

# **SALUD REPRODUCTIVA Y DERECHOS HUMANOS EN LA GESTACIÓN SUBROGADA: ARGUMENTOS EN CONFLICTO**

LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA

*Universidad de Valladolid*

## **RESUMEN**

La gestación subrogada ocasiona intrincados problemas jurídicos y da lugar a soluciones cercanas al fraude de ley. Hoy sigue creciendo la incertidumbre, se enconan las discrepancias doctrinales y crece la tensión entre activistas de agrupaciones feministas y LGTBIQ. Podemos mostrar algunas sentencias de Tribunales estatales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aportan soluciones cambiantes y considerar la diversidad legislativa en el ámbito internacional, como muestra de la confusión y de las lagunas regulatorias existentes. En este capítulo identificaremos los principales argumentos contrarios a la gestación subrogada y sus inconsistencias. En concreto, primeramente indicamos la oposición basada en las alteraciones psicológicas irreversibles ocasionadas a las madres durante el embarazo; en segundo lugar, el argumento de la dignidad, contrario a la instrumentalización del cuerpo de las mujeres y su explotación; y en tercer lugar, por consideraciones de igualdad, en cuanto que estos contratos de embarazo potencian el control absoluto de la vida de las madres gestantes y convalidan estereotipos negativos de las mujeres como “fábricas de bebés”. Concluimos con una propuesta de principio que concilie los derechos humanos de las partes afectadas, sin liberalizar el mercado reproductivo ni tampoco sostener el absolutismo abolicionista. Cabe minimizar los riesgos de las tecnologías reproductivas y atender a una tipología de casos que vayan configurándose con el progreso de la experiencia.

**PALABRAS CLAVE:** Gestación subrogada, maternidad por subrogación, salud reproductiva, dignidad, igualdad de género.

## 1. Introducción

Los avances en las tecnologías reproductivas han abierto un nicho de mercado que necesita legitimar su expansión convenciendo a las personas de que sus deseos de ser padres o madres pueden satisfacerse sin afectar a los bebés ni a la dignidad de las madres gestantes. Un deseo se convierte en un derecho.

Confieso mi perplejidad sobre el asunto. Para reflexionar al respecto, hemos de atender a las razones discrepantes. Por eso vamos, a continuación, a mostrar la situación complicada en el ámbito internacional, recogiendo sentencias europeas recientes y centrando el muestreo de contradicciones en un país como España, que figura en la tercera posición mundial de tratamientos de fertilidad asistida y que acoge también un elevado número de casos de gestación por subrogación, a pesar de los impedimentos legales. Después esbozaré algunos argumentos críticos y sus inconsistencias, optando por una propuesta restrictiva que pretende satisfacer los casos peculiares minimizando el impacto sobre la dignidad personal y la vulnerabilidad de las mujeres.

## 2. Complejidad humana y reduccionismos ideológicos

La reflexión ponderada se hace más necesaria cuanto más beligerancia y precipitación encontramos. Y eso abunda respecto de estos contratos reproductivos que conforman la gestación para otros. Lo primero debería ser atender las razones de la sociedad y de las partes, procurando veracidad y respeto. La denominación de la cuestión es emotiva y dificulta comprender lo que está en juego, sobre todo cuando llamamos maternidad subrogada o alquiler de vientres (“*¡no somos vasijas!*”, “*hornos humanos*”) a estos contratos de embarazo que se aprovechan de los avances de las técnicas de reproducción asistida para promocionar la gestación para otros (expresión más neutral, que utilizan en francés, “*gestation pour autrui*”) o gestación por sustitución o por subrogación. Aun así, la denominación invisibiliza la transacción económica y, por ello, otras investigadoras prefieren designar esta relación como “gestación comercial” porque captura mejor la naturaleza de esta práctica (Phillips, 2013; Nuño, 2016).

Por un lado, las razones del *mainstreaming* de género han de ser atendidas y moduladas, porque las relaciones interpersonales sobrepasan los vínculos de dominación y además apelamos a la defensa kantiana de la dignidad (De Lora, 2019). Por otro lado, se hace antipática también esa proclama libertaria de que el mercado es el mecanismo que mejor ajusta los proyectos individuales, asignando valor a preferencias de los actores, porque esta ideología define a las personas como meros preferidores utilitaristas que calculan beneficios y pérdidas. Ni todo está en venta, como sostendría el liberalismo libertario de Nozick, ni es tan claro que el mercado asegure la eficiencia en la asignación de recursos si carece de regulación pública.

Regular e intervenir no significa anular la libertad de ningún modo, porque no es verdad que un mercado libre de vientres produzca la autorregulación de los intereses de todas las partes, como pretende Dwight R. Lee. Este exceso de confianza en el mercado conlleva postular que la libertad personal es función de la libertad de mercado y presupone que todos los beneficios y costes son subjetivos. Por lo cual el único agente capacitado para saber lo que conviene es uno mismo. Si cada individuo decide según preferencias y circunstancias particulares, cualquier control del Estado restringe nuestra libertad: “quienes más sufren cuando la gente pierde su libertad para ser barbero sin tener que pasar exámenes estatales acerca de la composición química del pelo, no son los potenciales barberos sino quienes necesitan un corte de pelo” (Lee, 2001).

Ahora bien, si ese ejemplo del profesor Lee, siguiendo al parecer a Hayek, quiere rechazar el control gubernamental de las profesiones para defender la libertad, tal vez debiera sustituirlo por un control gremial u otro tipo de exigencias que no dependan de la votación popular o del resultado de métricas calculadas por algoritmos. No puede pretender justificar los contratos de embarazo (esa manera jurídica de nombrar la gestación por subrogación) convirtiendo cualquier relación humana, del tipo que sea, en una relación mercantil por el hecho de que siempre haya intercambio de *algo*, ya sea de afecto, de conocimiento, o de dinero.

En esa misma línea libertaria, Walter Block resume su tesis del intercambio utilitario “*do ut des*”, mientras que nada recibirás si no ofreces algo. Su conclusión

extrema es que donde hay interacción e intercambio hay pago, sea en el matrimonio, en la amistad o en la prostitución (Block, 2018, p. 6-7). Como todo es intercambiable y venal, todo es mercancía.

Por consiguiente, huyamos de exageraciones extremadas y conciliemos de manera prudente la autonomía personal con la protección de la dignidad. Queremos localizar esta reflexión superando los prejuicios propios, buscando razones contrarias a la intuición fundamental del abuso de la vulnerabilidad en estos contratos reproductivos.

Hay un abuso que afecta sobre todo a las madres gestantes (mujeres) y arriesga la atención para las criaturas, además de producir inseguridad jurídica para todos, bebés, padres y madres de intención también. Lo expresa con claridad Debra Satz (2010, p. 115): “Tratar el trabajo reproductivo como una mercancía, como algo sujeto a los principios de oferta y demanda que gobiernan los mercados económicos, es peor que tratar otras formas de trabajo humano como mercancías”. Y ello, no por cuestiones esencialistas referidas a la calidad intrínseca degradante del trabajo reproductivo, sino basadas sobre la idea de estatus de iguales.

### **3. Desajustes normativos y la realidad social**

Sabemos que el Derecho depara tensiones estructurales por los desajustes intrasistémicos y por la inadecuación social de las normas, porque choca con el comportamiento de los ciudadanos y de las mismas instituciones garantes. Tenemos una muestra del desajuste entre la realidad y la normativa en el enfoque de la gestación subrogada en el ordenamiento jurídico español. En España es una práctica “nula de pleno derecho” e incluso podrían afectarse tipos penales. Sin embargo, hay más niños nacidos por gestación subrogada que niños adoptados y, además, los padres comitentes o de intención acuden al extranjero, a pesar de que la legislación nacional y decisiones judiciales recientes desaconsejarían hacerlo para quienes pretendan evitar litigios y tener mayor certidumbre de los resultados de sus actos.

En realidad, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), declara que: “Será nulo de pleno derecho el contrato

por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. El segundo párrafo del mismo artículo dispone que “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”; y el tercer y último apartado admite “la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Aunque estrictamente hablando, en España la gestación subrogada no está prohibida, la consecuencia es la invalidez. En la teoría del Derecho está normalizado, al menos desde Herbert Hart (*The concept of law*, 1961, cap. 3), que la nulidad es consecuencia del incumplimiento de condiciones de validez de una norma que confiere potestades. Estas normas no pretenden disuadir a sus destinatarios de realizar actos que no satisfagan los requisitos formales que esas normas establecen, simplemente no reconocen efectos a esos actos. Mientras que otro tipo de normas entraña deberes, las normas regulativas (obligan, prohíben, permiten) incorporan una valoración moral de ilicitud y aplican sanciones. Ya Francisco Suárez (*De legibus*, 1612) discernió que las *leges irritantes* no son normas penales, sino de otra clase, cuyo incumplimiento no tiene por efecto una sanción, sino la ineficacia del acto al que falta algún requisito. Para Manuel Atienza, esto implicaría que en el orden jurídico español actual vigente no se puede considerar que contravenga el orden público (frente a la interpretación del Tribunal Supremo en 2014) el hecho de utilizar la gestación subrogada acudiendo fuera del país para luego inscribir la filiación y reclamar el reconocimiento de la paternidad (Atienza, 2018, p. 18; lo matiza Suárez Llanos, 2019).

Lo cierto es que la gestación subrogada está dando lugar a problemas jurídicos y soluciones cercanas al fraude de ley. Las cifras de afectados crecen cada año y en la última década en España, entre 2010 y 2020, las estimaciones oficiales de embajadas y consulados contabilizan hasta 2358 inscripciones de bebés nacidos por gestación subrogada transnacional (hasta dos tercios del total, procedentes de

Ucrania y de EEUU, y el resto de otra docena de países)<sup>46</sup>. Aunque el Comité de Bioética (2017), dependiente del Ministerio de Sanidad, ha solicitado la promoción a nivel internacional de una legislación común que prohíba estos contratos de gestación subrogada, ya comprobamos que nada ha cambiado hasta la fecha de hoy. El Parlamento europeo (2015, § 115) condena esta práctica como un riesgo para la dignidad y derechos de las mujeres y de los niños. Continúa la inseguridad y el caos está afectando a las instituciones, aparte de que se enconan las discrepancias doctrinales y crece la tensión entre activistas del movimiento feminista y LGTBI.

El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado, mantiene un criterio diferente al sostenido por el Tribunal Supremo, Sala de lo civil en pleno, que desde la sentencia 835/2013, de 6 de Febrero de 2014 deniega el reconocimiento en España de la filiación establecida en el asiento registral de California, a la pareja española de varones que había acudido al extranjero para tener dos hijos mediante gestación por sustitución<sup>47</sup>.

Esta sentencia atiende al interés del menor e insta a la Fiscalía a iniciar actuaciones para determinar la correcta filiación de los menores y su inserción en el propio entorno familiar, mediante el acogimiento o la adopción. Los argumentos mayoritarios del fallo rechazan ese contrato de gestación porque quiebra el orden público (el sistema de derechos reconocidos en la Constitución española, convenios internacionales de derechos humanos ratificados y legislación interna), “no se acepta que los avances en las técnicas de reproducción humana vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados

<sup>46</sup> Datos del Portal de Transparencia del Gobierno de España, tomados del diario ABC, 22/02/2021.

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (España, Sala Civil, Pleno) N°. 835/2013. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ROJ: STS 247/2014 - ECLI: ES:TS:2014:247.

recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (FJ 3 § 6. 2). En cambio, los votos particulares de la minoría de magistrados discrepantes enfatizaron el derecho a procrear, la garantía del consentimiento de la madre gestante otorgado ante la autoridad judicial extranjera, reconociendo la autonomía de la madre gestante y la voluntariedad del acuerdo.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencias de 26 de junio de 2014, asuntos Labassee y Mennesson), ha impuesto a Francia la admisión de la inscripción del menor cuando mantenga un vínculo biológico con uno de los padres de intención, en “interés superior del menor”. Reiteró esta postura en 2016 y luego en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia (nº 25358/12), de 24 de enero de 2017<sup>48</sup>. La Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo concluyó que la decisión del Estado italiano de dar al niño en adopción, alejándole de sus padres de intención, no lesionaba el derecho a la vida privada y familiar. Sin embargo, con posterioridad el Tribunal ha emitido una Opinión consultiva (10 de abril de 2019), a petición del Tribunal de Casación francés (P16-2010-001), donde aclara que las normativas estatales deben prever el reconocimiento de la filiación entre el niño y la madre intencional, facilitando la adopción por parte de la madre o de la pareja del cónyuge, para no excluir a mujeres o parejas que no aporten material biológico en la procreación (Matia, 2019). Y en el asunto Fjölnisdóttir contra Islandia, ha resuelto el caso del niño X, con quien las mujeres comitentes no tenían vínculos genéticos. En esta ocasión el TEDH tuvo en cuenta el largo periodo de convivencia familiar *de facto* y los estrechos vínculos emocionales entre el niño y las dos mujeres que pudieron cuidarlo durante las primeras etapas de su vida, reforzados por el

<sup>48</sup> La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ratifica la decisión del Estado italiano de entregar al niño en adopción, alejándole de sus padres de intención. Entiende que no hay lesión al derecho a la vida privada y familiar, porque “la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el menor y la precariedad de los lazos desde el punto de vista jurídico, y pese a la existencia de un proyecto parental y la calidad de los lazos afectivos, el Tribunal estima que las condiciones que permitan concluir la existencia de una vida familiar *de facto* no se cumplen” (§ 157).

acogimiento que les otorgó el Estado islandés, mientras se dilucidaba el procedimiento de adopción<sup>49</sup>.

La legislación internacional sobre esta modalidad de gestación subrogada también es variada. Baste señalar como muestra que se admite en algunos estados de los EEUU como California, Florida, Arkansas, Nevada, Illinois, etc.; en Tailandia, Camboya, India (excluye a extranjeros), México, Canadá, Israel, Rusia, Ucrania, Georgia. En Europa está bastante restringida, aceptada en Reino Unido para nacionales, si es altruista, y en Portugal para parejas heterosexuales por razones médicas.

La complejidad es enorme. Esperar a unificar criterios en el ámbito internacional sería un despropósito, por lo que hay que establecer cuanto antes unos criterios mínimos y aclarar los efectos de esta práctica en Estados que compartan sistemas de valores. Las dudas regulativas, el vacío normativo en biojurídica, las posibilidades técnicas o la permisividad de hecho en las relaciones humanas, la desvinculación de sexualidad, emociones y procreación, entre otros elementos que confluyen, están afectando a los grupos familiares de una manera que hace sospechar la destrucción del matrimonio y de la familia. Entonces, desconcierta aún más la presión de las parejas, del tipo que sean, por tener hijos que compartan sus rasgos físicos y genéticos, volviendo hoy a realizarse el vínculo paterno o materno-filial en un sentido biologicista y racial que creíamos haber superado. El deseo de las parejas de nuevo cuño de perpetuar los propios genes y completar su relación afectiva con un hijo de características físicas seleccionadas, nos retrotrae a tiempos pretéritos en los que la familia nuclear tradicional se orientaba a la reproducción dentro del matrimonio.

#### **4. Argumentos en discordia**

La precedente exposición sirve para que nos hagamos idea suficiente sobre la complejidad de esta modalidad gestacional y la diversidad de conflictos que afloran

<sup>49</sup> Caso de *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (nº 71552/17), de 18 de mayo de 2021.

a todos los niveles. En lo que sigue, destacaré con brevedad algunos de los argumentos en liza. Aunque comparto la intuición inicial de desasosiego, mi rechazo principal a usar *sólo* (subrayo este adverbio) en esta ocasión una perspectiva de género, se asienta en las razones de la dignidad y del autorrespeto. Sin embargo, no hay en sí mismo nada contra el mercado, salvo ese mercado burdamente comprendido que deja sueltos a los actores potentes, cuyo descontrol conduce ineludiblemente a desafueros. No habría que insistir en ello, pues lo estamos padeciendo con la extensión de la *gig economy*, la contribución del capitalismo salvaje y la financiarización de la economía a la Gran Recesión, los excesos de la desregulación galopante o la huida del trabajo.

Seguiré el esquema sencillo de identificar alguno de los principales argumentos contrarios a la gestación para otros y detectar su inconsistencia.

#### *Vinculación física y emocional*

La disputa sobre la validez de estos acuerdos de maternidad viene de tan lejos como 1976, cuando el abogado Noel Keane, de Michigan, pretendió ayudar a matrimonios estériles poniéndoles en contacto con madres sustitutas. Una década después se produjo el salto cualitativo con el célebre caso *Baby M*, cuando la madre gestante, que había sido inseminada por el esposo de la pareja comitente, se arrepintió después del parto y quiso quedarse con la niña. En este caso, los Tribunales acabaron por atribuir la filiación al varón (padre que aportó gametos) y reconocieron a la mujer gestante derechos de visita. Desde entonces, las posibilidades técnicas facilitan la selección de características físicas de los bebés engendrados, lo que ha expandido el negocio porque se puede encargar el embarazo a mujeres del tercer mundo y obtener un bebé sin ningún rasgo físico de la gestante.

Todavía no está del todo claro que haya alteraciones psicológicas irreversibles en la madre durante el embarazo, que el vínculo emocional entre la madre y su criatura sea indeleble en todo caso, ni que los niños así procreados tengan más dificultades que otros para su aceptación social. Deberían recopilarse con rigor datos concretos de las consecuencias futuras para las personas que intervienen en estas relaciones,

en especial las madres gestantes y sus familias, los hijos entregados a los padres o madres intencionales, así como la posición social en países con culturas diferentes, para evitar el prejuicio occidental sobre el papel de la maternidad en la condición de la familia y la consideración de las mujeres. Podría ya haberse hecho un seguimiento lo suficiente amplio para no seguir especulando y dar respuesta empírica a dudas que Richard Posner (1989) formulaba hace tiempo, o bien corroborar la importancia de la maternidad y el embarazo para el sentido existencial de conexión de las mujeres (West, 2000, p. 102), una conexión física y material a la vida humana que altera las capacidades cognitivas, psicológicas y morales de las mujeres, en línea con las tesis de Nancy Chodorow y Carol Gilligan.

Precisamente Carole Pateman (1988) esencializa tal vez demasiado la posibilidad de procrear, pues según ella cuerpo, sexo y diferencia sexual son inseparables de la subordinación civil. La identidad encarnada, esa diferencia por naturaleza, biología y sexo, exigiría acabar con el juego “patriarcal” en favor del “individuo” abstracto, que permite apropiarse del cuerpo de la mujer para sacar el servicio y arrancarle el fruto de su vientre.

### *Dignidad*

Un poderoso argumento contrario a esta gestación subrogada es que instrumentaliza el cuerpo de la mujer y la somete a explotación. Los medios de comunicación criminalizan esa actividad cuando destacan el aumento extraordinario de este tipo de contrataciones en India (que llevó al gobierno en 2015 a limitar el acceso a extranjeros) o las granjas de mujeres en Tailandia o Camboya, la creación de un proletariado productivo en los países que aceptan sin controles la fábrica de bebés ganga, como Nepal, Irán, Georgia, Kenia o Guatemala. La presentación de la noticia

escandaliza y eso es evidente en las expresiones usadas, que he reproducido tal cual de un blog periodístico<sup>50</sup>.

Ahora bien, la elección sin coacción excluye el vicio del trabajo impuesto por la violencia de la necesidad. El problema similar lo tiene cualquiera que trabaja en algo que no haría cuando quiere vagar o dedicarse a la pintura o seguir su verdadera vocación -por decir alguna cosa-, pero la necesidad de tener que comer o vestir o cobijarse, las ganas de disfrutar del teatro o de visionar series y películas emitidas en *Netflix* bajo suscripción costosa, o de tener que mantener a unos hijos hedonistas..., obliga a todos nosotros a no descuidarnos y realizar nuestro trabajo cumplidamente. ¿O es que no hay otros trabajos penosos que, sin embargo, alguien tiene que llevar a cabo? Se me ocurren algunos que generalmente tienen fama de desagradables o asquerosos: los trabajos de pocero, minero, matarife. También tienen sus pegas los oficios de camionero, recepcionista, azafato u otros que se nos puedan ocurrir. ¿Es grato limpiar letrinas o limpiar fluidos corporales en asilos u hospitales? ¿Lo es recomponer cuerpos desmembrados? ¿Es decente contribuir a la explotación de los repartidores de comida o *riders* tal como funcionan ahora mismo las plataformas digitales? Por no ahondar en otros trabajos que han tenido importancia histórica, siempre infamados, como el de verdugo. Y trabajos tan peligrosos como el de escolta o soldado profesional. O el desempeño de taxista en EEUU (tal vez en más lugares), cuya autopercepción es que carecen de prestigio y reconocimiento social por su oficio, así como dedicarse al cobro de morosos o ser detective privado especializado en infidelidades matrimoniales. ¡Cuánta gente disgustada cambiaría su trabajo!

No, el problema no está tanto en la agradabilidad del desempeño, como en la afectación de la dignidad. Las mujeres tienen la libertad de decidir, obviamente cuando se eliminan situaciones de coacción, como en cualquier ámbito de la existencia para que podamos hablar de libertad al modo humano. Sabemos que

<sup>50</sup> Nazanín Armanian, “16 claves sobre ‘madres alquiladas en las granjas de los fetos vendidos’”, diario *Público*, 19/09/2018. Acceso: <https://blogs.publico.es/puntoyseguido/5194/16-notas-sobre-madres-alquiladas-en-las-granjas-de-los-fetos-vendidos/>

caben abusos en concreto por ser mujer y en general por las situaciones socioeconómicas de menesterosidad.

Si alguien utiliza a una mujer como medio para producir un niño a cambio de dinero, estaría tal vez mercantilizando a la persona. La utiliza como medio y no como fin, menoscabando la dignidad (Belloso, 2015; Aparisi, 2017). Así como las cosas que son medios tienen precio y los seres racionales existimos como fines en sí mismos, con dignidad. Suprimir el precio en ese contrato de embarazo quizá satisfaría este argumento kantiano. Sin embargo, la fórmula de la humanidad como fin, de la segunda versión del imperativo kantiano, en la que viene insistiendo Atienza (2018, p. 19) deja claro que no se ataca a la dignidad. Y ello porque en toda relación humana hay alguna instrumentalización, en cuanto que el médico es a veces el medio que hace que nos curemos, o utilizamos al profesor para ampliar nuestros conocimientos y al albañil como medio para reparar las paredes de nuestra vivienda. La fórmula de los fines o fórmula de la personalidad afirma (Kant, 2002, p. 139): “Obra de tal modo que uses a la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como fin y nunca *simplemente* como medio” (A. 67; Ak. IV, 249). Un ser racional no puede ser tratado solo o simplemente como un mero instrumento.

Imaginemos los motivos de mujeres que se ofrecen a criar hijos para otros, aunque en nuestros contextos nos parezcan extravagantes. Podrían ofrecerse por creencias religiosas, contribuir a llevar almas al cielo, por razones de patriotismo y traer hijos al mundo que engrandezcan a la nación. O por motivos más simples, como aquel tipo de motivos que hacen que incluso gente ilusionada que disfrute haciendo pan madrugue cada día para que tengamos pan en la mesa. No lo hace para que los demás estemos agradecidos (aunque, por hipótesis, no es descartable, pero raro sería), lo hace por su propio interés. Esto ya lo enseñó Adam Smith (*The Wealth of Nations*, 1776): “No es la benevolencia del carnicero, del cervecero o del panadero la que nos procura el alimento, sino la consideración de su propio interés” (Smith, 2014, p. 17).

El altruismo es indiferente para la validez de los contratos de gestación subrogada, mientras no haya coacción ni abuso de la necesidad. La compensación pecuniaria

no minusvalora otros trabajos vocacionales o “gustosos”, del docente, un académico, un artista, una escritora o una cirujana, por mentar algunos, pues hemos de sustentarnos por igual los profesores que los barrenderos, las madres gestantes igual que las juezas o que cantantes famosos y actores de cine. Hace poco tiempo los medios de comunicación y las redes sociales anunciaron sorprendidas que la actriz y modelo Amber Heard se había convertido “en madre primeriza por un vientre de alquiler” (2 de julio de 2021). Es una más, entre tanta gente pudiente y famosa que acude a la gestación por subrogación, que está contribuyendo a normalizar estos contratos. También fue comentada la paternidad de otro artista archifamoso, el cantante puertorriqueño Ricky Martin, quien se mostraba muy ilusionado porque estaba recién “embarazado” de gemelas, según dijo ante los *media* exultante, el 30 de septiembre de 2019 –y padeció los reproches de quienes se ofendieron por utilizar a una mujer a su servicio para alcanzar lo que él y su pareja no podían obtener por otras vías, gastando enormes cantidades de dinero en clínicas que quizás remuneren muy poquito a quien le va a dar tan gran satisfacción. En efecto, esa expresión de alegría puede ser algo molesta para algunos y algunas, pero importa comprobar si el acuerdo con la madre gestante fue equilibrado para compensar su generosidad. La entrega de cantidades razonables, quizás –como se dice como orientación– en torno al triple del salario mínimo, aparte de atenciones médicas y jurídicas durante el embarazo, era más relevante.

No se puede considerar lo heroico y supererogatorio como único criterio de moralidad en el trabajo. Si hubiera que aceptar la validez jurídica de alguna modalidad de gestación subrogada, el precio por ese trabajo tendría que estar asegurado. Altruismo no significa gratis total, sino aportación de una remuneración suficiente y generosa. Quienes más cobran son las agencias intermediarias, clínicas y abogados, mientras que la persona en verdad imprescindible, la mujer, quien más pone de su parte, física y emocionalmente, obtiene en proporción menos rentabilidad por su dedicación.

Aun así, defender estos contratos incomoda. Como la tecnología reproductiva permite combinaciones inimaginables hace poco, las complicaciones pueden ser tremendas. Caben hijos de tres progenitores, cabe que los bebés sean rechazados por

los comitentes si no satisfacen sus expectativas o padecen anomalías. La justificación de los contratos de gestación por sustitución, según los modelos de justicia liberal, procedimental, social e incluso el garantista, es insatisfactoria. La profesora Nuria Belloso ha mostrado con detalle que esos cuatro paradigmas de la justicia aplicados a este tipo de contrato biojurídico erosionan la estructura básica de moralidad, explotan la vulnerabilidad y afrentan la dignidad humana (Belloso, 2015, p. 217-221). Hay que ser restrictivo en cualquier caso e ir elaborando algunos criterios atendiendo al casuismo, para intentar objetivar las situaciones que acojan esta modalidad de gestación. Guiados por el principio de precaución, podemos suscribir de manera provisoria esta tentativa mediadora entre el abolicionismo y la facilitación de estos contratos. Podemos, también, incorporar algún argumento poderoso al margen de la lesión de la dignidad, para dar cabida a excepciones. En tal sentido, hay razones expresadas desde la superación de teorías feministas atendiendo a las dimensiones de la autonomía y de la igualdad de las mujeres.

### *Igualdad*

Consideremos las razones de Debra Satz (2010, cap. 5) acerca de regular y restringir los contratos de gestación subrogada, porque se trata de un trabajo que afecta a las mujeres con tal intensidad como para otorgar a terceros acceso y control del cuerpo y la sexualidad de ellas de una manera análoga al control que tienen los jefes militares sobre sus soldados. Pero lo verdaderamente objetable no es el grado de disponibilidad de las mujeres durante el embarazo, la invasión de su cuerpo y afectación de su modo de vida por las órdenes de otros supervisores. Para Satz, el problema principal no es el control ejercido sobre el cuerpo, sino el modo en que ello convalida una tradición de sometimiento fundada sobre la pertenencia a un grupo. Un embarazo contractual brinda a otros un mayor acceso y control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres, en un contexto político y social que a lo largo de la historia ha venido subordinando los intereses de las mujeres a los de los hombres.

De una segunda manera este contrato de embarazo contribuye a las desigualdades de género, porque refuerza estereotipos negativos de las mujeres como “*baby machines*”. Las aspiraciones de las mujeres son “moldeadas poderosamente por la

estructura de oportunidades, pero también por las expectativas que ellas y otros tenían acerca de su rol en el hogar” (Satz, 2010, p. 130). La autopercepción de su función en la esfera social o en la doméstica, podría condicionar la imagen que las mujeres tienen de sí mismas, en el caso de que se extendiera esta práctica de gestar para otras.

Por último, este contrato aumenta el peligro de que se defina la maternidad en términos del material genético. Así fue en el caso *Baby M*, y ahora está sucediendo en la jurisprudencia actual, con claridad en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fundamentadas en el aporte genético de los comitentes. Definen la maternidad por la aportación de genes y no por la contribución gestacional ni por la crianza. Es sorprendente que los tribunales estén recuperando la caduca biología de Aristóteles, en la cual la mujer era receptáculo pasivo y materia inerte, mientras que solo la simiente del varón tiene fuerza generativa. Pero la filiación no es solo biológica, sino legal y debería recoger modalidades acordes con la evolución social.

## **5. Conclusiones**

Admito con Debra Satz la tesis de la asimetría entre el trabajo reproductivo y otros trabajos y que contratos de este cariz son especialmente problemáticos. No tanto porque el contenido del servicio degrade a la mujer (hay muchos trabajos penosos y absorbentes que ponen en riesgo la autonomía personal), ni porque aliene a la mujer de una parte fundamental de su identidad (como opina Carole Pateman), sino porque refuerza una división tradicional del trabajo asentada en una jerarquía de género.

De todos modos, incluso en sociedades que hubieran alcanzado un elevado grado de igualdad de género, seguirían existiendo enormes reparos a la comercialización de servicios corporales íntimos como a la admisibilidad de la regulación jurídica de estos contratos de embarazo. Importa asegurar que la mujer ofrezca su trabajo reproductivo sin presiones derivadas de una situación de vulnerabilidad extrema; ponderar los efectos de esta práctica sobre otras desigualdades confluyentes por motivos raciales, étnicos, de clase social o religión; garantizar a los niños la

evitación de cualquier daño. Por eso debemos extremar la cautela al regular este tipo de contratos. Amparar la autonomía de la mujer requiere que la legislación impida la exigibilidad de cumplimiento judicial específico a la madre gestante y requiere reconocer su derecho a arrepentirse; en los casos disputados, los tribunales no deberían distinguir entre padres genéticos y los subrogantes en relación a derechos parentales; debe minimizar la intervención de agentes intermediarios (Debra Satz pide su ilegalidad), para fortalecer la posición de la subrogante. Hay que asentar una tipología de situaciones donde sea admisible la maternidad por sustitución, contando con criterios que ya están expuestos a discusión pública entre académicos, al menos para resolver los casos de infertilidad y esterilidad estructural (Cabezudo, 2021).

Por supuesto, aparte del género inciden otras dimensiones como el estatus o la clase social y la raza. Estas circunstancias afectan a las capacidades deliberativas de las mujeres y los trabajadores en la conformación de sus preferencias (Satz, 2010, p. 134). En verdad la acción política tiene mucho que decir para corregir desigualdades materiales y derivadas del estatus, la raza, el género u otros elementos identitarios. La desigualdad condiciona fuertemente las oportunidades reales de las personas, llega a determinar el grado de autonomía o de control individual sobre la acción del cuerpo y la integridad del autorrespeto.

Estos riesgos seguirán por la expansión de la tecnología y, desde luego, por pensar al modo lockeano el cuerpo como propiedad, como un recurso más comercializable.

## 6. Referencias

Aparisi, A. (2017). “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (93), 163–175.

Atienza, M. (2018). “Propuestas para regulación de la gestación subrogada”. *Boletín Maternidad Subrogada. Juezas y Jueces para la Democracia*. 16 Abril 2018, 18–21. Acceso: <http://www.juecesdemocracia.es/2018/04/16/boletin-tematico-jornadas-maternidad-s/>

- Belloso, N. (2015). “Presupuestos teórico jurídicos de los contratos biojurídicos”, *Persona y Derecho*, 72, 169–221.
- Block, W. (2018). *Defending the Undefendable*. Auburn: Mises Institute.
- Cabezudo, M<sup>a</sup> J. (2021). *Desarrollo de un modelo de gestación por sustitución o surrogacy en el marco de la jurisdicción*. Granada: Comares.
- Comité de Bioética (2017). *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 16 Mayo 2017. Acceso: <http://www.comitedebioetica.es/>
- De Lora, P. (2019). *Lo sexual es político (y jurídico)*. Madrid: Alianza.
- Kant, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, traducción de Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza Editorial.
- Lee, D. R. (2001). “Mercados y libertad”, *El Cato Institute*, en su página en español *ElCato.org*, 07/06/2001. Acceso: <https://www.elcato.org/mercados-y-libertad>
- Matia, F. J. (2019). “¿Resulta oportuno dar un tratamiento jurídico a la gestación subrogada en nuestro país?”, *Revista de Derecho Político*, UNED, 105, 81–125.
- Nuño, L. (2016). “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría*, 55, 683–700.
- Parlamento Europeo (2015). *Resolución de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI))*. P8\_TA(2015)0470.
- Pateman, C. (1988). *The Sexual Contract*. Stanford: Stanford University Press.
- Phillips, A. (2013). *Our Bodies, Whose Property?* Princeton: Princeton University Press.

- Posner, R. (1989). “The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood”, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, 5, 21–31.
- Satz, D. (2010). *Why some things should not be for sale? The moral limits of markets*. New York: Oxford University Press.
- Smith, A. (2014). *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*, traducción de Gabriel Franco. 19ª reimpresión. México: Fondo de Cultura Económica.
- Suárez Llanos, L. (2019). “La gestación y su derecho. En-clave jurídico, ético y racional”. En M. I. Núñez Paz y P. Jiménez Blanco (Eds.), *Mujer sujeto u objeto de derechos reproductivos* (pp. 101-135). Valencia: Tirant lo Blanch.
- West, R. (2000). *Género y teoría del derecho*, traducción de Pedro Lama. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre.