



SUMARIO

TEMA DEL DÍA

PÁGINA

- LAS MÚLTIPLES CARAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA:
¿ACEPTAMOS EL CAOS JURÍDICO ACTUAL O BUSCAMOS UNA SOLUCIÓN?
- *CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA* 1
- GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CUESTIONES DE LEGITIMIDAD
- *BEGOÑA ROMÁN MAESTRE* 24

PENSAMENT ACTUAL

- LA GESTIÓN DE LA PROPIA VIDA Y LOS TRASTORNOS MENTALES
- *SERGIO RAMOS-POZÓN Y BERNABÉ ROBLES DEL OLMO* 42

ARTE, SALUD Y SOCIEDAD

- LA MÚSICA DEL CUERPO - *JOSÉ GARZÓN HERNÁNDEZ* 61

Co-directores

Marc Antoni Broggi i Trias (PCBC)
Francesc Borrell (UB)

Jefa de Redacción

Núria Estrach (UAB)

Consejo científico

Juan Carlos Hernández Clemente
Juan Medrano Albéniz
Vicente Morales Hidalgo

Correspondencia

Web:

<http://www.fundacionletamendi.com>

Correo electrónico:

info@fundacionletamendi.com

Envío de manuscritos:

[http://www.fundacionletamendi.com/revista-fo-
lia-humanistica/envio-de-manuscritos/](http://www.fundacionletamendi.com/revista-fo-
lia-humanistica/envio-de-manuscritos/)

Información editorial

Folia Humanística publica artículos por encargo solicitados a especialistas, así como aquellas propuestas enviadas por los autores y aceptadas tras su evaluación por pares de académicos especializados.

Los textos recibidos se publicaran en la lengua original (castellano, catalán, inglés y francés); los que se consideren de relevancia mayor serán traducidos al inglés y castellano.

Los artículos deben ser originales y acompañados del documento "derechos de autor" que encontrarán en la web, junto a las normas de presentación a seguir.

Cada artículo publicado al final tendrá especificado la referencia de citación, donde se incluirá el número DOI ®.

Distribución

La Revista *Folia Humanística* es de libre acceso a consultar online.

<http://www.fundacionletamendi.com/category/revista/>

Folia Humanística es una revista internacional que tiene el doble objetivo de fomentar, por un lado, la reflexión y el debate público en el ámbito de la Salud, Ciencias Sociales y Humanidades, y por el otro, la colaboración entre distintos equipos de investigación nacionales e internacionales que dinamicen el diálogo entre la filosofía de la medicina, la salud pública y la justicia social. Dividida en "Tema del día", (artículos para el debate), "Pensamiento actual", (artículos críticos de novedades editoriales), y "Arte, Salud y Sociedad", la revista se esfuerza en fortalecer las conexiones entre la investigación académica, la práctica clínica, las experiencias de los pacientes y sus implicaciones éticas y estéticas en la sociedad. Todo ello con la intención de favorecer la reflexión entre diferentes disciplinas sobre temas de actualidad y las tendencias más novedosas en el campo de las Humanidades y la Salud.

Folia Humanística is an International Journal, born with the dual aim of fuelling the discussion and public debate on issues of health, social sciences and humanities and on the hand, of fostering cooperation between various research groups, both national and International, to spur the dialogue between philosophy and medicine, public health and social justice. The Journal is divided into three different sections: "main focus" (article for debate), "Contemporary thought" (critical reviews of new Publications) and "Arts, Health and Society" which all contribute to strengthening the links between academic research, clinical practice, the experience of patients and their ethical and esthetical implications for society. Ultimately, the intention of the Journal is to promote reflection at the crossroads of several disciplines on topical issues and new trends in humanities and health.

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: CUESTIONES DE LEGITIMIDAD

Begoña Román Maestre

Resumen: Abordamos en este artículo la cuestión de la gestación por sustitución como un problema bioético, es decir, como una situación nueva en la que se separa maternidad y gestación gracias a los avances biotecnológicos que han permitido las técnicas de reproducción asistida; indagamos en la posibilidad de su corrección ética y la correspondiente legalización perfilando las condiciones. Dividimos este trabajo en tres partes. En una primera, introductoria, acotamos el foco del problema y precisamos algunas cuestiones de vocabulario. En la segunda parte, la más extensa por nuclear, procedemos a la discusión de las razones desde las que se podría legitimar la gestación por sustitución. Para ello distinguimos tres tipos de argumentos: de principio, a priori o deontológicos; procedimentales o prudenciales, y consecuencialistas o de impactos. A partir de esos tres tipos de razones, en la tercera parte concluimos sobre cómo podría legitimarse cierta forma de gestación por sustitución.

Palabras clave: *gestación por sustitución/ bioética/ legitimidad/ principios éticos/ prudencia, consecuencialismo.*

Abstract: GESTATION BY SUBSTITUTION: QUESTIONS ABOUT ITS LEGITIMACY

We address in this article the issue of gestation by substitution as a bioethical problem, that is, as a new situation in which maternity and pregnancy are separated thanks to biotechnological advances that have allowed assisted reproduction techniques; we inquire into the possibility of its ethical correction and the corresponding legalization outlining the conditions. We divide this work into three parts. In a first, introductory, we narrow the focus of the problem and we need some vocabulary questions. In the second part, the most extensive by nuclear, we proceed to the discussion of the reasons from which the surrogate motherhood could be legitimated. In order to be legitimated we distinguish three types of arguments: from principle, a priori or deontological arguments; procedural or prudential arguments, and consequentialist or impact arguments. From these three types of reasons, in the third part we conclude how a certain form of surrogate motherhood could be legitimated.

Keywords: *gestation by substitution/ bioethics/ legitimacy/ principles ethics/, prudence/ consequentialism.*

Artículo recibido: 5 marzo 2018; **aceptado:** 30 marzo 2018.

1. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS?

En primer lugar, tenemos un *problema de nombres*. Los nombres, las denominaciones, son importantes cuestiones de cosas, no sólo porque hacemos

cosas con palabras, sino también porque éstas van cargadas de valores y, por tanto, de connotaciones y evaluaciones. Desde el comienzo, como se aprecia en el título, hemos optado por la denominación “gestación por sustitución”, porque es de eso precisamente de lo que hablamos (Lamm, 2013). Con esa expresión aludimos al hecho de que una mujer gesta para otra/s persona/s que van a ejercer su paternidad/maternidad. Hablamos de gestación (y no de maternidad) porque es aquello lo que se busca; y de sustitución, porque será otra persona, que no ejercerá de madre, quien parirá para los padres comitentes (podemos también hablar en singular, cuando la paternidad o la maternidad sólo la ejerza una persona, que puede o no tener vínculos genéticos con el bebé). La gestación por sustitución es una técnica de reproducción asistida (TRA) en la que se separa el proceso de gestar de la maternidad. Históricamente la mayoría de los ordenamientos jurídicos han considerado que madre es la que pare, entre otras cosas porque, ante la ausencia de TRA, la gestante tenía vinculación genética con el bebé, lo cual no tiene por qué darse en la gestación por sustitución. Dejamos así al margen la reproducción natural en la que la gestante, naturalmente fecundada por el que ejercerá de padre, se lo da en adopción, fenómeno este que no es una novedad al no requerir de técnicas ni de más intermediación que el contacto sexual y el acuerdo adoptivo. Las razones para querer la sustitución pueden variar pero, en último término, se trata de que los futuros padres no quieren, o no pueden, pasar por el proceso de gestación y por ello recurren a una mujer que les ayude durante ese periodo. La gestante puede poner además su óvulo; en ese caso también tendría una vinculación genética con el bebé que gesta.

Desde el punto de vista ético, consideramos padres (usamos el plural independientemente del género que tengan y de su número) a los que ejercen el cuidado; es decir, los que merecen serlo por atender las necesidades del niño. En ese mismo sentido, en el ámbito de la adopción se distingue entre progenitores y padres; los padres lo son independientemente de los vínculos biológicos o genéticos. Así se entiende también que las legislaciones permitan al Estado asumir la tutela de niños y priven de patria potestad a aquellos padres o progenitores que

no merecen serlo. En los textos que tratan de gestación por sustitución se suele hablar de padres comitentes.

Nos parecen pertinentes estas aclaraciones terminológicas porque lo que en el fondo está en discusión son las nuevas formas de familia que las TRA permiten, lo que nos obliga a abrir más las miras a nuevas formas de convertirse en padre o madre, procurando acotar aquello que le sea constitutivo, formal, esto es, esencial. Desde el punto de vista ético lo que debe ser y garantizarse en la gestación y acogida es el amor por el hijo, por el que se le reconoce como tal y acompaña a lo largo de su desarrollo vital al menos hasta su independencia. El famoso juicio del rey Salomón así lo atestigua: madre es, no quien *de facto* lo haya parido, sino quien es digna de tamaña tarea, lo merece, porque pone en el centro de su interés el bienestar de niño, lo cuida.

Como *a priori* es difícil averiguar quién merece ser padre/madre y quién no, más allá de ciertos criterios de responsabilidad (es decir, unos mínimos vitales y cierta capacidad de cuidar y educar a otro), no podemos negar a nadie su derecho reproductivo, esto es, y en el sentido de derecho negativo, impedir que ejerza su responsabilidad, su deber de cuidar a la descendencia que tenga. La expresión interés superior del niño apunta a los derechos de éste, cuyo respeto exige, en primer lugar, el deber de cuidarlo quienes lo han traído al mundo. En la gestación por sustitución, desde el inicio se separa la gestación de la maternidad, porque así se ha concebido (en el doble sentido de la palabra, se ha fecundado y se ha planificado contractualmente): quien pare no va a ser madre.

La gestación por sustitución es un hecho que permite cumplir el deseo de ser padre/s a todas aquellas personas que lo deseen, con independencia de su fertilidad, bien sea constitucional o estructural (monoparentalidad o parejas del mismo sexo), o bien clínica (patología). La complejidad del hecho aumenta cuando intermedia un sistema público de salud que propicia el acceso a las TRA. Pues si éstas se ofrecen en la cartera de servicios públicos a las personas con problemas de fertilidad, permitiéndoles así la posibilidad de cumplir su deseo reproductivo, entonces se está abriendo la posibilidad a todos. O asimismo debería ser para no

hacer discriminaciones por razones de género o ideología de género sobre el tipo de familia que se considera respetable y, de este modo, garantizar la equidad en su acceso. Si, con independencia de la capacidad adquisitiva de las personas, se asume la posibilidad de las TRA a las mujeres con infertilidad estructural, por ser familia monoparental o parejas lesbianas, entonces a quien se discrimina es a los hombres, a los que no se les deja la posibilidad de ser padres gracias a la gestación por sustitución. Así acontece también con aquellas personas a las que les han fallado las TRA usuales hasta el momento.

Suele ocurrir con las novedades en el ámbito de la bioética que nos dejan muy desorientados, así sucede también con las nuevas posibilidades de familia que comporta la gestación por sustitución. En la mezcla de conceptos de familia y de nomenclaturas a la hora de nombrar los parentescos, la cosa se complica especialmente. Veamos el lío que se nos puede generar si obedecemos a la ley tradicional, y todavía mayoritaria en los diferentes ordenamientos jurídicos, de que madre sólo hay una y es quien parió a la criatura. En este caso se convierte en madre aquella mujer que haya gestado sustituyendo a su hija o a su nuera, a la mujer no existente en caso de parejas homosexuales o de monoparentalidad masculina. Madre de un ser genéticamente descendiente de éstos, y/o de donantes de óvulo o esperma (si fue preciso), pero que ella parió y, si seguimos la ley tradicional, se convierte simultáneamente en madre y abuela; y, por consiguiente, su hijo –compañero o marido de la nuera- o hija sustituida en la gestación pasaría a ser también, al mismo tiempo, padre/madre y hermano/a del bebé. Éstos son padres, porque ejercerán la responsabilidad parental; son progenitores, porque la criatura tiene descendencia genética de ellos; y son hermanos, porque padre/madre y el hijo fruto de la gestación sustituida han sido gestados y paridos por la misma mujer.

Queda explícito pues el embrollo conceptual cuando se mezclan las maneras habituales de hacer los árboles genealógicos (que a falta de conocimientos de los orígenes biológicos se llenaban a golpes de biografía) con las nuevas posibilidades de nacer y conocer los orígenes biológicos y genéticos. Las nuevas posibilidades de

familia, por un lado, y, por otro, las nuevas capacidades para conocer los orígenes genéticos, hacen necesario, sin duda, una nueva nomenclatura.

Ya se han dado casos como los expuestos, en que una madre gesta para su hija y yerno a un bebé, pasando a convertirse en abuela de su nieto y en la que lo parió, pero no en la madre del bebé, en cuanto ella sustituye sólo en lo que los otros no pueden cumplir. Una vez cumplido el encargo, se acaba su sustitución. Ahora bien, en la nueva nomenclatura, en rigor genético y en estricta separación de la maternidad y la gestación, la abuela ejerce de abuela y no tiene vinculación genética; el padre y la madre lo son porque pusieron material genético y ejercerán la custodia; y no son hermanos la madre y el bebé porque no descienden directamente de los mismos genes ni paternos ni maternos.

En segundo lugar, tenemos un problema de *fraude de ley* en España y descontrol político de la situación, debido a la ausencia de registros centralizados y de penalización de agencias y padres. En España es ilegal practicar la gestación por sustitución, sin embargo sabemos que hay niños nacidos mediante esa técnica porque así se inscriben en los registros de las embajadas de aquellos países donde no está prohibida. Ciertamente es que no tenemos datos fiables, por ello también las agencias intermediarias con afán comercial, y de mucho lucro, se mueven con total impunidad por el país efectuando contratos, a pesar de la falta de garantías jurídicas para las personas que a ellas recurren. El problema no va a cesar porque, aunque está prohibido, una vez se lleva a cabo en el extranjero, y en nombre del interés superior de la persona menor a tener derecho a una familia, se les reconoce tal la filiación. El motivo muy razonable por el que no se retira la custodia de sus hijos a los padres que han recurrido a la gestación por sustitución de manera fraudulenta respecto a las leyes españolas es que, a la hora de cuidar y educar, mejor una familia que el Estado; y mejor la familia que ya tiene y tanto desea tenerlo que una de acogida mientras se busca "la solución".

En tercer lugar, está el principal problema, a saber, la respetabilidad o no de la opción de la gestación por sustitución. Las cuestiones de fondo son: ¿se debe respetar que el deseo de ser padres se pueda satisfacer con un sustituto en la

función de gestación? Y si contestamos que sí, ¿qué procedimientos contractuales y qué cláusulas garantizarían esa respetabilidad? A continuación nos dedicaremos a abordar estas cuestiones fundamentales desde el punto de vista de la legitimidad.

2. LA DISCUSIÓN: ARGUMENTOS Y PROPUESTAS SOBRE UNA POSIBLE LEGITIMACIÓN

A nuestro parecer, el documento sobre gestación por sustitución del Comité de Bioética de España (2017) describe el problema, pero se limita a referir a los padres que han recurrido a ella y a pedir una reglamentación internacional. Insistir, como hace ese Comité, en su prohibición, no resuelve el problema. Hay y habrá gente que continuará recurriendo a esta forma de gestación porque no creen en absoluto que hagan mal, ni que dañen a nadie y por eso reivindican que no se les impida formar la familia deseada.

Tampoco nos parece pertinente defender la absoluta prohibición de la gestación por sustitución, en cualquier caso y circunstancia, y aconsejar como alternativa la adopción. Para empezar, porque ser padre adoptivo con frecuencia implica acoger a un niño en duelo. Es un niño que ha visto interrumpidos sus vínculos biológicos; es muy probable que las circunstancias de las que se vio rodeado, durante y después de la gestación, no fueran muy propicias ni a él ni a sus progenitores. Además, algunos padres quieren conocer a sus hijos desde su concepción, para procurarles las mejores condiciones de desarrollo desde el inicio: todos queremos que nuestros hijos vengan sanos y con los menos traumas posibles. En segundo lugar, no podemos desconsiderar el dato de que los padres quieren tener vínculos genéticos con el hijo, con independencia del significado e importancia que se les otorgue a dichos vínculos. Por último, pero no menor, en muchos países hay más personas que quieren adoptar que niños para serlo. Aunque se acelerasen los trámites, se acortaran los periodos y se mejorasen las condiciones de la adopción, son dos formas de construir familias muy distintas, que obedecen a procesos de constitución y a criterios de idoneidad también diferentes. En la

gestación por sustitución se va buscando al mejor hijo posible; en la adopción, en cambio, a los mejores padres posibles. En la adopción el niño ya ha sufrido un duelo, la pérdida, abandono, etc. de sus progenitores; y ya está en este mundo, acertar lo más posible en la asignación de padres es un deber para no aumentar el mal de los que ya están mal; se le da una segunda oportunidad familiar en una vida ya comenzada. En la gestación se crea la vida.

No podemos decir sin más que, al separar la maternidad de la gestación y buscar para esta última una substituta, se actúa moralmente mal. En primer lugar, hemos de escuchar los motivos que esgrimen quienes defienden y/o recurren a esta forma de gestación, y los valores en que los sustentan. En segundo lugar, se deben explicitar los procedimientos para llevarla a cabo, y comprobar si esos valores se mantienen o, al contrario, se pierden por el camino. Y, en tercer lugar, hemos de atender también, por supuesto, a las consecuencias que todo ello pueda comportar. Deberíamos esquivar pues posturas maniqueas y dualismos extremos de buenos y malos, así como alarmismos y falacias de pendientes resbaladizas catastrofistas.

Estamos ante un problema bioético en el que las diferentes partes del conflicto argumentan buenos motivos para defender sus posturas; seguramente en el diálogo, en la gama de grises, entre el blanco y el negro de los extremos, podemos encontrar puentes de solución. Se trata de, en riguroso diálogo bioético, ver cuál es el problema, qué valores entran en juego, y qué procesos podrían garantizar los mejores resultados aminorando los malos impactos. No se trata de convencer ni de derribar al adversario, sino de encontrar razones por las que, aunque no se comparta, se considere respetable la posición del otro.

a) *Argumentos de principios*

Nos referimos a los puntos de partida, a los valores a los que no queremos renunciar y por los que nos queremos continuar caracterizando. Nos referimos a la dignidad, a la autonomía, a la justicia, a la ponderación de riesgos y beneficios (no

maleficencia/beneficencia); pero también a valores como la gratuidad, la humildad, la solidaridad o el amor incondicional. Es más fácil comenzar por lo que nos parece que nadie querría. Nadie quiere la mercantilización de niños. Nadie quiere la opresión de ninguna mujer, ni mucho menos de aquellas que están en circunstancias de tal vulnerabilidad como para embarazarse para otros. Pero nadie quiere tampoco la arbitrariedad, la doble moral y el fraude de ley que ahora hay en España. Y creemos que tampoco nadie querría la eugenesia liberal de niños a la carta que, en caso de incumplimiento de las especificaciones del encargo, pudiéramos, cual *commodity* o mercancía, devolver.

Atendiendo a los principales afectados, cabe decir que el/la niño/a tiene derechos a priori. Es decir, dado que su concepción es planificada y estipulada contractualmente, sus derechos se deben reconocer antes del nacimiento. Por eso las preferencias de los padres tienen límites: por un lado, el interés superior del menor, basado en su dignidad intrínseca y sus derechos, entre los cuales está el derecho a tener una familia y a conocer sus orígenes biológicos. Pero, por otro lado, también están limitados por la dignidad, la autonomía y los derechos de la gestante.

El deseo de ser padres no es un derecho. Sí que existe el derecho a tener padre(s), y cuando al niño le faltan, hay un deber de ofrecerles sustituto. Se puede vivir con o sin hijos, pero no se puede sacar adelante la vida del bebé indefenso sin alguien que cuide de él. El concepto de paternidad y maternidad que venimos manejando es intrínsecamente ético, es decir, alude a ser responsable porque se deben ejercer las labores y obras de cuidar y atender la vulnerabilidad en todas sus formas. Si no es así, no se merece ser padre/madre. Por eso insistimos en que los derechos reproductivos deben entenderse negativamente, como no privar a alguien de esa opción. Ahora bien, que no sea un derecho no convierte *ipso facto* el deseo en ilegítimo; lo sería si, una vez cumplido el deseo de tener descendencia, no ejercieran su responsabilidad de padres. Se trata de un deber incondicional, categórico, como debería serlo el amor a los hijos (Sandel, 2007), y por eso irrenunciable; aun cuando estos hijos no salgan o no se desarrollen conforme a los deseos y expectativas paternas/maternas. En este sentido, los contratos de

gestación por sustitución pueden poner condiciones a la gestante, ahora bien eso no exime de los deberes paternos que conllevan aceptar los imprevisibles, pues no podrán abdicar de ser padres.

Por eso a la hora de regular es mejor seguir el modelo griego que el británico, pues en aquel los padres lo son desde la concepción del hijo y no se pueden desdecir una vez éste ha nacido. En la misma línea cabe insistir en que la interrupción de la gestación sólo podría aceptarse en caso de enfermedades del bebé o de cambio de parecer de la gestante (dentro de los plazos establecidos) y no de cambio de parecer de los padres. De otro modo se instrumentaliza al bebé y a la gestante.

El deseo de ser padres es ilegítimo cuando los medios que han escogido para serlo instrumentalizan a otro ser. La razón para optar por la opción de la gestación por sustitución debe ser la imposibilidad de concebir de otro modo, es decir una vez agotadas las otras posibilidades. No es lo mismo no poder lograr embarazarse que no querer hacerlo. El argumento es deontológico y de universalización: lo que no se quiere para uno no se debería querer para nadie. Es instrumentalización cargar a otros simplemente por descargarse uno.

Es un deseo ilegítimo también si se sabe que no se podrán asumir las su responsabilidad de cuidado por razones de edad, o de salud o económicas. De ahí las pertinentes recomendaciones de limitar la edad de los padres, para garantizar la calidad y duración temporal del cuidado de la criatura.

Respecto a la gestante, son argumentos de principios el respeto a su autonomía y la calidad de su consentimiento. Ciertamente, consintiendo también se puede cometer injusticia: sobre todo cuando quien consiente no tiene muchas alternativas o éstas son malas. Por eso hay que comprobar que la gestante no es una víctima, sino una interlocutora válida que quiere ayudar a cumplir el deseo de otros y pueda participar en el establecimiento de las condiciones y cláusulas del contrato, para que este sea lo más informado y simétrico posible. De esa forma se aplican los principios de justicia, no maleficencia y beneficencia. No es disparatado pensar que haya personas que, gratuita y altruistamente quieran prestar esa ayuda,

que no es un servicio. Hay que cuidar los términos para que no se economice, aún más de lo que ya lo está, el mundo de la vida. En la donación de órganos se evidencia ese altruismo. Y en la gestación por sustitución hay cierta analogía con aquella, pues hablamos de contribuir a dar una vida cuando quien/es la quieren generar no pueden solos.

b) *Argumentos procedimentales y prudenciales.*

Si la gratuidad y el altruismo son valores por los que, como personas y como sociedad, nos queremos caracterizar desde un principio, la transparencia debería ser el medio. Sólo desde la transparencia y la publicidad de los procesos se genera confianza y seguridad. La transparencia mejora con la regulación y con un Estado eficiente en el cumplimiento legal. Si no se regula, si no se ponen mecanismos para la idoneidad del proceso (uso la palabra adrede para asimilarla al vocabulario de la adopción), se pueden cometer fraudes, arbitrariedades, injusticias como en las que nos hallamos.

Los modelos de regulación pretenden fundar su legitimidad en el contrato: la gestante adulta y autónoma da su consentimiento en condiciones de información. Se trata además de un contrato entre iguales en donde nadie obliga a nadie, y todos obtienen un beneficio: los padres, al niño; la gestante, su dinero; el niño una vida; y la empresa intermediaria gana una plusvalía por los esfuerzos de intermediación y estipulación de las condiciones contractuales. Sin embargo, cuando la gestación por sustitución entra sin más en el mercado capitalista, con intermediarios con afán de lucro, los riesgos son imprudentes, y esas premisas devienen falsas. Por un lado, porque esa plusvalía, en último término, se basa en la compra-venta de niños (en eso tienen razón los críticos de cualquier forma de gestación por sustitución). Por otro lado, la gestante no está en condiciones de simetría si el motivo es el dinero y no se atiende a su contexto socio-económico y cultural. Las gestantes y los padres se arriesgan de diferente forma; pero la empresa intermediaria gana un dinero sin arriesgar nada. Y sin infravalorar que el precio lo pone el mercado, con lo que eso

conlleva. Sandel acierta en que hay cosas que el dinero no puede comprar, porque no deberíamos permitirlo (Sandel, 2013).

Estos argumentos en contra de la gestación por sustitución lo son por los procedimientos y por las consecuencias nefastas que podrían provocar; y todos tienen que ver con la libre mercantilización, que es lo que tenemos hoy en la aldea global, con la prohibición en unos países y la legalización en otros. Pedir, sin más, una regulación internacional del tema está muy bien, pero mientras llega (pues crear una ley no es rápido) es insensato no hacer nada. En ese mientras tanto, la regulación a nivel nacional y su control acotado, nos parece un paso prudente.

c) *Argumentos desde el consecuencialismo:*

Las pendientes resbaladizas en el tema que nos ocupa vienen todas de la entrada en escena de agencias intermediarias con afán de lucro. Son importantes las alertas de mercadeo de la vida, eugenesis liberales y opresión de mujeres necesitadas de dinero al servicio de personas acomodadas que quieren familia sin sufrir más molestia que pagar y elegir. Sería una forma más de violencia estructural. Por eso mismo si no regulamos, los ricos pueden y los otros no. La arbitrariedad es consecuencia del mercado y de la ausencia de ley, ellos son los principales problemas, no la gestación por sustitución en sí misma.

La mera prohibición no es eficiente e impone la represión de un deseo de paternidad/maternidad que no es a priori inmoral. Si se regula y se ponen los mecanismos para quienes quieran ejercer su deseo, y lo hagan en condiciones de legitimidad y eficiencia, podríamos aceptar la gestación por sustitución como una excepción, una vez agotadas las otras posibilidades.

Entre los argumentos consecuencialistas también deberíamos contemplar que somos organismos (todas las partes están relacionadas y son más que su mera suma); y que somos mamíferos. Desconocemos aún muchas de las sinergias y vínculos que se pueden trastocar al tocar o intervenir en los procesos naturales. En

principio, esos son motivos para continuar imitando lo más que podamos la naturaleza, pero no porque esta sea un *canon* moral, ni porque sea sabia (muchos concluyen que si algunas personas no pueden tener hijos es porque la naturaleza tiene sus razones). Sin incurrir en la sacralización de lo natural ni en la falacia naturalista que deriva derechos de hechos, a la hora de evaluar las consecuencias como buenas o malas tenemos que atender a las evidencias y a las ignorancias. La gestación por sustitución parte de la evidencias de las TRA: los niños nacen y se desarrollan bien; y las evidencias de la historia de la crianza: es mejor amamantar, cuidar el embarazo, dar continuidad a los vínculos. etc. Pero también hemos de asumir ignorancias. Como nos queda mucho por saber, procuramos imitar todo lo que podemos a lo natural; y por eso la gestación por sustitución debería ser de los últimos recursos.

En esta línea, esquivando los extremos de permitirlo todo y de prohibirlo todo, nos parece bastante adecuada la recomendación de regulación que ha hecho la Sociedad española de fertilidad (SEF, 2016). Resumiendo las 13 bases que allí se explicitan, su propuesta aboga por regularlo en las siguientes condiciones:

1. Se han agotado todas las otras posibilidades de gestar; se trata de un recurso excepcional para la infertilidad estructural o biológica avalada por profesionales.

2. No se podrá implantar más de dos embriones y no hay vinculación genética de la gestante con el bebé. La selección de la gestante atenderá a criterios de edad, experiencia de maternidad, estado de salud (biopsicosocial), grado de vulnerabilidad social, y serán profesionales con criterios médicos quienes la seleccionen. La gestante debe tener experiencia de maternidad y descendencia sana. Así se garantiza la calidad del consentimiento y sus derechos hasta el nacimiento del bebé. También puede decidir interrumpir la gestación en contra de los futuros padres. Recomiendan asimismo que se cuente con el consentimiento de la pareja de la gestante en caso que la tenga; aspecto este que va buscando prudencialmente garantías de que no se rompan dinámicas familiares.

3. Los padres deberán pasar también criterios de madurez e idoneidad. Una vez nacido el bebé, estaría reconocida desde el principio de la gestación (según el modelo jurídico griego) su paternidad, que es irrevocable.

4. Es un acto voluntario y gratuito, sólo se permite la compensación estipulada por el Estado en su cantidad y forma de darla.

5. Está coordinada siempre por autoridades públicas, con transparencia en todos los procesos con los registros pertinentes.

6. Las agencias intermediarias han de estar homologadas por la Administración pública, que limita las compensaciones que pueden asumir por sus servicios y no pueden tener afán de lucro, siendo su deber defender los intereses de los más débiles, a saber, gestantes y bebés.

7. Antes de todo, las solicitudes debe avalarlas un comité de ética y obtener una aprobación judicial.

Solamente discrepamos en algunos aspectos de ese documento. Por un lado, el interés superior del menor, y como nos hemos pronunciado el Comité de Bioética de Cataluña (2016), sobre el derecho a conocer los orígenes biológicos, no nos parece razonable que la SEF exija un cambio de legislación para atender algunos casos de gestación por sustitución y sean tan respetuosas con la legislación del anonimato de los donantes de gametos. La persona tiene derecho a conocer sus orígenes, él decide, y no los otros por él, si quiere o no acceder a ella. Nadie a priori puede denegarle ese derecho; otra cosa es que, pudiendo, se abstenga.

También discrepamos de la recomendación que no haya vinculación genética entre la gestante y el bebé, pero que sí lo tenga con uno de los padres. Por un lado, padres son los que se comprometen a ejercer asumiendo de forma irrevocable su responsabilidad hacia el nuevo ser, en el sentido que serán ellos quienes asuman las consecuencias de las decisiones que en esa gestación se tomen de mutuo acuerdo con la gestante, en tanto que condición de posibilidad, trascendental, de la venida del nuevo ser. Exigir que haya vinculación genética deja sin posibilidad de formar una familia al hombre estéril. Llama la atención el temor a que sin vinculación

genética se incentive la compra-venta de bebés, cuando están regulando el fenómeno y lo proclama como excepción, agotadas las alternativas y dada la infertilidad de base.

Decir que al poner el óvulo hay más riesgos, o sea, más peligros de vinculación, lo que podría conllevar un cambio de opinión y no querer entregar el hijo a sus padres, es una interpretación.

Una interpretación así da unos significados a esos vínculos que, además de biológicos (en una especie de mamíferos como la que somos los humanos no los podemos ni debemos desconsiderar), son culturales y personales. La vivencia de la gestación es eso, una vivencia, lo que significa que es particular, subjetiva, dinámica y muy influenciada por el contexto cultural y moral de la gestante. Sabemos de la importancia de la epigenética, de la importancia del bienestar de la gestante para el buen desarrollo del niño, tenemos también evidencias científicas de ello. Pero suponer *ipso facto* la falta de apego de la gestante para cuidar á de su embarazo, y que ello redunde en el desarrollo del niño, es infravalorar las variadas formas de lazos y afectos que esa persona desarrollará, reduciéndolo a los extremos del amor y la indiferencia. Del mismo modo, suponer que como la gestante no debe encariñarse con el bebé para que le sea fácil darlo es mejor que no tenga vinculación genética, supone proyectar que la genética por sí sola conlleva vínculos; por no nombrar el escepticismo acerca del acto de amor que puede ser la donación. También se podría añadir que, aunque seamos personas paridas, no somos propiedad de los progenitores, si bien todas necesitamos pertenecer, encajar (el verbo inglés *be-long* lo resume perfectamente), en una red de interdependencia afectiva, social, psicológica etc., a lo largo del tiempo de madurez.

Igualmente discrepamos de la necesidad de que la gestante no deba tener parentesco con los padres. Se entiende que quieran esquivar los riesgos, en aras de no confundir vínculos, y funciones, en la relación con el bebé. También aluden a la posible presión que se pudiera dar en el seno familiar. A eso, no obstante, cabría argumentar, por un lado, que en la donación de órganos entre vivos es usual que se dé entre familiares. Y, por otro lado, es pertinente el comité de ética precisamente

para garantizar la voluntariedad de la donación. Impedir la relación familiar nos parece un criterio desproporcionado. Argüiríamos que el comité de ética fuera especialmente cauteloso en comprobar la verdadera gratuidad y altruismo.

3. CONCLUSIONES

Hay que dialogar, asumir la complejidad y la gestión de riesgos. En primer lugar, hay que garantizar el bien del concebido mediante las TRA, lo que implica procurar todas aquellas circunstancias y cuidados fundamentales para su nacimiento y el desarrollo saludable de su personalidad. Así como reconocerle a priori sus derechos, entre los cuales está el de conocer sus orígenes biológicos, es decir, conocer, si así lo desea, a su gestante y donantes de gametos si es el caso. Como se trata además de dar vida a un ser que les ligará y obligará y, en tanto que el nuevo ser tiene derecho a conocer sus orígenes, es recomendable que el planteamiento sea también de alianza y amor a la vida y a las familias, y no meramente contrato e intercambio de beneficios particulares de gentes interesadas cada cual en lo suyo.

En segundo lugar, la voluntariedad de la gestante está más garantizada en el altruismo, sin intermediación económica incentivadora. El planteamiento no debería ser de mera autonomía liberal, del tipo de “si es mi cuerpo, hago con él lo que quiera”; ni de escudarse en el feminismo como si este no fuera como es, plural. Hay muchos factores, perspectivas a considerar y muchas relaciones en juego; no se trata sólo de meras decisiones individuales y puntuales. En ese proceso los comités de ética deben velar por la calidad del consentimiento de la gestante, su competencia y deseo de donar.

En tercer lugar, la intermediación de esos contratos no la pueden hacer empresas con afán de lucro; ya que ésta debe velar por los más vulnerables, es decir, la gestante y el bebé. Sin embargo, cuando la intermediación pone el foco en el beneficio, el riesgo de profesionalización de gestantes, o de convertir a éstas en víctimas del proceso, o de eugenesia liberal, etc., es demasiado grande y, por tanto, imprudente. Por consiguiente, la intermediación debe ser llevada a cabo por

instituciones públicas transparentes de nivel nacional, para evitar efectos llamadas y turismos sanitarios. En países donde no hay confianza en las instituciones ni sanitarias ni administrativas, difícilmente se podrá llevar a cabo esta técnica. Del mismo modo que en países con falta de confianza institucional fracasan las organizaciones nacionales de trasplantes.

La mercantilización no permite claridad, ni control, ni autonomía. Pero la ausencia de compensación desconsidera las necesidades y las molestias. Este aspecto obliga a una discusión pública sobre la razonabilidad de la compensación, lo que depende de los contextos y exige, a su vez, atender a los factores socioeconómicos que pudieran viciar el consentimiento de la gestante. La discusión sobre el lucro cesante y la cantidad o calidad de atenciones que el embarazo merece son temas para seguir dialogando. Este es también el problema que tenemos con la compra-venta de plasma, para fabricar hemoderivados, o de óvulos y semen. En España no se permite la compra de plasma, pero como lo necesitamos, lo adquirimos en otros países. En el caso de gametos, además, no se ha creado un registro único y público y su pago raya entre la compensación y los incentivos en un sector con gran presencia de empresas privadas y muy lucrativas.

Sabemos y con evidencias científicas que un embarazo cuidado conlleva vínculos con la criatura durante y después de la gestación. Por eso hay que procurar que las relaciones entre todos los afectados sean transparentes, claras en cuanto a las responsabilidades de cada una de las partes implicadas, y voluntarias. Lo contrario fomenta entornos de violencia estructural y simbólica. Los organismos nacionales deben garantizar las condiciones en que determinadas formas de gestación por sustitución podrían aceptarse. No deberíamos, pues, proyectar nuestras vivencias de la maternidad desde nuestra cultura o subjetividad.

En definitiva, y evidenciando que no hablamos de ficciones ni de desideratas ingenuas, el modelo de donación de órganos en España puede ser el referente. El modelo de donación de órganos, que con el tiempo hemos visto que puede abarcar donantes vivos y altruistas, nos rebate que si no hay pago no habrá donación; quizás el número descienda y haya listas de espera, pero los procesos son garantistas.

La pregunta ética tiene que ver con el nivel de riesgo que estamos dispuestos a asumir. No pretendemos, en absoluto, que esta sea la última palabra. En línea con el diálogo bioético, queríamos reflexionar con el objetivo de hacer propuestas de soluciones viables, con garantías de los derechos de los implicados, priorizando a los más vulnerables. La mera prohibición no asume riesgo alguno, es más, se convierte en una ineficiencia total y no va a lograr cambiar de opción a quienes piensan que, su deseo de ser padres, puede ser legítimo en los márgenes que aquí hemos apuntado. Las TRA deben ponerse en marcha cuando los otros procesos naturales no funcionan. Pensar la vida y el cuerpo obliga a proyectar el tipo de sociedades que queremos habitar: venir al mundo debería ser siempre un acto de amor y de gratitud, de donación y gratuidad. El mercado capitalista mata todo eso, y no la gestación por sustitución si consigue esquivarlo. Este es un tema de nuestro tiempo: mirar de rescatar del mercado lo que nunca debió entrar él como la hospitalidad y la acogida.

No deberíamos continuar tal y como estamos ahora en esta materia de gestación por sustitución, sin regulación estricta y con ventajas para los ya aventajados en capacidad adquisitiva. Decir sin más que esta forma de gestar es siempre incorrecta es poco riguroso e ineficiente. Regular para permitirla en determinadas condiciones nos parece ser el término medio idóneo para sociedades moralmente plurales y democráticas en las que queremos vivir y en las que deberíamos vivir.

Referencias

Comité de Bioética de Cataluña (2016): *El derecho a conocer los orígenes biológicos y genéticos de la persona*.

<http://comitebioetica.cat/wp-content/uploads/2016/06/Derecho-a-conocer-los-origenes-biologicos-CBC1.pdf>

Comité de Bioética de España (2017): *Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*.

http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

Lamm, E (2013): *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*. Barcelona. Universidad de Barcelona.

Sandel, M (2013): *Lo que el dinero no puede comprar*. Madrid. Editorial: Debate;

Sandel, M (2007): *Contra la perfección La ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona: Marbot,

Sociedad española de Fertilidad (2016): Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución

<http://www.sefertilidad.net/docs/grupos/etica/propuestaBases.pdf>

Begoña Román Maestre

Profesora de Filosofía de la Universidad de Barcelona.
Vocal del Comité de Bioética de Cataluña y
Presidenta del Comité de Ética de Servicios Sociales de Cataluña.

Broman@ub.edu

Cómo citar este artículo:

Román Maestre, B., "Gestación por sustitución: cuestiones de legitimidad", en *Folia Humanística*, 2018; 8: 24-41. Doi: <http://dx.doi.org/10.30860/0035>.

© 2018 Todos los derechos reservados a la *Revista Folia Humanística* de la Fundación Letamendi Forns. This is an open access article