



SUMARIO

TEMA DEL DÍA

PÁGINA

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

PENSAMENT ACTUAL

LA GESTIÓN DE LA PROPIA VIDA Y LOS TRASTORNOS MENTALES - <i>SERGIO RAMOS-POZÓN Y BERNABÉ ROBLES DEL OLMO</i>	41
---	----

ARTE, SALUD Y SOCIEDAD

LA MÚSICA DEL CUERPO - <i>JOSÉ GARZÓN HERNÁNDEZ</i>	64
---	----

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-
liahumanistica/envio-de-manuscritos/](http://www.fundacionletamendi.com/revista-fo-
liahumanistica/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.

LAS MÚLTIPLES CARAS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: ¿ACEPTAMOS EL CAOS JURÍDICO ACTUAL O BUSCAMOS UNA SOLUCIÓN? *

Carlos María Romeo Casabona

Resumen: Reabierto el debate sobre la maternidad subrogada, el autor presenta la situación legal en nuestro país. Expone las posiciones encontradas que la problemática abre en órganos administrativos y judiciales, la confusión que ello ha generado y su efecto más nocivo, a saber: los ciudadanos/as españoles acuden al extranjero para conseguir descendencia por este medio, inscribiendo a los hijos como propios, en contra y en fraude de ley.

En el estudio se abordan varias de las posiciones sobre este asunto en nuestro país: Sociedad Española de Fertilidad, proposición de ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos y el Comité de Bioética de España, del que incluye el autor su propio voto particular en cuanto vocal de este Comité. Para finalizar nos propone como solución dos vías: 1º asegurar que el marco legal actual sea respetado; 2º que se reforme nuestra legislación con el fin de admitir el recurso a la maternidad subrogada en algunos casos, pues representa valores también positivos, como la solidaridad y el altruismo.

Palabras clave: *maternidad subrogada/ legislación sobre reproducción humana asistida/ valores de la maternidad subrogada/ Bioética/Comité de Bioética de España.*

Abstract: *THE MULTIPLE FACES OF SURROGACY: SHOULD WE ACCEPT THE CURRENT LEGAL CHAOS OR SEEK AN ACCEPTABLE SOLUTION?*

Reopening the debate on surrogate motherhood, the author presents the legal situation in our country. At the moment the positions of judges and public administrators collide; As consequences of these disparate criteria, citizens are in the position of going abroad to secure offspring through surrogate motherhood, to subsequently register these children as their own, in open contradiction with the law in force.

This article addresses several positions on this issue in our country: Spanish Fertility Society, proposition for law by the Parliamentary Group Citizens and the Bioethics Committee of Spain, (of which the author includes his own particular vote, as a member of this Committee). Finally, the author proposes two solutions: 1º ensure that the current legal framework is respected; 2nd a reform of our legislation in order to admit the use of surrogate motherhood in some cases, because it also represents positive values, such as solidarity and altruism.

Keywords: *Surrogacy/ legislation on assisted human reproduction/ values of surrogacy/ Bioethics/ Spanish Bioethics Committee*

Artículo recibido: 26 febrero 2018; **aceptado:** 30 marzo 2018.

* Vocal del Comité de Bioética de España, del Comité de Bioética del Consejo de Europa y del Grupo Europeo de Ética de la Ciencia y las Nuevas Tecnologías (EGE) de la Comisión Europea. El presente trabajo se realiza en el marco de la financiación del Gobierno Vasco a Grupos de Investigación del Sistema Universitario Vasco (IT 1066-16).

1. PRESENTACIÓN

Pocos asuntos de interés público están suscitando tantos posicionamientos encontrados en la actualidad como la maternidad subrogada¹. Llama particularmente la atención que estas posturas no pueden ubicarse fácilmente recurriendo a las adscripciones ideológicas que podríamos denominar clásicas: las llamadas progresistas, a favor, y las llamadas conservadoras, en contra, por ejemplo. Este procedimiento de adscripción no nos sirve en absoluto en nuestro caso. Sin duda un síntoma saludable romper con ese manido tópico de clasificar a las personas y a las colectividades de forma tan simplista y llena de prejuicios.

La maternidad subrogada nos trae una sorprendente quiebra de estos alineamientos que deja un espacio para la reflexión libre y racional, lo que nos permite analizar con cierta serenidad el verdadero fondo de la cuestión. Tales afanes clasificatorios es claro que nos suelen dar seguridad y tranquilidad, pues podemos así “colocar” a cada uno donde le corresponde según nuestros propios arquetipos y prejuicios –individuales y colectivos-. Por ello se hace aún más curioso que veamos en sintonías semejantes –eso sí no admitidas, y, por supuesto, “sin que sirva de precedente”- a quienes censuran la maternidad subrogada porque supone una explotación de la mujer gestante, al atentar contra su dignidad (en un tono moralizante, aunque no se reconozca) y degradarla así a la situación de una “vasija”, según alegan otros.

Podríamos preguntarnos si con este etiquetado tan “genial” no se está degradando ya previamente a las mujeres, antes de ser gestantes, al menos a aquéllas que adoptaron su decisión de “recipiente” fisiológico-emocional durante nada menos que nueve meses, para ceder después el “contenido” a otras personas, con independencia de que se les haya retribuido o no. Ya que estas posiciones

¹ Utilizo en este estudio la expresión maternidad subrogada, porque es la más extendida en la actualidad en nuestra lengua, sin encontrarle ninguna proyección taxonómica objetable relevante. Pero también encuentro correcta la de gestación por sustitución, que presenta la ventaja de que es la utilizada por la Ley española. No me pronuncio sobre otras expresiones, pero son realmente discutibles, como madre de alquiler, vientre de alquiler, útero de alquiler y otras similares. Como sabemos, el uso de las palabras no suele ser neutro.

parecen partir de la convicción de que las mujeres adultas son incapaces de tomar decisiones autónomas y reflexionadas, pues el argumento se apoya en que sus necesidades económicas son aprovechadas por otros para explotarlas o también sus objetivos de lograr una cierta holgura patrimonial, al menos durante un tiempo.

En el otro extremo nos encontramos las posiciones que reclaman la validez de la maternidad subrogada como expresión de una autonomía ilimitada de las personas; es decir, el acuerdo entre las partes (la madre gestante y los comitentes) no debe estar sometido a restricción alguna, en las que se incluye: fijar libremente un precio; imponer todo tipo de limitaciones en el estilo de vida de la gestante; no aceptar el niño si no ha nacido sano y sin deformaciones; que no sea requisito la existencia de un problema previo de fertilidad en los comitentes (p. ej., infertilidad patológica o estructural/funcional, en el caso de parejas homosexuales), etc., a cambio del precio que fije el mercado (la oferta y la demanda). Son posiciones ultraliberales, que tienden a aprovecharse de una situación de desigualdad entre las partes, casi siempre en detrimento de la mujer gestante y en ocasiones sin ponderar la irrenunciable prevalencia del interés superior del futuro hijo, el cual no debe estar subordinado a ningún otro.

2. LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

Cuando España se dotó de una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida² se introdujo la regulación sobre la maternidad subrogada. Lo que esta Ley denominaba *gestación por sustitución* era tenida por un contrato nulo de pleno derecho, por tanto ilícito y sin ningún efecto legal, entendido aquél como la gestación de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, haya mediado o no precio (art. 10.1). De forma coherente con las previsiones del Código Civil, la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución se determinaría por el parto, según aclaraba la Ley (art. 10.2). Por otro

² Ley 35/1988, de 22 de noviembre.

lado, no había previstas sanciones específicas para los profesionales y los centros, públicos o privados, que practicasen en nuestro país estas intervenciones, pero permanecían abiertas otras más genéricas que incluía la Ley.

Hace treinta años esta regulación, que excluía sin excepción el reconocimiento de cualquier efecto legal a la maternidad subrogada, era tenida por prudente por una gran mayoría de los juristas que se ocupaban, aunque fuera circunstancialmente, de lo que hoy conocemos como Bioderecho. En esta actitud pudieron influir varios factores, entre ellos, que este procedimiento reproductivo era entonces verdaderamente excepcional, por un lado. Por otro, llegaban a la opinión pública, a los ciudadanos, noticias de casos de subrogación acaecidos en el extranjero realmente conflictivos, con irreconciliables enfrentamientos, por lo general entre gestantes y comitentes. No pocos de estos conflictos estuvieron sometidos a interminables procesos judiciales durante los cuales los niños nacidos en esas circunstancias pasaban, por orden judicial, a manos de unos a otros progenitores. Esto generó, aparte de estos problemas, otros también frecuentemente graves. De este tenor fue el llamado caso Baby M³ que, recordemos: a pesar de ser declarado nulo el contrato de subrogación y la niña, como consecuencia, ser adjudicada a la mujer gestante, sucedió que al haber permanecido ésta bajo la custodia de la pareja comitente durante los dos años que se prolongó el litigio, el juez decidió entregarla legalmente a éstos, sin perjuicio de reconocer a la gestante el derecho de visita.

La instrumentalización objetiva a la que se veían sometidos los hijos en discusión, suscitó una enorme insatisfacción. Así que para evitar este tipo de situaciones en nuestro país, si se legalizaba la maternidad subrogada, se recomendaba no modificar la regulación partiendo de la premisa de que la ley no podría ser eficaz para resolver todos los conflictos que pudieran emerger con su práctica.

Pues bien, este régimen legal es el que pervive en la actualidad, sin alteraciones en la regulación vigente de las técnicas de reproducción humana

³ Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de New Jersey de 3 de febrero de 1988.

asistida⁴. Hace doce años se percibía ya que la situación estaba cambiando: apenas se producían en el extranjero casos judiciales relacionados con la maternidad subrogada, lo que indicaba que los modelos de los contratos entre las partes habían mejorado considerablemente. Se contemplaban las distintas situaciones que podían generar problemas, incluso la evitación de su judicialización, aportando las soluciones pertinentes; en gran medida gracias a las iniciativas de las agencias mediadoras, mejor asesoradas por sus abogados. Me refiero sobre todo a los Estados Unidos y, dentro de éstos, al Estado de California.

En nuestro país ya se iba teniendo información de parejas y de personas solas (varones, pero también algunas mujeres) que habían acudido al extranjero para beneficiarse de esta técnica mediante la retribución correspondiente, procediendo a inscribir el hijo como propio en el registro consular competente, con independencia de que hubieran aportado o no su propio material reproductivo. Pero por entonces no dejaban de ser casos todavía aislados, y no parecía que hubiera necesidad de abrir la caja de Pandora, pues aún no se sabía qué podría llegar a ocurrir. No debemos olvidar que continúa siendo una especialidad médica cubierta en gran parte por el sector privado, el cual hay que reconocer que ha ejercido constantes presiones a las autoridades para ampliar opciones reproductivas de todo tipo, acudiendo en ocasiones a argumentos tan poco convincentes como impactantes para el profano, como argüir su deseo prioritario de ayudar a tener hijos a sus pacientes y de su obligación ética de atender en este sentido los deseos de maternidad/paternidad de los mismos.

En poco más de una década el panorama ha cambiado sustancialmente en nuestro país: es creciente la búsqueda por parte de nuestros ciudadanos de soluciones a sus deseos reproductivos en otros lugares que han tolerado o reconocido legalmente la maternidad subrogada, estén motivados –lo que sigue siendo lo más frecuente- o no por problemas de fertilidad.

⁴ Ley 14/2006, de 26 de mayo, art. 10.

Nos hemos encontrado, además, con un cambio jurídico importante que ha dado lugar, en no pocas ocasiones, a la confusión legal de la filiación de los hijos nacidos por esta técnica, convirtiéndose en fuente de inseguridad jurídica para ellos. La jurisprudencia ha rechazado la inscripción en el Registro Civil de estos niños como hijos de las parejas o personas comitentes y, por tanto, la nacionalidad española⁵, oponiéndose al criterio sostenido por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁶. Las respuestas de la Dirección General se habían orientado, no obstante, al encomiable propósito de velar por el interés superior del menor.

Utilizando como base argumental el mejor interés de los –dos- niños, considera el TS correcta la cancelación de la inscripción registral, lo que les priva a ellos de la nacionalidad española y de sus demás efectos, pero deja abierta la puerta a la adopción o al acogimiento familiar. Si uno de los miembros masculinos de la pareja hubiera aportado sus propios gametos, estaría abierta la previsión legal de que ejercite la acción de reclamación de la paternidad, en cuanto padre biológico⁷.

En todo caso, los tribunales españoles han sido sensibles para reconocer los derechos sobre prestaciones sociales relacionadas con la maternidad y la paternidad resultantes de un contrato de gestación celebrado y ejecutado en el extranjero, si se ha producido ya el vínculo familiar entre el hijo y los padres, aplicando los mismos principios que ha establecido para el acogimiento y la adopción⁸. En una respuesta parlamentaria del Ministro de Justicia se indica que desde 2001 se han presentado en su Departamento 43 recursos (de ellos 33 después de publicada la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2010, aludida más arriba), de los cuales se han resuelto 32⁹.

⁵ STS de 6 de febrero de 2014; y auto de 2 de febrero de 2015, sobre el mismo caso.

⁶ Resolución de 18 de febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010.

⁷ Art. 10.3 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

⁸ STS 953/16 de 16 de noviembre de 2016.

⁹ Europa Press, 2 de enero de 2018.

El fraude de ley ha aflorado también con toda crudeza: son actos, realizados al amparo del texto de una norma, que persiguen un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él; se considerarán ejecutados en *fraude de ley* y no impedirán la debida aplicación de la norma que hubieren tratado de eludir (art. 6 del Código Civil). La posición al respecto del Tribunal Supremo trata de atajar el fraude a la ley, pero no es menos cierto que deja a estos niños sin un respaldo jurídico adecuado.

En consecuencia, aunque no debe obviarse la gravedad que comportan en general los actos de fraude de ley contra la efectividad de la misma y contra la credibilidad y respeto del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos, está claro que la situación de la maternidad subrogada debe ser corregida cuanto antes, siempre a la luz de la evolución que se ha producido en nuestro país sobre esta materia, tanto desde el punto de vista social como jurídico. Es decir, dar cabida a la misma dentro de un marco legal que la contemple como una salida excepcional, rodeada de controles que prevengan abusos y otro tipo de fraudes y de garantías para las madres gestantes, los hijos y los progenitores comitentes, pues los argumentos de fondo que se suelen alegar contra ella no resultan hoy convincentes, como se verá más abajo en mi voto particular al Informe del Comité de Bioética de España. No parece entonces que limitarse a aceptar el actual estado legislativo y judicial al respecto sea la posición más adecuada ni la más responsable, sobre todo si se tienen posiciones de influencia en la opinión pública y ante las autoridades públicas.

Para completar el cuadro debemos citar varios casos que han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁰, en cuyas sentencias se percibe la preocupación por garantizar los derechos de los niños nacidos mediante esta técnica.

He aquí el debate actual en España sobre la maternidad subrogada, pues, como adelantaba más arriba, ha generado posiciones encontradas de lo más

¹⁰ Mennesson c. Francia [demanda núm. 65192/11], Labassee c. Francia [demanda nº 65941/11] y Paradiso y Campanelli c. Italia [25358/12] sentencia de 27 de enero de 2015.

variadas, lo que incluye a asociaciones de padres/madres que han acudido –en el extranjero- a la maternidad subrogada o que desean hacerlo, pero en este caso dentro de un marco legal más diáfano; a los movimientos feministas, que, siguiendo su costumbre, se manifiestan con franca radicalidad en contra; algunos sectores de la Iglesia Católica, incapaces de despojarse de ciertos prejuicios en una sociedad laica, etc.

Como pocas veces ha sucedido en otros asuntos, tampoco en los partidos políticos encontramos unidad interna. Encontramos dentro de los principales partidos posiciones (más abajo aludiré a lo que parece ser por el momento una excepción) abiertamente enfrentadas, como pueden observarse en los debates preliminares que se están produciendo antes de tomar una posición formal. En alguno de ellos se ha exigido incluso libertad de voto ante una hipotética acción legislativa, lo que va a ocurrir, como señalo más abajo; pero persiste en otros partidos la idea de que la maternidad subrogada es una forma de violencia contra la mujer, adoptando así un paternalismo exacerbado.

Finalmente, habría que hacer una breve alusión a las propuestas de incriminar algunos comportamientos relacionados directamente con el contrato de maternidad por subrogación. Propuestas incriminatorias, hay que decirlo, actualmente prácticamente inexistentes a pesar de que pueden existen casos de abusos extremos, aunque éstos no se concilian con los principios de mínima intervención y *ultima ratio* del Derecho Penal y, como consecuencia, no es oportuno introducir un delito específico. Lo cierto es que contamos con el delito de reproducción asistida no consentida (art. 161.1 del Código Penal) o el de coacciones (art. 172 CP), los cuales son escasamente realistas para la fenomenología más grave que suele presentar la maternidad subrogada. En cuanto a los posibles fraudes de ley, en algún caso podría considerarse su encaje con algún delito contra las relaciones familiares (suposición de parto, alteración del estado civil del menor, arts. 220 y 221 CP, más propicios para la madre gestante los últimos y, en su caso, para la mujer comitente el primero) o de falsedad documental, en documento público (arts. 390 y ss. CP), el peticionario o peticionarios serían probablemente los

responsables, como autores mediatos. En todo caso, no dejan de ser supuestos marginales y como tales deben mantenerse.

3. POSICIONES INSTITUCIONALES RECIENTES ANTE LA EXTENSIÓN DE LA DEMANDA DE LA MATERNIDAD SUBROGRADA Y SU CONSECUCCIÓN EN EL EXTRANJERO

Puesto que este breve estudio parte de una perspectiva jurídica y de lo que a ella puedan contribuir otros enfoques, como son las posiciones de las sociedades científicas, opiniones desde la bioética y acciones prelegislativas, aludiré a algunas iniciativas con el propósito de que el lector contemple el panorama que pretendo tan sólo pincelar: la posición de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, y el Informe del Comité de Bioética de España (CBE). Pero no sólo se han pronunciado estas entidades, también ha habido otras, como es el caso de la *Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS)*.

3.1. *Propuesta de la Sociedad Española de Fertilidad*

Por lo que se refiere al documento aprobado por la SEF¹¹ supone un primer intento corporativo de apertura de esta polémica cuestión. Coincidiendo con la importancia que tiene, según los autores de este documento, subrayar el punto de partida adoptado por el mismo, transcribo literalmente lo siguiente:

“Una primera cuestión importante a señalar es que no se hace un pronunciamiento ni a favor ni en contra de la gestación por sustitución, ya que dentro del grupo de trabajo no hay una posición unánime en uno u otro sentido, sino que, como se ha dicho, se limita a plantear una propuesta reflexiva de bases o

¹¹ “Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución”, 2015. Redactado por el Grupo de Ética y Buenas Prácticas Clínicas de la SEF.

condiciones generales para el supuesto de que el legislador diera en algún momento el paso de su legalización en España”.

Por tanto, sin entrar en el fondo, pues se reconoce que no existe unanimidad en el grupo redactor sobre si la maternidad subrogada es o no aceptable, el documento apunta unas directrices dirigidas a una –entonces- hipotética iniciativa legislativa sobre esta materia.

Por consiguiente, resumiendo los puntos del documento de la SEF que me parecen más relevantes (véanse los detalles en el propio documento): se entiende que la maternidad subrogada no debe considerarse como una técnica reproductiva más y debe, por consiguiente, recurrirse a ella únicamente en supuestos excepcionales, es decir, cuando esté médicamente indicada o en presencia de esterilidad estructural (parejas homosexuales masculinas u hombres sin pareja); habrá de comprobarse la situación socioeconómica de la gestante para descartar que se halle en situación de grave necesidad; se proponen indicaciones sobre la necesaria o rechazable aportación de gametos por parte de los comitentes o de la mujer gestante; debe estar sometida a la autorización judicial previa al inicio del proceso; se excluye la retribución, siendo aceptable, no obstante, una compensación económica; debe reconocerse la autonomía de la mujer gestante para decidir sobre la gestación misma desde la transferencia del embrión hasta el nacimiento; éste obliga a la entrega del niño en todo caso; se creará un registro nacional de gestantes; se excluye la relación de parentesco entre gestante y comitente, así como relaciones laborales y otras que puedan afectar a la libre decisión de la mujer gestante; se admiten las agencias de intermediación, siempre que actúen sin ánimo de lucro (asociaciones de pacientes, fundaciones, etc.) con supervisión de la Administración pública.

Sin perjuicio de algunos puntos que pueden suscitar duda o discrepancia, el documento en términos generales enfoca correctamente la cuestión y la sitúa en el marco de la imposibilidad reproductiva de los comitentes; además, los diversos requisitos, garantías y controles parecen adecuados para prevenir situaciones de abuso por alguna de las partes, reconociendo una relevante autonomía a la

gestante. La autorización judicial es una previsión especialmente sugestiva, y cuenta con precedentes (p. ej., la donación de órganos de vivo para trasplante, cuando la Ley alude a una autoridad pública que se determine reglamentariamente¹², lo que corresponde al Juez de Primera Instancia¹³). Más delicada se percibe la real eficacia que tendría la exclusión de cualquier forma de pago, aceptando, sin embargo, la compensación económica a la gestante, con el fin de prevenir retribuciones encubiertas. Es ésta una cuestión capital, fuente de discrepancias entre quienes aceptan el recurso a la maternidad subrogada, pues algunos excluyen cualquier forma de retribución (pocos rechazan, sin embargo, la compensación resarcitoria). No siendo deseable en mi opinión el procedimiento de pago o retribución económica reales –pero sí la compensación estricta-, podría aceptarse como mal menor, si contribuyese a normalizar esta clase de contratos; sin embargo, creo que asumirla explícitamente podría ser fuente de abusos y de explotación de la mujer gestante, en particular si fallasen otros mecanismos de control del proceso, situación que debe evitarse de modo prioritario.

3.2. *Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos*

La Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos se mueve en una línea no muy distante de la acabada de mencionar¹⁴. Precedida de una extensa y detallada ‘Exposición de Motivos’, a lo largo de su articulado¹⁵ establece un conjunto de requisitos relacionados con la gestación y con los sujetos intervinientes, con el contrato de gestación, la determinación legal de la filiación, la premoriencia de uno de los progenitores subrogantes, la creación del Registro Nacional de Gestación por Subrogación (adscrito al Registro Nacional de Donantes), centros y servicios autorizados, y un completo sistema de infracciones, sanciones y

¹² Art. 4, c) de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Órganos.

¹³ Según indica el RD 1723/2012, de 28 de diciembre, en su art. 8.4.

¹⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, nº 145-1, 8 de septiembre de 2017.

¹⁵ Consta de 27 arts. más una disposición derogatoria del art. 10 de la Ley 14/2006 y diversas disposiciones finales.

medidas cautelares. Se inclina por el principio de altruismo, que no es incompatible con una compensación resarcitoria tasada y con la cobertura de la mujer gestante con un contrato de seguro a cargo de los subrogantes. Acertadamente, encomienda funciones asesoras, orientadoras e informativas a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

La proposición de ley no prevé la intervención judicial, cuestión sobre la que habría que seguir pensando, sin perjuicio de reconocer que son numerosos y aparentemente eficaces las condiciones y mecanismos establecidos para prevenir acciones ilegales (como el pago encubierto de retribuciones); no excluye a la mujer gestante que guarda relación de parentesco con los progenitores, solución que comparto, pues a pesar de la discusión que ha suscitado, no me parece suficientemente justificada; de todos modos, se incluyen otros vínculos que sí pueden dar lugar a subordinación entre gestante y subrogantes. Junto a los casos de premoriencia habría que estudiar al menos posibles variantes de la filiación en los casos de separación y de divorcio de los subrogantes durante el proceso, aunque se desprende que lo es de ambos progenitores, puesto que así se obligan desde la firma del contrato.

En conclusión, este texto prelegislativo puede ser un muy buen punto de partida para legislar sobre esta materia en nuestro país, por lo que los grupos parlamentarios bien podrían hacer un esfuerzo para aprobarlo como proposición de ley, continuando así el proceso legislativo.

3.3. Informe del Comité de Bioética de España

El CBE aprobó por su parte un “Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”¹⁶. No obtuvo unanimidad, pues el autor de estas líneas suscribió un voto particular, al que me referiré más abajo. Se trata, sin duda, del informe más extenso que ha emanado del CBE en sus diez años de existencia; y por

¹⁶ El 19 de mayo de 2017 un “Informe sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”.

supuesto, aporta información muy detallada en diversos aspectos, en particular de naturaleza jurídica (sentencias de los tribunales españoles y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, circulares de la Dirección General de los Registros y del Notariado, derecho comparado, etc.); y abunda en los argumentos que, según la opinión mayoritaria del Comité, sustentan el pleno rechazo de la maternidad subrogada como cuestión de principio. Me centraré en sus conclusiones, pues resulta imposible tan siquiera resumir el conjunto del texto.

Para el CBE “existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada”. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes- son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor. La experiencia de los últimos años ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Puesto que los miembros del Comité no son legisladores, como tampoco un órgano creado para el asesoramiento técnico-jurídico, entiende que no le corresponde articular la propuesta de reforma de la ley vigente que considera necesaria para que siga alcanzando el objetivo para el que fue creada.

El CBE considera que en todo caso, la reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero, y consideran la posibilidad de sancionar a las agencias que se dediquen a esta actividad; solo en último extremo se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimiento. Se propone también una prohibición universal de la maternidad subrogada en el Derecho Internacional. Un número indeterminado de españoles está inmerso en

procesos de maternidad subrogada internacional. Es importante que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Para ello se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.

El Informe acierta, y es lo que comparto en mi voto particular, en denunciar la insuficiencia instrumental para prevenir la realización de estas prácticas en el extranjero. En buena medida motivada, a mi parecer, porque las autoridades españolas competentes han, primero, tolerado y, después, cuando aumentaba sensiblemente el número de estos casos, facilitado la inscripción de hijos en el consulado, así como el traslado posterior de tal inscripción al Registro Civil, dando así carta de naturaleza a lo que he calificado más arriba como un auténtico caso de fraude de ley. Aunque la ley parece ser clara sobre este particular, por ello en sentido estricto no sería necesaria ninguna modificación legal (tal vez prever alguna sanción para las agencias de intermediación con ánimo de lucro), sin embargo haría falta que las autoridades observen y hagan observar escrupulosamente la normativa vigente, incluidos los casos producidos en el extranjero, sin perjuicio de adoptar las medidas necesarias para que los hijos no se vean perjudicados, o tan sólo mínimamente perjudicados, en sus legítimas expectativas de filiación.

Tratar de descargar el régimen jurídico español en un marco internacional universal, como propone el CBE, es desconocer –o no querer reconocer– que en materias como ésta, en las que sabemos que los Estados mantienen posiciones diversas y en ocasiones opuestas, es difícil lograr acuerdos normativos. Por ejemplo, el Comité de Bioética (DH BIO) del Consejo de Europa ha iniciado una exploración sobre esta materia con el objetivo de emitir algún documento orientativo o regulativo, pero, por el momento, se ha quedado en la realización de una encuesta entre diversos entes de los Estados miembros¹⁷.

El informe afirma que aunque está claro que algunos miembros del Comité de Bioética Español son favorables a la regulación de la maternidad subrogada, no

¹⁷ DH-BIO/INF(2016)4, publicada el 7 de septiembre de 2017.

alcanzan a encontrar la fórmula. Tal afirmación no se compadece, si se me permite subrayarlo, con el voto particular al Informe. En el voto particular aparecen ciertos criterios de conformidad hacia la maternidad subrogada, junto algunos puntos abiertos que por supuesto deberían ser objeto de reflexión rigurosa antes de incorporarlos a una futura regulación. Finalmente, para concluir este apartado, quisiera insistir que los argumentos de fondo esgrimidos para rechazar la maternidad subrogada no tienen peso suficiente. Es más, algunos parecen más bien fruto de viejos prejuicios que no han sabido revisar su consistencia actual. Una actualidad que nos exige buscar formulas a la altura de las circunstancias.

4. EL VOTO PARTICULAR AL INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA: ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA.

El Informe sobre la maternidad subrogada aprobado por el CBE estuvo acompañado por un único voto particular, emitido por quien suscribe este trabajo. Dos partes bien diferenciadas pueden distinguirse en el voto particular: en la primera, la necesidad de respetar y aplicar la normativa española vigente. En particular en los casos de maternidad subrogada practicados en el extranjero, en sintonía con la posición del Informe. En la segunda parte se muestra abiertamente la discrepancia con la posición mayoritaria del Comité reflejada en el Informe, que es contraria a permitir la maternidad subrogada. Se arguye que la maternidad subrogada permite acoger valores morales positivos, como son la solidaridad y el altruismo, y que su práctica puede sustraerse de una verdadera explotación de la mujer gestante, producida en la actualidad por algunos contextos específicos, gracias precisamente a su reconocimiento y la adopción de medidas legales que impidan la explotación y aseguren la protección de derechos de la mujer que así lo decida.

De ahí también mi posición favorable a dar cobertura a la legalización de la maternidad subrogada en algunos supuestos, y que me parezcan una buena

referencia las iniciativas prelegislativas y legislativas que se han mencionado más arriba en este trabajo.

5. TEXTO DEL VOTO PARTICULAR

Emito el presente voto particular con todo respeto al criterio de mis compañeros del Comité de Bioética de España expresado en el Informe de referencia, dejando sentada mi coincidencia en lo básico con el mismo, sin perjuicio de que con los breves comentarios que presento a continuación pretendo únicamente matizar algunos razonamientos del Informe y dejar abiertas algunas perspectivas de reflexión hacia el futuro, en la medida en que la situación, la seguridad jurídica y las valoraciones sociales así lo aconsejen.

Es indudable que la maternidad subrogada, con todas las variantes con las que se manifiesta y que recoge muy minuciosamente el Informe, presenta una complejidad que ha ido aumentando de forma considerable con el paso del tiempo, siendo al parecer una técnica de reproducción asistida a la que han ido recurriendo con frecuencia creciente muchas parejas españolas y de otros países.

El Informe nos recuerda que el contrato en el que pretende sustentarse esta técnica es considerado jurídicamente nulo en nuestro ordenamiento de manera constante desde que se reguló por primera vez en 1988; es decir, no tiene efecto jurídico alguno, la maternidad se determina por el parto. Pero no debe olvidarse tampoco que en si misma esta técnica no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas (sobre este particular, la madre gestante y padres comitentes).

En nuestro país esta prescripción normativa no ha tenido como resultado que los ciudadanos españoles se hayan abstenido de recurrir a la maternidad subrogada. Se ha hecho, pero en el extranjero, mediante el procedimiento legal que se describe minuciosamente en el Informe: inscripción del hijo nacido de otra mujer (madre gestante) como propio (padres comitentes) en el consulado español correspondiente

para después proceder a lo propio en el Registro Civil, una vez de vuelta a España. Este procedimiento, que suscita perplejidad en la población, y en ocasiones también desasosiego, ha sido tachado de un claro caso de fraude de ley, según entiende la mayor parte de los juristas, quienes suelen considerar que esta situación afectaría al orden público, entendido en este contexto y de forma simplificada, pues es un concepto jurídicamente indeterminado, muy amplio y rico, como un conjunto de principios e instituciones que se tienen por fundamentales para el normal funcionamiento de una sociedad, sus instituciones y su sistema jurídico. Estas dos tachas comportan asimismo reconocer una sensible merma para la garantía de la seguridad jurídica. Así tenemos dos categorías de ciudadanos en relación con el acceso a la maternidad subrogada: quienes se benefician de ella, porque tienen recursos suficientes para afrontar su coste en el extranjero, y quienes no pueden acceder por falta de recursos o por querer ser respetuosos con la ley, que también podría ocurrir. Con esta reflexión no pretendo recurrir a argumentaciones esquemáticas y demagógicas, pero es así la realidad al día de hoy. Esta situación se ve enrarecida por la circunstancia de que agencias intermediarias privadas, con ánimo de lucro, se mueven por nuestro país con total libertad, ofreciendo sus servicios de mediación en el extranjero a parejas y personas que desean tener descendencia por medio de la maternidad subrogada.

Podemos comprender que haya parejas desesperadas que desean tener hijos a pesar de su infertilidad patológica o funcional (parejas homosexuales). Cuesta más lograr cierta empatía con quienes en solitario prefieren recurrir a la maternidad subrogada en lugar de la reproducción natural, o no son parejas infértiles. Nuestro sistema jurídico ampara la libertad procreativa o reproductiva, entendida como la libertad de decisión sobre tener o no descendencia, sobre el número de hijos y su distribución en el tiempo. En estas decisiones no están legitimados para interferir los poderes públicos. Pero de esta libertad procreativa no se puede deducir el “derecho al hijo”, pues este supuesto derecho se enmarca en realidad en el derecho a la protección de la salud y en la protección y ponderación de los intereses de terceros que pudieran verse implicados, es decir, como nos recuerda el Informe,

principalmente los intereses del futuro hijo y los derechos e intereses de la mujer gestante, con independencia de que ésta aporte o no su propio material biológico.

En consecuencia, ante esta situación de cierto descontrol y de desprecio o postergación de nuestro sistema jurídico, por un lado, y de la desigualdad que provoca entre los ciudadanos y de escasa sensibilidad hacia la situación individual en la que puedan encontrarse muchas mujeres gestantes que les ha llevado a asumir su función de madres a término (prefiero no generalizar ni simplificar), me parece prudente el criterio unánime adoptado por el Comité. Ante el presente caos, sin olvidar los esfuerzos que está realizando el Tribunal Supremo por reconducirlo hacia cierta coherencia normativa, no cabe, en mi opinión y al día de hoy, otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Soy consciente de que no es una solución plenamente satisfactoria y que no será compartida por diversos sectores de la población, pues no atiende a otras perspectivas y necesidades que merecen alguna ponderación añadida. Sin embargo, de todas las posiciones que ha recogido el Informe del Comité de Bioética de España, y puedo afirmar que no se ha descuidado mencionar al menos las más significativas, no creo que, por el momento, y mientras no se ponga orden a la situación actual, haya alguna que sea claramente preferible.

Por otro lado, tampoco me parece satisfactorio propugnar el mantenimiento del régimen legal actual sin plantear otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de modo que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada. Primero, porque podría interpretarse como la asunción de que la situación actual se considera deseable o al menos satisfactoria, asumiendo la vulneración de nuestro ordenamiento jurídico con su práctica en el extranjero y de este modo la continuidad de su aplicación fraudulenta. En segundo lugar, porque de algún modo significaría aceptar las desigualdades que se generan entre las parejas en función de su capacidad económica, y el hecho de que de forma velada por algunas instituciones y abierta por algunas agencias intermediarias se fomente el recurso a la maternidad subrogada de nuestros conciudadanos en el extranjero. En tercer lugar, porque es

cierto que con la situación actual no hay límite normativo alguno, pues las parejas pueden elegir el país que mejor se adapte legalmente a sus necesidades o aspiraciones particulares. Por consiguiente, los poderes públicos deberían intervenir con el fin de adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean necesarias para cortar radicalmente esta situación, con los efectos jurídicos a que ello pudiera dar lugar, siempre que no comporten un perjuicio para los derechos e intereses de las criaturas nacidas por medio de estas técnicas. En el Informe se mencionan algunas, pero creo que podría haber otras más no menos eficaces.

Dicho lo anterior, tampoco me parece que la mencionada deba tomarse como la respuesta definitiva. En una futura, y esperemos que cercana, situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales. Como premisas habría que saber conjugar, como señalaba más arriba, por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de las parejas comitentes. Sobre esto no puedo extenderme demasiado en un voto particular que de entrada concurre con el Informe, pero que ahora pretende mirar también hacia el futuro.

Como punto de partida, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos, si somos capaces de eliminar o reducir al mismo tiempo otros que, al menos por algunos sectores, son rechazados y que podrían postergar aquellos valores. En efecto, no podemos negar que puede promover -cierto, no siempre- la solidaridad entre las personas; también el altruismo. Se sostiene con frecuencia que estos valores sólo son imaginables entre personas allegadas previamente entre sí, en particular si son familiares, pues solo entre ellas podemos presumir que se actúe por solidaridad y con altruismo. Sin desconocer la realidad en la que puede basarse este argumento, me cuesta admitir que no pueda haber mujeres no emparentadas capaces de un gesto solidario relevante, con independencia de que en todos los casos mencionados incluso se les pueda atribuir una compensación (establecer el matiz diferencial entre compensación y precio no es tarea en absoluto fácil, pero no puedo entrar en ello aquí; como tampoco en discutir la posición opuesta que sostiene que

es mejor excluir la relación de parentesco con el fin de prevenir la confusión de roles que puede producirse entre las dos madres, sobre todo la gestante: madre y abuela, madre y tía, etc.; hay especialistas competentes para identificar este riesgo y su magnitud, incluso hasta poder llegar a manifestaciones patológicas, que deberían ser tratadas de forma singularizada). Con estas por desgracia breves reflexiones, quiero llamar la atención sobre posiciones a veces maximalistas y poco matizadas. La maternidad subrogada no supone, en si misma, una explotación de la mujer -gestante-, pero, como sabemos, existe el riesgo real de que así suceda; no supone en cuanto tal, una compraventa de niños, pero sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista. Y así podríamos continuar con argumentos esgrimidos de semejante tenor.

Puesto que la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba -no vamos a categorizarlos ahora-, y también otros; puesto que puede servir para que parejas infértiles (patológica o funcionalmente), heterosexuales u homosexuales puedan tener descendencia dentro de un conjunto de principios y reglas, deberíamos mantener despejada la atalaya para ser capaces de percibir cuándo sería el momento oportuno para que pueda intervenir el legislador, esperemos que no a muy largo plazo, y abrir una puerta a la maternidad subrogada.

Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar. Téngase en cuenta que este marco legal tendría (debería tener) como efecto que la mayor parte de estos casos se realizarían en nuestro país, donde operarían -deberían operar, no siempre ha sido sencillo- los mecanismos habituales de supervisión y control en materia de salud, más teniendo en cuenta que nos encontramos ante unos procedimientos más disponibles en el sector privado con respecto al público; y que las variantes excluidas de ese hipotético marco legal futuro que pretendieran realizarse en el extranjero deberían arrostrar con mayor

contundencia el fraude de ley en el que pudieran llegar a incurrir, siempre, como vengo diciendo, garantizando la salvaguarda de los intereses legítimos de los hijos nacidos. Habría que pensar asimismo en otras respuestas, como que las tareas de intermediación, las cuales es previsible que se reducirían considerablemente, tanto en nuestro país como en el extranjero, fueran asumidas en exclusiva por entidades mixtas sin ánimo de lucro. En derecho comparado tenemos algunas soluciones legales y muy valiosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han pronunciado argumentaciones y fallos muy valiosos. Sin embargo, no creo que en la situación actual una internacionalización de las respuestas contra la maternidad subrogada o, en su caso, contra los excesos, sea un camino fructífero.

Aunque la maternidad subrogada ha demostrado ser un asunto muy complejo, lleno de matices y de aristas, que suscitan y merecen múltiples reflexiones y debates públicos (humana, social, ética y jurídicamente presenta aspectos apasionantes, que deben ser tratados, no obstante, sin pasión y con exquisita sensibilidad y ecuanimidad) creo que no debo extenderme más en estos comentarios.

Sí quiero terminar diciendo que tanto las autoridades como los ciudadanos encontrarán en el Informe una información abundante, pertinente y variada en sus diversas perspectivas, pues es un documento que ha sido discutido, razonado y redactado con especial minuciosidad, en el que todos hemos aportado lo que en nuestro mejor saber y entender podría ser pertinente. Incluso aunque ni las autoridades ni los ciudadanos compartan completamente las conclusiones a las que ha llegado el Comité, pues realmente ya se deduce que esto no parece posible hoy, encontrarán elementos suficientes para formar su propia opinión razonada. Por supuesto, tampoco pretendo con este voto convencer a nadie, pues como se ha visto, no se alinea por completo con ninguna posición en particular, lo que le deja más abierto a la crítica. Pero así lo asumo.

En Bilbao, a 16 de Mayo de 2017.

Bibliografía

- Bercovitz Rodríguez-Cano, R., Hijos made in California, *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2009.
- Brena, I., Maternidad subrogada ¿Autonomía o sumisión? *Rev Der Gen H / Law & Hum Gen Rev*, nº 40, 2014, 133-145.
- Brena, I., Maternidad subrogada, C.M. Romeo Casabona (Dir.), *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Ed. Comares y Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Granada y Bilbao, t. II, 2010, 1071-1077.
- De Barrón Arniches, P., La posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los nacidos en el extranjero, de una madre de alquiler, *Rev Der Gen H / Law & Hum Gen Rev*, nº 31, 2009, 29-41.
- Emaldi Cirión, A., Implicaciones éticas y jurídicas de la maternidad subrogada. Aproximación a una visión europea, *Acta Bioethica*, vol. 23, 2, 2017, 227-235.
- Fernández Muñoz, P. I., Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 26, 2018, 27-37.
- García Gámez, J., Maternidad subrogada llevada a cabo en el extranjero: una mirada normativa y jurisprudencial de la realidad en España, *Rev Der Gen H / Law & Hum Gen Rev*, nº 40, 2014, 147-170.
- Guerra Palmero, M. J., Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 26, 2018, 39-51.
- Igareda González, N., La gestación por sustitución necesita un cambio legislativo en España. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español nº 8372013 sobre la gestación por sustitución, *Rev Der Gen H / Law & Hum Gen Rev*, nº 40, 2014, 171-191.
- Lamm, E., Rubaja, N., Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global, *Rev Bio y Der*, 2016, 37: 149-170.
- Lamm, E., Gestación por sustitución, *InDret*, 3, 2012, 1-49.
- López Guzmán, J., / Aparisi Miralles, A., Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada, *Cuadernos de Bioética*, vol. 23, nº 78, 2012.
- Romeo Casabona, C.M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Ed. CERA, Madrid, 1994, 251-252.
- Vela Sánchez, A.J., *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Editorial Comares. Granada, 2012.
- Velázquez, L., Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada, *DILEMATA, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, nº 26, 2018, 15-25.

Carlos María Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal
G. I. Cátedra de Derecho y Genoma Humano.
UPV/EHU

carlosmaria.romeo@ehu.eus

Cómo citar este artículo:

Romeo Casabona, C.M., “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o intentamos dar una solución aceptable?” *Folia Humanística*, 2018 (8): 1-23. Doi: <http://> (pendiente)

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

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" *Folia Humanística*, 2018 (8): 24-41. Doi: <http://> (pendiente).

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

LA GESTIÓN DE LA PROPIA VIDA Y LOS TRASTORNOS MENTALES

Sergio Ramos-Pozón y Bernabé Robles del Olmo

Resumen: Presentamos un análisis y reflexión sobre la gestión de la propia vida en las personas con enfermedad mental. Vamos a ceñirnos en particular al ámbito de las toma de decisiones en relación con el final de vida, a la luz de las polémicas recientes despertadas por demandas eutanásicas de pacientes con trastornos mentales en Bélgica. Sin entrar en el debate sobre la aceptabilidad social de estas prácticas, nuestro objetivo es reflexionar si la presencia de un trastorno mental es, por sí solo, es un criterio relevante en la toma de decisiones sanitarias con impacto en la vida biológica, así como en el rechazo de tratamientos de soporte vital o las demandas de suicidio asistido. Proponemos seguir el criterio de competencia para determinar si la persona está en condiciones o no de solicitar dichas prácticas, más allá de su categorización diagnóstica. Finalmente planteamos argumentos, tanto a favor como en contra, sobre las condiciones de posibilidad para aceptar que un paciente con una depresión crónica y resistente a los fármacos, pero con competencia para tomar decisiones, solicite la eutanasia o el suicidio médicamente asistido.

Palabras clave: eutanasia/ salud mental/ competencia/ bioética

Abstract: *THE MANAGEMENT OF OWN LIFE AND MENTAL DISORDERS*

We present an analysis and reflection on the management of one's life in people with mental illness. Particularly, we are going to focus on the field of decision making regarding the end of life, in light of the recent controversies of euthanasia claims of patients with mental disorders in Belgium. We do not want to debate about the social acceptability of these practices; rather, our objective is to reflect on whether the presence of a mental disorder is, by itself, a relevant criterion in health decision making, as well as in the rejection of life support treatments or the demands of assisted suicide. We propose to follow the criterion of capacity to determine if the person is able or not to request such practices, beyond its diagnosis. Finally, we raise arguments, both for and against, about the conditions of possibility to accept that a patient with chronic depression and resistant to drugs, but with capacity to make decisions, request euthanasia or medically assisted suicide.

Keywords: euthanasia/ mental health/ capacity/ bioethics

Artículo recibido: 2 enero 2018; **aceptado:** 30 marzo 2018.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha debatido sobre si es aceptable o no que los pacientes al final de su vida puedan reclamar actuaciones médicas como son la eutanasia o el suicidio médicamente asistido (SMA). Peticiones que han estado analizadas en el caso de

pacientes terminales, frecuentemente oncológicos. Los argumentos para la aceptación o rechazo son muy variados y con diversas connotaciones. En aquellos países donde las prácticas eutanásicas están permitidas, sus gobiernos es cierto han delimitado y especificado cuáles son los criterios exigidos. Advertimos sin embargo un déficit de atención sobre la posibilidad que una persona con enfermedad mental pueda solicitarla. Discusión o debate que, recientemente, se abre paso tímido en aquellos países donde la eutanasia está legalizada, pues, sin duda, resulta una decisión muy controvertida y para nada clara sobre su legitimidad.

En este artículo no nos proponemos defender la aceptación o rechazo de tales medidas clínicas en pacientes con enfermedades mentales.

Nuestra finalidad es delimitar algunas aclaraciones conceptuales en torno a la eutanasia y el suicidio médicamente asistido (SMA); establecer qué hay que entender por competencia para la toma de decisiones y proporcionar algunas herramientas para su evaluación, pues a fin de cuentas hemos de evitar decisiones imprudentes de los pacientes, pero también respetar opciones que son razonadas y razonables; y por último deseamos revisar críticamente qué hacer ante un paciente con una depresión crónica, que mantiene la competencia suficiente y que quiere aplicar sus decisiones autónomas en las distintas decisiones en torno a su propia vida.

SUICIDIO MÉDICAMENTE ASISTIDO Y EUTANASIA: ALGUNAS ACLARACIONES CONCEPTUALES

Las cuestiones referentes a un proceso voluntario para finalizar la vida casi siempre han levantado gran controversia. Muchos han sido los escenarios propuestos para intentar que sean las personas que sufren la enfermedad quienes decidan cómo y bajo qué condiciones ha de llevarse a cabo dicho proceso. Algunos de estos escenarios, como sabemos, son el suicidio médicamente asistido y la eutanasia.

En los países donde se autorizan estas prácticas con determinados requisitos, se entiende por *eutanasia* aquel procedimiento médico realizado a petición expresa, reiterada y competente de un paciente que padece una enfermedad. Pero no con

cualquiera enfermedad, sino aquella que le produce un sufrimiento inaceptable e intratable, y que, como consecuencia, le aparece el objetivo de poner fin a su vida biológica de manera eficaz, segura y directa. Por su parte, el auxilio médico al suicidio médicamente asistido tiene la misma finalidad salvo que el profesional proporciona únicamente los medios (intelectuales y/o materiales) para que el propio paciente pueda llevar a cabo el acto^{1,2}.

Las definiciones de eutanasia aportadas excluyen situaciones de depresión aguda o de duelo intenso y reciente, por las limitaciones de competencia que suponen y porque a menudo no cumplen el criterio de reiteración de la demanda. En estos casos, como es obvio, la prioridad médica siempre debe ser devolver a la persona a una situación de plena competencia para la toma de decisiones. En ambos casos, aliviando y tratando los síntomas psicopatológicos mediante las mejores medidas disponibles y probadas: fármacos, psicoterapia, etc.

Es importante en este punto hacer especial mención a los criterios de “insoportable” e “intratable”, pues pueden ser factores cruciales en la demanda de la persona, pero no tanto en términos médicos. Podríamos decir que el término “insoportable” hace alusión a una condición subjetiva temporal, a un contexto que el propio paciente no considera digno de ser vivido porque le provoca mucho padecimiento. Es cierto que resulta muy difícil objetivar esta perspectiva en términos absolutos (finalizar el tiempo de vida) porque contempla variables “bio-psico-sociales” con diferentes connotaciones. E incluso podemos apreciar cómo entre los diversos afectados por la decisión (profesionales, familia del paciente y el propio paciente) se observa motivaciones diversas (a favor y en contra) y maneras diferentes de concebir la situación que aumentan la dificultad en la decisión última. Con el fin de reducir tal

¹ Simón P., Barrios I., Alarcos F., Barbero J., Couceiro A., y Hernando P. *Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras*. Rev Calidad Asistencial. 2008;23(6):271-85.

² Gómez-Sancho M., Altisent J., Bádiz L., Ciprés P., Corral J., González J., et al. *Atención médica al final de la vida*. Conceptos. Rev Soc Esp Dolor. 2010;17(3):177-179.

dificultad conceptual, la propuesta de Dees M. et al.³ es apelar al “sufrimiento insoportable”, concepto que se centran en la experiencia personal, subjetiva, de una amenaza inminente, real o supuesta para la integridad o la vida de la persona, que tiene una duración significativa y un lugar central en la mente de la persona.

Ahora bien, un planteamiento meramente subjetivo puede incurrir en tres tipos de falacias: *afectiva*, *cognitiva* y de *distorsión de la realidad*⁴. La *falacia afectiva* señala que una persona en un momento afectivo, como puede ser un estado depresivo, puede verbalizar sentimientos sobre su felicidad y calidad de vida de manera significativamente negativa, siendo peores que los de un observador imparcial, o incluso que los del mismo paciente una vez recuperado. La *falacia cognitiva* es el resultado de una mala valoración por parte del paciente, debido a déficits intelectuales, como son los casos de demencia o retraso mental. La *falacia de distorsión de la realidad* se produce al realizar juicios sobre la calidad de vida basándose en delirios y/o alucinaciones.

Estas dificultades quizás se podrían diluir verificamos cuidadosamente la capacidad de los pacientes para decidir y lo tenemos en cuenta al acompañarlos en las decisiones sanitarias. Tanto la *falacia afectiva* como la *de distorsión de la realidad* podrían evitarse si nos ceñimos a los *momentos lúcidos* y evitamos analizar únicamente los síntomas depresivos, prestando especial atención a cómo el paciente verbaliza, cómo inciden sus argumentos en su calidad de vida y en su proyecto de vida. La *falacia cognitiva* puede ser evitada si hay un acompañamiento por parte de los profesionales para que tomen decisiones razonadas y razonables, con un asesoramiento clínico que respete los límites difusos de la coacción o la sugestión indebida.

En cualquier caso, es obvio que el término “sufrimiento” adquiere un papel decisivo en esta temática. Sin embargo no hay que pasar por alto la dificultad de

³ Dees M., Vernooij-Dassen M., Dekkers W., et al. *Unbearable suffering of patients with a request for euthanasia or physician-assisted suicide: an integrative review*. *Psychooncology* 2009;19:339–52.

⁴ Katschnig H. “Utilidad del concepto de calidad de vida en los trastornos mentales”. En: Katschnig H., Freeman H., y Sartorius N. *Calidad de vida en los trastornos mentales*. Barcelona: Masson; 2000. Pp. 8-9.

hacer un uso objetivo de tal concepto, pues el fin es discernir si la persona padece un “sufrimiento” lo suficientemente “inaceptable” para finalizar su vida. Tal dificultad es recogida por algunos críticos⁵ que lo vinculan con el concepto “dolor”; señalando que no se puede medir ni definir satisfactoriamente de manera universal (objetiva) ni tan siquiera mediante categorías. El sufrimiento remite a una gran variedad de experiencias, las cuales están intrínsecamente relacionadas con el contexto (cultural y social) que determinan las posibles interpretaciones. Aunque es cierto que las neurociencias intentan realizar una aproximación al fenómeno del sufrimiento como un estado subjetivo que produce cambios fisiológicos en el cerebro; también lo es que no dicen nada en relación al sufrimiento como “fenómeno vivido”, experiencial. En esta última dirección, vale la pena una aproximación al concepto “sufrimiento” mediante una reflexión filosófica, tal como realiza Cabòs. En cualquier caso, está claro que pese a las grandes dificultades que podemos hallar con este concepto, resulta sensato tenerlo presente e intentar comprenderlo para poder, a su vez, entender mejor por qué el paciente desea eutanasia o suicidio médicamente asistido.

Ahora bien, el otro término que se baraja como crucial es el de “intratable”, que podría parecer a primera vista un concepto objetivo. En esta dirección, una visión más integral es la que aporta *Dutch Psychiatric Association* al reivindicar que cada opción terapéutica ha de compartir los siguientes criterios: 1) ha de ofrecer una real perspectiva de mejora; 2) ha de ser posible la administración de un tratamiento adecuado en un período razonable de tiempo; y 3) ha de haber un balance razonable entre los resultados esperados y las cargas de las consecuencias del tratamiento para el paciente⁶. Si una propuesta terapéutica no puede proporcionar estos criterios para una condición patológica, cabe replantearse si hay o no opciones viables de tratamientos, esto es, si hemos de considerarla como “intratable” o no.

⁵ Cabòs J. *Fenomenología del sufrimiento. Por una comprensión filosófica a partir de la obra de Arthur Schopenhauer*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. 2013.

⁶ cit. por Thienpont L., Verhofstadt M., Van Loon T., Distelmans T., Audenaert, K., y De Deyn P. *Euthanasia requests, procedures and outcomes for 100 Belgian patients suffering from psychiatric disorders: a retrospective, descriptive study*. *BMJ Open* 2015;5:e007454. doi:10.1136/bmjopen-2014-007454.

En el ámbito de la salud mental la cuestión evaluada aquí adquiere un carácter especial. Parece sensato aceptar, como ya hemos apuntado, que un paciente con una depresión aguda o en una situación de duelo no pueda ser susceptible de tales medidas médicas por estar –probablemente- en una situación de incompetencia para decidir debido a su confusión, tristeza, etc. Además, la psiquiatría dispone de tratamientos psiquiátricos (psicofarmacológicos y psicoterapéuticos) que deberíamos ofrecerle para intentar suplir su situación. No obstante, si consideramos el caso de una persona que padece una depresión crónica, de años de evolución, que ha intentado paliar su sintomatología mediante todo tipo de tratamientos (biológicos y/o psicológicos) y que está en un sufrimiento psicológico insoportable, cabría la posibilidad de que ésta plantease una petición de suicidio médicamente asistido o eutanasia. Por supuesto, su evaluación médica requiere un minucioso análisis de la competencia del paciente demandante de ayuda para la toma de decisiones, del mismo modo que se pediría a cualquier otra persona con independencia de su diagnóstico de base.

A continuación, analizamos el concepto de competencia para la toma de decisiones y algunas herramientas para la evaluación de casos como el expuesto, pues a fin de cuentas hemos de evitar decisiones imprudentes de los pacientes, pero también respetar opciones que son razonadas y razonables con el objetivo de respetar la autonomía y la dignidad de las personas.

SOBRE LA COMPETENCIA PARA LA TOMA DE DECISIONES Y EVALUACIÓN

Es importante distinguir unos conceptos previos como son los de “competencia” y “capacidad” para clarificar y enmarcar la temática. La “competencia” es el “estado de un paciente que puede, legítimamente, participar en la toma de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad, porque posee las aptitudes y habilidades psicológicas necesarias para garantizar que su decisión es

expresión de un grado suficiente de autonomía personal”⁷. Mientras que la “capacidad” hace alusión a las “exigencias que solicita el ordenamiento mediante los que se reconoce la aptitud del sujeto para ejercer sus derechos y realizar actos válidos”⁸.

Pues bien, se requiere un análisis riguroso sobre la competencia para la toma de decisiones controvertidas. Sobre todo si deseamos respetar a los pacientes para que tomen decisiones responsables y coherentes, así como evitar un *hiperautonomismo*, es decir evitar ceder a la libre decisión del paciente no asesorado y sin conocimientos suficientes de la situación clínica. El bienestar no puede ser una moneda de cambio de una supuesta libertad.⁹

En la evaluación de la competencia para la toma de decisiones hemos de tener en cuenta algunos factores que pueden afectar tanto en la decisión como en la persona: 1) probabilidad de que se dé un cierto tipo de daño; 2) el valor dado a ese posible daño; 3) posibilidad de que el objetivo se logrará teniendo en cuenta que hay una probabilidad de daño; 4) el valor atribuido a la finalidad; y 5) posibilidad de correr con el riesgo teniendo en cuenta alternativas que pudiesen conseguir la misma finalidad¹⁰.

Además de estos factores, la evaluación de la competencia ha de estar basada en algunas premisas que nos orienten en dicha evaluación.

1. Siempre hemos de presuponer que los pacientes son competentes para la toma de decisiones, salvo en situaciones muy evidentes (agitación psicomotriz, alucinaciones intensas, etc.). Esto garantizaría el derecho a audiencia y evitaríamos estigmas y discriminaciones. Lo que se debe demostrar es la incompetencia, no al contrario. Hemos de tener en cuenta que la incompetencia para decidir no viene establecida por el diagnóstico clínico. Que una persona

⁷ Simón P. *El consentimiento informado*. Madrid: Triacastela; 2000. P. 337.

⁸ *Ibid.*, p. 315.

⁹ Villagrán J., Ruiz-Granados I., y González-Saiz F. *El proceso de decisión compartida en el tratamiento del paciente psiquiátrico: estudios empíricos y evaluación de la capacidad*. Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría 2014;34(123):491-506.

¹⁰ Beauchamp, T. L., y Mccullough, L. B. *Ética Médica. Las responsabilidades morales de los médicos*. Barcelona: Labor; 1987. Pp. 139-142.

sea anciana, que padezca esquizofrenia, depresión, etc., *de suyo*, no comporta que no pueda decidir. Deberíamos huir de los “prejuicios de incompetencia”, pues la sintomatología de las enfermedades mentales incide en la persona de muchas y variadas formas, y no necesariamente puede afectar significativamente a la competencia. Sin embargo, ciertos diagnósticos pueden representar indicios: por ejemplo, si no coexisten otras variables, es mucho más probable que una persona afecta de enfermedad de Alzheimer tenga limitaciones de competencia que una afecta de cardiopatía isquémica, aunque, por supuesto, no podemos descartar que un enfermo de Alzheimer pueda tomar ciertas decisiones autónomamente si le informa correctamente.

2. Se valora para una tarea específica, un contexto concreto y un momento determinado.

3. La competencia puede ser fluctuante. Una persona con enfermedad mental puede tener momentos de estabilización sintomática y períodos de recidivas. Por tanto, hemos de considerar tanto los *momentos lúcidos* como las fases agudas de crisis. En algunos momentos podrá participar más en la toma de decisiones, mientras que en otros no podrá hacerlo significativamente.

4. La gravedad de la decisión determina el “grado” de competencia exigible. Una persona podría rechazar una aspirina y el grado de exigencia requerido para ello sería simplemente la de “aceptar o rechazar” tal tratamiento; mientras que si una persona no consintiese una transfusión sanguínea por motivos religiosos, poniendo en riesgo su vida, el “grado” de exigencia sería mayor, pues su vida dependerá del tratamiento¹¹.

5. La elección A, B... no es “incompetente”, quien está o no competente es una persona y para una decisión concreta. Además, no hay que obviar que puede aceptar o rechazar un tratamiento libremente. La decisión puede o no ser compartida por el profesional; sin embargo, si el paciente es competente y su elección es sensata (no contraria al ordenamiento jurídico ni a los cánones de buena praxis), debería ser aceptada. Es aconsejable que su decisión sea fruto de una deliberación con el profesional en el contexto de toma de decisiones compartidas. Esto evitaría dejar al paciente solo, acompañándole y asesorándole para que tome una decisión prudente y coherente, pero auténtica y libre.

¹¹ Drane, J. “Las múltiples caras de la competencia”. En: Couceiro, A. (ed.) *Bioética para clínicos*. Madrid: Triacastela; 1999.

6. Las herramientas que se utilicen para valorar la competencia sólo vendrán a ser consideradas como un instrumento más. Se tienen que incorporar, cuando sean precisas, en la práctica clínica en un contexto de decisiones compartidas.

Teniendo presente estas premisas, a continuación exponemos una herramienta para evaluar la competencia de las personas en la toma de decisiones, como es el *MacArthur Competence Assessment Treatment (McCAT-T)*¹². Se trata de una entrevista semiestructurada que analiza las áreas de *comprensión, apreciación, razonamiento y elección de una decisión*.

La *comprensión* hace referencia a la habilidad de la persona para entender el diagnóstico de su enfermedad y tratamiento. Esto significa que el paciente ha de tener la habilidad suficiente como para poder recordar y comprender la información que el profesional le está proporcionando. La mejor manera para apreciarlo es pedirle que lo *parafrasee*, es decir, que explique, con sus propias palabras, qué diagnóstico clínico tiene y qué tratamiento es el más indicado.

El segundo criterio es el de *apreciación* y consiste en la capacidad para relacionar la información con su propia situación. A fin de cuentas lo que se pretende es analizar si conoce cuál es la naturaleza de su diagnóstico y si es consciente de que el tratamiento propuesto puede beneficiarle.

El *razonamiento* se centra en el análisis de la habilidad para procesar y analizar la información, ponderando las distintas alternativas terapéuticas en relación a las reacciones adversas y el posible impacto de éstas en su vida cotidiana.

Finalmente, la *expresión de una elección* hace alusión a la habilidad para comunicar qué decisión ha tomado con respecto al tratamiento médico propuesto.

En ocasiones, se hacen asociaciones de 'incompetencia-enfermedad mental' a *priori*, sin ninguna previa evaluación, en base a la creencia de que *todos* los pacientes

¹² Appelbaum P. *Assessment of patients' competence to consent to treatment*. N Engl J Med 2007;357:1834-40.

psiquiátricos no tienen competencia suficiente como para tomar decisiones sanitarias. A continuación, analizamos brevemente dos enfermedades mentales, como son la esquizofrenia y la depresión, para relativizar este mito y delimitar lo mejor posibles escenarios en los que sí se puedan dar situaciones de limitación de competencia. En este artículo queremos hacer especial énfasis en la depresión.

En el caso de la esquizofrenia, Palmer et al.¹³ analizan la competencia de estos pacientes para tomar decisiones comparándolos con un grupo control. Llegan a la conclusión de que aunque aquellos que tienen esquizofrenia puntuaban peor en los test con respecto a las áreas de *comprensión, apreciación, razonamiento y elección de un tratamiento*, la incompetencia para tomar una decisión médica se asociaba a las funciones cognitivas y no a la edad ni a la severidad de la patología.

Por su parte, Capdevielle et al.¹⁴ examinan el nivel de *insight* (conciencia de patología) y la competencia para consentir un tratamiento médico. El *insight* fue analizado desde varias posturas: con respecto al nivel de conciencia, tanto de tener una enfermedad como de sus propios síntomas, y en relación a la necesidad terapéutica y de sus efectos. Los resultados muestran una correlación entre un pobre nivel de *insight* y la baja apreciación de riesgos y beneficios del tratamiento, disminución de la probabilidad para comparar alternativas terapéuticas y escasa habilidad para expresar una elección.

En cuanto a la comprensión de la información proporcionada, se detectaron correlaciones entre dificultades para tomar decisiones y las funciones cognitivas.

El estudio de Wong et al.¹⁵ compara la competencia en personas con esquizofrenia crónica, con retraso mental, con demencia y población general con patología venosa. Dichos autores observan que los pacientes con demencia o retraso

¹³ Palmer BW, Dunn LB, Appelbaum PS, Jeste DV. *Correlates of treatment-related decision-making capacity among middle-age and older patients with schizophrenia*. Arch. Gen. Psychiatry. 2004;61(3):230-6.

¹⁴ Capdevielle D., Raffard S., Bayard S., Garcia F., Baciú O., Bouziques I., et al. *Competence to consent and insight in Schizophrenia: Is there an association? A pilot study*. Schizophrenia research. 2009;108(1-3):272-9.

¹⁵ Wong JG., Clare CH., Holland A.J, Watson PC., y Gunn M. *The Capacity of People with a 'Mental Disability' to Make a Health Care Decision*. Psychol Med. 2000 mar;30(2):295-306.

mental suelen ser menos competentes que la población general, mientras que no sucede así con quien padecen esquizofrenia. Jeste, Deep y Palmer¹⁶ llegaron a la misma conclusión: la presencia de esquizofrenia no *necesariamente* daña la competencia.

En definitiva, las personas que tienen esquizofrenia, *a priori*, no son menos competentes que la población general, aunque algunos pacientes pueden tener dificultades debido a déficits cognitivos o al *insight*, aspectos ambos no ligados exclusivamente a la esquizofrenia. Ahora bien, sí que debemos asumir que, en ciertas circunstancias, estos pacientes pueden tener dificultades para tomar decisiones autónomas. Pero este hecho no debe ser asumido como premisa o prejuicio, sino comprobado y cerciorado. Lo contrario simplemente contribuye a discriminar y estigmatizar aún más a los pacientes con diagnósticos “psiquiátricos” en general.

En pacientes con depresión también encontramos datos sobre el análisis de la competencia para tomar decisiones. Hindmarch Th., et al.¹⁷ llevan a cabo una revisión de la literatura al respecto con la finalidad de analizar cuestiones éticas y empíricas sobre el fenómeno de la competencia. De esta revisión, se llega a la conclusión de que ciertas áreas evaluadas en el *McCAT-T*, como es la *apreciación*, puede afectar en mayor grado a la competencia para tomar decisiones; aunque las de *comprensión* y *razonamiento* podrían hacerlo en menor grado. También se estudia el *insight* de estos pacientes, pero no parece ser un buen predictor para detectar competencia o incompetencia. En cualquier caso, el estudio constata que no hay un consenso sobre cuánto grado de competencia tendríamos que pedir a los pacientes con

¹⁶ Jeste DV, Deep CA, Palmer BW. *Magnitude of impairment in decisional capacity in people with Schizophrenia compared to normal subjects: an overview*. Schizophrenia Bulletin. 2006;32(1):121-8.

¹⁷ Hindmarch T., Hotopf M., y Owen G. *Depression and decision-making capacity for treatment or research: a systematic review*. BMC Medical Ethics 2013, 14:54.

enfermedades mentales (en general)¹⁸, e incluso se podría replantear la fiabilidad de los profesionales en el proceso de valoración¹⁹.

Ahora bien, es importante anotar que en ese meta análisis hay una gran variedad de pacientes con depresión (severa, moderada...), por lo que no es fácil constatar que *todas las personas con depresión* presenten el mismo grado de afectación de la competencia. De hecho, parece que sólo un estudio hace mención a pacientes con depresión que no tienen una buena respuesta al tratamiento, lo cual podría replantear el hecho de la eutanasia o suicidio médicamente asistido si se tratase de un sufrimiento considerable debido a una enfermedad *incurable*.

Así pues, deberíamos adoptar la misma perspectiva que con los pacientes con esquizofrenia: podríamos encontrar limitaciones de competencia en alguno de estos pacientes, pero este hecho no tendría que ser tomado como un *a priori*, sino evaluado para cada caso concreto. Quizás sería pertinente adoptar la postura de Rudnick A.²⁰ que consiste en proteger a los pacientes de sus propias futuras decisiones, adoptando y aplicando aquellas directrices realizadas en momentos de óptima competencia. Es decir, quizás la idea sería planificar y anticipar decisiones con el paciente competente para que, en momentos de incompetencia, se tenga en cuenta su voluntad anterior. Pero de nuevo, parece ser que su postura está enfocada en aquellos pacientes con depresión aguda con recaídas y no para los que han cronificado la sintomatología y que pueden retener un grado significativo de competencia.

El reto, pues, reside en decidir qué hacer ante un paciente con una depresión crónica, que mantiene la competencia suficiente y que quiere aplicar sus decisiones autónomas en las distintas decisiones en torno a su propia vida.

¹⁸ Kim SY., Appelbaum PS., Swan J., Stroup TS., McEvoy JP., Goff DC., et al. *Determining when impairment constitutes incapacity for informed consent in schizophrenia research*. Br J Psychiatry 2007, 191:38–43.

¹⁹ Cairns R., Maddock C., Buchanan A., David AS., Hayward P., Richardson G., Szmukler G., y Hotopf M.: *Reliability of mental capacity assessments in psychiatric in-patients*. Br J Psychiatry 2005, 187:372–378.

²⁰ Rudnick A. *Depression and competence to refuse psychiatric Treatment*. J Med Ethics 2002;28:151–155.

DEPRESIÓN (RESISTENTE) Y LA GESTIÓN DE LA PROPIA VIDA

En países como por ejemplo Bélgica, Holanda o Luxemburgo está permitida la eutanasia, mientras que en algunos estados norteamericanos (Oregon, Montana, etc.) el suicidio asistido está despenalizado. Por tanto, en dichos países o estados, las personas pueden decidir cómo quieren que el final de su vida se procese. No es el objeto de este artículo introducir el debate sobre la aceptabilidad social de las demandas eutanásicas, pero la realidad es que existen países europeos donde las personas competentes, cumpliendo estrictos requisitos, pueden decidir cómo quieren que se produzca el final de su vida. E incluso vamos analizando y detectando qué opina la sociedad en los distintos países en torno a las prácticas vinculadas con el final de la vida²¹.

Ahora bien, cuando esta petición es hecha por una persona con una enfermedad mental, las reticencias y las dudas aparecen considerablemente por miedo a que se dé el argumento de la “pendiente resbaladiza”.

Como vimos, algunas personas con enfermedad mental pueden tener mermadas algunas habilidades relacionadas con la competencia para tomar decisiones. No obstante, es muy relevante no incurrir en generalizaciones injustas, destacando que esto ocurre en “algunas” y para “algunas decisiones”, no en “todas” las personas que padecen una enfermedad mental.

Aunque en una situación de *duelo* o de *depresión aguda* es sensato no aceptar ciertas decisiones porque el paciente no es competente, cabe la duda sobre qué hacer cuando sí lo es y se tratan de decisiones de gran gravedad para su vida o incluso para provocar su muerte.

En particular, esta cuestión ha sido introducida en el debate sobre la eutanasia y el suicidio médicamente asistido en pacientes con depresión crónica, sin respuesta

²¹ The Economist. *Assisted Dying Research*. 2015. Disponible en: http://www.eutanasia.ws/documentos/dossier_eutanasia/Encuestas/15%20The%20Economist%20.pdf Visitada el 12 de marzo de 2017.

al tratamiento, con un sufrimiento insoportable que se ha prolongado durante años y que solicitan dichas prácticas médicas. Como decíamos, en estos países es un derecho que tienen las personas, pero no todos los pacientes pueden ejercerlo, pues han de cumplir escrupulosamente con los criterios que cada normativa jurídica recoge.

Autores como Udo Schuklenk, y Suzanne van de Vathorst^{22,23}; Den Hartogh G.,²⁴; y Cowley C.,²⁵ han considerado aspectos a favor, como en contra, sobre la posibilidad de gestión de la propia vida de estos pacientes con *depresión resistente*. El objetivo de nuestro artículo es recoger estas cuestiones, tanto a favor y en contra, y aportar nuevos argumentos al debate. En la medida de lo posible intentaremos ahora criticar algunos de los argumentos presentados.

A modo de una mayor comprensión de la situación que una persona con depresión resistente puede sufrir, consideremos a este paciente que dice:

“Levantarme por la mañana me requiere mucho esfuerzo. No puedo expresarme como yo mismo soy. Tengo problemas incluso para tomar decisiones simples y sencillas. Mis amigos y mi familia me irritan considerablemente. Mis músculos de mi cara que me permiten sonreír son rígidos. Me es muy difícil concentrarme para cualquier cosa. Estoy ansioso y preocupado por todo. Cualquier cosa deja de tener sentido. Siento que cualquier cosa que hago es un calvario y no puedo hacer nada bien.

²² Schuklenk U, Van de Vathorst S. *Treatment-resistant major depressive disorder and assisted dying*. J Med Ethics 2015;41:577–583.

²³ Schuklenk U, Van de Vathorst S. *Treatment-resistant major depressive disorder and assisted dying: response to comments*. J Med Ethics August. 2015;41(8):589-591.

²⁴ Den Hartogh G. *Why extra caution is needed in the case of depressed patients*. J Med Ethics 2015;41:588–9.

²⁵ Cowley C. *Treatment-resistant major depressive disorder and assisted dying*. J Med Ethics. 2015;41:585–6.

Constantemente pienso en la muerte y en el suicidio. No estoy seguro de si mi propia esposa me quiere o no...”²⁶.

A grandes rasgos, los partidarios de rechazar tal propuesta se aferran a *a)* la carencia de competencia para la toma de decisiones; *b)* la posibilidad de hallar en un futuro nuevos tratamientos más efectivos; y *c)* la posibilidad de haber sido mal diagnosticado y por tanto haber errado en el abordaje terapéutico²⁷. Se podría argüir, incluso, que antes de permitir la eutanasia, el propio paciente –desde su libertad y competencia- tiene la opción de suicidarse, de modo que no condiciona ni obliga a los profesionales a cometer un acto que, probablemente, no compartan. Y es que ese “sufrimiento total” percibido por la persona es muy difícil de evaluar objetivamente e incluso intersubjetivamente, razón por la cual es muy complicado hacerse una idea de ese padecimiento, por lo que la decisión final puede ser “subjetiva” (de aceptación o rechazo) por parte de los clínicos. Además, se aduce que podría aparecer una posible “pendiente resbaladiza” si se permite la eutanasia a pacientes con depresión.

Otro posible argumento podría consistir en considerar que la “esencia” de la depresión, teniendo en cuenta la gran variedad de síntomas que pueden darse simultáneamente, es sentirse triste y sufrir psicológicamente. Esto implicaría que si la persona no estuviese enferma no tendría esa sensación de malestar ni esas ganas de morir. Esto indicaría, pues, una *incompetencia intrínseca* en todas las personas con depresión por no saber apreciar, comprender y razonar sustancialmente debido a los síntomas depresivos.

Por otro lado, los partidarios de aceptar la eutanasia o el suicidio médicamente asistido en este tipo específico de psicopatología consideran que *a)* la depresión no *necesariamente* conlleva a la incompetencia para decidir; *b)* negarle tal derecho por tener “depresión” es estigmatizar y discriminar en base a un diagnóstico; *c)* esperar a un posible tratamiento más efectivo es condenar al paciente a su situación a

²⁶ Véase nota 22.

²⁷ Véase nota 24.

expensas de “futuro mejor” que no se sustenta en perspectivas realistas; d) la calidad de vida de estos pacientes está considerablemente deteriorada, por lo que la persona podría considerarla indigna²⁸.

Además, un posible contra-argumento a la *incompetencia intrínseca* anteriormente comentada residiría en el hecho de considerar que si estamos totalmente seguros de esa irreversibilidad de la situación clínica, es decir, la inevitabilidad de que esté “eternamente depresiva”, ¿qué sentido tiene estar esperando a una hipotética mejoría? El argumento pues sostendría que no habrá una percepción de mejora de su calidad de vida antes de la depresión. Si así fuese, ¿por qué negarle el derecho a una muerte digna si jamás volverá tener una vida que él perciba como de calidad?

Con respecto al argumento de que el paciente competente siempre tiene la opción del suicidio, se debe considerar que la muerte por eutanasia, en principio, aporta mayor eficacia y seguridad y confort que no el suicidio. Los pacientes pueden fallecer junto con su familia y/o amigos, en una atmósfera serena y positiva, algo que por otro lado resulta imposible si se opta por un suicidio, el cual probablemente será incluso traumático. Estos pacientes y sus familias aprecian que la eutanasia es una muerte más humana. La pérdida de un familiar y/o amigo después de un suicidio, puede conllevar una gran confusión emocional e incluso podría conllevar el posterior suicidio de su amigo o familiar²⁹.

Por tanto, la toma de decisiones sanitarias complejas, como la solicitud de eutanasia, ante diagnósticos psiquiátricos intratables en pacientes competentes no puede ser obviada en el debate bioético. Aunque así debe hacerse siempre, independientemente del diagnóstico de base, será precisa una exquisita evaluación de competencia adecuada a cada decisión a tomar, como también una valoración más profunda de su percepción de calidad de vida y de su entorno (familia,

²⁸ Véase notas 22 y 23.

²⁹ Thienpont L., Verhofstadt M., Van Loon T., Distelmans T., Audenaert, K., y De Deyn P. *Euthanasia requests, procedures and outcomes for 100 Belgian patients suffering from psychiatric disorders: a retrospective, descriptive study*. BMJ Open 2015;5:e007454. doi:10.1136/bmjopen-2014-007454.

amistades). Por otro lado, argumentos éticos pueden apoyar tal aceptación, como puede ser apelar al concepto de dignidad (entendida desde su perspectiva) y al de libertad-autonomía desde un enfoque de “suicidio racional” (Mayo D., 1986) que pueda derivar en “suicidio médicamente asistido” desde una visión ética de respeto a la persona vulnerable.

La calidad de vida también volvería a ser introducida en el debate como una “vida digna de ser vivida”, así como una “vida deteriorada” (no digna) que no es aceptada por el sujeto ya que sus “intereses críticos” (aquellos intereses que indican qué es una vida buena y merecedora de ser llevada a cabo) están mermados³⁰. Y es que a fin de cuentas, se pide un derecho a la muerte digna que en algunas situaciones no puede ser ejercido únicamente evitando la futilidad o ejerciendo el derecho al rechazo al tratamiento.

Más allá del debate ético sobre la aceptabilidad de la eutanasia, si partimos de la premisa de que algunas sociedades conceden este derecho a los pacientes competentes que sufren de manera inaceptable y sin esperanza de mejoría, resulta difícil encontrar argumentos para discriminar en función del tipo de diagnóstico de base. El concepto “terminal” también merece reflexión, especialmente si vamos a referirlo a “fin de vida biológica” o a “fin de proyecto vital”, con las consiguientes connotaciones filosóficas, culturales e, incluso, antropológicas.

Con respecto a la hora de tomar decisiones sanitarias o vitales complejas, la enfermedad médica no debería ser “diferente” de la enfermedad mental. El verdadero límite debería ser el estado de competencia para dichas decisiones.

En cualquier caso, los argumentos a favor o en contra pueden contribuir a un mayor análisis sobre la gestión de la propia vida en pacientes con enfermedades mentales. Los criterios utilizados han de ser iguales para todas las personas, pues de

³⁰ Dworkin R. *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona; Ariel: 1994.

lo contrario se podría discriminar a personas por categorías diagnósticas. El criterio esencial ha de ser el de la *competencia* para la toma de decisiones, si se aplica correctamente y garantizando el acceso a información adecuada, el cual es *neutral* porque no discrimina a nadie, ni tan siquiera por motivos de *discapacidad*³¹.

En efecto, deberíamos partir de que las personas tienen el derecho a escoger o rechazar tratamientos (respeto por la libertad, voluntad y preferencias), siempre y cuando sean competentes. Esto supone el respeto por la *igualdad* y la *no discriminación*. Al pedir ese mínimo de competencia requerida a *todas las personas*, no se discrimina por motivos de discapacidad o enfermedad, ya que será un trato por igual.

CONCLUSIONES

Todas aquellas decisiones en torno al proceso del final de la vida resultan muy controvertidas y delicadas. Tenemos un consenso sobre qué es la eutanasia y el suicidio médicamente asistido; sin embargo, algunas premisas que envuelven estas definiciones no están aun claras o resultan problemáticas: ¿Qué quiere decir exactamente que el sufrimiento será “insoportable” o que la patología será “intratable”? Dar la posibilidad a un paciente que solicite la eutanasia o el suicidio médicamente asistido implica que la persona ha de ser “competente” para tomar una decisión responsable y autónoma. La evaluación de la competencia persigue evitar tanto la “hiperprotección” como la “hiperautonomía”. Por tanto esa revisión ha de producirse meticulosamente, con independencia de que la persona tenga o no una enfermedad mental. Los criterios y los aspectos han de ser evaluados para todas las personas por igual. Una vez valorada la competencia de los pacientes y teniendo en cuenta que algunas personas con enfermedad mental pueden tener “suficiente grado de competencia como para decidir”, sin duda cabe también replantearse qué hacer

³¹ Szmukler G., Daw R., y Callard F. *Mental Health and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*. International Journal of Law and Psychiatry. 2014;37:245-252.

ante un paciente con una depresión crónica que quiere aplicar sus decisiones autónomas en los distintos aspectos de su propia vida.

En resumen hemos querido constatar algunos argumentos a favor y en contra sobre esta posibilidad, aunque ciertamente nuestro objetivo no era debatir sobre la aceptabilidad social de estas prácticas. En algunos casos no se podría permitir, mientras que en otros quizás sí. En cualquier caso, una evaluación meticulosa sobre la competencia de los pacientes ha de ser el criterio a seguir, más que el tener o no una enfermedad mental (algo que por otro lado discrimina).

Agradecimientos

Las ideas principales de este artículo son fruto de la comunicación expuesta en el VII Congreso internacional de bioética “¿Una sola bioética?” celebrado los días 24 y 25 de noviembre 2016 en la Universidad de Barcelona, Facultad de Filosofía. Queremos agradecer a la comisión por la posibilidad de haber expuesto estas ideas.

Bernabé Robles del Olmo

Jefe de Servicio de Neurología del Parc Sanitari Sant Joan de Déu.
President Comitè d'Ètica Assistencial PSSJD.
Comitè d'Ètica d'Investigació SJD.
Comisión Permanente del Comité de Bioética de Cataluña.

Sergio Ramos-Pozón

Profesor Asociado
Universitat de Vic.

Sergio.ramos@uvic.cat.

Cómo citar este artículo:

Ramos-Pozón, S. y Robles del Olmo, B., “La gestión de la propia vida y los trastornos mentales” *Folia Humanística*, 2018 (8): 42-60. Doi: <http://> (pendiente)

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

LA MÚSICA DEL CUERPO

José Garzón Hernández¹

Resumen: Cuando el cuerpo no es el fin, sino que está al servicio del espíritu, entonces ocurren cosas mágicas como que una hernia inguinal con riesgo a una peritonitis mortal devenga el duende de un cantaor de gran espíritu. Una lección vital para la ciencia médica y aquellos que anteponen el valor de la vida del cuerpo por encima de la elección a hacer con la propia vida un acto de creación, también musical.

Otra manera de ver la enfermedad corporal: un puro síntoma de cómo está el espíritu que sólo un hombre o mujer libre pueden salvarlo.

Palabras clave: *Medicina y música, valor vida, valor cuerpo, enfermedad-duende*

Abstract: THE MUSIC OF THE BODY

When the body is not an end in itself but is conceived at the service of the spirit, magical things occur: an inguinal hernia with deadly risk of peritonitis transforms into the duende of a cantaor. A life lesson for medical science and all those who put the value of the body above the choice of transforming life into an act of creation, musical or otherwise.

Another way of seeing the illness of the body: a mere symptom of the soul that only a free man or woman can save.

Keywords: *Medicine and music, life value, body value, disease-elf.*

Artículo recibido: 2 enero 2018; **aceptado:** 30 marzo 2018.

Se llamaba Ramón Mendoza Llanes, pero nadie sabía su nombre. Todos le conocían por “Jerezano Malo”, el mejor cantaor flamenco desde la muerte de Camarón, a cuya sombra había crecido y de quien se decía que era su discípulo más aventajado.

Desde hacía tiempo sentía molestias digestivas, pequeños dolores y sensaciones desagradables que le asaltaban de continuo, en el sillón, durante la siesta que jamás perdonó ni uno solo de los días de su vida; o en la cama, después de cenar y ejercitar un rato la voz antes de rendirse a la noche.

¹ “La Musica del Cuerpo” fue premiado como el Mejor Relato en el XXVIII Congreso de Comunicación y Salud celebrado en Córdoba en octubre de 2017.

Ramón, después de despertarse en una madrugada con grillos en el estómago, como él decía, decidió ir al médico en busca de soluciones. Así es que, con su mujer, sus ocho hijos artistas o toreros, y demás familia, como era costumbre en los de su estirpe, se presentó en mi consulta.

Escuché atentamente todas sus respuestas a las preguntas que le iba haciendo para encontrar el origen de sus problemas digestivos. Una vez terminado el interrogatorio, le indiqué la camilla y le dije que se desvistiera por completo, puesto que debía explorarlo con detenimiento. Mandó salir a su mujer para que no le viera desnudo y, con parsimonia gitana, fue desvistiéndose y colocando cada prenda, cuidadosamente doblada, en la silla o colgada en el perchero. Cuando hubo terminado me avisó y comencé la exploración.

Sentado a su derecha palpaba el vientre algo hinchado y él me iba indicando las zonas donde el dolor se aparecía. No notaba nada reseñable; pero el dolor era más vivo según me acercaba a la ingle izquierda. En éstas estaba cuando, al retirar el calzoncillo para observar la zona inguinal, encontré lo que sólo momentos antes comenzaba a sospechar.

Eso es, Ramón. Aquí está la respuesta a sus molestias.

Estaba palpando una hernia inguinal de notable tamaño que pude reducir con la simple presión de la palma de la mano, lo que indicaba que todavía no estaba estrangulada, para bien del cantaor.

¿Dónde, doctor?

Aquí, Ramón, incorpórese y verá. ¿Desde cuándo tiene aquí este bulto?

¿Eso, doctor? Dijo, señalando con el dedo la hernia.

Sí, Ramón. Es una hernia inguinal y es la que provoca sus molestias digestivas porque impide el movimiento normal de su intestino, contesté, científicamente.

No, doctor, eso no es una hernia.

¿Cómo? Contesté, perplejo.

Es el duende. Mi duende, respondió orgulloso. Le explico, doctor, dijo al ver mi cara de sorpresa. Hasta hace tres años yo era un cantaor del montón. De esos que, para sobrevivir, tenía que trabajar de cualquier cosa, camarero, cocinero, guía turístico, chofer... porque mi arte no daba de comer a la familia. Sin embargo fue, si

no recuerdo mal, en la primavera de hace tres años cuando, estando en mitad de un concierto, sentí un pequeño dolor en el bajo vientre. Sin dejar de cantar, palpé este bulto bajo el pantalón. Desde entonces, doctor, soy capaz de interpretar con más sentimiento y siento mi voz surgir más honda y serena. Todo el mundo lo comentó, al final del concierto. Incluso tengo un recorte de periódico con una crítica de la actuación que titulaba: “y el malo encontró el duende”, comentó orgulloso, enmarcando con las manos el titular en el aire. Desde ese día, doctor, cuando canto y este bulto no aparece, no entono como es debido, con esa voz que sale de las entrañas. Pero si soy capaz de que aparezca, que dios me perdone por lo que voy a decir, pero sólo Camarón me puede igualar.

He de confesar que no encontré palabras con las que responder a tan mágica explicación. Comprendí que nada podía hacer para convencer a Ramón de lo contrario. Aunque lo que él llamara duende fuese una hernia inguinal que liberaba de presión su cavidad abdominal y, por contigüidad, la cavidad torácica, lo que permitía mayor capacidad de inspiración, mayor potencia de voz y mayor control de la modulación.

A pesar de todo, intenté aclararle que ese bulto corría el riesgo de estrangularse, que probablemente lo haría tarde o temprano, y provocaría una peritonitis que podría llevarle a la muerte. Pero Ramón nada quiso escuchar. El duende no se tocaba ni aunque le aseguraran que iba a morir nada más cerrar la puerta de la consulta. Por eso me limité a prescribirle un tratamiento que paliara, en la medida de lo posible, sus molestias digestivas. Y le despedí con la promesa de acudir a alguno de los conciertos que el verano siguiente daría en la ciudad.

Pasaron dos años desde aquella visita. Y una mañana, mientras desayunaba, leí en el periódico que el “Jerezano Malo” había muerto en el hospital la noche anterior, horas después de realizar, en el Teatro Real de la ciudad, el mejor concierto que se recordaba de un cantaor en toda la historia del flamenco. Rápidamente llamé al compañero que había estado de guardia y supe que la causa de la muerte fue una peritonitis complicada. Cuentan que, mientras le trasladaban en la ambulancia al hospital, musitaba: hasta aquí me ha traído mi duende. Por favor, no me lo toquen.

Desde ese día cambió, en algún modo, mi forma de entender la ciencia médica. Gracias a las lecciones de Ramón, comprendí que cada parte del cuerpo se

corresponde con un tipo de música. Y después de complicados razonamientos, actualizando mi sabiduría musical para ponerla en relación con mis saberes médicos he llegado a, cuando menos, curiosas conclusiones: cuando pienso en una úlcera de estómago, me vienen a la memoria los acordes del bandoneón de Piazzolla o la singular voz del “Polaco” Goyeneche o de Adriana Varela, porque el tango se toca, se canta y se siente con el estómago. Si, por el contrario, hablamos del corazón, nada mejor que una buena selección de boleros que den sentido a los latidos del músculo. Y qué decir del hígado, cómo no pensar en Chavela Vargas, por aquello de que las rancheras están impregnadas de buen tequila mexicano. Cuando se me presenta un caso relacionado con el cerebro, necesito el pulso firme y el ánimo tranquilo y, entonces, nada mejor que Vivaldi o Mozart, Schubert o Chopin. Porque la ópera la reservo para que me inspire aire y potencia en las consultas de pulmón. Si estoy de guardia siempre tengo preparada una buena colección de canciones de Led Zeppelin o de la Creedence, porque su rock es el mejor en casos de urgencia, cuando hay que mantener alta la tensión del médico para actuar con determinación. He hablado con compañeros oftalmólogos y, después de superar su incredulidad y sorpresa ante mis preguntas, han reconocido que admiran la música y la voz de Dulce Pontes, Madredeus o Amalia Rodrigues. Porque el fado es, sin duda, la música que está más cerca de las lágrimas. Y por último, siempre que ante mí tengo una consulta digestiva, cuando con mis manos exploro el vientre del paciente, quiero tener al lado la voz rasgada y profunda de mi amigo “el malo”, porque decía que el flamenco se cantaba con las entrañas y porque yo, como él, creo firmemente en la música del cuerpo.

José Garzón Hernández

Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria
UGC de Trevías (Área Sanitaria de Jario, Asturias)
pepemanu77@gmail.com

Cómo citar este artículo:

Garzón Hernández, J., “La música del cuerpo” *Folia Humanística*, 2018 (8): 61-64. Doi: <http://> (pendiente).

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