

ARTÍCULO

Las estrategias para legalizar la “gestación por sustitución”. Un análisis desde la autonomía (reproductiva) de las mujeres*

Strategies to legalize “substitute gestation”. An analysis from women’s (reproductive) autonomy

Juana María González Moreno
Departamento de Derecho Financiero y Filosofía del Derecho
Universidad de Málaga

Fecha de recepción 31/11/2019 | De aceptación: 03/06/2019 | De publicación: 27/06/2019

RESUMEN.

Dos estrategias que articulan los discursos, entre ellos, los discursos jurídicos, con el fin de legalizar la “gestación por sustitución” son: una, su configuración contractual y, dos, su inclusión o puesta en conexión con determinados derechos reconocidos jurídicamente. Sin embargo, no puede pretenderse que se legalice la “gestación por sustitución” ignorando a las mujeres “gestantes”, que son las principalmente afectadas por dicha práctica. En este trabajo analizamos esas dos estrategias mencionadas para determinar el lugar (o no – lugar) que ocupa en ellas un valor aún hoy escasamente reconocido: la autonomía reproductiva de las mujeres y, en particular, la de las mujeres “gestantes”.

PALABRAS CLAVE.

Mujeres, autonomía reproductiva, “gestación por sustitución”, “lógica” contractual, derechos

ABSTRACT.

The two strategies that articulate the speeches, among them, the legal ones, in order to legalize "gestation by substitution" are: firstly, its contractual structure, and, in second place, its inclusion or putting in connection with certain legally recognized rights. However, "substitute gestation" cannot be considered legal ignoring "pregnant" women, who are one of the most affected communities by said practice. In this paper we analyze these two mentioned strategies in order to determine the place where a value that is still scarcely recognized takes part (or doesn't): the women's reproductive autonomy and, in particular, that of "pregnant" women.

KEY WORDS.

Women, reproductive autonomy, "substitute gestation", contractual “logic”, rights

* Agradecimiento. A los/as evaluadores anónimos/as, por sus sugerencias bibliográficas, que han permitido mejorar este trabajo.

Sumario: 1. Introducción. 2. La configuración contractual de la “gestación por sustitución”. 3. La inclusión o la vinculación de la “gestación por sustitución” con determinados derechos. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía

1. Introducción

“Poder y saber se articulan por cierto en el discurso”¹, dijo Michel Foucault. “Y los discursos forman un universo infinito”, habría que añadir. La multiplicación o, por decirlo con palabras de Foucault, “la verdadera explosión discursiva”² en estos últimos tiempos, no “en torno y a propósito del sexo”, que era lo que Foucault tenía en la mira, sino sobre la “maternidad subrogada”, los “vientres de alquiler” o la “gestación por sustitución” (entre otros nombres que recibe la práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder el/la niño/a a otra persona al nacer³), demuestra bien a las claras que el lenguaje no es sólo un medio de transmisión de información. La variedad de términos con que se designa a esa práctica (dependiendo de la postura que se adopte⁴) en los discursos políticos, mediáticos, académicos y, en particular, jurídicos, e incluso la conceptualización de la misma

¹ Frase que emplea Michel Foucault en el capítulo 4. El dispositivo de la sexualidad, al explicar la regla de la polivalencia táctica de los discursos, en su *Historia de la sexualidad* (FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, Madrid, Siglo XXI editores, 5ª ed. 1987, traducción de Ulises Guñazú, 1ª edición en español, 1977 (México), p. 122).

² Son las palabras de Foucault contenidas en el capítulo 2. La hipótesis represiva. La incitación a los discursos en su *Historia de la sexualidad* (FOUCAULT, M. *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber, op. cit.*, p. 25).

³ Es la definición que se da de [la maternidad subrogada] en el estudio realizado para el Parlamento Europeo por BRUNET, L. (dir.), *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Dirección General de Políticas Internas, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 2012, p. 7. Pero también se encuentra una definición en términos parecidos en parte de la doctrina (vid. por todos/as: BELLVER, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *Scio, Revista de Filosofía*, nº 11, noviembre de 2015, pp.19-52, p. 23).

⁴ Una variabilidad que se percibe también en la jurisprudencia. A pesar de que en nuestra legislación figuran los términos “gestación por sustitución” (concretamente, en el archiconocido artículo 10, 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en adelante, LTRHA, de tenor idéntico al precepto contenido en la ley que la precedió, la Ley 35/1988, de 22 de diciembre, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida) la jurisprudencia emplea los términos “maternidad subrogada” en sentencias en que se estiman demandas de prestaciones de maternidad para atender a los/as menores nacidos/as mediante esta práctica. Vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2017 (*Tol 6.484.750*) en recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que, si bien comienza utilizando los términos “gestación por sustitución”, luego prefiere los de “maternidad por subrogación”, al afirmar que “nuestro ordenamiento jurídico prescribe la nulidad del *contrato de maternidad por subrogación*, no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor...” (Fundamento Jurídico Segundo, epígrafe 4). La cursiva es mía.

como “técnica” de reproducción asistida y no como “práctica”⁵, son un epifenómeno de la pugna por el lenguaje⁶ que se está librando.

Una pugna que no es desinteresada. Si se lucha por el lenguaje no es por una cuestión de estética o para conseguir una mayor o menor pureza terminológica o conceptual sino porque el lenguaje permite construir la realidad, precisamente debido al poder que lleva implícito. Hay tras los discursos, como diría Foucault, “una voluntad que los mueve y una intención estratégica que los sostiene”⁷.

Es evidente que buena parte de los discursos quieren construir la “gestación por sustitución normalizada” o, dicho de otra manera, la legalización de la “gestación por sustitución”, en vista de que nuestra legislación, que la designa con estos términos, como “gestación por sustitución”, la ha proscrito⁸. El acento está puesto en que la misma sea legalizada (y, por tanto, legitimada) a la mayor brevedad posible, y esta urgencia se vincula – o se justifica – con la necesidad de protección del interés de los/as menores nacidos/as mediante esta práctica.

Ahora bien, con la focalización en lo prohibido como aquello que hay que abatir, los discursos pro legalización de la “gestación por sustitución” también demuestran la concepción reduccionista de lo jurídico (y del poder de lo jurídico) de la que parten⁹, cuando una legislación productora (de realidad) en positivo, productora de esa “gestación por sustitución normalizada”, también sería una

⁵ El hecho de que para fundamentar la antigüedad y, en definitiva, la legitimidad de la “gestación por sustitución” se cite como ejemplo ancestral el caso de la sierva Bilha (Génesis 30:3), como hace Lamm (*vid.* LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *Indret* 3/2012, 48 pp., p. 4) significaría reconocer que la “gestación por sustitución” puede realizarse sin recurrir necesariamente a las técnicas de reproducción asistida. Por otra parte, resulta bastante sintomático que en legislaciones que han admitido la “gestación por sustitución”, como la portuguesa, se la defina no como una técnica sino como “cualquier *situación* en que una mujer se dispone a soportar un embarazo por cuenta de otros, y a entregar el hijo después del parto, renunciando a los poderes y deberes propios de la maternidad” (artículo 8, 1 de la Ley n° 32/2006, de 26 de julio de Procreación Médicamente Asistida, en la redacción dada por las Leyes n° 17/2016, de 20 de junio, y 25/2016, de 22 de agosto). Las cursivas son mías.

⁶ “Pugna terminológica” es como la designa Fernández Muñiz, concretamente al referir que “La pugna terminológica, el recurso al sensacionalismo y la descalificación son cuestiones que podemos apreciar en el debate actual...” (FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?, *Dilemata*, 26, 2018, pp. 27-37, p. 29). Pero, a nuestro juicio, la pugna no se reduce a los términos, sino que, como hemos dicho, llega al terreno de la conceputación.

⁷ Tomamos las palabras de Foucault que figuran en el apartado “1. Nosotros los victorianos” de su *Historia de la sexualidad* (FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. I. La voluntad de saber, op. cit.*, p. 15).

⁸ El artículo 10, 1 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de la LTRHA establece que “es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación [por sustitución], con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Y esta estipulación constituiría una regulación en forma somera de la gestación por sustitución en nuestra legislación, a juicio de ATIENZA, M., “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 14, 2008, p. 7.

⁹ Concepción que bien criticó Michel Foucault. “¿Por qué se ha descifrado tan frecuentemente el poder en los términos puramente negativos de la ley de prohibición? ¿Por qué la reflexión sobre el poder se hace inmediatamente como sistema de derecho?”, se preguntaba Foucault (FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder*, Madrid, Alianza Materiales, 1985, p. 80).

muestra de poder¹⁰. Más aún: esos discursos en sí mismos considerados son vehículos por los que transita el poder.

Dos son las estrategias jurídicas de las que, en todo caso, y de manera concurrente, se sirve esa pretensión normalizadora: el diseño de la “gestación por sustitución” desde un esquema contractual¹¹y, al mismo tiempo, su inclusión o puesta en conexión con determinados derechos (como el derecho a fundar una familia, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la procreación, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la vida privada o el derecho a la salud), que son los derechos en los que, en los distintos órdenes jurídicos, se han incardinado, con mayor o menor acierto, las cuestiones reproductivas.

Y lo que cabe preguntarse es qué lugar (o *no-lugar*) se ha conferido a los intereses de las que se da en llamar mujeres “gestantes” y, en concreto, a su autonomía, en el marco de estas estrategias, sabiendo como ya sabemos que, en lo que atañe a cuestiones reproductivas, las mujeres, históricamente, hemos sido objeto de control (paterno, social, jurídico)¹². Un aspecto al que también se refirió Foucault, si bien para él era sobre todo el “biopoder”, la forma de poder que él consideraba que

¹⁰ *La permisividad, la amabilidad* es la forma que el poder adquiere cada vez más hoy en día, como ha enfatizado Byung – Chul Han (HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas del poder*, Barcelona, Herder Editorial, 2014, pp. 27-30). Para este autor, “El poder inteligente, amable [...] Seduce en lugar de prohibir. No se enfrenta al sujeto, le da facilidades” (HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas del poder, op. cit.*, p. 29). Este poder, según Han, se ajusta a la psique en lugar de disciplinarla y someterla a coacciones y prohibiciones y, por ello, ya no puede ser descrito por el poder disciplinario (refutando en este punto a Foucault, quizás sin justificación porque Foucault también critica la positividad del poder y su amplificación hacia “el alma” y hacia el espacio entero de la existencia). Una focalización en la psique que no quita que el poder – a nuestro juicio – aún tenga muy en la mira el cuerpo (sobre todo, el de las mujeres).

¹¹ Es el esquema adoptado en los escasos países de nuestro entorno en que ha sido admitida (Reino Unido, Grecia y Portugal) y también en las iniciativas legislativas en España, así, concretamente, la Iniciativa Legislativa Popular para la legalización y la regulación de la gestación subrogada, promovida por la Asociación por la Gestación Subrogada (en adelante, ILP) [consultada: 5/6/2018]: <http://www.gestacionsubrogadaenespana.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/proposicion-de-ley>); la Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, sobre la creación de un marco regulatorio para la gestación subrogada (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D: General, X Legislatura, 23 de febrero de 2015), en adelante, PUpD; la Proposición no de Ley 51/2016, presentada por el Grupo Parlamentario de Ciudadanos, con el objeto, en última instancia, de instar al Gobierno de la Nación a impulsar una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantice los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción (Boletín Oficial de la Asamblea de Madrid, número 49, de 10 de marzo de 2016), y la Proposición de Ley nº 122/000117, reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso de los Diputados, de 2017 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, XII Legislatura, Serie B: Proposiciones de Ley, 8 de septiembre de 2017), que abreviaremos como PLCiudadanos.

¹² *Vid.* BEAUVOIR, S. de, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2013 (Éditions Gallimard, 1949), p. 199. Sobre la consideración tradicional de la mujer, en este ámbito, como objeto del Derecho y no como sujeto de Derecho (s) puede verse: GARCÍA PASCUAL, C., “Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos”, *Jueces para la Democracia*, nº 71, 2012, pp. 76-90; GONZÁLEZ MORENO, J.M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, Oviedo, Trabe, 2017, pp. 9-20.

se había desarrollado a partir de los siglos XVII y XVIII en adelante¹³, el que tenía como blanco privilegiado de ejercicio el cuerpo de las mujeres, al someterlo a un proceso de objetivación y de control por parte de los discursos médicos y psicológicos¹⁴.

Por tanto, no puede afirmarse, sin más, que la “gestación por sustitución” - y, más precisamente, en su reglamentación contractual -, no afecta a la autonomía de nadie¹⁵, o que refuerza la autonomía de las mujeres¹⁶. Si se hacen estas afirmaciones es porque se parte de una determinada concepción de la autonomía. Según Tamar Pitch, de una concepción de la autonomía entendida como racionalidad e independencia, como atributo de un sujeto racional, solipsista, atomizado, sin vínculos, una concepción en la cual la autonomía más bien se da por presupuesta de una vez por todas¹⁷. Una concepción que, por una parte, supondría no tener en cuenta los vínculos, las dependencias, las determinaciones – personales, económicas, sociales y, sobre todo, estructurales – que condicionan o, más aún, *constituyen* la autonomía de las mujeres¹⁸ y, por otra parte, dejaría de lado otras dimensiones de la persona como son el propio cuerpo o las emociones, los sentimientos.

¹³ Esta forma de poder venía a diferenciarse del poder soberano, que habría sido la forma histórica de poder y cuya manifestación por excelencia fue el derecho de vida y de muerte que ejercía el *paterfamilias* sobre los/as sometidos a su potestad. Mientras el poder soberano era un poder de *hacer morir* o *dejar vivir*, el *biopoder*, que se constituye en el centro de interés de la sociedad capitalista, es un poder de *hacer vivir* o de *rechazar* hacia la muerte (FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, op. cit., pp. 163, 167; *Idem.*, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Siglo XXI editores, 2012, 1ª ed. 1976, pp. 32, 35, 95, 157-164; *Idem.*, *Nacimiento de la biopolítica: Curso del Collège de France (1978-1979)*, Madrid, Akal, 2009, 1ª ed. París, Seuil/Gallimard, 2004, pp. 25, 31, 32).

¹⁴ FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, op. cit.; *Idem.*, *Hay que defender a la sociedad*, Curso del Collège de France (1975-1976), Madrid, Akal, 2003. Nos quedamos con esta nota del pensamiento de Foucault, aunque, como es sabido, Foucault también ha sido el blanco de la crítica feminista (vid. por todos/as: RODRÍGUEZ MAGDA, R.M., *Foucault y la genealogía de los sexos*, Barcelona, Anthropos).

¹⁵ Es lo que expresa Atienza, si bien este autor reconoce que sería bueno, por paternalismo, permitir a la madre gestante el derecho a cambiar de opinión durante un corto de tiempo después del nacimiento. Vid. ATIENZA, M., “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, op. cit., p.7.

¹⁶ Es la tesis, bien conocida, de Carmel Shalev. Vid. SHALEV, C., *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè editore, 1992, pp. 21, 23.

¹⁷ PITCH, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003, 1ª ed. 1998, pp. 72, 73.

¹⁸ Si tenemos en cuenta las teorías relacionales, la persona no es un sujeto racional independiente, descarnado. Son las relaciones interpersonales y sociales que mantiene con su entorno y con la sociedad a la que pertenece las que le forman como sujeto moral y político. La interdependencia social (y los seres humanos son por naturaleza interdependientes), determina no sólo la construcción de la identidad personal sino también las posibilidades de acción y de autonomía del sujeto (vid. por todos/as: NEDELSKY, J., *Law's Relations. A relational theory of self, autonomy, and law*, Oxford, Oxford University Press, 2011). Aunque no existe un concepto unificado de autonomía relacional y dicho concepto no está exento de dificultades y cuestionamientos, como precisa Guerra Palmero (GUERRA PALMERO, M.J., “Vivir con los otros y/o vivir para los otros. Autonomía, vínculos y ética feminista, *Dilemata*, 2009, nº 1, pp. 71-83, p. 80), permitiría comprender las posibilidades racionales y morales de las mujeres en tanto sujetos y, sobre todo, los procesos de socialización - determinados por los “roles de género” – que aún condicionan nuestra autonomía (vid. sobre este punto: MACKENZIE, C., STOLJAR, eds., *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 21-22; MEYER, D., *Self, society, and Personal Choice*, Nueva York, Columbia University Press, 1989). Asimismo, permitiría entender la asimetría de la autonomía reproductiva de las mujeres en relación con la autonomía reproductiva de los varones,

Como ha expresado Pateman, la subjetividad de las mujeres incluye el cuerpo y el alma, la subjetividad tiene que ver con todo aquello que hace de mí lo que soy, no sólo el espíritu, la racionalidad, sino también mi cuerpo y mi sexo¹⁹. Con un matiz que queremos subrayar aquí, y es que todos estos ingredientes que menciona esta autora formarían parte de la subjetividad de las mujeres no en el sentido de pertenencia sino en un sentido constituyente, que sería el que condensa bien la frase de Fernando Savater: “No tenemos un cuerpo, *somos* cuerpo”²⁰. O, dicho de otro modo: no cabe escindir la racionalidad respecto del cuerpo y los sentimientos, no cabe escindir la mente o el espíritu del cuerpo. El “Yo” no está escindido ni tiene una relación de propiedad con el propio cuerpo, que es la óptica desde la que se ha definido el sujeto moderno, y desde la que se ha defendido también – creemos que erróneamente - la subjetividad de las mujeres, como una cuestión de pertenencia, de propiedad – o de alienación - sobre nuestros cuerpos. La reivindicación de un “derecho a disponer del propio cuerpo”, sobre todo por parte del feminismo radical de los años 70, reivindicación que llega a asimilarse a la lucha por los demás derechos y libertades conquistados en el siglo XX, aunque quiere poner un contrapunto al control histórico ejercido sobre los cuerpos de las mujeres, más bien ratifica la consideración del cuerpo, en general, como objeto, y no constituye un progreso civilizatorio²¹.

cómo las mujeres toman sus decisiones reproductivas teniendo en cuenta no sólo las posibilidades de sus respectivos cuerpos, sino la manera en que socialmente se define el cuerpo femenino, su sexualidad y su potencial para la maternidad (vid. ALVAREZ MEDINA, S., “La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia”, *RJUAM*, nº 35, 2017-1, pp. 145-170, p. 157).

¹⁹ PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1995, 1ª ed. 1988, pp. 282, 284, 295.

²⁰ SAVATER, F., *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Ariel, 2008, 1ª edición de 1999, pp. 86, 87. Puede verse también SAÑA, H., *Antropomanía. En defensa de lo humano*, Córdoba, Almuzara, 2006, pp. 103-115. Es la tesis que, en la doctrina anglosajona, también sostiene Anne Phillips: que el cuerpo no es algo *se tiene* sino que *es* (vid. PHILLIPS, A., *Our Bodies, Whose Property?*, Princeton, Princeton University Press, 2013; PHILLIPS, A., “It’s My Body and I’ll Do What I Like With It: Bodies as Objects and Property”, *Political Theory*, 39 (6), 2011, pp. 724-748), tesis desde la que critica la mercantilización del cuerpo en el mundo contemporáneo y los efectos normativos del “lenguaje de la propiedad”, pero que le lleva a otras distinciones y consecuencias, como la valoración positiva de la donación o la no consideración de una compensación económica como una mercantilización (vid. PHILLIPS, A., *Our Bodies, Whose Property?*, *op. cit.*, pp. 11-12, 37-38, 117), que, en relación a la gestación por sustitución, no las compartimos.

²¹ Es lo que sostiene Anne Phillips (PHILLIPS, A., *Our Bodies, Whose Property?*, *op. cit.*) y lo que vendría a decir la jueza Ruth Bader Ginsburg, en su crítica a la decisión del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *Roe v. Wade*, decisión que se suele citar como un referente en el reconocimiento del derecho al aborto. Para Ginsburg, el Tribunal en su decisión había motivado insuficientemente el aborto ya que los argumentos desarrollados estaban exclusivamente fundamentados en la anatomía de la mujer cuando “es la sociedad y no la anatomía lo que estigmatiza a las mujeres...” (vid. siguiendo al profesor Kart, GINSBURG, R.B., “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to *Roe v. Wade*”, *North Carolina Law Review*, vol. 63, nº 2 (1985), pp. 375-386, p. 382). En la misma línea, Reva Siegel ha expresado que la decisión dada en ese caso trata el aborto como un fenómeno puramente fisiológico, focaliza la atención en el cuerpo de la mujer y en el del feto, y no tiene en cuenta el modo en que las normas en materia de aborto reflejan estereotipos sobre el rol de la mujer en el seno de la familia, privando así a las mujeres de la autonomía de decisión que, en cambio, se reconoce a los hombres. Unos estereotipos que, según esta autora, se evitan si se incardina el aborto en el principio de igualdad (vid. SIEGEL, R., “Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection”, *Stanford Law Review*, vol. 44., nº 1 (1992), pp. 261-381, p. 264, y de manera más detallada, las páginas 274-280).

La cuestión más precisa a plantearse entonces es si en los discursos sobre la “gestación por sustitución” y, en concreto, en las estrategias para su legalización se han tenido en cuenta las determinaciones de la autonomía reproductiva de las mujeres; y también si se presta atención o no a las distintas dimensiones de la subjetividad de las mujeres –subjetividad que no se reduce a la propiedad sobre el propio cuerpo – y, en particular, de las mujeres “gestantes”. Es lo que trataremos de ver en las líneas que siguen.

2. La configuración contractual de la “gestación por sustitución”

Como hemos dicho más arriba, las escasas legislaciones que en el contexto europeo han regulado la “gestación por sustitución” y las iniciativas legislativas puestas en marcha en España para su legalización han adoptado la óptica contractual. En concreto, estas iniciativas (re) presentan a aquélla como un derecho que se instrumenta por medio de un contrato entre las/os madres/padres comitentes y la mujer “gestante”; dicho contrato tendría por objeto las capacidades reproductivas de las mujeres o, en forma explícita, el útero o la gestación, o el cuerpo y las funciones reproductivas²²y, además, tendría carácter gratuito.

Ahora bien, este esquema contractual, no por sintonizar con la contractualización de las relaciones entre las personas que impera en nuestros días²³está exento de reparos, particularmente en lo que respecta al libre consentimiento de las partes y al objeto mismo sobre el que recae el denominado “contrato de subrogación”.

Buena parte de los discursos se han focalizado precisamente en el carácter irreversible o reversible que debe revestir el consentimiento de la madre “gestante”. Así, mientras las iniciativas legislativas dan por hecho que la mujer “gestante” actúa en uso de su autonomía y el consentimiento expresado por ella en el “contrato de subrogación” debe ser irreversible²⁴(porque en caso contrario se

²² Vid. la definición del contrato de gestación subrogada en la ILP (artículo 1.2.d), y en la PLCiudadanos, el propio nombre de esta Proposición de Ley, y su texto, el cual alude a que los progenitores subrogantes *gestan*, por la intermediación de otra persona, y a que la mujer “gestante” facilita la *gestación* a favor de los subrogantes. Las cursivas son mías.

²³ Vid. DELPEUCH, T., “Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. État des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du Dictionnaire de la globalisation”, *Droit et Société*, nº 82, 2012/3, pp. 733-761.

²⁴ En la PUPD, la irrevocabilidad se refería a la filiación, al señalar que el acuerdo de subrogación gestacional “será irreversible a efectos de filiación”; mientras que en la PLCiudadanos es el consentimiento en el contrato el que es irrevocable (el artículo 9.2, letra b)). La irrevocabilidad del consentimiento en dicho contrato es la regla por la que está la mayor parte de la doctrina pro “gestación por sustitución”.

incurriría en un paternalismo criticable), quienes están en oposición a dichas iniciativas señalan que esa estipulación demuestra que lo que en realidad se contrata (o se dona) en el contrato de gestación por sustitución no es el cuerpo o partes del cuerpo o determinadas capacidades de las mujeres, sino más bien un producto, un bebé²⁵, y, sobre todo, que contemplar la irreversibilidad sería contradictorio con la propia idea de autonomía en que dice sustentarse el contrato de “gestación por subrogación”, si se tiene en cuenta lo dicho por John Stuart Mill: “El principio de libertad no puede exigir que sea libre para dejar de serlo. La libertad de renunciar a su libertad no es tal”²⁶.

Todos estos cuestionamientos han llevado a pensar que la irrevocabilidad del consentimiento de las mujeres “gestantes” es uno de los principales obstáculos a la legalización de la “gestación por sustitución” y, por ello, habría de establecerse, más bien, la revocabilidad de dicho consentimiento²⁷. Sin embargo, a nuestro juicio, la revocabilidad del consentimiento de la madre “gestante” no garantiza su autonomía, que puede verse condicionada no sólo en el transcurso del proceso de gestación – que es al que se suele referir la reversibilidad - sino también *antes* de prestar su consentimiento en el contrato de “gestación por sustitución”. Un condicionamiento que puede provenir de circunstancias de diverso tipo, no son sólo económicas - como tiende a simplificarse desde posturas de ascendencia marxista²⁸ -, sino también personales, sociales y, en definitiva, estructurales, circunstancias todas ellas de las que es difícil dar cuenta²⁹, y que pueden desmentir esa autonomía de partida que se da por presupuesta³⁰.

²⁵ GUERRA PALMERO, M.J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, año 10, nº 26, 2018, p. 43.

²⁶ MILL, J. S., *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Clásicos, Núm. 11, 1991, p. 135.

²⁷ Es lo que parece defender el Tribunal Constitucional portugués en su Sentencia nº 225/2018, de 24 de abril, sobre la constitucionalidad de los preceptos de la Ley nº 32/2006, de 26 de julio de Procreación Médicamente Asistida, relativos a la gestación por sustitución, cuando se focaliza en los obstáculos que esta Ley debe superar para ser constitucional, fundamentalmente, abordar las facultades de disposición de las mujeres, el tema de la revocabilidad del consentimiento y las actividades de control sobre las mujeres.

²⁸ Se incurre en esta simplificación cuando se desliza el argumento de que son ante todo las circunstancias adversas de carácter económico el principal motivo de vulnerabilidad de las mujeres de países pobres, que son las que se ven obligadas a convertirse en mujeres “gestantes”. Un argumento que encontramos en la doctrina, tanto quienes están en contra de la “gestación por sustitución”, como en quienes defienden su legalización y, en consecuencia, la adopción de medidas para evitar la explotación de las mujeres, y también en la jurisprudencia. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (*Tol 4.100.882*), en que el Tribunal Supremo parece interpretar que la gestación por sustitución sólo atenta contra la dignidad de las mujeres pobres (Fundamento de Derecho Tercero, punto 6. y Quinto, punto 7., 10). Sin embargo, el énfasis en lo económico hace que se descuiden otros aspectos de suma importancia.

²⁹ Es dudoso que los/as profesionales sanitarios/as, que son quienes, en las legislaciones e iniciativas legislativas deben verificar si las mujeres “gestantes” por subrogación reúnen las condiciones médicas requeridas, puedan dar cuenta de esos condicionantes. Sobre todo, debido a la diversa naturaleza que pueden tener estos condicionantes y a que los mecanismos para tomar nota de ellos (el relato autobiográfico que hace el/la paciente, y los documentos de consentimiento informado) tienen límites (*vid.* CAMPS, Victoria, “La autonomía, el principio «por defecto»”, *Bioética & Debat*, nº 17 (62), 2011, p. 12). Igualmente, en el caso de los/as Notarios/as, a quienes se encomienda la verificación de los requisitos de capacidad exigidos, y cuya función parece haber sido limitada, de entrada, a verificar

Por tanto, presumir que las mujeres “gestantes” usan de su autonomía al expresar su consentimiento a la “gestación por sustitución”³¹ significa remitir a ellas la responsabilidad de sus propias acciones, algo que puede interpretarse como una muestra de “liberalismo angélico”³², o de “biopolítica delegada”³³ – aspecto al que no se le presta atención - y que, en todo caso, no constituye un auténtico reconocimiento de su autonomía (reproductiva).

Asimismo, el objeto sobre el que recae el “contrato de subrogación” constituye un punto discutido. Hay quienes ponen el énfasis en que en la “gestación por sustitución” con lo que se está tratando es con las “capacidades biológicas” de las mujeres, y en que la misma consiste en una donación o cesión de la capacidad reproductiva o en una cesión de útero, similar a la donación de órganos o a la donación de gametos. Y a ello se añade el argumento de que lo que las mujeres “gestantes” están ejerciendo es el “derecho a su propio cuerpo”, utilizando así, como arma arrojadiza, el argumento tradicionalmente esgrimido por buena parte del movimiento feminista para la defensa del derecho al aborto³⁴.

Y hay también quienes expresan que la “gestación por sustitución” supone una patrimonialización del cuerpo humano y de partes del mismo que está prohibida³⁵, y un atentado contra

si, en relación a gestación de sustitución realizadas en otros países, se han prestado los consentimientos irrevocables o, si no fuera así, si han transcurrido los plazos de revocabilidad, no a verificar si la participación de la mujer gestante en el contrato de gestación por subrogación fue realmente libre (*vid.* los términos de la ILP).

³⁰ Así cuando respecto a la “gestación por sustitución” realizada en otros países, se presupone que las mujeres “gestantes” han manifestado libremente su consentimiento ante las autoridades judiciales competentes (*vid.* el Voto Particular 3, segundo párrafo, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, *Tol 4.100.882*).

³¹ Puede verse cómo en la legislación portuguesa la garantía estatal parece reducirse a la libre prestación del consentimiento, garantía que, como precisa el Tribunal Constitucional portugués, está referida al momento en que ésta, la gestante, contrata con los beneficiarios e inicia los procesos terapéuticos de procreación médicamente asistida. No se contemplan los determinantes del consentimiento.

³² Interesa que los individuos se sometan libremente y, además, que sean ellos los que carguen con sus culpas, como explica KLAPPENBACH, A., “El liberalismo angélico”, *Claves de razón práctica*, nº 135, 2003, p. 80.

³³ Entendida como un control (estatal) que actúa de manera delegada, no por la fuerza sino por medio de la palabra, a través de los/as médicos/as - y, a nuestro juicio, también de los/as Notarios/as -, y, en último extremo, a través de los propios individuos, como precisan MEMMI, D.; TAÏEB, E., “Les recompositions du “faire mourir”: vers une biopolitique d’institution», *Sociétés contemporaines*, nº 75, 2009/3, pp. 5-15.

³⁴ Para el movimiento feminista, el derecho al propio cuerpo incluye el derecho al aborto (*vid.* por todos/as: SAU, V., *Diccionario ideológico feminista*, Barcelona, Icaria Editorial, S.A., 1ª ed. 1981, p. 14) y la autonomía reproductiva es (re)presentada mayormente como derecho al propio cuerpo, postura en parte inspirada y/o reforzada por la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano contenida en *Roe vs. Wade*, que ha tenido eco a nivel internacional, y en la que se adopta en realidad un paradigma fisiológico que no supone un reconocimiento auténtico de la autonomía reproductiva de las mujeres (*vid.* la nota 22).

³⁵ De hecho, una serie de disposiciones ya han establecido que el cuerpo humano y sus partes están fuera del comercio de los hombres (*vid.* los artículos 4 y 21 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, de Oviedo, de 1997, y el artículo 3, 2 c) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), y no pueden ser objeto de contrato (artículo 1271 del Código Civil español).

la dignidad de las mujeres “gestantes” porque supone su instrumentalización – al contravenir el sentido de la dignidad como autonomía moral, como exigencia de no instrumentalización, de no objetificación de la persona, conforme al imperativo categórico kantiano - para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de otros/as³⁶. La objetificación de las mujeres en la “gestación por sustitución” sería, además, para un sector de la doctrina feminista, la nueva cláusula del contrato sexual que consagra la disposición de los cuerpos de las mujeres³⁷, un contrato que constituye el reverso – más aún, el sostén - del contrato social que articula la desigualdad y subordinación de las mujeres en nuestras sociedades.

Ahora bien, lo que sostenemos aquí es que es criticable la focalización de los discursos – también los discursos que critican la objetificación de las mujeres - en las capacidades reproductivas de las mujeres, en el cuerpo y en las partes del cuerpo de las mujeres, un cuerpo que además es entendido en los discursos, simple y llanamente, como cuerpo meramente biológico, natural, por más que esa naturalidad sea construida, como sostiene Butler³⁸.

Por otro lado, esa focalización en las capacidades reproductivas de las mujeres, en el cuerpo y en las partes del cuerpo de las mujeres tiene como presupuesto no visible la escisión de las dimensiones biológica, corporal y psíquica de las mujeres³⁹, la escisión de la unidad del “Yo”, cuando la unidad del

³⁶ Puede verse la referencia a la mercantilización del cuerpo de las mujeres gestantes y de sus partes y sus funciones en la Resolución 2015/2229 (INI), de 17 de diciembre de 2015, del Parlamento Europeo, y en la Resolución sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la UE para combatir la violencia contra las mujeres (2010/2209(INI), de 5 abril de 2011, punto número 20, también del Parlamento Europeo.

³⁷ En línea con PATEMAN, C. (*El contrato sexual*, op. cit., pp. 305, 306), puede verse: PULEO, A. “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, primer semestre 2017, pp. 165-184); NUÑO, L. “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría*, nº 55, julio-diciembre, 2016, pp. 683-700.

³⁸ Con arreglo al concepto de *performatividad* que esta autora defiende, no sólo el género es lo construido sino también el sexo, de manera que “En ese caso no tendría sentido definir el género como la interpretación cultural del sexo, si éste es ya de por sí una categoría dotada de género” (vid. BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona: Paidós, 2007, p.55). En definitiva, interpretamos aquí, en la dicotomía naturaleza/cultura que ha articulado el pensamiento occidental, la *naturaleza* (en que se ha ubicado al *sexo*) es también algo construido.

³⁹ Se escinde el cuerpo o partes del cuerpo (de las mujeres), la capacidad de gestar, respecto al espíritu; y se escinde la gestación respecto de la maternidad. Acompañando a esas escisiones con una minusvaloración del cuerpo de las mujeres, y de las partes del cuerpo como el útero, e incluso del proceso de embarazo o la gestación, que se consideran como procesos vinculados a lo biológico, y de los que, además, se puede disponer en el mercado de bienes.

“Yo” es el elemento que, tanto a nivel teórico como práctico⁴⁰, articula (junto con la acción autónoma), la subjetividad, la condición de sujeto de las mujeres⁴¹.

De manera que, en nuestra opinión, la “gestación por sustitución” debe ser deslegitimada *también* porque atenta contra la unidad del “Yo” – aspecto que no es tenido en cuenta suficientemente por la doctrina feminista en el abordaje (y crítica) de la “gestación por sustitución”⁴² - y ello en relación con todas las mujeres “gestantes”, con independencia de su situación económica, y con independencia también de que se arbitre la gratuidad de la “gestación por sustitución”, que es un argumento que suele utilizarse para diluir el componente de ofensa a la dignidad que encierra esta práctica⁴³.

Respecto a la “gestación por sustitución” altruista hay que decir que, además de que es difícil entender cómo se concilian contrato y gratuidad en la “gestación por sustitución”, la gratuidad puede no ser real⁴⁴. Y aun en el caso de ser real, constituiría más bien una explotación del amor, de las tareas de reproducción y cuidado que realizan las mujeres⁴⁵. A lo cual cabe añadir que, al igual que la configuración de la “gestación por sustitución” como un trabajo - que es la propuesta de algunas

⁴⁰ Las experiencias de vida de las mujeres dan cuenta de la imposibilidad de la (s) escisión (es). Las dimensiones biológicas, psicológicas, psíquicas, todas ellas, forman parte de la vivencia específica que las mujeres tienen del embarazo (PITCH, T., *op. cit.*, p. 6).

⁴¹ Aunque refiriéndose a la unidad de la persona en general, no sólo de las mujeres (gestantes), cabe citar aquí a APARISI MIRALLES, A., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética* XXVIII 2017/2ª, pp. 163-175, pp. 169-170; LÓPEZ GUZMÁN, J.; APARISI MIRALLES, Á., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, p. 259.

⁴² A nuestro juicio, la consideración de la autonomía reproductiva por buena parte del movimiento y de la doctrina feministas como “derecho a disponer del propio cuerpo” es la que ha propiciado que en los discursos (políticos, sobre todo), se esgrima el argumento de que la “gestación por sustitución” es una forma de ejercicio de la autonomía reproductiva de la misma entidad que el aborto (voluntario). En esa fórmula, por otra parte, la referencia al “cuerpo” no deja de evocar sólo la dimensión puramente material de la persona (en este caso, de nosotras las mujeres).

⁴³ *Vid.* la PUpD, donde la salvaguarda de la dignidad de la mujer gestante parece vincularse al hecho de que la gestación no se convierta en un modo de vida o en un fenómeno comercial. Y también la argumentación del Tribunal Constitucional portugués en su sentencia nº 225/2018, de 24 de abril sobre la constitucionalidad de los preceptos de Ley de Procreación Médicamente Asistida, relativos a la gestación por sustitución. Una posición que contrasta con la del Tribunal Constitucional italiano, el cual ha expresado, aunque sea de manera general, y a modo de *obiter dicta*, que la maternidad subrogada ofende de modo intolerable la dignidad de la mujer y mina profundamente las relaciones humanas (Sentencia 272/2017, de 18 de diciembre, Consideraciones de Derecho, 4.2.).

⁴⁴ La fórmula de gratuidad que suele establecerse, la compensación económica de los gastos en que pueda incurrir la mujer gestante, es considerada más bien un eufemismo y, por otra parte, contrasta con el hecho de que, en las iniciativas legislativas, se excluya la “gestación por sustitución” entre familiares cuando, como señalan algunos/as autores/as, sería el caso en que más podría esperarse que se dé de forma gratuita. Sobre la irrealidad del altruismo en la “gestación subrogada” puede verse: LARA AGUADO, M.A., “La gestación subrogada: ¿una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, nº 8, junio, 2018 (sin paginación).

⁴⁵ *Vid.* JÓNASDÓTTIR, A., *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?*, Madrid, Cátedra, Colección Feminismos, 1993, donde, entre otros puntos, explica cómo la autoridad masculina se presenta como humana en general y generada exclusivamente a partir de los méritos logrados de forma individual, y cómo con ello se disfraza la realidad de que los méritos masculinos se deben en buena parte al trabajo de quienes desempeñan el papel de reproductoras y cuidadoras.

autoras para visibilizar el trabajo de reproducción que realizan las mujeres⁴⁶ -, no tiene en cuenta la especificidad que reviste el ejercicio de las capacidades reproductivas por parte de las mujeres⁴⁷. Más aún: está asentada sobre la escisión de las capacidades reproductivas de las mujeres, y, por tanto, sobre su objetificación, que es lo que venimos criticando.

3. La inclusión o la vinculación de la “gestación por sustitución” con determinados derechos

Una segunda estrategia de defensa de la “gestación por sustitución” consiste en incardinarla o ponerla en conexión con determinados derechos, en unos casos, derechos reconocidos en los órdenes jurídicos internacional y europeo (el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud, los derechos sexuales y reproductivos, el derecho a la vida privada), en otros, derechos de elaboración doctrinal (como el derecho a la procreación).

Se sigue en este sentido, la línea que se ha adoptado, en general, respecto a las cuestiones reproductivas al no existir una regulación expresa de las mismas, pero, de paso, también se da a entender que en esos otros órdenes jurídicos están bien reguladas las cuestiones reproductivas – cosa que es discutible⁴⁸ -, e incluso que en los mismos la “gestación por sustitución” ha sido aceptada y regulada (y, en consecuencia, que el “problema con cuernos”, por expresarlo con palabras de Nietzsche⁴⁹, es nuestro ordenamiento jurídico, que la prohíbe).

Por otra parte, se trata de una estrategia que no goza de consenso. Quizás porque es difícil determinar en qué medida la “gestación por sustitución” conecta con las exigencias prioritarias de los

⁴⁶ Es muy discutible, en nuestra opinión, la calificación de la reproducción como un “trabajo reproductivo”, una calificación que se utiliza tanto para insistir en su naturaleza intrínseca y especial (o “tesis de la asimetría”, que sostienen, entre otros/as autores/as, ANDERSON, E., “Is Women’s Labor a Commodity?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, n° 1 (Winter, 1990), pp. 71-92, p. 75) como al criticar dicha asimetría y defender, por tanto, su consideración como un trabajo como cualquier otro, como hace Satz. Concretamente, para esta autora la asimetría en cuestión es cierta si se entiende en función de un sustento externo - y no intrínseco o esencialista -, esto es, en función de la asimetría de género que los mercados de trabajo reproductivo de la mujer reafirman. Pero Satz realiza su análisis del “contrato de embarazo”, como ella lo denomina, desde la óptica del “trabajo reproductivo”, de ahí que ella misma admita que de su argumentación se sigue que, en caso de imperar otras condiciones en los mercados, dichos contratos serían menos objetables (vid. SATZ, D., “Markets in women’s reproductive labor”, *Philosophy and Public Affairs*, 21 (2), 1992, pp. 107-131; SATZ, D., *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015, pp. 173-180).

⁴⁷ Como Simone de Beauvoir expresó: “Es imposible asimilar simplemente la gestación a un trabajo o a un servicio como el servicio militar” (BEAUVOIR, S. de, *El segundo sexo*, op. cit., pp. 47-64) porque en el acto sexual, en la maternidad, la mujer no sólo compromete tiempo y fuerzas sino valores esenciales, y porque no es posible reducir a la mujer a una única dimensión.

⁴⁸ Vid. más ampliamente: GONZÁLEZ MORENO, J.M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, op. cit., pp. 41-132.

⁴⁹ NIETZSCHE, F.: *El nacimiento de la tragedia o Helenismo y pesimismo*, Madrid, Gredos, 2010, p. 5.

seres humanos que se desprenden de la dignidad o de la libertad, que son las exigencias que se entiende que catalizan los derechos⁵⁰ o, si más bien, como sostiene otro sector de la doctrina, estamos ante un mero deseo de paternidad/maternidad⁵¹. Así, por ejemplo, hay resistencias a considerar incluida la “gestación por sustitución” en el contenido del derecho a fundar una familia (respecto al cual la jurisprudencia ha precisado que no sería un derecho ilimitado y no incluiría la creación de lazos de filiación vía “gestación por sustitución”⁵²), o en el contenido del derecho a la procreación o a la reproducción.

De ahí que, a nuestro juicio, las iniciativas legislativas hayan optado por la ambigüedad deliberada como norma. En dichas iniciativas, aparte de que es confuso el modo en que se articula la “lógica” contractual con la estrategia de incardinar la “gestación por sustitución” en el contenido de otros derechos, no está claro en qué medida lo previsto – el denominado “derecho a la gestación por sustitución” - constituye el desarrollo⁵³ de derechos ya reconocidos en nuestro marco constitucional, o si más bien se trata de un derecho subjetivo creado por la propia ley o iniciativa legislativa. Las iniciativas legislativas, de modo repetitivo, insinúan - más que explicitan - conexiones de la “gestación por sustitución” con la protección que la Constitución reclama para la familia (artículo 39) o con los derechos reproductivos. Tampoco consta una fundamentación constitucional del “derecho a la gestación por subrogación” ni en la dignidad ni en la libertad. Y la forma ambigua en que se designa a sus titulares como “quienes hayan agotado o estén imposibilitados de acudir a las técnicas de

⁵⁰ Es lo que refiere de manera explícita y resumida LÓPEZ CALERA, N. M., *Introducción al estudio del Derecho*, Granada, Gráficas del Sur, S.A., 1981, pp. 176-179. De forma más amplia, aunque teniendo a la dignidad y a la libertad como el núcleo del fundamento de los derechos, puede verse: PECES BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado, 1995. Sobre todo, es la dignidad humana la que, de manera explícita e indiscutida, es considerada como el fundamento último del orden social, moral y jurídico (APARISI MIRALLES, A., *Maternidad subrogada y dignidad de la mujer*, op. cit., p. 165; BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Madrid, Cátedra, 2017, pp. 31-43).

⁵¹ Como se sostiene tanto en la doctrina (vid. por todos/as: SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120), como en los movimientos de mujeres en contra de la gestación por sustitución. Puede leerse, en concreto, el Manifiesto *No somos vasijas* [consultada: 20/1/2019]: <http://nosomosvasijas.eu>

⁵² Vid. el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015, sobre incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (*Tol 4.100.882*) (Fundamento de Derecho Quinto, punto 2, tercer párrafo del Auto del Tribunal Supremo mencionado (*Tol 4.722.714*) en el que se repite lo ya dicho en esta sentencia al respecto.

⁵³ Así en la PLCiudadanos, cuando se precisa que su objeto es *regular* el derecho a la gestación por subrogación (vid. su artículo 1). La cursiva es nuestra.

reproducción asistida”⁵⁴, no permite esclarecer cuál es el fundamento de este derecho (si la libertad, el derecho a la reproducción o el derecho a la salud...) ni tampoco su naturaleza.

En todo caso, lo que queremos señalar es que, entre los parámetros que deben tenerse en cuenta para determinar si la “gestación por sustitución” está incluida (o más bien, excluida) del contenido de otros derechos, deberían estar la dignidad, la libertad, la igualdad, reconocidos como principios en nuestro propio orden jurídico constitucional, y también la autonomía reproductiva de las mujeres. Parámetros que, por el momento, parecen ser olvidados. En el caso de esta última, la autonomía reproductiva de las mujeres, debido en buena medida a que no es reconocida ni protegida en todo su alcance en el orden jurídico⁵⁵. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos en que ha tenido que decidir demandas planteadas a propósito de supuestos sobre “maternidad de sustitución”, que son los términos que aparecen en sus sentencias, ha resuelto que la no inscripción en los registros civiles nacionales de los/as niños/as nacidos/as en el extranjero mediante maternidad de sustitución vulnera su derecho a la vida privada, porque afecta a su identidad⁵⁶, limitándose a proteger el interés superior de los/as niños/as. Y ha estimado que con la denegación de la inscripción registral o con el no reconocimiento de la filiación de los/as niños/as nacidos/as en el extranjero mediante maternidad de sustitución, no se ha producido una vulneración del derecho a la vida privada de las madres legales (subrogantes). De manera que, respecto de éstas, el Tribunal Europeo estaría diciendo que la decisión de procrear ejercida mediante maternidad por sustitución no está comprendida en el derecho a la vida privada y familiar (que es el derecho en el que este Tribunal ha incardinado, de manera general, las decisiones reproductivas de las personas). Sin embargo, y esto es lo que hay que resaltar, su posición no tiene por fundamento una valoración de la autonomía reproductiva de las mujeres, ni de otros bienes y valores fundamentales como la dignidad.

⁵⁴ Vid. la ILP (artículo 2) y la PLCiudadanos (artículo 4, y también el apartado II de la Exposición de Motivos, primer párrafo).

⁵⁵ GONZÁLEZ MORENO, J.M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, op. cit.

⁵⁶ Fundamentalmente, al entender la “vida privada” en sentido amplio, comprensivo no sólo de la identidad física sino también de la identidad social (párrafos 96 y 97 de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Mennesson c. Francia*, Demanda nº 65192/11, de 26 de junio de 2014). En el caso *Labassee c. Francia* (Demanda nº 65941/11, de 26 de junio de 2014) dice esto expresamente, y, en la misma línea, en el caso *Foulon et Brevet c. Francia* (demandas nº 9063/14 y 10410/14, de 21 de julio de 2016), en que el Tribunal Europeo manifiesta que las circunstancias del caso son las mismas que en los casos *Mennesson* y *Labassee*, ya decididos por él.

Asimismo, en los discursos jurídicos sobre la “gestación por sustitución” puede percibirse cómo se vincula a ésta con derechos cuyos titulares, o no están claros (como es el caso de los derechos sexuales y reproductivos) o son neutrales (en el caso del derecho a la reproducción), derechos que, además, no suelen comprender las decisiones reproductivas en sentido negativo (esto es, las decisiones de no reproducción) de las mujeres, decisiones que también habría que tener presentes en relación con la “gestación por sustitución”. En concreto, el derecho a la reproducción, al ser su formulación neutral, es esgrimido para demandar el acceso de los hombres solteros a la “gestación por sustitución”, aduciendo en su apoyo que, en caso de denegárseles dicho acceso se les estaría discriminando respecto a las mujeres solas, las cuales en nuestra legislación sí pueden acceder a las técnicas reproducción asistida. No obstante, no suele repararse en que dicho acceso se justificó, cuando se elaboró la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, en base al derecho a la maternidad de las mujeres como derecho fundamental y natural en la mujer⁵⁷, y no se consideró que constituyera una forma de discriminación de los hombres⁵⁸. De manera que, incluir o vincular la “gestación por sustitución” con el derecho a la reproducción de los varones, desde esa óptica de la neutralidad, supone más bien desconocer la especificidad que el ejercicio de la reproducción reviste para las mujeres (aparte de que, como hemos dicho más arriba, la “gestación por sustitución” no es una técnica⁵⁹).

En cuanto a la inclusión o puesta en conexión de la gestación por sustitución con la salud y con el derecho a la salud, responde a la inercia a considerar a aquélla como una “técnica” de reproducción asistida, y suscita menos discusión por la centralidad que la vida y la salud – de la mano de la técnica -

⁵⁷ Aunque nuestra legislación sobre reproducción asistida es ambigua a la hora de precisar sus objetivos, los debates parlamentarios sobre nuestra primera LTRHA, son clarificadores. En concreto, la Sra. Ruíz – Tagle Morales en su intervención en el Senado expresaba que “el acceso de toda mujer a las técnicas previsto en el artículo 6, 1 de la LTRHA, se basa en la Constitución, en los derechos fundamentales, en la dignidad humana, porque la mujer por vía natural puede ser madre... Junto a la concepción de una familia tradicional, de una familia por vínculo matrimonial, de una familia por vínculo de otro tipo, también puede existir esa concepción de la familia monoparental que existe en otros países... hay un derecho fundamental y natural en la mujer, que es el derecho a la maternidad y no se lo podemos restringir en una proposición de ley en la que estamos hablando de unas técnicas concretas” (cit. por ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994, p. 235).

⁵⁸ De hecho, la Ley citada fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, pero por otros motivos. *Vid.* todo el Fundamento Jurídico 13 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 116/1999, de 17 de junio de 1999. Recurso de inconstitucionalidad 376/1989 contra la Ley 35/88, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (*Tol 13.003*).

⁵⁹ En sentido estricto, realmente no lo sería. Fue enclavada, entre éstas, ciertamente, ya en los años 80, al tratar de temas de bioética y reproducción asistida tanto a nivel europeo como a nivel interno, pero para descartarla.

han adquirido en nuestro tiempo, en general⁶⁰. Los motivos de salud – esterilidad, infertilidad, infecundidad, incapacidad de gestar, conceptos no siempre bien definidos – son los que han propiciado la regulación de la “gestación por sustitución” en algunos países de nuestro entorno⁶¹ y la posición favorable a su legalización en un sector de la doctrina española.

Pero la óptica de la salud, que es una óptica neutral, también pasa por alto el hecho de que son las mujeres las principalmente afectadas. (Re) presenta a las mujeres comitentes como seres afectados por carencias que deben subsanarse por todos los medios y, sobre todo, tiene como principal objetivo a las mujeres “gestantes”, que son objeto de una selección que linda con lo eugenésico⁶² y de un control que no se limita a su propio cuerpo, de modo que hace difícil calificar la “gestación por sustitución” como un ejercicio de autonomía. Más bien la ha erigido en un (otro) campo de ejercicio del *biopoder*, de dispositivos que tienen un fin (biopolítico) de control sobre la vida humana natural para fomentar su reproducción, o más precisamente, como lo denomina Foucault, el “hacer vivir”. Un biopoder que, además, opera de modo selectivo, si tenemos en cuenta, como ya han denunciado buen número de autores/as, que las mujeres “gestantes” involucradas en las prácticas de “gestación por sustitución” son, sobre todo, mujeres de países pobres.

4. A modo de conclusión

Las dos estrategias que se articulan en los discursos para legalizar la “gestación por sustitución” de las que nos hemos ocupado en este trabajo (su configuración contractual y su inclusión o puesta en conexión con determinados derechos reconocidos jurídicamente) con todas sus ambigüedades y contradicciones, así como con todos sus silencios, hacia donde se encaminan es hacia el reforzamiento del hilo biológico, de la reproducción biológica de la vida humana, que es un fin biopolítico. Sin ir más lejos, cuando en las iniciativas legislativas se otorga centralidad a la procreación al considerar que de ella depende la supervivencia de la especie y se vincula a la familia al logro de este fin⁶³, lo que se está

⁶⁰ Una muestra de ello la constituye el concepto amplio de “salud” que da la Organización Mundial de la Salud en su propia Constitución, de 1946, como estado de completo bienestar físico, mental y social, y que implicaría, de ser tomado en serio, la obligación de los Estados de hacer todo lo posible para eliminar las enfermedades, de todo tipo.

⁶¹ Así Portugal, donde incluso el Tribunal Constitucional de ese país ha señalado que, por este motivo, la gestación por sustitución es “un factor de integración social” (en su Sentencia n° 225/2018, de 24 de abril, ya mencionada en la nota 27), o Grecia.

⁶² Entre los requisitos que se suelen establecer están los de tener buen estado de salud psicofísica, un buen estado de salud mental, haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad, no tener antecedentes de abuso de drogas o alcohol, entre otros.

⁶³ Es lo que se desprende de la PLCiudadanos (*vid.* su Exposición de motivos, V, primer párrafo).

diciendo es que la “gestación por sustitución” es la forma de fomentar esa reproducción de la especie y, en definitiva, una forma de constituir familias sobre la base del vínculo biológico, que es lo que le haría merecedora de la protección a que hace referencia el artículo 39 de la Constitución española. Una visión que, aparte de pugnar con principios y derechos de igual o mayor envergadura reconocidos también en la Constitución y que sirven de sustento a los derechos de las mujeres, a los que nos hemos referido en los epígrafes anteriores, parece reducir la familia a esa única función de reproducción – lo que hoy en día no sería compatible -, y contrasta con el propósito expresado en esas mismas iniciativas legislativas (de ser expresión de los cambios de percepciones sociales ante instituciones ligadas a nuevos modelos familiares) o con el énfasis que un sector de la doctrina pone en que la “gestación por sustitución” es una forma de privilegiar la maternidad social (de los/as comitentes) sobre la maternidad biológica (de la madre “gestante”), y la voluntad como una forma de creación de vínculos familiares.

Es la biología (representada no tanto por la sangre como por el gen) la que constituye el foco de atención. Ante todo, lo que la “gestación por sustitución” posibilita (y por lo que es practicada) es la continuación de la herencia genética – para algunas autoras, la herencia genética masculina, concretamente⁶⁴-. Y respecto a este fin biopolítico, el Derecho y los derechos son instrumentales. Ante la “realidad inexorable”, la “evolución social” que se dice que representa la “gestación por sustitución”, el Derecho tiene como misión adaptarse, so pena de quedar desbordado⁶⁵. Con lo cual se adopta una concepción sociologista, instrumental del Derecho o, más exactamente, de la ley: la ley debe regular, normar – y no prohibir – y, si es posible, satisfacer los deseos de los individuos (seres guiados por deseos que no pueden ser contrariados).

Una concepción que se ha convertido en la ontología del Derecho y que, para las mujeres, no necesariamente significa autonomía. En realidad, es una muestra de cómo el Derecho es parte del *biopoder*, al igual que otros mecanismos de control, y de que actúa, al igual que el *biopoder*, no mediante la coerción sino mediante la regulación, mediante la excitación de los deseos y de los derechos, o mediante la conversión de los deseos en derechos. No habría que olvidar a Foucault⁶⁶.

⁶⁴ La separación entre maternidad y cuerpos y mentes femeninas, a lo que conduce, según Pateman, es a la ampliación del Derecho patriarcal, a que la paternidad genética pueda asegurarse (PATEMAN, C., *El contrato sexual*, op. cit., pp. 295-299).

⁶⁵ Literalmente: “Una legislación desbordada por una realidad que deja sin contenido las estructuras lógicas y formales del derecho” (Voto Particular III, al Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015).

⁶⁶ Afirmación que hacemos al hilo del título del libro de Jean Braudillard, *Olvidar a Foucault*, Valencia, Pre-Textos, 1978.

5. Bibliografía

- ÁLVAREZ MEDINA, S., “La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia”, *RJUAM*, nº 35, 2017-I, pp. 145-170.
- ANDERSON, E. S., “Is Women’s Labor a Commodity?”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 19, nº 1 (Winter, 1990), pp. 71-92.
- APARISI MIRALLES, A., “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética XXVIII 2017/2ª*, pp. 163-175.
- ATIENZA, M., “Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida”, *Revista de Bioética y Derecho*, 14, 2008, pp. 4-9.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L., *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Madrid, Cátedra, 2017.
- BEAUVOIR, S. de, *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2013 (Éditions Gallimard, 1949).
- BELLVER, V.: “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, *Scio, Revista de Filosofía*, nº 11, noviembre de 2015, pp. 19-52.
- BRUNET, L. (dir.), *El régimen de subrogación en los Estados miembros de la UE*, Dirección General de Políticas Interiores, Departamento temático C: Derechos de los ciudadanos y asuntos constitucionales, Parlamento Europeo, 2012.
- BUTLER, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Barcelona: Paidós, 2007.
- CAMPS, V., “La autonomía, el principio «por defecto»”, *Bioética & Debat*, nº 17 (62), 2011, pp. 11-13.
- DELPEUCH, T., “Une critique de la globalisation juridique de style civiliste. État des réflexions latines sur la transnationalisation du droit à partir du Dictionnaire de la globalisation”, *Droit et Société*, nº 82, 2012/3, pp. 733-761.
- FERNÁNDEZ MUÑIZ, P.I., “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *Dilemata*, 26, 2018, pp. 27-37.
- FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber*, México, Madrid, Siglo XXI editores, 1987 (traducción de Ulises Guiñazú), 1ª edición en español, 1977 (México).
- FOUCAULT, M., *Un diálogo sobre el poder*, Madrid, Alianza Materiales, 1985.
- FOUCAULT, M., *Hay que defender a la sociedad*, Curso del Collège de France (1975-1976), Madrid, Akal, 2003.
- FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Biblioteca Nueva, Siglo XXI editores, 2012, 1ª ed. 1976.
- FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica*: Curso del Collège de France (1978-1979), Madrid, Akal, 2009.
- GARCÍA PASCUAL, C., “Autonomía de las mujeres y derechos reproductivos”, *Jueces para la Democracia*, nº 71, 2012, pp. 76-90.
- GINSBURG, R.B., “Some Thoughts on Autonomy and Equality in Relation to Roe v. Wade”, *North Carolina Law Review*, vol. 63, nº 2 (1985), pp. 375-386.
- GONZÁLEZ MORENO, J.M., *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho. Un ensayo filosófico jurídico*, Oviedo, Trabe, 2017.
- GUERRA PALMERO, M.J., “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, *Dilemata*, año 10, nº 26, 2018, pp. 39-51.
- GUERRA PALMERO, M.J., “Vivir con los otros y/o vivir para los otros. Autonomía, vínculos y ética feminista”, *Dilemata*, 2009, nº 1, pp. 71-83.

- HAN, B., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas del poder*, Barcelona, Herder Editorial, 2014.
- JÓNASDÓTTIR, A., *El poder del amor. ¿Le importa el sexo a la democracia?* Colección Feminismos, Madrid, Cátedra, 1993.
- KLAPPENBACH MINOTTI, A., “El liberalismo angélico”, *Claves de razón práctica*, nº 135, 2003, pp. 79-82.
- LAMM, E., “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret* 3/2012, 48 pp.
- LARA AGUADO, M.A., “La gestación subrogada: ¿una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, nº 8, junio, 2018.
- LÓPEZ CALERA, N.M., *Introducción al estudio del Derecho*, Granada, Gráficas del Sur, S.A., 1981.
- LÓPEZ GUZMÁN, J.; APARISI MIRALLES, Á., “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, XXIII, 2012/2ª, pp. 253- 267.
- MACKENZIE, C., STOLJAR, eds., *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- MEMMI, D.; TAÏEB, E., “Les recompositions du “faire mourir”: vers une biopolitique d’institution », *Sociétés contemporaines*, nº 75, 2009/3, pp. 5-15.
- MEYER, D., *Self, society, and Personal Choice*, Nueva York, Columbia University Press, 1989.
- MILL, J.S., *Sobre la libertad y otros escritos*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Colección Clásicos, Núm. 11, 1991.
- NEDELSKY, J., *Law’s Relations. A relational theory of self, autonomy, and law*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- NIETZSCHE, F.: *El nacimiento de la tragedia o Helenismo y pesimismo*, Madrid, Gredos, 2010.
- NUÑO, L., “Una nueva cláusula del contrato sexual: vientres de alquiler”, *Isegoría*, nº 55, julio-diciembre, 2016, pp. 683-700.
- PATEMAN, C., *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Iztapalapa, 1995, 1ª ed. 1988.
- PECES BARBA, G., *Curso de Derechos fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado, 1995.
- PITCH, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Madrid, Trotta, 2003, 1ª ed. 1998.
- PHILLIPS, A., *Our Bodies, Whose Property?*, Princeton, Princeton University Press, 2013.
- PHILLIPS, A., “It’s My Body and I’ll Do What I Like With It: Bodies as Objects and Property”, *Political Theory*, 39 (6), 2011, pp. 724-748.
- PULEO, A., “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre 2017, nº 29, 165-184.
- RODRÍGUEZ MAGDA, R.M., *Foucault y la genealogía de los sexos*, Barcelona, Anthropos, 2004.
- ROMEO CASABONA, C. M., *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994.
- SALAZAR BENÍTEZ, O., “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, mayo-agosto 2017, pp. 79-120.
- SAÑA, H., *Antropomanía. En defensa de lo humano*, Córdoba, Almuzara, 2006.

SATZ, D., “Markets in women’s reproductive labor”, *Philosophy and Public Affairs*, 21 (2), 1992, pp. 107-131.

SATZ, D., *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2015.

SAU, V., *Diccionario ideológico feminista*, Barcelona, Icaria Editorial, S.A., 1ª ed. 1981.

SAVATER, F., *Las preguntas de la vida*, Barcelona, Ariel, 2008, 1ª edición de 1999.

SHALEV, C., *Nascere per contratto*, Milano, Giuffrè editore, 1992.

SIEGEL, R., “Reasoning from the Body: A Historical Perspective on Abortion Regulation and Questions of Equal Protection”, *Stanford Law Review*, vol. 44., n° 1 (1992), pp. 261-381.