

Gestar para otros: una ecografía de las falacias*

Pablo de Lora

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
pablo.delora@uam.es

Gestating for Others: An “Ultrasound” of Fallacies

ISSN 1989-7022

RESUMEN: En este artículo pretendo despejar el camino de algunos de los más comunes y falaces razonamientos empleados por los detractores de la gestación subrogada: falacias de atinencia, de petición de principio, de definición persuasiva, de composición y de falso dilema. De este modo se podrá discutir con mayor rigor algunas cuestiones clave que han de ser resueltas como las condiciones del contrato mediante el que se gesta el embrión, si ha de haber precio de mercado o compensación, qué condiciones deben reunir los intervinientes, si la gestante podrá abortar sin restricciones y si su consentimiento es revocable.

ABSTRACT: The aim of this article is to wipe off some of the most common fallacies used by the opponents of surrogate motherhood: fallacies of relevance, petition principle, persuasive definition, composition and false dilemma. In this way, it will be possible to discuss more rigorously some of the regulatory key issues that have to be solved, such as the conditions of the contract through which the embryo is gestated, whether it is acceptable to pay a market price or compensation to the gestating woman, what conditions the participants should meet, whether the pregnant woman can abort without restrictions and if her consent is revocable.

PALABRAS CLAVE: gestación subrogada, autonomía, falacias (atinencia, petición de principio, definición persuasiva, composición, falso dilema), altruismo, mercado

KEYWORDS: surrogacy, autonomy, fallacies (relevance, petition principle, persuasive definition, composition, false dilemma), altruism, markets

1. Introducción

¿Es gestar un embrión para otros *siempre* una forma de explotación? ¿Es la llamada gestación por sustitución (en adelante GS) una forma de vulnerar la dignidad de la gestante *independientemente de las circunstancias en las que se produzca la gestación y la posterior entrega del recién nacido*? Creo que hay buenas razones para responder negativamente a ambas preguntas, y, por ello, estimo que el debate relevante en torno a la GS es, en realidad, una discusión sobre lo que los anglosajones denominan el aspecto “regulatorio” (*regulatory*) de la práctica, es decir, qué tipo de restricciones o límites es prudente establecer sobre esa actividad una vez que entendemos que no hay objeciones de principio a la misma¹. Bastará para entender lo que quiero decir la analogía con el servicio consistente en matar a otro por encargo: se trata de un acto no solo moralmente reprochable sino que debe estar penalmente castigado por principio². Aquí no se trata de discutir las “reglas para asesinar por cuenta ajena”.

¿De qué manera cabe justificar la afirmación de que la GS no supone necesariamente una actividad moralmente reprochable, y que, por ello, deba estar jurídicamente prohibida? Apelando, por un lado, a la autonomía personal, un principio que articula nuestras

* Hago uso de la expresión que sirvió a Manuel Atienza para titular un divulgativo y sabio manual de argumentación jurídica (*La guerra de las falacias*, Librería Compás, 1999) y que ahora ha vuelto a recuperar en un artículo sobre la gestación subrogada (“Dos falacias sobre la gestación por sustitución”, *El País*, 21 de junio de 2017, https://elpais.com/elpais/2017/06/20/opinion/1497979847_658966.html). Una versión preliminar de este trabajo fue leída y comentada por Josep Joan Moreso y Manuel Atienza a quienes agradezco mucho los comentarios. Finalmente, agradezco también, las sugerencias de Ester Farnós y Amaia Forcada. Este trabajo se realiza al auspicio del proyecto de investigación DER 2013-41462-R.



Received: 29/08/2018
Accepted: 13/09/2018

instituciones, normas y juicios morales básicos, y, de otra parte, a la coherencia, es decir, a las consideraciones que nos merecen actividades o prácticas conexas a la GS; en general, la actividad consistente en reproducirnos o en no hacerlo.

Reparemos en que, en ese ámbito, creo que podemos cabalmente afirmar que la decisión de muchas mujeres de interrumpir el embarazo es, dados todos los condicionantes inevitables, una decisión autónoma sobre la que la gestante debe ser soberana. Ciertamente, muchas mujeres y hombres no entienden cómo una mujer puede desprenderse del feto terminando con su vida, de la misma manera que para muchos puede resultar inconcebible gestar para otros, pero ello no impide que reservemos a la mujer gestante su decisión última (cabe, si acaso, añadir garantías para que el consentimiento sea genuinamente informado y fruto de una deliberación adecuada), de la misma manera que aceptamos la dación de los menores en adopción. A la mujer corresponde al fin valorar sus circunstancias y necesidades y al poder público fijar las condiciones – el alcance y límites- en el ejercicio de esa libertad (plazos para la interrupción del embarazo como expresión de una suficiente ponderación de los intereses en juego, o indicaciones de cuándo resulta admisible abortar).

Por otro lado, con el surgimiento y desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida, las normas que regulan las relaciones paterno-filiales se han ido desprendiendo progresivamente de sus elementos naturalistas o biológicos primando la voluntad o intención de ser padres o madres. La posibilidad de la “doble maternidad”, esto es, que la esposa de la gestante y madre por técnicas de reproducción humana asistida se convierta también en *madre por consentimiento* ante el Encargado del Registro Civil, es probablemente el último jalón de esa deriva. Otorgar a la madre de “intención” o comitente, frente a la gestante, la condición legal de madre, máxime si además es la madre genética, es coherente con esa evolución en la que los añejos principios del derecho civil – el principio de “verdad biológica” y de “indisponibilidad de estado”-, han quedado eclipsados.

Es más, como certeramente ha señalado Eleonora Lamm, esa “desbiologización” de la figura maternal puede ser vista precisamente como una conquista “feminista”, una confirmación en clave de Beauvoiriana de que “la biología no es destino”³. Así, las feministas que se oponen radicalmente a la GS con el estandarte de la reivindicación del que llaman “trabajo reproductivo” parecen instaladas en una paradoja de difícil encaje: el justificado lamento por la secular subyugación de las mujeres debida precisamente a su predicada condición “esencial” de madres y cuidadoras, y, al tiempo, la reivindicación celebratoria de su papel central en las “tareas de cuidados” y en la diseminación de “afectos” y “empatías”⁴.

Pues bien, mi pretensión en lo que sigue no será la de abundar en esta justificación basada en la autonomía personal que en principio debería permitir algunas formas de GS; ni siquiera consistirá en entrar a fondo en esos aspectos regulatorios a los que he aludido (aunque daré alguna pista sobre mi valoración al respecto de algunos de ellos); me propongo algo más modesto pero confío en que no fútil: me limitaré a señalar los que, aun siendo frecuentemente invocados, no son buenos argumentos en la discusión sobre la GS.

Y es que, me parece a mí, ocurre con el debate en torno a la GS en España, como con otras muchas controversias, que un buen número de los intervinientes sencillamente piensan con apresuramiento, con una irreflexividad alimentada por la alineación (cuando no alienación) ideológica que empaña la razón y refracta los argumentos que provienen del “otro campo”.

Algunos parecen haber renunciado deliberadamente al intercambio de razones por mor del avance de una agenda ideológica férreamente asumida y por el temor a que, al abandonar una bandera, uno acabe inmediatamente adscrito al bando “equivocado”⁵. Es mi impresión la de que en no pocos de los que participan en la discusión opera un mecanismo psicológico que compele a calibrar, con carácter prioritario, antes que los argumentos o las razones de X, si, por defender X, uno va a seguir siendo considerado una “buena” o “consecuente” o “adecuada” o “irreprochable” seguidora o creyente de Y. Sustituya el lector X por GS e Y por el llamado “feminismo hegemónico”⁶. Este tipo de reacción, más o menos consciente, es la previsible consecuencia de abrazar un dogma; o sencillamente la de ser un dogmático.

Antes de entrar en ese catálogo de razonamientos falaces, en la primera parte de este ensayo (apartado 2) expondré brevemente cuál es la situación normativa vigente en España en relación con la GS pues en buena medida tal descripción alumbra tanto las razones a favor como las objeciones a un cambio de regulación en España. En los sucesivos apartados del trabajo mostraré ejemplos variados de las falacias que más circulan: empezaré por las falacias más groseras, la petición de principio y las falacias de atinencia (apartado 3); después frecuentes falacias de definición persuasiva y de composición (apartado 4) y acabaré con el falaz planteamiento de falso dilema relativo a la mercantilización de la GS (apartado 5). En el apartado 6 esbozaré unas conclusiones sobre los asuntos regulatorios más importantes que siguen estando pendientes de ulterior reflexión y debate.

2. La regulación jurídica de la GS en España

En España la GS no está prohibida sino que la ley 14/2006 de técnicas de reproducción humana asistida dispone en su artículo 10 que el contrato por el que se convenga la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante será nulo y la filiación vendrá determinada por el parto. Se trata, pues, no de una norma de prohibición sino de una norma constitutiva, y no cabe considerar que la consecuencia de infringirla sea la imposición de una sanción, como no diríamos que se “sanciona” a quien incumple un requisito impuesto por la ley para que un negocio jurídico sea eficaz. Si el Derecho obliga a que se firme un testamento en presencia de dos testigos, el acto consistente en firmarlo con uno sólo no está prohibido, simplemente no surte efectos, y ese no surtir efectos no es una sanción, como sí lo es conducir bajo los efectos del alcohol. Trazar esta distinción e insistir en que la GS en España no está prohibida es importante porque de ello se deduce que el Derecho español vigente en esta materia no ha incorporado reproche moral o social alguno a la conducta consistente en contratar una gestante sustituta.

El cambio de esta regulación de la GS por el que muchos abogan en España está motivado tanto por una consideración basada en principios – el respeto a la autonomía de los que intervienen y su libertad procreativa- cuanto por la necesidad de acabar con la incertidumbre jurídica que genera el fenómeno – no insignificante- de la GS que transcurre en países donde ese tipo de contratos sí están amparados por la ley⁷; incluso cuando tienen carácter lucrativo (señaladamente en Estados Unidos). Permitir la GS en España sería, además, una manera de contribuir a acabar con el turismo reproductivo que tiene lugar en países donde las condiciones de las gestantes sí dejan mucho que desear y son objetivamente de explotación.

La inseguridad jurídica tiene que ver con la posibilidad de que los padres que han recurrido a la GS en el extranjero puedan ver claramente amparada su pretensión de inscribir a sus hijos

en el Registro Civil. El Tribunal Supremo en España ha sido reactivo – véase la Sentencia de 6 de febrero de 2014-, y ello frente a la más permisiva, si bien no incondicional actitud de la Dirección General de los Registros y del Notariado (instrucción de 5 de octubre de 2010), y a los fallos contenidos en determinadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que, a partir de la consideración del superior interés del menor, se insta a los Estados a que den amparo a dichas situaciones no impidiendo la inscripción salvo en circunstancias muy excepcionales – y siempre mediante una norma con rango de ley-, cuando hay relación genética entre los comitentes y el menor (casos *Menesson y Labassee*, 2014 y *Foulon y Bouvet* de 2016). Este no es, como antes señalaba, el caso de España y de ahí la oportunidad de introducir o bien la posibilidad de que sean válidos los contratos de GS celebrados en España, o bien la de aportar la máxima seguridad jurídica a quienes los celebran en el extranjero.

3. Falacias de atinencia y petición de principio

Empezaré esta “ecografía” describiendo las falacias más groseras que cabe leer al hilo de las discusiones sobre la GS. Se trata, en primer lugar, de aquellos razonamientos en los que las premisas carecen de atinencia lógica respecto de las conclusiones, con lo que son absolutamente inhábiles para establecer la validez de aquéllas. Yo mismo podría incurrir en el falaz razonamiento conocido como “hombre de paja”, es decir, describir una posición argumentativa inexistente para hacer así persuasiva la posición contraria, la mía. Como comprobará inmediatamente el lector, para cada una de las falacias que disecciono proporciono referencias textuales que muestran que no hay hombre ni mujer de paja arteralmente configurado.

3.1. “No es una técnica”, así nos lo recuerda el punto 3 del documento “Posición política sobre la explotación reproductiva de las mujeres” elaborado por el partido político Podemos: “La gestación por sustitución no es una técnica reproductiva, es un proceso biológico, un proceso de vida”. ¿Y por lo tanto? Por supuesto, de la afirmación (banal por lo demás) de ser la GS un “proceso biológico o de vida” hasta la conclusión de que debe estar prohibida, hay un abismo entimemático, es decir, una pléyade de premisas relevantes que están ausentes del razonamiento y que hay que explicitar para que podamos considerar su validez⁸. Por ceñirme a la reproducción humana, hay técnicas reproductivas prohibidas (clonar para la reproducción); otras permitidas (clonar terapéuticamente), así como procesos biológicos permitidos (dar a luz) y otros prohibidos (mantener relaciones sexuales mediando violencia).

Una reconstrucción que hace de esta premisa “no es una técnica” algo más relevante la vincularía con la proscripción kantiana de tratar a nadie como un mero medio. La idea sería la siguiente: en la GS hay siempre una instrumentalización inaceptable de la gestante porque no cabe deslindar su “servicio” de toda ella *qua* organismo. En efecto, durante nueve meses acepta, por decirlo así, ser meramente una incubadora para beneficio de otros. De esta forma lo expresa Octavio Salazar: “... un contrato que supone el alquiler no solo del útero, sino de todo un proceso fisiológico como es un embarazo, el cual se desarrolla, incide y se proyecta en todo el ser de la mujer, supone contravenir todas las disposiciones normativas que, tanto a nivel estatal como internacional, excluyen al cuerpo humano del comercio de los hombres”⁹.

Esta descripción es, empero, por un lado contingentemente fiel a lo que sucede durante una GS, y, por otro lado, no resulta exclusiva de la GS sino que también podría ser una descripción

predicable de otros muchos desempeños a cambio de dinero. En cuanto a lo primero, si la mujer somete toda su vida, todos sus planes y todas sus decisiones relativas al embarazo a lo que los comitentes dispongan, entonces sí hay una cosificación odiosa. Una regulación de la GS será moralmente admisible cuando impide ese desequilibrio a favor de los comitentes y prohíbe, por poner el ejemplo más crítico, estipulaciones como las de no poder abortar bajo ninguna circunstancia o verse la gestante de sustitución obligada a hacerlo en determinados casos so pena de tener que indemnizar a los padres de intención.

En cuanto a lo segundo - la apelación al “proceso vital” que supone gestar para otros- si lo pensamos bien hemos de concluir que toda prestación de un servicio es una forma de ponernos a la disposición ajena durante un tiempo: el trabajador que opera en la fábrica de montaje no se deslinda tampoco, ni yo mismo que escribo ahora estas líneas puedo no ver comprometido mi funcionamiento metabólico, mi pulso, mi capacidad de estar alerta y consciente, todas las funciones fisiológicas, al fin, que me permiten escribir. Es obvio que no todos los trabajos comprometen físicamente o vitalmente igual – en el límite, el soldado, el policía o el bombero se juegan directamente su vida- y sin duda el de gestar implica para la mujer gestante un sacrificio muy significativo al que no se deben añadir condiciones penosas o denigrantes por parte de los comitentes.

3.2. *“Hay una poderosa industria o lobby detrás”*

La activista del feminismo y de las reivindicaciones del colectivo LGTBI, y ahora diputada de Podemos en la asamblea de Madrid, Beatriz Gimeno, ha señalado reiteradamente que detrás del afán regulatorio de la GS está una poderosa industria o lobby, como también ocurre, añade, en relación con el debate sobre la prostitución y el aborto. “No es posible un debate real –señala Gimeno- si no entendemos que no estamos debatiendo de lo mismo, ni con los mismos medios. A un lado habrá gente convencida y posiciones ideológicas puras, no lo dudo, pero hay mucho dinero en juego y hay poderosos lobbies funcionando”¹⁰. ¿Y entonces?

No es ocioso recordar que esta misma estrategia argumentativa es frecuentemente utilizada en relación con la prohibición del aborto: los partidarios de permitir la interrupción voluntaria del embarazo – arguyen los antiabortistas – están movidos por el fabuloso negocio de las clínicas abortistas cuando no por la industria farmacéutica o cosmética ávida de tejido fetal¹¹. Este “argumento” ha sido nuevamente uno de los recursos retóricos estrella en los debates recientes sobre la reforma penal en Argentina para ampliar los supuestos del aborto permitido, y, como en el supuesto de la GS, tiene nulo valor en el contexto de la justificación. Es, por otro lado, desconsiderado con nuestro interlocutor pues en el fondo se le toma como una correa de transmisión de intereses espurios, y no como un genuino participante en una conversación franca en la que se trata de alcanzar alguna verdad, aunque sea modesta y con comillas.

3.3. *“Esto es un asunto fundamentalmente de mujeres”*

Así se pronuncia, por ejemplo, María Eugenia Rodríguez Palop, incurriendo con ello en otra falacia de atinencia, la que se conoce como falacia – nunca más apropiadamente- “ad hominem” consistente en tomar como pertinente la información de la que dispongamos sobre la persona de nuestro interlocutor, como si tal cosa fuera relevante para calibrar sus razones, olvidando así el dicho viejo: “la verdad es la verdad la diga Agamenón o su porquero”. La discusión sobre la GS, señala Rodríguez Palop: “... la tienen que protagonizar, fundamentalmen-

te, las mujeres, porque cuando hablamos de gestación, hablamos de sus cuerpos; del uso de esas funciones biológicas de concepción, gestación y parto que solo ellas tienen..."¹².

En el ámbito de la reproducción humana asistida es objeto de gran controversia si la donación de semen debe ser anónima, es decir, si debe o no ser posible que los hijos que resulten de una inseminación artificial con semen de donante puedan llegar a conocer a su padre genético. ¿Es esa una discusión en la que fundamentalmente deban participar los hombres? Sin duda, como con respecto de la gestación, esa es una experiencia – la de donar semen– que sólo los hombres tienen, pero, como bien señala Rodríguez Palop en una tribuna de prensa posterior, y en relación con el ilegítimo, por contaminante, uso de las “experiencias o vivencias personales” en el razonamiento: “Una vivencia individual no es ni puede ser nunca un argumento, de manera que no puede ser contraargumentada, lo único que puede esperarse, y la situación lo merece, es un ejercicio sincero de empatía e identificación. Esto no significa que los testimonios sean inútiles o que no sean necesarios para construir argumentos o para contrastarlos, sino que no pueden constituir, por definición, el fundamento último de ninguno de ellos”¹³. Yo no lo podría expresar mejor.

3.4. La GS es denigrante por (petición de) principio

Al inicio de mi exposición he señalado que para muchas de las que objetan a la posibilidad de permitir los contratos de GS en España, la prohibición deriva del hecho de que no hay espacio conceptualmente posible para formas de GS respetuosas con el ejercicio de la autonomía de la voluntad de la gestante de sustitución. Y esto se sostiene, en ocasiones, “pidiendo el principio”, es decir, dando por probado aquello que se tiene que demostrar, aquello que debe derivarse como una conclusión lógica a partir de la concurrencia de ciertas premisas. Así, María Eugenia Rodríguez Palop señala lo siguiente al respecto de la comparación de la GS con la interrupción voluntaria del embarazo como ejercicios ambos de la autonomía de la voluntad de las mujeres: “En el campo reproductivo, se ha intentado relacionar, muchas veces, la defensa del derecho al aborto con el debate sobre la GS, en la idea de que la misma libertad que se protege en el primer caso, habría de servir de apoyo al derecho a decidir de la gestante. Sin embargo, ambas situaciones distan mucho de ser equivalentes, *dado que con la primera se combate la ideología patriarcal dominante, y con la segunda, más bien, suele confirmarse. La GS refleja con claridad el modo en que las mujeres son oprimidas por el patriarcado y explotadas por el mercado*”¹⁴.

Más allá de que la justificación para permitir el aborto bajo ciertas condiciones sea o no principalmente “combatir la ideología patriarcal dominante”¹⁵ (y no así más rectamente reverenciar la autonomía procreativa y corporal de las mujeres), que la GS sí sea siempre y bajo cualquier circunstancia una expresión de esa “ideología patriarcal dominante” es precisamente lo que hay que demostrar, y no darlo por sentado¹⁶.

4. Las falacias de la definición persuasiva y de composición

4.1. “No somos vasijas” v. “Son nuestros hijos”

En este asunto de la GS, como en el del aborto y tantos otros, hay una soterrada batalla por el lenguaje. La persuasión lograda por el uso de términos que concitan adhesión o rechazo es

una viejísima estrategia argumentativa. Y todo el mundo la emplea: tanto quienes han puesto en circulación las “vasijas de alquiler” cuanto quienes reclaman la más neutral expresión “maternidad o gestación de sustitución”; no es lo mismo presentar el derecho a abortar como el ejercicio de un “derecho sexual y reproductivo” que etiquetarlo como “el derecho a matar al feto”. Es deshonesto y poco fértil arrojar esas cortinas de humo semántico escamoteando la discusión sobre lo sustancial.

4.2. No es un “derecho” sino un “deseo”

Lo ha dicho la actual vicepresidenta del Gobierno Carmen Calvo en el Parlamento y se repite incesantemente: con la GS no se satisface ninguna necesidad, ni por tanto se garantiza derecho alguno, sino que se satisface un “deseo”¹⁷. Presentar la GS así no es inocente pues, como sabemos bien, el lenguaje de los derechos cuenta con un extraordinario pedigrí retórico. Lo explico certeramente Liborio Hierro hace algún tiempo: “... cualquiera que pretenda hoy el respeto de cualquiera de sus deseos, la protección de cualquiera de sus intereses o la satisfacción de cualquiera de sus necesidades, prefiere formularlos como “derechos” que asumir la costosa carga de demostrar por qué sus deseos han de ser respetados, sus intereses protegidos o sus necesidades satisfechas. Parece como si al calificar ese deseo, ese interés o esa necesidad como un “derecho” uno quedase automáticamente exento de tener que demostrar su exigibilidad. Se produce una especie de ecuación semántica: es mi “derecho”, luego debe ser respetado o satisfecho”¹⁸.

Tomemos como ejemplo la restricción que en el año 2012 impuso el Ministerio de Sanidad a las parejas de lesbianas y a las mujeres solteras para acceder a la inseminación artificial en la sanidad pública. Recientemente, la Ministra de Sanidad, Carmen Montón, ha anunciado la vuelta a la cobertura sanitaria pública de esos servicios como una forma de “recuperar todos y cada uno de *los derechos* arrebatados durante la etapa de recortes del PP”¹⁹. Es la misma persona que, cuando no era todavía ministra, sostenía en la tribuna “Vasijas sin derechos” (vid supra nota 5), a propósito de la GS, que: “... la apelación al derecho a ser padres y madres no se sostiene ni como reclamo publicitario para aumentar el negocio. Primero, *no existe un derecho como tal...*” (cursivas mías).

O fijémonos en la previsión legislativa para que se inscriba la co-maternidad siempre que se haga constar que la madre se ha sometido a un procedimiento de inseminación artificial, de acuerdo con el precepto antes mencionado de la ley de técnicas de reproducción humana asistida (artículo 7.3.). Pues bien, en relación a ello un nutrido grupo de conocidas activistas feministas y académicas, entre las que se encuentran Ana de Miguel o Yayo Herrero, firmaban un manifiesto en el año 2012 “¿Qué hay de nuevo en los nuevos modelos familiares? La maternidad lesbiana **y sus derechos**” (negritas mías) en el que señalan que: “Con esta disposición [la del artículo 7], se está discriminando a las parejas de lesbianas en el *reconocimiento de los derechos de filiación y maternidad*”²⁰.

¿Por qué la pretensión de la pareja que no tiene vínculo genético pero sí la voluntad e intención de ser “co-madre” no es un (mero) deseo y sí un “derecho”? ¿Por qué se configura como un “derecho” el acceso a la inseminación artificial de la mujer soltera o lesbiana? ¿Por qué no lo sería en cambio la pretensión de los comitentes en el caso de la GS? Es conveniente recordar a estos efectos que cuando se discutieron en España los primeros proyectos de la que fue posteriormente la

Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (la ley 35/1988) fueron muchas las voces que se alzaron frente a sus muy “liberales” provisiones; para empezar permitir que la mujer soltera accediera a la inseminación artificial, o que lo pudiera hacer la viuda con semen del marido fallecido. Se decía entonces que estábamos ante meros “deseos” cuando no puros “caprichos”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 16 el derecho “a fundar una familia”. En la Constitución española no está expresamente consignada una previsión semejante, pero parece difícilmente discutible que la procreación es una manifestación del más amplio “libre desarrollo de la personalidad” que proclama el artículo 10. Otra cosa es, por supuesto, que el alcance de ese derecho no es absoluto y que el poder público puede imponer restricciones basadas en factores diversos. Pero en general tendemos a pensar que cuando contemplamos la muy humana actividad consistente en reproducirse estamos ante una pléyade de “inmidades” frente al Estado y frente a terceros. Conductas como las de si procrear o no, cuántas veces hacerlo y con quién, puede que no supongan la satisfacción de una necesidad “básica” – y en tal sentido no justificarían que la reproducción humana asistida y sus derivados formen parte de la cartera pública de servicios sanitarios– pero sí estamos frente al ejercicio de libertades que sólo por muy buenas razones debe el poder público prohibir o restringir²¹.

4.3. *Una golondrina no hace verano*

También resulta tramposo no distinguir entre modos de practicarse la GS como ya he indicado anteriormente; es decir, no debe inferirse la inmoralidad de la GS a partir de algunos casos donde nadie discutiría que hay una situación de explotación objetiva, o dar por imposible la regulación señalando los casos dramáticos que han conllevado agrios litigios o malas soluciones, como el trágicamente célebre caso de la niña Gammy. De otra forma se incurre en la falacia de composición. Es lo que, a mi juicio, hace María José Guerra en estas mismas páginas²². “Hoy en día – señala- es posible llevar a cabo una gestación subrogada en Estados Unidos, México, Rusia, Ucrania, Georgia, Kazajistán y otros como la India con cobertura legal. La mayoría son países con un alto nivel de corrupción”²³. Pero, ¿no deberían distinguirse las muy diversas situaciones en las que las mujeres gestantes llevan a cabo la gestación en esos países? ¿Cabe seriamente equiparar el modo en el que se desarrollan esas transacciones en Kazajistán y California? La propia Guerra no ignora las muy diferentes condiciones en cada caso; refiriéndose a Estados Unidos indica: “En países como EEUU las mujeres que optan por la GS lo hacen, en muchas ocasiones, para lograr los fondos necesarios para pagar la carísima educación universitaria de los hijos que ya tienen o para afrontar las facturas médicas de familiares dada la cicatería de los seguros médicos privados o su ausencia”²⁴.

Algo semejante ocurre cuando se critica la posibilidad de que se regule en España – tal y como ha propuesto el partido Ciudadanos- la GS altruista con el argumento de que, o bien tal altruismo nunca es tal, o bien, que el número de mujeres que se prestan a una GS gratuita es muy escaso²⁵. Esta segunda versión del razonamiento implica una falacia que también sobrevuela los debates entre abolicionistas y “regulacionistas” a propósito de la prostitución. Así, cuando se menciona que no todas las prostitutas ejercen su profesión de manera forzada la respuesta de muchos abolicionistas consiste en apuntar a que el 99% (una cifra, por otro lado, que no tiene contraste empírico serio²⁶) sí están sometidas a trata. ¿Querría eso decir que el Derecho no debe regular fenómenos marginales? ¿Qué diríamos si a la pretensión de agravar

la pena por asesinato mediando torturas dijéramos que el 99% de los asesinos no torturan previamente a sus víctimas? ¿No resultaría absurdo objetar a la posibilidad de donar segmento hepático entre personas vivas con el argumento de que poquísimas personas estarían dispuestas a someterse a semejante intervención altruistamente? Y sin embargo, y por buenas razones, hemos establecido una regulación que lo posibilita en nuestra legislación en materia de trasplantes. En definitiva, que deba o no permitirse la prostitución, como que deba o no permitirse la donación de órganos de vivo o la GS altruista, no depende de que sean muchas o pocas las personas dispuestas a participar en ese tipo de interacciones sino a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las partes.

Cuestión distinta es que, como bien señalan muchas detractoras de la GS, la GS altruista no sea posible. Veámoslo con un poco más de detalle en el siguiente apartado.

5. GS, altruismo y mercado: la falacia del falso dilema

Si la GS es realmente altruista, entonces no es efectiva, y si es efectiva es porque no es altruista. Así, Miguel Pasquau escribe: “¿Alguien puede creer que una mujer se alistará en un Registro como candidata a ser elegida por varones o parejas desconocidas para soportar un embarazo y parir por cuenta ajena, por una razón que no sea ganar dinero? ¿Es serio que se diga en la exposición de motivos [de la propuesta de ley de Ciudadanos] que se trata de regular una actividad de “intensa solidaridad”? “Es el mercado, idiota”, me parece estar oyendo responder”²⁷. En resumen, la única forma auténtica de GS es la comercial o mercantil, pero esta es atentatoria a la dignidad de la mujer gestante, con lo cual la conclusión está servida: debe prohibirse toda forma de GS²⁸.

Más allá de que, de acuerdo con este planteamiento, no se explicaría que en España hubiera donación de órganos entre personas vivas – a no ser que pensemos que en realidad existe un mercado negro- el planteamiento traduce un falso dilema puesto que se hurta la posibilidad de que existan grises en el espectro que va del altruismo puro al mercado desregulado y “salvaje”.

Creo, para empezar, que a la hora de caracterizar una transacción como “altruista” debemos distinguir entre motivaciones y medio de pago. Y ello porque del hecho de que haya dinero de por medio, es decir, que la prestación del servicio no sea gratuita, no se sigue necesariamente la ilicitud moral del trato. Para explicarme un poco mejor considérense los siguientes escenarios hipotéticos:

Caso 1: María y José no pueden tener hijos pues María carece de útero. Encargan por ello a Sara que geste su embrión y ella les propone hacerlo a cambio de que donen 30.000 euros a una acreditada ONG que lucha por la salud materno-infantil en la India.

Caso 2: Rosa y Fernando no pueden tener hijos y contratan a Teresa como madre sustituta. A cambio, Teresa pide a Fernando que le done un riñón a su marido Jacinto, enfermo renal, pues ambos, Jacinto y Fernando, resultan ser histo-compatibles (no así en cambio Teresa).

Caso 3: Cristiano y Ronaldo desean tener hijos y acuden a Ester, una devota pro-vida, que no les pide nada a cambio. A ella le basta con cumplir el mandato divino del “creced y multiplicaos”.

Caso 4: Beth ha firmado un contrato de gestación por sustitución con Miguel y Ricky por el que recibirá 30.000 euros con los que su aplicada hija se podrá pagar el Máster de Acceso a la Abogacía de una prestigiosa institución privada.

Caso 5: Bonnie acepta la gestación del embrión de Magdalena y Jesús, a cambio de que este último, jefe de su exmarido, le despida de su empresa y así vengarse de él.

Mantengan constantes el resto de factores moralmente relevantes: así, entre los más sobresalientes, que en todos los casos podemos afirmar que las partes intervinientes otorgan válidamente su consentimiento; que ninguna cláusula en los acuerdos vulnera el ejercicio de los derechos fundamentales de las partes (señaladamente la posibilidad de interrumpir el embarazo por parte de la gestante) y que el bienestar del menor está garantizado. Mi conclusión es que hay formas comerciales (i.e., mediando precio) de GS moralmente aceptables o muy valiosas, en un sentido relevante movidas por el altruismo (caso 1) y modos del acuerdo que discurren de forma gratuita (i.e., sin mediar precio) éticamente reprochables (caso 5); y otras transacciones, al fin, que son el resultado de haber percibido las partes que con el intercambio salen ganando dadas sus preferencias o necesidades (casos 2, 3 y 4).

En conclusión, una GS que compensa suficientemente a la madre gestante puede sin duda incentivar a que no actúe por puro altruismo, y a que sean mujeres con menos recursos las que se planteen la GS – como seguramente esté ya ocurriendo con la compensación por la “donación” de óvulos legalmente amparada en España de acuerdo con el artículo 5 de la vigente Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Ello sin embargo no conduce necesariamente a describir esas transacciones como mercantiles si con ello queremos decir interacciones fiadas al libre mercado, al puro juego de la ley de la oferta y la demanda.

6. Conclusiones

Mi pretensión en las anteriores páginas ha sido la de intentar avanzar en la discusión de la GS despejando el camino de algunos de los más comunes y falaces razonamientos empleados por sus detractores. Con ello creo que podremos discutir con mayor rigor y aprovechamiento las varias cuestiones que aún están pendientes de ser resueltas, y que, al albur de mi taxonomía, también he podido identificar: cuáles son las condiciones lícitamente estipulables en el contrato mediante el que se gesta el embrión; si debe haber o no un precio de mercado o más bien una compensación; qué condiciones personales deben reunir los intervinientes, y cuáles han de ser los términos del desarrollo y ejecución del acuerdo, principalmente la posibilidad de que la gestante pueda abortar sin restricciones y si su consentimiento es revocable y bajo qué condiciones (disponiendo, por ejemplo, de un período de arrepentimiento post-parto)²⁹. Algunas de esas circunstancias tienen una justificación basada en principios (número máximo de GS por parte de una misma mujer en atención a su salud, o para limitar el riesgo de explotación) pero otras son de naturaleza instrumental u operativa, es decir, se introducen con el propósito de lograr una mayor efectividad en el resultado deseado. Así ocurre con el requisito de la descendencia previa por parte de la gestante sustituta, o que carezca de vínculos genéticos con el embrión, condiciones ambas que persiguen minimizar el riesgo de arrepentimiento. En ese ámbito, el razonamiento moral esclarecido no será bastante sino que deberá ir acompañado del análisis desprejuiciado y desideologizado de la evidencia empírica y de la experiencia disponible en otros países.

Notas

1. Un buen contraste de las muchas divergencias posibles en ese nivel regulatorio lo ofrecen los planteamientos de Ester Farnós (“Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, Marcial Pons, 2018, en prensa) y Jesús Alfaro Águila-Real (“O regulas los vientres de alquiler o no regulas nada: sobre la gestación subrogada”, en Almacén de Derecho, 4 de julio de 2017, <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2017/07/o-regulas-los-vientres-de-alquiler-o-no.html>, última visita el 29 de agosto de 2018).
2. Lo cual no excluye la posibilidad de que pueda haber causas de justificación cuando uno mata a otro, si bien la acción es en todo caso “típica” (esto es, calificada deónticamente como prohibida) como señalan los estudiosos del Derecho penal.
3. “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo”, en *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Ricardo García Manrique (ed.), Aranzadi, 2018 (en prensa).
4. En esa línea señala María Eugenia Rodríguez Palop: “El rol que las mujeres han venido desempeñando en el ámbito privado, familiar y doméstico, les ha ayudado a interiorizar como propio un mundo relacional que fomenta la empatía y los afectos; a desarrollar un punto de vista ético diferenciado al que llamamos “ética del cuidado”, y a entender la autonomía y la libertad personal como relación, no como autosuficiencia, separación o fragmentación. Y muchas pensamos que esta perspectiva feminista, que es claramente subversiva y progresista, es la que hay que trasladar al espacio público y a las instituciones para feminizarlas o despatriarcalizarlas”; “Argumentos contra la gestación por sustitución”, en *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Ricardo García Manrique (ed.), Aranzadi, 2018 (en prensa).
5. Podría multiplicar los ejemplos, pero por compendiar todos los peores vicios asociables a ese planteamiento destacaré la tribuna de Carmen Montón, la actual ministra de Sanidad, “Vasijas sin derechos”, publicado en *The Huffington Post*, en su edición de 20 de abril de 2017 (véase “https://www.huffingtonpost.es/carmen-monton/vasijas-sin-derechos_a_22047656/?utm_hp_ref=es-gestacion-subrogada, última visita el 24 de agosto de 2018).
6. O, para el caso, prostitución y feminismo hegemónico. Así, por ejemplo, sostiene Ana de Miguel que de la misma manera que no se puede ser socialista y estar en contra de la sanidad universal, no se puede ser feminista y estar a favor de la regulación de la prostitución; véase *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, Madrid, 2015, p. 341. Con ello no quiero decir que sean equiparables la prostitución y la gestación subrogada, sino que a la hora de pensar sobre tales realidades, las actitudes de muchas pensadoras engrosadas en el feminismo “mainstream” adolecen del mismo tipo de “encapsulamiento”.
7. Al respecto de la dimensión del fenómeno véase el exhaustivo trabajo de Ester Farnós “Más allá...”, cit.
8. <https://podemos.info/posicion-politica-sobre-explotacion-reproductiva-mujeres/> (última visita el 24 de agosto de 2018).
9. “Cedo mi cuerpo libremente para que lo usen los demás. Pueden hacer conmigo lo que quieran”, *El País*, 20 de mayo de 2017, https://elpais.com/elpais/2017/05/18/mujeres/1495121982_989076.html (última visita el 29 de agosto de 2018).
10. https://www.eldiario.es/pikara/Mercado-vientres-alquiler-prostitucion-abortoEl_6_404269607.html (última visita el 26 de agosto de 2018).
11. Para muestra el botón del reportaje del periódico *La razón*, “Cuando el aborto es un negocio” publicado el 3 de noviembre de 2012 a raíz del intento del gobierno entonces del PP de modificar la legislación española en materia de aborto (https://www.larazon.es/historico/9768-cuando-el-aborto-es-un-negocio-NLLA_RA-ZON_499175, última visita el 26 de agosto de 2018).
12. “Argumentos contra la gestación por sustitución”, cit.
13. “Chester, la gestación subrogada y la familia completa”, *eldiario.es*, 20 de junio de 2018 (https://www.eldiario.es/zonacritica/Chester-gestacion-subrogada-familia-completa_6_784331587.html, última visita el 24 de agosto de 2018).

14. "Argumentos contra la gestación por sustitución", cit (cursivas más).
15. Un "combate" que enfrenta, por cierto, a millones de mujeres que están en contra del aborto. Es de suponer que sus juicios al respecto están "patriarcalizados".
16. Para un repaso a la evidencia disponible sobre la experiencia – positiva- de las propias gestantes de sustitución, me remito al trabajo de Farnós, "Más allá...", cit.
17. http://cadenaser.com/ser/2018/06/20/politica/1529479929_159606.html.
18. "El concepto de justicia y la teoría de los derechos", en *Estado, justicia, derechos*, Elías Díaz y José Luis Colomer (eds.), Alianza, Madrid, 2002, pp. 11-73, pp. 35-36.
19. Véase la edición de El periódico de 18 de junio de 2018 (<https://www.elperiodico.com/es/politica/20180618/sanidad-monton-reproduccion-asistida-mujeres-solas-lesbianas-6883557>, última visita el 30 de agosto de 2018). Las cursivas son más.
20. <http://www.feministas.org/que-hay-de-nuevo-en-los-nuevos.html> (última visita el 30 de agosto de 2018).
21. Sobre ello, véase, por todos, Miguel Presno y Pilar Jiménez, "Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea", *Revista Española de Derecho Europeo*, número 51, 2014, pp. 9-44.
22. "Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La "gestación subrogada" como nuevo negocio transnacional", *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, número 26, 2017, pp. 39-51.
23. *Ibid.*, p. 46.
24. *Id.*, p. 40. Para las referencias sobre las positivas experiencias de las gestantes de sustitución, vuelvo a remitirme al trabajo de Ester Farnós, "Más allá...".
25. A esos efectos se suele mencionar la experiencia británica.
26. Véase el trabajo de Mariona Llobet Anglí, "¿Prostitución?: ni sí ni no, sino todo lo contrario. Sesgos empíricos, contradicciones de *lege lata* y desaciertos de *lege ferenda*", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 2017, pp. 1-34. Hasta donde mis noticias alcanzan, se trata de la investigación más rigurosa sobre los orígenes del "mito del 99%".
27. "Gestación subrogada: no es solidaridad, es mercado", *ctxt*, 6 de julio de 2017 (<http://ctxt.es/es/20170628/Firmas/13629/ctxt-gestacion-subrogada-vientres-alquiler-ciudadanos.htm>, última visita el 28 de agosto de 2018).
28. Esta es una de las líneas argumentativas que sigue el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de mayo de 2017 (pp. 25, 77). El informe está disponible en: <http://www.comitedebioetica.es/documentacion/> (última visita el 28 de agosto de 2018).
29. El trabajo de Farnós "Más allá...", al que me vengo refiriendo es, a este respecto, muy iluminador. La tarea pendiente, en este ámbito regulatorio, es una forma de "especificacionismo moral" tal y como bien ha explicado recientemente Josep Joan Moreso "La gestación por sustitución: un modelo especificacionista", en Marcial Pons, 2018, en prensa.