

Hacia una regulación de la Gestación por Sustitución como Técnica de Reproducción Asistida

ANTONIO VILA-CORO VÁZQUEZ

Presidente de la Asociación Son Nuestros Hijos

Resumen

La Gestación Subrogada es una Técnica de Reproducción Asistida a la que recurren las familias que no pueden gestar a sus hijos. La LTRHA de 2006 imposibilita llevarla a cabo en España, por lo que muchas familias se ven obligadas a viajar al extranjero para cumplir su sueño de ser padres y madres. Tras su vuelta a España, estas familias han empezado a salir del armario y dar su testimonio. Al visibilizar su realidad, están ayudando a comprender la diferencia entre la maternidad y el proceso fisiológico de la gestación. La capacidad para disociar ambos conceptos está en la base de la reevaluación moral que se está produciendo en la sociedad española. Cada vez más voces demandan una regulación de la Gestación Subrogada. Se ha creado un movimiento social que entiende que esta técnica bien regulada se puede llevar a cabo respetando las libertades y garantizando el bienestar de las personas que intervienen en ella. Proponemos una regulación basada en la autonomía de las mujeres para tomar decisiones libres e informadas sobre su cuerpo.

Abstract

Gestational Surrogacy is an Assisted Reproduction Technique used by families that cannot carry and deliver their children. Spanish law on reproductive medicine precludes its use (LTRHA 2006); so many families need to travel to other countries in order to achieve their dream of becoming parents. Upon their return to Spain, these families have started to speak out and take Surrogacy out of the closet. By making their reality visible, they are communicating the difference between motherhood and the physiological process of gestation. The capacity to dissociate these concepts is the basis for the moral reevaluation that is taking place in Spanish society. There is an increasing demand for a regulation of

Surrogacy. A social movement has emerged with a new moral vision that understands that there is room for an ethical regulation that guarantees the rights and well being of everyone involved in the process. We propose a regulation of surrogacy that is based on the autonomy of women to take informed and free decisions about their own bodies.

Palabras clave

Gestación Subrogada, Bioética, Técnica de Reproducción Asistida, Medicina Reproductiva, Fecundación in Vitro, Donación de Gametos, Investigación Clínica, Voluntarios Sanos, Consentimiento informado, Autonomía, Derechos de la mujer, Derechos del niño, Origen Biológico, Maternidad, Paternidad, Familia homoparental, Derechos LGTB, Familia, Donación, Altruismo, Compensación Económica.

Key words

Surrogacy, Bioethics, Assisted Reproduction Technology, Reproductive Medicine, in Vitro Fertilization, Gamete Donation, Clinical Research, Healthy Volunteers, Informed Consent, Autonomy, Women's Rights, Children's Rights, Biological Origin, Maternity, Paternity, Same-sex parenting, LGTB Rights, Family, Donation, Altruism, Economic Compensation.

Sumario

1. Introducción.
2. Propuesta de Regulación de la Gestación Subrogada en España que:
 - 2.1 Sea accesible a cualquier tipo de familia que no pueda gestar a sus hijos.
 - 2.2 Respete la autonomía de la gestante para tomar decisiones informadas.
 - 2.3 Permita la construcción de una relación personal entre la familia y la gestante y el derecho de los hijos a conocer su origen biológico.
 - 2.4 Contemple la ausencia de relación de parentesco entre la familia y la gestante.
 - 2.5 Establezca la irreversibilidad del contrato.
 - 2.6 Fomente la motivación altruista y permita la compensación económica.

1. INTRODUCCIÓN

La Gestación por Sustitución¹ o Gestación Subrogada (GS) es una Técnica de Reproducción Asistida (TRA) que permite tener hijos a aquellas familias que no pueden llevar a término un embarazo. Consiste en encomendar el proceso fisiológico de la gestación a una mujer ajena a la familia.

Gracias a esta técnica, una madre que disponga de óvulos propios puede tener hijos genéticamente suyos aun careciendo de útero funcional. Recurriendo a una donante, la Gestación Subrogada permite también tener hijos a aquellas familias que además de no poder gestar, tampoco pueden producir óvulos. En este último caso, gestante y donante suelen ser personas diferentes y muchas regulaciones exigen que la técnica se lleve a cabo de esta manera. Mediante la Gestación Subrogada una mujer puede gestar un bebé con el que no mantiene ningún vínculo genético, puede gestar al hijo de otras personas. Se denomina gestante por subrogación, o simplemente gestante, a esta mujer que dona su capacidad de gestar.

Hasta que se hicieron posibles las actuales técnicas de Fecundación *In Vitro* (FIV), la gestación estaba indisolublemente unida a la maternidad. Muestra de ello es el principio del derecho romano expresado por la locución latina *mater semper certa est*, que establece que la filiación materna viene determinada por el parto y no es impugnabile. Este principio fue heredado por el derecho de familia español y es el que rige la legislación actual. Sin embargo, el desarrollo de las modernas Técnicas de Reproducción Asistida ha dejado obsoleto lo que era obvio en tiempos de la Roma clásica.

Uno de los problemas que plantea la Gestación Subrogada es precisamente que desafía el concepto tradicional de madre. La maternidad se ha entendido tradicionalmente como una entidad única, de ahí la expresión “madre no hay más que una”. Sin embargo, en realidad se compone de una amalgama de roles que pueden ser divididos y llevados a cabo por diferentes mujeres². Disociar de la maternidad algunos de estos roles es algo que la sociedad ha entendido sin mayor problema en muchas ocasiones. Incluso algunas de estas disociaciones están reguladas por la legislación española:

¹ LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 2013, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, p. 22.

² VILA-CORO, A., “Madre no hay más que cinco”, *El Huffington Post*, 27-10-2012.

- Al regular la donación de óvulos, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006³ establece las condiciones para que la maternidad quede dissociada de la carga genética. Una mujer puede aportar un óvulo para engendrar el hijo de otra mujer. De esta manera, las mujeres que no tienen capacidad de producir óvulos pueden ser madres gracias a la solidaridad de otras mujeres.
- Una mujer puede amamantar al hijo de otra mujer. En épocas no muy lejanas existían las denominadas nodrizas, o amas de cría⁴, mujeres que cumplían la función de lactancia en sustitución de la madre. Hoy día los biberones y las fórmulas de leche infantil han solucionado el problema permitiendo la lactancia artificial. Incluso la leche humana natural se puede conservar en frío, lo que permite la lactancia sin que sea necesario el contacto físico con la mujer que aporta su leche. Las madres que no son capaces de producir leche pueden conseguir que sus hijos se beneficien de las propiedades de la leche humana gracias a la solidaridad de otras mujeres.
- Una mujer puede cuidar al hijo de otra mujer. La incorporación de la mujer al mercado laboral ha hecho que delegar la crianza de los hijos sea más necesario que en otras épocas de la historia. Hoy día las madres trabajadoras encomiendan el cuidado de sus hijos a terceros, ya sean personas empleadas del hogar, guarderías, parientes, etc.
- Una mujer puede ser responsable del hijo de otra mujer. Las funciones inherentes a la relación legal de filiación pueden ser delegadas en un tutor o tutora en aquellos casos en los que la madre legal no pueda ejercerlas. La maternidad se puede disociar incluso de la responsabilidad de ser madre.
- Por último, una mujer puede gestar al hijo de otra mujer. La Gestación Subrogada no hace sino ir un paso más allá y disociar la maternidad del proceso fisiológico de la gestación. Las mujeres que no tienen capacidad de gestar pueden ser madres gracias a la solidaridad de otras mujeres.

³ La donación de óvulos está en realidad regulada desde la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida.

⁴ FILDERS, V. A., *Wet-Nursing. A History from Antiquity to the Present*, 1988, Blackwell Publishers.

Gestar no es lo mismo que ser madre. Ser madre es algo que va mucho más allá de lo fisiológico de la gestación. Ser madre no se subroga, por tanto es incorrecto hablar de “maternidad subrogada”. Lo que se subroga o sustituye es la gestación.

Pero el concepto tradicional de madre tiene una gran carga emocional que condiciona la valoración ética de la Gestación Subrogada. El debate acalorado entre prohibicionistas y partidarios de su regulación está servido. Para entender ambas posturas podemos recurrir a la psicología de la moral. Varios autores establecen modelos que explican los fundamentos psicológicos de la moral humana y aportan un marco teórico para analizar el debate en torno a la Gestación Subrogada:

- Richard Shweder define tres sistemas éticos basados en la divinidad, comunidad y autonomía⁵. En el extremo de la divinidad el sistema ético es menos racional y se basa en la idea de pureza. Se establecen normas morales para no caer en la contaminación ni en la corrupción. En el extremo de la autonomía las valoraciones éticas son más racionales, se basan en la justicia y los derechos. Las personas tienen derechos, y una transgresión moral consiste en una violación de esos derechos.
- Jonathan Haidt, por su parte, establece cinco sistemas psicológicos que sirven como fundamentos de la moral⁶ y que son en realidad subdivisiones de los sistemas éticos de Shweder. En el extremo irracional estaría la pureza/santidad y en el otro extremo estaría la ecuanimidad/reciprocidad. Pero a diferencia de Shweder, Haidt demuestra que los fundamentos basados en pureza/santidad no son exclusivos de las sociedades primitivas. Las personas en sociedades modernas también los aplican cuando son confrontados con ciertas situaciones (incesto, bestialismo, canibalismo, etc.)
- Podemos ir más allá y relacionar estos fundamentos de la moral con los modelos de relación social de Alan Fiske⁷, que van desde el reparto

⁵ SHWEDER, R. A. *et. al.*, “The ‘big three’ of morality (autonomy, community, and divinity), and the ‘big three’ explanations of suffering.”, 1997, en A. M. Brandt & P. Rozin (Eds.), *Morality and health* (pp. 119–169). New York: Routledge.

⁶ HAIDT, J., & GRAHAM, J., “When morality opposes justice: Conservatives have moral intuitions that liberals may not recognize.”, 2007, *Social Justice Research*, 20, 98-116.

⁷ FISKE, A. P., “The four elementary forms of sociality: framework for a unified theory of social relations.”, 1992, *Psychological review*.

comunitario y la jerarquía de autoridad en los grupos tribales, hasta el trueque y los instrumentos elaborados para el comercio en las sociedades modernas.

El concepto tradicional de madre se encuadra en los fundamentos de la moral basados en la divinidad/pureza/santidad. La cultura popular refleja este encaje sagrado de la maternidad en múltiples expresiones: “Madre no hay más que una y a ti te encontré en la calle”, “Todito te lo consiento menos faltarle a mi madre”... La maternidad es incluso equiparada con la religión en la célebre y desafortunada metáfora del Papa Francisco: “Si alguien insulta a mi madre, le espera un puño, ¡es normal!”⁸.

Las personas que mantienen posturas contrarias a la Gestación Subrogada no consiguen disociar la gestación de la maternidad. Esto les lleva a interpretar la GS como una manipulación de la maternidad. Pero la maternidad es una entidad sagrada que no puede ser manipulada sin que se corrompa su esencia. Cualquier manipulación supone una corrupción de su pureza y conlleva una transgresión moral.

Por el contrario, las personas que están a favor de la regulación entienden que la gestación y la maternidad son cosas diferentes. La gestación es un simple proceso fisiológico y la maternidad es algo que va mucho más allá de la fisiología. La diferencia es radical, mientras la maternidad es un concepto sagrado, el proceso fisiológico de la gestación no, y por tanto puede ser objeto de manipulación sin objeción moral alguna.

Una vez entendida la diferencia entre gestación y maternidad, la evaluación moral rápidamente se traslada al marco de la ecuanimidad/reciprocidad. La Gestación Subrogada supone un acuerdo entre diferentes partes cuyo bienestar ha de estar garantizado en todo momento. Siempre que se den estas garantías, será una técnica moralmente aceptable.

Si analizamos el debate, vemos cómo los argumentos de una y otra parte derivan de fundamentos psicológicos de la moral claramente diferentes:

- Las posturas contrarias afirman que la técnica atenta contra la dignidad de la mujer, fundamentándose claramente en conceptos de pureza/santidad. No importa que la mujer sea consciente de los riesgos y molestias de la técnica, que consienta libremente y que incluso desee fervientemente gestar a un hijo que no es suyo. Da

⁸ Metáfora usada para ilustrar que insultar a la religión genera terrorismo (en referencia a los atentados del 7 de enero de 2015 en París).

igual que se garantice su bienestar y el de todas las partes, para esta postura se estará corrompiendo la pureza de la maternidad. Los defensores de esta postura suelen utilizar la palabra “dignidad” para referirse a esta pureza. Para ellos, padres de intención y gestante no son quienes para corromper la dignidad sagrada de la maternidad. La gestante no tiene capacidad para decidir lo que puede hacer con su cuerpo, ha de ser tutelada.

- En cambio, la mujer gestante por subrogación cree que su “dignidad” reside en otros sitios. Ella no siente que se esté corrompiendo una entidad sagrada, sino que está donando su capacidad de llevar a cabo un proceso fisiológico. Evalúa moralmente la técnica en otros términos, entiende que las diferentes partes son autónomas para llegar a un acuerdo en el que todos ganan porque existe reciprocidad. Gestante y padres de intención no entienden por qué se ve como moralmente reprochable un acuerdo en el que todas las partes salen tan beneficiadas. ¿Quiénes son los demás para decidir dónde reside su dignidad?

Hasta hace no mucho tiempo, existía una valoración moral negativa generalizada de la Gestación Subrogada en la sociedad española. Se trataba de una realidad poco accesible de la que solo se hablaba en la prensa sensacionalista o en las teleseries de sobremesa los fines de semana. Pero en un mundo cada vez más globalizado surgieron pronto las primeras familias españolas en acceder a países donde esta técnica está regulada. Estas familias fueron pioneras en cambiar su visión moral y en viajar al extranjero para superar sus problemas de fertilidad y cumplir su sueño de ser padres y madres.

La Gestación Subrogada no es el único caso de TRA que mueve a las familias a viajar para tener hijos. En Europa se dan muchos movimientos causados por las diferentes regulaciones entre países que afectan a otras TRA como FIV, donación de gametos, etc. Esta realidad ha abierto el debate sobre los aspectos morales del mal llamado “turismo reproductivo”. Es mejor hablar de Atención Reproductiva Transfronteriza (ARTF) siguiendo la propuesta de investigadores especializados en esta parte de la bioética. Uno de ellos, Guido Pennings, hace una afirmación⁹ que encaja muy bien con las primeras familias españolas que recurrieron a GS: “Permitir la ARTF es una forma de tolerancia que previene el choque

⁹ PENNINGGS, G., “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, 2002, *Journal of Medical Ethics*.

frontal entre la mayoría que impone su visión moral y la minoría que reivindica su derecho moral a acceder a un servicio médico”.

Efectivamente, estas familias pioneras tenían una visión moral diferente a la de su sociedad, y esto fue lo que las empujó a viajar a destinos que encajaban con su visión moral y que les permitirían ser padres y madres. Pero no se quedaron ahí, de vuelta en España con sus hijos han sido el motor de un cambio social del que ha resultado un movimiento ciudadano que demanda la regulación de la GS en España¹⁰.

Hace ahora seis años comenzaron a visibilizar su realidad. Desde entonces vienen realizando una intensa labor de comunicación a través de prensa, radio, televisión y redes sociales. No solo para explicar a la sociedad española en qué consiste esta técnica, sino también para contar el lado más humano de sus historias y las de sus gestantes. En este tiempo se ha conseguido mucho, y quizá la conclusión más importante que podemos sacar es que lo que más alimenta los prejuicios contra la GS es el desconocimiento. La mayoría de las personas, independientemente de su ideología y estrato social, hacen una reevaluación moral de la gestación subrogada cuando adquieren el conocimiento que les permite disociar la gestación de la maternidad.

Sin embargo, hay dos grupos de pensamiento que son altamente reacios a esta reevaluación moral: Los católicos ultraconservadores y las feministas radicales, que entienden el feminismo como una religión. Ambos grupos tienen un fuerte componente religioso en su ideología que les impide abandonar fundamentos morales basados en la divinidad/pureza/santidad. Los católicos ultraconservadores consideran al embrión humano como una entidad sagrada. En el caso de las feministas radicales, es el cuerpo de la mujer lo que se considera sagrado. Cualquier manipulación de una de estas entidades sagradas supone una transgresión moral.

Es curioso ver cómo en otros temas estos dos grupos están ferozmente enfrentados. Por ejemplo, cuando se trata de discutir sobre el aborto, existe un conflicto de intereses entre lo que resulta sagrado para cada uno de ellos, el entendimiento es imposible. Pero curiosamente, cuando se trata de gestación subrogada, ambos grupos utilizan el mismo tipo de argumentos. En ocasiones es muy difícil diferenciar de dónde vienen las críticas a la GS.

¹⁰ VILA-CORO, A., “Este orgullo celebramos que la gestación subrogada salió del armario”, *El Huffington Post*, 29-06-2012.

Otra de las características de la psicología moral humana son los intentos de racionalizar los juicios morales que en realidad están basados en instintos irracionales. Los ultraconservadores católicos, por ejemplo, buscan desesperadamente estudios que demuestren daños psicológicos a las mujeres que abortan. Las feministas radicales hacen lo mismo con estudios que demuestren daño psicológico a la mujer que gesta por subrogación. Ambos grupos intentan descalificar la GS buscando ejemplos en los que la técnica no está bien regulada o existe mala práctica. Solo son capaces de imaginar situaciones en las que la mujer no tiene autonomía para tomar sus propias decisiones y necesita que alguien tutele su cuerpo para protegerlo de la impureza.

Afortunadamente, la mayoría de la sociedad española es capaz de desarrollar otros fundamentos psicológicos para su valoración moral. Gracias a esa capacidad se han conseguido importantes avances sociales. Si tomamos como ejemplo el matrimonio entre personas del mismo sexo:

- Quien se opone ve en la homosexualidad una corrupción de la pureza del amor romántico y la rechaza utilizando mecanismos psicológicos muy relacionados con el sentimiento de asco¹¹. El fundamento psicológico contrario al matrimonio igualitario está claramente basado en la divinidad/pureza/santidad.
- Quien está a favor del matrimonio igualitario es capaz de hacer la transición hacia un esquema autonomía/reciprocidad/ecuanimidad para su valoración moral. Entiende que las personas somos autónomas a la hora de decidir con quién establecemos relaciones de pareja, que en estas relaciones se da el amor recíproco entre ambas partes de la pareja independientemente de su sexo y que siendo ecuanímenes hay que utilizar las mismas instituciones sociales para regular las mismas realidades.
- De la misma manera que lo hizo para el matrimonio igualitario, la sociedad española está cada día más preparada para regular la Gestación Subrogada. Nos estamos moviendo hacia una valoración moral basada en la autonomía/reciprocidad/ecuanimidad y demandamos un marco legal que la regule según este esquema. El desafío ahora está en definir un modelo de regulación que garantice los derechos y libertades de las partes que intervienen.

¹¹ ESTES, S. & GRAHAM, J., “Why gay marriage divides the world”, *New Scientist*, 22 de mayo de 2012.

2. PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA

Las familias que recurrimos a esta técnica o la necesitan, nos hemos movilizado a través de organizaciones como Son Nuestros Hijos¹² o la Asociación por la Gestación Subrogada en España para promover su regulación. Uno de los proyectos es una Iniciativa Legislativa Popular que lleve al Congreso de los Diputados una propuesta de ley¹³. El modelo de regulación que proponemos está inspirado en el marco legal de algunos estados de EEUU como California o Illinois pero mejorado y adaptado a la realidad española. Sus grandes líneas pueden ser resumidas en 6 puntos:

2.1. Accesible a cualquier tipo de familia que no pueda gestar a sus hijos

La gestación subrogada como técnica de reproducción asistida tiene que ser accesible a cualquier modelo de familia, ya sea tradicional, homoparental o monoparental. Como no podría ser de otra manera dado el marco legal español, el acceso ha de estar garantizado en igualdad de condiciones independientemente del sexo, identidad de género, orientación sexual o cualquier otra circunstancia personal.

El único requisito para poder recurrir a GS es una incapacidad de gestar que puede ser debida a diferentes causas. Existen multitud de enfermedades y circunstancias que impiden a una mujer gestar. La ausencia de útero está causada por síndromes como el de Asherman, Rokitanski o como consecuencia de otras enfermedades como el cáncer. En algunas ocasiones el útero está presente pero no es funcional y en otras ocasiones es funcional pero la gestación conllevaría riesgos para la salud de la madre. Tampoco tienen capacidad de gestar las familias formadas por parejas de hombres, hombres solteros o personas transexuales, y, por tanto, en todos estos casos se cumplirían los requisitos para poder recurrir a la GS.

A diferencia de la adopción, no hará falta una evaluación de la idoneidad para ser padre o madre. Sí que será necesaria una evaluación psicosocial para determinar la idoneidad de la familia que recurre a GS para afrontar

¹² <http://www.sonnuestroshijos.com>

¹³ <http://www.xn--gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/4.html>

el proceso y su capacidad para gestionar la relación que tendrá con la mujer gestante.

2.2. Respeto a la autonomía de la gestante para tomar decisiones informadas

La regulación respetará en todo momento la autonomía de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo. Y entre las decisiones que se respetan estará la de gestar a sus propios hijos o donar su capacidad de gestar a hijos ajenos.

Sin embargo, el embarazo conlleva unos riesgos que pueden ser mayores o menores dependiendo de las circunstancias y la salud de la mujer que gesta. La regulación ha de velar porque la gestante esté informada y sea plenamente consciente de los riesgos que asume. Para ello, una de las exigencias de la regulación será que la mujer gestante por subrogación haya gestado previamente por lo menos a un hijo propio. Esta es la única manera de que tenga conciencia plena de las implicaciones de un embarazo.

Los riesgos del embarazo serán objeto de evaluación médica, y será el criterio del ginecólogo/obstetra el que determine la idoneidad de una mujer para donar su capacidad de gestar. La exigencia de embarazo previo cumple además la función de validar la ausencia de riesgos en la gestación. Es decir, podrán donar su capacidad de gestar aquellas mujeres que tienen buenos embarazos y, por tanto, menores riesgos.

Además del criterio ginecológico, será necesaria una evaluación psicosocial que determinará la idoneidad de la gestante para afrontar el proceso y su capacidad para gestionar la relación que tendrá con los padres de intención.

2.3. Construcción de una relación personal entre la familia y la gestante, y derecho de los hijos a conocer su origen biológico

La actual LTRA establece el anonimato obligatorio en la donación de gametos. Y algunos expertos han alzado la voz para sugerir que la donación de capacidad de gestar debería ser también anónima en caso de regularse. ¿Qué se pretende conseguir con una regulación que impone el anonimato? Puede que la intención que hay detrás de tanto ocultismo sea proteger a los niños de los supuestos daños psicológicos que supondría conocer su origen, o evitar que las partes en una donación pretendan saltarse el acuerdo que regula la filiación. Cualquiera que sea

el motivo, no parece que el anonimato sea solución a nada y, además, entra claramente en conflicto con el derecho de nuestros hijos a conocer su origen biológico.

Las familias que recurren a TRAs piensan en su mayoría que el anonimato debería ser una decisión personal y no una imposición. Y en cualquier caso mantenerse solo si los hijos nacidos mediante esta técnica no desean conocer su origen biológico.

Pero, además, en el caso de la gestación subrogada, el anonimato entraría en conflicto con otro derecho, el de la familia y la gestante a establecer una relación personal. Son varios los beneficios de esta relación, la familia puede ir viviendo el embarazo a través del contacto con la gestante y su testimonio directo. Puede acudir con ella a las ecografías, saber cómo se siente e ir formando un vínculo afectivo con el bebé que va a nacer. Estar en contacto con la mujer que gesta a tu hijo tranquiliza y reduce el estrés de la larga espera que supone la gestación. Por su parte, la gestante puede recibir la compensación emocional a su esfuerzo y dedicación a través del contacto con los padres de intención.

Diferentes estudios coinciden en la conveniencia de revelar al niño su origen biológico en edades tempranas¹⁴. Cuanto más se retrase más aumentan las posibilidades de que se sienta engañado y traicionado por sus padres. En el caso de la gestación subrogada, el origen biológico tiene además dos componentes, el de la mujer que gestó a nuestros hijos y el de la mujer que donó el óvulo. Para ambos componentes la regulación debería evitar imponer anonimatos, pero con más argumentos si cabe en el caso de la gestación por los motivos anteriormente expuestos.

Se ha argumentado que en las regulaciones en las que no hay anonimato se reduce el número de donantes. Pero este argumento es cuestionable¹⁵, y en cualquier caso el modelo que proponemos contempla el anonimato, como una opción que podrían elegir donantes y padres que así lo deseen. Existen también alternativas al anonimato como son los acuerdos privados de confidencialidad, que pueden ir incluso unidos a compromisos de no contactar con la donante por parte de la familia. En cualquier caso, la regulación española podría moverse hacia posiciones en las que se

¹⁴ JADVA, V. *et al.*, "The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type", 2009, *Human Reproduction*

¹⁵ MUNDY, L., "Shortage? What shortage? How the sperm donor debate missed its mark", *The Guardian*, 19 de septiembre de 2010

respete más la autonomía de los ciudadanos para tomar decisiones que afectan a su vida privada.

2.4. Ausencia de relación de parentesco entre la familia y la gestante

En algunos países existen regulaciones que exigen una relación de parentesco entre la gestante y la madre de intención¹⁶. El propósito de esta exigencia no puede ser otro que el de intentar garantizar el altruismo en la donación de capacidad de gestar. Estas regulaciones asumen que una mujer sería difícilmente capaz de gestar de manera altruista al hijo de una extraña. Sin embargo, quizás entienden que gestar al hijo de (por ejemplo) una hermana no puede tener otro motivo que el altruismo.

Nada más lejos de la realidad, el hecho de que la gestante sea pariente de la madre no garantiza que sus motivos sean puramente altruistas. Pero, además, tiene un efecto profundamente perverso, convierte a las parientes de la madre de intención en las únicas candidatas posibles y las deja a merced de la presión que supone el chantaje emocional de la familia.

Los motivos que llevan a una mujer a gestar el hijo de otros son muchos y complejos. Y entre ellos puede estar la aspiración legítima de tener una compensación emocional que perfectamente puede venir de un extraño. Quizá lo recomendable sería que la gestante no guardara ninguna relación con los padres de intención. Esto evitaría que las relaciones se estropearan tras quedar el deber y el haber emocional descompensados por incumplimiento de las expectativas puestas en el acto de donación.

La obsesión con el altruismo nos puede llevar a exigencias absurdas en las regulaciones. ¿Acaso los humanos no somos capaces de tener comportamientos altruistas con desconocidos?

2.5. Irreversibilidad del contrato

Otra característica que se da en las regulaciones de algunos países como Reino Unido es la reversibilidad del contrato¹⁷. Esto es, la gestante dispone de un periodo de tiempo determinado tras el parto para reivindicar

¹⁶ Es el caso de Tailandia desde agosto de 2014: WANGKIAT, P., “Surrogacy law to tackle parental rights”, *Bangkok Post*, 13-8-2014

¹⁷ Surrogacy Arrangements Act 1985, Chapter 49, F41A, “No surrogacy arrangement is enforceable by or against any of the persons making it.”

derechos de filiación sobre el bebé. Para alguien que oye por primera vez hablar de Gestación Subrogada, este periodo podría sonar razonable. Pero para quien ha entendido la diferencia entre gestar y ser madre es algo aberrante e inmoral.

Imaginemos una pareja heterosexual que se ha embarcado en el proyecto de formar familia. Quieren ser padres juntos, pero no pueden gestar y se someten a un tratamiento de fertilidad. Ella aporta sus óvulos y él su esperma para producir embriones que luego transferirán al útero de otra mujer para que los geste. Esta pareja ve crecer el vínculo emocional con su hijo a medida que progresa la gestación. Ellos son padres desde el momento en que se embarcaron en el proyecto, pero han encomendado la gestación de su hijo a otra persona. Poco a poco se acerca el momento de cumplir sus ilusiones, y con el parto por fin su sueño se hace realidad, su hijo ya ha nacido. Sin embargo, algunas legislaciones permiten que estos padres se queden sin el hijo por el que tanto han luchado. ¿Cómo se puede permitir algo tan tremendamente injusto e inmoral como quitarle un hijo a sus padres?

La única explicación es que el legislador haya confundido gestante con madre, y que además interprete que una mujer no es capaz de tomar de manera autónoma la decisión de gestar el hijo de otros y asumir las responsabilidades que esto conlleva. ¿Acaso en estos modelos de regulación no existe una evaluación psicológica que evalúe la idoneidad para ser gestante?

Muchos argumentarán que el vínculo afectivo que se forma entre la gestante y el bebé gestado es el fundamento de derecho para reivindicar la filiación. Pero existen multitud de personas que establecen vínculos afectivos con nuestros hijos. ¿Esto les da derecho a reivindicar una relación de filiación y arrebatárnoslos?

Imaginemos una pareja con una hija de pocos meses; cuando terminan los permisos de maternidad y paternidad necesitan que alguien la cuide para reincorporarse a sus puestos de trabajo. Deciden encomendar el cuidado de su hija a una señora que se ofrece como “madre de día”, cuida a varios bebés porque sus padres trabajan y no pueden. Pasados los meses, van un día a recoger a su hija pero la señora se niega a entregarla, se ha encariñado con ella. Pasa mucho más tiempo con ella que sus propios padres y ha establecido un vínculo emocional que le da derecho a reivindicar la filiación. ¿Suena aberrante verdad? ¿Pero qué diferencia hay entre esta situación y una regulación que establece un periodo para

que la gestante reivindique la filiación sobre el embrión que se le ha encomendado?

La inseguridad jurídica que supone un contrato reversible es insostenible. Sería equivalente a que los donantes de gametos pudieran revertir el acuerdo de donación. Con esta regulación, una familia podría tener un hijo gracias a un donante de esperma, y éste aparecer tras el parto reivindicando derechos de filiación. Marcos legales como el del Reino Unido contemplan situaciones tan inmorales como esta. Si queremos buscar referentes para regular la Gestación Subrogada, no los vamos a encontrar en Europa.

2.6. Sistema altruista con compensación económica

Sin duda el punto que genera más debate es la posibilidad de que la gestante reciba una compensación por los riesgos y molestias a los que se somete cuando dona su capacidad de gestar.

Sin embargo, este tipo de compensaciones son habituales en muchos procedimientos y estudios que se realizan con voluntarios. Por ejemplo, en un estudio académico se suele compensar a los participantes por el tiempo perdido y las molestias sufridas al someterse a los rigores del experimento, aunque solo sea rellenar una encuesta.

Si el estudio es de tipo médico, además de la molestia, se introduce el factor riesgo para el voluntario sano que dona su cuerpo a favor del avance científico. La regulación española contempla que estos participantes en investigación clínica reciban una compensación económica por los riesgos y las molestias sufridos¹⁸. Establece además que esta compensación nunca será tan alta como para inducir a participar en el ensayo por motivos exclusivamente económicos y que será fijada en función de las características del ensayo. Es decir, a mayor molestia mayor compensación.

Este es exactamente el mismo razonamiento que se sigue en la compensación económica que reciben los donantes de gametos¹⁹. Un donante de semen sufre mucho menos las molestias que una donante de

¹⁸ Artículo 3.8 del Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.

¹⁹ Artículo 3.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

óvulos y, por tanto, la compensación económica que recibe es mucho menor. Para poder donar óvulos hay que someterse a una estimulación ovárica con un tratamiento hormonal que puede tener efectos secundarios y a una extracción de folículos con un procedimiento invasivo que también tiene sus riesgos. Donar semen es mucho menos molesto, y conlleva una compensación económica, dos órdenes de magnitud menor.

Y este es también el razonamiento que lleva a compensar económicamente a las gestantes por subrogación en muchas regulaciones. La gestación conlleva más riesgos, más molestias y dura más que la donación de óvulos y, por tanto, está compensada con una cantidad mayor.

La investigación clínica somete a sus voluntarios a protocolos que varían según los objetivos del estudio. Para poder estudiar los riesgos de estos protocolos clínicos, la regulación establece la creación de comités éticos. Por el contrario, la donación de gametos sigue unos protocolos establecidos y sujetos a poca variación, que no necesitan esa supervisión por parte de comités éticos. Este sería también el caso de la GS, no necesitaría comités éticos que evalúen cada protocolo porque los protocolos son siempre los mismos. La evaluación de riesgos corre a cargo del médico que establece los criterios de inclusión o exclusión como vimos en el punto 2.

Toda esta regulación sobre compensaciones económicas que ya existe en España está basada en una moral fundada en autonomía/reciprocidad/ecuanimidad:

- Autonomía: El voluntario da su consentimiento informado para participar en el procedimiento de ensayo.
- Reciprocidad: El voluntario se somete a molestias, el promotor del ensayo le compensa económicamente.
- Ecuanimidad: La compensación se establece en función de las características del ensayo.

Su objetivo es proteger el bienestar de las diferentes partes que participan en los ensayos. ¿Por qué no podemos aplicar estos mismos principios a la gestación subrogada?

Existe una gran resistencia a la compensación económica a la gestante por parte de algunos grupos de pensamiento. Y de nuevo la razón de este rechazo está en aplicar una valoración moral basada en la

divinidad/pureza/santidad. El dinero es el peor contaminante para la pureza inherente al concepto sagrado de maternidad. Cualquier transferencia de valor alrededor de la maternidad hace que sea interpretada como un mercadeo repugnante²⁰.

Y, como vimos anteriormente, estos grupos se empeñan en racionalizar su rechazo. Para hacerlo, intentan equiparar compensación económica con la explotación de la mujer, buscando siempre ejemplos de regulaciones deficientes y mala práctica. Intentan desesperadamente demostrar que el dinero corrompe sistemáticamente y lleva inevitablemente al abuso. Tal es la desesperación y el calor del debate que muchas veces la batalla dialéctica deriva en una discusión sobre la naturaleza malvada del capitalismo.

Pero sabemos que podemos regular la Gestación Subrogada con compensación económica respetando las garantías de las partes y sin caer en el abuso. Lo hemos hecho ya con la investigación clínica: El dinero que reciben los voluntarios sanos no les lleva a ser explotados sistemáticamente como cobayas humanos. Todo lo contrario, la compensación económica es el sistema más ético una vez que hemos conseguido liberarnos de prejuicios.

Por supuesto que existen casos de mala práctica en algunos lugares del mundo. Pero esto no invalida la Gestación Subrogada como TRA. Siguiendo el mismo razonamiento: Ha habido casos de mala práctica en adopción en diferentes países, pero esto no invalida la adopción como mecanismo de protección de la infancia. Ha habido casos de mala práctica en investigación clínica, pero esto no la invalida como único camino para el avance de la medicina y la cura de muchas enfermedades.

Legislemos sobre Gestación Subrogada, desarrollemos una regulación ética y práctica en España, evitemos abusos y malas prácticas en otras partes del mundo. Pero, sobre todo, conseguiremos la felicidad para muchas familias que sueñan con tener hijos. Todos salimos ganando.

²⁰ ROTH, AE. "Repugnance as a Constraint on Markets", NBER Working Paper No. 12702, November 2006.

BIBLIOGRAFÍA

ESTES, S., y GRAHAM, J., “Why gay marriage divides the world”, *New Scientist*, 22 de mayo de 2012.

FILDES, V. A., *Wet-Nursing. A History from Antiquity to the Present*, 1988, Blackwell Publishers.

FISKE, A. P., “The four elementary forms of sociality: framework for a unified theory of social relations.”, 1992, *Psychological review*.

HAIDT, J., y GRAHAM, J., “When morality opposes justice: Conservatives have moral intuitions that liberals may not recognize.”, 2007, *Social Justice Research*, 20, 98-116.

JADVA, V. *et al.*, “The experiences of adolescents and adults conceived by sperm donation: comparisons by age of disclosure and family type”, 2009, *Human Reproduction*.

LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, 2013, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, p. 22.

MUNDY, L., “Shortage? What shortage? How the sperm donor debate missed its mark”, *The Guardian*, 19 de septiembre de 2010.

PENNINGS, G., “Reproductive tourism as moral pluralism in motion”, 2002, *Journal of Medical Ethics*.

ROTH, AE., “Repugnance as a Constraint on Markets”, *NBER Working Paper* n.º 12702, noviembre de 2006.

SHWEDER, R. A. *et al.*, “The ‘big three’ of morality (autonomy, community, and divinity), and the ‘big three’ explanations of suffering.”, 1997, en A. M. Brandt & P. Rozin (Eds.), *Morality and health* (pp. 119–169). New York: Routledge.

VILA-CORO, A.,

“Este orgullo celebramos que la gestación subrogada salió del armario”, *El Huffington Post*, 29-06-2012.

“Madre no hay más que cinco”, *El Huffington Post*, 27-10-2012.