



MASTER EN DERECHOS HUMANOS (ESPECIALIDAD EN BIODERECHO)

Trabajo Final De Máster 2022-2023

Convocatoria de septiembre 2023

**LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS DEL RECIÉN NACIDO EN
LOS CASOS DE EXPLOTACIÓN REPRODUCTIVA (“GESTACIÓN POR
SUSTITUCIÓN”) A LA LUZ DE LA EVIDENCIA CIENTÍFICA.
PROPUESTA PARA UN DERECHO AL NACIMIENTO DIGNO.**

Autora: Ana García Candil

Profesora tutora: Amalia Balaguer Pérez

ÍNDICE

<i>Introducción: Presentación del objeto de estudio.....</i>	<i>1</i>
<i>Capítulo 1: Definiciones y análisis lingüístico por tener el Derecho una dimensión interpretativa. El problema de las denominaciones.....</i>	<i>6</i>
1.1 La importancia del lenguaje.....	6
1.2 El problema de las denominaciones.....	7
1.3 El marco conceptual de la expresión “vientres de alquiler”, “madres de alquiler” y afines.....	8
1.4 El marco conceptual de la expresión “gestación subrogada”, “gestación por sustitución” y afines.....	12
1.5 De los marcos a las ideologías: la comunicación de masas y su influencia en la relación entre lenguaje y Derecho.....	15
1.6 Lenguaje y Derecho.....	18
1.7 Conclusiones.....	21
<i>Capítulo 2: La legislación.....</i>	<i>22</i>
2.1 Antecedentes.....	22
2.2 La primera sentencia que sentó la jurisprudencia en EEUU.....	25
2.3 Declaraciones de derechos humanos y bioética.....	28
2.4 El contrato según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.....	32
2.5 Los protocolos hospitalarios en España.....	36
2.6 Conflictos jurídicos a que da lugar.....	38
2.7 Conclusión.....	41
<i>Capítulo 3: La evidencia científica.....</i>	<i>43</i>
3.1 Biología evolutiva.....	44
3.2 Teoría del apego.....	47
3.3 Neurociencia perinatal. El cerebro maternal y el cerebro del bebé: una etapa simbiótica.....	49
3.4 El trauma de la separación postparto: la herida primal.....	52
3.5 Conclusiones.....	56

<i>Capítulo 4: Los derechos y principios vulnerados.....</i>	60
4.1 El derecho a la integridad.	63
4.2 El derecho a la protección de la salud.....	66
4.3 La igualdad.....	68
4.4 La dignidad.....	71
<i>Capítulo 5: La reflexión bioética.....</i>	73
5.1 La raíz del conflicto bioético.	76
5.2 Los principios de la Bioética.	78
5.3 Conclusiones para una (bio)ética común desde los Derechos Humanos.....	80
<i>Propuesta para un derecho al nacimiento digno.....</i>	84
<i>Conclusión final.....</i>	86
<i>Referencias bibliográficas</i>	89

Para cambiar el mundo hay que cambiar la forma de nacer.

Michel Odent, obstetra.

Introducción: Presentación del objeto de estudio.

El objeto del presente trabajo es presentar la situación jurídica y plantear los derechos de las personas recién nacidas por la mal llamada¹ gestación “por sustitución” o gestación “subrogada”. La elección de la expresión personas recién nacidas tiene el propósito de llamar la atención sobre la relevancia de incluir en el debate al protagonista indiscutible de este acto: el bebé, cuya perspectiva se obvia consciente e inconscientemente en cualquier conversación sobre esta cuestión. Los motivos de esta ausencia ponen de manifiesto que no existe un verdadero debate ni una reflexión bioética² acertada, sino que lo que predomina en los medios es una campaña de propaganda y marketing³ bien orquestada por la industria que sale beneficiada por este lucrativo negocio⁴, ante la cual la reacción social se manifiesta de forma heterogénea con aprobación,

¹ En un capítulo posterior expongo que el uso del lenguaje no es baladí y sus implicaciones reflejan las diferentes posiciones ideológicas sobre el tema.

² Comenta Romeo Casabona que una de las premisas de la dialéctica entre Ética y Derecho en lo que se refiere a su proyección en las Ciencias Biomédicas es que la reflexión y la búsqueda de principios regulativos corresponde a toda la colectividad, por afectar a su propia identidad colectiva, además de al individuo, por lo que en la discusión debe participar ésta a través de las personas o grupos de interés, de expertos o de afectados que aglutinen las opiniones existentes. Por consiguiente, el debate ha de ser multi e interdisciplinar, con una amplia representación de diferentes campos del saber además de sectores de la población en general. "Sólo con este proceder se podrán tener en cuenta todos los aspectos de la cuestión desde las diversas perspectivas del pensamiento, que de otro modo serían siempre parciales y unilaterales." ROMEO CASABONA, C. M. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, Centro De Estudios Ramón Areces, Print, 1994, p.16.

³ MOLINA GALLARDO, V. "Rebajas de Black Friday, bebé garantizado y otras estrategias publicitarias del mercado de vientres de alquiler." *El Periódico de España Noticias*, 2 de junio de 2022. Consultado el 1 de junio de 2023.

<https://www.epe.es/es/igualdad/20220602/vientres-de-alquiler-gestacion-por-sustitucion-gestacion-subrogada-publicidad-violencia-reproductiva-13757499>

⁴ GMI. Global Market Insights. "Surrogacy Market is anticipated to surpass USD 129 billion by 2032, according to a new research report by Global Market Insights Inc.", 22 de noviembre de 2022.

https://www.gminsights.com/pressrelease/surrogacy-market?utm_source=globenewswire.com&utm_medium=referral&utm_campaign=Paid_globenewswire

Mencionado en TREJO PULIDO, A. "Explotación reproductiva: un negocio de 27.500 millones de dólares en 2025.", *Tribuna Feminista*, 23 de octubre de 2023, que añade datos sobre la participación de clínicas españolas en este negocio en países donde se permite como Estados Unidos o la India. Consultados el 1 de junio de 2023.

<https://tribunafeminista.org/2020/10/explotacion-reproductiva-un-negocio-de-27-500-millones-de-dolares-en-2025/>

indiferencia y rechazo⁵. Tanto en un caso como en el otro se puede observar que la mayoría de la bibliografía disponible, tanto académica como en contenidos mediáticos, se centra mayoritariamente en dos puntos de vista. Por un lado, el de las mujeres que se prestan (o se venden) a ello y, por otro, el de los padres “de intención”. Uno de los argumentos más importantes por parte de quienes rechazan esta práctica es que estas mujeres lo hacen en su mayoría por necesidad económica⁶, por lo que atenta contra su dignidad e integridad, además de vulnerar el principio de igualdad. Del otro lado, los argumentos a favor pivotan sobre la situación personal de progenitores contratantes, habitualmente cargada de un dramatismo mediatizado⁷ que apela, además, a un supuesto derecho a la reproducción que incluya esta opción. La narrativa, por tanto, es desigual, a juzgar por la cantidad de contenido, incluido el entretenimiento visual que normaliza esta práctica en series y películas, a pesar de las alertas ante la flagrante violación de derechos humanos que supone por sí misma⁸, y aún más la que tiene lugar en países en los que

⁵ En función del tipo de preguntas (desde la perspectiva de los padres o de los hijos) y diferentes variables (ideológicas, sexo, política, experiencia personal de fertilidad...) estudios como este muestran un porcentaje variable de aceptación. RODRÍGUEZ-JAUME, M. J., GONZÁLEZ-RÍO, M. J. y CABALLERO PÉREZ, P. “La opinión pública española sobre la gestación por sustitución”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.182 (2023), pp. 119-138.

⁶ “No es casualidad si los países donde el mercado de úteros es más frecuente y barato pertenecen al llamado Sur global 2: India, Tailandia, Ucrania, Rusia, Kazajistán, Georgia, Nepal, Grecia y Camboya. A las mujeres pobres de estos países, se concede, implícitamente, un antiguo estatus femenino —el de meros cuerpos reproductores, vasijas, incubadoras— pero se lo hace en nombre de su capacidad de consentir a un contrato que es una forma más del extractivismo que domina las relaciones comerciales Norte/Sur.” PULEO GARCÍA, A. “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N extra 29 (2017), p. 166.

⁷ Observa F. de Cesare, profesora de lengua aplicada que “En las reformulaciones discursivas, presentes en los titulares, se habla de “dura batalla”, de “laberinto” y de “pesadilla” para referirse a los obstáculos con los que hay que enfrentarse para obtener la custodia de un hijo gestado con la práctica de la gestación subrogada.” en DE CESARE, F. “La gestación subrogada en los titulares de la prensa española”, *Confluenze. Rivista Di Studi Iberoamericani*, vol. 9, n.2 (2017), pp. 41–54, p. 48. Este artículo de Cesare, al parecer, es el único estudio, además de breve, sobre la materia, según comenta Isabel Iglesias en su tesis doctoral: IGLESIAS SALANOVA, I. *La mercantilización del cuerpo de la mujer. Los vientres de alquiler y el discurso de los mass media españoles*, Tesis Doctoral, Universidad de Vigo, 2022. En la tesis expone los resultados de una investigación sobre la cantidad de noticias sobre este tema, su tratamiento (lenguaje, actitud, encuadre, posicionamiento, sujetos, actores, datos), y concluye en el capítulo IV, Discusión, que el uso de la expresión “gestación subrogada” ya implica una posición favorable (o al menos no de rechazo), y es mayoritaria en la prensa española. Además, los picos informativos coinciden con noticias sobre famosos que han sido padres mediante esta práctica, contribuyendo a su normalización y aceptación social.

⁸ Sólo considerando la práctica en sí cabe preguntarse “¿Es la gestación subrogada una práctica respetuosa con el CEDH en lo referente a las mujeres? ¿Es posible participar de una industria de producción de bebés para familias adineradas respetando el núcleo del régimen internacional de los Derechos Humanos, la dignidad humana? ¿Qué consecuencias, y qué afecciones a sus derechos, tiene para las madres gestantes la separación con su bebé?” LAZCOZ MORATINOS, G. y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, A. “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo No 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.2 (2019), pp. 673-692, p. 683.

los derechos humanos no están suficientemente garantizados⁹. Pensemos, por ejemplo, en Ucrania, un país que sigue en guerra y donde no ha cesado esta práctica. Por todo lo anterior, el objeto de este trabajo es aportar la imprescindible perspectiva de los derechos del menor en el momento de la separación del cuerpo de la madre gestante y su entrega a los progenitores contratantes, independientemente de quiénes sean éstos (o éste), sus motivaciones o el lugar donde ocurra, aunque estos factores serán tenidos en cuenta.

Si bien estos elementos son suficientes para dar lugar a un debate candente, no se puede decir que sea uno justo, precisamente porque poco se habla de la persona que nace en estas condiciones¹⁰, de sus derechos; en concreto: su salud, su dignidad, integridad y el principio de igualdad y no discriminación. Además, siendo menor, cabe considerar las lagunas en la aplicación del *interés superior del menor* por tratarse de un concepto jurídico indeterminado que se presta a la ambigüedad e incluso a contradicciones en su contenido¹¹. Es por esto que

⁹ Tanto en países donde no está regulada, como en Estados Unidos, donde lo está en algunos estados y de forma desigual, según acredita la relatora ante la ONU: “Están bien documentadas las prácticas abusivas en el contexto de la gestación por sustitución. Ejemplos de ello son el empleo de madres de alquiler de la India y Tailandia por delincuentes de Australia e Israel condenados por delitos sexuales, el empleo por un hombre japonés adinerado de 11 madres de alquiler que dieron a luz a 16 niños en Tailandia y la India, el abandono de un recién nacido con discapacidad gestado en un vientre de alquiler en Tailandia y el abandono o venta de recién nacidos “sobrantes” gestados en vientres de alquiler y nacidos en partos de mellizos en la India.” En EE.UU “según autoridades gubernamentales, una destacada abogada en el ámbito de la gestación por sustitución admitió que «ella y sus cómplices hicieron uso de portadoras gestantes para crear un inventario de niños no nacidos que venderían a razón de más de 100.000 dólares cada uno.»”, pp 10-11. El caso Cook c. Harding de California es especialmente demostrativo de la vulneración de derechos. Leer más: “Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, 37o período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

¹⁰ Por ejemplo, dejando a un lado el despropósito de la propuesta del Colegio Médico de Colombia sobre la posibilidad de usar a mujeres en estado de muerte cerebral para llevar a término un embarazo para parejas que no pueden tener hijos, la reacción del público se ha centrado mayoritariamente en la barbaridad que supone semejante propuesta en lo que respecta a la instrumentalización de los cuerpos de las mujeres, sin embargo las preguntas acerca de cómo afectaría al desarrollo del feto y las consecuencias para la futura persona el formarse en un cuerpo “inerte” casi no se plantean. YUBERO, B. “Muerte cerebral y embarazos en la mayor locura de un ente médico en años.” Redacción médica, 1 de febrero de 2023. Consultados el 10 de junio de 2023.

<https://www.redaccionmedica.com/virico/noticias/muerte-cerebral-y-embarazos-en-la-mayor-locura-de-un-ente-medico-en-anos-2164>

<https://elpais.com/america-colombia/2023-02-02/usar-mujeres-con-muerte-cerebral-para-la-gestacion-subrogada-la-polemica-publicacion-que-obliga-a-rectificar-al-colegio-de-medicos-colombiano.html>

¹¹ En este caso y sin entrar en detalle, porque se verá después, observamos cómo apelando al interés superior del menor se registran los nacimientos en el Registro Civil (Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010), cuando justamente, apelando al mismo principio no se debería permitir la práctica, sea nacional o internacional.

propongo que nos situemos en la perspectiva del sujeto más vulnerable de esta ecuación desequilibrada, poniendo el foco escénico en el recién nacido. Desde su perspectiva surgen varias preguntas que iremos respondiendo haciendo uso de la legislación, la jurisprudencia y la doctrina pero también, necesariamente, de estudios científicos relativos a la salud perinatal, ya que el nacimiento, además de un acto jurídico positivado en el Código Civil es, ante todo, un hecho biológico. Es un proceso fisiológico que tiene sus propias reglas bioquímicas, pero que además lleva décadas siendo intervenido por la biotecnología¹² en todas las fases del embarazo, parto y posparto, por la aplicación de protocolos¹³ hospitalarios que han ido cambiando, fuertemente influenciados por la cultura¹⁴ en cada momento. En definitiva, la salud mental perinatal es una disciplina científica que lleva décadas analizando los factores que inciden en la salud de la díada madre-bebé, y cuyas conclusiones son de obligada consideración para un estudio jurídico que pretenda dar un contenido material que se aproxime más a la realidad de los sujetos que interactúan en este acto jurídico que supone la separación del cuerpo materno y su posterior entrega a quienes han suscrito el contrato como padres “de intención”.

Por lo anteriormente señalado, mi hipótesis de trabajo se centra en demostrar la vulneración del derecho a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud de la persona recién nacida en ese preciso instante en el que es intercambiada de manos, en un proceso que ocurre en dos

¹² “La Organización Mundial de la Salud asegura que la creciente medicalización de los nacimientos está dañando la capacidad de las mujeres para dar a luz. El parto debe ser tratado como un proceso natural, con la madre en el centro de la toma de decisiones y solo debe intervenir cuando haya complicaciones.” Noticias ONU, “Por qué la OMS recomienda reducir las intervenciones médicas en los partos”, 15 de febrero de 2018. Consultado el 12 de junio de 2023. <https://news.un.org/es/story/2018/02/1427121>

¹³ A pesar de la toma de conciencia y de la tendencia hacia un parto más respetuoso o humanizado, en mucha medida gracias al activismo de madres contra la violencia obstétrica, por ejemplo la asociación [El Parto es Nuestro](#), siguen existiendo diferencias de atención en función del hospital donde se dé a luz. Por ejemplo, el exceso de cesáreas en España, añadido a la disparidad de porcentaje según la Comunidad Autónoma, arrojaba para el año 2012 un resultado de 30,1% para las valencianas y un 15,1% para las vascas (que coincide con la recomendación de la OMS). “Esta disparidad entre zonas geográficas queda reflejada en el siguiente mapa. Obviamente, no tiene como base una fisiología distinta entre las vascas y las valencianas sino una distinta política sanitaria entre Comunidades Autónomas, cuyo resultado en la práctica es que una mujer tiene el doble de posibilidades de pasar por una cesárea si da a luz en la Comunidad Valenciana que si lo hace en el País Vasco...” p. 14, RECIO ALCAIDE, A. “La atención al parto en España: Cifras para reflexionar sobre un problema”, *Dilemata*, n.18 (2015), pp. 13–26, p 14.

¹⁴ Los datos anteriores no son pura coincidencia sino que responden a una documentada discriminación por género (y ello a pesar de la obligación de pedir el consentimiento informado), que se suma a una progresiva medicalización de la sociedad desde el siglo XIX. Para una pequeña introducción a la historia del parto medicalizado, desde su atención por matronas en contextos domésticos a la alta tecnificación en hospitales con un elevado intervencionismo, consultar SALA, V.V.V. “«La Enfermedad Normal»: Aspectos Históricos y Políticos de la Medicalización del Parto”, *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n.34 (2020), pp. 90-107. Para leer testimonios de partos de mujeres que han sido víctima de maltrato en hospitales en España y sus implicaciones ético-jurídicas, ver FERNÁNDEZ GUILLÉN, F. “¿Qué es la violencia obstétrica? Algunos aspectos sociales, éticos y jurídicos”, *Dilemata*, n.18 (2015), pp. 113–128.

fases, al menos: la separación del vientre materno y la entrega a los progenitores contratantes. Este proceso no se puede deslindar del contexto. Como subrayaba anteriormente, el nacimiento forma parte de un proceso fisiológico, un antes y un después que no pueden desarticularse como las piezas de un mecano por constituir un todo. Este todo es la salud, la integridad del recién nacido, como veremos en el epígrafe dedicado a ello. Esta separación plantea las siguientes preguntas: ¿Es lícito separar a un recién nacido de la madre que lo ha gestado, aunque el óvulo sea de otra? ¿Qué consecuencias entraña para su salud? ¿Qué derechos se vulneran en el nacimiento de personas mediante la planificación a la carta de un intercambio de progenitores al nacer? Estas preguntas, a su vez, nos conducirán a otras.

Debido a la aplicación de la biotecnología y la intervención médica intrínsecas al procedimiento, resulta inevitable y necesario recurrir a los hallazgos científicos en la materia y también analizar el comportamiento del equipo médico implicado por cuanto cabe preguntarse si no está ejerciendo un papel que excede su cometido¹⁵. Es menester aportar las definiciones, los estudios, las conclusiones y los datos que hay que poner sobre la mesa para conocer aquello sobre lo que se pretende legislar, teniendo en cuenta que cualquier decisión jurídica tiene consecuencias trascendentales para la vida de estas personas.

Conviene observar el lenguaje utilizado para referirse a esta práctica y relacionarlo con cómo se ha llegado hasta la situación jurídica actual, pues en este análisis se encierran las preguntas más importantes a las que el Derecho debe dar una respuesta clara anticipándose a lo que supone y supondrá para futuras generaciones nacer así, además de las consecuencias para la sociedad. Esto implica hacer un repaso lingüístico, jurídico y científico que requiere delimitar los conceptos a los que se hacen referencia y su significado.

¹⁵ Los fines de la medicina son, a grandes rasgos, la preservación y la recuperación de la salud, por lo que la función del médico es la de promover la salud y prevenir la enfermedad, así como aliviar el dolor.

Capítulo 1: Definiciones y análisis lingüístico por tener el Derecho una dimensión interpretativa. El problema de las denominaciones.

1.1 La importancia del lenguaje.

La reflexión sobre el lenguaje que se utiliza para tratar este asunto resulta imprescindible y es indivisible del contexto cultural en el que vivimos. Queda fuera del propósito de este trabajo el realizar un análisis lingüístico en detalle sobre la etimología, el lenguaje cognitivo, la vinculación lenguaje-pensamiento y ésta con la ideología. Por muy interesante y necesaria que sea, escapa a este campo de estudio y especialidad. No obstante, es fundamental exponer la importancia del lenguaje y sentar las bases de los conceptos que se manejan y las palabras y expresiones de las que nos servimos para ello para comprender la diferencia entre unas y otras, por cuanto determinan la posición del hablante en el discurso y las implicaciones jurídico-políticas a la hora de legislar.

Según el lingüista cognitivo George Lakoff, uno de los hitos de la ciencia cognitiva ha sido el hallazgo de que las personas piensan en metáforas y en marcos, que son estructuras mentales que forman parte del inconsciente cognitivo (estructuras de nuestro cerebro) a las que no podemos acceder directamente pero que se manifiestan a través de sus consecuencias, por ejemplo la forma en que razonamos. Este marco moldea nuestra visión del mundo y crea un lenguaje que encaja con nuestra particular cosmovisión. Pero “no se trata únicamente de lenguaje. Las ideas son primordiales, y el lenguaje las transmite, las evoca.”¹⁶ Este descubrimiento es de suma importancia, ya que según esta afirmación los marcos serían más importantes que los hechos o los datos, dado que “aunque nos presenten datos, para cobrar sentido tendrán que encajar con lo que ya existe en las sinapsis del cerebro” (donde se originan los conceptos que tenemos). De ahí que podamos observar cómo en muchos debates “los hechos entran por un lado y salen por el otro. No se escuchan, no se aceptan como hechos o nos desconciertan.”¹⁷

Benjamin K. Bergen, lingüista y especialista en ciencia cognitiva, apunta a la importancia del significado, que “no solo es constante, también es decisivo” porque lo usamos para comprender

¹⁶ LAKOFF, G. *No pienses en un elefante: Lenguaje y debate político*. (trad. P. Aguiriano Aizpurua), Barcelona, Península, Print. Atalaya, 2017, p. 17.

¹⁷ *Ibidem*, p. 31 No obstante, añade, no siempre el marco prevalece.

el mundo cuando interactuamos con otras personas. Tan es así, que “unas pocas palabras nos pueden hacer cambiar de opinión, de estado civil o de religión”.¹⁸ Gran parte de lo que hablamos no se refiere a un elemento físico de la realidad. Para hablar de ideas intangibles, es decir, para concretar ideas abstractas como el amor, la justicia o la verdad, recurrimos a metáforas. Esto nos impele a tomarnos en serio la elección de palabras cuando éstas tienen una consecuencia directa en la acción en la que se traducen. “El lenguaje nos importa porque es un vehículo para el significado, nos permite reunir en nuestros cerebros los deseos, las intenciones y las experiencias, y transmitir una señal a través del espacio que hace que esos pensamientos aparezcan en la cabeza de otra persona.”¹⁹ Hay que tener en cuenta que la propaganda y la comunicación con fines comerciales de la industria de la reproducción asistida y de los grupos o sectores de población (incluida la política) interesados en la aprobación de esta práctica también utilizan los últimos descubrimientos en neurociencia para construir sus narrativas de marketing, basadas en la elección de un marco en el que encuadran determinadas palabras e imágenes que evocan unas ideas concretas, transmitidas a través de personajes con los que cualquiera puede conectar. La incongruencia de este lenguaje que intenta que un pensamiento concreto “aparezca en nuestras cabezas” es que éste ha sido desde el principio un lenguaje orwelliano (el que significa lo contrario de lo que se está diciendo), puesto que de no existir una contradicción intrínseca en su mensaje, no habría necesidad de debatir nada sobre este asunto, desde luego nada trascendental. Nada más lejos de la realidad.

1.2 El problema de las denominaciones.

Tres son las denominaciones más usadas para hablar de este tema: gestación por sustitución, gestación subrogada y vientres de alquiler, si bien conviven con otras como maternidad

¹⁸ BERGEN, B. K. *El cerebro y el lenguaje: de las palabras a los hechos*. Barcelona, RBA Print. RBA Divulgación. Psicología, 2013, p. 19.

¹⁹ *Ibidem*, p. 22. Según explica el autor, simulamos continuamente, por ejemplo: cuando imaginamos en la mente sonidos cuando no nos llega ninguna onda sonora, cuando visualmente simulamos que abrimos una puerta, e incluso virtualmente sentir lo que se siente realizando una actividad aunque no la estemos haciendo en ese momento. Esta “imagería mental”, intencional y consciente sería un iceberg de lo que de forma invisible estamos procesando (creando experiencias mentales de percepción y acción sin que se produzca su manifestación exterior). “La idea es que producimos significado porque nos creamos experiencias que, si acertamos, reflejan las experiencias del hablante, o en este caso el escritor, pretendía describir.” Según la hipótesis de la simulación encarnada (tiene lugar físicamente en el cerebro porque se activan en éste las mismas partes que cuando se experimentan realmente), “el significado se basa en la experiencia con el mundo (...), entonces es posible que varíe de un individuo a otro y de una cultura a otra.” *Ibidem*, p. 35. Esto nos devuelve al marco de Lakoff, porque ya no se trata sólo de activar la palabra correcta, sino de construir la experiencia mental correcta de la escena.

subrogada, madres de alquiler, subrogación gestacional o explotación reproductiva, entre otras. Como se indica en el informe del Instituto Vasco de la Mujer, todas hacen referencia a un mismo fenómeno “que sucede cuando una mujer se presta a gestar un niño o una niña para, una vez nacida, entregársela a la persona o personas que se la han encargado y que van a asumir su paternidad y/o maternidad.” Esto se realiza mediante un contrato que actualmente está prohibido en España²⁰, por el que la denominada como mujer o madre gestante, portadora, madre por sustitución o gestante de alquiler “acepta someterse a técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja comitente (también conocida como madre o padre subrogante, madre o padre intencional o aspirantes), a quien o quienes se compromete a entregar la niña, el niño o las y los niños que pudieran nacer, sin que se produzca vínculo de filiación alguno con la mujer gestante, sino con quienes son subrogantes.”²¹ La madre gestante renuncia a la filiación del bebé gestado.

Teniendo en cuenta los marcos a los que hacía referencia antes, las estructuras mentales que forman parte del inconsciente cognitivo, la elección de las diferentes expresiones para referirse al mismo fenómeno responden a conceptualizaciones concretas que conllevan el respaldo a su aprobación o rechazo, y en el que se contextualizan y crean los mensajes que serán transmitidos en los medios de comunicación y demás agentes creadores de opinión.

1.3 El marco conceptual de la expresión “vientres de alquiler”, “madres de alquiler” y afines.

En este marco se expresa la idea de que la mujer es cosificada, reducida por metonimia a su útero o vientre por su capacidad de gestar y parir, e incluso a una mera “técnica”, es decir, a un instrumento más de reproducción asistida. Esto es una quimera, ya que las técnicas son las herramientas que se emplean con la finalidad de conseguir el embarazo (utensilios, medicamentos, tratamientos), por lo que una persona no puede ser una técnica. La técnica es la que está al servicio de las personas y no al revés. Es más, “la verdadera usuaria de esta técnica es una mujer que dará a luz a un niño del que será madre biológica”.²² Esta metonimia se refleja

²⁰ “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.”, artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

²¹ Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final”, Vitoria-Gasteiz, 2018, p. 8.

²² MARTÍN AYALA, M. “La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 29, N°. Extra 1 (2019), pp. 169-179, p. 171. Según la autora, se

en la elipsis del sustantivo “madre” en el sintagma “la madre gestante” por la sustantivación del adjetivo “gestante” dando como resultado “la gestante”. Se evita así hacer referencia a esta mujer como madre de la criatura, hasta tal punto que cuando se nominaliza se prefiere decir “mujer gestante” a “madre gestante”, que era como se habían considerado en un inicio, no sólo porque se hiciera con el óvulo de ésta hasta el descubrimiento de la ovodonación²³, sino porque todavía no se disociaba conceptualmente la maternidad de la gestación. Ha sido en los últimos tiempos, a raíz de la ovodonación y de la disociación conceptual gestación-maternidad, que se ha venido anulando cualquier referencia a la maternidad de esas mujeres en relación con estos bebés, hasta tal punto que incluso en Estados Unidos se las denomina también “porteadoras gestacionales” (gestational carriers)²⁴.

La expresión *vientre de alquiler* tampoco es del todo satisfactoria porque gestar es un proceso que implica todo el cuerpo y también las emociones. El mismo hecho de gestar confiere el estatus de madre como característica propia de las mamíferas que conlleva un vínculo natural entre ésta y el bebé, por lo que se utiliza también la expresión “madre de alquiler” para aludir a esa totalidad.²⁵ Desde esta perspectiva, hablar de “gestación subrogada” es un eufemismo, una metáfora en toda regla que pretende crear una ficción legal dado que no es posible sustituir un embarazo. Una mujer no puede embarazarse por otra, sino que el embarazo es propio, es una experiencia carnal indisponible, por lo que la criatura que nazca es de la mujer que la ha gestado

pretende considerar la donación de la capacidad de un órgano, el útero, como una técnica al mismo nivel (ético, ontológico y formal) que el resto de donaciones de material reproductivo: gametos, tejidos o embriones. La gestación y el parto, desde el punto de vista médico y legal, no son una técnica, por lo tanto, aunque el resultado de la misma (el bebé) se ceda a terceros, no dejan de ser un embarazo y un parto. El que otros países hayan autorizado esta práctica no significa que se pueda considerar como técnica mediante el recurso de la ficción legal, ficción que intenta reproducir en el artículo para ver si sería posible, y qué conllevaría, autorizarla en España. Para empezar, tanto el consentimiento como estas técnicas, estarían, en realidad, dirigidas a la mujer que va a gestar el hijo por encargo, ergo la usuaria, por lo que no podría ser considerada como técnica la propia usuaria de las mismas. En este caso llegaríamos a un absurdo, dado que estas técnicas están dirigidas a quienes no pueden concebir o llevar a término un embarazo, por lo que la mujer gestante no cumpliría los requisitos. Además de esto, la autora plantea todas las situaciones jurídicas en las que se incurriría en incongruencias e ilegalidades, como por ejemplo la inconstitucionalidad, y atentado contra la dignidad, que supone que en ninguno de estos contratos se contemple la posible revocación del consentimiento.

²³ En la maternidad “subrogada” tradicional, la madre gesta al bebé encargado con su propio óvulo.

²⁴ Utilizado en EE.UU. Según el Departamento de Salud de Nueva York, la porteadoras gestacionales “llevan” (carry) el feto a término y entregan el bebé a quienes lo han encargado. Consultado el 15 de junio de 2023.

https://health.ny.gov/community/pregnancy/surrogacy/gestational_surrogacy_fact_sheet.htm

²⁵ AL-ADIB MENDIRI, M. “Gestación subrogada desde una perspectiva biomédica: lo que el debate científico puede añadir a la discusión ética”, *Dilemata*, n.28 (2018), pp. 13–19. “Desde el saber científico, está ampliamente demostrado que durante todo el periodo de gestación se van modificando el cerebro de la gestante y del bebé, preparándose ambos para el vínculo (Escolano-Pérez et al. 2013).” Introducción.

en sus entrañas y parido.²⁶ El hijo o hija nacido no puede ser entregado a terceros mediante acuerdo o contrato sin vulnerar principios éticos, además del principio básico de los derechos humanos, la dignidad, ya que las personas, tanto el recién nacido como la mujer gestante, no pueden ser instrumentalizadas y convertidas en medios para conseguir un fin, sino que son un fin en sí mismas.²⁷

Además, se cuestiona el mismo hecho de sugerir que la capacidad reproductiva de las mujeres tenga que estar disponible para otros, bien sea altruistamente o mediante pago, pues no deja de ser una apropiación de los cuerpos y las maternidades de las mujeres en una sociedad patriarcal y capitalista que siempre dispone de tácticas para aprovecharse de la desigualdad biológica y cultural asociada a la maternidad que, por ser un hecho femenino, siempre ha estado desvalorizado.²⁸ En este sentido se ha venido utilizando también la expresión “explotación reproductiva”, con mayor peso en los casos de países pobres donde se realiza, pero también en general por ser en sí misma una práctica que explota la capacidad de gestar de las mujeres como un recurso más, además mercantilizable.²⁹ De hecho, esta práctica se fundamenta en el

²⁶ No es lo mismo un órgano que la capacidad de un órgano. Esta última es intangible y no puede separarse de la persona en sí. “En el caso de la *donación de la capacidad reproductiva* se trataría más bien de la donación del usufructo de un órgano que es el útero de la mujer, hecho que, ni está regulado ni parece posible. ¿Podemos acaso controlar la capacidad de algunos de nuestros órganos hasta el punto de disponer de la misma?, ¿es acaso posible donar la capacidad de audición de nuestro oído, o el olfato de nuestra nariz?, ¿podría un hombre controlar su capacidad de producir espermatozoides y donar la misma a un varón que carezca de la misma?...” MARTÍN AYALA, M. Op. Cit. p. 177.

²⁷ Los derechos, ni siquiera los derechos fundamentales, son absolutos. En este caso el derecho a la reproducción asistida no puede suponer el derecho a la “obtención” de un hijo/a, sino el derecho de acceso a los tratamientos disponibles para conseguir un embarazo, idealmente que llegue a término. Este sería el límite intrínseco del derecho a la reproducción asistida porque “Ejercer un derecho más allá de su específica finalidad no es ya usar el derecho sino abusar del mismo.” MARTÍNEZ MORAN, N. “Derechos humanos y derechos fundamentales”, en GÓMEZ ADANERO, M. (Coord), *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Universitas, 2017, p. 154. En el mismo sentido se pronuncia Laporta sobre los límites de los derechos: “Si supusiéramos que hay un derecho humano absoluto tendríamos que suponer, por el rasgo de universalidad, que a todo individuo le es adscribible ese derecho. Si tal derecho es tan fuerte que la utilización de la violencia para protegerlo está justificada, imaginemos una situación en que la satisfacción de ese derecho para todos los individuos fuera imposible, porque atender el derecho de alguno o algunos suponga necesariamente infringir ese mismo derecho en otros.” en LAPORTA, F. “Sobre el concepto de derechos humanos”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.4 (1987), pp. 23-46, pp. 39-40.

²⁸ “Desde esta particular visión de la reproducción y la crianza se diría que la maternidad no es más que el accidente necesario para producir una criatura, que el rol de las madres es permutable y prescindible, y que el vínculo madre-criatura es equiparable a la construcción social de la paternidad, ambos presentados como meros productos de unas “formas culturales” y “condicionantes institucionales” determinados.” MERINO MURGA, P. *Maternidad, Igualdad y Fraternidad. Las madres como sujeto político en las sociedades poslaborales*. Clave Intelectual, 2017, p. 345.

²⁹ La maternidad *subrogada* “sigue una lógica netamente patriarcapitalista, que concibe la reproducción como el fruto de unas técnicas y de la inversión de un patrimonio genético, y niega el acto de entrañar, gestar y parir.” *Ibidem*, p. 91. Además de las implicaciones mercantilistas, por analogía con la explotación

paradigma reproductivo masculino, en el que lo determinante es la aportación genética de los gametos. De esta forma se hace un paralelismo con la reproducción femenina en la que se da prevalencia a la aportación genética de la mujer que dona el óvulo, a quien se considera la “verdadera” y única madre biológica (sea la mujer que lo encarga como la donante anónima), negando cualquier referencia como madre a la mujer que gesta y pare, la que de hecho da a luz a una persona completamente formada a partir de un embrión que en el momento de la implantación no tiene más de 14 días (límite legal), y es sólo visible con un microscopio. Esto quiere decir que la madre que lo encarga tiene a todos los efectos la misma relación biológica que tiene un padre. Hembra y macho se igualan en este tipo de reproducción en la que la mujer gestante es sólo la *incubadora* o el *horno* donde se “fabrica” el hijo o hija encargado. “Gestar y parir devienen fenómenos biológicos intrascendentes, sin más significación social que aquella que queremos darle.”³⁰ Si de por sí esto es un absurdo, además contradice lo que conocemos sobre epigenética. Es decir, que los genes no permanecen inmutables sino que se van

sexual (prostitución), en esta práctica participan intermediarios al estilo de los proxenetas, que facilitan mujeres a los contratantes: “Aunque algunos hablen incluso del derecho a ejercer la subrogación uterina, resulta más que dudoso calificar como derecho una actividad que llevan a cabo mujeres que necesitan dinero para atender sus necesidades personales y familiares, y que supone gestar un bebé para otra persona sujetándose a su supervisión. Por eso, otros concluyen que la subrogación uterina en cuanto tal es una forma de explotación. Aunque se pueda aceptar que no siempre tiene que ser así, se trata en todo caso de una práctica con un alto riesgo de explotación para las mujeres de los países en vías de desarrollo, que son especialmente vulnerables. El mero hecho de que exista la posibilidad de ejercer este tipo de trabajo dentro de un marco de legalidad, puede incrementar la presión sobre muchas mujeres para que se dediquen a ello.” BELLVER CAPELLA, V. “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *Scio. Revista de filosofía*, n.11 (2015), pp. 19-52, p. 44.

³⁰ MERINO MURGA. P. “De la sacralidad de lo materno a la maternidad subrogada”, en VV.AA, “La mujer madre. Reflexiones y experiencias desde las maternidades feministas”, *Mulier Sapiens. Infante*, n.14 (2022), pp. 25-39, pp. 36-37. Dice Patricia Merino que no es de extrañar que el hecho paradigmático y diferencial de la maternidad (gestar, parir y amamentar), sea devaluado por ser propio de las mujeres y que siga vigente el enorme valor legal otorgado a media célula reproductiva (el espermatozoide). El Patriarcado lleva milenios apropiándose del proceso de procreación humana de diversas maneras simbólicas y materiales. En los mitos patrigenéticos, relatos mágico-míticos en los que es el poder del varón es lo que da la vida, las madres son sólo un *container* donde se “cocina” al bebé, como el mito de Apolo (Eufeménides, Aristóteles). La progresiva desaparición del culto a las diosas de la fertilidad pasa primero por una fase de subyugación de la diosa al dios principal como mujer, hija o madre, y termina por desaparecer cuando irrumpen las religiones monoteístas en las que el único dios suplanta la sacralidad procreadora femenina por la masculina. Después, con la palabra escrita, se consolida la apropiación paterna que da lugar a la apropiación material a través de códigos legales como el de Hammurabi, en donde la cosificación de las mujeres ya es patente (“los varones tienen esposas y esclavas que les alumbran hijos), o el de la patria potestad romana, vigente hasta bien entrado el siglo XIX. “Estos relatos tienen en nuestros días una clara continuidad como legitimación de la enajenación de la maternidad: recientemente, en una entrevista, Miguel Bosé, padre de 4 hijos producidos por subrogación, llamaba a la madre biológica de sus hijos «el hornito»”. Ibidem, pp. 30-31.

modificando durante el embarazo, siendo la influencia de la madre gestante clave en su expresión.³¹

Por último, no existe el derecho a ser madre o padre, sino el derecho a posibilitar la fecundación con el fin de lograr un embarazo, no el derecho a que te entreguen un bebé.³²

1.4 El marco conceptual de la expresión “gestación subrogada”, “gestación por sustitución” y afines.

En este marco el mismo hecho empírico tiene su principal fundamento en la idea de la disociación entre gestación y maternidad (la gestación no confiere el estatus de madre), y se plantea desde el derecho a la reproducción por parte de quienes no pueden tener hijos (infertilidad, parejas homosexuales u hombres solos), o no quieren pasar por un embarazo y un parto. Esta práctica se considera como una técnica de reproducción asistida con ayuda de terceros, como la donación de gametos o embriones, que hace efectivo ese derecho a la reproducción para acceder a la maternidad o paternidad, por lo que se trata de una opción más de reproducción humana.

Según esta perspectiva, la maternidad se puede disociar de la mujer por vía de la desvinculación emocional racional del proceso obstétrico y esto no supone contradecir una ley natural sino las creencias culturales sobre el instinto materno³³. Además, siempre que obre la libre disposición

³¹ “Para la salud y la enfermedad es tan importante el genoma (secuencia de ADN) como el epigenoma (marcas químicas en el ADN). Se ha demostrado que incluso antes de la anidación del cigoto comienza a entrar miARN de la madre en el interior de ese cigoto, y estos miARN empiezan ya el proceso de “encender” y “apagar” genes en ese futuro bebé. Durante toda la gestación, los hábitos de la madre, su alimentación, sus emociones, sus condiciones sociales y materiales... generan gran cantidad de cambios en el epigenoma del bebé, a esto se le llama programación fetal.” TREJO PULIDO, A. “Entrevista a Miriam Al Adib: Si profundizamos un poco en cómo la naturaleza va sincronizando a la madre y al bebé durante el embarazo preparándolos para el vínculo, entenderemos por qué la mujer que gesta realmente es la madre del bebé”, Stop Vientres de Alquiler, 9 de marzo de 2018. Consultado el 3 de julio de 2023. <https://mysl.nl/cDwg>

³² Según el artículo 39 CE, lo que está reconocido es la protección social, económica y jurídica de la familia. Por otro lado, la LTRHA regula el acceso a las técnicas de reproducción humana asistida para lograr que la mujer quede embarazada, no el acceso a mujeres como instrumento para obtener un bebé de una mujer distinta de la usuaria de la técnica. Reconocer el derecho a tener hijos supondría garantizar el acceso a éstos, ergo garantizar la disponibilidad de mujeres para la gestación y de hijos para entregar. Análogamente, el derecho al matrimonio supone reconocer un tipo de relación afectiva de una pareja, y no el derecho a obtener una mujer o un hombre para acceder al matrimonio.

³³ “La maternidad se entiende como una función tan íntima, e inherente de la condición femenina, que nuestra legislación participa de la opinión que una mujer que se embaraza y da a la luz un niño/a, y es capaz de renunciar a ese hijo/a que ha llevado en sus entrañas, es la “antimujer” porque carece de sentimientos e instinto maternal. Esa carencia de sentimientos e instintos maternales no debe ser tolerada jurídicamente, aunque se alegara que se realiza con fines altruistas, para ayudar a otra mujer o a un familiar.” La autora defiende la necesidad de replantearse la pregunta de quién es la madre, la que gesta

del propio cuerpo, cualquier mujer puede ofrecerse para gestar para otros si esa es su decisión y no puede suponerse una explotación intrínseca cuando dispone de la información y cumple los requisitos legales.³⁴ La maternidad es una cuestión de voluntad y no está determinada por la gestación, sino por la carga genética de los gametos en los casos en que existe esta relación, o por la intención de ser padres de quienes, no teniendo relación genética, desean tener descendencia. Esta desvinculación supone que una mujer pueda llevar en su útero un embrión de otra pareja siendo consciente en todo momento de que el hijo que nacerá es de otros. Por ello la expresión “por sustitución” es adecuada, considerando que ésta no gesta a hijos propios sino de terceros.³⁵ La mujer gestante no es la madre de la criatura sino el medio en el que ésta puede desarrollarse. No hay vínculo gestante-bebé, más allá de la convivencia uterina, pero no de apego. Los niños nacidos por esta técnica pueden ser tan sanos y felices como cualquier otro puesto que no se les provoca ningún daño.³⁶

Donar la capacidad de gestar es equivalente a donar un órgano *inter vivos*. Una mujer que altruistamente decide ofrecerse para hacer madres o padres a terceras personas no es explotada, alienada ni atenta contra su salud psíquica³⁷ si se realiza con las garantías legales,

o la que ha producido el óvulo, y que la respuesta depende de la concepción de la maternidad (determinismo genético, alquiler de útero o adopción prenatal). IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución en España”, *UNIVERSITAS. Revista e Filosofía, Derecho y Política*, 2015, pp. 3-19, pp. 7-8.

³⁴ En el caso de EEUU, “la legislación solo permite que puedan ser gestantes subrogadas las mujeres que están o han estado casadas, que tengan su propia familia (es decir hijos e hijas) y que trabajen remuneradamente. (...) En el procedimiento se firman un mínimo de 5 contratos (...). Todos estos contratos tienen como finalidad asegurar la libertad y velar por los derechos de las personas implicadas, principalmente las mujeres gestantes. Se trata en definitiva, de impedir que sean las mujeres pobres o con grandes dificultades económicas las que gesten hijos por otros.” BORRÁS, V. “Reflexiones alrededor de la experiencia de la subrogación”, en VV.AA, *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, n.35, 2015, p. 108.

³⁵ “Esta opción terminológica también deriva de que la autora defiende que el ordenamiento jurídico debería reconocer no sólo la maternidad y paternidad biológica o genética, sino especialmente la maternidad y paternidad social, es decir, dar respaldo jurídico a los progenitores que quieren serlo y que asumen los deberes de cuidado como padres voluntaria y conscientemente.” Añade a pie de página: “Como por ejemplo ya lo hace cuando admite como madre legal, a la mujer que no ha recibido un óvulo de otra mujer para poder ser madre, y que por lo tanto no tiene vínculo genético con su hijo/a, o de la misma forma cuando admite como padre legal al marido de una mujer que ha sido inseminada con semen de un donante, aunque este padre ni tenga relación genética con su hijo/a ni tampoco relación biológica alguna.” IGAREDA GONZÁLEZ, N., *Op. Cit.*, pp. 6-7.

³⁶ Añade Igareda González que la reprobación moral proviene de la asunción de la existencia de un instinto maternal inherente y universal y que presupone la existencia de un vínculo afectivo especial e intenso entre la madre y el bebé gestado, cuando se ha demostrado que el vínculo en casos de adopción se establece con igual intensidad e independientemente del sexo del progenitor. *Ibidem*, p. 12.

³⁷ Según Eleonora Lamm, defensora de esta práctica, la gestación por sustitución no atenta contra la salud psíquica de la gestante. LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatori de Bioètica i dret, Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013. pp. 234-237.

por ello la regulación positiva en favor de la gestación subrogada supondría ofrecer la seguridad jurídica para todas las partes, evitando la desprotección actual que supone tener que viajar a diferentes países con regulaciones distintas.³⁸ El problema que plantea la gestación subrogada es más cultural que biológico, puesto que refleja la dificultad de la sociedad para desprenderse del esquema tradicional de familia negando la realidad de familias diversas creadas gracias a una práctica en la que intervienen terceras personas, además de la tradicional de madre y padre. Esto respondería más a un rechazo moral (homofobia, valores cristianos) y a un paternalismo estatal, que a los miedos a las nuevas biotecnologías.

El derecho a formar una familia está consagrado en la Constitución y está estrechamente ligado a la libertad e intimidad. Es un contrasentido no reconocer los contratos de gestación por sustitución pero permitir la filiación por reclamación paterna, lo que se traduce en obstáculos legales y un alto precio para las parejas que tienen que pedir préstamos bancarios y permisos laborales para viajar a terceros países haciendo frente al coste de abogados y consultores, procedimientos judiciales, registrales y trámites en consulados. Según este punto de vista, esto supone una discriminación tanto para los padres como para los hijos nacidos por subrogación, vulnera el principio de igualdad, y además demuestra que no hay tráfico de menores porque la complejidad del proceso supone garantías para la seguridad jurídica de las partes implicadas, incluida la gestante. El origen de este contrasentido reside en la vigencia del principio *mater semper certa est* en la legislación, vinculando la filiación materna al parto³⁹, en un determinismo

³⁸ Se calcula que entre 500 y 1000 niños de padres y madres españoles nacen en California, que es uno de los estados donde está permitida esta técnica, lo que supone un turismo reproductivo a la inversa. Es más, si a esto le añadimos las dificultades económicas de los padres que desean formar una familia y no pueden permitirse esta técnica, se está favoreciendo la gestación subrogada encubierta. “Basta con entrar en internet para ver la cantidad de mujeres que se ofrecen para ser gestantes. Yo tengo conocimiento personal de algunos casos.” BORRÁS, V. Op. cit., p. 106.

³⁹ “Mientras no se produzca una (esperada) reforma del artículo 10 de la LTRHA, la filiación materna deberá seguir determinándose por el parto. Esta solución no es coherente con la superación de este como el único criterio de determinación de la maternidad, a favor de criterios más basados en la determinación de la maternidad por la voluntad, como sucede respecto al acceso de dos mujeres a las TRA.” FARNÓS, E. “Derecho y reproducción asistida: nuevos retos treinta años después”, en VV.AA, *Treinta años de técnicas de reproducción asistida...* Op. cit., p. 93. En la misma línea, Eleonora Lamm se pronuncia, e incluso afirma, que este principio ha sido destruido por las técnicas de reproducción asistida (TRA), “con la fecundación extrauterina cuando quien lleva adelante el embarazo no es la misma mujer que ha proporcionado el óvulo y cuya carga genética será heredada.” De esta forma, con este principio ahora debilitado es menester, en coherencia con la realidad social, reconocer “que madre es la comitente, la que desea ser madre, con independencia de su aporte biológico o genético”, siendo ésta última la *causa eficiente del nacimiento* del niño sobre el que se dirime la autoría de la maternidad entre, incluso, tres mujeres: la comitente, la gestante y la donante del óvulo. LAMM, E. Op. Cit., pp 31-33. Para esta autora, la gestante no es la madre: “La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del

biológico que obvia la realidad de que las gestantes no desean reconocer a estos hijos porque no los consideran suyos, mientras que los padres y madres que utilizan esta técnica ejercen su autonomía reproductiva amparándose en el derecho a reproducirse libremente.

1.5 De los marcos a las ideologías: la comunicación de masas y su influencia en la relación entre lenguaje y Derecho.

El divorcio entre el habla formal o abstracta y las circunstancias en la que se da el habla cotidiana es clave para comprender el dilema que plantea el tema que estamos tratando. En función del grado de separación con la realidad empírica de sustrato biológico (embarazo, parto, nacimiento) tendremos un discurso más o menos abstracto y alejado de ésta.⁴⁰ En los contextos sociales estructurados de la vida social (en la que los fenómenos sociales se dan) “los individuos interaccionan en función de su posición o circunstancias, desde la que siguen ciertas trayectorias. En esta posición influye no sólo lo económico, sino lo cultural y simbólico.”⁴¹ Precisamente el cuarto poder es cultural o simbólico y se dedica a producir y transmitir formas simbólicas que pueden interferir en el curso de los hechos y llevar a otros a actuar o responder de maneras distintas, creer o descreer, sostener un estado de cosas o dar lugar a un enfrentamiento.⁴² Dado que la comunicación es una actividad social que implica la producción y transmisión de formas simbólicas es necesario detallar las formas materiales de expresión.

A través de esta mirada semiótica, como proponía Umberto Eco, podemos leer la cultura como un proceso de comunicación inserto en un sistema de significaciones, que son fuerzas sociales generadoras de estados de conciencia y de comportamientos que interactúan con las condiciones reales. Con esta mirada podemos advertir “que en la cultura existen procesos de sustitución idénticos a los que se dan cuando se estudia el signo, también aquí unas cosas

advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre). Por eso sería mejor hablar de «gestación» en lugar de «maternidad», pues de lo que se trata es de prestar el útero, sustituir la matriz, para gestar el embrión genético o no de otro.” Ibidem, pp. 25-26.

⁴⁰ Dice Roberto Marafioti, sobre el carácter significativo de las formas simbólicas y la contextualización social de los medios en ese traspase de lo individual (o aislado) a lo social: “Los fenómenos de la transmisión y la recepción de información y la mediación entre los hombres son fenómenos vinculados al lenguaje.” “Las meras referencias a los actos de habla tienden a ser más bien formales o abstractas, divorciadas de las circunstancias en las que los individuos emplean la lengua en el curso de sus vidas cotidianas.” MARAFIOTI, R. *Sentidos de la comunicación: Teorías y perspectivas sobre cultura y comunicación*. Buenos Aires, Biblos. Print. Ciencias Del Lenguaje, 2010, p. 78.

⁴¹ Ibidem, p. 79.

⁴² Ibidem, p. 82.

representan y sustituyen a otras cosas.”⁴³ Precisamente alude a dos de los tres fenómenos antropológicos, además de articulados, que contienen relaciones de significación y comunicación aunque no tengan una función comunicativa. Uno son las relaciones de parentesco, en las que

“El valor simbólico de la mujer la coloca en oposición dentro del sistema a otras mujeres. Cuando una mujer se convierte en esposa deja de ser un cuerpo físico para convertirse en un signo que connota un sistema de obligaciones sociales”⁴⁴.

Aunque no sucediera en la época del ilustre semiólogo, podemos preguntarnos, por analogía, si el descubrimiento de la capacidad reproductiva de la mujer para su uso por terceras personas no representa la idea de que esta función pueda enajenarse de la propia mujer, añadiendo una connotación más al sistema de obligaciones sociales, para lo cual se necesita buscar una expresión. Quizás la dificultad en encontrar ese término que describa esta función nos conduce al origen de este planteamiento: ¿se puede enajenar la gestación?

Siguiendo a Umberto Eco, este mensaje añade una nueva connotación al orden simbólico de lo femenino en sociedades en las que las mujeres no sólo han sido desde antiguo las cuidadoras universales e instrumentos para la satisfacción sexual de los hombres a través de un ejercicio de disociación del cuerpo y la psique, sino que ahora se añade a ésta la deshumanización que supone la deconstrucción y racionalización de un proceso fisiológico trascendental como es la gestación. Además, esta vulneración de su integridad mediante la entera disponibilidad de su persona es incentivada socialmente, estableciendo el valor simbólico de estas mujeres en oposición con las demás, otorgándoles un valor social positivo por un supuesto altruismo femenino que se traduce en un sacrificio físico y psicológico, no sólo circunscrito a 10 meses y a la aceptación de la entrega posparto del bebé “producto” de su vientre, sino a toda su vida.⁴⁵ En el imaginario común, una mujer que se ofrece será valorada positivamente por encima de las que no lo hacen, por lo que este orden simbólico puede influir en todas las demás. El resultado es una sociedad en la que la mujer será valorada en función del uso que le dé a su capacidad reproductiva en beneficio de otros. Al igual que antes era valorada en función de si criaba respetando los imperativos del sistema imperante en cada momento: hijos para el padre, para el campo, para el Estado y, ahora, hijos para el mercado.

⁴³ Ibidem, p. 58.

⁴⁴ Ibidem, p. 61.

⁴⁵ Como veremos en el capítulo de evidencia científica, el embarazo y el parto dejan una huella permanente.

La utilización mayoritaria de la expresión “gestación subrogada” o “gestación por sustitución” por parte de los medios de comunicación estaría ayudando por sí misma a favorecer una posición positiva o, por lo menos, no negativa de esta práctica. Como hemos visto, en sí misma representa una imagen alegórica de metáforas continuadas en las que la maternidad y paternidad conseguidas así se realizan en sentido figurado, retomando el mito de los bebés que traen las cigüeñas.⁴⁶ Fuera de este marco queda la parte más carnal, animal, de sangre y fluidos, olor, dolor y emoción, característica del parto y posparto.⁴⁷ Si en la descripción de esta práctica no se incluye la totalidad de sus elementos, la veracidad de la construcción de la realidad por los medios resulta dudosa; se trata de una perspectiva parcial que incide directamente en la percepción de la sociedad. La pregunta no es quién determina la realidad a secas, sino qué margen tenemos para contrarrestar la que determinan los medios, teniendo en cuenta que éstos realizan una selección previa sobre cómo debe ser percibido el mundo y “las perspectivas morales que deben coordinarse para obtener esa representación”.⁴⁸ Esta selección previa es conocida como el establecimiento de la agenda o *agenda setting*, un factor a tener en cuenta en la relación causal entre una determinada opinión ante un tema tratado por los medios en función de la frecuencia con que se trata y de cómo se trata (framing o encuadre noticioso). Si bien es cierto que los medios son el cuarto poder, no lo es menos su función como escenarios donde se dirimen conflictos de intereses.⁴⁹

⁴⁶ Hay varios cuentos infantiles para contarle a los niños nacidos de esta práctica sus orígenes. Por ejemplo, “La cigüeña vino de Miami. Crónica de un viaje a la paternidad”, de Luis Melgar, 2018.

⁴⁷ Los medios sexualizan los cuerpos femeninos al margen de su función biológica, en cambio censuran fotografías de los senos de mujeres lactantes, como ha ocurrido en redes sociales. ARTETA, I. “Facebook, de la censura de las fotos de lactancia a la promesa de promoverlas”, *El País*, 1 de julio de 2017. Consultado el 5 de julio de 2023.

https://elpais.com/elpais/2017/06/30/mamas_papas/1498837820_440766.html

⁴⁸ MARAFIOTI, R., Op. Cit., pp. 173-175.

⁴⁹ Como ocurre con las noticias sobre criminalidad, donde la preocupación por la inseguridad ciudadana se ha mostrado paralela a la atención mediática y no a la realidad delictiva. Los mismos profesionales de los medios alegan estar a disposición de otros poderes: el poder político, los grupos de interés o lobbies y la propia ciudadanía, por lo que la tematización de la agenda no es un fenómeno controlado de forma autónoma por los medios sino que es el resultado de la convergencia dinámica de intereses entre diversos agentes. No obstante, la tendencia general muestra un acceso privilegiado a los medios a los actores con más poder: el mediático, el económico y el político, resultando más difícil para los movimientos sociales tematizar la agenda si sus intereses no coinciden con los de los más poderosos. VARONA, D. “Medios de comunicación y punitivismo”. *InDret*, n.1 (2011), pp. 8-12.

Al igual que ocurre con la expresión “derechos humanos”, como apunta Neves⁵⁰, la fuerza simbólica de esas expresiones es ambivalente: sirven tanto para atribuir propiedades virtuosas a esta práctica como para manipular políticamente una realidad biológica y encubrir violaciones de esos mismos derechos humanos que se pretenden reivindicar. Esta paradoja puede llegar a vaciar de contenido la expresión “derechos humanos”, al igual que cualquiera que se refiera a esta práctica de forma ambigua o contradictoria. No obstante, su fuerza simbólica predominante dependerá del contexto cultural y, en el caso del Derecho, de la eficacia normativa de las normas que se refieren a ésta⁵¹, de las que ya podemos intuir que es poca, por mor de la confusión y conflicto en el discurso social y político expuestos hasta ahora. Esto nos conduce a la relación entre lenguaje y Derecho.

1.6 Lenguaje y Derecho.

En relación con los derechos humanos, continúa Neves, lo simbólico constituye un plano reflexivo de la realidad construida socialmente; plano que no sólo opera en el sentido formal de oposición entre significante y significado, sino también en sentido autoreferencial o circular, como ocurre con el lenguaje judicial. Éste, al interpretar el lenguaje legal “construye, en parte, el sentido de éste”; lo autoconstruye, de la misma forma que los signos “son parte de la realidad social que, paradójicamente, se refieren a esta misma realidad social, autoconstruyéndola.”⁵² Sin obviar que sería reduccionista definir la estructura social meramente como simbólica, o restringir la política a un plano simbólico, pues lo simbólico es una parte de lo social y de la semiología, sí hay que reconocer que “lo simbólico implica un lenguaje o discurso en el que hay un desplazamiento de sentido hacia otra esfera de significaciones. El actuar simbólico es connotativo en la medida en que adquiere un sentido mediato e impreciso, que se añade a su significado inmediato y manifiesto y que prevalece en relación con éste último. Así, por ejemplo, el significado político latente de un texto con sentido manifiestamente jurídico puede ser inmensamente más relevante que éste.”⁵³ Esto que reconocemos como legislación simbólica, nos conduce al problema de la

⁵⁰ “La fuerza simbólica de los derechos humanos aparece como ambivalente: por un lado, lleva a la afirmación y realización generalizada de los derechos; por otro lado, actúa como forma de manipulación política encubriendo situaciones de falta de derechos o, de forma todavía más grave, posibilitando la opresión política y con ella violaciones escandalosas de los mismos.” NEVES, M. “La fuerza simbólica de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.27 (2004), pp. 143-180, p. 143.

⁵¹ Marcelo Neves plantea la paradoja de la ambivalencia de la fuerza simbólica de los derechos humanos en aquellos casos en los que la dimensión normativa no existe o es muy débil, y que se manifiesta, en los casos más graves, cuando la validez de la norma se evidencia en su violación. *Ibidem*, p. 145.

⁵² *Ibidem*, p. 147.

⁵³ *Idem*.

eficacia de las normas, dado que “el Derecho no es una esfera aislada en el mundo social, sino que existe una variedad de presupuestos no-jurídicos (económicos, políticos, culturales, científicos, técnicos, educativos, etc.) de lo jurídico.”⁵⁴

El grado de simbolismo a la hora de referirse a los sujetos, elementos y procesos que constituyen esta práctica es muy alto, dando lugar a la falta de consenso para referirse a ésta en los textos legales y, en particular, la dificultad de resolver la incoherencia implícita que supone el concepto clave del que depende esta normativa: el contrato del artículo artículo 10.1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en adelante LTRHA.

Llegados a este punto, es inevitable hacer una reflexión iusfilosófica de la relación lenguaje-derecho. En líneas generales podemos decir que tanto el enfoque instrumentalista (el derecho usa el lenguaje) como el constitutivo (el derecho es lenguaje) no terminan de resolver los problemas que plantea la relación lenguaje-derecho⁵⁵, tal vez porque uno no es, o no debería ser, excluyente del otro. A mi juicio, pueden concurrir ambas en función del contexto, como el objeto de este trabajo en el que, como se ha ido exponiendo hasta ahora, la terminología en discordia bien puede terminar en una legislación creadora de una determinada realidad (el embarazo y parto no te hacen madre) mediante el uso de un lenguaje especializado (metonimias, elipsis, metáforas), en función de una adaptación semántica específica (nuevo significado del término jurídico subrogación para el proceso fisiológico del embarazo).

Sin entrar a analizar la problemática que se pone de relieve en la elaboración del contenido jurídico, su interpretación y efectos, es conveniente incluir un par de observaciones de Habermas al respecto por el “especial papel que cumple el derecho en la teoría de la acción comunicativa, en virtud del cual es visto como un medio de expresión y conexión y, por ello, de comunicación, entre el mundo de la vida, el Estado y la economía, a través y dentro del ámbito moral y político”.⁵⁶ La primera es que Habermas, más cercano al enfoque constitutivo, considera que “sólo puede considerarse derecho legítimo aquel que surja de la formación discursiva de la opinión y la

⁵⁴ Ibidem, p. 149.

⁵⁵ AGUIRRE ROMÁN, J. O. “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, *Opinión Jurídica*, vol. 7, n.13 (2008), pp. 139-162. Un artículo muy interesante que compila y compara las diferentes teorías y sus respectivos enfoques que parten de premisas opuestas y configuran un debate a tres niveles en función de la relación entre derecho y lenguaje. A la problemática que plantean trata de ofrecer una solución desde el punto de vista de la acción comunicativa de Habermas.

⁵⁶ Ibidem, p. 151.

voluntad de ciudadanos dotados de unos mismos derechos.”⁵⁷ Esto debería hacerse a través de instituciones jurídico políticas que “permitan el debate racional y la búsqueda de acuerdos basados en las buenas razones y los mejores argumentos.”⁵⁸ Sin embargo, “los acuerdos a los que se llegue como resultado de estos debates y reflexiones sólo tienen eficacia fáctica cuando se institucionalizan bajo la forma de una norma jurídica.”⁵⁹ En este caso, no sólo no ha habido un justo debate, como expuse en la introducción, sino que no hay un mínimo acuerdo ni un reconocimiento de validez intersubjetiva, toda vez que no se incorpora la perspectiva del recién nacido al discurso.

La concepción habermasiana de la relación lenguaje y derecho lo aleja de la teoría de los sistemas en la que la vida social se autoreproduce sin intervención humana. El autor opina que el lenguaje es el medio en el que “discurren las operaciones sociointegrativas de entendimiento intersubjetivo que se efectúan y ejercitan en el mundo de la vida” y éstas operaciones son las que permiten al derecho cumplir su papel fundamental en la integración social.⁶⁰ La segunda observación, por tanto, es que “la validez de las normas jurídicas no se justifica, por así decirlo, en “el desierto”. Por el contrario, las normas jurídicas obtienen una validez siempre dependiente del contexto.”⁶¹ Todas las acciones humanas dependen de un contexto, pero en el caso del derecho “la conciencia jurídica de determinada época siempre es el reflejo de un paradigma jurídico también determinado y específico”⁶², algo que se refleja en las decisiones judiciales y no solamente a partir de un corpus normativo. Además, “en la medida en que el derecho posee funciones de integración que permean toda la sociedad, es evidente que ellos, mientras funcionan en forma de un saber atemático de fondo, se apoderan de la conciencia de todos los actores sociales.”⁶³

⁵⁷ Ibidem, p. 154.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ Ibidem, p. 155.

⁶⁰ “En la teoría habermasiana al ser el lenguaje ordinario el medio de la acción orientada al entendimiento, dicho lenguaje constituye también el medio a través del cual se reproduce el mundo de la vida y a través del cual se entrelazan entre sí los componentes estructurales de dicho mundo. Pues los sistemas de acción especializados en la reproducción cultural (escuela), o en la socialización (familia), o en la integración social (derecho), (...) a través del código común que representa el lenguaje ordinario (...) cumplen también, por así decir, concomitantemente, las funciones de los demás, manteniendo así una referencia a la totalidad del mundo de la vida”. Ibidem., p. 156.

⁶¹ Ibidem, p. 157.

⁶² Ibidem, p. 158.

⁶³ Idem.

1.7 Conclusiones.

Partiendo de la premisa de que todo hecho debe ser narrado para ser valorado, podemos inferir el papel del relato en la recepción de esta práctica también en el mundo jurídico. Su validez no depende de los hechos sino de la coherencia de sus elementos. La finalidad no es demostrar la fiabilidad de unos datos sino “disponer los elementos de la trama bajo una orientación que condiciona el juicio ético.”⁶⁴ Un procedimiento deliberativo válido para el conflicto entre interpretaciones debería, por lo menos, incluir todos los elementos de las diferentes narrativas⁶⁵, cosa que no ocurre en el tema que nos ocupa.

En base a lo anterior, podemos inferir la importancia que tiene el lenguaje para resolver la polémica social con respecto a este tema. Quizás sea uno de los asuntos de interés público en los que el lenguaje juega un papel más importante por el disentimiento entre los marcos conceptuales y sus consecuencias diametralmente opuestas. Y ello porque si no se distinguen los diferentes usos del lenguaje, el resultado es una gran confusión. Mezclar el uso descriptivo, utilizando un paradigma científico apropiado para tratar hechos biológicos contrastable mediante la falsabilidad de los postulados, con el uso expresivo predominante como vehículo de los sentimientos de los sujetos involucrados y de los media que responden a deseos e intenciones concretas, conduce a un uso operativo poco eficaz formado por un conjunto de normas aplicables al caso, que no obstante la prohibición del contrato en la ley TRHA por un lado, permite el reconocimiento de la filiación de los hijos nacidos por esta práctica por otro, amén de una casuística contradictoria no sólo en los términos sino en sus efectos jurídicos. Tampoco sirve de nada pretender redefinir por decreto el significado de palabras incorporadas desde tiempo

⁶⁴ Oscar Vergara sostiene la tesis de que “el enfoque narrativo está en función del valor arquetípico del modelo o estándar de conducta que eventualmente contenga una determinada narración.” A pesar de que este enfoque narrativo no constituye un método autónomo para la toma de decisiones, especialmente en nuestra sociedad multicultural, desde un punto de vista narrativo, el relato más eficaz es el más persuasivo, un factor del todo inconveniente “desde el punto de vista de una racionalidad que aspire a justificar decisiones éticas.” VERGARA, O. “Más allá de la retórica: algunas claves sobre la contribución del enfoque narrativo a la bioética”, *Dilemata*, n.26 (2017), pp. 257-264, p. 258.

⁶⁵ “Feito y Domingo, en su Bioética narrativa indican un procedimiento deliberativo para discernir entre el conflicto de interpretaciones. En primer lugar hay que recoger todas las interpretaciones posibles. A continuación hay que dilucidar cuáles son los elementos comunes y cuáles los discrepantes. En cuanto a éstos, lo siguiente es determinar si la discrepancia es debida a un diferente manejo de los mismos datos o si se trata realmente de interpretaciones distintas de los mismos datos. Si se trata del primer caso, es preciso tratar de proporcionar la misma información a las partes en conflicto. Si se trata del segundo, hay determinar cuál es el punto crucial en el que se apoyan las diferentes interpretaciones.” *Ibidem*, p. 263.

inmemorial al lenguaje cotidiano⁶⁶, como el caso de la palabra “madre”, que aúna en un mismo término un uso descriptivo fundamentado en la biología evolutiva y otro emotivo que, por causa de su significación simbólica en cada momento dado, actualmente conmina el desplazamiento de su acepción científica a la irrelevancia.

Para resolver las discrepancias entre los juristas a la hora de interpretar los enunciados es primordial tener claro su origen:

“Mientras no se ilumine este aspecto del problema quedará cerrada toda posibilidad de superar los múltiples desacuerdos que tales enunciados generan. Si no tenemos en claro cuál es el fondo o la raíz de las discrepancias, vale decir, por qué se discute, será estéril todo esfuerzo de argumentación racional y las disidencias persistirán, quizás agravadas. Obtener claridad acerca de esto no es, por cierto, condición suficiente para eliminar el desacuerdo, pero sí condición necesaria.”⁶⁷

Capítulo 2: La legislación.

Este trabajo no tiene como objetivo recopilar las diferentes legislaciones, pues existen ya artículos de derecho comparado que ofrecen esta información, por lo que me ceñiré principalmente al caso español y comentaré también el de Estados Unidos por haber supuesto el origen y la expansión de esta práctica a otros países. De todas formas, a lo largo del mismo será necesario mencionar otros casos a nivel global, por cuanto el denominador común a todos ellos es el mismo, sea bajo una versión u otra.

2.1 Antecedentes.

De aquellos lodos, estos barro, es un refrán popular que resume bien la situación jurídica actual en esta materia en España (y no sólo), reducida a una contradicción entre los marcos conceptuales que acabamos de ver: la prohibición del contrato de gestación por sustitución, por un lado, y la no previsión de sanciones junto con el reconocimiento de la filiación del padre que pueda demostrar el vínculo genético, por otro. Esto sucede en virtud de la Instrucción de 5 de

⁶⁶ CARRIÓ, G. R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 19 y ss. sobre los usos del lenguaje.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 25.

octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución⁶⁸. Es decir, en el mismo artículo 10 de la LTRHA confluyen la norma imperativa que prohíbe el contrato (10.1) y la dispositiva que permite reclamar la paternidad (10.3). Es un no, pero sí.⁶⁹ No obstante, para constatar el dilema en la comunidad jurídica tenemos por otro lado la Sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2014, que denegaba la inscripción del acta de nacimiento de dos menores en el Registro Civil porque dicha inscripción vulneraría el orden público internacional, considerando que los derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden público que actúa como límite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras y “en definitiva, a la posibilidad de que los ciudadanos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión”.⁷⁰

Como se puede inferir, estamos ante un panorama complejo desde todos los puntos de vista. Están naciendo personas como resultado de un contrato prohibido en España y posteriormente los padres de intención “hacen los papeles” para registrarlos como hijos suyos utilizando las vías disponibles para ello, incluso recurriendo a vacíos legales, por lo que de facto se crea una situación que fuerza a las administraciones a resolver dentro del margen que tienen y desde el criterio del bien superior del menor, no sin disputas jurídicas de por medio.

⁶⁸ Según la diputada del PSOE Ángeles Álvarez, portavoz de la Red Estatal contra el Alquiler de Vientres, el impacto de esta Instrucción es incuestionable: de 8 expedientes tramitados en el Registro Civil Consular de EEUU entre 2008 y 2010, se pasó a 406 entre 2010 y 2016. ÁLVAREZ, A. *Registro Civil, filiación y paradojas en casos de alquiler de vientres*. Conferencia, Jornadas Feministas “Explotación Reproductiva y Mercado de Bebés”, Mérida, 16 de junio de 2018. Consultado el 10 de agosto de 2023.

<https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2018/08/22/angeles-alfarez-registro-civil-filiacion-y-paradojas-en-casos-de-alquiler-de-vientres/>

Además, según la respuesta a su pregunta dirigida al Congreso, es manifiesta la opacidad sobre el número y datos de los menores nacidos mediante esta práctica. En cuanto al número del que se tiene constancia hasta 2016, éste fue de un total de 979 inscripciones entre 2010 y 2016, la mayoría provenientes de Estados Unidos y Ucrania. ÁLVAREZ, P. “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania”, *El País*, 18 de diciembre de 2017. Consultado el 10 de agosto de 2023.

https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html

⁶⁹ Así opina la formación política Ciudadanos, que presentó una proposición de ley para legalizar esta práctica en España: “La Instrucción de 5 de octubre ha dejado, en la práctica, sin contenido efectivo la nulidad del contrato de gestación subrogada contenida en la LTRHA, al hacer posible la inscripción en el Registro Civil español del fruto del contrato, con la única condición de que no se haya formalizado en España.” Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Grupo Parlamentario Ciudadanos, 122/000015, XIII Legislatura, 16 de julio de 2019, p. 2.

⁷⁰ OTAEGUI AIZPURUA, I. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 243, se refiere a la STS 247/2014.

La apropiación de la maternidad de la mujer por parte de terceros la encontramos ya desde épocas ancestrales en los textos bíblicos⁷¹, la cosmogonía griega⁷², y a través de actos simbólicos como el rito de la covada⁷³. No obstante, este fenómeno tal y como lo conocemos hoy en la era posindustrial y capitalista, fruto de la tecnificación del mercado y la medicina, comenzó en 1975 con un anuncio aparecido en un periódico de California en el que una pareja que no podía concebir solicitaba una mujer para ser inseminada con el semen del marido y que entregara al hijo así nacido a cambio de una remuneración.⁷⁴ A partir de ahí la práctica se fue extendiendo al ritmo del desarrollo de nuevas técnicas de reproducción asistida que permiten utilizar también los gametos de otra mujer, lo que supuestamente permitió esquivar la problemática del posible arrepentimiento de la mujer contratada. Y digo supuestamente porque, como veremos, la genética no induce el vínculo afectivo, por lo que el arrepentimiento sigue produciéndose en numerosos casos.⁷⁵

⁷¹ En el Génesis, libro III, Historia de Isaac y de Jacob, capítulo 30, se relata la historia de Raquel que no podía “darle hijos a Jacob” y recurre a su criada Bilhá: “Ella dijo: “Ahí tienes a mi criada Bilhá; únete a ella y que dé a luz sobre mis rodillas: así también yo ahijaré de ella.” Dióle, pues, a su esclava Bilhá por mujer; y Jacob unióse a ella. Concibió Bilhá y dio a Jacob un hijo. Y dijo Raquel: “Dios me ha hecho justicia, pues ha oído mi voz y me ha dado un hijo.”, en *Biblia de Jerusalén*, ed. Ubieta J.A. Desclée de Brouwer, 1976.

⁷² Curiosos son, los “partos” del dios Zeus de dos de sus hijos: Atenea salió de su cabeza y Dioniso, de su muslo. “Los propios atenienses se remontan a un linaje amátrida: son descendientes de Erictonio, quien no nace de madre o de unión sexual alguna, sino del semen de Hefesto, esparcido por la tierra.”, y en la obra *Euménides*, de Esquilo, “Apolo justifica el matricidio cometido por Orestes alegando que la madre no engendra al hijo, sino el padre, y que esta es solo un receptáculo.” SONNA, V. “Zeus Parturiento. La fantasía griega de un linaje puramente paterno”, en SONNA, V. (Coord.). *Las mujeres en la Antigüedad. Partos, maternidades y nacimientos*, TeseoPress, 2020.

Acceso en línea <https://www.teseopress.com/lasmujeresenlaantigüedad/chapter/23/>

En la misma línea desde el punto de vista de la cancelación de la madre: “El ejercicio de la maternidad le supone a Clitemnestra la muerte porque será más tarde su propio hijo quien la mate para vengar al padre. El matricidio se convierte así en el fundamento del patriarcado, no tanto por la muerte física, real, de Clitemnestra, sino porque el argumento utilizado para declarar inocente a su hijo es que ella no es su madre, sino sólo la nodriza de la semilla del padre. Ha nacido la madre porteadora.”, SAU SÁNCHEZ, V. “La maternidad: una impostura”, *DUODA: estudios de la diferencia sexual*, n.6 (1994), pp. 97-116, p. 111. <https://raco.cat/index.php/DUODA/article/view/59952>

⁷³ Parece que este rito se practicó en la península ibérica, Baleares y Canarias, y en otros lugares a juzgar por las fuentes. “La covada es la parodia del parto que efectúa el marido, mientras que la mujer disimula el acto de dar a luz.”. En antropología se lo considera un ritual jurídico de reconocimiento paterno. “Cuando las mujeres dan a luz a sus hijos, son los maridos quienes gimen echados en el lecho con la cabeza vendada. La cabeza vendada ¿recuerda, quizás, el parto cefálico de Zeus, o también, quizás, porque el esperma, según los griegos, viene de la cabeza?, y las mujeres preparan la comida para ellos y les preparan el baño ritual para el parto.” en ROQUE, M. A. “El viento y la covada. Mitos y ritos de las Baleares”, *Disparidades. Revista de Antropología*, vol. 53, n.1 (1998), pp. 55-80, p. 66.

⁷⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J. Las nuevas formas de reproducción humana, Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español. Cuadernos Civitas, 1988, p. 180.

⁷⁵ Son muchos los casos de mujeres arrepentidas, pero por poner un ejemplo, el caso de Elizabeth Kane, la primera *madre por subrogación* legal en Estados Unidos, que escribió un libro, *Birth Mother: The Story of America's First Legal Surrogate Mother* (1988), donde cuenta su experiencia y cómo no sólo se arrepintió años después, sino que decidió luchar contra esta práctica.

A partir de las diferentes combinaciones de gametos y técnicas disponibles que se pueden contratar se dan incongruencias legales, por ilógicas, en la argumentación sobre la filiación. Por ejemplo, según el argumento de la filiación de la madre que aporta los gametos en detrimento de la gestante “en base a que los genes que recibirá el niño vendrán de ésta y no de la madre que ha llevado a cabo el embarazo. (...) Deberíamos por lógica y por analogía considerar que padre legal es el donante anónimo de semen en una técnica heteróloga.”⁷⁶ Si, bajo este punto de vista, madre legal es la que aporta los genes solamente, el padre legal debería considerarse solamente al que aporta el semen, aún siendo anónimo. Por consiguiente, podríamos añadir que en los casos de ovodonación, la madre legal sería la donante del óvulo. El caso más extremo es el de los padres comitentes que no guardan ni siquiera relación genética con el hijo, utilizando ambos gametos (femenino y masculino) de donante o incluso un embrión donado⁷⁷. Ante estas incongruencias la propuesta de quienes apuestan por permitir esta práctica es utilizar como criterio de filiación la intencionalidad o voluntad en el deseo de ser madre o padre, por encima de cualquier consideración biológica. Con esto se busca equiparar el resultado, es decir, obviar a la postre cómo se ha concebido y conseguido esa maternidad o paternidad. Lo anterior unido a la creencia de que las personas somos tablas rasas al nacer, lienzos en blanco sin pasado, ha contribuido a banalizar y negar la relación psicoafectiva ya existente entre el feto y la madre antes del parto, como expondré en el capítulo dedicado a la evidencia científica.

2.2 La primera sentencia que sentó la jurisprudencia en EEUU.

En Estados Unidos, un país que fundamenta sus principios democráticos sobre todo en la esfera de la libertad individual y la no intromisión del Estado, adquiere preeminencia el derecho a la intimidad (right to privacy) como argumento fundamental para legitimar esta forma de acceder a la paternidad. Es pertinente subrayar este hecho para comprender lo que ha ocurrido en el país que originó esta práctica y cuya influencia en el resto es innegable, a pesar de las diferencias en

⁷⁶ PEÑASCO VELASCO, R. *Dimensiones éticas y jurídico-civiles de la experimentación genética*. Delta Publicaciones, 2009, p. 221.

⁷⁷ Hay quienes además objetan que se considere como donación la adquisición de gametos, pues éstos son vendidos a las clínicas, por lo tanto son objeto de una transacción económica. A este mercado boyante de compraventa de gametos femeninos, que por requerir una técnica invasiva para su extracción que conlleva riesgos para la salud, y por las campañas de marketing dirigidas a mujeres jóvenes atractivas y sanas, la mayoría en situación precaria, se le denomina *eggsploitation*. El Centro para la Bioética y Red Cultural, The Center for Bioethics and Culture Network realizó un documental, “Eggsploitation”, en el que aborda esta cuestión. Documental y *trailer* disponibles en abierto en <https://www.youtube.com/watch?v=jAMrwAGR3GA> Consultado el 1 de agosto de 2023.

los ordenamientos jurídicos. Esta visión estadounidense es la que está trascendiendo fronteras impulsada por la narrativa, expuesta en el capítulo anterior, de la que se sirven (o diseñan) los medios de comunicación y la industria del entretenimiento audiovisual (series, películas) disponibles en plataformas online por todo el mundo.

Así, en la primera sentencia sobre la materia, el caso de Baby M, en el que la madre (eran su óvulo y su embarazo) se negó a entregar al bebé después del parto⁷⁸, la Corte Suprema de Nueva Jersey dio la custodia a los padres de intención atendiendo al interés de la niña, a pesar de considerar que el contrato de *subrogación* violaba el orden público “toda vez que producía la separación permanente del recién nacido de uno de sus padres naturales. Esta situación por lo tanto estaba en contravía con la política y el orden público del estado, el cual tiene como propósito que el bebé permanezca y crezca con ambos padres naturales en la mayor medida posible.”⁷⁹ A pesar de esto, y de que se consideró que la remuneración de 10.000 dólares era una compensación encaminada a obtener la adopción del menor, concedió la custodia a la pareja atendiendo a una serie de circunstancias basadas en las capacidades de éstos para criar al bebé, además del hecho de que durante el tiempo del litigio judicial la niña ya convivía con ellos.⁸⁰

En un análisis de la jurisprudencia de dicho país se puede apreciar que “los rasgos distintivos que han sido identificados como característicos de la postura estadounidense son los siguientes: a) existe una regulación del contrato a partir de la ley y la jurisprudencia, b) no hay una posición uniforme entre los estados frente a la validez jurídica del contrato, c) se acude a la noción de orden público y a las normas del derecho de familia para aceptar o rechazar su validez, y d) la

⁷⁸ La madre, Mary Beth Whitehead, escribió un libro años después contando su versión de los hechos: *A Mother's Story: The Truth About the Baby m Case*. En una entrevista relata cómo se arrepintió después de entregar a su hija, el dolor insoportable al separarse de ella, el daño a sus otros hijos, la desigualdad a la hora de defender su caso en comparación con el poder económico del matrimonio Stern, cuyos abogados se esforzaron en presentarla como una mujer incapacitada para cuidarla, los errores judiciales previos al juicio ante la Corte Suprema de Nueva York que impidieron que efectivamente se negara a entregar a su hija, a lo cual se le reconoció el derecho posteriormente, y cómo el contrato de subrogación establece un círculo vicioso desde la concepción en el que la criatura fruto de éste es la víctima que más perjuicios sufre y en la que no se piensa, además de la propia madre. PROSE, E. “Mary Whitehead: “Baby M” Surrogate Mother who fought for custody”

[Mary Beth Whitehead: "Baby M" Surrogate Mother who fought for custody](#), disponible en Youtube. Consultado el 20 de agosto de 2023.

⁷⁹ RODRÍGUEZ-YONG, C. A. y MARTÍNEZ-MUÑOZ, K. X. “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25, n.2 (2012), pp. 59-81, Nota 33, p. 70.

⁸⁰ In re Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988) (Caso Baby M.)
<https://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/>

regulación del contrato está encaminada a contrarrestar los efectos negativos que se derivan del fenómeno de maternidad subrogada.”⁸¹

La definición del contrato y sus términos varían entre los pocos estados que lo permiten. En estas definiciones el proceso de llevar a término el embarazo incluye permitir la inseminación o implantación del embrión, llevarlo a término y renunciar a la filiación tras el nacimiento y, por tanto, a los derechos parentales en favor del o de la pareja contratante. Por su parte, las obligaciones de la parte contratante incluyen pagar los gastos médicos y legales, asumir la custodia del recién nacido y pagar a la madre una compensación. En lo que coinciden mayoritariamente (excepto en Arkansas) es que, contrariamente a lo que se puede suponer, se considera como madre a la madre gestante y es el contrato el instrumento mediante el cual se establece que renunciará a sus derechos sobre el hijo. En lo que se diferencian es en la posibilidad de que sea altruista o comercial y en los requisitos que tienen que cumplir tanto la madre gestante como quien la contrata, así como en su consideración como contrarios o no al orden público. Pues, desde la perspectiva de la jurisprudencia “se ha considerado que los contratos de maternidad subrogada atentan contra el orden público por tres razones principales: a) constituyen un instrumento para la explotación de las mujeres, especialmente aquellas de bajos recursos económicos, b) tienen como propósito la compraventa de recién nacidos, lo que convierte a estos en una mercancía que puede ser vendida y comprada como cualquier otro producto y de acuerdo con el precio del mercado, y c) atentan contra la unidad de la familia, pues al intercambiarse un niño por una compensación, se está contribuyendo a la destrucción de una de las relaciones más importantes de la vida humana.”⁸²

⁸¹ RODRÍGUEZ-YONG, C. A. y MARTÍNEZ-MUÑOZ, K. X., Op. cit., p. 62. Las autoras resaltan que en su país, Colombia, este fenómeno existe y está en auge, a juzgar por los anuncios de publicidad que buscan mujeres y por el número que se ofrecen por internet, por lo que en su país ya son varias las propuestas de ley para regular esta práctica, que no está expresamente prohibida. Añaden que parte de la jurisprudencia encontraría su respaldo en el artículo 42 de su Constitución Política que declara que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. Por el contrario, la otra parte opina que estos contratos son nulos, además de incompatibles con la ley sobre adopción que prohíbe retribuir la entrega en adopción de un niño, niña o adolescente. Además, la figura de la patria potestad es de orden público, irrenunciable, intransferible e indisponible, sólo modificable en vía judicial.

⁸² Ibidem, 63-70. En cambio, la Suprema Corte de California, en el caso Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993), consideró que las mujeres de escasos recursos no son más explotadas por estos contratos que por cualquier trabajo de salario bajo o no deseable que tuvieran que aceptar por su situación económica. Además, no existía evidencia de que estos contratos promovieran el tratamiento de recién nacidos como mercancías. Se trata de un contrato de servicios, no de compraventa de bebés. Ibidem, p.71.

Otro de los argumentos para considerar inválido estos contratos es que vulnera las normas del derecho de familia sobre las custodias, dado que la madre o el padre del recién nacido no puede decidir sobre los derechos de custodia sobre él mediante un acuerdo privado. En la adopción el acuerdo formal se realiza después del nacimiento y con un tiempo de reflexión para la madre (que puede cambiar de opinión), no antes, como ocurre con la gestación contratada, y no se permite remuneración alguna. La custodia de un menor debe estar sometida a un control judicial bajo el criterio del mejor interés para el menor: “no tendría sentido que el legislador hubiera establecido restricciones para la terminación de los derechos de custodia, si fuera posible alcanzar ese mismo objetivo vía contractual”.⁸³ En otras palabras, estaríamos hablando de que el deseo de estos padres y madres de intención da lugar a adopciones de diseño o adopciones a la carta. El bebé a adoptar se planifica mediante un contrato antes de que éste exista. Aunque alguno de los progenitores o ambos aporten la carga genética, también es madre biológica quien lo gesta, la cual debe renunciar a la filiación por naturaleza consecuencia de la procreación y a los vínculos jurídicos para con el hijo nacido de su cuerpo.

Como apunte adicional, habría que comentar que Estados Unidos es el único país que no ha ratificado a día de hoy la Convención de los Derechos del Niño, a pesar de haber estado involucrado en su redacción, por diferentes motivos políticos y, también, por la oposición de colectivos que creen que los derechos parentales se verán menoscabados. Este hecho debería hacernos reflexionar sobre la relación entre la concepción que se tiene de la infancia y la dignidad que le conceden los propios padres y la sociedad-Estado.⁸⁴

2.3 Declaraciones de derechos humanos y bioética.

⁸³ Ibidem, p. 74. En relación con el interés superior del menor, las autoras añaden, sobre el caso Doe v. Attorney general, 194 Mich. App. 432 (1992). “En la misma dirección, la Corte de Apelaciones del estado de Michigan afirmó: *Surrogacy arrangements focus exclusively on the parents' desires and interests, and, accordingly, the parties are apt to be insensitive to what would be in the children's best interests. That position is in direct opposition to the child custody law in this state.* [los contratos de maternidad subrogada se centran exclusivamente en los deseos e intereses de los padres, y en consecuencia, las partes son insensibles a lo que serían los mejores intereses del niño].” Ibidem, p. 74.

⁸⁴La asociación ParentalRights.org alienta el activismo en contra de esta ratificación porque considera que vulnera la autoridad de los padres, incluida la potestad para infligir castigos corporales. Para saber más sobre los puntos alegados: BLANCHFIELD, L. “The United Nations Convention on the Rights of the Child”, *Congressional Research Service*. CRS Report, 2015, pp. 9-10. Consultados el 10 de agosto de 2023: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R40484/25>

There's Only One Country That Hasn't Ratified the Convention on Children's Rights: US en <https://www.aclu.org/news/human-rights/theres-only-one-country-hasnt-ratified-convention-childrens>

Si consultamos las declaraciones de derechos humanos específicas sobre temas de bioética observamos que ni en el Convenio de Oviedo de 1997,⁸⁵ ni en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la Unesco de 2005 hay una mención directa a esta práctica. No obstante, al ser acuerdos en los que se establecen unos principios generales que sirvan de guía, para los cuales se prevén protocolos de desarrollo, se pueden inferir de sus artículos que nos encontramos ante hechos que vulneran estos principios.

El objeto del Convenio de Oviedo, como se desprende del proceso de elaboración parlamentaria, son los derechos de los enfermos o de los sujetos de investigación, trasplantes, genética e investigación en embriones, y su propósito, “regular los avances en biomedicina por la oportunidad que brinda de universalizar una normativa” y por ser “decisiva una asunción uniforme lo más extensa posible de ciertos principios bioéticos, que asegure la ausencia de “paraísos exentos de regulación” que frustrarían los objetivos del Convenio”⁸⁶, que tienen como finalidad proteger a la persona en el contexto de las ciencias biomédicas, tal y como dicta el artículo 1: “Las Partes en el presente Convenio protegerán al ser humano en su dignidad y su identidad y garantizarán a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto a su integridad y a sus demás derechos y libertades fundamentales con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Cada Parte adoptará en su legislación interna las medidas necesarias para dar aplicación a lo dispuesto en el presente Convenio.”

La conjugación de Ciencia, Ética y Derecho de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos representa un consenso básico para establecer criterios y principios válidos para los Estados que lo firmaron (y abierta al resto), con el fin de lograr los objetivos de progreso, paz y libertad. A modo de introducción, uno de los cuatro ejes de la reflexión ética, como apunta Federico Mayor, es la igualdad de todos los humanos en dignidad y cómo ésta es amenazada cuando la aplicación del conocimiento se hace de forma perversa, de forma que el “buen sentido” del tema que nos ocupa, “consiste en aplicar los conocimientos de biología y de la genética en

⁸⁵ Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

⁸⁶ NICOLÁS JIMÉNEZ, P. “El Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y Biomedicina: la génesis parlamentaria de un ambicioso proyecto del Consejo de Europa”, *Revista de las Cortes Generales*, n.40 (1997), pp. 129-154, pp.143-144.

favor de la dignidad humana, procurando evitar o paliar el sufrimiento y aumentar la calidad de vida.”⁸⁷

Partiendo de artículo primero, que proclama que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en libertad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, se resalta ya un argumento de peso para considerar que esta práctica es contraria a los principios recogidos. En el contenido de la declaración encontramos los principios sobre los que debería girar la reflexión: todos los seres humanos, sin distinción alguna, deberían disfrutar de las mismas normas éticas basadas en valores éticos comunes; los avances científicos “deben procurar siempre promover el bienestar de cada individuo, familia, grupo o comunidad de la especie humana en su conjunto, y teniendo en cuenta las dimensiones sociales, jurídicas y ambientales” (artículo 1a); una manera importante de evaluar las realidades sociales y lograr la equidad es prestando atención a la situación de la mujer ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano⁸⁸; la autonomía y responsabilidad individual (art. 5)⁸⁹; el consentimiento (art.6)⁹⁰; el respeto a la vulnerabilidad humana y la integridad personal (art.8)⁹¹; y, por último, en personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento (art. 7), “la autorización para proceder a investigaciones y prácticas médicas debería obtenerse conforme a los intereses de la persona interesada y de conformidad con la legislación nacional”. Aunque estos principios no están jerarquizados, se puede afirmar que hay unos principios primarios y otros derivados. Los

⁸⁷ Los otros tres ejes son “el derecho inalienable a la vida, pues de ella depende el ejercicio de los demás derechos: su unicidad biológica en cada momento de la existencia; y su autonomía para reflexionar y decidir libremente.” MAYOR ZARAGOZA, F. “La Bioética y los Derechos Humanos como objetivos de la UNESCO”, en GROS ESPIELL, GÓMEZ SÁNCHEZ y UNESCO. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, Comares, 2006, p. 1.

⁸⁸ En concreto, art. 14.2.a): el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano.

⁸⁹ “Se habrá de respetar la autonomía de la persona en lo que se refiere a la facultad de adoptar decisiones, asumiendo la responsabilidad de éstas y respetando la autonomía de los demás. Para las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses.”

⁹⁰ En concreto: 6.1. Toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica sólo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno.

⁹¹ Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos.

conceptos de dignidad y autonomía, estrechamente vinculados, determinan que la persona deba ser reconocida como sujeto y no como objeto de los acontecimientos y de las situaciones, rechazándose, por tanto, su instrumentalización. “Ello es especialmente evidente en relación con el ámbito de la biomedicina donde el principio de no instrumentalización ha sido consagrado en tratados y declaraciones internacionales y ha tenido reflejo también en la legislación de desarrollo de algunos países.”⁹²

Las cuestiones sociales fueron incorporadas a la Declaración “en gran medida gracias al trabajo inteligente y perseverante en particular de los representantes de países latinoamericanos, asiáticos y africanos, profundamente concienciados con su realidad social.”⁹³ A nadie se le escapa la extrema vulnerabilidad de las mujeres en la India que se someten a esta práctica en un país en el que el altísimo número de violaciones y agresiones sexuales de todo tipo a mujeres y menores, unido a una cultura de castas asociada al estatus y el nivel económico coloca a muchas mujeres en una situación de indefensión proclive a ser víctimas de abusos.⁹⁴

En el ámbito de la Unión Europea, en la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto, el Parlamento “Condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos.”⁹⁵ Además, en el Informe anual de 2022, reiteró su condena a la práctica comercial de la gestación por sustitución.⁹⁶

⁹² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “Los principios de autonomía, igualdad y no discriminación”, en GROS ESPIELL,...Op. Cit., p. 292.

⁹³ PALACIOS, M. “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO: una aportación para el futuro”, en GROS ESPIELL...Op. Cit., p.146.

⁹⁴ Sobre las campañas contra las violaciones y la situación de la mujer en la India ver: GANJOLI GEETANJALI. “El derecho a la protección contra la agresión sexual: la campaña contra las violaciones en la India”, en *Desarrollo y Derechos Humanos*, Oxfam Intermón, 2000, pp. 142-153.

⁹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)). Párrafo 115.

⁹⁶ Párrafo 63. “Reitera su condena a la práctica comercial de la gestación por sustitución, un fenómeno mundial que expone a mujeres de todo el mundo a la explotación y la trata de seres humanos, al tiempo que se dirige en particular contra las mujeres vulnerables desde el punto de vista económico y social;

2.4 El contrato según el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

El Derecho Civil se articula desde, por y para la persona considerada en sí misma, en su dimensión personal, familiar y en sus relaciones patrimoniales. Delimita el ámbito jurídico y los bienes que pueden ser objeto de tráfico, así como las reglas sobre la disposición, circulación y transmisión de éstos en esas relaciones interpersonales. Esta rama del Derecho gira en torno a tres elementos que configuran múltiples supuestos de hecho: la persona en cuanto sujeto de derecho (al margen de cualquier contexto), la familia (derechos y deberes recíprocos del grupo humano básico que constituyen) y el patrimonio, integrado por esos bienes, derechos y obligaciones de la persona y que puede intercambiar o transferir atendiendo a su capacidad de obrar y a una serie de reglas. La tensión entre la libertad y autonomía del individuo frente al grupo social supone el principal problema histórico al que el Derecho Civil, como derecho de la personalidad privada, trata de ofrecer soluciones.

Es preciso recordar estos cimientos y el criterio interpretativo de las normas en virtud del artículo 3 del Código Civil⁹⁷ para evidenciar lo que el contrato en disputa esconde, siendo éste el instrumento básico de intercambio económico entre sujetos. En primer lugar, hay que determinar el objeto del contrato, pues sin éste no tiene razón de ser. El contrato, según la definición del artículo 10.1 de la LTRHA, supone convenir la gestación, esto es, encargar a una mujer que acceda a quedarse embarazada y que renuncie a la filiación tras el parto en favor del contratante o un tercero. El objeto del contrato, por tanto, se traduce en que una mujer haga lo siguiente: acceda a quedarse embarazada, lleve el embarazo a término, dé a luz y entregue el bebé en virtud de la figura jurídica del traspaso o transferencia de la titularidad de la filiación a una tercera persona. La definición de la ley no menciona de forma directa que hay una entrega o una transacción de un recién nacido, es decir, no se expone que el resultado del contrato consiste

destaca sus graves consecuencias sobre las mujeres, sus derechos, su salud y la igualdad de género y subraya sus implicaciones transfronterizas; pide un marco regulador europeo para abordar las consecuencias negativas de la práctica comercial de la gestación por sustitución." Informe sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto. Informe anual 2022.

⁹⁷ "Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras (criterio literal), en relación con el contexto (criterio sistemático), los antecedentes históricos y legislativos (criterio histórico), y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (criterio sociológico), atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad (criterio teleológico) de aquéllas".

fundamentalmente en la entrega de una persona, que va del cuerpo de la mujer que lo gesta a otras, pero ello se deduce de la anterior sucesión de hechos y de que, atendiendo al principio de *mater semper certa est* al que alude el apartado 2 del mismo artículo⁹⁸, ésta tenga que renunciar expresamente al reconocimiento de su maternidad sobre el hijo nacido. Considero necesario hacer esta descripción de lo que significa este contrato porque la omisión de los hechos que tienen lugar entre el apartado 10.1 y el 10.2, entre el embarazo y la entrega, son precisamente la cuestión crucial que se analizará en el capítulo siguiente.

Dos son las preguntas que surgen de la descripción de estos contratos. La primera es, ¿se puede contratar una capacidad fisiológica en favor de una tercera persona y es esto comparable al concepto de subrogación legal? ¿De quién es la capacidad? La segunda es, ¿es el recién nacido un bien, un derecho o una propiedad objeto de transacción gratuita u onerosa con cambio de titularidad incluida?

Hay que empezar por algo obvio: la subrogación es una figura legal que no representa la realidad sino una ficción mediante la cual se cambia la titularidad de algo en favor de alguien en los términos de una misma relación jurídica. En general, en el caso de la subrogación personal se trata del “acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica”⁹⁹. En este caso, ¿podemos hablar de sustitución de un estado fisiológico como es estar embarazada? Más allá del proceso que supone el desarrollo del embrión humano, lo cierto es que durante los casi 10 meses de gestación, la madre no (con)tiene un proceso sino que está viviendo un proceso. Por analogía, podríamos preguntarnos si es posible contratar a una persona para que lleve a cabo la menstruación por sustitución. Para quienes consideran que todo depende de la genética y que la criatura en el interior del cuerpo de esa mujer sigue siendo suya hasta el parto, se trataría de un contrato de “servicios de incubación en úteros ajenos”.

Si el primer argumento es ilógico intrínsecamente, el segundo se delata a sí mismo de forma inevitable como cosificador del cuerpo de la mujer.¹⁰⁰ Por tanto, nos encontramos ante la

⁹⁸ “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”, Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, artículo 10.

⁹⁹ En el diccionario jurídico de la Real Academia de Lengua Española. Recuperado de: <https://dpej.rae.es/lema/subrogaci%C3%B3n>

¹⁰⁰ “En efecto, tal planteamiento habría de conducir a la admisión de que el cuerpo humano, diferenciado en su naturaleza de la persona de la que forma parte, constituye una cosa, una res de naturaleza especial, único objeto sobre el que, una vez reconocida la personalidad jurídica a todo ser humano

consideración de ésta como un contenedor que se puede arrendar por partes durante un periodo de tiempo, algo antijurídico *per se*, según explica Vidal Martínez: “Un acto de semejante trascendencia, que establece una relación entre la mujer gestante y el hijo sobre la que quizá no se ha ahondado lo suficiente, compromete la persona-libertad entera de la mujer, sin que quepa delimitar, en el plano jurídico, ninguna porción de su cuerpo, como «espacio rentable».”¹⁰¹ Añade el autor que el artículo 1271 del Código Civil resulta suficiente para sentenciar “que las personas, presentes o futuras, no pueden ser objeto de contrato. Como no puede serlo tampoco, el “servicio” de gestar un hijo que, por añadidura, se entregará luego a otras personas. A la luz de la Constitución, que ha plasmado en forma activa el principio general de respeto a la persona existente en nuestro ordenamiento, resulta claro, que no se puede transmitir derechos intransmisibles, ni renunciar a deberes irrenunciables, y que el encargar a otra mujer la gestación de un hijo al que habrá de renunciar, haya o no “prestación de óvulo”, es un contrato con causa torpe que no produce otros efectos, sino los que establece el artículo 1306 del Código Civil. Habiendo causa torpe por ambas partes, no hay acción para reclamar lo que se prometió ni la devolución de lo entregado.”¹⁰²

Otro de los aspectos a tratar es el límite a la disposición del propio cuerpo como requisito previo para que una mujer consienta en ser contratada. Aún poniéndonos en el mejor de los casos con respecto a la situación socioeconómica y emocional de esta mujer, y recordando que ningún derecho es absoluto y debe ponderarse con los demás derechos fundamentales bajo el criterio del reconocimiento de la dignidad humana, sería cuestionable el admitir un desdoblamiento de la persona en sujeto y objeto (alma y cuerpo)¹⁰³, disociación que la ciencia ha intensificado,

independientemente de su condición, puede pretenderse recaigan los poderes que derivan de la titularidad de un derecho real.” ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GIL RODRÍGUEZ, J. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: Problemática jurídica*. (Monografías Jurídicas). Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 146.

¹⁰¹ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas...*, Op. cit, pp. 85-86.

¹⁰² Ibidem, p. 192. Añade que, según el Código Civil “incurren los artículos 7-1, buena fe, no causar daño a otro, 1902, la restitución del enriquecimiento injusto como una manifestación de la equidad...Sin embargo, no parece imposible considerando el poder que tiene el patrimonio genético por encima del gestacional, que se pueda reclamar a través de la figura de la adopción la maternidad genética por parte de quienes verían con buenos ojos dar por válido un contrato de estas características si es altruista y si la madre legal consiente.” Cita del autor sobre las *Reflexiones en torno a la gestación por cuenta ajena*, II Congreso Mundial Vasco, 1987.

¹⁰³ En lo que a este tema concierne, sin entrar en la trillada conversación sobre la sacralidad de la vida versus la calidad de la vida, el argumento no se detiene en esta consideración sino en los límites de la disponibilidad del propio cuerpo, la fundamentación de la licitud de las conductas que repercuten en los demás, esto es, en los intereses generales de la comunidad en tanto estas decisiones personales afecten a terceros. Para más información sobre la consideración histórica sobre la disponibilidad del propio cuerpo ver ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GIL RODRÍGUEZ, J., Op. cit.

identificando el derecho de la personalidad con el derecho de la propiedad sobre el propio cuerpo para disminuir la integridad de forma permanente, porque iría en contra de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Aquí es donde hay quienes defienden que estamos ante un caso análogo al de la donación de órganos, pues es lo que marca el límite para considerar lícito un contrato o un acto que permita un sacrificio que no atentaría contra la dignidad y la integridad. Sin embargo, hay dos aspectos fundamentales para negar esta analogía. El primero es que entregar un bebé no es entregar un órgano. El segundo es que si el límite halla su fundamento “en la intrínseca indisponibilidad que deriva de la necesaria preservación de la vida y salud del disponente”¹⁰⁴ se vulnera tanto la integridad como la dignidad por cuanto la gestación, parto y postparto traen consecuencias permanentes para las madres, tanto por el embarazo y parto, como por la separación definitiva e irrevocable del hijo engendrado.

Considerando lo anterior, además de prohibirse dicho contrato, debería considerarse nulo y no simplemente anulable, e incluso inexistente porque “la maternidad de alquiler recaería sobre un supuesto objeto (disponibilidad de la persona, la maternidad, el estado civil del hijo) que “está fuera del comercio de los hombres, va contra las buenas costumbres, supone un fraude respecto a la normativa de la adopción y una transacción no permitida.”¹⁰⁵

A lo aducido anteriormente hay añadir otro factor crucial a la hora de ser parte en un contrato, y es la capacidad de obrar, que se entiende implícita en la autonomía individual a través de la voluntad. Ni siquiera desde las posiciones más radicales de los abanderados del liberalismo cabe la posibilidad de considerarse libre para ser esclavo. Si una mujer, aparentemente libre de coacciones externas (aunque no de coacciones internas), cede su cuerpo durante un tiempo y considera que el feto que está en su cuerpo no le pertenece, ¿no estaría socavando esa

¹⁰⁴ Ibidem, p. 154.

¹⁰⁵ PEÑASCO VELASCO, R., Op. cit., p. 388. La autora dice que no puede reclamarse la ejecución de un contrato inexistente por lo que la madre portadora no tendría obligación ni de entregar al hijo ni de indemnizar. Añade que para el legislador parece solo un problema civil al no haber establecido sanciones cuando se dan casos o pueden darse de delito. Por ejemplo, fingir haber parido en connivencia con un facultativo que se preste a ello, y falsedad de documento público. Añade que, citando a Mayor Zaragoza en *Gen-ética. Conferencia pronunciada en el siglo “Ética y medicina”*. Fundación valenciana de estudios avanzados, Valencia, 23 y 24 de marzo de 1987, “junto a la madre que cría está la madre que crea”. La gestación implica unas consecuencias que en ningún caso pueden generar una transacción. No puede ser objeto de contrato, ya que en todo contrato es necesario que concorra como requisito un objeto porque la gestación no se circunscribe sólo al útero.

autonomía? El mismo contrato supone aceptar unas cláusulas, quizás derechos pero también obligaciones, siendo la que fundamenta el contrato la entrega del bebé. De todas formas, la realidad es que en la mayoría de casos supone, simple y llanamente, una violación de derechos fundamentales y violencia contra la mujer.¹⁰⁶

2.5 Los protocolos hospitalarios en España.

Siguiendo las recomendaciones de la OMS y gracias al activismo de las madres de la asociación El Parto es Nuestro¹⁰⁷ y la nueva perspectiva desde la autonomía del paciente, los protocolos de atención al parto han ido incorporando prácticas más respetuosas durante el proceso, si bien todavía queda camino por andar para el reconocimiento de la violencia obstétrica como un tipo de violencia específica que se ejerce contra las mujeres desde una posición de poder, y que se manifiesta en un trato jerárquico deshumanizador, un abuso de la medicalización, el uso de técnicas agresivas como la maniobra Kristeller¹⁰⁸, la patologización de los procesos naturales, y la pérdida de autonomía. De un protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia

¹⁰⁶ En un modelo de contrato de Ucrania, facilitado por el Defensor del Menor en ese país, en el que es legal la práctica en su modalidad comercial se puede ver cómo aparecen todos los datos biográficos y médicos de la mujer y las condiciones a las que se someterá, entre otras “no podrá mantener relaciones sexuales, tomar medicamentos por su cuenta, viajar o mudarse de domicilio sin permiso, teñirse el pelo, exponerse a productos químicos como insecticidas o productos de limpieza, utilizar ciertas cremas y productos cosméticos, convivir con gatos o bañarse en piscinas y tomar el sol, a no ser que el médico lo aconseje.” Además, la mujer está obligada a seguir todo el tratamiento e indicaciones médicas, a comunicarse con la agencia semanalmente dando cuenta del desarrollo del embarazo y de su estado de ánimo; a reunirse con los compradores cuando lo ordene la agencia; y a entregar el bebé a la matrona justo después del parto. En cuanto a su situación postparto, “tiene prohibido ponerse en contacto con los compradores en un futuro y buscar información de los mismos en redes sociales, así mismo, tiene prohibido hacer públicas las condiciones del contrato. Todos los incumplimientos conllevan sanciones económicas que difícilmente podrán asumir estas mujeres. Estas mujeres tienen pocas posibilidades de revocar el contrato en el caso de que no quieran continuar adelante con el proceso, bien quedándose con el bebé, lo cual está prohibido por la ley de subrogación ucraniana.” TREJO PULIDO, A. “Los contratos de subrogación son contratos de esclavitud”, Stop Vientres de Alquiler, 7 de mayo de 2021. Consultado el 8 de agosto de 2023.

<https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2021/05/07/los-contratos-de-subrogacion-son-contratos-de-esclavitud/>

¹⁰⁷ Asociación el Parto es Nuestro. <https://www.elpartoesnuestro.es/>

¹⁰⁸ La maniobra Kristeller consiste en ejercer presión sobre el fondo uterino hacia el canal del parto en el abdomen de la madre desde las costillas hasta la pelvis. A pesar de estar desaconsejada por la propia SEGO y el Ministerio de Sanidad, en la fecha de publicación de este libro se seguía realizando en los hospitales públicos españoles en al menos un 26% de los partos. Esta práctica provocó en un 59% de los casos secuelas como desgarros, dolor o fractura costal, rotura uterina, hemorragia, etc y un 27% de los bebés dificultad respiratoria, fractura de clavícula, hematoma, etc. VILLARMEA, S., OLZA, I. y RECIO, A. “El Parto es Nuestro: el impacto de una asociación de usuarias en la reforma del sistema obstétrico de España” en TRIVIÑO CABALLERO, R., y RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D. *Cuestiones de vida y muerte: Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y al morir*. Dilemata: Ética, Filosofía y Asuntos Públicos. Pozuelo de Alarcón, Plaza y Valdés, 2016, p. 78.

en 2003, donde no se hacía mención a la voluntad ni participación de la mujer en el proceso, se pasó a una Recomendación en 2008 influenciada por la Estrategia de atención al parto normal de 2007, promovida desde el Observatorio de Salud de la Mujer, dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo, que reconocía la necesidad de incorporar las reivindicaciones de las usuarias y el cada vez mayor número de profesionales que se sumaban a esta reflexión sobre la atención al parto, en la que se señala la necesidad de humanizar la asistencia al parto poniendo a la mujer gestante en el centro de la asistencia recibida, y teniendo especial cuidado con su derecho a la intimidad e integridad. Los factores más importantes para definir el parto como respetuoso, tanto con la madre como con el feto y recién nacido en la fase preparto, de trabajo de parto y postparto, son: que la mujer pueda estar acompañada por la persona que ella elija, elegir la postura más cómoda, informarle y darle opciones, realizar el menor número de tactos vaginales y como prerrogativa de la díada madre-recién nacido, no separar al recién nacido de la madre, excepto que sea imprescindible. Se debe facilitar, además, el inicio de la lactancia materna lo antes posible.¹⁰⁹

La separación del recién nacido de la madre nada más nacer sin causa justificada es una de las cuestiones claves en este tema. La campaña “Que no os separen”¹¹⁰ para permitir que los recién nacidos ingresados en unidades de neonatos pudieran estar acompañados en cualquier momento consiguió que el Sistema Nacional de Salud aprobara el nuevo protocolo de 2013. Esta campaña se basa en la evidencia científica para reclamar que no se separe a la madre de su bebé si no hay una causa médica que lo justifique por motivos clínicos y está recogido en los puntos 11 y 12 de la Estrategia vigente, junto con la evidencia científica que lo sustenta.¹¹¹

¹⁰⁹ Ibidem, pp. 60-81. Tabla comparativa de protocolos en pp 72-73.

¹¹⁰ Ibidem, p. 77.

¹¹¹ En el punto 11, “Contacto precoz madre-criatura recién nacida”, la primera recomendación es realizar el piel con piel con la madre: “Inmediatamente tras el parto vaginal o por cesárea, la/el recién nacido se colocará piel con piel en el pecho o abdomen de la madre. (...) Este contacto tiene múltiples efectos beneficiosos para ambos.”, ps 35-39. Y, en el punto 12, “Atención postnatal inmediata. Lactancia”, también se sitúa como recomendación principal: “Retrasar la realización de pruebas y cribados que supongan separar al recién nacido/a de la madre.”, ps 40-43, “Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud. Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud.” Diciembre de 2012. Observatorio de Salud de las Mujeres. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Consultado el 15 de agosto de 2023.

https://www.sanidad.gob.es/en/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/InformeFinalEAPN_revision8marzo2015.pdf

2.6 Conflictos jurídicos a que da lugar.

En un estudio sobre tres casos que llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los que la aportación de material genético tiene relevancia para atribuir la nacionalidad de los menores,¹¹² se plantea uno de los problemas más evidentes: la falta de uniformidad jurídica impacta directamente en la situación jurídica de los menores en cuanto a su registro y nacionalidad se refiere. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció en los asuntos *Menesson y Labassée c. Francia*¹¹³ en sendas sentencias que han condicionado a los Estados miembros del Convenio Europeo de Derechos Humanos por lo resuelto en estas. El tribunal no cuestiona la licitud o ilicitud de la prohibición del contrato, sino la denegación del reconocimiento por parte del Estado francés de la filiación de unas menores ya reconocida en otro país (Estados Unidos), y condenó a Francia basándose en el interés superior del menor y en el respeto a la vida privada y a la vida familiar que consideró vulnerada atendiendo al artículo 8 del CEDH¹¹⁴, al considerar que la filiación está directamente relacionada con la vida privada y con la identidad de las menores nacidas de una gestación por sustitución.¹¹⁵ En cambio, en el asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹¹⁶, la Gran Sala, que había condenado a Italia por vulnerar el artículo 8 CEDH, revocó esta primera sentencia porque los hechos planteados eran diferentes al caso francés anterior, dado que ninguno de los padres tenía vínculo biológico con el menor, que fue dado en adopción al poco tiempo de intentar su registro en el consulado de Italia en Rusia. Además de considerarse sospechosa la información documental para su registro, se estimó que vulneraba el orden público internacional de Italia.¹¹⁷ La Gran Sala estableció, por tanto, un criterio genético para reconocer la filiación:

A diferencia de los asuntos *Menesson y Labassée*, citados antes, la denuncia del presente artículo 8 no concierne al registro del certificado de nacimiento extranjero y el reconocimiento de

¹¹² OTAEGUI AIZPURUA, I., Op. Cit., ps 217-245

¹¹³ Sentencias Asunto *Menesson* (65192/11) y *Labassée* (65941/11), ambas de 26 de junio de 2014.

¹¹⁴ Derecho al respeto a la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

¹¹⁵ OTAEGUI AIZPURUA, I., Op. Cit., p. 223-227.

¹¹⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Sentencia 25358/12, de 24 de enero de 2017.

¹¹⁷ OTAEGUI AIZPURUA, I., Op. Cit., p. 231-233.

la relación legal padre-hijo respecto a un menor nacido por un contrato de gestación subrogada (ver párrafo 84). La cuestión en este caso atañe a las medidas tomadas por las autoridades italianas, las cuales resultaron en la separación definitiva del niño de los demandantes. En efecto, los tribunales locales declararon que el caso no se trataba de un contrato “tradicional” de subrogación, dado que no se usó el material biológico de los demandantes.¹¹⁸

De esto se desprende que el recurso a la reclamación de la paternidad mediante la prueba de ADN, en el caso de los varones y legal en virtud del apartado 3 del artículo 10 de la LTRHA y de la Instrucción de 2010, es la vía a través de la cual se pueden seguir registrando estos nacimientos actualmente, como se vio anteriormente.

El bien superior del menor, concepto jurídico indeterminado que habría que determinarse, por cierto, es un criterio a posteriori, no a priori, para resolver los problemas burocráticos, que no éticos ni constitucionales, de este hecho.

Otro de los problemas con los que nos encontramos es la lucha por conocer la identidad; una realidad que no se puede seguir ninguneando a golpe de sentencia desestimatoria¹¹⁹. En el caso de la gestación *subrogada* podemos colegir que pueden confluír más de una incógnita sobre el origen, además de la posibilidad de que esa persona no acepte haber nacido de esta forma, como ya le ha ocurrido a una mujer bajo el pseudónimo *online* de Jakiam83, en cuya página alerta de los perjuicios de esta práctica y expresa cómo se siente al considerarse objeto de compra-venta:

¹¹⁸ Traducción propia de “*Unlike the above-cited Mennesson and Labassee cases, the present Article 8 complaint does not concern the registration of a foreign birth certificate and recognition of the legal parent-child relationship in respect of a child born from a gestational surrogacy arrangement (see paragraph 84 above). What is at issue in the present case are the measures taken by the Italian authorities which resulted in the separation, on a permanent basis, of the child and the applicants. Indeed, the domestic courts stated that the case did not involve a “traditional” surrogacy arrangement, given that the applicants’ biological material had not been used.*” Punto 133. Sentencia 25358/12 de 24 de enero de 2017.

¹¹⁹ Actualmente hay una polémica sobre continuar con el anonimato de los gametos o no. También ha sido el caso de las adopciones. Parece haber reticencias para reconocer un derecho a conocer quiénes son las madres y los padres. Por ejemplo, en el caso del parto anónimo en Francia, en el que a petición de la madre no aparecía su identidad en la partida de nacimiento y resulta imposible averiguarla, llevó a la Señora Ordièvre, que fue dada en adopción al nacer, a reclamar su derecho a conocer sus orígenes hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este denegó sus pretensiones alegando que esta negativa no era contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. “El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odièvre C/France.”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (Coords.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Colex, 2004, pp. 511-530.

*A mi me parece que fui comprada y vendida. Puedes disfrazarlo con las palabras más bonitas que quieras. Puedes envolverlo en un pañuelo de seda peculiar. Puedes pretender que estos no son tus hijos. Puedes decir que es un regalo o que donaste tu óvulo a la madre de intención. Pero el hecho es que alguien te ha contratado para fabricar un niño, renunciar a tus derechos parentales y entregar a tu hija de tu carne y sangre. Me da igual si piensas que no soy tu hija, ¿qué pasa con lo que yo pienso! A lo mejor yo sé que soy tu hija. Cuando intercambias algo por dinero se llama mercancía.*¹²⁰

Según lo comentado en el epígrafe dedicado al contrato, la capacidad de obrar es un punto contradictorio a aclarar en cuanto al derecho a la autonomía del paciente, dado que se debe verificar que el consentimiento es libre y voluntario y que es irrevocable, que la mujer no sea sometida a engaño, violencia o coacción. Este hecho será siempre difícil de comprobar cuando hay intereses económicos de por medio y/o la promesa de un reconocimiento social, especialmente cuando lo contratan famosos, o la gratificación emocional compensatoria en mujeres con determinados trastornos psicológicos.¹²¹

Por último, esta práctica fomenta el comercio de personas, la violencia de género, y la explotación. Regularla no supone controlarla puesto que en aquellos países donde es altruista,

¹²⁰ Traducción propia de *"It looks to me like I was bought and sold. You can dress it up with as many pretty words as you want. You can wrap it up in a silk freaking scarf. You can pretend these are not your children. You can say it is a gift or you donated your egg to the IM. But the fact is that someone has contracted you to make a child, give up your parental rights and hand over your flesh and blood child. I don't care if you think I am not your child, what about what I think! Maybe I know I am your child. When you exchange something for money it is called a commodity."* En la página "Soy el producto de la subrogación" ("I am the product of surrogacy"), actualmente "La otra cara de la subrogación" (The other side of surrogacy). <http://theothersideofsurrogacy.blogspot.com/> Consultado el 10 de agosto de 2023.

¹²¹ Por ejemplo: "Y como botón de muestra de en qué consisten los resortes psicológicos de ese "altruismo", escuchemos cómo lo relata una madre subrogada británica: «Siempre quise tener hijos, pero nunca tuve la oportunidad». Amanda Benson, que dice no haber sido madre en solitario por no tener la capacidad económica para ello, decidió entonces ser madre para otros." en MERINO MURGA, P. "Maternidad subrogada: vosotras parís, nosotros decidimos", *Pikara Magazine*, 04 de julio de 2017. Consultado el 15 de agosto.

<https://www.pikaramagazine.com/2017/07/maternidad-subrogada-vosotras-paris-nosotros-decidimos/> También en Inglaterra, el caso de Jill Hawkins, que tuvo 8 hijos para otros, alegaba que tiene la fertilidad de una coneja y que le gusta estar embarazada, por lo que sería una pena no aprovechar su fertilidad para quienes no pueden tener hijos, sin embargo "Su historia tiene un reverso triste y complicado. Esconde una autoestima bajo mínimos, compensada con antidepresivos. (...) Poco después del suicidio fallido se sometió a una operación de reducción de estómago. Y declaró «Me encantaba estar embarazada porque una mujer en estado tiene permiso para estar gorda. Mi principal motivación era ayudar a las parejas estériles pero, si soy honesta, lo estoy haciendo por razones egoístas.» JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. y De La TORRE DÍAZ, F. J. *La reproducción médicamente asistida: Un estudio desde el Derecho y desde la moral*. Madrid, UNED, 2013, pp. 161-162.

como Reino Unido, en donde se dan, por cierto, muy pocos casos, las restricciones impuestas para garantizar los derechos de las mujeres el máximo posible, aquellos que no cumplen estos requisitos o tienen menor capacidad económica acuden a terceros países donde las condiciones para las mujeres son mucho peores. En todos los países y, en particular en aquellos en los que el Estado democrático y de Derecho es pobre o ausente, el mercado estimula la búsqueda de mujeres y las explota, de la misma forma que sucede para la trata con fines de explotación sexual y, además, la desprotección de los menores es flagrante.¹²²

2.7 Conclusión.

Pues bien, como hemos visto hasta ahora, los argumentos en favor de permitir esta práctica se basan y reducen a uno sólo: negar el principio *mater semper certa est* y, por ende, negar la maternidad de la madre gestante. Considerarla como una costumbre y no un hecho científico deja el campo libre a la realización del proyecto personal de que se trate tomando a la mujer como el medio imprescindible para conseguir ese fin tras el cual será prescindible. Un fin que se negocia de forma privada y con escasos controles o límites ni sobre la capacidad de obrar de los padres comitentes o de las madres de alquiler y el vínculo de consanguinidad con éstos, si lo hay, ni del número de criaturas nacidas para cada comitente contratante, ni la valoración de las consecuencias que puede tener sobre la salud mental de estas criaturas. Eliminar este principio supondría dudar de la maternidad de todas las mujeres, especialmente las madres por ovodonación, desvirtuar el hecho natural y sustituir, aquí sí, el significado fundamentado en un

¹²² En Georgia, una pareja, ella *influencer* y él condenado en Rusia a cadena perpetua, pagó para tener 20 bebés en un año, y su objetivo es tener 100 hijos. ELIDRISSI, F. “Una pareja de millonarios pagó 160.000 euros para tener 20 bebés en un año utilizando vientres de alquiler”, *El Mundo*, 9 de junio de 2021. Consultado el 12 de agosto de 2023.

<https://www.elmundo.es/loc/celebrities/2021/06/09/60bf713afdddffd52f8b468f.html>

En Georgia se permite la modalidad comercial. En el durísimo documental *Selling surrogates: wombs for hire in Georgia*, de Unreported World, se denuncia la vulnerabilidad de las mujeres y la violación de sus derechos fundamentales en una práctica en este país en el que, como en el caso anterior, no hay límites al número de bebés que se pueden entregar o vender, ni tampoco una valoración de la idoneidad de los padres que lo encargan. Además, el trato vejatorio a la mujer durante el parto va más allá de la violencia obstétrica que conocemos. En una escena desoladora en la que una mujer da a luz, asistimos a un trato inhumano por parte del médico y la enfermera, y además, nada más nacer, se deja al recién nacido llorando y se impide a su madre consolarlo, si quiera tocarlo, quien llora desgarradoramente ante el dolor de ver sufrir al hijo que acaba de parir. Tanto la madre como el bebé son tratados como lo que son: productos de un negocio. [Selling surrogates: wombs for hire in Georgia | Unreported World](#)

En Nigeria, al tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, entre otros, se añade la explotación reproductiva en granjas de mujeres, en donde se las insemina y fuerza a parir criaturas. TOBORE OVUORIE, “The ugly truth of Nigeria's child trafficking”, *DW Made for Minds*, 29 de julio de 2022. <https://www.dw.com/en/the-ugly-truth-about-nigerias-child-trafficking/a-62622680>

hecho biológico y tangible por un constructo social articulado en la deconstrucción de un término que no deja de indicar un fenómeno que lleva ocurriendo millones de años en la naturaleza, al margen de nuestra intervención.

La importancia del contrato reside en que si se legitima esta patraña, urdida para conseguir acceder a la paternidad o maternidad alquilando mujeres y adueñándose del contenido de sus cuerpos, se estará aceptando que el cuerpo de la mujer es un bien colectivo al que se puede acceder, controlar y explotar, además de su sexualidad, su capacidad reproductiva. Es decir, se perpetúa el paradigma patriarcal de la cosificación del cuerpo femenino como medio para satisfacer placeres y deseos y se amplía con esta práctica gracias a las nuevas tecnologías. La analogía con la prostitución aún sin mencionarla salta a la vista. Victoria Sau explicó cómo el control patriarcal sobre las mujeres ha garantizado al menos tres deseos de los varones: el acceso al placer sexual, fundamentalmente a través de las instituciones de la prostitución, el primer contrato no escrito del patriarcado (una mujer para cada uno y unas cuantas, para todos) y el matrimonio, que además garantiza la titularidad de derechos de los hijos de esas mujeres y los cuidados personales de esa prole. La madre no es madre en tanto que mujer madre, sino en tanto que facilita al padre lo que a éste le hace falta, de esta forma funciona como si tuviera un aparato reproductor fuera de su cuerpo.¹²³

Además de la comercialización del cuerpo de la mujer y la desigualdad subyacente por la que la mayoría acaba explotada, la prostitución “permite que cualquier mujer, por el hecho de serlo, sea susceptible en un momento dado de ser prostituida o darse a la prostitución.”¹²⁴ En los mismos términos, considerar que se puede contratar la gestación de una mujer y adquirir el bebé resultado de la misma permite que cualquier mujer, por el hecho de serlo, también sea susceptible de ser explotada por su capacidad reproductiva y de ofrecerse para explotarse en beneficio de terceros. De ahí que sea imperativo valorar si su regulación no sería contraria al orden público y a la moral, habida cuenta de que la gran diferencia con la prostitución, y precisamente por eso la urgencia en abordar seriamente este debate, es que la explotación no termina con el uso del cuerpo, sino que hay una tercera parte implicada: la persona que es entregada, el recién nacido.

¹²³ ÁLVAREZ, A., Conferencia, Op. cit. Explica la raíz antropológica de esta práctica, en este caso mencionado a Victoria Sau.

¹²⁴ SAU SÁNCHEZ, V. *Diccionario ideológico feminista*. La Mirada Esférica; 2. Barcelona, Icaria, 2000, p. 253.

Confundir la madre con la maternidad es un error. La maternidad sigue siendo silenciosa. No es una institución porque no se le ha dado un reconocimiento social e incluso ha sido apropiada y expropiada a lo largo de la historia. Lo que siempre ha existido, sin embargo, son las madres. Y estas madres viven en una sociedad en la que su maternidad, de por sí vulnerable, ahora es deconstruida y destruida. El sueño feminista de la liberación del yugo patriarcal por el determinismo biológico se ha vuelto contra el feminismo.¹²⁵

Ningunear la maternidad al no otorgarle un valor social y cultural equivalente al de la paternidad, por tanto, no es ninguna novedad en la mayoría de sociedades, incluida la nuestra. Lo que es una novedad es negar la madre. Negar que la gestación y el parto de las mamíferas humanas las convierte en madres automáticamente resulta arrogante, cuanto menos, además de un disparate. No obstante, dado que éste es el punto clave sobre el que pivota el debate, la corriente argumental desemboca necesariamente en el conocimiento científico.

Capítulo 3: La evidencia científica.

Lo visto hasta ahora nos impele a comprobar la veracidad de tres afirmaciones derivadas de la negación de la maternidad de la mujer que gesta y pare en los casos de este tipo de gestación contratada. La madre ya no es contenido, sino sólo continente. En primer lugar se niega que sea madre biológica, única o parcial, en el caso de que el óvulo sea de otra. En segundo lugar, se niega que tenga un vínculo prenatal y perinatal equivalente al que sienten las madres cuyo embarazo tiene como objetivo ejercer la maternidad del bebé que se gesta. En tercer lugar, se niega que los procesos fisiológicos involucrados y la separación postparto que supone el contrato tenga consecuencias perjudiciales sobre la salud de la mujer y del recién nacido a corto y largo plazo.

¹²⁵ Victoria Sau habla del mito de la maternidad. Esta no existe socialmente como institución porque no se ha reconocido en contraposición a la Paternidad, que la absorbe para perpetuar el nombre de los padres, su linaje. La maternidad patriarcal es vivida en servidumbre o esclavitud. La maternidad en esclavitud es obligatoria por coacción, primaria o secundaria, para engendrar y dar a luz. La maternidad en servidumbre es voluntaria, deseada, pero a pesar de eso no puede impedir que institucionalmente carezca de valor...En cuanto a la posibilidad de que la técnica pueda sustituir a las mujeres en el proceso de gestación para hacerlas libres, alerta: "La maternidad de laboratorio puede convertir a las mujeres, si esto ocurre todavía en una sociedad patriarcal, en conejillos de Indias y al mismo tiempo no tiene por qué brindarles la oportunidad de ser más libres, pues el poder sigue siendo masculino y lo más probable sería que las mujeres quedaran reducidas a su otra dimensión alternativa: la de objetos sexuales." Ibidem, pp. 182-186.

Ante esto hay que plantearse varias preguntas o razonamientos lógicos. Si una persona que ha recibido una donación de plasma sanguíneo sufre una hemorragia, ¿de quién es la sangre que está perdiendo, suya, de la persona que se la donó o de ambas? Sigamos con el siguiente silogismo que tiene como premisa que a una mujer le pudieran implantar el óvulo de otra en su ovario. Si esta mujer pierde la posibilidad de fecundarlo por no tener relaciones sexuales ese mes, ¿de quién es la menstruación? ¿Aceptaríamos que la menstruación de esa mujer es de la donante del óvulo? ¿Diríamos que está sangrando por sustitución? Supongamos, bajo la misma premisa, que la citada mujer, de forma natural, consigue quedarse embarazada pero sufre un aborto en las primeras semanas de gestación. ¿Quién está sufriendo el aborto? ¿Podríamos decir que está sufriendo un aborto por sustitución? Si esta misma mujer, mediante un contrato, queda embarazada a petición de terceros, ¿cambian en algo el sujeto y el objeto de la acción menstruación, aborto, embarazo o parto por tener los óvulos orígenes diferentes? ¿Podemos afirmar que el embrión implantado en la tercera semana y la persona recién nacida entregada son la misma entidad y perfectamente intercambiables con una diferencia de nueve meses? Es decir, ¿entregar un embrión y entregar un recién nacido son transacciones equiparables?

Estas preguntas son el desarrollo del argumento de que los hijos que tienen esas mujeres no son suyos, que ellas no son sus madres. Para responder a estas preguntas hay ya, y la había desde hace décadas, evidencia científica sobre el vínculo primario madre-cría, no sólo desde el estudio de la conducta a partir de datos observables, sino también desde la neurociencia, que aportó la información sobre lo que sucede “detrás” de lo que podemos observar.

3.1 Biología evolutiva.

El problema del borrado de la madre en este caso ya no sólo apela a un debate ético, sino biológico. Hay un aspecto fundamental que se obvia. Nuestra especie ha evolucionado y sobrevivido, al igual que otros mamíferos, gracias a un mandato previsto por la naturaleza: el vínculo materno-filial resultado de la evolución del proceso reproductor sexual de las hembras. Lo que describe al género mammalia es la característica de que el cuerpo de las hembras ha evolucionado para gestar a sus crías y alimentarlas con la leche generada en sus mamas. Un mamífero es,

Dicho de un animal: Del grupo de los vertebrados de temperatura constante cuyo embrión, provisto de amnios y alantoides, se desarrolla casi siempre dentro del seno materno, y cuyas crías son alimentadas por las hembras con la leche de sus mamas. U. t. c. s. m., en pl. como taxón.¹²⁶

La importancia de la hembra durante el proceso reproductivo en el grupo de animales que tienen gestación interna es incuestionable a nivel evolutivo.¹²⁷ El útero y la placenta ofrecen los mejores cuidados a su cría: la madre le transfiere alimentos a través de la placenta y además “ella misma es el medio ambiente que rodea e influye sobre el desarrollo de la cría, la cual depende enteramente del cuerpo materno para sobrevivir y continuar su crecimiento. El ambiente interno proporciona, además, estabilidad para el desarrollo del feto, ya que los efectos de las deficiencias nutritivas, los climas extremos y las enfermedades están atenuados por las respuestas fisiológicas de la madre.”¹²⁸ Pero la importancia de la hembra gestante no termina con el nacimiento, ya que “las conexiones existentes entre madre-cría –originadas en el mismo momento de la concepción–continúan en los mamíferos, pero sobre todo en los primates, unas veces durante años y otras incluso durante toda la vida.”¹²⁹ Este éxito de la evolución de todos los mamíferos tiene una trascendencia especial en los monos, los simios y el ser humano y tienen su origen en los vínculos sociales y ecológicos que se establecen entre las hembras y sus crías.¹³⁰ Este lazo de unión que lleva dándose durante millones de años tiene una peculiaridad en el caso de los primates, cuyas crías dependen por completo de su madre desde que nacen y requieren de mucho más tiempo de cuidados para crecer y desarrollarse. A pesar de que el periodo de gestación es largo, en comparación con el de otros mamíferos, a éste periodo le sigue una infancia prolongada y una etapa juvenil antes de convertirse en adultos. La dependencia de transporte de la cría, que tarda en aprender a caminar, supone que la fisionomía de la hembra

¹²⁶ Diccionario de la Real Academia Española.

¹²⁷ Se calcula que el cambio a la gestación interna en la reproducción sexual tuvo lugar hace unos 150 millones de años y conllevó no sólo el proceso biológico en sí, sino un nuevo comportamiento: el cuidado de la prole. Esta innovación supuso una asimetría reproductora y las diferencias entre el comportamiento de hembras y machos se fueron acentuando a medida que surgían nuevos grupos como los placentarios o los primates. MARTÍNEZ PULIDO, C. *El papel de la mujer en la evolución humana*. Colección Razón y Sociedad; 23. Madrid, Biblioteca Nueva, 2003, p. 445.

¹²⁸ Ibidem pp. 441-442.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ La autora recalca la importancia de la hembra primate en la reproducción de la especie y hace referencia a influyentes investigaciones sobre la diferencia sustancial entre qué significa ser hembra y ser macho, un análisis trascendental en la Biología Evolutiva porque contribuye a justificar la variación específica a partir de la variación sexual que supusieron las diferencias sexuales: diferente base genética, anatomía y fisiología que son diferentes en cada especie en función de su comportamiento y reproducción y que contribuyen a su éxito reproductivo. Citando a la antropóloga Adrienne Zihlman, señala que las diferencias anatómicas están relacionadas con los comportamientos de supervivencia, siendo uno de ellos el vínculo madre-cría y sus efectos sobre el éxito reproductivo de la especie.

se haya adaptado para portearla y que, a su vez, la cría sea capaz de colgarse de su madre desde que nace. Este modo de transporte contribuye a reforzar el vínculo madre-cría a través del contacto físico, sumado a la lactancia, que funciona reemplazando a la placenta durante el periodo postnatal. Al impacto de esta innovación evolutiva que recae en la importancia del vínculo madre-cría para la supervivencia de la especie, fundamentado en las características reproductivas de la hembra, se la ha llamado “revolución de los mamíferos” y fue de gran trascendencia, particularmente para los primates, en cuyo grupo se incluyen los homínidos, por las consecuencias cruciales sobre la vida social del grupo, cuya cohesión se basa no sólo en el instinto sino en el aprendizaje y la experiencia.¹³¹

La importancia del vínculo madre-cría y la influencia clave de la reproducción femenina en el desarrollo de los grupos humanos en la historia de la evolución ha pasado desapercibida por la perspectiva androcéntrica imperante en el campo de la ciencia hasta muy recientemente. El interés por su estudio parte de la conciencia emergente sobre la necesidad de investigar el comportamiento y los vínculos sociales entre los primeros hominoideos, a partir de los cuales derivan los modelos posteriores y que configuran los cimientos de la humanidad moderna.¹³² Otra de las características del vínculo madre-cría de los primates es que, “a diferencia de otras mamíferas, no deja a sus crías en nidos o cuevas, sino que las transporta consigo constantemente”, en lo que podría ser un modelo de supervivencia de ambas, a la hora de procurarse el alimento y de asegurar el desarrollo de una cría más desvalida al nacer que la de otras especies.¹³³

Si este vínculo ha sido un elemento decisivo es porque la naturaleza ha previsto que así sea para garantizar la supervivencia de la especie. “La naturaleza ha seleccionado ciertos patrones de nacimiento e infancia para conseguir crear el tipo de adultos adecuado en cada especie. En la

¹³¹ Esta combinación de esfuerzos: gestación larga, lactancia y crianza prolongada puede haber contribuido a la evolución de nacimientos únicos en los primates, siendo los embarazos de fetos múltiples una excepción. El gasto de energía y la dedicación durante muchos años habrían impuesto una reducción en el número de crías de las que una madre y su grupo social podrían hacerse cargo con satisfacción. Ibidem, pp. 445-448.

¹³² Ibidem, p. 454.

¹³³ MARTÍNEZ PULIDO, C. *La senda mutilada: La evolución humana en femenino*. Colección Estudios sobre la mujer. Madrid, Biblioteca Nueva, 2012, pp. 41-45. La autora explica cómo el bipedismo dio lugar a lo que se conoce como dilema obstétrico. El cuerpo erguido de las hembras modificó la pelvis y dificultó el parto, por lo que el desarrollo del cerebro del feto no es completo para facilitar su paso por el canal del parto. Esto, unido a otros factores de su anatomía, convierten a la cría de los grandes primates, en especial a la cría humana, en una de las más vulnerables y dependientes al nacer. Algo que propició que las hembras cuidaran de sus crías y no se separasen de ellas para garantizar su supervivencia.

naturaleza nada ocurre por casualidad, todo tiene un motivo y una justificación biológica. En nuestro caso, somos primates, y nuestros bebés son crías de animales del tipo mamífero.”¹³⁴ Esta selección natural ha obligado a una mutua dependencia entre progenitores y crías gracias al apego emocional y, en concreto, al apego innato de las hembras hacia sus crías, y recíprocamente de éstas hacia sus madres, “ya que es una conducta que obedece a la necesidad evolutiva de alimento y cuidados.”¹³⁵ El estudio de esta dinámica del vínculo, también conocido como apego, dio lugar a la conocida y avalada Teoría del apego.

3.2 Teoría del apego.

La psicología prenatal y perinatal aplicada ha ido aumentando exponencialmente su conocimiento sobre esta etapa del desarrollo humano. Aunque hay estudios anteriores al siglo XX, es a principios de este siglo cuando se empieza a investigar el impacto de la vida uterina y el nacimiento en la vida adulta. Esto contradecía la creencia generalizada de que el útero era un compartimento estanco e independiente dentro del cuerpo de la mujer y que no había vida mental antes del nacimiento.¹³⁶

Donald W. Winnicott fue uno de los pioneros en plantear las hipótesis sobre el desarrollo emocional temprano del bebé y su facilitación por la madre que influyó en estudios posteriores. Además, haciendo alusión al elevado intervencionismo de expertos y expertas en los cuidados en la primera infancia, que tenían un matiz cultural culpabilizador para con las madres, hizo hincapié en que “para el momento en que el bebé está maduro para el nacimiento, la madre, si ha sido bien cuidada por su compañero o por el Estado, o por ambos, está preparada para una experiencia en la cual sabe perfectamente bien cuáles son las necesidades del bebé.”¹³⁷ En base a sus observaciones, halló un común denominador en el comportamiento materno: la

¹³⁴ GARRIDO MAYO, M. J. *Etnopediatría: Infancia, biología y cultura*. OB STARE, 2017, p. 34.

¹³⁵ Ibidem, p. 38.

¹³⁶ Por ejemplo, *El trauma del nacimiento*, de Otto Rank en 1924 o *El Grito Primal*, de Janov, en los años 70. *Prenatal Dynamics*, de Peerbolte, 1975, sobre la importancia de las experiencias prenatales para el desarrollo psicológico y ya en los 80, *La vida secreta del niño antes de nacer*, de Thomas R. Verny y Jhon Kelly, quienes sentaron las bases para la creación de la Asociación de Psicología Prenatal y Perinatal y Salud, a través de la cual se organiza un congreso bianual y se publica la revista *Journal of Prenatal and Perinatal Psychology and Health*. Para saber más sobre la historia de la psicología prenatal y perinatal ver, “Breve reseña histórica”, en PRIETO MIGUÉLEZ, F. *Psicobiología del estrés prenatal: implicaciones en el eje hipotálamo-hipofisario-adrenal de los bebés*, Tesis Doctoral, Facultad de Psicología, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 21-27.

¹³⁷ WINNICOTT, D. W. *Los bebés y sus madres* (trad. VVAA). Paidós, Editorial Planeta, 1990, pp. 22-23. Winnicott (1896-1971), fue médico pediatra, psicoanalista y psiquiatra infantil.

espontaneidad, que tiene como objetivo sostener a ese bebé, no procurarle sólo el alimento o el abrigo. Esta espontaneidad se debe a la identificación de la madre con su bebé y viceversa. La diferencia entre las dos identidades radica en que “desde el bebé no existe nada más que el bebé y, en consecuencia, al comienzo la madre es parte de él.”¹³⁸ Para el bebé, añade, este estado de integración es fundamental para su salud mental y una falla en el mismo está también relacionada no sólo con problemas psicológicos, sino con dificultades que afectan a la salud física, las cuales se originan en la inestabilidad de la estructura de la personalidad.

En los años 50 del pasado siglo, John Bowlby analizó la importancia del vínculo entre madre e hijo para la psicología humana, que fue la base de su teoría del apego, a la que después contribuyó Mary Ainsworth¹³⁹. “Consideraba que el desarrollo de la personalidad se ve influido por la presencia o ausencia, parcial o total, de una figura de apego que aporte la base segura en cada etapa. El modelo primero tiende a constituirse en referencia y así a perpetuarse.”¹⁴⁰ El concepto del vínculo de apego se fundamenta en un imperativo biológico de necesidad emocional y relacional humana primaria, que como tal está preprogramado y presente a lo largo de todo el ciclo vital.

En la década de los 90, gracias a los análisis de las décadas precedentes sobre los factores ambientales y estímulos que influyen en el desarrollo prenatal y en el comportamiento del feto, se avanza en el conocimiento de la interacción madre-feto durante el embarazo, a cargo de investigadores como el conocido obstetra francés Michel Odent.¹⁴¹

¹³⁸ Ibidem, p. 28.

¹³⁹ Mary Winsworth contribuyó al desarrollo de esta teoría en sus experimentos sobre el apego seguro e inseguro con el proyecto “Strange Situation”, en el que se observaba el comportamiento de bebés entre 12 y 18 meses cuando su madre se ausenta de la habitación. Consultado el 20 de agosto de 2023. <https://www.attachmentproject.com/attachment-theory/>

¹⁴⁰ GARRIDO MAYO, M. J., Op. Cit. p. 41.

¹⁴¹ Publicó, entre otros, los libros *El nacimiento de los mamíferos humanos* y *El bebé mamífero*. “La especie humana ha sido programada, como todas las mamíferas, para traer al mundo a sus bebés mediante la liberación de un complejo cóctel de hormonas del amor (oxitocina, endorfinas, etc.) (...) Nuestra comprensión actual de la fisiología del parto reposa sobre un hecho esencial que debemos tener siempre en mente: el antagonismo adrenalina – oxitocina. Esto quiere decir que cuando los mamíferos segregan adrenalina no pueden segregar oxitocina. Todos sabemos que la adrenalina es una hormona que los mamíferos segregan en situación de urgencia, particularmente cuando sienten miedo, están tensos, se sienten observados o tienen frío.” Para más información ver un resumen en, Instituto Europeo de Salud Mental Perinatal. “El nacimiento de los mamíferos humanos. Michel Odent.” 30 de abril de 2017. Consultado el 20 de agosto de 2023.

<https://saludmentalperinatal.es/2017/04/30/el-nacimiento-de-los-mamiferos-humanos-michel-odent/>

La Teoría del Apego ha sido considerada como uno de los programas de investigación más completos de la Psicología que se ha ido corroborando a medida que sus hipótesis se han validado. El apego es un sistema psicobiológico y motivacional de protección y regulación del estrés. Vínculo de apego y vínculo afectivo no son lo mismo, no son términos intercambiables. “La Teoría del apego no es una propuesta general sobre los vínculos afectivos, sino una explicación de cómo el ser humano va desarrollando estrategias psicobiológicas, representacionales, y relacionales para regular las experiencias estresantes de la vida.”¹⁴² El exponencial aumento de las disciplinas neurocientíficas han confirmado, ampliado y reformulado los postulados originales de Bowlby gracias a la medición de la actividad cerebral, la identificación de las áreas cerebrales, circuitos neuronales, neurotransmisores y neuropéptidos involucrados en el sistema de apego, sistema que se constituyó en el *ambiente de adaptación evolutiva*, del que la sociedad moderna se aleja, generando toda una serie de desadaptaciones (psicopatologías) porque la “psicobiología de las necesidades humanas entra en conflicto con las demandas actuales de la sociedad, en todos sus ámbitos”,¹⁴³ algo que se hace más patente en la infancia.

Hasta el desarrollo de la neurociencia, las investigaciones se basaban en la conducta observable y, aunque históricamente la madre fuera la primera cuidadora, si bien dentro de una tribu y nunca de forma aislada o como cuidadora única, se ha podido interpretar que cualquier figura de apego es intercambiable y sustituible con la madre de forma equivalente. Si bien en lo que a la teoría del apego respecta, el sistema de apego se basa en el “cuidador específico”, que pueden serlo también el padre, las abuelas y abuelos, otros miembros de la familia con o sin relación consanguínea, como sucede en casos de adopción, el propósito de este capítulo no es comparar estas figuras entre sí, sino responder a las preguntas planteadas en la introducción sobre las singulares características del vínculo primario madre-cría, que es diferente al resto.

3.3 Neurociencia perinatal. El cerebro maternal y el cerebro del bebé: una etapa simbiótica.

Desde una perspectiva ecosistémica o integral, para comprender el proceso psíquico del embarazo, parto y postparto hay que tener en cuenta los factores culturales, sociales e incluso personales que marcan la vivencia de estos procesos trascendentales para la mujer. La manera

¹⁴² LECANNELIER, F. “La teoría del apego: una mirada actualizada y la propuesta de nuevos caminos de exploración”, *Aperturas Psicoanalíticas*, n.58 (2018), p. 3.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 12.

en cómo se viven los embarazos y la maternidad no escapa a estas influencias, no obstante, el proceso biológico subyacente a lo contextual en un tiempo y forma sigue produciéndose en base a los mismos mecanismos que hace millones de años. “El problema radica en que la cultura, y por tanto la crianza, ha evolucionado enormemente, mientras que la biología se ha mantenido prácticamente sin modificación. El bebé humano sigue diseñado para cumplir las mismas expectativas que hace miles de años. Este desajuste es la raíz del problema y de las dificultades entre la biología del bebé y los estilos culturales de los padres.”¹⁴⁴

El estudio de las transformaciones en el cerebro de la madre es paralelo al estudio del desarrollo del feto en el útero y la programación fetal. El embarazo es la experiencia relacional más temprana. “La relación es, además, de mutua influencia, y la mujer experimenta cambios profundos en el plano físico y psicoemocional. Muchos de los cambios son de carácter permanente y suponen una experiencia siempre transformadora.”¹⁴⁵ Estos cambios son observables no sólo en la clínica sino gracias a la investigación en neuroimagen. El bebé en formación aprende a prepararse para un entorno u otro en función de la información que recibe de la madre. La teoría de la programación fetal estudia estos condicionantes y su impacto en nuestro metabolismo.¹⁴⁶ La experiencia del embarazo y la crianza están muy condicionadas por la situación personal y social de la madre, así como por la cultura en la que se inserta, pero muchos de los procesos psíquicos por los que pasa y los patrones de su conducta tienen una base biológica. Las hormonas juegan un papel importante en la aparición de los síntomas típicos de embarazo, objeto de numerosos clichés. Son menos populares, en cambio, otros cambios de gran impacto en el cuerpo de la mujer desde el momento de la fecundación y que afectan a todos y cada uno de los órganos de su cuerpo, incluido el cerebro. “A nivel neuronal se produce una especie de enamoramiento entre madre e hijo. La activación de este circuito, que recordemos también está implicado en las conductas adictivas, probablemente esté relacionada con la ansiedad que muestran algunas madres al ser separadas de su bebé durante el postparto temprano, así como con las conductas impulsivas de comprobación para asegurarse de que el bebé está sano y salvo.”¹⁴⁷ Estos cambios en el cerebro, según demuestran los estudios anatómicos sobre el volumen de masa gris pre y posparto, tienen una importancia clave para el

¹⁴⁴ GARRIDO MAYO, M^a.J., Op. Cit., p. 36.

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ LORENZO, P. y OLZA, I. *Psicología del embarazo*. Colección Temas en Perinatalidad. Síntesis, 2020, p. 25.

¹⁴⁶ Citando a la psiquiatra Monique Bydlowski: “La reproducción humana va más allá de ser un fenómeno somático y el bebé es más que un producto biológico. El bebé es también un lugar de transmisión psíquica.” *Ibidem*, p. 26.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 84.

vínculo maternofilial. “Tanto los estudios en roedores como los estudios en humanos ponen de manifiesto que el embarazo supone una reorganización cerebral dirigida a afrontar los retos de la maternidad. Por un lado, los cambios que afectan al sistema límbico, en concreto del sistema de refuerzo, parecen estar implicados en esta sensación de enamoramiento madre-bebé.”¹⁴⁸

Durante la gestación se producen grandes cambios semana a semana. Como comentaba anteriormente, tradicionalmente se pensaba que la salud mental y física de una persona estaba marcada por la interacción entre genética y ambiente posnatal, dejando un vacío de nueve meses de desarrollo intrauterino. La teoría de la programación fetal ha incluido el periodo de gestación en el estudio de la relación entre las condiciones ambientales en momentos críticos de desarrollo prenatal y sus consecuencias en el organismo a largo plazo, en concreto la susceptibilidad de desarrollar trastornos físicos y psíquicos en la infancia y la edad adulta. Esta teoría se sustenta en la existencia de periodos especialmente “plásticos”, en los que el organismo es muy sensible a perturbaciones ambientales que pueden modificar las “instrucciones de creación” dejando una huella duradera en la fisiología del organismo, siendo la etapa intrauterina el periodo más plástico de nuestra vida. Esta rama científica se apoya en estudios que demuestran cómo un ambiente intrauterino adverso puede alterar la estructura de órganos, incluido el cerebro,¹⁴⁹ pero también la genética, dando lugar a lo que se conoce como epigenética.¹⁵⁰

Por su parte, el bebé, ya es capaz de reconocer la voz de la madre y de interactuar con ella activamente desde la semana 28 de gestación, cuyos órganos sensoriales ya están maduros desde la semana 26, permitiendo que pueda detectar y responder a estímulos procedentes del exterior. Los sistemas hormonales de ambos se comunican durante el embarazo, hasta tal punto que es el feto el que “avisa” a su madre de que está listo para nacer.¹⁵¹ Por desgracia, la teoría

¹⁴⁸ Ibidem, p. 88.

¹⁴⁹ Ibidem, pp. 100-102. El tabaco y el alcohol o la exposición a químicos tóxicos son elementos teratógenos de sobra conocidos, pero también el estrés, por ejemplo el laboral, económico o familiar, durante el embarazo. Estos factores se relacionan con el aborto, el parto prematuro y defectos congénitos.

¹⁵⁰ “El término epigenética fue acuñado a mediados del siglo XX y se define como la ciencia que estudia los cambios en el organismo causados por la modificación de la expresión génica sin alteración en la composición del código genético. (...) Analiza cómo estos genes se activan o inhiben en función de las señales ambientales. La activación o inhibición de ciertos genes, más que la genética en sí, es la que da lugar a nuestro fenotipo.” Estos procesos epigenéticos determinan nuestro fenotipo a lo largo de toda la vida y son especialmente relevantes en la gestación, regulando la creación del ser humano indicando qué genes deben transcribirse en cada uno de los linajes celulares. Ibidem, pp. 106-107.

¹⁵¹ Son varios los mecanismos que se activan para el inicio del parto pero se cree que éste comienza cuando el feto “envía” a la madre una señal hormonal de que está listo para nacer. MENDELSON, C. R., MONTALBANO A. P., y GAO, L. “Fetal-to-maternal signaling in the timing of birth”. *Journal of Steroid Biochemistry and Molecular Biology*. Vol. 170 (2017), pp. 19-27.

de la *tabula rasa*, la idea de que la mente de los seres humanos al nacer es un lienzo en blanco, influyó negativamente en la percepción que se tuvo del recién nacido hasta el siglo XX.¹⁵²

3.4 El trauma de la separación postparto: la herida primal.

El nacimiento y los primeros meses constituyen lo que el pediatra Michel Odent denominó la *etapa primal*. “Lo que ocurre en los primeros minutos, días y meses de la vida tiene un profundo impacto en el bebé, no sólo física sino sobre todo psíquicamente.”¹⁵³ En concreto, la primera hora tras el nacimiento es un momento crítico para la maduración del sistema nervioso del bebé; maduración que comienza antes del parto, cuando su cerebro experimenta un crecimiento neuronal acelerado que lo prepara para el tránsito a la vida fuera del útero. Los sentidos juegan un papel importante en este proceso. Al escuchar los latidos del corazón de la madre, reduce el estrés. Su sentido del gusto y del olfato están agudizados para olerla y reconocerla. Estos factores, unidos a su estado hormonal en conexión con el de su madre, aseguran la reanudación del vínculo creado en el útero. Se trata del fenómeno de la impronta, una especie de mecanismo de “sellado” facilitado por la secreción de oxitocina (conocida como la hormona del amor), prolactina y endorfinas, “el sistema de recompensa que premia con placer todo aquello que es vital para la especie. La impronta no solamente genera un apego intenso entre la madre y la cría, sino que también permite a aquella conectar mejor con su instinto maternal, que tanto va a necesitar para sacar adelante a su cachorro.”¹⁵⁴ Para que ésta se dé de forma óptima hay que partir de un parto lo más respetado posible que evite intervenciones humanas o químicas innecesarias para no alterar los procesos naturales involucrados y, por tanto, no dañar ni a la madre ni al bebé. Una de las consecuencias de los partos excesivamente intervenidos ha sido, precisamente, que la impronta no se haya realizado en muchos casos, o no durante el tiempo que se debe, de ahí la relevancia de los protocolos hospitalarios y las recomendaciones de la OMS mencionadas en el capítulo anterior. La evidencia científica lleva muchos años disponible,

¹⁵² John Locke, filósofo inglés, postuló en el siglo XVII que la mente de los seres humanos al nacer era como un lienzo en blanco, carente de ideas. FERNÁNDEZ LORENZO, P. y OLZA, I. Op. cit., p. 119. Probablemente el filósofo no pensara en las consecuencias de la interpretación de su idea por otros. Incluso, tradicionalmente se ha dado muy poca importancia a los aspectos psicológicos de la etapa perinatal y primera infancia. La autora recuerda que no hace mucho se operaba a los bebés sin anestesia porque se creía que no sentían, basándose en que la corteza cerebral, sede de la inteligencia humana, está escasamente desarrollada en esas etapas. Hoy se sabe que se desarrollan otros niveles del cerebro: el emocional. FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, I. *La revolución del nacimiento. Partos respetados. Nacimientos más seguros*. Verticales de Bolsillo, 2008, p. 35.

¹⁵³ Ibidem, p. 36.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 237.

sin embargo es “poco lo que se incorpora al cuerpo de conocimientos de la obstetricia y grande la necesidad de bebés y madres de respeto y consideración en el momento de parir y nacer.”¹⁵⁵ Por no hablar de la ausencia, que pareciera intencionada, de esta evidencia en la argumentación favorable a los vientres de alquiler.

Cada vez existen más estudios que aseguran que la práctica de separar a los recién nacidos de sus madres les provoca un sufrimiento y un estrés perjudiciales que pueden dejar secuelas, afectar al neurodesarrollo infantil y al vínculo. En la fase tan vulnerable en la que se encuentran los bebés estas circunstancias afectan directamente a su salud. Lo que el bebé espera es seguir en contacto con quien ya conoce desde su vida intrauterina: su madre, por lo que el entorno temprano para los bebés es el contacto directo piel con piel con ésta desde el nacimiento. La separación materno-infantil impide que se lleven a cabo procesos neuronales críticos y mantiene los sistemas de estrés permanentemente elevados, impactando negativamente en la salud mental y física a largo plazo.¹⁵⁶ Estos estudios analizan, entre otros factores, el impacto de la elevación crítica de cortisol, la hormona del estrés.

Nils Bergman, médico y experto en neurociencia perinatal, conocido por establecer las bases científicas del Cuidado Madre Canguro en prematuros, es promotor del protocolo Separación Cero. Sus investigaciones no dejan lugar a dudas. Los recién nacidos sufren cuando se les separa de su madre, especialmente si es de forma prolongada. Su sufrimiento es medible en base a diversos parámetros, no sólo la observación. Según explica, hasta hace poco se creía que la maduración cerebral del recién nacido dependía principalmente de la genética y que era imperturbable al tipo de cuidado postnatal y a las experiencias adversas. Los protocolos se medían exclusivamente en base a la tasa de supervivencia, no a la calidad de la supervivencia ni a las consecuencias del comportamiento de la atención sanitaria. La evidencia científica en neurociencia refuta estas creencias y abrió una brecha en la atención postparto en los países occidentales. Aunque el cerebro de un recién nacido es pequeño e inmaduro, está perfectamente formado y es competente para la vida extrauterina. Ningún ser humano estará nunca tan alerta como lo está tras un parto vaginal: la noradrenalina despierta el cerebro 10 veces más al nacer de lo que lo hará nunca. Estos niveles altos de noradrenalina activan los pulmones pero, sobre todo, aseguran el vínculo temprano con la madre. El olor de la madre, el contacto y el calor activan un canal desde la amígdala del bebé hasta su lóbulo frontal, que conecta a su vez con

¹⁵⁵ Ibidem, p. 253.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 46.

los circuitos cerebrales emocional y social del recién nacido. Sentir a la madre y seguir en contacto ininterrumpido con ella hacen esto posible. Todas las sensaciones del cuerpo materno regulan todas las diferentes partes de la fisiología del bebé.¹⁵⁷

Los bebés lloran por la ausencia de la regulación sensorial materna: experimentan una desregulación. Esto provoca la activación de cortisol, la hormona del estrés, y supone la reversión de todos sus recursos neurológicos y calóricos para asegurar su supervivencia hasta llegar a la homeostasis, pero a costa de su desarrollo. Cuando el cortisol es lo que regula y reprograma, además de tener una predisposición a desarrollar determinadas enfermedades, en ese preciso momento se altera su presión arterial, el ritmo cardíaco y la respiración. Además, la conexión de la amígdala con el lóbulo frontal se debilita, y la capacidad de confiar disminuye al no ser atendida la necesidad de contacto con su madre. Las respuestas autónomas observadas con electroencefalograma dan cuenta de los siguientes hechos: puede parecer que el recién nacido está dormido porque tiene los ojos cerrados, pero los estudios han demostrado que su calidad de sueño se altera en un 86% y desaparece el ciclo de sueño. Sus respuestas autónomas de llanto y paralización coinciden con las que se dan en niños que han sufrido abusos. Los bebés yacen quietos, tranquilos y con sus ojos cerrados, pero no duermen, se trata del estado “pánico-terror”. Si este estado se prolonga, el cortisol provoca daños para toda la vida.¹⁵⁸ Sólo es reversible cuando se vuelve al contacto piel con piel con la madre por un periodo de entre 30-60 minutos.¹⁵⁹ Esta experiencia estresante sucede de forma análoga en la madre cuando se separa de su cría, en ella se traduce en estados de ansiedad y desasosiego, y una mayor probabilidad de desarrollar depresión postparto.

Uno de los investigadores sobre la neurociencia del trauma más conocidos es el doctor Gabor Maté. En sus estudios sobre la conexión entre el estrés y la enfermedad y sobre el Trastorno por Déficit de Atención, recuerda que “la neurociencia ha establecido que el cerebro humano no está programado solo por la herencia biológica, sino que sus circuitos están moldeados por los

¹⁵⁷ Según el modelo de ecobiodesarrollo para una salud para toda la vida, el cuerpo de la madre es el hábitat natural del recién nacido. BERGMAN, J. y BERGMAN N. J. “Whose Choice? Advocating Birthing Practices According to Baby's Biological Needs”, *The Journal of perinatal education*, vol. 22, n.1 (2013), pp. 8-13, p. 1. El contacto con la madre protege de cambios epigenéticos perniciosos en un momento muy plástico y crítico del desarrollo que tienen lugar en las primeras horas y días.

¹⁵⁸ BERGMAN, N. J. “The neuroscience of birth – and the case for Zero Separation”, *Curationis*, vol. 37, n.2 (2014), Art. #1440, 4 page.

¹⁵⁹ BERGMAN, J. y BERGMAN N. J. Op. cit., p. 9. Para saber más, ver también: BERGMAN, N. J., “Birth practices: Maternal-neonate separation as a source of toxic stress”, *Birth defects research* vol. 111,15 (2019): 1087-1109.

acontecimientos que rodean al bebé después del nacimiento, e incluso mientras está en el útero materno.”¹⁶⁰ Es más, considera que la fascinación por los hallazgos de la genética y el ADN nos conduce a un fundamentalismo genético que puede resumirse en “la creencia de que casi todas las enfermedades y todos los rasgos humanos están dictados por la herencia.”¹⁶¹ En realidad, pocas enfermedades son puramente genéticas. La epigenética, es decir, los factores medioambientales, está detrás de muchas enfermedades y trastornos, por lo que el determinismo genético no jugaría el papel protagonista en nuestro desarrollo.¹⁶²

Uno de esos factores ambientales es el estrés y el aumento de cortisol es su manifestación directa. La herida primal de las personas que han sido adoptadas es la herida de la separación de la madre. “La adopción significa la separación de la madre biológica, con cuyo cuerpo, voz, latidos y biorritmos está sintonizado el recién nacido. No podemos descartar sin más el efecto devastador que esta separación puede tener en el impresionable sistema nervioso del bebé.” Esta separación rompe el *continuum* del vínculo durante el tiempo que tarde en establecer un nuevo con otra persona. “También es un hecho, como me han contado varias madres adoptivas, que, incluso cuando un recién nacido es adoptado al nacer y acogido por una familia con la mayor alegría y buena voluntad, puede tener que pasar algún tiempo antes de que se establezca una relación verdaderamente simbiótica, bidireccional y en sintonía fisiológica y emocional entre la madre y el bebé. En igualdad de condiciones, este proceso es más suave cuando la propia madre ha llevado al niño dentro de su cuerpo durante nueve meses.”¹⁶³ Además, establece las tres condiciones sin las cuales no se produce un crecimiento sano y que se dan por supuestas en la vida intrauterina: la nutrición, el entorno seguro y la relación ininterrumpida con la madre. “La palabra matriz deriva del latín *matrix*, que a su vez deriva de la palabra “madre”. El útero es la madre, y en muchos aspectos la madre sigue siendo el útero incluso después del nacimiento.”¹⁶⁴ El antropólogo Ashley Montagu denominó a esos primeros nueve meses de vida extrauterina la fase de exterogestación, o gestación fuera del cuerpo materno, que la naturaleza ha previsto

¹⁶⁰ MATÉ, G. *Mentes dispersas. Los orígenes y la curación del Trastorno por Déficit de Atención (TDA)* (trad. B. González Villegas). Gaia, 2023, p. 21.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 77.

¹⁶² “Los genes son códigos para la síntesis de las proteínas que dan a una célula concreta su estructura y función características. Son, por así decirlo, planos arquitectónicos y mecánicos vivos y dinámicos. Que el plano se haga realidad depende de muchas cosas, aparte del propio gen. Está determinado, en su mayor parte, por el entorno. Por decirlo de otro modo, los genes son portadores de *potenciales* inherentes a las células de un determinado organismo. Cuál de los múltiples potenciales se exprese biológicamente responde a las circunstancias vitales de la persona.” *Ibidem*, pp. 78-79.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 81-82.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 101.

como la segunda parte de la gestación en la que el bebé debe continuar en contacto con su madre para mantener al bebé con la misma seguridad con la que fue sostenido en el útero. De ahí la importancia de la lactancia materna, continuación de la alimentación intrauterina para la cual el cuerpo de la mujer se prepara durante todo el embarazo.¹⁶⁵

La herida primal existe. Aunque no sea observable en la memoria consciente perdura en la memoria implícita. "Los circuitos de la memoria implícita llevan grabadas las huellas neurológicas de la infancia y de las experiencias de la niñez. En ellos está codificado el contenido emocional de esas experiencias, pero no necesariamente los detalles de los acontecimientos en sí que dieron lugar a las emociones. (...) Esta memoria implícita es responsable de gran parte del comportamiento humano (...). Los efectos implícitos de las experiencias pasadas dan forma a nuestras reacciones emocionales, preferencias y disposiciones, elementos clave de lo que llamamos personalidad."¹⁶⁶

3.5 Conclusiones.

En base a la evidencia científica, la respuesta sobre si las mujeres que gestan y paren son siempre madres de sus bebés, independientemente de la procedencia del óvulo, es obvia: si la naturaleza no hubiera previsto que la gestación y el parto conlleven mecanismos de vinculación psicológica, la especie difícilmente habría sobrevivido. La biología evolutiva deja claro cuál ha sido el factor clave del éxito evolutivo y tanto la psicología perinatal, como los estudios en neurociencia del embarazo, parto y postparto demuestran que existe un vínculo prenatal y que la madre y la cría viven en simbiosis psicofísica antes del nacimiento¹⁶⁷. Todo el proceso desde la implantación del embrión hasta el parto sucede en su cuerpo, es suyo y lo hace suyo. Por tanto, tanto la madre biológica carnal, como el proceso fisiológico de la gestación son insustituibles. Asimismo, la constatación del trauma de la separación tras el parto confirma que las crías mamíferas humanas están predispuestas a enamorarse de sus madres, tanto como

¹⁶⁵ Ibidem, pp. 101-103. Para más información sobre Ashley Montagu y la exterogestación, basada en su libro Growing Young, ver: Crianza en Flor, "La exterogestación, la necesidad de ser llevado en brazos", 17 de enero de 2018. Consultado el 27 de septiembre de 2023.

<https://crianzaenflor.cl/la-exterogestacion-la-necesidad-de-ser-llevado-en-brazos/>

¹⁶⁶ MATÉ, G., Op. cit., p. 296.

¹⁶⁷ Además, durante el embarazo hay un intercambio celular bidireccional entre el feto y la madre. Se denomina microquimerismo fetal. Hoy en día se puede conocer el ADN, y por lo tanto el sexo, del feto, haciendo un análisis de sangre rutinario a la madre. Las células del feto pueden perdurar durante años en la madre, e incluso toda la vida. Para más información sobre el microquimerismo fetal, ver:

<https://www.noticiasensalud.com/psicologia/2021/09/08/microquimerismo-fetal/> Consultado el 27/09/2023.

éstas de sus crías, y a continuar en contacto físico con ellas después.¹⁶⁸ No hay ninguna diferencia en un proceso de embarazo, parto y postparto por tener el óvulo un origen ajeno al cuerpo materno. La variabilidad de experiencias con respecto a la maternidad depende mucho del contexto cultural y personal pero el sustrato biológico es el mismo.

A su vez, los hallazgos en epigenética demuestran que durante el embarazo el organismo de la madre es quien expresa unos u otros genes y que éstos también se expresan en función del ambiente en el que se encuentre y de cómo vive su embarazo.¹⁶⁹ Por tanto, en vista de los datos expuestos y muchos otros¹⁷⁰ que no procede incluir en este trabajo por no alejarnos del análisis propuesto, la cuestión no es por qué es la madre, si no por qué interesa convencer de que no lo es. *Eppur es la madre*¹⁷¹.

La evidencia científica también nos conduce a dos problemas. El primero, el rechazo de los hechos biológicos por parte de quienes consideran que todo en la naturaleza es maleable y la cultura es lo único que nos moldea, tachando de esencialistas a quienes alertan de los daños a la salud de determinados comportamientos. Curiosamente, cuanto más politizado esté un tema, menos caso se hace a la evidencia científica y más interés hay en buscar alternativas para sacar adelante una determinada ideología o interés económico. Por ejemplo, nadie pondría en duda

¹⁶⁸ Además, en los embarazos por gestación contratada las madres tienen que hacer el esfuerzo de desvincularse lo máximo posible porque saben que tendrán que entregar a ese bebé. Aparte de que es inevitable el vínculo, como se desprende de la evidencia científica, el rechazo hacia el feto en la etapa prenatal supone una experiencia estresante en el útero, lo que también puede aumentar el riesgo de trastornos neurológicos y psiquiátricos a través de una regulación epigenética alterada, marcas epigenéticas que también pueden transmitirse a las sucesivas generaciones. “No solo el ambiente hostil intrauterino durante el embarazo y el estrés alrededor del parto pueden tener repercusión a corto y a largo plazo en la salud del bebé, sino también todo lo que interrumpa la fisiología del proceso del nacimiento, como sucede con el parto por cesárea, que se ha asociado con un mayor riesgo de alergia, diabetes y leucemia.” Sí que existen numerosas evidencias científicas sobre el tipo de embarazo, parto y postparto en la salud de la madre y del bebé. Esto debería ayudarnos a una mejor comprensión del vínculo madre-bebé, pero “Lejos de fomentarse, dicho vínculo tiende a evitarse en este tipo de embarazos, en la medida en la que la criatura que se gesta ha de ser entregada a los padres de intención.” AL-ADIB MENDIRI, M. Op. cit., p. 16.

¹⁶⁹ Comité Editorial IVI. “Epigenética: Un nuevo hallazgo que demuestra la comunicación entre la futura madre y su embrión”, IVI Blog, 22 de septiembre de 2022. Consultado el 25 de agosto de 2023. <https://ivi.es/blog/epigenetica-un-nuevo-hallazgo-que-demuestra-la-comunicacion-entre-la-futura-madre-y-su-embrión/>

¹⁷⁰ Se puede consultar más documentación científica en las páginas del Instituto Europeo de Salud Mental Perinatal, citado anteriormente, cofundado por Ibone Olza, psiquiatra infantil y asesora experta en la Organización Mundial de la Salud (OMS). También en España, La Sociedad Marcé Española, que publica la *Revista de Psicósomática y Psiquiatría*. En EEUU, *The Journal of Perinatal Education*, etc.

¹⁷¹ *Eppur si muove*, (y sin embargo, se mueve), que dijo Galileo Galilei después de abjurar de la visión heliocéntrica del mundo ante el tribunal de la Santa Inquisición.

que somos animales diurnos, no nocturnos, aunque algunas personas sean más trasnochadoras que otras, sin embargo no hay un beneficio político, social o económico en pretender cambiar la especie a la modalidad nocturna. En cambio, en lo que concierne a los cuerpos de las mujeres y su disponibilidad, y a la desigualdad de trato que reciben estos recién nacidos, influenciada también por el adultocentrismo de nuestra cultura occidental, no parece haber límite para renegar de procesos ecológicos que llevan millones de años teniendo lugar. “Todo el mundo tiene derecho a tener su opinión, pero no a tener sus propios hechos.”¹⁷²

La evidencia científica explica cuáles son los factores o elementos que explican un evento y cuáles son los componentes de un proceso. Aunque tiene en cuenta el contexto cultural, no es su función explicar qué cabida ha tenido la función biológica de las hembras de *homo sapiens* en las diferentes culturas. El salto de la biología a la cultura se puede estudiar desde otras disciplinas y no es objeto de este trabajo, sin embargo, conviene alertar de la disociación biología y cultura para explicar la disociación que se está forzando de madre-gestante (biológica y cultural) a mujer-gestante (exclusivamente cultural).

El segundo problema son los sesgos y conflictos de interés en los estudios que tratan de demostrar que porque haya algunas mujeres que han sido madres gestantes que no muestran secuelas negativas, esto quiere decir que esta práctica es inofensiva.¹⁷³ Estos estudios omiten deliberadamente toda la información relativa a los hallazgos en neurociencia perinatal expuestos en este capítulo y sus promotores parecen esquivar las recomendaciones sobre separación cero y parto respetado, así como las contraindicaciones de dicha práctica. Hay que recordar que unos cuantos estudios no constituyen un campo científico. Para responder a si la evidencia está bien

¹⁷² Se le atribuye a James R. Schlesinger, aunque hay controversia sobre quién acuñó esta frase.

¹⁷³ Los estudios científicos en los que se apoyan los defensores de la maternidad subrogada, a los que hacía referencia en el primer capítulo en su marco conceptual, fundamentalmente se limitan a entrevistas a madres gestantes y resultados obstétricos, y no son transparentes en cuanto a los conflictos de interés. En los artículos médicos sobre gestación subrogada pretendidamente científicos, “Para reforzar que se considera una mera técnica, se describe de hecho como un “tratamiento médico” con sus indicaciones, aunque nunca se nombran las contraindicaciones.” Además, siguen afirmando que si no hay vínculo genético entre la embarazada y su bebé, tampoco habrá vínculo afectivo. “En este sentido, resulta sorprendente que en el caso de madres que han logrado el embarazo mediante ovodonación nadie cuestiona que sean madres de los bebés quienes han gestado.” La realidad es que no pueden afirmar tal cosa porque no han elaborado estudios sobre neurociencia, ni sobre el impacto a largo plazo en la salud de la madre y del bebé. Para una disección detallada de un estudio de este tipo, ver OLZA, I. “Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista”, *Dilemata*, n.28 (2018), pp. 1-12.

hecha o una es más válida que la otra hay que realizar meta-análisis.¹⁷⁴ Éstos analizan la evidencia disponible sobre un tema para determinar si ésta es sólida, lo que ocurre en el caso de la neurociencia. En cambio, en este caso, en los estudios que se basan en entrevistas, curiosamente se seleccionan las que se responden positivamente, algo que además hay que cuestionar, puesto que no se profundiza sobre el desplazamiento del vínculo de la madre-feto, al vínculo afectivo con la madre o padre comitente.¹⁷⁵

Volviendo al objetivo de este trabajo, a la luz de la evidencia científica son varios los derechos y principios vulnerados, cuya argumentación veremos en el próximo capítulo. Además, la reflexión ética que hay que plantearse es si es lícito infligir un daño a propósito a un recién nacido cuando se sabe que separarlo de su madre le provoca un sufrimiento físico y psicológico en ese preciso instante, aparte de las consecuencias a medio y largo plazo. También hay que preguntarse por las motivaciones detrás de los argumentos que justifican esta separación planificada y la incoherencia implícita si hacemos una analogía con los casos de adopción. Si la adopción ha sido considerada como un evento trágico en la vida de una persona a la que se tiene que reponer, ¿debemos dejar de considerarla como algo dramático y pensar en que es algo positivo si han sido adoptados por una buena familia al nacer? ¿Puede el legislador incorporar al ordenamiento

¹⁷⁴ En un meta-análisis de 39 artículos de ciencias sociales sobre la gestación subrogada, basados en entrevistas a madres gestantes, se llega a la conclusión de que no hay un criterio objetivo de valoración. En unos artículos se aportan 7 entrevistas, en otros 100, se mezclan tipos de contratos, altruistas y comerciales, se hace sobre sólo un país o varios. La metodología del meta-análisis estructura los resultados en cuatro categorías en función del tipo de subrogación entre: abierta, restrictiva, estructurada y enmeshed (se entiende que imbricada con los comitentes a nivel relacional) en función de si hay contacto con los futuros padres, las expectativas de cada parte, el contexto socioeconómico, cultural y legal. Se llega a la conclusión de que las controversias sobre este tema van más allá de la evidencia científica y no es posible un abordaje neutral, por lo que es imperativo aportar evidencia científica en un asunto complejo para que podamos aproximarnos de forma justa a un tema altamente complejo en el que la desigualdad socioeconómica y la influencia de la cultura se entretujan. GUNNARSSON PAYNE, J., Korolczuk, E. y Mezinaska S. "Surrogacy relationships: a critical interpretative review", *Upsala Journal of Medical Sciences*, vol. 125, n.2 (2020), pp. 183-191.

¹⁷⁵ "Muchas se sienten traicionadas si no se mantiene el vínculo tras el parto. Varias expresaban su decepción y vacío cuando el contacto estrecho se rompió tras el nacimiento, lo que conlleva un duelo." OLZA, I. "Los aspectos médicos...", Op. cit., p. 6.

Además, dependiendo del tipo de contrato y del país, las madres que saben que podrán seguir teniendo contacto con ese bebé que han gestado tienen una versión más positiva, y son el tipo de relatos que nos llegan. "Desde que se empezó a regular esta práctica, se han promocionado relatos y teorías que presentaban la maternidad subrogada como un acto "altruista" por parte de las gestantes. Que tal cosa pueda ser creíble en el caso de la subrogación comercial, solo se explica como una anomalía propia del contexto actual de cinismo y posverdad, y tiene su único fundamento en las declaraciones hechas por algunas gestantes americanas durante procesos de subrogación generalmente en régimen abierto (una modalidad hoy muy minoritaria y que implica un contacto continuado entre gestante y cliente), olvidando que sus palabras, como vendedoras de un servicio que son, responden a la máxima de "el cliente siempre tiene la razón". Sin embargo, profundizando un poco, no es oro todo lo que reluce. MERINO MURGA, P., "Maternidad subrogada...", Op. Cit.

jurídico una norma que permita el daño a los recién nacidos? Estas son cuestiones a las que trataré de dar una respuesta en los siguientes epígrafes.

Capítulo 4: Los derechos y principios vulnerados.

Antes de nada, conviene recordar que la sociedad occidental es adultocéntrica, cuya manifestación más evidente es ver a los bebés (y niños) “dentro de un proceso evolutivo donde el fin último es llegar a ser personas adultas. Este proceso lineal hace que no podamos analizar al bebé en su presente, sino como un ser incompleto, en constante construcción, que no es nada ahora mismo, tan solo un proyecto de ser humano.”¹⁷⁶ Lo que se hace, en muchas ocasiones sin ser conscientes de ello, es proyectar las necesidades expectativas y deseos de los adultos en la infancia. El origen de esta visión adultocéntrica hay que buscarlo en la Roma y Grecia clásica.

En la Antigüedad, la consideración de los niños era equiparable al de propiedad. El *pater familias* de la república romana tenía un poder absoluto, incluido el de vida o muerte sobre sus hijos, al igual que su mujer y sus esclavos.¹⁷⁷ Esta concepción se encuentra configurada ya en la Grecia clásica y se tiene que integrar en la interpretación de las relaciones entre padres e hijos, la formación del ciudadano adulto ideal a través de la educación y la moral imperante para comprender su etiología. “La consideración del trato que se ha de dispensar a los niños de una sociedad está, así, inescindiblemente unido al modelo ideal de persona adulta que se pretende formar y al modelo ideal de sociedad que se quiere construir.”¹⁷⁸ Este era el planteamiento de Platón y Aristóteles, y de ahí se articula un sistema de reconocimiento y protección de derechos de los niños para precisamente negarlos, fundamentado en la consideración del niño como persona física, intelectual y moralmente imperfecta. Esta valoración de sus deficiencias por encima de sus capacidades se hace en base a la comparación con el hombre adulto-ciudadano,

¹⁷⁶ CAÑERO RUIZ, J. “Hablemos de bebés, de sus necesidades y derechos”, *Pikara Magazine*, 10 de febrero de 2021.

¹⁷⁷“Podía, incluso, vender a sus hijos como esclavos. La decisión de guardar al recién nacido o abandonarlo era también prerrogativa del *pater familias*: El bebé era posado sobre el suelo por la comadrona, y si el padre lo cogía en brazos e invocaba a Júpiter, era aceptado; si lo dejaba sobre el suelo, el bebé era expuesto. También era él quien decidía el destino de los hijos nacidos de las esclavas de su propiedad. (...) La posición del *pater familias* se dulcificó durante el Imperio y se abolió la posibilidad de vender a los hijos como esclavos (...) pero estos nunca dejaron de ser contemplados como propiedad del padre.” MERINO MURGA, P., *Maternidad, Igualdad...* Op. Cit., p. 89. La autora recuerda, además, que la patria potestad fue del padre hasta la reforma del Código Civil de 1981.

¹⁷⁸ CAMPOY CERVERA, I. *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 41. Madrid, Dykinson, 2006, p. 17.

que puede adquirir unas cualidades físicas e intelectuales para llegar a ser un hombre virtuoso. Por otro lado, las relaciones entre padres e hijos se definen como relaciones de poder de los padres sobre su progenie y sobre la mujer, aunque también estén unidos por lazos afectivos. El mejor interés del niño no tiene que ver con sus necesidades, sino con las decisiones que sobre él hay que tomar para llegar a ese adulto ideal. Esto no quiere decir que no hubiera una serie de protecciones de las que se beneficiaban pero éstas dependían de la voluntad de los adultos.¹⁷⁹

El carácter histórico de los derechos humanos, “como categoría jurídica resultante de la experiencia histórica”¹⁸⁰ implica una evolución y, por tanto, algo queda de aquello. Sin perder de vista el grado de conciencia que se tenía en cada momento, y que en aquella época no se concebían los derechos como prerrogativas de título individual, quedando los miembros de la sociedad supeditados a la colectividad, considero conveniente echar la vista atrás para comprender cómo han perdurado hasta hoy día ciertas concepciones sobre la naturaleza infantil que se traducen en un estatus de inferioridad.

A pesar del conocimiento científico sobre las diferentes etapas del desarrollo, en la cultura siguen prevaleciendo patrones de comportamiento muy arraigados a la hora de interpretar el comportamiento de los niños y, en función de esta interpretación, moldearlos para cumplir unos cánones establecidos que contradicen esos datos y el propio instinto, esto es, la sabiduría ancestral programada por la naturaleza para interpretar los signos de comunicación de los bebés. La sociedad se piensa desde la adultez, no desde la infancia. Y, además, desde una visión androcéntrica en la que el comportamiento maternal se subyugaba a las instrucciones de los expertos de cada época en función de criterios sin base científica alguna ni tampoco antropológica.¹⁸¹ Debido a estas contradicciones, en los últimos tiempos cada vez más madres y

¹⁷⁹ Ibidem, p. 22.

¹⁸⁰ ALVARADO PLANAS, J. “Fundamentación historicista de los Derechos Humanos”, en *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. (Coord.), CNDH/UNED. Madrid, México DF, 2004, p. 88.

¹⁸¹ Por ejemplo, durante décadas se dejaba llorar a los bebés incluso con pocas semanas de vida para “entrenarlos”. Famoso fue el método Estivill, adaptación española del pediatra americano Richard Ferber, quien definió el sueño “normal” de un bebé como el del bebé que duerme del tirón toda la noche, objetivo a conseguir con su método de adiestramiento que conlleva un alto sufrimiento y deja secuelas si se produce de forma aguda y continuada, debido a los altos niveles de cortisol y la huella que hemos visto que dejan, además de provocar una sensación de abandono en un bebé que no tiene sentido del tiempo. Como explica Gabor Maté, “Para una niña pequeña solo existen dos unidades de tiempo: el ahora y el no-ahora. El no-ahora es el infinito.” MATÉ, G., Op. cit., p. 66. En la misma línea se pronuncia Rosa Jové. La preocupación por el sueño de los niños no fue tal en otros tiempos, ni tampoco en otras culturas. Sueño y lactancia están íntimamente relacionados, por responder a mecanismos hormonales sincronizados, por lo que imponer horarios y controles para el sueño y para dar el pecho es absurdo y contraproducente.

padres empezaron a cuestionar estas indicaciones y a buscar otras alternativas más respetuosas con sus hijos e hijas que han conseguido derribar muchos de los argumentos de educación conductistas, no sin dificultades, pues criar con respeto o con apego suele ser incompatible con los ritmos de la vida moderna que no tiene en cuenta las necesidades de la infancia. Aquí vienen a la mente los permisos parentales, el insuficiente permiso de maternidad, de lactancia, las reducciones de jornada que en muchos sectores son un espejismo, los elevados ratios en las guarderías y colegios, y las largas jornadas que pasan los niños y niñas en éstos, que exceden el horario laboral de sus progenitores.¹⁸²

Los derechos de la infancia han sido los últimos de la fila. Tanto la Declaración de los derechos del Niño y la Convención de los Derechos del Niño son posteriores a otras declaraciones de derechos. Además, los niños y niñas siguieron trabajando durante mucho tiempo desde edades tan tiernas como los 4 y 5 años en minas y fábricas, sin ningún tipo de consideración hacia su vulnerabilidad. Incluso hoy día, uno de los objetivos prioritarios de las ONGs Save the Children y de Unicef es combatir el trabajo infantil en numerosos países, además de otro tipo de violencias que sufren.

Poner sobre la mesa estas cuestiones no es baladí, pues esta práctica tiene por objetivo conseguir un bebé a costa de otra mujer, y a costa del bebé mismo. No podemos perder de vista que considerar que se puede adquirir un hijo de esta forma supone pensarlo como algo y no como alguien. Es el fruto de una transacción mediante un contrato por el que se acuerda la cesión de unos derechos de potestad y filiación que lo que supone es entregar a una persona recién nacida de unas manos a otras. Teniendo en cuenta que la separación de su madre, que para el bebé es la única madre que existe, supone un daño inmediato con consecuencias a futuro, en ese preciso instante son varios los derechos y principios vulnerados, también desde una

“Queremos que los niños duerman como los mayores, pero olvidamos que para dormir como un mayor ¡hace falta serlo!”, JOVÉ MONTANYOLA, R. *Dormir sin lágrimas. Dejarle llorar no es la solución. Todo lo que hay que saber para resolver los problemas del sueño infantil*. La Esfera de los Libros, 2006, p. 67.

¹⁸² Hay numerosos grupos de crianza respetuosa. Muchos se han constituido legalmente como asociaciones para defender sus intereses. Por ejemplo, la asociación Petra Maternidades Feministas lucha por la ampliación de permisos y su transferibilidad para adaptarlos a las necesidades de cada familia, que a su vez repercuten en el cuidado de los bebés. Reclaman políticas que se articulen en base a las necesidades de la infancia y los procesos sexuales y reproductivos de las mujeres. <https://plataformapetra.com/manifiesto/>, La asociación Vía Láctea, una de las primeras asociaciones de apoyo para madres en la lactancia y crianza, propugna una crianza positiva y afectuosa. <https://vialactea.org/web/que-es-via-lactea>. Y muchas más.

perspectiva a futuro, en el caso de que en España se decidiera modificar el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida para reconocer el contrato de gestación “por sustitución”.

4.1 El derecho a la integridad.

Los derechos de la personalidad están entrelazados al ser manifestaciones de la dignidad humana en distintas esferas del ser, sin embargo, podemos apreciar una serie de características que afectan a la integridad de la persona recién nacida como consecuencia de la separación de la madre, siendo ésta, además, una separación definitiva, una vez constatado el sufrimiento y lesiones físicas y psíquicas que le ocasionan.

En primer lugar, tenemos que hacer referencia al artículo 10.2 de la CE, que dicta que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. En este sentido, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce en su artículo 3¹⁸³ el derecho a la integridad física y psíquica. En el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no se menciona expresamente pero se reconoce implícitamente en la prohibición de torturas, penas y tratos inhumanos o degradantes en su artículo 3¹⁸⁴. En nuestra Carta Magna, el artículo 15 vincula el derecho a la integridad física y moral al derecho a la vida. Además, huelga decir que el plural “todos” incluye a los recién nacidos, que en ningún caso podrán ser sometidos a tortura, tratos inhumanos o degradantes. Ante esta pluralidad de contenidos del derecho, conviene definir cuál es el bien protegido constitucionalmente.

La primera dificultad para definirlo tiene que ver con la concretización del tipo de integridad, ya sea física, psíquica y moral, al ser casi imposible escindirlas del todo del que forman parte por afectarse entre sí. De las tres, la moral parece ser la más difícil de diferenciar. Raúl Canosa propone emplear la expresión “integridad personal” que abarca todas sus dimensiones según se desprende de la jurisprudencia,

¹⁸³ “Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica.”, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 303, de 14 de diciembre de 2007.

¹⁸⁴ “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.”, Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente.

La integridad personal abarcaría el cuerpo humano con todos sus componentes, desde las moléculas que forman sus genes, incluyendo por tanto la integridad genética, hasta su anatomía y apariencia, así como las potencialidades intelectuales y sensoriales, incluidas las que tienen que ver con la capacidad de experimentar dolor físico o padecimiento psicológico o moral.¹⁸⁵

Se trata de un bien tangible; sobre la integridad se puede intervenir o no, por ejemplo en el ámbito médico al que nos referimos. En cuanto a la integridad física, el Tribunal Constitucional la ha definido como “el derecho a no sufrir lesión o menoscabo de su cuerpo o a su apariencia externa sin su consentimiento”;¹⁸⁶ consentimiento que el recién nacido no puede dar. ¿Quiere esto decir que a pesar de experimentar sufrimiento físico y psíquico no se ha vulnerado su integridad? Para apreciar la vulneración de este derecho es imprescindible comprobar la presencia de la lesión o el riesgo grave de que ésta se ocasione, como elementos objetivos. Esto resulta más complicado de evaluar en el caso de una lesión psicológica. No obstante, partiendo de la definición anterior, basada en consensos en contra de la clonación humana por suponer un atentado contra la integridad de la especie, donde el requisito del consentimiento es irrelevante¹⁸⁷, podemos colegir que en lo que atañe a un consentimiento imposible por parte del recién nacido, tampoco es necesario éste para deducir una vulneración del derecho a su integridad, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido abarca el bienestar corporal. Resultaría paradójico, por tanto, reconocer el derecho a la integridad del ADN de la especie humana, a las personas en estado vegetativo permanente, o a preembriones en investigación¹⁸⁸ y no reconocer el derecho a la integridad personal de los recién nacidos sólo porque éstos no pueden dar su consentimiento. Debido a su incapacidad para decidir, como menores que son, se traslada la capacidad de decisión generalmente a sus progenitores, madre o padre, o tutores legales, pudiendo serlo el Estado, o incluso al personal sanitario a través de los protocolos establecidos y el código deontológico.

¹⁸⁵ CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid, Lex Nova, 2006, p. 89.

¹⁸⁶ Tribunal Constitucional (TC), STC 207/1996, de 16 de octubre, FJ 2.

¹⁸⁷ “Sólo cuando, en los contados casos previstos objetivamente (como de la clonación humana cuya intervención está prohibida), el consentimiento es irrelevante y quien practicó la intervención puede ser sancionado sin que la voluntad aquiescente de quien sufrió la intervención le exima de responsabilidad.” O también como sucede con la protección de la integridad de embriones y fetos o tejidos humanos, cuya manipulación se limita a las que tengan fines terapéuticos o experimentales con fines terapéuticos para proteger los derechos de la futura persona. CANOSA USERA, R., *Op. cit.*, pp. 90-91.

¹⁸⁸ Por ejemplo, la LTRHA establece limitaciones al uso con fines de investigación de preembriones en su capítulo IV.

Pues bien este es uno de los grandes problemas en este debate. ¿Quién asume la responsabilidad sobre la integridad del recién nacido y cuándo se asume?¹⁸⁹ ¿Pueden los padres comitentes, la madre que entrega al hijo tras el parto o el personal médico planificar la vulneración de su integridad con la firma de un contrato que supone la separación de la madre al nacer? ¿Debe el Estado abstenerse o debe intervenir para proteger la integridad personal de los recién nacidos? La duda obedece a la discrepancia sobre quién es la madre del hijo, no obstante el hijo es de sí mismo, ante todo.

De la prohibición de infligir daños físicos o psíquicos a los hijos como método para “corregir razonable y moderadamente a los hijos”¹⁹⁰, para un ejercicio de la patria potestad respetuosa con los derechos fundamentales, podemos deducir que si el Estado ha legislado interviniendo en la esfera de la intimidad familiar para proteger al menor de la vulneración de su integridad personal, aquí estaría justificada su intervención bajo la misma premisa. La protección de la integridad no se supone sólo de la omisión de la injerencia del Estado en la integridad personal, sino también de la protección contra terceros.¹⁹¹ La disyuntiva sobre los límites del Estado en su obligación de no hacer o de omitir su acción sobre la esfera individual es una visión tradicional de los derechos

¹⁸⁹ La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos establece siempre dentro de la legislación nacional de cada Estado que debe concederse una protección especial a las personas que carecen de capacidad para su consentimiento. En el caso de los menores, se atribuye a su representante legal, quien debería autorizar la práctica médica de que se trate “siempre conforme a los intereses de la persona interesada, de lo que deriva necesariamente que la obligatoriedad de que los Estados articulen un sistema de protección que permita intervenir -de modo general- sobre personas carentes de capacidad para consentir sobre su propio cuerpo sólo cuando dicha intervención tiene como objetivo obtener un beneficio para el incapaz y que impida la utilización del incapaz como objeto de investigación con una finalidad de utilidad social.” BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. “Capacidad de decisión y consentimiento informado”, en GROS ESPIELL..., Op. cit., p. 323.

¹⁹⁰ Fundación ANAR, “Fundación ANAR recuerda que el castigo físico está prohibido en España y ofrece alternativas educativas”, Anar.org. Consultado el 30 de agosto de 2023.
<https://www.anar.org/fundacion-anar-recuerda-que-el-castigo-fisico-esta-prohibido-en-espana-y-ofrece-alternativas-educativas/>

¹⁹¹ Según el propio Tribunal Constitucional: “El derecho fundamental a la vida, en cuanto derecho subjetivo, da a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial y, en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o su integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y en especial al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a los ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho.” STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7.
En cuanto a los deberes del Estado: “Es también pertinente hacer, con carácter previo, algunas referencias al ámbito, significación y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo inspirado en el Estado social de Derecho. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto -en coherencia con los contenidos y estructuras de los ordenamientos positivos- que los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste...” STC 53/1985, de 11 de abril.

humanos de corte liberal. Afortunadamente, con el Estado democrático y de derecho la ponderación de los derechos es la base de la justicia que se persigue en las proclamaciones de derechos.¹⁹² Tan protegida está a nivel constitucional el derecho a la libertad como a la integridad. E incluso los derechos tienen como límite no sólo otros derechos sino la salvaguarda de bienes jurídicos colectivos, como la integridad del ADN humano que prohíbe la clonación, o el orden público o moral pública a la que hacía referencia en el capítulo 2, como límite al ejercicio de libertad del propio cuerpo, a lo que tenemos que añadir la protección contra la autolisis¹⁹³.

En este caso, se trata de otros derechos, los de los menores, que no pueden defenderlos ellos mismos, sobre todo los bebés. Por lo tanto, el Estado no sólo tiene la obligación de no hacer, sino la de garantizar la omisión de cualquier acción por parte de terceros que lesione la integridad de los recién nacidos, incluidos sus propios progenitores o tutores legales.

4.2 El derecho a la protección de la salud.

La conexión de este derecho con el derecho a la protección de la salud salta a primera vista. No obstante conviene diferenciar ambos bienes protegidos aunque se solapen. En el caso del derecho a la integridad el bien tutelado es la integridad, valga la redundancia. En el caso de la salud, es su protección, que incluso puede conllevar, para preservarla, la afectación de la integridad de forma frecuente o radical¹⁹⁴, como ocurre con los tratamientos para curar el cáncer. La conservación de la salud es uno de los fines de la medicina, junto con salvar la vida, restablecer la salud y aliviar el sufrimiento.

El derecho a la salud ha sido reconocido en varias declaraciones. En virtud del artículo 24 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁹⁵, apartado uno, declara que “Los Estados Partes

¹⁹² Dice Raúl Canosa que los derechos, clásicos y nuevos, han adquirido en el moderno Estado constitucional una dimensión objetiva que los convierten en principios del ordenamiento y, como tales, vinculan a todos los poderes públicos que han de realizarlos en todas sus acciones, por lo que se genera una obligación constitucional de protección. “Lo que el titular del derecho a la integridad espera es la omisión por parte de los poderes públicos y de terceros de cualquier acción lesiva de su integridad. El deber relacional que surge cuando se hace valer el derecho es el no hacer”. CANOSA USERA, R., Op. cit., p. 206.

¹⁹³ El Estado interviene para prevenir suicidios. Además, hay campañas para la seguridad vial, prohíbe fumar en determinados lugares para proteger la salud de los trabajadores y usuarios de ciertos servicios, etc.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 106.

¹⁹⁵ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. El apartado tres, “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.” A su vez, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en el artículo 12 se reconoce “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.” y en el apartado a) del mismo artículo, se especifica que los Estados Parte tomarán las medidas necesarias para “el sano desarrollo de los niños”. Teniendo que cuenta que en este caso, separar al recién nacido de su madre no tiene como finalidad preservar la salud ni de éste ni la de su madre, sino el cumplimiento de un deseo o proyecto personal de terceros, podemos afirmar que la lesión a su integridad, cuyas consecuencias dañinas hemos comprobado, vulnera el derecho a la protección de su salud. No sólo cabe cuestionar los límites de la supuesta autonomía de la madre gestante que entregará al bebé, pues éstos hallan su fundamento en la “intrínseca indisponibilidad que deriva de la necesaria preservación de la vida y salud del disponente”,¹⁹⁶ sino, sobre todo, los límites para disponer de la vida y la salud del recién nacido por parte de las partes involucradas en el contrato.

Si aceptamos los derechos humanos en el plano moral y jurídico, aceptamos un bien jurídico y, por tanto, la materialización de ese derecho y la exigibilidad de esos derechos al Estado. A no ser que se considere que el derecho a la protección de la salud tiene menor categoría por no encuadrarse en la sección primera, del capítulo II de la Constitución¹⁹⁷, lo cual sería un error desde el punto de vista de los derechos humanos. En efecto, “El puesto de la salud en el derecho internacional de los derechos humanos es indiscutible. (...) Aparece como límite al ejercicio de otros derechos; es el resultado no sólo de la acción de Estado sino de su abstención (por ejemplo el caso de tortura y lo relacionado con la integridad física de las personas); y finalmente, también aparece como derecho en sí.”¹⁹⁸

¹⁹⁶ ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GIL RODRÍGUEZ, J. *Extracción y trasplante...* Op. Cit., p. 154.

¹⁹⁷ Según el Alto Tribunal, la relación entre la protección de la salud y la integridad física es limitada, excepto cuando se pone en peligro grave e inmediato a la salud: “No todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE” STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6.

¹⁹⁸ CURREA-LUGO, V. De. *La salud como derecho humano: 15 Requisitos y una mirada a las reformas*. Bilbao, Universidad de Deusto, Print. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 2005, p. 21. Asimismo, añade, “El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966) muestran la salud como una condición que limita el ejercicio de ciertos derechos, en su orden: circulación (art. 12), manifestación religiosa (art. 18), libertad de expresión (art. 19), derecho de reunión pacífica (art. 21) y derecho de

La pérdida de la salud no es sólo fruto del azar, sino que puede depender también de la acción de terceros. Si conocemos las causas, como en este caso, podemos exigir al Estado la responsabilidad jurídica de la prevención, recuperación y garantía de la protección de la salud, sobre todo cuando “la modificación posible de esas condiciones determinantes de la salud tiene su base en los avances, en el conocimiento científico y constituye el núcleo central de la exigibilidad jurídica al Estado.”¹⁹⁹ Precisamente ahora que disponemos de más conocimiento y evidencia científica es cuando más azotan las corrientes relativistas que se sirven de éstos para fines políticos dudosos. La biología no discrimina porque no tiene subjetividad. En ocasiones nos parecerá más o menos injusta la naturaleza pero ésta no tiene moral, simplemente es. De lo biológico no se desprenden categorías más madre-menos madre, sino que éstas se desprenden de lo político y cultural. Sin embargo, quienes reivindican derechos culturales incompatibles con la salud y la integridad discriminan precisamente por negar esta biología según la conveniencia del discurso para lograr sus fines.²⁰⁰

4.3 La igualdad.

A título introductorio, es menester poner de manifiesto parte del contexto cultural en el que ha encajado perfectamente la creencia de que parir no te hace madre, confundiendo el ser con el ejercer. La idea de que la madre es prescindible más allá de la función biológica imprescindible tiene varias raíces culturales. Una de ellas es histórica, como se vio anteriormente, y atribuye a las mujeres el valor simbólico de ser un vehículo o un túnel que trae a los niños de otro mundo generalmente para “dárselos” al padre. De dónde los trae dependerá de las creencias populares, pero esta concepción sigue vigente de forma simbólica y ahora también fenomenológica. Otra procede de la corriente igualitarista que presupone una identidad entre el padre y la madre al

asociación (art. 22). Además aparece como límite en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (ONU, 1981), y en la Convención sobre los derechos del Niño (ONU, 1989). También podemos recordar que varias medidas que se tomaron para preservar la salud de la ciudadanía durante la pandemia global de Covid-19 fueron limitadoras de derechos fundamentales y se tomaron, valoraciones aparte en función del tiempo y lugar, conforme a la evolución de los acontecimientos y la ponderación de todos los derechos involucrados en cada momento.

¹⁹⁹ Ibidem, p. 36.

²⁰⁰ El sesgo en psicología social también opera omitiendo información relevante, como vimos en el capítulo interior. Esto ya se hizo con el discurso de las razas y el discurso machista del tamaño del cerebro de las mujeres. “Repetir que el tamaño promedio del cerebro es diferente entre hombres y mujeres no es machista, pero decirlo callando que no guarda relación con la capacidad intelectual es poner una verdad científica de manera sesgada al servicio de un discurso machista.” Ibidem, p. 38.

margen de cualquier consideración biológica. No obstante, en este trabajo el protagonista sujeto de derechos es el recién nacido. Desde su punto de vista debemos mirar el mundo que nos rodea.

Si nos situamos en el preciso instante en el que el recién nacido, tras atravesar el canal de parto o bien mediante cesárea, aún con el cordón umbilical unido al vientre de la madre, es colocado en los brazos de los padres de intención, o bien llevado a un nido a la espera de su entrega cuando éstos lleguen, el principio de igualdad es vulnerado desde diferentes ópticas. Tomando como precepto el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁰¹ en su reconocimiento a que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sumado al precepto del artículo 14 de la Constitución Española²⁰², que dicta que “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento (...) cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, la igualdad constitucional, como principio normativo, excluye *a priori* cualquier juicio comparativo, porque “no es una consecuencia derivada de un previo juicio de igualdad, sino que, por el contrario, y al menos en el sentido en el que hoy lo entendemos, excluye la posibilidad de tal juicio, en cuanto que afirma a priori la existencia de una igualdad que el Derecho ha de respetar por principio.”²⁰³ Se podría pensar que el caso de la maternidad subrogada es un tipo de situación jurídica en la que se encuentran los sujetos que recurren a ella para la que el Derecho puede establecer una diferenciación atendiendo a la gestión de las diferencias que materializa esa igualdad constitucional. Sin embargo, aquí el protagonista es el recién nacido, a quien no se ha tenido en cuenta.

Por otro lado, la igualdad jurídica supone una comparación. Algo es igual a otro algo, lo es un poco o no lo es nada. La elección de aquella cualidad en base a la que se comparan dos cosas dará lugar a resultados diferentes. Aquí, la comparación que hay que plantear es entre los recién nacidos entre sí y el protocolo de atención al parto, mencionado anteriormente, que recomienda que no sean separados del cuerpo de sus madres al nacer si no hay una causa médica que lo impida. Por tanto, “La norma es aquí el *tertium comparationis* que determina el rasgo o elemento a tomar en consideración para delimitar la clase lógica, cuyos elementos son, en cuanto miembros de la clase, esto es, desde el punto de vista de la norma, rigurosamente iguales entre

²⁰¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

²⁰² Constitución Española, BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.

²⁰³ RUBIO LLORENTE, F. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción”, *Revista española de derecho constitucional*, n.31 (1991), pp. 9-36, p. 15.

sí. El Derecho es así, al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación."²⁰⁴ Si bien el protocolo no es una norma, se basa en la evidencia científica que he expuesto en el capítulo dedicado a ello y constituye un código de actuación para el personal sanitario. Si el supuesto de hecho es el nacimiento, y todos los recién nacidos pertenecen a la misma categoría lógica de "persona recién nacida", no es posible encontrar una categoría lógica específica para los nacidos por esta práctica que les exima de la aplicación de esta recomendación ni de la evidencia científica. Lo que nos encontramos es una decisión libre y estratégica para situar el *tertium comparationis* fuera de la sala de partos.

Al decidir arbitrariamente dejar fuera del término comparativo el proceso de gestación y parto y quedarse sólo con el óvulo donado o espermatozoide o el deseo maternal o paternal, argumentando que supone el surgimiento de una nueva categoría lógica diferente de las demás que no puede valorarse con los mismos criterios, ni biológicos, ni jurídicos en este caso, para la cual se requiere una igualación entre los adultos en el acceso a todos los medios (incluido el acceso al cuerpo de la mujer), se crea automáticamente una desigualdad de trato entre los recién nacidos. A esta desigualdad "el defensor de la ley deberá ofrecer las razones que avalan su razonabilidad".²⁰⁵ Es decir, si el legislador decide omitir su obligación de llevar a cabo "acciones positivas para la consecución y protección de los bienes constitutivos de los derechos básicos"²⁰⁶ estará rompiendo la lógica interna de los derechos humanos.

El punto de vista comparativo que hay que incluir es el de las necesidades del recién nacido en el momento en que acaba de nacer, su integridad, dignidad y protección de la salud. La persona recién nacida como sujeto de derechos en ese instante. La selección arbitraria que deja fuera de la ecuación todo el proceso fisiológico obedece a un interés particular e industrial para forzar la legitimación de una nueva categoría que se pretende crear: los bebés nacidos por esta técnica tienen misteriosamente una naturaleza diferente del resto de la especie humana y no sufren por la separación, por lo tanto, se ha de crear paralelamente una normativa que les dote de una

²⁰⁴ Ibidem, p. 16.

²⁰⁵ Ibidem, p. 33.

²⁰⁶ "La lógica interna de los derechos humanos demanda la existencia de obligaciones de todos- y no sólo de las instituciones estatales- de llevar a cabo acciones positivas para la consecución y protección de los bienes constitutivos de los derechos básicos. Los derechos pueden ser violados no sólo por acciones-incumplimiento de un deber negativo-, sino también por omisiones-incumplimiento de un deber positivo-, lo que plantea muchos problemas, sobre todo con respecto a las consecuencias normativas que se derivan de la existencia de un derecho." PÁRAMO, J. R. de. "Bienestar, Derechos y Autonomía", en MUGUERZA, J., y otros. *El fundamento de los derechos humanos. Edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez*, Editorial Debate, 1989, p. 253.

existencia legítima como tales y un protocolo de atención al parto diferente para que a ellos sí les separe de sus madres al nacer.

4.4 La dignidad.

Considerando que el nacimiento de una persona determina de forma automática que tiene los derechos integrables en la categoría de derechos de la personalidad, cuyo denominador común es el reconocimiento de su dignidad²⁰⁷, plantear que en ese momento puede ser vulnerada por contrato contradice ese reconocimiento y desposee a la dignidad de su máxima y única garantía: su indisponibilidad por parte del Estado y la sociedad. Para llamar la atención sobre la falta de coherencia en relación a las decisiones que se tomarían sobre el trato al recién nacido, hay que traer a colación el debate sobre los cuidados en el final de la vida. Amén de las discrepancias sobre la regulación de la eutanasia, en lo que se refiere a los cuidados paliativos y al comportamiento del personal médico para con los enfermos terminales o privados de conciencia, hay un consenso general para evitar tratamientos y actuaciones que inflijan daño si éste no compensa porque no es imprescindible para la curación o mejoría²⁰⁸. El criterio que se aplica es el de la dignidad del paciente, sea autónomo o esté privado de su capacidad de obrar. Morir con dignidad o el derecho a morir con dignidad supone, entre otros elementos, el derecho a no sufrir. Por analogía, podemos plantear un derecho a un nacimiento digno que implique el derecho a no sufrir actuaciones o tratamientos que supongan un sufrimiento, si éste no tiene como finalidad mejorar una hipotética dolencia previa o sobrevenida durante el parto.

El concepto de dignidad en este caso no proviene de su coincidencia con “la capacidad que otorga el principio de autonomía, es decir, que la persona puede hacer libremente lo que desee con su propia vida”,²⁰⁹ pues aunque su vida le pertenece, no tiene capacidad volitiva, sino del reconocimiento a su dignidad por el mero hecho de ser persona. Y, en cualquier caso, su

²⁰⁷ “Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos «que le son inherentes” STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 3.

²⁰⁸ “Hay, no obstante, una conclusión que parece generalmente aceptable: la de que la dignidad implica en todo caso el no sometimiento de la persona a tratos inhumanos y degradantes que pudieran producirse con la aplicación de ciertos tratamientos a los enfermos que están en fase terminal, ya que el llamado “encarnizamiento terapéutico” convierte al enfermo en un simple medio u objeto médico de experimentación, al no existir expectativas razonables de que ese enfermo pueda continuar viviendo.” MARCOS DEL CANO, A. M. “Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos”, en MARTÍNEZ MORÁN, N. (coord.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, 2003, p. 18.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 5.

incapacidad es temporal, por lo que habría que tomar decisiones respecto a su vida bajo el mismo criterio que se aplica a las decisiones que atañen a las personas con discapacidad.²¹⁰ La dignidad conlleva el respeto al otro, “respeto que consiste tanto en no limitar al otro, como en auto-limitarse a sí mismo en las intervenciones sobre el otro. En dejar al otro tal y como es, en tanto que es otro”,²¹¹ constituyendo un límite tanto para la actuación de los poderes públicos como para la actuación de terceros. Si bien la capacidad volitiva de los humanos es el origen del reconocimiento a su dignidad, a su vez, el límite a la libertad es precisamente la dignidad. La homeóstasis del sistema de los derechos humanos es un equilibrio entre derechos de la personalidad que mantenga la dignidad intacta. Sin embargo, son muchas las presiones para hacer de la libertad de procreación el paradigma para articular la regulación de esta práctica, cimentada sobre la supuesta libertad de las mujeres a disponer de su cuerpo para ser utilizadas como un medio para alcanzar esa libertad procreativa. Aferrarse a la libertad como respuesta para reivindicar cualquier derecho posible es el espejismo del liberalismo, contradicción lógica de dos ideas que mantienen una tensión irresoluble desde su origen, a saber: lo que para la persona es valioso y el valor de la propia persona. En el caso que nos ocupa, si el recién nacido pudiera declarar lo que es valioso para él, respondería que no lo separen de su madre al nacer, cosa que hace mediante la sintomatología reactiva a la separación. Por lo tanto, quienes podemos manifestarnos en su nombre debemos proclamar lo que es valioso para él, además del valor de su propia persona en calidad de recién nacida, que debería ser suficiente como límite a la libertad de terceros sobre éste.

²¹⁰ La vigente Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO (2005) tiene como principios el respeto a la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales (art. 3.1) y reconoce la protección de las personas que carecen de la capacidad de ejercer su autonomía, para lo cual se habrán de tomar medidas especiales para proteger sus derechos e intereses (art. 5). El artículo 7 hace una mención especial a las personas carentes de la capacidad de dar su consentimiento. Por su parte, la Constitución Española, en su artículo 49, obliga a los poderes públicos a amparar a las personas con discapacidad para lograr el disfrute de los derechos en igualdad a todos los ciudadanos. A tenor del artículo 6, apartado 1d) de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, “En caso de que la decisión del representante legal sea contraria a los intereses del menor o incapacitado, habrán de ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en la legislación civil.” Y del apartado 3 del mismo artículo, “La representación del consentimiento por sustitución será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que es preciso atender, siempre a favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.”, se deduce por analogía que el respeto a la dignidad e integridad del recién nacido debería ser el principio orientador de todas las actuaciones.

²¹¹ FLORES MADRIGAL, G. A. “El derecho a la protección de la vida e integridad física”, en CIENFUEGOS SALGADO, D. y MACÍAS VÁZQUEZ, M. C. (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 139-179., p. 148.

A pesar de la dificultad para precisar el significado de dignidad, la postura común coincide en elementos esenciales, que se desprenden de los textos normativos y “supone el reconocimiento de su calidad de ser humano en cuanto tal, por el mero hecho de serlo (...) y al mismo tiempo su condición de igualdad en relación con los demás seres humanos. (...) Esta doble proyección de superioridad/igualdad la posee todo ser humano con independencia de sus circunstancias personales y sociales (...), de sus capacidades físicas o mentales (p. ej., esté impedido o tenga defectos psíquicos graves, sea poco inteligente o se trate de un niño o un lactante) y de su propia conducta.”²¹² De ello se deduce que “el ser humano no puede ser objeto de ningún tipo de discriminación, ni utilizado como instrumento ('cosa') para el logro de fines que le son ajenos, por muy valiosos que éstos sean”²¹³: el hombre-como dijera Kant y se repite una y otra vez en la actualidad- es un fin en si mismo (“obra de modo que siempre, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, tomes a la humanidad como fin y jamás la utilices como simple medio”).²¹⁴ Además, su proyección jurídica conlleva su reconocimiento como principio material de justicia iusnaturalista “que no admite ser tomado como un interés más en el marco de ponderación de intereses allí donde ha surgido un conflicto entre varios.”²¹⁵

Capítulo 5: La reflexión bioética.

Dicho esto, llama poderosamente la atención que el mismo que suscribe las reflexiones anteriores las contradiga al encontrar la justificación de la legalización de la práctica en algunos casos excepcionales por dos motivos²¹⁶: en primer lugar por el caos jurídico y el fraude de ley que cometen quienes viajan al extranjero para tener descendencia de esta forma, al que hay que darle una solución sobre la base de la empatía con la desesperación de algunas parejas que no

²¹² ROMEO CASABONA, C. M. *El derecho y...* Op. cit., p. 44.

²¹³ “9. En definitiva, el futuro niño, al que se priva del derecho a conocer sus orígenes, se «cosifica» pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante se obliga a entregar a la comitente. Para que el contrato llegue a buen término, se imponen a la gestante unas limitaciones de su autonomía personal y de su integridad física y moral incompatibles con la dignidad de todo ser humano.” STS 1153/2022, FJ 3, de 31 de marzo de 2022.

²¹⁴ ROMEO CASABONA, C. M. *El derecho y...* Op. cit., p. 45.

²¹⁵ Idem.

²¹⁶ El autor desarrolla los argumentos de su voto particular al Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 2017 en el artículo, ROMEO CASABONA, C. M. “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Dilemata*, n.28 (2018), pp. 109-121. Si bien no procede aquí un análisis crítico de dicho artículo, por falta de espacio y por tratar diferentes aspectos de la práctica, sí conviene hacer algunas precisiones sobre las incongruencias de los argumentos presentados en comparación con las consideraciones sobre la dignidad en otras obras, también mencionadas aquí, sobre todo en lo concerniente al recién nacido, por ser el objeto de este trabajo.

pueden concebir²¹⁷ y, en segundo lugar, porque algunos, añade, son un ejemplo de altruismo y solidaridad por parte de mujeres adultas capaces de tomar la decisión libre de ofrecer su cuerpo en beneficio de otros. Todo lo anterior, en determinados casos, muy controlados y estudiando todas las posibles complicaciones, supuestamente garantizaría la dignidad de las partes implicadas, incluyendo al recién nacido. No obstante, reconoce la dificultad para encontrar una fórmula legal satisfactoria para todas las partes y casos posibles.

La contradicción salta a la vista en el momento en que se refiere a la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, aunque no sea una más,²¹⁸ considerando el embarazo y parto de una mujer como una técnica. Además, el mismo hecho de nombrarla como mujer gestante le priva del atributo “madre”. No considerarla madre supone considerarla una incubadora. Si no es madre y sólo gesta un bebé, no puede ser otra cosa, por lógica deductiva. La cosificación e instrumentalización implícita es incompatible con la dignidad de la mujer por mucho que ésta se ofrezca supuestamente de forma libre, para amigos o familiares. También es incompatible con la dignidad el reconocer la autonomía de la mujer desde la implantación al nacimiento pero que esté obligada a entregar al bebé²¹⁹, pues el consentimiento siempre se puede revocar en cualquier momento, pero en este caso no tendría este derecho y no se puede prever cómo se sentirá de antemano.²²⁰

²¹⁷ El autor se hace eco de la expresión “infertilidad estructural” de las parejas homosexuales, una ficción legal y médica que de admitirse, supondría un acceso a esta práctica casi ilimitado: también lo podrían alegar las mujeres que ya han pasado la menopausia porque en nuestra especie las hembras son “estructuralmente” estériles pasados los 50. Alegar infertilidad estructural porque la combinación de individuos no cumple los requisitos reproductivos equivaldría a alegar una discapacidad “estructural” por no cumplir los requisitos para acceder a pruebas de acceso para determinadas profesiones o deportes que marcan un límite de estatura, por ejemplo.

²¹⁸ “Resumiendo los puntos del documento de la SEF que me parecen más relevantes (véanse los detalles en el propio documento): se entiende que la maternidad subrogada no debe considerarse como una técnica reproductiva más y debe, por consiguiente, recurrirse a ella únicamente en supuestos excepcionales...”, *Ibidem*, p. 114. Se refiere a la Sociedad Española de Fertilidad (SEF).

²¹⁹ Según el documento de la Sociedad Española de Fertilidad, el cual el autor valora positivamente en general, una de las directrices para garantizar los derechos de la madre gestante sería reconocer, en todo caso, “la autonomía de la mujer gestante para decidir sobre la gestación misma desde la transferencia del embrión hasta el nacimiento; éste obliga a la entrega del niño en todo caso;”, *Ibidem*, p. 114.

²²⁰ A pesar de las terapias que reciben para mitigar el dolor de la separación, muchas mujeres expresan su arrepentimiento después. “*This is also a crucial point that is discussed below, because one of the psychological counselling strategies involves a deliberate effort to de-emphasise the significance of the gestational maternity of the surrogate, in order to encourage the surrogate to cope with relinquishing the child (cognitive dissonance reduction).*” TIEU, M. “Oh Baby Baby: The Problem of Surrogacy”, *Bioethic Research Notes*, n.19 (2007), p. 6.

En relación a los conflictos de interés de los estudios que avalan esta práctica, mencionados en el capítulo 3, hay que recordar que muchos están elaborados por las propias clínicas que llevan a cabo esta práctica y socios afines, por lo que seleccionan los testimonios más convenientes: “*The participants in the studies*

Por último, comparar la maternidad subrogada con la donación de órganos²²¹ es un despropósito. Lo que se entrega en este caso no es una capacidad reproductiva, suponiendo que ésta se pueda prestar, pero incluso aceptando que así fuera, ésta, la capacidad, sigue perteneciendo a la mujer. Aquí lo que se entrega es un bebé: una persona. Por tanto, lo que se está proponiendo es legitimar la donación de personas o las adopciones a la carta, suponiendo que no haya retribución pecuniaria mediante.²²² Ni siquiera la propia madre gestante debería decidir sobre plano entregar a su propio hijo a terceros, pues el Derecho prohíbe las adopciones a dedo. Las múltiples caras de la maternidad subrogada²²³ son las de los padres de intención, porque la realidad de esta práctica tiene sólo una: el de una madre pariendo y un hijo naciendo que es separado de su madre nada más nacer.

Considerar que es lo mismo entregar un embrión de unos días que recibir un bebé después de nueve meses, sin que el periodo de gestación cuente para nada, es negar toda la evidencia científica aportada y disponible sobre quién es, ante todo, la madre de esa criatura y de quién se siente hijo el bebé. El tiempo no se detiene, los procesos fisiológicos hacen a ese embrión, después feto, hijo de la madre que los gesta y pare. De ella se nutre y forma sus órganos, sus huesos, su carne. De ella recibe las modificaciones que expresarán sus genes. De ella recibe los estímulos y sensaciones, sabores de alimentos a través de la placenta, sonidos y emociones. A través de ella percibe el mundo exterior y es a ella a la única que conoce y la única con la que tiene un vínculo. Suponer que por dar cobertura a sólo unos pocos casos excepcionales se pueda

were recruited from surrogacy agencies primarily in the UK and US, where selection criteria for surrogates may mask problems that may arise, such as exploitation of the surrogate.”, Ibidem, p. 5.

²²¹ Tanto en el documento de la SEF como en la exposición de motivos de la citada proposición de ley de Ciudadanos se menciona que la regulación debería crear un “Registro Nacional de Gestación por Subrogación (adscrito al Registro Nacional de Donantes)” o un “Registro Nacional de Gestantes”. ROMEO CASABONA, C. M. “Las múltiples caras...” Op. cit., pp. 114-115. Si nos atenemos a la desesperación como criterio, el legislador no daría abasto para recoger las peticiones de deseos y desesperaciones varias que surgen a lo largo de la vida en infinidad de situaciones en base a que lo que no se obtenga mediante el libre albedrío, se tiene que conseguir mediante la ingeniería social. Recordemos, además, que los órganos tienen como finalidad salvar una vida o menguar la gravedad de una enfermedad crítica, no conceder un deseo. Bajo el mismo argumento se podría proponer también un Registro Nacional de Novias para hombres que no encuentran pareja y están desesperados o viceversa. En este caso, además, la gran diferencia es que hay una persona recién nacida involucrada a la que no se tiene en cuenta.

²²² Entonces tendríamos que situarnos abiertamente en el comercio de bebés. Es una contradicción en términos no aceptar que habiendo dinero de por medio, sea compensación, sea retribución, se trata de un contrato de compra-venta y que no suponga “en cuanto tal, una compraventa de niños”, cuando al mismo tiempo se dice que habiendo una transacción pecuniaria en juego “sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista.” Ibidem, p. 119.

²²³ Haciendo alusión al título del artículo mencionado. Ibidem.

controlar es una ingenuidad. En los países donde se ha regulado de forma altruista apenas se ofrecen mujeres.²²⁴ Los padres de intención seguirán viajando al extranjero. Las presiones para liberalizar la práctica son patentes en el país origen de una práctica que comenzó de forma comercial y constituye una industria boyante donde las materias primas son las mujeres.²²⁵ Aceptar la fórmula para un caso supone aceptarla para el resto porque, si se acepta que las mujeres son libres para ofrecer su cuerpo, que la maternidad subrogada es una técnica, que no son madres de esos bebés, sólo una incubadora temporal²²⁶ y que no supone un daño para ninguno, entonces los motivos para acceder a esta práctica son irrelevantes y el único criterio válido es la intensidad del deseo de los padres comitentes, quedando la idoneidad subsumida en su intención y su poder adquisitivo.

5.1 La raíz del conflicto bioético.

El conflicto bioético que subyace en esta práctica y que permea en los problemas legales que suscita es la consideración de supremacía del ser humano sobre las leyes de la naturaleza. Como señala Vicente Bellver, citando a Habermas, la postura de que la biología no es una ley inexorable ante la cual no quepa más que acatamiento predomina en quienes abogan por su aprobación. Todo lo que se puede hacer para satisfacer el deseo de reproducción humana es lícito y la naturaleza moral del ser humano le orienta acerca de los bienes que debe perseguir para alcanzar su plenitud. La otra postura no se opone al uso de las técnicas sino al exceso de poder que ejercen los progenitores sobre sus descendientes, vulnerando las condiciones de autonomía del ser humano, y que constituye una desigualdad desde la misma configuración de su vida, al intervenir sobre las bases biológicas de la reproducción humana. Una tercera postura contempla la biología humana como un obstáculo carente de sentido del que hay que emanciparse para el pleno desarrollo de la autonomía humana. Estos tres planteamientos impactan en la seguridad de las tecnologías y en las condiciones de igualdad de los seres humanos, dando lugar a sociedades diferentes, por lo que no es un asunto individual en tanto

²²⁴ Reino Unido y recientemente Portugal, por ejemplo.

²²⁵ Las empresas de Silicon Valley han añadido los vientres de alquiler al catálogo de incentivos a sus trabajadores. En el artículo se puede ver el catálogo de mujeres con sus fotos entre las que pueden elegir. DOMÍNGUEZ, T. “Las criadas del sistema capitalista”, *Tribuna Feminista*, 29 de junio de 2019. Consultado el 1 de septiembre de 2023.

<https://tribunafeminista.org/2019/06/las-criadas-del-sistema-capitalista/>

²²⁶ En un capítulo de la popular serie “Friends”, el personaje de Phoebe, que se ofrece como madre de alquiler para su hermano y la pareja de éste, se refiere a ella misma como un horno: “I’m just the oven”. El hecho de que una mujer se cosifique a ella misma considerándose incubadora u horno, cosifica al resto.

que afecta a otros individuos. Por eso los poderes públicos tienen un papel clave y, al mismo tiempo, su posición es de alto riesgo al estar sometidos a las presiones del mercado y de los grupos de interés que quieren lograr sus intereses, sin preocuparse por el bien común y la falta de rigor en los medios de comunicación a la hora de informar sobre ello, factores cuya combinación crean un contexto en el que el ciudadano no pueden realizar una reflexión y valoración adecuada.²²⁷

Pues bien, como hemos visto hasta ahora, los argumentos a favor de permitir esta práctica se mueven entre la primera y tercera postura por cuanto la regulación jurídica que aceptan imponerse no se establece para limitar el uso de los medios que permiten conseguir el fin deseado, sino para asegurar, sobre todo, que éste sea conseguido. Es por ello que niegan el principio *mater semper certa est* y, por ende, niegan la maternidad de la madre gestante. Considerar este principio como una costumbre y no un hecho científico les permite dejar el campo libre a la realización del proyecto personal de que se trate en el que la madre gestante no es más que ese medio para conseguir su fin. Un fin que se conduce de forma privada con escasos controles o límites en muchos países, ni sobre la capacidad de obrar de los padres comitentes o de las madres de alquiler y el vínculo de consanguinidad con éstos, si lo hay, ni del número de criaturas nacidas para cada padre o madre de intención contratante, ni la valoración de las consecuencias que puede tener sobre la salud mental de estas criaturas.

No se trata de sacralizar la biología, pero sí de saber cuáles son los límites que ésta misma impone y cuáles son las consecuencias de su manipulación para nuestra integridad individual y como especie. En otras palabras, valorar el coste-beneficio, cuál es el daño “colateral” que estamos dispuestos a soportar, si éste compensa un mal mayor y si se puede revertir. Para hallar esta respuesta, no pareciendo suficientes los argumentos políticos, jurídicos y éticos, hay una evidencia científica que ya ha demostrado el daño inmediato y a largo plazo que ocasiona esta práctica al recién nacido. Es, por tanto, necesario que el legislador y la doctrina sean responsables de sus decisiones, entendida la responsabilidad “como la capacidad de anticipar los resultados de la conducta propia, sustentada: en los efectores o actores activos en una formación científica y/o profesional adecuada y actualizada, en la deliberación, evaluación y objetividad de sus decisiones, en la previsión de las ventajas y riesgos de sus acciones o

²²⁷ BELLVER CAPELLA, V. “Hijos de múltiples padres: del reemplazo mitocondrial a los gametos sintéticos”, en TRIVIÑO CABALLERO, R. y RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D. *Cuestiones de vida y muerte: Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y al morir*. Dilemata: Ética, Filosofía y Asuntos Públicos, Pozuelo de Alarcón, Plaza y Valdés, 2016, pp. 31-36.

productos, (...) en el respeto a quienes puedan ser receptores de sus actuaciones, (...) como garantía contra las agresiones a la libertad, la intimidad, (...), los daños a la salud...”.²²⁸ Subrayo la necesidad de responsabilidad en la actualización y adecuación de los profesionales sanitarios y de quienes elaboran los protocolos de aplicación en la materia. En el principio de responsabilidad también debemos incluir la salvaguarda y promoción de los intereses de las generaciones futuras al que se alude en la Declaración. No podemos perder de vista que no sólo la manipulación genética supone una modificación de la especie, sino que la forma en la que venimos al mundo es el evento más importante en la vida de una persona, tanto o más que morir, por el efecto que tiene en su desarrollo, lo cual tiene un potencial transformador en la sociedad. Considerar a la mujer como una incubadora y dejar a algunas personas huérfanas de madre por contrato altera millones de años de evolución de nuestra especie mamífera en el mismo origen.

5.2 Los principios de la Bioética.

La bioética se articula en torno a cuatro principios fundamentales cuyo eje es la dignidad. Ésta supone el reconocimiento a la autonomía del ser humano en tanto que ser racional, sin hacer distinciones en base a la cantidad de racionalidad o autonomía que se tiene a lo largo de la vida. Del nacimiento a la muerte, pasando por periodos de enfermedad, la capacidad volitiva de una persona varía sin que ello deba afectar a su dignidad. El bebé no tiene autonomía pero ello no invalida el resto de principios: no dañar, causar el mayor beneficio posible según el principio de beneficencia y la justicia, entendida como igualdad por ser persona, si bien recién nacida.²²⁹

Los principios son proposiciones que “descubren los valores morales y conducen a su realización.”²³⁰ Prescindir arbitrariamente de alguno de los principios despoja a la bioética de su

²²⁸ PALACIOS, M. “La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO: una aportación para el futuro”, en GROS ESPIELL...Op. cit., p. 141.

²²⁹ La bioética parte de la protección a la dignidad humana como fundamento de los derechos humanos para dibujar un marco ético en el que se determinen unos principios que guíen los actos en el campo de la biomedicina y las ciencias de la vida. El Informe Belmont 1978 recoge por primera vez los principios de la bioética: el respeto de las personas (autonomía), beneficencia (no dañar) y la justicia (igualdad). Sobre estos principios Beauchamp y Childress desarrollan un nuevo modelo de referencia universal que incluye un cuarto principio de no maleficencia, que matiza la diferencia entre “no dañar” y causar el mayor beneficio posible según el principio de beneficencia. JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. y MARCOS DEL CANO, A. M. *Ética y Vida: la Bioética*. Cuadernos de Ética en Clave Cotidiana. Fundación Europea para el Estudio y la Reflexión Ética, Madrid, Perpetuo Socorro, 2018., pp. 9-10.

²³⁰ La autora recuerda los tres principios del jurista Ulpiano, que constituyen verdaderos principios por ser irreductibles: “vivir honestamente (más amplio que el respeto del Informe Belmont, al que comprende); no hacer daño a otro (beneficencia), dar a cada uno lo suyo (justicia).” VILA-CORO, M. D. “Reflexiones sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, en GROS ESPIELL...Op. Cit., p. 161.

carácter integrador y corrompe el fin último del Derecho al desvirtuar la Justicia como último principio inspirador.

El contenido de la idea de justicia que se asume en la Constitución incluye una determinada idea del individuo y las relaciones sociales que establece a través de los valores superiores proclamados en el artículo 1.1: la libertad, la justicia y la igualdad, pero también por lo establecido en el artículo 10.1: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social». «Así, la concepción del individuo asumida por el Ordenamiento está vinculada al reconocimiento de su dignidad, que en realidad se presenta como la última referencia axiológica del ordenamiento, y que es el elemento clave de una propuesta moral en la que los derechos cumplen una función importante.»²³¹ No obstante, aunque los derechos fundamentales representan la concreción jurídica de tales principios, su positivación no escapa a los condicionantes históricos, porque la traslación de una determinada idea de justicia a un ordenamiento jurídico está influida por la política y se genera en un determinado contexto.

En el que nos encontramos ahora, la psicopolítica añade otra vuelta de tuerca a la biopolítica y nos sitúa en una crisis de libertad. Las nuevas técnicas de poder del capitalismo neoliberal no necesitan someter al individuo directamente, sino que éste se somete sin resistencias convencido de que sus decisiones son libres. Confunde la libertad con la sensación de libertad, que es lo que ofrece la Sociedad de la Información con su verborrea lingüística y emocional, de la que se apropia el capitalismo para vender productos y servicios bajo la lógica de la gratificación (sobre todo en redes sociales). Este repentino interés por las emociones está relacionado con un nuevo proceso económico que configura un control psicopolítico sofisticado. «La psicopolítica neoliberal encuentra siempre formas más refinadas de explotación»,²³² llegando hasta la psique de la persona y haciéndola creer que sus proyectos son libres. Crea industrialmente un valor en base a la optimización personal sin límite, que absorbe y sustrae. «El sujeto del rendimiento, que se pretende libre, es en realidad un esclavo. Es un esclavo absoluto, en la medida en que sin amo alguno se explota a sí mismo de forma voluntaria. (...) El sujeto neoliberal como empresario de

²³¹ FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. «Una aproximación a la idea de justicia en la cultura jurídica española del siglo XX», *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.11 (2007/2008), pp. 181-193, pp. 190-192.

²³² HAN, BYUNG-CHUL. *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas formas de poder*. Herder, 2021, p. 45.

sí mismo no es capaz de establecer con los otros relaciones que sean libres de cualquier finalidad.”²³³ Tendríamos que plantearnos entonces, para qué y para quién se reivindica el derecho a acceder a los cuerpos de las mujeres.

5.3 Conclusiones para una (bio)ética común desde los Derechos Humanos.

Los Derechos Humanos son un hito histórico pero su contenido no es original. La innovación viene de la superación de barreras para romper la desigualdad con la que las sociedades estratificadas han categorizado a los individuos en clases de superior-inferior, alejadas de las relaciones humanas grupales que han contribuido al éxito evolutivo. Como seres biológicos que somos, nuestra evolución es el resultado de procesos adaptativos que hemos heredado, en los que se conjugan nuestra fisiología, la capacidad cognitiva y lingüística, las emociones y la sociabilidad. Estas características definen la naturaleza humana de cada individuo de la especie y nuestro éxito evolutivo ha dependido en gran parte de la asociación cooperativa, partiendo de la percepción de que somos iguales por tener la misma naturaleza. Si ubicamos a los seres humanos en un marco teórico evolutivo-sistémico como especie biológica, “encontramos que la moral humana consiste, desde sus orígenes, en un mecanismo de regulación de comportamientos sociales que favorecieron la supervivencia de nuestros ancestros.”²³⁴ En estos comportamientos encontramos la raíz de aquellos patrones de conducta y predisposiciones que valoran positivamente las acciones de ayuda, generosidad y confianza. Por el contrario, aquellas consideradas como egoístas o traidoras se han asociado a sentimientos negativos de culpa, vergüenza o inhibición con la función de disuadir o sancionar a quienes podían suponer un peligro para el equilibrio y la supervivencia del grupo. De la consideración y trato de los individuos como iguales derivó un sentido de la equidad, atribuyéndole una valoración positiva de componente afectivo que se traduce en un sentido de lo justo. “El sentido de lo justo cumple la función de impedir que otros se aprovechen, y de castigar a nivel grupal a aquellos individuos cuyas acciones no comportan la equidad en el trato.”²³⁵

²³³ El autor plantea la paradoja actual entre libertad y sensación de libertad y la necesidad de distinguirlas. “El neoliberalismo es un sistema muy eficiente, incluso inteligente, para explotar la libertad. Se explota todo aquello que pertenece a prácticas y formas de libertad, como la emoción, el juego y la comunicación. No es eficiente explotar a alguien contra su voluntad. En la explotación ajena, el producto final es nimio. Solo la explotación de la libertad genera el mayor rendimiento.” Según esto, el sistema explotaría la libertad mientras que nos ofrece la sensación de libertad, sin que nos demos cuenta. Ibidem, pp. 12-13.

²³⁴ BERNAL CRESPO, J. S. *Evolución biológica de la moral y el derecho*. Colección Jurídica Universidad del Norte. Grupo Editorial Ibáñez, 2011., pp. 315-316.

²³⁵ Ibidem, p. 316.

En algún momento evolutivo emerge el fenómeno de la sociedad, un tipo de organización social que no es la suma de los individuos que organiza, en la se coordinan las interacciones para mantener un equilibrio. “Los comportamientos eficaces para mantener ese equilibrio se convierten en normas morales, la ética colectiva, mientras que lo que se considera indeseable son las conductas que violan las reglas de reciprocidad e igualdad, pues afectan al equilibrio social, por lo que se reprimen las pulsiones, deseos y comportamientos egoístas.”²³⁶ Cuando aparecen las sociedades estratificadas, como las Ciudades-Estado, surge el Derecho como manifestación del poder (político-religioso-económico) de unos pocos, quienes dotan de contenido las normas y establecen qué es lo justo, distanciándose de las normas sociales del grupo, abriendo una brecha entre el Derecho y la moral.²³⁷ En este tipo de sociedades, además de oponer unos individuos contra otros,²³⁸ se puede anular al individuo²³⁹ y perpetuar esta organización social a través de la cultura, pues el ser humano, como ser dependiente que es, está programado para relacionarse y desarrollarse dentro de un contexto sociocultural, aprendiendo aquello que necesita para pertenecer a éste, y asumirá el Derecho de la comunidad, si bien la herencia dará lugar a disonancias que son la fuente del conflicto normativo.

La función del Derecho es regular los comportamientos de los individuos para mantener el orden social de que se trate. Si surge de una sociedad asimétrica, intentará mantener ese orden basado en estructuras desiguales: unos individuos serán considerados instrumentos y se reflejará en las normas.²⁴⁰ En este caso, la disonancia se manifiesta en tres niveles: biológico, social y cultural.

²³⁶ Ibidem, p. 317.

²³⁷ La autora analiza el caso de las Ciudades-Estado, como Babilonia, regida por el código de Hammurabi. En ese momento “se enfatiza una antítesis entre derecho y otras normas sociales, y en las que encontramos las reflexiones de individuos que establecen una distinción entre dos conceptos o categorías conceptuales: derecho y moral, como dos mecanismos normativos de regulación de comportamientos sociales. Es también a partir de la historia de estos sistemas sociales donde se desarrollan las diferentes corrientes filosóficas en la polémica de sus relaciones conceptuales: las tesis de su vinculación, separación o complementariedad, con toda la gama de variaciones de por medio.” Ibidem, p. 319.

²³⁸ Por ejemplo, exagerando las predisposiciones biológicas en una determinada dirección creando categorías de superior-inferior, dominación-subordinación: macho-hembra, razas, etc.

²³⁹ “El hombre no viene al mundo como sociedad (comunidad), sino como individuo. Muere también como individuo (...). Lo que siempre le afecta al individuo, sea cual fuere la parte por donde le alcance, en el dolor de la torcedura de un pie, al oír un relato, en un encuentro amoroso, en la muerte de un amigo, le afecta como individuo, no como sociedad.” Ibidem, p. 239.

²⁴⁰ “Cuando el derecho surge como un fenómeno social de poder, su función será la de regular y controlar los comportamientos de los individuos para mantener ese orden social basados en estructuras asimétricas, jerarquías de dominancia y desigualdades regulando los recursos reproductivos, alimenticios y el territorio. Así, habrá individuos considerados como instrumentos u objetos y se reflejará en las normas.” Ibidem, pp. 282-283.

Por un lado, en tanto que mamíferos, nuestra respuesta automática por su función de supervivencia nos hace reaccionar emocionalmente (miedo, dolor, tristeza, rabia), reconocer y empatizar con otros, a pesar de las diferencias culturales que puedan modular o disimular su expresión. A otro nivel, la herencia comportamental de nuestros ancestros chocará con este sistema en aquellos aspectos que contradigan esas respuestas automáticas y las conductas que se valoran positivamente.²⁴¹ Es decir, por un lado la capacidad moral es innata, producto de la evolución biológica, pero también es social, relativa al grupo donde el individuo se desarrolla desde su infancia. Así, podríamos hablar de una gramática moral universal compartida como especie, y una gramática moral específica en cada cultura.²⁴² Los derechos humanos se sitúan en esta gramática universal y su proclamación sería el resultado de una reacción que buscaba “recuperar los derechos naturales como si fueran derechos perdidos, (...) una reacción a una determinada concepción del hombre y a relaciones de dominancia, a ser cosificado y utilizado como instrumento al servicio de otros dentro de un sistema social estratificado; son reflexiones y reacciones a un problema “moral” de la igualdad-desigualdad de los individuos que forman parte de una sociedad, y de su consideración jurídica como sujeto-objeto. Es la preocupación ética que surge cuando se percibe al individuo como legítimo otro, como equivalente, aunque sea “extraño” pero ya no indiferente, y por tanto se reacciona ante el trato que lo afecta negativamente.”²⁴³

El reconocimiento de los Derechos Humanos supone el desaprendizaje de pautas de comportamiento que atentan contra nuestro bienestar, nuestra supervivencia y a nuestra dignidad como individuos iguales de la misma especie. Esas pautas de comportamiento han resultado dañinas para muchos individuos y grupos, desactivando patrones comportamentales cooperativos y permitiendo otros egoístas gregarios. No obstante, nuestra capacidad de aprendizaje nos permite desaprender también, porque “la realidad que percibimos no es una traducción fiel de la realidad que existe fuera de nosotros (...). Los terminales sensoriales que reciben los estímulos, se traducen en un código específico y se transforman en percepciones; de esta manera, todo conocimiento, sea perceptivo ideal o teórico, es a la vez una traducción y una reconstrucción; de ahí que podamos entender que los errores y las ilusiones son problemas

²⁴¹ La autora se refiere a la triple naturaleza biológica, social y cultural del ser humano como fuente de conflictos en Derecho: “Nuestra herencia limita las posibilidades de que la cultura pueda imponer ciertas concepciones sin que se presenten conflictos o problemas en el desarrollo equilibrado de los individuos o de las sociedades.” Ibidem, pp. 262-268.

²⁴² “Para Hauser, existe una gramática moral universal, pero cada cultura expresa una gramática moral específica. Lo que varía de una cultura a otra son las condiciones que permiten que haya excepciones particulares a ciertos principios morales universales.” Ibidem, p. 279.

²⁴³ Ibidem, p. 320.

cognitivos permanentes de la mente humana. La cultura, la construcción de un mundo humano, da un modo de entenderlo y de vivirlo.”²⁴⁴ Esos constructos que atentan contra nuestra dignidad son los que se pueden cambiar, partiendo del conocimiento de lo que somos, de nuestra evolución, teniendo en cuenta que ésta no siempre implica progreso o perfeccionamiento, precisamente por esas conductas que derivan en actuaciones contra nosotros mismos.

Esta triple naturaleza humana hace posible una ética común aunque también la dificulta, pues el pensamiento abstracto, consciente y reflexivo es “tan solo una pequeña parte de la cognición humana y generalmente no constituye la base para nuestras decisiones cotidianas. Las decisiones humanas nunca son enteramente racionales, sino que están teñidas por las emociones.”²⁴⁵ Debemos ser conscientes de estas interferencias a la hora de discernir qué es lo valioso y qué lo perjudicial.

La reflexión desde esta ética mínima común tiene que plantear si el altruismo y la solidaridad del grupo se enfoca en el bienestar del recién nacido o en la satisfacción de un deseo de reproducción; si esa pretendida solidaridad reproductiva no está disfrazando un comportamiento egoísta-gregario; si la igualdad que se profesa hacia los individuos de la especie incluye también a los bebés; si la empatía la situamos en el nuevo ser humano que nace indefenso, en ese preciso y precioso instante.

Nos encontramos en un punto de inflexión histórico en el que se planifica y justifica hacer daño a una persona el día de su nacimiento, además de los meses anteriores y posteriores, si añadimos el estrés que implica un embarazo cuya finalidad es una despedida, y una exterogestación cuya figura de apego parte en falso, cubriendo una carencia previa ocasionada premeditadamente. El recurso a la resiliencia no convalida el daño provocado intencionadamente, ni lo remedia. La resiliencia es una capacidad de adaptación al medio que compensa dificultades y traumas que, en mayor o menor grado, suponen un sufrimiento y obstaculizan el desarrollo óptimo. La resiliencia es un recurso que se activa *a posteriori*, no una licencia para hacer daño *a priori*. El desarrollo óptimo parte de no hacer daño, no de hacer daño

²⁴⁴ Ibidem, pp. 261-262.

²⁴⁵ Citando al neurocientífico Antonio Damasio, "La naturaleza parece haber construido el aparato de la racionalidad no sólo encima del aparato de la regulación biológica, sino también a partir de éste y con éste. (...) La emoción y el sentimiento (que son) aspectos centrales de la regulación biológica proporcionan el puente entre los procesos racionales y los no racionales, entre las estructuras corticales y las subcorticales." Ibidem, pp. 294-295.

y esperar a que las personas sean resilientes. No es lo mismo quedar huérfano de madre accidentalmente que planificarlo. Si el legislador, como representante de la sociedad, autoriza hacer daño a las personas recién nacidas consecuencia de este tipo de contratos, tendríamos que plantearnos si realmente nos encontramos en un Estado Democrático de Derecho cuyos valores superiores se fundamentan en el reconocimiento de la dignidad humana y el principio de igualdad, sin discriminar por edad.

Propuesta para un derecho al nacimiento digno.

Un derecho al nacimiento digno o un derecho a nacer con dignidad debería engarzarse con el derecho a morir con dignidad. El comienzo y el final de la vida son dos caras de la misma moneda. En ambas concurre una gran vulnerabilidad. No obstante, en el caso del recién nacido, ésta es extrema. Aparte de la autonomía, los principios de no maleficencia y benevolencia en los que se inspiran los cuidados paliativos y el derecho a la muerte digna, deberían aplicarse en igualdad de criterios al comienzo de la vida. Es más, la relevancia de cualquier actuación durante el parto y en los primeros instantes y días tras el parto son cruciales para el óptimo desarrollo humano, por lo que su potencial transformador convierten al nacimiento en el momento más importante del resto de nuestras vidas. Es la primera impresión del mundo exterior. Nacer con confianza y amor debería ser un derecho de todo ser humano. No es comprensible bajo ningún prisma que se acepte una separación de la madre al nacer que no sea por accidente, porque entonces se está aceptando provocar sufrimiento.

La propuesta para un nacimiento digno se basa en el cumplimiento de los protocolos para un parto respetado y, en concreto, la atención de la salud perinatal, siguiendo el modelo Separación Cero²⁴⁶. Tal y como se propone en la “Propuesta de un modelo ecosistémico para la atención integral a la salud mental perinatal”, publicado en la Revista Española de Neuropsiquiatría,²⁴⁷ el hábitat natural del recién nacido es el cuerpo de la madre: “Conocer la relevancia de preservar el hábitat natural del recién nacido nos permite intervenir para favorecer al máximo el parto fisiológico, la no separación tras el nacimiento y todo tipo de prácticas de cuidado que conlleven atender la díada como un sistema. El desarrollo del psiquismo del bebé desde el embarazo ocurre

²⁴⁶ Según lo expuesto en el capítulo 3.

²⁴⁷ OLZA, I. y otros. “Propuesta de un modelo ecosistémico para la atención integral a la salud mental perinatal”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 41, n.139 (2021), pp. 23-35.

en contacto estrecho con el cuerpo y el psiquismo materno.”²⁴⁸ La simbiosis entre ambos da lugar a una entidad propia: la díada madre-bebé, unidad básica del desarrollo humano. Pero la protección de este microsistema se debe atender junto al mesosistema del que depende, es decir, de las relaciones en las que se inserta: la pareja, la familia, el entorno cercano que les acompaña. Además, conviene ser conscientes del exosistema, el contexto donde se desarrollan la díada y la familia, porque “El bebé en desarrollo y sus padres considerados como un sistema pueden verse afectados en parte e indirectamente por contextos en los que no están presentes. Aludimos aquí a las relaciones entre, por ejemplo, el sistema sanitario y el laboral (...).”²⁴⁹ Por último, es fundamental saber cuál es el macrosistema que influye sobre los anteriores: “las creencias y valores que conforman las ideologías de cada cultura y sociedad y que lo envuelven todo. De ellas se espera que permeen en cada una de las capas anteriores. El modo de concebir, gestar, nacer y criar son el reflejo de discursos latentes en cada cultura. La nuestra en pleno siglo XXI es una sociedad tecnologizada y urbanizada que vive cambios significativos y que arrastra una larga crisis en su modelo socioeconómico.”²⁵⁰

Un nacimiento digno supone, ante todo, poner al bebé en el centro, sus necesidades, sincronizadas con las de la madre:

La mirada perinatal que proponemos desde este marco ecosistémico como encuadre y guía de trabajo parte de contemplar al bebé poniéndolo en el centro junto con su madre. Cultivar esta mirada significa hacerse constantes preguntas mientras observamos y respetamos la individualidad de cada uno: ¿Cómo estará viviendo esto el bebé?, ¿de qué manera percibirá mi emoción?, ¿cómo le afecta?, ¿qué necesita? Es urgente reconocer que cada bebé siente y padece, comunica, expresa y necesita ser escuchado, mirado y amado. Lo que viven les queda grabado y los marca, repercutiendo a lo largo de todo su desarrollo aun cuando no logren nombrarlo o no puedan identificar de dónde les nace.²⁵¹

En 1999 se promulgó el primer decálogo por los derechos del nacimiento, del que se han hecho eco varias asociaciones.²⁵² Uno de los derechos reclamados es el de la no separación de la

²⁴⁸ Ibidem, p. 17.

²⁴⁹ Ibidem, p. 29.

²⁵⁰ Ibidem, p. 30.

²⁵¹ Ibidem, 31.

²⁵² La Plataforma Pro Derechos del Nacimiento, La Asociación el Parto es Nuestro, La Federación de Asociaciones de Matronas de España han promulgado este catálogo con algunas variaciones. Para más información:

<http://pdn.pangea.org/historia.html>

madre al nacer y el respeto a su integridad e intimidad. El contenido de estos decálogos son un buen punto de partida para una necesaria ley que proteja y garantice el derecho a un nacimiento digno.

Conclusión final.

El objeto del presente trabajo era presentar la situación jurídica y plantear los derechos de las personas recién nacidas por la mal llamada gestación “por sustitución” o gestación “subrogada”, teniendo en cuenta la evidencia científica. Para ello, ha sido necesario exponer y analizar los términos del debate, por cuanto en éste se confrontan los diferentes marcos conceptuales que dan lugar al conflicto normativo y ético, aportar la evidencia científica que se obvia el mismo, los intereses en juego y la perspectiva de los derechos del recién nacido para valorar si el debate está siendo abordado de forma justa y apropiada. Según esto, las conclusiones a las que podemos llegar son:

- I. El uso del lenguaje en este debate es clave para evidenciar los marcos conceptuales de cada expresión. Éstas transmiten una visión opuesta e irreconciliable de la realidad. El papel del relato en la recepción de esta práctica repercute en el mundo jurídico porque la relación entre lenguaje-derecho, y el lenguaje del derecho, condicionan la determinación del bien jurídico a proteger. Considerando que nos comunicamos en gran parte mediante el uso de un lenguaje metafórico, construyendo narrativas cuya validez no depende de los hechos sino de la coherencia de sus elementos, narrativas que también utilizan los medios de comunicación, un debate justo debería incluir un análisis de estos marcos conceptuales y sus fundamentaciones, para determinar la veracidad de la información y la correlación entre la realidad y cómo nos referimos a ella.
- II. El impacto del lenguaje en el Derecho se manifiesta en la determinación del sujeto madre y en la legitimidad de un contrato por medio del cual se pretende hacer una cesión de derechos y potestades sobre la persona recién nacida antes de que exista, lo que implica que la mujer contratada lleve a término un embarazo y entregue el bebé resultante a la parte contratante. Quienes están a favor de la práctica solicitan disociar la maternidad biológica de la mujer que gesta y pare, derogando el principio jurídico *mater semper certa*

<https://www.federacion-matronas.org/2021/06/07/derechos-del-nacimiento/>

<https://www.elpartoestuestro.es/blog/2017/06/07/dia-mundial-de-los-derechos-del-nacimiento>

est, desplazando el sujeto madre o padre al deseo de serlo, y no al hecho biológico que lo hace posible. Quienes están en contra mantienen la prohibición de cosificar a la mujer por su capacidad reproductiva y convertirla en un instrumento fabricante de bebés como materia prima de un mercado de adopciones a la carta.

- III. Todo lo anterior conduce inevitablemente a estudiar el sustrato biológico del que depende la práctica. Por un lado, la madre gestante, el embarazo y parto y, por otro, el recién nacido, su desarrollo intrauterino, el impacto del parto y postparto en su salud. Ambos conviven en simbiosis durante nueve meses para luego ser separados. Tanto la biología evolutiva como la psicofisiología del embarazo, parto y postparto, así como la neurociencia perinatal, demuestran que la madre de la cría mamífera ha sido durante millones de años, y sigue siendo, la que gesta y pare, independientemente de que la carga genética sea ajena. Esto no sólo se debe a que nuestra especie está programada para establecer un vínculo prenatal y a sellarlo inmediatamente después de nacer para su supervivencia y óptimo desarrollo, sino porque durante el embarazo la mujer y el feto comparten, se intercambian y se nutren del mismo hábitat formando un ecosistema propio. A pesar de que no debería ser necesario recurrir a la ciencia para deducir que después de esta etapa simbiótica la separación del recién nacido de la madre le provoca un sufrimiento inmediato, aportando los datos de la neurociencia, además de corroborarlo, se confirma que el trauma de la separación deja secuelas a corto y largo plazo para su salud.
- IV. Sin necesidad de recurrir a la evidencia científica surgen dudas sobre la validez de los argumentos que establecen diferente trato a los bebés en función de si su nacimiento es fruto de este tipo de contrato o no, pero teniendo en cuenta la evidencia científica, podemos alegar que su integridad es vulnerada en el momento en el que se le ocasiona un daño de forma premeditada por la comisión del acto que define a esta práctica: la separación de la madre al nacer y su entrega a quienes lo han encargado. Además, se vulnera el derecho a la protección de su salud, por las consecuencias perjudiciales que tiene en su desarrollo, toda vez que el proceso implica un estrés agudo para su organismo. La materialización de estos hechos en la psique y cuerpo del bebé nos interpelan a salvaguardar su dignidad, pues son también personas, aunque acaben de nacer. La dignidad, como núcleo indisponible de la naturaleza humana, no puede tener excepciones por razón de edad ni incapacidad en un momento preciso, como es el

nacimiento, de manera que un trato desigual a estos bebés en relación con los demás vulnera también el principio y derecho a la igualdad. Un Estado democrático de Derecho fundamentado en los valores superiores de dignidad e igualdad no puede encontrar un argumento válido para legitimar que a unos recién nacidos determinados se les puede dañar, dando validez a un contrato privado, sin contradecirse.

- V. La reflexión bioética parte de una ética mínima común teniendo en cuenta nuestra triple naturaleza humana: biológica, social y cultural. La evolución de la moral y el derecho desde las sociedades primitivas hasta las complejas estratificadas actuales nos ha dejado en herencia aquellas conductas solidarias basadas en el reconocimiento del otro como igual, en el reparto justo de los recursos y la ayuda mutua para la supervivencia del grupo, pero también otras gregarias-traidoras que han supuesto la instrumentalización del otro en beneficio de unos pocos y que han ocasionado daños al individuo, a grupos y al planeta. Los Derechos Humanos representan la búsqueda de ese equilibrio entre intereses personales y colectivos, partiendo de la dignidad como eje sobre el que giran los derechos en los que se manifiesta. La ponderación de derechos no puede suponer el sometimiento de la dignidad del recién nacido a la libertad procreativa de los adultos. A la pregunta de si todo lo que se puede hacer, se debe hacer, la bioética responde en este caso que los recién nacidos también son personas y, al igual que con los adultos, debe primar el respeto a su dignidad y los principios de benevolencia, no maleficencia y justicia.

Referencias bibliográficas

Libros

- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. y GIL RODRÍGUEZ, J. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos: Problemática jurídica (Monografías Jurídicas)*. Madrid, Marcial Pons, 1996.
- BERGEN, B. K. *El cerebro y el lenguaje: de las palabras a los hechos*. Barcelona, RBA Print. RBA Divulgación. Psicología, 2013.
- BERNAL CRESPO, J. S. *Evolución biológica de la moral y el derecho*. Colección Jurídica Universidad del Norte. Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Biblia de Jerusalén*, ed. Ubieta J.A. Desclée de Brouwer, 1976.
- CANOSA USERA, R. *El derecho a la integridad personal*. Valladolid, Lex Nova, 2006.
- CAMPOY CERVERA, I. *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*. Cuadernos Bartolomé de las Casas, n. 41. Madrid, Dykinson, 2006.
- CARRIÓ, G. R. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.
- CURREA-LUGO, V. De. *La salud como derecho humano: 15 Requisitos y una mirada a las reformas*. Bilbao, Universidad de Deusto, Print. Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, 2005.
- FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, I. *La revolución del nacimiento. Partos respetados. Nacimientos más seguros*. Verticales de Bolsillo, 2008.
- FERNÁNDEZ LORENZO, P. y OLZA, I. *Psicología del embarazo*. Colección Temas en Perinatalidad. Síntesis, 2020.
- GARRIDO MAYO, M^a.J. *Etnopediatría: Infancia, biología y cultura*. OB STARE, 2017.
- HAN, BYUNG-CHUL. *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas formas de poder*. Herder, 2021.
- JOVÉ MONTANYOLA, R. *Dormir sin lágrimas. Dejarle llorar no es la solución. Todo lo que hay que saber para resolver los problemas del sueño infantil*. La Esfera de los Libros, 2006.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. y MARCOS DEL CANO, A. M. *Ética y Vida: la Bioética*. Cuadernos de Ética en Clave Cotidiana. Fundación Europea para el Estudio y la Reflexión Ética, Madrid, Perpetuo Socorro, 2018.
- JUNQUERA DE ESTÉFANI, R. y De La TORRE DÍAZ, F. J. *La reproducción médicamente asistida: Un estudio desde el Derecho y desde la moral*. Madrid, UNED, 2013.
- LAKOFF, G. *No pienses en un elefante: Lenguaje y debate político*. (trad. P. Aguiriano Aizpurua), Barcelona, Península, Print. Atalaya, 2017.

- LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Observatori de Bioètica i dret, Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- MARAFIOTI, R. *Sentidos de la comunicación: Teorías y perspectivas sobre cultura y comunicación*. Buenos Aires, Biblos. Print. Ciencias Del Lenguaje, 2010.
- MARTÍNEZ PULIDO, C. *El papel de la mujer en la evolución humana*. Colección Razón y Sociedad; 23. Madrid, Biblioteca Nueva, 2003.
- MARTÍNEZ PULIDO, C. *La senda mutilada: La evolución humana en femenino*. Colección Estudios sobre la mujer. Madrid, Biblioteca Nueva, 2012.
- MATÉ, G. *Mentes dispersas. Los orígenes y la curación del Trastorno por Déficit de Atención (TDA)* (trad. B. González Villegas). Gaia, 2023.
- MERINO MURGA, P. *Maternidad, Igualdad y Fraternidad. Las madres como sujeto político en las sociedades poslaborales*. Clave Intelectual, 2017.
- OTAEGUI AIZPURUA, I. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017.
- PEÑASCO VELASCO, R. *Dimensiones éticas y jurídico-civiles de la experimentación genética*. Delta Publicaciones, 2009.
- ROMEO CASABONA, C. M. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid, Centro De Estudios Ramón Areces, Print, 1994.
- SAU SÁNCHEZ, V. *Diccionario ideológico feminista*. La Mirada Esférica; 2. Barcelona, Icaria, 2000.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. *Las nuevas formas de reproducción humana, Estudio desde la perspectiva del Derecho Civil español*. Cuadernos Civitas, 1988.
- WINNICOTT, D. W. *Los bebés y sus madres* (trad. VVAA). Paidós, Editorial Planeta, 1990.

Capítulos de libros

- ALVARADO PLANAS, J. "Fundamentación historicista de los Derechos Humanos", en *Pasado, Presente y Futuro de los Derechos Humanos*, Gómez Sánchez, Y. (Coord.), CNDH/UNED. Madrid, México DF, 2004.
- BELLVER CAPELLA, V. "Hijos de múltiples padres: del reemplazo mitocondrial a los gametos sintéticos", en TRIVIÑO CABALLERO, R. y RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D. *Cuestiones de vida y muerte: Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y al morir*. Dilemata: Ética, Filosofía y Asuntos Públicos, Pozuelo de Alarcón, Plaza y Valdés, 2016.
- BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F. "Capacidad de decisión y consentimiento informado", en GROS ESPIELL, GÓMEZ SÁNCHEZ y UNESCO. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, Comares, 2006.

- BORRÀS, V. "Reflexiones alrededor de la experiencia de la subrogación", en VV.AA, *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, n.35, 2015.
- FARNÓS, E. "Derecho y reproducción asistida: nuevos retos treinta años después", en VV.AA, *Treinta años de técnicas de reproducción asistida*. Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas, n.35, 2015.
- FLORES MADRIGAL, G. A. "El derecho a la protección de la vida e integridad física", en CIENFUEGOS SALGADO, D. y MACÍAS VÁZQUEZ, M. C. (coords.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006, pp. 139-179.
- GANJOLI GEETANJALI. "El derecho a la protección contra la agresión sexual: la campaña contra las violaciones en la India", en *Desarrollo y Derechos Humanos*, Oxfam Intermón, 2000, pp. 142-153.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. "Los principios de autonomía, igualdad y no discriminación", en GROS ESPIELL, GÓMEZ SÁNCHEZ y UNESCO. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, Comares, 2006.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. "El derecho humano a conocer el origen biológico y el derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 13/02/2003, en el caso Odièvre C/France.", en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (Coords.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Colex, 2004.
- MARCOS DEL CANO, A. M. "Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos", en MARTÍNEZ MORÁN, N. (coord.), *Biotecnología, Derecho y dignidad humana*, Biblioteca de derecho y ciencias de la vida, 2003.
- MARTÍNEZ MORAN, N. "Derechos humanos y derechos fundamentales", en GÓMEZ ADANERO, M. (Coord), *Introducción a la teoría del derecho*. Madrid, Universitas, 2017.
- MAYOR ZARAGOZA, F. "La Bioética y los Derechos Humanos como objetivos de la UNESCO", en GROS ESPIELL, GÓMEZ SÁNCHEZ y UNESCO. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, Comares, 2006.
- PALACIOS, M. "La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO: una aportación para el futuro", en GROS ESPIELL, GÓMEZ SÁNCHEZ y UNESCO. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, Comares, 2006.
- PÁRAMO, J. R. de. "Bienestar, Derechos y Autonomía", en MUGUERZA, J., y otros. *El fundamento de los derechos humanos. Edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez*, Editorial Debate, 1989.
- SONNA, V. "Zeus Parturiento. La fantasía griega de un linaje puramente paterno", en SONNA, V. (Coord.). *Las mujeres en la Antigüedad. Partos, maternidades y nacimientos*, TeseoPress, 2020.

VILA-CORO, M. D. “Reflexiones sobre la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos”, en GROS ESPIELL, GÓMEZ SÁNCHEZ y UNESCO. *La Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO*, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, Comares, 2006.

VILLARMEA, S., OLZA, I. y RECIO, A. “El Parto es Nuestro: el impacto de una asociación de usuarias en la reforma del sistema obstétrico de España” en TRIVIÑO CABALLERO, R., y RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN, D. *Cuestiones de vida y muerte: Perspectivas éticas y jurídicas en torno al nacer y al morir*, Dilemata: Ética, Filosofía y Asuntos Públicos. Pozuelo de Alarcón, Plaza y Valdés, 2016.

Artículos

AGUIRRE ROMÁN, J. O. “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, *Opinión Jurídica*, vol. 7, n.13 (2008), pp. 139-162.

AL-ADIB MENDIRI, M. “Gestación subrogada desde una perspectiva biomédica: lo que el debate científico puede añadir a la discusión ética”, *Dilemata*, n.28 (2018), pp. 13–19.

BELLVER CAPELLA, V. “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *Scio. Revista de filosofía*, n.11 (2015), pp. 19-52.

BERGMAN, N. J. “The neuroscience of birth – and the case for Zero Separation”, *Curationis*, vol. 37, n.2 (2014), Art. #1440, 4 page. doi:[10.4102/curationis.v37i2.1440](https://doi.org/10.4102/curationis.v37i2.1440)

BERGMAN, J. y BERGMAN N. J. “Whose Choice? Advocating Birthing Practices According to Baby's Biological Needs”, *The Journal of perinatal education*, vol. 22, n.1 (2013), pp. 8-13. doi:[10.1891/1058-1243.22.1.8](https://doi.org/10.1891/1058-1243.22.1.8)

DE CESARE, F. “La gestación subrogada en los titulares de la prensa española”, *Confluenze. Rivista Di Studi Iberoamericani*, vol. 9, n.2 (2017), pp. 41–54. doi:[10.6092/issn.2036-0967/7757](https://doi.org/10.6092/issn.2036-0967/7757)

FERNÁNDEZ GARCÍA, E. y ANSUÁTEGUI ROIG, F. J. “Una aproximación a la idea de justicia en la cultura jurídica española del siglo XX”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.11 (2007/2008), pp. 181-193.

FERNÁNDEZ GUILLÉN, F. “¿Qué es la violencia obstétrica? Algunos aspectos sociales, éticos y jurídicos”, *Dilemata*, n.18 (2015), pp. 113–128.

GUNNARSSON PAYNE, J., Korolczuk, E. y Mezinska S. “Surrogacy relationships: a critical interpretative review”, *Upsala Journal of Medical Sciences*, vol. 125, n.2 (2020), pp. 183-191. doi:[10.1080/03009734.2020.1725935](https://doi.org/10.1080/03009734.2020.1725935)

IGAREDA GONZÁLEZ, N. “La inmutabilidad del principio “mater sempre certa est” y los debates actuales sobre la gestación por substitución en España”, *UNIVERSITAS. Revista De Filosofía, Derecho y Política*, 2015, pp. 3-19.

LAPORTA, F. “Sobre el concepto de derechos humanos”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.4 (1987), pp. 23-46. doi:[10.14198/DOXA1987.4.01](https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01)

- LAZCOZ MORATINOS, G. y GUTIÉRREZ-SOLANA JOURNOUD, A. “La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo No 16”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.2 (2019), pp. 673-692. doi:[10.20318/cdt.2019.5012](https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5012)
- LECANNELIER, F. “La teoría del apego: una mirada actualizada y la propuesta de nuevos caminos de exploración”, *Aperturas Psicoanalíticas*, n.58 (2018).
- MARTÍN AYALA, M. “La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución”, *DS: Derecho y salud*, Vol. 29, N°. Extra 1 (2019), pp. 169-179.
- MENDELSON, C. R., MONTALBANO A. P., y GAO, L. “Fetal-to-maternal signaling in the timing of birth”. *Journal of Steroid Biochemistry and Molecular Biology*. Vol. 170 (2017), pp. 19-27. doi:[10.1016/j.jsbmb.2016.09.006](https://doi.org/10.1016/j.jsbmb.2016.09.006).
- MERINO MURGA, P. “De la sacralidad de lo materno a la maternidad subrogada”, en VV.AA, “La mujer madre. Reflexiones y experiencias desde las maternidades feministas”, *Mulier Sapiens. Infante*, n.14 (2022), pp. 25-39.
- NEVES, M. “La fuerza simbólica de los derechos humanos”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.27 (2004), pp. 143-180. doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2004.27.06>
- NICOLÁS JIMÉNEZ, P. “El Convenio de Oviedo de Derechos Humanos y Biomedicina: la génesis parlamentaria de un ambicioso proyecto del Consejo de Europa”, *Revista de las Cortes Generales*, n.40 (1997), pp. 129-154. doi:[10.33426/rcg/1997/40/935](https://doi.org/10.33426/rcg/1997/40/935)
- OLZA, I. “Los aspectos médicos de la gestación subrogada desde una perspectiva de salud mental, holística y feminista”, *Dilemata*, n.28 (2018), pp. 1-12.
- OLZA, I. y otros. “Propuesta de un modelo ecosistémico para la atención integral a la salud mental perinatal”. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, vol. 41, n.139 (2021), pp. 23-35.
- PULEO GARCÍA, A. “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N extra 29 (2017).
- RECIO ALCAIDE, A. “La atención al parto en España: Cifras para reflexionar sobre un problema”, *Dilemata*, n.18 (2015), pp. 13–26.
- RODRÍGUEZ-JAUME, M. J., GONZÁLEZ-RÍO, M. J. y CABALLERO PÉREZ, P. “La opinión pública española sobre la gestación por sustitución”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.182 (2023), pp. 119-138. doi:[10.5477/cis/reis.182.119](https://doi.org/10.5477/cis/reis.182.119)
- RODRÍGUEZ-YONG, C. A. y MARTÍNEZ-MUÑOZ, K X. “El contrato de maternidad subrogada: La experiencia estadounidense”, *Revista de derecho (Valdivia)*, vol. 25, n.2 (2012), pp. 59-81. doi:[10.4067/S0718-09502012000200003](https://doi.org/10.4067/S0718-09502012000200003)
- ROMEO CASABONA, C. M. “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿Aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Dilemata*, n.28 (2018), pp. 109-121.

ROQUE, M. A. “El viento y la covada. Mitos y ritos de las Baleares”, *Disparidades. Revista de Antropología*, vol. 53, n.1 (1998), pp. 55-80. doi:[10.3989/rdtp.1998.v53.i1.374](https://doi.org/10.3989/rdtp.1998.v53.i1.374)

RUBIO LLORENTE, F. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Introducción”, *Revista española de derecho constitucional*, n.31 (1991), pp. 9-36.

SALA, V.V.V. “«La Enfermedad Normal»: Aspectos Históricos y Políticos de la Medicalización del Parto”, *Sexualidad, Salud y Sociedad*, n.34 (2020), pp. 90-107. doi:[10.1590/1984-6487.sess.2020.34.06.a](https://doi.org/10.1590/1984-6487.sess.2020.34.06.a)

SAU SÁNCHEZ, V. “La maternidad: una impostura”, *DUODA: estudis de la diferència sexual*, n.6 (1994), pp. 97-116.

TIEU, M. “Oh Baby Baby: The Problem of Surrogacy”, *Bioethic Research Notes*, n.19 (2007).

VARONA, D. “Medios de comunicación y punitivismo”. *InDret*, n.1 (2011).

VERGARA, O. “Más allá de la retórica: algunas claves sobre la contribución del enfoque narrativo a la bioética”, *Dilemata*, n.26 (2017), pp. 257-264.

Tesis doctorales

PRIETO MIGUÉLEZ, F. *Psicobiología del estrés prenatal: implicaciones en el eje hipotálamo-hipofisario-adrenal de los bebés*, Tesis Doctoral, Facultad de Psicología, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

IGLESIAS SALANOVA, I. *La mercantilización del cuerpo de la mujer. Los vientres de alquiler y el discurso de los mass media españoles*, Tesis Doctoral, Universidad de Vigo, 2022.

Legislación, protocolos e informes de instituciones públicas

Constitución Española, BOE núm.311, de 29 de diciembre de 1978.

BLANCHFIELD, L. “The United Nations Convention on the Rights of the Child”, Congressional Research Service. CRS Report, 2015, pp. 9-10. Consultado el 10 de agosto de 2023. <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R40484/25>

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DOUE núm. 303, de 14 de diciembre de 2007.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, de 19 de octubre de 2005.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (iii), de 10 de diciembre de 1948.

Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer. “¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final”, Vitoria-Gasteiz, 2018.

“Estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud. Informe sobre la Atención al Parto y Nacimiento en el Sistema Nacional de Salud.” Diciembre de 2012. Observatorio de

Salud de las Mujeres. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Consultado el 15 de agosto de 2023.

https://www.sanidad.gob.es/en/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/InformeFinalEAPN_revision8_marzo2015.pdf

“Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños”, Consejo de Derechos Humanos, Asamblea General de Naciones Unidas, 37o período de sesiones 26 de febrero a 23 de marzo de 2018.

Informe sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto. Informe anual 2022. Parlamento Europeo.

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE núm. 243, de 7 de octubre de 2010.

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, BOE núm. 158, de 3 de julio de 2001.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por sustitución. Grupo Parlamentario Ciudadanos, 122/000015, XIII Legislatura, 16 de julio de 2019.

Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(INI)).

Tribunal Constitucional (TC). Sentencia núm. 53/1985, de 11 de abril de 1985.

Tribunal Constitucional (TC). Sentencia núm. 120/1990, de 27 de junio de 1990.

Tribunal Constitucional (TC). Sentencia núm. 207/1996, de 16 de octubre de 1996.

Tribunal Constitucional (TC). Sentencia núm. 119/2001, de 24 de mayo de 2001.

Tribunal Supremo (TS). Sentencia núm. 1153/2022, de 31 de marzo de 2022.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia. Sentencia 25358/12, de 24 de enero de 2017.

Otros: Prensa digital, páginas web y conferencias

ÁLVAREZ, P. “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania”, *El País*, 18 de diciembre de 2017. Consultado el 10 de agosto de 2023.

https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html

ÁLVAREZ, A. *Registro Civil, filiación y paradojas en casos de alquiler de vientres*. Conferencia, Jornadas Feministas “Explotación Reproductiva y Mercado de Bebés”, Mérida, 16 de junio de 2018. Consultado el 10 de agosto de 2023.

<https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2018/08/22/angeles-alvarez-registro-civil-filiacion-y-paradojas-en-casos-de-alquiler-de-vientres/>

ARTETA, I. “Facebook, de la censura de las fotos de lactancia a la promesa de promoverlas”, *El País*, 1 de julio de 2017. Consultado el 5 de julio de 2023.

https://elpais.com/elpais/2017/06/30/mamas_papas/1498837820_440766.html

Asociación el Parto es Nuestro.

<https://www.elpartoesnuestro.es/blog/2017/06/07/dia-mundial-de-los-derechos-del-nacimiento>

Asociación Petra Maternidades Feministas.

<https://plataformapetra.com/manifiesto/>

Asociación Vía Láctea.

<https://vialactea.org/web/que-es-via-lactea>

CAÑERO RUIZ, J. “Hablemos de bebés, de sus necesidades y derechos”, *Pikara Magazine*, 10 de febrero de 2021.

<https://www.pikaramagazine.com/2021/02/hablemos-de-bebes/>

Comité Editorial IVI. “Epigenética: Un nuevo hallazgo que demuestra la comunicación entre la futura madre y su embrión”, IVI Blog, 22 de septiembre de 2022. Consultado el 25 de agosto de 2023.

<https://ivi.es/blog/epigenetica-un-nuevo-hallazgo-que-demuestra-la-comunicacion-entre-la-futura-madre-y-su-embrión/>

Crianza en Flor, “La exterogestación, la necesidad de ser llevado en brazos”, 17 de enero de 2018. Consultado el 27 de septiembre de 2023.

<https://crianzaenflor.cl/la-exterogestacion-la-necesidad-de-ser-llevado-en-brazos/>

DOMÍNGUEZ, T. “Las criadas del sistema capitalista”, *Tribuna Feminista*, 29 de junio de 2019. Consultado el 1 de septiembre de 2023.

<https://tribunafeminista.org/2019/06/las-criadas-del-sistema-capitalista/>

ELIDRISSI, F. “Una pareja de millonarios pagó 160.000 euros para tener 20 bebés en un año utilizando vientres de alquiler”, *El Mundo*, 9 de junio de 2021.

<https://www.elmundo.es/loc/celebrities/2021/06/09/60bf713afdddf52f8b468f.html>

Federación de Asociaciones de Matronas de España.

<https://www.federacion-matronas.org/2021/06/07/derechos-del-nacimiento/>

Fundación ANAR, “Fundación ANAR recuerda que el castigo físico está prohibido en España y ofrece alternativas educativas”, Anar.org. Consultado el 30 de agosto de 2023.

<https://www.anar.org/fundacion-anar-recuerda-que-el-castigo-fisico-esta-prohibido-en-espana-y-ofrece-alternativas-educativas/>

GMI. Global Market Insights. “Surrogacy Market is anticipated to surpass USD 129 billion by 2032, according to a new research report by Global Market Insights Inc.”, 22 de noviembre de 2022. Consultado el 1 de junio de 2023.

<https://www.gminsights.com/pressrelease/surrogacy-market>

In re Baby M, 109 N.J. 396, 537 A.2d 1227, 77 A.L.R.4th 1 (N.J. Feb. 3, 1988) (Caso Baby M.)

<https://www.casebriefs.com/blog/law/family-law/family-law-keyed-to-weisberg/adoption-and-alternatives-to-adoption/in-re-baby-m/>

Instituto Europeo de Salud Mental Perinatal. “El nacimiento de los mamíferos humanos. Michel Odent.” 30 de abril de 2017. Consultado el 20 de agosto de 2023.

<https://saludmentalperinatal.es/2017/04/30/el-nacimiento-de-los-mamiferos-humanos-michel-odent/>

MERINO MURGA, P. “Maternidad subrogada: vosotras parís, nosotros decidimos”, *Pikara Magazine*, 04 de julio de 2017. Consultado el 15 de agosto de 2023.

<https://www.pikaramagazine.com/2017/07/maternidad-subrogada-vosotras-paris-nosotros-decidimos/>

MOLINA GALLARDO, V. “Rebajas de Black Friday, bebé garantizado y otras estrategias publicitarias del mercado de vientres de alquiler.” *El Periódico de España Noticias*, 2 de junio de 2022. Consultado el 1 de junio de 2023.

<https://www.epe.es/es/igualdad/20220602/vientres-de-alquiler-gestacion-por-sustitucion-gestacion-subrogada-publicidad-violencia-reproductiva-13757499>

Noticias ONU, “Por qué la OMS recomienda reducir las intervenciones médicas en los partos”, 15 de febrero de 2018. Consultado el 12 de junio de 2023.

<https://news.un.org/es/story/2018/02/1427121>

Plataforma pro Derechos del Nacimiento.

<http://pdn.pangea.org/historia.html>

TREJO PULIDO, A. “Explotación reproductiva: un negocio de 27.500 millones de dólares en 2025.”, *Tribuna Feminista*, 23 de octubre de 2020. Consultado el 1 de junio de 2023.

<https://tribunafeminista.org/2020/10/explotacion-reproductiva-un-negocio-de-27-500-millones-de-dolares-en-2025/>

TREJO PULIDO, A. “Entrevista a Miriam Al Adib: Si profundizamos un poco en cómo la naturaleza va sincronizando a la madre y al bebé durante el embarazo preparándolos para el vínculo,

entenderemos por qué la mujer que gesta realmente es la madre del bebé”, Stop Vientres de Alquiler, 9 de marzo de 2018. Consultado el 3 de julio de 2023.

<https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2018/03/09/entrevista-a-miriam-al-adib-si-profundizamos-un-poco-en-como-la-naturaleza-va-sincronizando-a-la-madre-y-al-bebe-durante-el-embarazo-preparandolos-para-el-vinculo-entenderemos-por-que-la-mu/>

TREJO PULIDO, A. “Los contratos de subrogación son contratos de esclavitud”, Stop Vientres de Alquiler, 7 de mayo de 2021. Consultado el 8 de agosto de 2023.

<https://stopvientresdealquiler.wordpress.com/2021/05/07/los-contratos-de-subrogacion-son-contratos-de-esclavitud/>

“Soy el producto de la subrogación” (“I am the product of surrogacy”), actualmente “La otra cara de la subrogación” (The other side of surrogacy). Consultado el 10 de agosto.

<http://theothersideofsurrogacy.blogspot.com/>

The Attachment Project. (Consultado el 20 de agosto de 2023).

<https://www.attachmentproject.com/attachment-theory/>

TOBORE OVUORIE, “The ugly truth of Nigeria's child trafficking”, *DW Made for Minds*, 29 de julio de 2022.

<https://www.dw.com/en/the-ugly-truth-about-nigerias-child-trafficking/a-62622680>

YUBERO, B. “Muerte cerebral y embarazos en la mayor locura de un ente médico en años.” Redacción médica, 1 de febrero de 2023. Consultado el 10 de junio de 2023.

<https://www.redaccionmedica.com/virico/noticias/muerte-cerebral-y-embarazos-en-la-mayor-locura-de-un-ente-medico-en-anos-2164>

Vídeo

PROSE, E., Mary Whitehead: “Baby M” Surrogate Mother who fought for custody”.

<https://www.youtube.com/watch?v=pxNztIZxqzM>

The Center for Bioethics and Culture Network “Eggsplotation”, 2009. Consultado el 1 de agosto de 2023.

<https://www.youtube.com/watch?v=jAMrwAGR3GA>

Unreported World. “Selling surrogates: wombs for hire in Georgia”, 2021. Consultado el 20 de agosto de 2023.

<https://www.youtube.com/watch?v=HvCUvUvbXio>