

Gestación subrogada: aspectos éticos

Subrogated Pregnancy: Ethical Aspects

Ramón Ortega Lozano

Centro de Ciencias de la Salud San Rafael,
Universidad Antonio de Nebrija.
Instituto de Ética Clínica Francisco Vallés
Universidad Europea.
ortega.lozano.ramon@gmail.com

Jorge A. Álvarez Díaz

Departamento de Atención a la Salud
Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco.
bioetica_reproductiva@hotmail.com

Benjamín Herreros Ruiz Valdepeñas

Instituto de Ética Clínica Francisco Vallés
Universidad Europea.
benjaminherreros@gmail.com

Miguel Ángel Sánchez González

Instituto de Ética Clínica Francisco Vallés
Universidad Europea.
Facultad de medicina,
Universidad Complutense de Madrid.
migsan@ucm.es

ISSN 1989-7022

RESUMEN: La gestación subrogada es un tema controvertido en bioética y se ha convertido en uno de los asuntos a tratar en la agenda política española. En especial a partir de dos documentos que analizan su posible legalización: "Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución" (documento creado por el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad) y el "Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada" (hecho por el Comité de Bioética de España).

Este artículo tiene como objetivo analizar los aspectos éticos que rodean la gestación subrogada. Para ello, además de los documentos mencionados, se han revisado artículos publicados entre el 2012 y el 2017 para rescatar los principales puntos a favor y en contra de esta práctica.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada, Gestación por sustitución, Maternidad subrogada, Aspectos éticos, bioética

ABSTRACT: Surrogacy is a controversial matter in bioethics and has become one of the issues to be addressed in the Spanish political agenda. Especially since the appearance of two documents that analyze the possible legalization of surrogacy: "Proposal of general bases for the regulation in Spain of surrogate pregnancy" (a file of the Group of Ethics and Good Clinical Practice of the Spanish Fertility Association) and the "Report on the ethical and legal aspects of surrogate motherhood" (done by the Spanish Bioethics Committee).

The aim of this article is to analyze the ethical aspects surrounding surrogate pregnancy. In order to do it, in addition to the aforementioned documents, it has been revised articles published between 2012 and 2017 to rescue the main points in favor and against this practice.

KEYWORDS: Surrogacy, Surrogate motherhood, ethical issues, Bioethics

1. Introducción

La gestación subrogada (GS), llamada también maternidad por sustitución,¹ "se da cuando una mujer se presta a gestar un niño, con el fin de entregarlo después del nacimiento a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad / maternidad" (López et al., 2017, 6). Para llevarla a cabo es necesario utilizar una técnica de reproducción humana asistida (TRHA); desde inseminación artificial o con un ovocito aportado por la mujer que va a gestar (métodos teóricos, porque en la actualidad ya no se llevan a cabo) o implantando un embrión, que puede proceder (o no) de los padres postnatales del bebé (Jouve, 2017). La GS implica la existencia de un acuerdo previo entre la persona que gesta y quienes asumirán la maternidad y/o paternidad.



La GS (a partir del uso de TRHA) es un fenómeno sin precedente en la historia. Como explica el Comité de Bioética de España al comienzo de su informe sobre GS: “Por primera vez [...] se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad” (López et al., 2017, 2) y, como señala el Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), actualmente es una realidad de la sociedad de nuestro tiempo a la que sólo pueden acceder “ciudadanos españoles con recursos económicos [...] concertándola en otros países donde sí está permitida.” (Núñez et al., 2016, 2).

Hay posturas a favor y en contra de la GS. Existen posturas naturalistas que condenan toda forma de GS, ya que la maternidad es “única, especial y propia de la mujer, no es un servicio o una tarea que pueda estar sujeta ni a compraventa, ni a una disposición altruista por su parte. Una mujer que frivoliza o trafica con su maternidad está vulnerando su propia persona” (Pastor, 2017, 151). Por el contrario, hay quienes justifican la GS, sobre todo cuando existen problemas médicos, porque puede ser la única opción reproductiva que tienen algunas mujeres ante determinados tipos de cánceres (Caserta et al., 2014), agenesia uterina (Brinsden, 2003), malformaciones de los órganos reproductivos (Choussein et al., 2017), imposibilidad uterina de llevar a término una gestación (pérdidas repetidas de gestaciones) (Brinsden, 2003), cromosomopatías como el síndrome de Turner (Grynberg, 2016), etc. En Europa la GS está legalizada en algunos países, aunque el Parlamento Europeo (2015) y en el Consejo de Europa (2014) la hayan declarado contraria a la dignidad humana de la mujer.

El presente artículo analiza los aspectos éticos del debate planteado en España en 2017, y vigente en la actualidad, motivado por su reciente propuesta de legalización. Para profundizar en las principales cuestiones éticas de la GS se han considerado, por su importancia repercusión social y en el debate bioético sobre todo dos documentos: la “Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución” del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF y el “Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” del Comité de Bioética de España (CBE). Para completar el análisis se han revisado artículos publicados entre 2012 y el 2017 sobre los aspectos éticos de la GS.

2. La autonomía de la gestante

Cuando se habla de GS (tanto si es altruista como comercial) se suele invocar la autonomía de la gestante, porque es posiblemente la clave principal de los problemas morales que suscita. En este sentido, algunos analistas señalan que los incentivos económicos o de otro tipo pueden forzar la libertad y explotar a mujeres pobres o sin recursos, mientras que otros afirma que prohibir la GS es un ejercicio de paternalismo inadmisibles que recorta la libertad de la mujer.

2.1. ¿Autonomía o explotación?

Quienes están a favor de la GS, consideran que la gestante debe tomar la decisión de forma libre e informada. Incluso insisten, para que haya verdadera autonomía, en que se asegure que la gestante no está condicionada por factores externos a la hora de tomar su decisión, como puede ser su economía. El Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF propone que, además de contar con un informe médico, se compruebe “la situación socioeconómica de

la gestante para descartar que se halle en situación de grave necesidad” (Núñez et al., 2017, 8). Además, alude ciertos criterios de exclusión de la gestante que podrían poner en duda su libertad, como la inestabilidad en la pareja de la gestante, las adicciones, los trastornos psíquicos (bipolaridad, esquizofrenia o cualquiera que altere su capacidad de juicio), la sospecha de incapacidad para afrontar separación con el recién nacido y que existan evidencias de coacción económica, emocional o social. (Núñez et al., 2017, 9-10).

Por tanto, para que pueda decirse que la GS es altruista es preciso que haya existido tanto una información correcta, como un acto de libertad y voluntariedad (Núñez et al., 2017, 16). Esto debe asegurarse desde el inicio de la gestación, hasta el instante del nacimiento, y según el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF: “[la mujer gestante] podrá interrumpir la gestación o continuarla contra el criterio de la pareja que subroga. No obstante, en ningún caso podrá negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada” (Núñez et al., 2017, 23).

El Comité de Bioética de España (CBE) señala que si se parte de la premisa de que “La mujer es dueña de su cuerpo y en el ejercicio de su autonomía puede disponer sus capacidades como quiera” (López et al., 2017, 25). Entonces no sólo sería lícito que lo haga de manera altruista, sino que podría hacerlo a cambio de retribución. Sin embargo, el CBE matiza que a este argumento (la autonomía sin límite) se le puede contraponer cómo se limita la autonomía en dos prácticas en las que se limita dicho principio: la donación de órganos², donde no se permite remunerar aunque lo quiera el donante, y la prostitución, en la que existen altas posibilidades de explotación de la mujer. ¿Son equiparables donar un órgano y gestar? ¿Y la prostitución y la gestación? En el caso de la donación, se prohíbe el pago al donante, entre otros motivos, para que el consentimiento informado (que es la puesta en práctica del principio de autonomía) no esté mediado por la necesidad económica del posible donante, de manera que realice la donación de forma libre y voluntaria. Por otro lado, existe una diferencia entre dar una parte del cuerpo y gestar un feto, tras la cual el cuerpo de la gestante queda normalmente íntegro y en plenitud, aunque es cierto que gestar una vida no está exento de riesgos. Respecto a la comparación realizada con la prostitución, no es equiparable satisfacer un deseo erótico, para lo cual la prostituta usa su cuerpo, que gestar una vida para otra/s persona.

Inciendo en la postura contraria a la GS del CBE, por considerar que atenta a la dignidad de la mujer y supone una forma de explotación, hay posturas que defienden que la GS realmente no permite un auténtico ejercicio de la autonomía de la gestante. Guerra Palmero opina que apelar sólo a la autonomía y obviar cuestiones relacionadas con la igualdad y la justicia no conduce a un verdadero entendimiento del fenómeno. Por tanto, no puede comprenderse una verdadera libertad de decisión en la gestante sin tomar en cuenta su contexto, lo que conlleva en muchos casos a desigualdades de clase social, género o, incluso, de localización geográfica y geopolítica: “el ejercicio pleno de la autonomía de las personas sólo es posible desde condiciones de justicia e igualdad” (Guerra, 2016, 139), algo que, según la autora, rara vez sucede con esta técnica.

2.2. La autonomía como proceso

Guerra afirma que cuando se habla de autonomía en la GS se incurre en una contradicción de índole lógico, puesto que se trataría de una práctica que permite, supuestamente, un libre consentimiento vía contrato o acuerdo y que anula, respecto al futuro, la misma autonomía

reproductiva de la mujer: “invocar la autonomía para luego, acto seguido, suspenderla, es lógicamente contradictorio y éticamente aberrante pues liquida la propia autonomía como principio” (Guerra, 2017, 535). La autora apela a Kant cuando afirma que la libertad no puede someterse a la tutela y los fines de otros, puesto que ello atenta contra la dignidad y degrada la humanidad del individuo. Considera que el verdadero ejercicio de la autonomía supone un proceso continuo, en este caso, a lo largo de la gestación y no sólo en referencia a la decisión: “La autonomía no puede cancelarse temporalmente, debe actualizarse en cada momento porque el consentimiento informado es un proceso y no un mero resultado.” (Guerra, 2017, 535). Guerra Palmero aduce otros ejemplos, como los de la experimentación humana o la donación de vivo a vivo, en los que siempre se encuentra disponible la opción de retirarse o negarse, para no vulnerar la autonomía del que voluntariamente se presta a estos procedimientos. Ningún contrato o convenio puede cancelar dicha autonomía: “Desdeñarse debería ser siempre una opción legítima y, por tanto, ningún acuerdo o contrato puede prescribir, obligatoriamente, la entrega del bebé.” (Guerra, 2017, 535). La autora insiste en que para que exista una verdadera autonomía no debe hablarse sólo de la toma de decisión libre e informada de la gestante, sino que debe salvaguardarse a lo largo de todo el proceso, incluso una vez nacido el bebé. De hecho, es justo ese momento cuando debería darse una ratificación por parte de la gestante de ofrecer al bebé a los comitentes para garantizar su autonomía. Pero lo cierto es que esta forma de posponer la decisión definitiva de entregar al niño plantea graves conflictos de intereses entre las partes implicadas, sin olvidar que proceder de esta manera asemeja más la subrogación a una compra-venta de niños nacidos que no tiene en cuenta la esencial implicación anterior de los comitentes. (López et al., 2017, 28).

Si es cierto lo que señala Guerra: la autonomía de la gestante debe respetarse no sólo al tomar la decisión de emprender el procedimiento, también debe respetarse a lo largo del embarazo (¿qué sucede si se le diagnostica una enfermedad al feto o a la madre durante el embarazo?, ¿quién decide si se interrumpe el embarazo?, etc.) e incluso debería respetarse una vez que haya nacido el bebé, porque existe la posibilidad de que la gestante quiera quedarse con él una vez que haya nacido. Existen dos vertientes sobre esta cuestión en los países europeos donde la GS está permitida. En el Reino Unido se hace la entrega del bebé a los comitentes después de unas semanas (puede alegarse que hay razones biológicas para defender esta práctica, como la recepción del calostro por parte del neonato). En Grecia, la tutela legal se firma al inicio del acuerdo, lo que supone que una vez nacido el bebé, la filiación pasa automáticamente a los comitentes. En el primer caso se permite a la gestante retractarse libremente de su decisión y conservar al niño una vez nacido si así lo decidiera. De esta manera disminuye el riesgo de explotación para la gestante, pero incrementa la inseguridad jurídica del niño, ya que hasta que no acontece el parto y pasan unas semanas no podrá determinarse quiénes son los padres legales (López et al., 2017).

3. Conflicto de intereses

No puede negarse que cada actor, ya sea la gestante o la parte comitente (una o dos personas, dependiendo el caso), persigue objetivos relacionados pero distintos, y de ellos se desprenden una serie de conflictos. Poniéndose en el mejor de los casos, se podría apelar, como hace el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF, a la firma de un contrato en el que se prevean situaciones conflictivas para evitar discrepancias de criterio entre las partes. En él se

podrá expresar qué hacer en caso de enfermedades, prematuridad, aborto, etc., así como el compromiso de la gestante de evitar comportamientos y estilos de vida que puedan suponer un riesgo prenatal. Con este contrato se espera la adquisición de compromisos y la responsabilidad de las partes. Aunque es cierto que esta propuesta reconoce que:

En cualquier caso y a pesar del celo que se ponga en contemplar todas las previsiones anteriores, la pareja subrogada debe ser consciente y aceptar que el convenio de gestación por sustitución conlleva unos riesgos que no se pueden evitar completamente de que el proceso no termine exactamente como estaba previsto y deban asumir las consecuencias, incluso en el supuesto de que la gestante haya incumplido sus compromisos. (Núñez et al., 2017, 24).

Si se atiende en sus dimensiones humanas el papel de la gestante (velando por su salud física y psíquica) y no como una prestadora de servicios a cambio de un precio, parece que este grupo considera que las situaciones de conflicto se podrán anticipar e incluso disminuir. Por tanto, con ayuda de un contrato deberían poderse solucionar los conflictos de intereses los distintos actores.

Una postura diferente resulta del análisis del CBE, que considera que aun existiendo buenas relaciones entre ambas partes, lo cierto es que el panorama es complejo³. Incluso en igualdad de condiciones, hay que tener en cuenta que los intereses de las dos partes son distintos y a veces antagónicos. Los comitentes desean un niño sano y buscarán un servicio tan económico como sea posible, tener potestad en decisiones tan importantes como el número de embriones que se implantan (en realidad, es una decisión también médica, cuyo consenso actual es de un embrión), si se realiza o no una “reducción embrionaria” (práctica que en la actualidad no se realiza en la reproducción asistida), un aborto, el tipo de parto (eutócico o cesárea), etc. La gestante tratará de reducir al mínimo su implicación emocional, buscará el mayor beneficio económico (en caso de que sea comercial), mantener el control de su vida y su proceso gestacional, tratará de reducir los riesgos para su propia salud. Según el CBE “Ignorar este conflicto, la dificultad para resolverlo, y el riesgo de que sea la gestante quien salga peor parada es dar la espalda a la realidad.” (López et al., 2017, 28).

4. Gestación subrogada comercial vs altruista

La GS comercial, en la que se le paga una cuantiosa cantidad económica a la gestante, es legal en algunos países desarrollados (algunos Estados de los EE.UU., etc.) (Norton et al., 2015) y en otros con menos recursos (India, México, etc.). Por otro lado, se habla de GS altruista cuando no se percibe retribución en concepto de pago, sólo una compensación por gastos o pérdida de ingresos que pueda ocasionar la gestación, como en el caso del Reino Unido.

4.1. ¿Es lícito comerciar con el propio cuerpo? ¿Es lícito no ofrecer ningún tipo de compensación (económica o de otros tipo)?

En el documento del Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF se muestra en contra de la GS comercial, argumentando que sólo está justificado compensar las molestias: “No puede haber pago de un precio a la gestante, sino una compensación económica por las molestias, que incluya desde luego gastos médicos relacionados con el embarazo que no tenga cubiertos” (Núñez et al., 2016, 16), siendo la Administración Pública el organismo que deberá

fijar la compensación a la gestante. El Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF, se muestra de acuerdo con el Convenio de Oviedo (1997), donde se proclama que el cuerpo humano y sus partes no deben ser fuentes de lucro. También hace mención a la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, en la que se establece que una donación nunca tendrá carácter lucrativo. No obstante, deja claro que la exigencia de gratuidad no está reñida con la de compensación por las molestias, sin dejar de reconocer la dificultad de dilucidar cuándo una compensación resarcitoria se convierte en una verdadera retribución. No obstante, las posturas más contrarias a la GS consideran que incluso bajo la apariencia de “altruismo” se esconde una motivación comercial (el pago de las “molestias” puede ser cuantioso). Ciertamente, sería poco creíble que una mujer, por mero altruismo, preste su cuerpo para gestar otra vida a cambio de nada, a no ser que tenga relación directa personal con los interesados o que realmente le produzca mucho placer ser gestante. Estas ideas concuerdan con las del CBE, al mencionar que “la ética y el derecho coinciden en que las decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo o su integridad física y que son retribuidas no son libres, si se adoptan en un contexto de vulnerabilidad, de manera que si se eliminara dicho contexto, no se adoptaría la misma decisión” (López et al., 2017, 24). Sin embargo, esta opinión no es unánime internacionalmente.

Finalmente, está la cuestión meramente economicista, ya que sólo podrían acceder a la GS personas adineradas. Por ello hay autores que señalan que habría que prohibir ambas: “En primer lugar, es un ‘servicio’ que se paga y en un futuro no parece asumible por ningún sistema nacional de salud, por lo que nos hayamos discutiendo un asunto de bioética para gente adinerada; lo que otras veces he referido como bioética para privilegiados” (Guerra, 2017, 139).

Aunque hay argumentos de peso en contra de la GS comercial, también los hay a favor. En primer lugar la idea liberal de que una persona puede ser libre para decidir las actuaciones realizadas sobre su cuerpo. Así lo hace quien dona un órgano. Por tanto existe una línea argumental que apoya la GS comercial arguyendo que es lícita, tanto si es altruista como comercial, siempre que excluya la explotación de la mujer gestante,⁴ porque la mujer es dueña de su cuerpo y en el ejercicio de su autonomía puede disponer de sus capacidades como quiera (López et al., 2017). No existe ningún impedimento “moral” para que lo haga con el fin de recibir alguna retribución. En estos casos se ha propuesto la figura del “paciente-trabajador”, de manera que una mujer que recibe el encargo de gestar es, en primer lugar, una trabajadora que tiene derechos, pero al entrar en el ámbito médico tiene también una consideración de paciente (Ryman y Fulfer, 2017). Desde esta perspectiva se argumenta también que el abuso de las mujeres gestantes se podría contrarrestar integrando el pago en una normativa legal internacional (Ramskold y Posner, 2013). Algo similar es lo que sucede con sujetos de investigación en ensayos clínicos en donde existe compensación económica. Respecto a la bioética para privilegiados, si se sigue coherentemente este argumento habría que prohibir también las técnicas de fertilización in vitro o la medicina estética, disponibles sólo para personas con recursos económicos.

4.2. GS altruista

Muchos tratadistas aceptan la gestación por sustitución siempre que la gestante tenga una motivación altruista, ya que de esta manera no se explotaría a la gestante y su consentimiento

sería realmente libre (no estaría mediado por la necesidad económica). Esta es la forma de GS propuesta para legalizar en España y la que justifica el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta el hecho probable de que las mujeres altruistas escaseen en los países desarrollados (el caso del Reino Unido nos muestra que la mayoría de los casos se solicitan en el extranjero). Anticipándose a esta situación, el Grupo de Ética y Buena Práctica de la SEF menciona en su propuesta que podrán existir agencias intermediarias, pero habrán de ser obligatoriamente sin ánimo de lucro (asociaciones de pacientes, fundaciones, ONG y similares). La administración pública es quien debe ocuparse de homologar a las agencias que intervengan en este procedimiento exigiéndoles los requisitos y reglas de transparencia pertinentes (Núñez, et al., 2016). Desde la perspectiva de quienes aceptan la gestación altruista, parece que ésta podría ser moralmente legítima siempre que se asegure la voluntariedad de las partes y la transparencia de las instituciones mediadoras.

5. GS y justicia global: la GS en el marco internacional

5.1. La vulnerabilidad de la mujer pobre

Muchas críticas a la GS hacen hincapié en las desigualdades existentes entre las mujeres en un marco global, no sólo en países subdesarrollados, sino en las mismas sociedades del llamado primer mundo. Por ello consideran que esta práctica debe vigilarse, porque pone en peligro a un sector de la población vulnerable.

En sociedades en las que la división social del trabajo sigue siendo una constante, en que impera la ideología patriarcal, y en las que las instituciones de todo tipo discriminan a lo largo de la línea de sexo – por ejemplo, en el mercado laboral se refuerza la brecha salarial o en las empresas los techos de cristal que impiden la promoción de las mujeres – no podemos dejar de considerar las cuestiones reproductivas en relación de las desigualdades sexo-género y, en muchos casos, hablaremos de violencias estructurales (Guerra, 2016, 148).

El CBE alerta de que “incluso en los países en los que está permitido, se opta por hacerlo en el extranjero. Esto puede ser, porque al ser altruista quizá no se encuentra a alguien desinteresado para permitir la gestación, en las que se permite la relación comercial, incluso puede pasar que se prefiera hacerlo en el extranjero por ser más económica” (López et al., 2017, 19). Además, como apunta Bellver Capella (2017, 241): “Aceptando esta alternativa [la GS altruista] estaríamos dando por bueno que nadie puede explotar a una mujer en España, pero los ricos pueden hacerlo con todas las de la ley en el extranjero”.(Bellver, 2017, 241).

Todo lo señalado conduce a las siguientes preguntas: ¿La demanda será atendida (que no cubierta) como pasa ahora con la donación de órganos? ¿Podemos instaurar el altruismo como un requisito necesario, cuando es previsible que las mujeres con esta motivación sean insuficientes para satisfacer la demanda? ¿Se pueden garantizar un libre ejercicio de la autonomía cuando las gestantes son mujeres de países subdesarrollados o en vías de desarrollo en situación de necesidad económica? En esta línea, el CBE señala que si la gestante vive en un país distinto al de los comitentes “la relación contiene muchos elementos que pueden conducir a la explotación de la gestante. Lo habitual es que exista una gran diferencia social y económica entre la gestante y los comitentes, y que la gestante tenga dificultades para comprender la lengua de los comitentes y las condiciones del contrato. En esas condiciones, los riesgos

de explotación se disparan.” (López, 2017, 27). El CBE apunta que, aunque este fenómeno se acompañe de buenas intenciones, hay quienes sostienen su ilicitud “porque les parece prácticamente imposible asegurar unas condiciones que no sean de explotación o que no promuevan la explotación de otras mujeres” (López, 2017, 26).

Por tanto, en aras a buscar una justicia global, existen muchos riesgos de incurrir en abusos hacia un sector desprotegido, como es el de la mujer pobre en países subdesarrollados. Guerra Palmero llega a afirmar que la SG: “se ha consolidado en un modelo mayoritariamente mercantilista que atenta no sólo contra los derechos humanos, sino que constituye una inmensa injusticia global. La vulnerabilidad y la precariedad, dada la asimetría entre las partes concernidas, no pueden ser descontadas de una estimación ética y política de la GS” (Guerra, 2016, 535).

Aunque estos argumentos expresan parte de una realidad del orden mundial que nos debe hacer ser precavidos con la GS, es dudoso que la prohibición completa sea la respuesta más adecuada. Además de que se puede elaborar una regulación que asegure los aspectos éticos más conflictivos (verdadero consentimiento informado, altruismo, etc.), debemos tener en cuenta que las prohibiciones absolutas suelen generar también injusticias y sobre todo mercados ilícitos que pueden resultar aún más dañinos.

5.2. *Bebés por encargo y apátridas*

La GS plantea dos posibles “pendientes resbaladizas: la creación de un mercado de bebés por encargo, por un lado, y por otro, dada la disparidad de las legislaciones nacionales, el fenómeno de los bebés apátridas.” (Guerra, 2017, 538). El argumento de la pendiente resbaladiza ha sido frecuentemente utilizado en bioética para desaconsejar otras prácticas, como la eutanasia (Álvarez, 2013). Este argumento desaconseja legitimar los actos que, no siendo absolutamente reprobables en sí mismos, pueden abrir vías para la realización de otros actos o situaciones que sí son claramente inaceptables⁵. En el caso de la GS, aunque ésta no sea absolutamente reprochable o incluso cuando alguna vez pueda ser aceptable, los contrarios a ella señalan que podría acarrear consecuencias inaceptables, tales como la producción de bebés por encargo o de bebés apátridas.

Los temores a las consecuencias indeseables deben aquilatarse con prudencia y realismo, porque la GS también entraña beneficios, de manera que sus consecuencias negativas deben ser balanceadas con los posibles beneficios. Para ello es preciso una legislación adecuada y precisa que ayude a prevenir consecuencias indeseables como las señaladas, la producción de bebés por encargo y de bebés apátridas.

6. GS y el derecho a la paternidad-maternidad

Aunque no es un problema ligado en exclusividad a la GS, pensar sobre el derecho a la paternidad-maternidad puede arrojar un poco de luz sobre este debate. ¿Existe un derecho a tener hijos? ¿Qué pasa cuando hay una imposibilidad biológica para tener hijos y no se quiere adoptar? ¿Se tiene derecho a tener hijos echando mano de las THRA (lo que incluiría la GS)? En el 2002 Mary Warnock publicó el libro *Fabricando bebés: ¿existe un derecho a tener hijos?*

en el que desgrana estas incógnitas. Desde el comienzo de su texto expresa su opinión sin mucho preámbulo:

[...] pregunté si era razonable, o incluso inteligible, reclamar un derecho a algo imposible. Creo que la respuesta es que no. [...] Los enfermos terminales no tienen derecho a la vida, sin que importe lo mucho que deseen continuar vivos; de manera análoga, habrá algunas parejas cuyas tentativas de tener hijos no darán resultados [...] a esta gente no se le habrá privado de un derecho, aunque puedan haber visto frustrados los deseos de sus corazones. [...] Por ello, me parece importante recordar que, en el contexto de la reproducción asistida, el único derecho que podría reclamarse de modo razonable sería a intentar tener un hijo. (Warnock, 2004, 22-23)

Warnock, además, reflexiona que un derecho es un área de libertad que otra persona tiene la obligación de permitirle ejercer. Es decir, que para esta autora, apoyándose en el positivismo jurídico de Jeremy Bentham, la idea de derecho supone la creación de una ley que ampare ese derecho: “si usted piensa que en el ámbito moral debería tener un derecho que la ley no le garantiza, entonces lo que debería hacer es luchar para que se cambie la ley, y para que así se garantice el derecho” (Warnock, 2004, 27). En este sentido alude la autora que no existe una ley positiva que otorgue a la gente el derecho a concebir o a ser ayudada a la concepción. Lo cual no quiere decir que moralmente no debería existir: “podríamos evitar mucha confusión si retuviéramos la distinción entre lo jurídico y lo moral, y usáramos el lenguaje de la ley y de los derechos en el primer caso y el lenguaje de los principios y obligaciones en el segundo.” (Warnock, 2004, 30).

En cuanto a las necesidades de los individuos también Warnock opina que la procreación no es una necesidad básica que pueda generar una obligación, por lo menos, no “del mismo modo que lo hace la nutrición.” (Warnock, 2004, 35). Con ello intenta conducir el argumento hacia la diferencia entre derecho positivo y negativo⁶. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea también conocida como Carta de Niza (2000) en su artículo 9 dice que “Se garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”. A diferencia del documento predecesor (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950), en el que se mencionaba la figura de hombre y mujer en edad núbil, este nuevo documento es menos restrictivo. Lo cual permite incluir a parejas homosexuales en el derecho a fundar una familia (que es lo que aquí interesa, aunque existan diversos modos de entender una familia). Para Warnock lo que enuncian estas cartas tiene que ver con el derecho negativo, pues se trata de que no debe existir una prohibición (o impedimento) hacia un individuo (o grupo de ellos) a tener hijos por motivos de raza, orientación sexual, etc. “Pero quienes aquí nos incumben no son, o al menos no los son tanto, aquellos a los que se les pueda prohibir el tener hijos [...], sino quienes son incapaces de tenerlos sin asistencia, y nuestra pregunta es si tienen derecho a recibir esta asistencia” (Warnock, 2004, 37). La conclusión a la que llega es que no se puede enunciar como un derecho positivo. No existe un derecho legal ni moral a concebir un hijo (aunque sí se pueda expresar que legal y moralmente no se debería prohibir). Sin embargo, esto no quiere decir que la ciencia médica (y los profesionales sanitarios) no tengan una deuda de compasión hacia sus pacientes que les obligue a aliviar su sufrimiento. Es un asunto no de derecho, sino “del ámbito moral y profesional [que] surge como parte de un conjunto de profundos valores de la institución médica” (Warnock, 2004, 127) y que supone, en la medida que ciertos avances científicos lo permitan, asistir a personas que no pueden tener hijos.

7. Conclusiones

A lo largo de esta revisión de los argumentos en contra y a favor sobre licitud ética que existe en torno a la gestación por sustitución se puede resumir lo siguiente.

La mayoría de los autores a favor de esta práctica y de los detractores comprenden que subrogación comercial incurre en un mayor riesgo de vulneración de la gestante y, por tanto, debe situarse fuera del terreno de las consideraciones éticas. Por esta razón, el debate ético debe centrarse en la GS altruista de la cual se desprenden tres problemáticas principales: 1) conflictos con el principio de autonomía de la gestante; 2) conflictos entre altruismo, igualdad y justicia global; 3) la existencia de un derecho a la maternidad/paternidad. En cuanto al primer punto los argumentos a favor consideran que el hecho de que la gestante tenga una motivación altruista evitaría su explotación y su consentimiento sería realmente libre. En contra se posiciona la idea de que las gestantes altruistas escasean en los países desarrollados y que para poder asumir la demanda se terminará acudiendo a gestantes de países subdesarrollados. Esto enlaza con el siguiente punto que alude a la vulnerabilidad de la mujer pobre que puede ser presa de explotación o, cuanto menos, la falta de certeza sobre la elección libre de la gestante. Las posiciones a favor, considerando estos riesgos, asumen que la prohibición absoluta de la práctica justo podría acrecentar estos peligros (la creación de un mercado negro). Finalmente el punto tres lleva a la consideración de que no debería hablarse de un derecho, sino de un deseo de maternidad/paternidad. Este deseo, que de no ser cumplido puede generar sufrimiento, debe atenderse en la medida de las posibilidades técnicas bajo un principio de compasión que todo profesional de la salud debe asumir en su práctica.

Dar contestación a estos problemas éticos a través de distintos argumentos podrá legitimar mejor la postura a favor o en contra en torno a esta técnica. Sin embargo, es fundamental dejar claro que en bioética no es prudente reducir los fenómenos a la postura maniquea de si la técnica es “buena o mala”, entonces se puede estar “a favor o en contra”, ya que siempre debe apelarse al caso particular a la hora de tomar la mejor decisión.

Bibliografía

- Álvarez Gálvez, I. (2013). “Sobre el argumento de la pendiente resbaladiza en la eutanasia”. *Dilemata*, 5(11) pp. 83-111.
- Ausín, Tx. (2008). “Tomando en serio los derechos de bienestar”. *Enrahonar: an International Journal of Theoretical and Practical reason*, 40-41, pp. 83-98.
- Bellver Capella, V. (2017). “Tomarse en serio al maternidad subrogada altruista”. *Cuadernos de bioética*, 93, vol. XXVIII, 2ª, pp. 229-243.
- Brinsden, P. (2003) “Gestational Surrogacy”. *Human Reproduction Update*, 9(5), pp. 483-491.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (2000). Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf
- Caserta, D., Ralli, E., Matteucci, E., Marci, R., Moscarini, M. (2014). “Fertility preservation in female cancer patients: an emerging challenge for physicians”. *Panminerva Med.* 56(1) pp. 85-95.

- Choussein, S., Nasioudis, D., Schizas, D., Economopoulos, K.P. (2017) "Mullerian dysgenesis: a critical review of the literature". *Archives Gynecology and Obstetrics*, 295 (6), pp.1369-1381.
- Grynberg, M., Bidet, M., Benard, J., Poulain, M., Sonigo, C., Cédric-Durnerin, I., Polak, M. (2016). "Fertility preservation in Turner syndrome". *Fertility and Sterility*, 105 (1) pp. 13-19.
- Guerra Palmero, M. J. (2016). "La mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La "gestación subrogada" como nuevo negocio transnacional", en: *Encuentros Donostia 2015. Impacto de los Fundamentalismos políticos, económicos, religiosos y culturales en los derechos sexuales y reproductivos*, Medicusmundo Guipuskoa, pp. 137-151.
- Guerra Palmero, M. J. (2017). "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal". *Gaceta Sanitaria*, 31 (6), pp. 535-538.
- Jouve de la Barreda, N. (2017). "Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada", *Cuadernos de bioética*, 93, vol. XXVIII, 2ª, pp. 153-162.
- Boletín Oficial del Estado (2006). "Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.". Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>
- López y López, M. T. (presidenta), de Montalvo Jääskeläinen, F. (vicepresidente), Alonso Bedate, C., Bellver Capella, V., Cadena Serrano, F., de los Reyes López, M., Fernández Muñiz, P. I., Jouve de la Barreda, N., López Moratalla, N., Nombela Cano, C., Romeo Casabona, C. Mª, Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2017). "Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada", *Comité de bioética de España*.
- Norton, W., Crawshaw, M., Hudson, N., Culley L, Law, C. A. (2015). "Survey of UK fertility clinics' approach to surrogacy arrangements". *Reproductive Biomedicine Online*, 31(3), pp. 327-338.
- Núñez, R., Feito, L., Abellán, F. (2016). "Propuesta de bases generales para la regulación en España de la Gestación por sustitución". *Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad*.
- Pastor, L. M. (2017). "Nota del editor: La maternidad, su valor y sentido como núcleo del debate bioético sobre la maternidad subrogada". *Cuadernos de bioética*, 93, vol. XXVIII, 2ª, pp. 151-152.
- Ramskold, L.A., Posner, M.P. (2013). "Commercial surrogacy: how provisions of monetary remuneration and powers of international law can prevent exploitation of gestational surrogates". *Journal of Medical Ethics*, 39(6) pp. 397-402.
- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la Política Europea al respecto (2015/2229(INI)). Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+XML+V0//ES>
- Ryman, E., Fulfer, K., (2017). "The Patient-Worker: A model for human research subjects and gestational surrogates". *Developing World Bioethics*, pp. 1-11, doi: 10.1111/dewb.12141
- Warnock, M. (2004). *Fabricando bebés: ¿existe un derecho a tener hijos*. Barcelona, Gedisa.

Notas

1. Existe una amplia terminología que no excluye un debate, debido a que la opción de un término u otro supone también un posicionamiento en favor o en contra con respecto a esta técnica de reproducción asistida. Los términos propuestos son, entre otros: 1) *Gestación no materna*: definido como cualquier embarazo humano no voluntariamente interrumpido que conduzca a un parto tal que la mujer embarazada planea no asumir la maternidad con relación al o los nacidos en ese alumbramiento, aunque esto es demasiado general y podría incluir la adopción. 2) *Ventre de alquiler*: hay quienes proponen que se llame madre de alquiler, pues no sólo se alquila el vientre. 3) *Maternidad por sustitución*: realmente la maternidad no se sustituye, pues

esta existe de forma genética o fisiológica. 4) *Natalidad subrogada*: es una de las más aceptadas, aunque hay quien defiende que se oculta la palabra maternidad. 5) *Gestación por procuración*: proveniente de la acepción del inglés “*pregnacy by proxy*”, procuración quiere decir “por solicitud ajena”. En este artículo consideramos aceptables los términos *gestación por sustitución* (ya que este el término legal en España [art. 10 LTRHA]) o *gestación subrogada*, por su extendido uso.

2. Vicente Bellver Capella (2017) hace un análisis pormenorizado de las diferencias que existen entre a donación de órganos y la gestación por sustitución. Aunque haya muchas voces que quieran equiparar estos fenómenos, Bellver lo desmiente.
3. El grupo analiza tres posibles contextos que, por su complejidad, pueden generar conflictos (López et al., 2017, 27):
 1. La gestante es una persona que actúa desinteresadamente, pero que mantienen algún tipo de relación con los comitentes. Cuando hay relaciones familiares se ponen a prueba los vínculos filiales. Por ejemplo, si la gestante es la madre de los comitentes se convierte en abuela legal y madre portadora (si es la gestante es hermana se convertiría en tía legal y madre portadora y así...). Los hijos pueden verse afectados por un panorama familiar que, a primera vista, resulta difícil de explicar.
 2. Cuando la gestante y el comitente viven en el mismo país se comparte un derecho común, así como compatibilidades de idioma y cultura lo que facilita el entendimiento. Por tanto, disminuyen los riesgos de explotación.
 3. Cuando viven en países distintos (el más frecuente hoy en día). Las condiciones diferentes tanto en derecho, como en la diferencias sociales y económicas disparan los riesgos de que exista explotación.
4. Aunque también existe diversa terminología para referirse a las partes implicadas en la gestación por sustitución en este artículo hemos optado por referirnos por *gestante* a la mujer que se embaraza para ofrecer el bebé a la pareja, mujer u hombre que se convertirá(n) en padres cuando nazca el bebé. A esta última parte se le definirá como *comitentes*.
5. La falacia argumentativa consiste en que los caminos que se proponen pueden llegar a convertirse en reales, lo mismo que pueden no aparecer nunca (como ejemplo extremo), e incluso aparecer otros modos de resolver la problemática que ni siquiera se habían pensado.
6. Los derechos negativos tienen como fundamento la obligación hacia los demás de no impedir, obstaculizar o estorbar el ejercicio de una determinada acción, por ejemplo, el derecho a manifestar opiniones (libertad de expresión), de agruparse con otros (libertad de asociación) o de no pensar de un determinado modo (libertad de conciencia); son, pues, “obligaciones de omisión”. Los derechos positivos, en cambio, suponen deberes positivos, es decir acciones y no omisiones. El no hacer nada puede suponer a otro que no consiga los bienes a los que tiene derecho (vivienda, salud, educación). Para saber más: (Ausín, Txetxu, 2008).