

## GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: LÍNEAS DIFUSAS ENTRE GRATUIDAD Y ONEROSIDAD

IGNACIO VARELA CASTRO

Investigador predoctoral de Derecho civil

Universidad de Santiago de Compostela

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA (FALSA) DUALIDAD ENTRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE CARÁCTER COMERCIAL Y ALTRUISTA. 2.1. Referencia a distintas regulaciones. 2.2. Mención al estado actual de la controversia. 2.3. Argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución de carácter comercial. 2.4. Argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución de carácter altruista *stricto sensu*. 2.5. Las vías medias: gestación por sustitución altruista *lato sensu*. 3. LA DEBILIDAD DE LOS ARGUMENTOS COMÚNMENTE MANEJADOS.

### 1. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución ha sido presentada como uno de los medios para ejercitar el novedoso derecho a procrear. Si bien la existencia de este derecho no es cuestión pacífica<sup>1</sup>, el sector doctrinal que así lo defiende afirma que se puede entender integrado, a falta de un reconocimiento expreso, en el valor de la libertad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, así como protegido por el derecho a la intimidad personal y familiar, los cuales no pueden ser restringidos arbitrariamente o sin justificación suficiente<sup>2</sup>.

En cualquier caso, es evidente que la gestación subrogada plantea cuestiones cuyas dimensiones desbordan el ámbito jurídico para ser objeto de análisis desde una perspectiva sociológica, ética, cultural, ideológica, médica, filosófica o religiosa.

Desde la óptica de aquella primera disciplina, la problemática se multiplica dado que esta práctica afecta a diversos aspectos. *Grosso modo*, cabe citar el interés superior del menor; la filiación; el consentimiento, especialmente el de la mujer gestante antes y después del

---

<sup>1</sup> Vid. sobre la controversia, GARCÍA RUBIO, M. P., “Los derechos de la personalidad” en GETE-ALONSO Y CALERA, M.C./ SOLÉ RESINA, J. (dirs), *Tratado de Derecho de la persona física*, t. I, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pp. 598, 609 y ss.

<sup>2</sup> Así lo apunta TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013, p. 26, disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4468986>>, consultado el 09/08/2018.

comienzo de la gestación y del parto así como la posibilidad de revocarlo; los acuerdos económicos de las partes; los requisitos y características de los implicados, como su nacionalidad, estado civil o cuestiones médicas; la tutela y garantías *ex ante*, durante y *ex post* del proceso de gestación; la participación de terceros intermediarios; la intervención de las autoridades públicas; el carácter alternativo o subsidiario de esta práctica respecto a otros medios de reproducción; etc.

En efecto, son muchos los puntos que hay que tener en cuenta a la hora de plantearse la regulación de esta práctica. Pero en todo caso, y a modo de premisa que se presenta de forma insoslayable en toda reflexión que se refiera a la gestación por sustitución, el eje sobre el que tal sistema debe pivotar han de conformarlo los derechos fundamentales del niño y de la mujer gestante, su dignidad y el libre desarrollo de su personalidad; derechos que, en mayor o menor medida, se ven afectados por algunos de los aspectos a los que hemos aludido en el párrafo anterior. En este sentido, el TEDH ha señalado que los Estados parte del Consejo de Europa cuentan con un amplio margen de discreción para la regular y reconocer la gestación subrogada, si bien tal espacio se reduce necesariamente cuando están en juego aspectos esenciales de la identidad de las personas<sup>3</sup>. Con base en tal razonamiento, parte de la doctrina sostiene que poner el acento en la identidad personal de los afectados es limpio y difícilmente contaminable por otras consideraciones valorativas que pudieran rodear el proceso de la gestación por sustitución<sup>4</sup>.

Lo cierto es que el orden de enumeración de los principalmente afectados, primero el niño y después la gestante, no es aleatorio. El consentimiento de ésta, dejando de lado las restricciones legales que puedan existir, puede ser válidamente prestado, no concurrir o estar viciado; sin embargo, en el momento en que se plantean y desarrollan los acuerdos para la realización de la gestación subrogada en el caso concreto, el niño todavía no existe ni tampoco cabe referirse a él como *nasciturus*, sino que tan sólo es un futuro.

La situación de este (futuro) bebé no se diferencia en abstracto del supuesto en que es engendrado por decisión de una madre sola o en pareja, lo cual no asegura *per se* su debida protección y desarrollo. No obstante, todas las cuestiones que circundan la gestación subrogada y que someramente hemos mencionado sitúan al niño en una situación de particular vulnerabilidad.

Así las cosas, esta breve aproximación pretende analizar un concreto aspecto de la gestación por sustitución en que sus detractores y partidarios reparan frecuentemente: el régimen económico de la gestación subrogada; esto es, si debe ser una práctica gratuita o remunerada. A tal fin, las siguientes líneas, ajenas a un intento de dar una respuesta categórica a favor de una de las posturas encontradas, buscan invitar a la reflexión sobre esta polémica

---

<sup>3</sup> Sentencias del TEDH de 26 de junio de 2014, asuntos 65192/11, *Menesson c. Francia*, y 65941/11, *Labasse c. Francia*

<sup>4</sup> ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución o la crisis de la autonomía del legislador del DIPr (y quizá también del legislador de Derecho civil)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 92, t. 1, 2016, pp. 238 y 260. También, en este sentido, GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad Subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, vol. 52, 2018, pp. 85 y ss. y TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”, *op. cit.*, p. 33.

cuestión pues, a menudo, es una de los asuntos determinantes que barajan los estados para legalizar o no la gestación por sustitución<sup>5</sup>.

## **2. LA (FALSA) DUALIDAD ENTRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN DE CARÁCTER COMERCIAL Y ALTRUISTA**

### **2.1. Referencia a distintas regulaciones**

A la hora de clasificar las diferentes regulaciones de la gestación por sustitución, es comúnmente aceptada la salomónica división entre los estados que sólo permiten la gestación subrogada altruista o no comercial y los que admiten todo tipo de acuerdos económicos.

Con relación a estos últimos, cabe citar Ucrania, Rusia, Sinaloa (México) y la India. La legislación ucraniana no se pronuncia sobre el régimen económico de la gestación por sustitución, por lo que la modalidad comercial es perfectamente legal. Del mismo modo, el ordenamiento ruso nada prevé en cuanto a la gratuidad o remuneración del acuerdo. De ahí que se admitan ambas modalidades, siendo habitual la compensación de los gastos médicos y la pérdida de ingresos a las gestantes, quienes además suelen pedir un pago mensual. Por su parte, el Estado de Sinaloa regula expresamente la gestación por sustitución tanto altruista como comercial. Según su legislación, esta última modalidad se realiza, como si se tratase de un servicio, acordando el pago de una cantidad cierta y determinada además de los gastos de la gestación. Finalmente, en la India, a pesar de no existir una ley que regule la materia, la gestación por sustitución de naturaleza comercial se realiza en la práctica y se considera legal dado que las Guías nacionales sobre las clínicas de técnicas de reproducción asistida prevén expresamente el pago de una retribución, además de los pagos que cubran las expensas relacionadas al embarazo y el posparto, que debe determinarse de común acuerdo entre ambas partes. Dichas guías fueron promulgadas en el año 2005 por el Ministerio de Salud y Bienestar, el Consejo Indio de Investigación Médica y la Academia Nacional de Ciencias Médicas<sup>6</sup>. No obstante, téngase en cuenta que en la India se está tramitando un proyecto de ley con el propósito de prohibir la gestación subrogada comercial, entre otras limitaciones<sup>7</sup>.

Retomando la cuestión, lo cierto es que esta dicotomía (comercialización frente a altruismo) da lugar a cierto engaño, pues entre los regímenes altruistas se incluyen tanto las legislaciones en los que a la gestante sólo se le reembolsan los efectivos gastos en los que se ha incurrido, como las regulaciones que prevén la percepción de cierta compensación.

Incluso las diferencias son mayores y deben ser puestas en evidencia, ya que se puede distinguir entre los estados que sólo permiten el reembolso *stricto sensu*, como Portugal; aquéllos que aluden, con mayor o menor precisión, a una eventual compensación de los gastos

---

<sup>5</sup> Así lo consideran TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., “Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?”, Centre for Private International Law Working Paper No 2016/4, University of Aberdeen, p. 15, disponible en <[http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL\\_2016-4.pdf](http://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_2016-4.pdf)>, consultado el 07/08/2017.

<sup>6</sup> Para más información sobre la regulación de estos países, *vid.* LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Universitat de Barcelona Publicacions i Edicions, Barcelona, 2013, pp. 170 y ss.

<sup>7</sup> *Surrogacy (Regulation) Bill, 2016*, disponible en <[http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20\(Regulation\)%20Bill,%202016.pdf](http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf)>, consultado el 26/08/2018.

razonables o a una indemnización, como Reino Unido, Australia, Canadá, Grecia o Sudáfrica y, finalmente, los que prevén una amplia compensación, como Israel.

La legislación portuguesa, de reciente promulgación<sup>8</sup>, regula la celebración de negocios jurídicos de gestación por sustitución con un marcado carácter gratuito, pues se prohíbe cualquier tipo de pago o donación de cualquier bien o cuantía a la gestante. No obstante, sí se permite el pago del valor correspondiente a los gastos médicos, incluidos los transportes, los cuales deben ser debidamente documentados. Además, se especifica que no se permite esta práctica cuando exista una relación de subordinación económica, particularmente laboral o de prestación de servicios, entre los implicados. Al respecto, debemos señalar que una importante parte del articulado de la ley ha sido anulado mediante el *Acórdão n.º 225/2018 de 24 de abril do Tribunal Constitucional Portugues*. La sentencia razona que el modelo de gestación por sustitución portugués no es, en línea de principio, incompatible con la Constitución lusa; al contrario, sostiene que tiene una relevancia constitucional positiva. Sin embargo, declara inconstitucionales determinadas previsiones debido, entre otras consideraciones, a la imposibilidad de que la madre pueda revocar el consentimiento antes de la entrega voluntaria del bebé (derecho que la ley excluye a partir del inicio del proceso de reproducción asistida); la inseguridad jurídica derivada del régimen de nulidad que, configurado sin limitaciones temporales, es aplicable a cualquier presupuesto de negocio, no a cuestiones de importancia cualificada o fundamentales, y no establece de forma cuidadosa las eventuales consecuencias que puedan derivarse del negocio nulo en materia de filiación del niño; y, finalmente, la escasa regulación de los límites a observar por las partes en el diseño del contrato, así como la indeterminación de los criterios de autorización previa de dicho contrato y de supervisión de su contenido por el organismo público competente.

Respecto del segundo grupo de regímenes que admiten compensar a la gestante, Reino Unido prohíbe la gestación por sustitución comercial y autoriza únicamente el pago de los *reasonable expenses* sin mayor concreción, si bien los tribunales pueden autorizar retroactivamente otros pagos distintos de aquéllos. No obstante, la práctica judicial de este país muestra que la indeterminación de estos conceptos ha facilitado la admisión de supuestos de gestación por sustitución comercial. De forma semejante, las diversas regulaciones de los estados de Australia prohíben la gestación por sustitución comercial y permiten el pago de los gastos razonables. De conformidad con la legislación de Canadá, no se permite ningún pago a la mujer gestante, si bien se autoriza que otra regulación prevea el reembolso de los gastos relativos al embarazo en que haya incurrido la gestante. Del mismo modo, se prohíbe indemnizar por la pérdida de salario durante el embarazo salvo que un médico especialista certifique que la continuación del trabajo puede suponer un riesgo para la salud de la gestante, la del embrión o el feto, o que otra regulación así lo disponga. Por su parte, Grecia tampoco permite que la gestante reciba compensación económica alguna, aunque de tal concepto se exceptúa el pago de cualquier gasto relacionado con el proceso de inseminación, embarazo, parto y posparto, así como la indemnización de los salarios perdidos como consecuencia de que la gestante haya dejado el trabajo o haya pedido una excedencia durante y debido los periodos de inseminación, embarazo, parto y posparto. En Sudáfrica se prohíbe el pago de

---

<sup>8</sup> *Lei n.º 25/2016, de 22 de agosto, de acesso à gestação de substituição, procedendo à terceira alteração à Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (procriação medicamente assistida)*, que entró en vigor en agosto de 2017.

cualquier compensación, dinero o recompensa exceptuándose los gastos directamente relacionados con la fecundación artificial, el embarazo y el nacimiento, la pérdida de ingresos o la contratación de un seguro. También se permite compensar los gastos por la confirmación del acuerdo de gestación por el Tribunal Supremo y los profesionales médicos o juristas que intervengan de buena fe tienen derecho a una compensación razonable por sus servicios<sup>9</sup>.

Finalmente, Israel ejemplifica el modelo de regulación exhaustiva de la eventual indemnización. Su legislación prevé que el Comité encargado de aprobar los acuerdos de la gestación por sustitución autorice pagos mensuales a la gestante por los siguientes conceptos: el dolor y sufrimiento padecidos, el tiempo empleado en el procedimiento, la pérdida de ingresos, la imposibilidad temporal de trabajar, la asesoría legal y seguro; así como cualquier otro gasto relevante y compensación razonable. De este modo, aunque la legislación no requiere que la gestante sea necesariamente compensada ni establece las cuantías mínimas y máximas, las guías del Comité establecen amplios requisitos económicos que los padres de intención deben cumplir. Ello incluye, aparte de los conceptos anteriormente indicados, el reembolso por cualquier tributación que recaiga sobre el dinero que la gestante reciba en el proceso de gestación, el pago de viajes y traslados, ropa, ayuda doméstica, cuidado de niños, gastos por hospitalización y el asesoramiento o tratamiento médico y psicológico. El Comité exige que todas estas sumas dinerarias se depositen en una cuenta bancaria gestionada por un *trustee* para autorizar los pagos mensuales y cualquier remanente se devuelve a los padres de intención después de pasados seis meses desde el nacimiento del menor. Todas estas previsiones suponen, en la práctica, la realización de importantes pagos a la gestante<sup>10</sup>.

## 2.2. Mención al estado actual de la controversia

A la vista del anterior repaso sobre algunas de las diversas regulaciones existentes, observamos una extensa zona gris entre lo que se debe de entender por altruismo o retribución.

De ahí que rechazemos, partiendo de un escenario en el que se proponga regular la práctica de la gestación por sustitución, el tradicional planteamiento de escoger entre el modelo comercial y el altruista. Más bien, tendríamos que preguntarnos si es admisible cualquier tipo de entrega dineraria o de otros bienes a la mujer gestante que exceda del estricto reembolso de los gastos, independientemente de la denominación que se le pueda dar (compensación o remuneración), en cuanto ello denota rasgos de comercialización aunque no necesariamente de explotación, o si por el contrario sólo es tolerable el estricto reembolso de los gastos en los que efectivamente se haya incurrido.

A continuación, nos referiremos a los términos en los que generalmente se plantea la controversia, lo cual consideramos que muestra una clara polarización y exacerbación de las

---

<sup>9</sup> Para más información sobre la regulación de estos países, *vid.* LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, *op. cit.*, pp. 131 y ss.

<sup>10</sup> Para mayores precisiones sobre la legislación israelí sobre gestación por sustitución, *vid.* SHAKARGY, S., "National Reports on surrogacy: Israel" en TRIMMINGS, K./ BEAUMONT, P. (dirs.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2013, pp. 231 y ss.

distintas posiciones e ideas defendidas. Nos limitaremos a exponer los razonamientos esgrimidos por cada facción y tomamos la debida distancia respecto de los mismos sin asumirlos como propios. Se observará que se trata de una heterogénea amalgama de argumentos, muchos de los cuales no tienen que ver entre sí o que ni siquiera se encuentran en un mismo nivel de razonamiento.

### **2.3. Argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución de carácter comercial**

Comenzamos la presente exposición aludiendo a la modalidad de gestación subrogada onerosa; práctica concebida por sus detractores como una transacción en la que las partes buscan un beneficio propio<sup>11</sup>. A ella se opone, como principal objeción, la mercantilización de los menores y del cuerpo de la mujer<sup>12</sup>.

Sus críticos afirman que el marcado componente económico de esta modalidad posibilita que los progenitores de intención quieran decidir sobre aspectos que afectan directamente a las condiciones del desarrollo del niño y sus cualidades futuras: elegir la modalidad del parto y las características de uno o ambos gametos y de la gestante, definir sus hábitos de vida durante el embarazo, solicitar un diagnóstico genético pre-implantatorio que identifique determinadas patologías (y, en ese caso, descartar al embrión) o cualidades deseadas en el futuro niño, como el sexo<sup>13</sup>, etc.

Frente al argumento de la cosificación del niño, la gestante y el proceso reproductivo, sus partidarios, o al menos quienes no censuran esta modalidad, sostienen que la mujer es dueña de su cuerpo y que puede disponer de su capacidad reproductiva con autonomía y libertad<sup>14</sup>, incluso a cambio de una retribución<sup>15</sup>.

En este sentido, uno de los votos particulares del reciente *Acórdão n.º 225/2018 de 24 de abril do Tribunal Constitucional Portugues*<sup>16</sup> rechaza que la gratuidad sea una garantía de libertad o de dignidad de la gestante. Al contrario, señala que la imposición del altruismo

---

<sup>11</sup> TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., “General report on surrogacy” en TRIMMINGS, K./ BEAUMONT, P. (dirs.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Hart Publishing, Oxford y Portland, 2013, p. 528.

<sup>12</sup> Así, la STS de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014\833), FJ 6, señala que la mercantilización de la gestación vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño en cuanto supone su cosificación.

<sup>13</sup> COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, mayo 2017, disponible en <<http://www.comitedebioetica.es/>>, consultado el 07/08/2017, pp. 33 - 34 y TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., “General report on surrogacy”, *op. cit.*, p. 530. SHALEV, C., MORENO, A., EYAL, H., ET AL. “Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action”, *Israel Journal of Health Policy Research*, vol. 5:59, 2016, pp. 1 y 2, disponible en <<https://doi.org/10.1186/s13584-016-0117-0>>, consultado el 25/08/2017, aluden al crecimiento de estas prácticas en un mercado reproductivo internacional.

<sup>14</sup> SHAPIRO, J., “For a feminist considering surrogacy, is compensation really the key question?”, *Washington Law Review*, vol. 83, 2014, p. 1352, disponible en <<https://digital.law.washington.edu/>>, consultado el 21/08/2017.

<sup>15</sup> Así lo opina SHALEV, C., *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milán, 1992, pp. 127 y 161.

<sup>16</sup> Concretamente, el voto particular del magistrado Gonçalo de Almeida Ribeiro, el cual considera inconstitucional la prohibición de los negocios onerosos de gestación por sustitución establecida por la ley portuguesa.

restringe ilegítimamente los derechos fundamentales que la mujer ejercería mediante la celebración y ejecución de un negocio oneroso de gestación subrogada. Asimismo, apunta que es insólita la idea de que la gratuidad garantice una actuación verdaderamente libre por parte de la gestante y que la mujer se encuentre sujeta a menor presión que en el caso de estar motivada por intereses pecuniarios.

Así, según esta posición, no se produce necesariamente la mercantilización de la gestación ni la vulneración de la dignidad de la gestante y del niño cuando aquélla consiente con libertad y conocimiento de las consecuencias<sup>17</sup>.

También se afirma que, en los supuestos de gestación por sustitución comercial, la primera motivación de la mujer no es el dinero, sino ayudar a parejas sin hijos realizando una contribución única<sup>18</sup>. No obstante, los contrarios a este modelo contestan que si se parte del presupuesto de que la gestante está motivada principalmente por el altruismo más que por su propio interés, el riesgo de explotación permanece pues vería reducido su poder para negociar un contrato justo para ella<sup>19</sup>.

#### **2.4. Argumentos a favor y en contra de la gestación por sustitución de carácter altruista *stricto sensu***

Como reacción esperable frente al modelo comercial, algunos partidarios de la legalización de la gestación subrogada apuestan por el modelo completamente gratuito en el que sólo cabe el reembolso de los gastos en que efectivamente se incurra y se prohíbe cualquier otro acuerdo económico para evitar, según dicen, la explotación del niño y de la gestante.

Sin embargo, a pesar de que esta modalidad se considere como una acción desinteresada, filántropa y valiosa, en cuanto permite dar un hijo a quien no lo tiene (o al menos a quien no puede gestarlo), sus detractores apuntan que difícilmente pueda encontrarse un número suficiente de gestantes desinteresadas que satisfagan una demanda que cada vez sería más creciente<sup>20</sup>.

Otros apuntan, además, que la gratuidad de esta práctica devalúa la aportación de la mujer gestante en cuanto equivaldría a considerarla como la única voluntaria frente a otros intervinientes, como médicos, asesores o abogados, cuya actividad sí sería remunerada<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> En este sentido, el voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014. También es la opinión de LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 273 y ss.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 239, 280 y 281.

<sup>19</sup> VAN ZYL, L., WALKER, R., “Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model” *Bioethics*, vol. 27 núm. 7, 2013, p. 379, disponible en <<http://onlinelibrary.wiley.com>>, consultado el 20/08/2017, y el aludido voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués.

<sup>20</sup> BELLVER CAPELLA, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, vol. 28 2ª, 2017, p. 241, disponible en <<http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/229.pdf>>, consultado el 21/08/2017 y el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, op. cit. pp. 19, 24 y 80.

<sup>21</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad Subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, op. cit., p. 86, SHAPIRO, J., “For a feminist considering surrogacy, is compensation really the key question?”, op. cit., p. 1369 y JACKSON, E., MILLBANK, J., ET AL., “Learning from cross-border reproduction” *Medical Law Review*, vol. 25 núm. 1, 2017, pp. 30 y 31, disponible en

Por otro lado, se ha puesto en evidencia la dificultad de garantizar que la gestante no perciba ningún obsequio o retribución, más o menos generosa, que los progenitores de intención le quieran dar en demostración de su gratitud. Tal cuestión no pasó desapercibida en el *Acórdão n.º 225/2018 de 24 de abril do Tribunal Constitucional Portugues*. Dice la sentencia que la previsión de un régimen de nulidad sin limitaciones temporales del contrato de gestación que incumpla los presupuestos de la ley, entre ellos la gratuidad, combinada con la inexistencia de procedimiento específicos para comprobar si antes, durante o después de la gestación la mujer percibe alguna retribución, dota a la filiación determinada mediante esta práctica de inseguridad jurídica. Así, se pregunta el Tribunal cuáles son las consecuencias de descubrir pasados unos años que la mujer gestante percibió una dádiva: si se debe regresar a la situación inicial, como si no hubiese mediado la gestación subrogada y prescindiendo de los lazos de convivencia establecidos entre el menor y los padres de intención, o si es indiferente el tiempo transcurrido desde la entrega del bebé, el momento del pago y la cuantía del mismo.

Del mismo modo, ante la opinión de que la mujer dispuesta a gestar gratuitamente lo hará en favor de amigos o familiares y no de desconocidos, otros muestran su preocupación ante el riesgo de que la mujer actúe inducida por la presión familiar o social<sup>22</sup>.

Finalmente, se afirma que la modalidad altruista de gestación por sustitución suele preverse en regímenes restrictivos que reservan esta práctica para determinados perfiles de personas y una casuística concreta. De ahí que los progenitores de intención de estos países prefieran acudir a ordenamientos con regulaciones más laxas, las cuales normalmente permiten la gestación subrogada comercial<sup>23</sup>.

## **2.5. Las vías medias: gestación por sustitución altruista *lato sensu***

Ante ambos modelos se alza aquella posición que, considerando que se debe evitar la profesionalización de esta práctica y que la mujer se enriquezca con ella<sup>24</sup>, defiende que la gestante reciba una compensación en atención a su esfuerzo, dedicación, dolor e

---

<<https://doi.org/10.1093/medlaw/fww045>>, consultado el 25/08/2017. También FARNÓS AMORÓS, E., “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en CARRIO, A. (coord.), \*\*\*, Marcial Pons, Barcelona (pendiente de publicación). La autora, barajando distintas posibilidades, realiza una propuesta sobre lo que cabría considerar compensación razonable.

<sup>22</sup> En este sentido, SHALEV, C., MORENO, A., EYAL, H., ET AL. “Ethics and regulation of inter-country medically assisted reproduction: a call for action”, *op. cit.*, p. 8 y el aludido voto particular de la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués.

<sup>23</sup> TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., “General report on surrogacy”, *op. cit.*, pp. 454 y 455 y JACKSON, E., MILLBANK, J., ET AL., “Learning from cross-border reproduction”, *op. cit.*, p. 28.

<sup>24</sup> VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución se permite en Portugal”, *Diario La Ley*, núm. 8868, Sección Doctrina, 2016, p. 6 disponible en <<http://laleydigital.laley.es>>, consultado el 22/08/2017, afirma que es necesario prever una indemnización adecuada a la gestante sin convertir esta práctica en una profesión o en un medio de las mujeres para obtener ingresos permanentemente. En cambio, VAN ZYL, L., WALKER, R., “Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model”, *op. cit.*, p. 374, sí proponen regular la gestación por sustitución bajo las normas de una profesión para establecer un cuerpo regulador que proteja los intereses de las partes y evite toda posible explotación.



incomodidad<sup>25</sup> pues, de lo contrario, se minusvaloraría su contribución<sup>26</sup>. Se trataría de aplicar los esquemas de un altruismo recíproco en el que una persona (mujer gestante) realiza un servicio o hace un sacrificio en favor de otras (progenitores de intención) quienes le corresponden en la medida necesaria para equilibrar dicho servicio o sacrificio<sup>27</sup>.

Alguna evidencia de este planteamiento se puede encontrar en los trabajos preparatorios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado en los que se afirma utilizar el concepto *for-profit arrangement* y prescindir del término comercial dado que puede ser ofensivo para aquellas personas que participaron en supuestos que no son “comerciales” por naturaleza, aun habiendo compensación más allá del pago de los gastos. Sin embargo, en dichos textos también se reconoce que la compensación de los *for-profit arrangements* supone el pago de una remuneración económica y que es difícil trazar una línea entre este tipo de acuerdos y los altruistas<sup>28</sup>.

De hecho, los críticos de esta tercera vía razonan que la cantidad que para una persona, por su situación socio-económica, puede ser vista como una mera compensación, para otra puede resultar un auténtico incentivo retributivo<sup>29</sup>. De ahí que, en definitiva, se critique el eufemismo de estos términos y la realidad que pueden ocultar<sup>30</sup>.

En efecto, determinar dicha compensación presenta cierta complejidad y el alcance que se puede atribuir a este tipo de altruismo es muy variopinto. Así, la utilización del término *gastos razonables* o alguna propuesta como la de establecer un modelo de gestación subrogada *generosamente* altruista<sup>31</sup> se presentan demasiado indeterminadas y puede dar cabida a situaciones de estricto reembolso de gastos, de pago de compensaciones o de verdaderas retribuciones.

Ejemplo de esta indeterminación, aparte de alguna de las legislaciones que hemos mencionado más arriba, es la Proposición de Ley reguladora de la gestación por sustitución presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos<sup>32</sup>. A lo que ahora nos interesa, el art. 5 de dicha Proposición señala que la gestación por sustitución no puede tener carácter comercial o lucrativo, sin perjuicio de la contratación de un seguro en favor de la gestante y una compensación resarcitoria que cubra, por un lado, los gastos derivados de proporcionar a la gestante las condiciones idóneas durante los análisis y el tratamiento pre-gestacional, la

---

<sup>25</sup> LAMM, E., *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, op. cit., pp. 275 y 285, PHILLIPS, A., *Our bodies, whose property*, Princeton University Press, Princeton y Oxford, 2013, p. 94 y VAN ZYL, L., WALKER, R., “Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model”, op. cit., p. 375.

<sup>26</sup> Vid. *supra* las referencias en la nota al pie de página 21.

<sup>27</sup> En este sentido VAN ZYL, L., WALKER, R., “Beyond altruistic and commercial contract motherhood: the professional model”, op. cit., p. 374.

<sup>28</sup> CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, *The desirability and feasibility of further work on the parentage / surrogacy project*, marzo 2014, p. 33, disponible en <[https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03b\\_en.pdf](https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015pd03b_en.pdf)>, consultado el 20/08/2017.

<sup>29</sup> BELLVER CAPELLA, V., “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, op. cit., p. 240. Ello también lo reconoce VELA SÁNCHEZ, A. J., “La gestación por sustitución se permite en Portugal”, op. cit. p. 6.

<sup>30</sup> CORERA IZU, M., “Urge regular la gestación subrogada”, *El País*, 1 de marzo de 2017, disponible en <[http://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488395907\\_827633.html](http://elpais.com/elpais/2017/03/01/opinion/1488395907_827633.html)>, consultado el 23/08/2017.

<sup>31</sup> TRIMMINGS, K., BEAUMONT, P., “General report on surrogacy”, op. cit., p. 455, 544 y 545.

<sup>32</sup> Proposición de Ley publicada en Boletín Oficial de las Cortes Generales de 8 de septiembre de 2017.

gestación y el post-parto y, por otro lado, los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, así como el *lucro cesante*. La referencia a este lucro cesante adolece de ambigüedad y parece dejar la puerta abierta para que la gestante reciba una cantidad dineraria que vaya más allá del estricto reembolso de los gastos, lo cual es lo que la Proposición únicamente busca, al menos, en principio.

### **3. LA DEBILIDAD DE LOS ARGUMENTOS COMÚNMENTE MANEJADOS**

La controversia está servida y son muchos los matices que rodean a la gestación por sustitución en general, así como a su régimen económico en particular. La exposición realizada en estas páginas sobre la cuestión del carácter gratuito u oneroso del acuerdo muestra la existencia de un razonamiento circular: la repulsa general que provoca concebir la gestación subrogada como transacción onerosa que tenga como objeto la más íntima humanidad y corporeidad de las personas, así como la insuficiencia del Derecho de contratos para ofrecer un marco regulador en la materia, tiene como efecto rebote que se plantee legalizar la gestación por sustitución estrictamente altruista. Sin embargo, diversas opiniones advierten de que la bondad de esta última modalidad es más aparente que real, fomentándose la efectiva cosificación y explotación del bebé y de la gestante –explotación que los partidarios del modelo altruista tienden a concebir como característica consustancial de la modalidad comercial– que con ansia se pretendía evitar. De ahí que se relaje tal exigencia y se abra paso a la admisibilidad del pago de una compensación a la mujer gestante, en deferencia de lo que para los progenitores de intención ha sido una aportación extraordinaria. No obstante, la vaguedad con la que se formula este resarcimiento, que en principio sólo busca corresponder a la gestante, puede finalmente constituir un disimulo de verdaderas retribuciones, lo cual alarma ante la posibilidad de estar amparando supuestos de gestación subrogada comercial y nos sitúa nuevamente en el punto de partida.

Este callejón sin salida es consecuencia de una desafortunada simplificación de la cuestión en la que se están priorizando aspectos que son secundarios. Si prestamos atención a los razonamientos esgrimidos en favor o en contra de una u otra modalidad de gestación por sustitución, observamos que son meras conjeturas, juicios de valor u opiniones subjetivas que no cabe generalizar, sino que se deberían apreciar casuísticamente. En efecto, y revisando algunas de las consideraciones vertidas, el hecho de que medie una retribución no supone inexorablemente que los progenitores de intención quieran imponer su voluntad sobre las condiciones de desarrollo del bebé o decidir sobre sus cualidades futuras, ni que ello equivalga a la explotación de la gestante y el niño. Del mismo modo, la inexistencia de pago no implica *per se* la infravaloración de la gestante ni que ésta vaya a prestarse a colaborar únicamente con amigos o familiares; ámbito donde supuestamente se acrecentaría los riesgos de ser presionada. En definitiva, no podemos ir sumando razonamientos de diversa índole a los dos lados de la balanza para ver hacia qué lado se inclina ésta.

De todos los mencionados, sobresale el verdadero argumento de fondo y de forma a tener en cuenta: la afectación a los derechos fundamentales y la dignidad del menor y de la

gestante. Es decir, retornamos inexcusablemente a la premisa mencionada al comienzo de este trabajo.

Por antonomasia, el argumento contrario a la gestación por sustitución es que esta práctica supone la alienación e instrumentalización del niño y de la madre gestante, independientemente de que medie pago o no<sup>33</sup>. Extrapolando este razonamiento al lado opuesto, la admisibilidad de la gestación subrogada pasa por que ésta se rodee de las necesarias garantías que protejan la dignidad y derechos de los implicados<sup>34</sup>. De esta forma, se observa que el aspecto económico no es el criterio determinante<sup>35</sup>, lo cual no equivale a decir que no sea un asunto de importancia. Sobre tales bases, se podría abordar la cuestión monetaria y evitar situar la gestación por sustitución en un contexto comercial; pero únicamente en el caso de que dichas bases existan con seguridad y sin resquicio alguno. Los derechos fundamentales constituyen una barrera infranqueable en todo caso, aunque ello suponga acotar la práctica a un ámbito muy reducido; no se trata de aceptar todo o nada. La situación actual en Portugal es un claro ejemplo de esta última afirmación. El legislador estableció que el comienzo de los tratamientos de fertilización marcaba el momento a partir del cual la mujer gestante ya no podía revocar su consentimiento; sin embargo, el Tribunal Constitucional portugués sentenció que tal momento debe ser el de la entrega voluntaria del bebé por la mujer gestante a los padres de intención para proteger sus derechos fundamentales y dignidad<sup>36</sup>.

En fin, si el paradigma de la cuestión es el escrupuloso y necesario respeto de dichos derechos fundamentales, insistimos que ello debe informar todo planteamiento referido a la gestación subrogada independientemente de cual sea nuestra posición apriorística al respecto. Por ello, entendemos que dicho respeto es incompatible con la opción de mantener una posición pasiva, ambigua o incluso terminantemente contraria con relación a la gestación subrogada. Ello se convierte indefectiblemente en el caldo de cultivo para la deslocalización de la reproducción<sup>37</sup>, así como para coadyuvar al turismo reproductivo y la gestación por

---

<sup>33</sup> En este sentido, PATEMAN C., *The Sexual Contract*, Polity, Cambridge, pp. 209 y ss. y el movimiento No Somos Vasijas cuyo manifiesto en contra de la gestación por sustitución se encuentra en <<http://nosomosvasijas.eu/>>, consultado el 20/08/2018. También es la posición del partido político Podemos, *vid.* <<https://podemos.info/posicion-politica-sobre-explotacion-reproductiva-mujeres/>>, consultado el 20/08/2018 y de la Iglesia Católica reflejada por la CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Instrucción Donum Vitae sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, 1987. Es la conclusión a la que también llega el COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe sobre aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, *op. cit.*, p. 87, si bien señala que algunos de sus miembros aceptan en línea de principio que esta práctica puede regularse, aunque no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual.

<sup>34</sup> *Vid. supra* las notas al pie de página 3 y 4.

<sup>35</sup> En este sentido GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad Subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *op. cit.*, p. 86, JACKSON, E., MILLBANK, J., ET AL., “Learning from cross-border reproduction”, *op. cit.*, p. 32 y SHAPIRO, J., “For a feminist considering surrogacy, is compensation really the key question?”, *op. cit.*, pp. 1346 y 1373.

<sup>36</sup> En este sentido, también la Organización Médica Colegial de España, *vid.* <[http://www.cgcom.es/noticias/2017/04/17\\_04\\_25\\_congreso\\_deontologia\\_malaga\\_maternidad\\_subrogada](http://www.cgcom.es/noticias/2017/04/17_04_25_congreso_deontologia_malaga_maternidad_subrogada)>, consultado el 21/08/2018. En contra, SHALEV, C., *Nascere per contratto*, *op. cit.*, p. 126, para quien se trataría de una postura paternalista.

<sup>37</sup> Terminología utilizada por GUERRA PALMERO, M. J., “Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal”, *Gaceta Sanitaria*, 2017, p. 4, disponible en <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911117301462#bib0125>>, consultado el 20/08/2017, quien es contraria a la práctica de la gestación por sustitución. La autora se basa en las enseñanzas de KANT, I.,

sustitución sin garantías<sup>38</sup>. Además, como se ha dicho acertadamente, supone una neutralidad y una doble moral intolerables que sitúan la gestación por sustitución en un potencial ámbito de libre comercio<sup>39</sup> pues no se impide que en la práctica se realice, produciéndose así resultados indeseados y mayor indeterminación e inseguridad jurídica en la materia; particularmente en casos de gestación subrogada consumados en el extranjero<sup>40</sup>. Si bien debemos abstenernos de hacer aquí comentario alguno sobre estos casos transfronterizos, pues serían superficiales, simplemente queremos ejemplificar con un hecho reciente la situación de incerteza a la que nos referimos. En el momento de escribir estas líneas, numerosas noticias de prensa pusieron en evidencia la incertidumbre que vivieron durante semanas treinta familias españolas cuyos expedientes para la inscripción en el Registro civil consular de la Embajada de España en Kiev de los bebés nacidos por gestación subrogada en Ucrania habían sido paralizados ante indicios de mala praxis médica y tráfico de menores, según se lee en un comunicado del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación<sup>41</sup>.

---

*Crítica de la razón práctica*, Porrúa, México, 1997, trad. esp. E. Miñana y Villasagra y M. García Morente, p. 152, para quien la dignidad humana se basa en el cumplimiento del imperativo categórico de que el hombre en un fin en sí mismo, no sólo un medio para usos de otros individuos; de ahí que toda persona tenga un valor absoluto y sea merecedora de todo respeto. No obstante, otros autores, como ATIENZA, M. “La gestación por sustitución”, *El País*, 4 de mayo de 2017, disponible en <[https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931\\_165365.html](https://elpais.com/elpais/2017/04/19/opinion/1492609931_165365.html)>, consultado el 01/09/2017, dudan sobre la aplicación tan reduccionista de tal imperativo categórico.

<sup>38</sup> Vid. ROBERTSON, J. A., “Other women’s wombs: uterus transplants and gestational surrogacy” *Journal of Law and Biosciences*, 2016, p. 83, disponible en <<https://doi.org/10.1093/jlb/lsw011>>, consultado el 25/08/2017.

<sup>39</sup> FARNÓS AMORÓS, E., “La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: De Evans c. Reino Unido a Parrillo c. Italia” *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36, 2017, p. 109, disponible en <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/15381>>, consultado el 23/08/2017.

<sup>40</sup> Vid. sobre estas cuestiones GARCÍA RUBIO, M. P., HERRERO OVIEDO, M., “Maternidad Subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *op. cit.*, p. 77 y TAMAYO HAYA, S., “Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad de las sociedades contemporáneas”, *op. cit.*, p. 26 y ss.

<sup>41</sup> Disponible en <[http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Noticias/Paginas/Articulos/20180829\\_NOT1.aspx](http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Noticias/Paginas/Articulos/20180829_NOT1.aspx)>, consultado el 31/08/2018.