban situarse todos los países? ¿Acaso las limitaciones legales en un país no serán vistas como oportunidades para otros de crecer en turismo reproductivo?

Por último, se debe tener en cuenta el impacto psicológico y social que la gestación por sustitución y, sobre todo, la renuncia al hijo puede tener sobre la gestante. En India, el país donde más ha crecido esta práctica, se están llevando a cabo estudios sobre los efectos de esta actividad en las mujeres que la realizan⁴⁷. De nuevo aquí es sumamente difícil que la legislación y las políticas públicas

⁴⁴ Cfr. Jaggar (2002).

⁴⁵ Cfr. Donchin (2010).

⁴⁶ Cfr. Carney (2010).

⁴⁷ Cfr. Sama Resource Group for Women and Health (2012: 90 ss.).

garanticen, antes del inicio de la gestación, el consentimiento verdaderamente libre e informado de quienes van a ser gestantes; y, una vez concluido el servicio, que no tenga consecuencias psicológicas graves en la mayoría de las mujeres. En todo caso, en un contexto de aceptación legal de esta práctica, parecería razonable exigir un examen psicológico a la mujer que quiere ser gestante, para descartar a aquellas cuya decisión se sustente en una motivación inadecuada (por ejemplo, la falta de estima por sí misma) o en presiones externas, directas o difusas.

Se ha dicho que “mientras un país permita las subrogaciones sin regulación existirá la amenaza del tráfico de niños y la explotación de mujeres”⁴⁸. Ahora bien, no se puede desconocer el riesgo que existe de que la regulación no sea efectiva o que funcione como un simple control de calidad más que como una instancia crítica⁴⁹. Cuando se produce este efecto la regulación se convierte en un elemento de legitimación y promoción de estas prácticas, pues consigue que los ciudadanos pasen a verlas como una opción a las que acudir o ante las que, al menos, mostrarse abierto⁵⁰.

4.3. *Los comitentes.*

Aunque parezca que son la parte menos vulnerables de las implicadas en la subrogación internacional, tampoco se pueden desconocer los riesgos a los que se someten los comitentes. Se exponen, en primer lugar, al riesgo de confundir la gestación (que van a poner en marcha) con la obtención de un servicio y un producto que, como cualquier otro, busca su satisfacción personal. Cuando uno paga por un bien o servicio es fácil que su único objetivo sea obtenerlo con los mayores niveles de seguridad y calidad, sin preocuparse por la persona que lo hace posible. El terremoto de Nepal de abril de 2015 puso en evidencia esta realidad, desde el momento en que los comitentes israelíes (y las autoridades de su país) que tenían relación con Nepal por procesos de gestación subrogada únicamente se preocuparon por salvaguardar los intereses de los bebés, dejando de lado los de las gestantes. En concreto, en el vuelo que recogió, después del terremoto, a los quinientos bebés encargados por israelíes a gestantes en Nepal y que habían nacido en las seis semanas anteriores a la catástrofe, no viajó ninguna de las gestantes⁵¹.

En segundo lugar, la enorme variedad de regulaciones nacionales y la total ausencia de un marco regulador internacional generan una gran inseguridad jurídica para los comitentes. Así, por ejemplo, nos encontramos con que en Israel la maternidad subrogada es lícita para las parejas heterosexuales, no para las homosexuales. En consecuencia, los individuos o las parejas homosexuales que quieren satisfacer su deseo de paternidad tienen que acudir al mercado internacional, que normalmente florece en países cuyos niveles de seguridad jurídica son mejorables. Concretamente muchos de ellos han recurrido a India, pero las restricciones legislativas impuestas en ese país hace dos años, hicieron que las gestantes indias fueran a dar a luz en Nepal. De este modo, nos encontramos con que el bebé resultante es hijo de una pareja homosexual, que ha obtenido el óvulo en el mercado internacional, lo ha fecundado con el esperma de uno de ellos, y ha sido gestado por una mujer india en Nepal⁵². Las

⁴⁸ Cfr. Krim (1996).

⁴⁹ Cfr. Raymond (1993:208).

⁵⁰ Cfr. Smerdon (2008: 83).

⁵¹ Cfr. Kamin (2015)).

⁵² Cfr. Siegel-Itzkovich (2015)

dificultades sobreañadidas que tienen las parejas homosexuales de varones sobre las de mujeres en Israel para ser padres han llevado a exigir una reforma de la regulación de la maternidad subrogada en ese país. Este ejemplo ilustra la creciente complejidad que adquiere esta práctica y la inevitable inseguridad jurídica que trae consigo. Pretender una legislación protectora de las partes más vulnerables en la maternidad subrogada (la gestante y el bebé) y, al mismo tiempo, garantizar el derecho a reproducirse entendido como una prerrogativa individual es prácticamente una ilusión.

§5. CONCLUSIÓN

La gestación por sustitución es una práctica social con un largo recorrido histórico. Con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida esta práctica se ha hecho más frecuente y ofrece muy diversas modalidades. Algunas suscitan una reprobación casi universal mientras que otras generan una fuerte división social.

En los últimos años ha proliferado la maternidad subrogada internacional de carácter comercial. Los comitentes suelen ser personas pudientes procedentes de países desarrollados y las gestantes mujeres pobres de países en desarrollo. Ante esta realidad, que se reconoce de forma general que puede dar pie a la explotación de mujeres y al tráfico de niños, algunos autores sostienen que una regulación internacional podría evitar esos riesgos y que una prohibición no evitaría ni el desarrollo de esta práctica ni, mucho menos, los riesgos de daño para los más vulnerables. Otros, por el contrario, entendemos que esa pretensión es ingenua porque resulta extraordinariamente difícil alcanzar un acuerdo universal y que esa regulación sea respetada por todas las partes. Pero más allá de esas consideraciones prudenciales, entendemos que la práctica de la subrogación uterina de carácter comercial es en sí misma un atentado contra la dignidad de la mujer y del futuro bebé⁵³. En consecuencia, se debería optar por una prohibición universal o, al menos, adoptar todas las medidas legales y políticas para evitar la proliferación de mercados de úteros en países donde la pobreza femenina puede abocar a muchas mujeres a ver esta práctica como la única salida.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Andorno, R. (2004). The Precautionary Principle: A New Legal Standard for a Technological Age. *Journal of international biotechnology law*(1), 11-19.
- Atienza, M. (2008). Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida. *Revista de Bioética y Derecho*, 4-9 (Recuperado el 20 de mayo de 2015 de http://www.ub.edu/fildt/revista/pdf/RByD14_ArtAtienza.pdf).
- Atwood, M. (1987). *El cuento de la criada*. Barcelona: Seix Barral.

⁵³ Cfr. Ballesteros (1995: 98 ss.)

- Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista*. Madrid: Tecnos.
- Bellver Capella, V. (2005). *Por una bioética razonable*. Granada: Comares.
- Bellver Capella, V. (2007). Sobre los límites de la bioética laica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*(41), 51-74.
- Bellver Capella, V. (2012). Biotecnología 2.0: las nuevas relaciones entre la biotecnología aplicada al ser humano y la sociedad. *Bioética y Persona*, 16(2), 81-107.
- Bellver Capella, V. (en prensa). Hijos de múltiples padres: del reemplazo mitocondrial a los gametos sintéticos. En R. Triviño, & D. Rodríguez-Arias, *Cuestiones de vida y muerte. Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y el morir*. Madrid: Plaza y Valdés.
- Carney, S. (marzo-abril de 2010). Inside India's Rent-a-Womb Business. (Recuperado el 22 de mayo de 2015 de <http://www.motherjones.com/politics/2010/02/surrogacy-tourism-india-nayna-patel>).
- Choudhury, C. A. (2015). The Political Economy and Legal Regulation of Transnational Commercial Surrogate Labor. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 46(1), 2-56.
- Darnovsky, M., & Beeson, D. (2014). *Global Surrogacy Practices. Working Paper n. 601*, International Institute of Social Studies
- De Sutter, P. (2015). *Human rights and ethical issues related to surrogacy*. Parliamentary Assembly - Council of Europe, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Strasbourg.
- Donchin, A. (2010). Reproductive Tourism and the Quest for Global Gender Justice. *Bioethics*, 24(7), 323-332.
- Esquirol, J. M. (2015). *La resistencia íntima. Ensayo de una filosofía de la proximidad*. Barcelona: Acantilado.
- Fletcher, J. (1974). *The Ethics of Genetic Control: Ending Reproductive Roulette*. Garden City: Doubleday.
- Gray, J. (2006). *Contra el progreso y otras ilusiones*. Barcelona: Paidós.
- Harris, J. (1998). *Superman y la mujer maravillosa. Las dimensiones éticas de la biotecnología humana*. Madrid: Tecnos.
- Interpol opens probe as Thai police ID 'baby factory' dad. (23 de Agosto de 2014). *The Japan Times* (Recuperado el 20 de mayo de 2015 de <http://www.japantimes.co.jp/news/2014/08/23/national/interpol-opens-probe-as-thai-police-id-baby-factory-dad/#.VYFB4fntmko>).

- Jaggar, A. M. (2002). Vulnerable Women and Neo-Liberal Globalization: Debt Burdens Undermine Women's Health in the Global South. *Theoretical Medicine and Bioethics*, 23(6), 424-440.
- Japanese Millionaire Mitsutoki Shigeta Awarded Custody. (30 de Enero de 2015). *Chiangrai Times*.(Recuperado el 25 de mayo de 2015 de <http://www.chiangraitimes.com/japanese-millionaire-mitsutoki-shigeta-awarded-custody.html>).
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder.
- Jonsen, A. (1998.). *The birth of bioethics*. Oxford: Oxford University Press.
- Kamin, D. (28 de abril de 2015). Israel Evacuates Surrogate Babies From Nepal but Leaves the Mothers Behind. *TIME* (Recuperado el 22 de mayo de 2015 de <http://time.com/3838319/israel-nepal-surrogates/>).
- Kass, L. R. (1985). *Toward a more natural science. Biology and human affairs*. New York: Free Press.
- Knoche, J. W. (2014). Health concerns and ethical considerations regarding international surrogacy. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 126(2), 183-186.
- Krim, T. M. (1996). Beyond Baby M: International Perspectives on Gestational Surrogacy and the Demise of the Unitary Biological Mother. *Annals of Health Law*, 5(1), 193-228.
- Labassee v. France, Application no. 65941/11 (European Court of Human Rights 26 de june de 2014).
- Lamm, E. (2012). Gestación por sustitución. Realidad y Derecho. *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*(3 (Recuperado el 22 de mayo de 2015 de http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf)).
- Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Lee, R. (2009). New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation. *Hastings Women's Law Journal*, 20(2), 275-300.
- López Baroni, M. J. (2013). Las bioéticas laicas. *Argumentos de Razón Técnica*(16), 121-161.
- Mennesson v. France, Application no. 65192/11 (European Court of Human Rights 26 de June de 2014).
- Merás, L. (2012). Maternidades anómalas. Reproducción en la ciencia ficción cinematográfica de los años noventa. *Anàlisi*(46), 39-41.
- Palacios-González, C., & al. (2014). Multiplex parenting: IVG and the generations to come. *Journal of Medical Ethics*(40), 752-758.

- Petersen, K. (2014). Cross Border commercial surrogacy: a global patchwork of inconsistency and confusion. En M. Freeman, S. Hawkes, & B. Bennett, *Law and Global Health*. (Current legal issues n. 16, págs. 209-222). Oxford: Oxford University Press.
- Pour l'arrêt immédiat de la gestation pour autrui. (11 de mayo de 2015). *Libération*. (Recuperado el 1 de junio de 2015 de http://www.liberation.fr/societe/2015/05/11/pour-l-arret-immediat-de-la-gestation-pour-autrui_1306937).
- Ramsey, P. (1970). *Fabricated Man: The Ethics of Genetic Control*. New Haven: Yale University Press.
- Raymond, J. G. (1993). *Women as Wombs: Reproductive Technology and the Battle over Women's Freedom*. San Francisco: Harper.
- Romeo Casabona, C. M. (2004). *Principio de precaución. Biotecnología y Derecho*. Bilbao-Granada: Cátedra de Derecho y Genoma Humano-Comares.
- Sama Research Group for Women and Health (2012). *Birthing A Market: A Study on Commercial Surrogacy*. Nueva Delhi.
- Siegel-Itzkovich, J. (29 de abril de 2015). Babies born to surrogate mothers in Nepal face religious obstacles once they arrive here. *The Jerusalem Post*. (Recuperado el 22 de mayo de 2015 de <http://www.jpost.com/Israel-News/Babies-born-to-surrogate-mothers-in-Nepal-face-religious-obstacle>).
- Sloterdijk, P. (2014). *Fiscalidad voluntaria y responsabilidad ciudadana*. Madrid: Siruela.
- Smerdon, U. R. (2008). Crossing bodies, crossing borders. International surrogacy between United States and India. *Cumberland Law Review*, 39(1), 15-89.
- Spallone, P., & Steinberg, D. L. (1987). *Made to order. The myth of reproductive and genetic progress*. Oxford: Pergamon Press.
- Thailand bans foreign "surrogacy business" (20 de Febrero de 2015). *CBSNews*. (Recuperado el 1 de junio de 2015 de <http://www.cbsnews.com/news/thailand-law-bans-foreigners-seeking-commercial-surrogacy/>).
- Vela Sánchez, A. J. (2015). *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones practicas*. Madrid: Reus.
- Vidal Martínez, J. (1988). *Las nuevas formas de reproducción humana*. Madrid: Civitas.
- Walker, R., & van Zyl, L. (2015). Surrogate Motherhood and Abortion for Fetal Abnormality. *Bioethics*. (Recuperado el 22 de mayo de 2015 de <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/bioe.12157/abstract>).

Wilkinson, S. (2003). The exploitation argument against commercial surrogacy. *Bioethics*, 17 (2), 169-187.