



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

EDITORIAL..... 1

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022, COORDINADO POR M. CASADO Y M. NAVARRO-MICHEL

La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor; orden público y derechos fundamentales. 5
Mónica Navarro-Michel

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza 29
Esther Farnós Amorós

Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An overview of the legal, regulatory, and ethical issues . . 55
Maria do Céu Patrão Neves

La maternidad subrogada en México. 75
Mariana Dobernig Gago

Reflexiones sobre el primer caso de triple filiación desde el nacimiento en Argentina. Por qué es importante establecer diferencias con la adopción y la subrogación del embarazo 93
Mariana Cristina

Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An overview of the legal, regulatory, and ethical issues 107
Manuel Atienza

La constitucionalización de los comités de bioética 125
Manuel Jesús López Baroni

El posthumanismo reproductivo a la vuelta de la esquina (explotación reproductiva 3.0). 145
Miguel Ángel Torres Quiroga

SECCIÓN GENERAL

La controversia bioética sobre el triaje durante la pandemia de la COVID-19 163
Jorge E. Linares Salgado

Significados de la humanización en cuidado crítico. Vivencias y acciones de profesionales sanitarios en Unidades de Cuidado Intensivo en Bogotá y Cartagena (Colombia) 183
Luis Alberto Sánchez-Alfaro, Yolima Carmona González, Yuri Viviana Silva Pinilla, Luisa Fernanda Garzón Ortiz, Mónica Alejandra Medina Carrión

BIOÉTICA ANIMAL

El debate en torno a prohibir o restringir más severamente la investigación con primates. Aprendizajes y estrategias. . . 207
Javiera Farga, Bernardo Aguilera

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

EDITORIAL: DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022, COORDINADO POR M. CASADO Y M. NAVARRO-MICHEL

OBSERVATORI DE BIOÈTICA I DRET DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA

La Revista de Bioética y Derecho se creó en 2004 a iniciativa del Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), con el soporte del Máster en Bioética y Derecho de la Universidad de Barcelona: www.bioeticayderecho.ub.edu/master. En 2016 la revista Perspectivas Bioéticas del Programa de Bioética de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) se ha incorporado a la Revista de Bioética y Derecho.

Esta es una revista electrónica de acceso abierto, lo que significa que todo el contenido es de libre acceso sin coste alguno para el usuario o su institución. Los usuarios pueden leer, descargar, copiar, distribuir, imprimir o enlazar los textos completos de los artículos en esta revista sin pedir permiso previo del editor o del autor, siempre que no medie lucro en dichas operaciones y siempre que se citen las fuentes. Esto está de acuerdo con la definición BOAI de acceso abierto.

En España, el Tribunal Supremo ha resuelto un nuevo caso de gestación por sustitución, en sentencia Nº 277/2022, de 31 de marzo de 2022. A diferencia del supuesto más típico, en que los padres de intención solicitan el reconocimiento de la filiación ya establecida por las autoridades extranjeras donde ha tenido lugar el nacimiento, en este caso, la solicitud que se hace es de reclamación judicial de filiación materna. El caso es el de una mujer sola que viaja al Estado de Tabasco, en México, para tener un bebé mediante la gestación por sustitución, sin tener ella vínculo genético alguno.

Nos ha parecido oportuno aprovechar esa sentencia para dedicar la sección monográfica en este número 56 de la revista a la reflexión sobre la gestación subrogada, que hemos titulado “Gestación por sustitución, con ocasión de la nueva sentencia del TS español de 31 de marzo de 2022”. El Observatorio de Bioética y Derecho ya había publicado en 2019 el “Documento sobre gestación por sustitución”, coordinado por María Casado y Mónica Navarro-Michel, que son también las coordinadoras de este dossier monográfico.

Este número cuenta con contribuciones diversas, que parten de realidades y enfoques distintos, muy alusivas a la falta de consenso en torno a la gestación por sustitución. Agradecemos a las autoras y autores que han respondido generosamente a nuestra llamada. Los trabajos que ahora publicamos proporcionan un rico panorama de cuestiones ético-jurídicas y muestran tanto el panorama jurídico interno como el derecho comparado. En primer lugar, la Dra. Mónica Navarro-Michel (U. de Barcelona, España) firma el artículo “La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales”. A continuación, la Dra. Esther Farnós (U. Pompeu Fabra, España) rubrica el artículo “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”. Seguidamente, contamos con tres artículos que contextualizan tres realidades diferentes: la Dra. Maria Patrão Neves (Grupo Europeo de Ética) firma su artículo “Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: an overview of the legal, regulatory, and ethical issues”, la Dra. Mariana Dobernig (U. Iberoamericana, México) con “La maternidad subrogada en México” y Mariana Cristina (FLACSO, Argentina) con su artículo “Reflexiones sobre el primer caso de triple filiación desde el nacimiento en Argentina. Por qué es importante establecer diferencias con la adopción y la subrogación del embarazo”. Cierra este dossier monográfico un set de artículos firmados por filósofos: el Dr. Manuel Atienza (U. Alicante, España) con su artículo “Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca”, el Dr. Manuel López Baroni (U. Pablo Olavide, España) con “La constitucionalización de los comités de bioética” y el Dr. Miguel Torres Quiroga (UNAM, México) con “El posthumanismo reproductivo a la vuelta de la esquina (explotación reproductiva 3.0)”. En la sección general tenemos dos artículos relacionados a la pandemia de la COVID-19: el Dr. Jorge

Linares Salgado (UNAM, México) reflexiona sobre “La controversia bioética sobre el triaje durante la pandemia de la COVID-19” y el artículo coral “Significados de la humanización en cuidado crítico. Vivencias y acciones de profesionales sanitarios en Unidades de Cuidado Intensivo en Bogotá y Cartagena (Colombia)”, firmado por Luis Alberto Sánchez-Alfaro (U. Nacional de Colombia) *et al.* Este número cierra con un artículo de la sección Bioética Animal: desde Chile, Javiera Farga (Fundación Derecho y Defensa Animal) y Bernardo Aguilera (U. San Sebastián) reflexionan sobre “El debate en torno a prohibir o restringir más severamente la investigación con primates. Aprendizajes y estrategias”.

No queremos cerrar este número sin dar un par de buenas noticias que nos llenan de satisfacción como equipo editorial: en primer lugar, la Revista de Bioética y Derecho ha recibido, por undécimo año consecutivo, la distinción de calidad e internacionalización que concede la Universidad de Barcelona a las revistas científicas editadas por la propia institución. Se trata de un reconocimiento al trabajo riguroso y a la apuesta del centro de investigación *Observatorio de Bioética y Derecho (OBD)- Cátedra UNESCO de Bioética* por el acceso abierto desde los inicios de la publicación en 2004, así como a la adopción de la política lingüística de la Universidad, y las recomendaciones internacionales en materia de igualdad y no discriminación. Por otro lado, la revista ha subido en las métricas y principales índices de impacto, quedando clasificada actualmente en el cuartil 1 para Derecho, Filosofía y Filosofía del Derecho en el portal bibliográfico, base de datos y repositorio DIALNET, de la U. de La Rioja (España).



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

La filiación derivada de gestación por sustitución: posesión de estado e interés del menor, orden público y derechos fundamentales

La filiació derivada de gestació per substitució: possessió d'estat i interès del menor, ordre públic i drets fonamentals

Filiation derived from gestational surrogacy: Possession of status and interest of the minor, public order and fundamental rights

MÓNICA NAVARRO-MICHEL*

* Mónica Navarro-Michel. Profesora Agregada de Derecho Civil. Miembro del Observatorio de Bioética y Derecho, Universidad de Barcelona (España). Email: m.navarro@ub.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1561-3729>.

El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “Nuevos desarrollos en la autodeterminación personal y familiar: del estatus a la autorregulación”, dirigido por el Dr. Josep Ferrer Riba, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2021-123985NB-I00).



Copyright (c) 2022 Mónica Navarro-Michel

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

El Tribunal Supremo español aborda un caso de gestación por sustitución en el que, una vez nacido el niño en un país extranjero, se reclama judicialmente la filiación materna en España para la mujer comitente o madre de intención, con la que no tiene vínculo jurídico, con base en la posesión de estado. En el asunto que resuelve la STS de 31 de marzo de 2022, la vía elegida por la parte demandante no es el reconocimiento de la filiación ya establecida por las autoridades extranjeras donde ha tenido lugar el nacimiento, sino la reclamación judicial de la maternidad, manifestada por la posesión de estado, en interés del menor. Ello obliga a analizar si la posesión de estado es un mecanismo de determinación de la filiación, y si el interés del menor debe llevar ineludiblemente a atribuir la maternidad legal a la mujer que desempeña el rol de madre, aun careciendo de vínculo genético. La STS incluye otras afirmaciones acerca del orden público y la vulneración de derechos fundamentales que, aun siendo importantes porque revelan la posición del más alto tribunal, no son relevantes para resolver el caso planteado.

Palabras clave: gestación por sustitución; filiación; posesión de estado; orden público; interés del menor; adopción.

Resum

El Tribunal Suprem espanyol aborda un cas de gestació per substitució en el qual, una vegada nascut el nen en un país estranger, es reclama judicialment la filiació materna a Espanya per a la dona comitent o mare d'intenció, amb la qual no té vincle jurídic, amb base en la possessió d'estat. En l'assumpte que resol la STS de 31 de març de 2022, la via triada per la part demandant no és el reconeixement de la filiació ja establerta per les autoritats estrangeres on ha tingut lloc el naixement, sinó la reclamació judicial de la maternitat, manifestada per la possessió d'estat, en interès del menor. Això obliga a analitzar si la possessió d'estat és un mecanisme de determinació de la filiació, i si l'interès del menor ha de portar ineludiblement a atribuir la maternitat legal a la dona que exerceix el rol de mare, fins i tot mancament de vincle genètic. La STS inclou altres afirmacions sobre l'ordre públic i la vulneració de drets fonamentals que, fins i tot sent importants perquè revelen la posició del més alt tribunal, no són rellevants per a resoldre el cas plantejat.

Paraules clau: gestació per substitució; filiació; possessió d'estat; ordre públic; interès del menor; adopció.

Abstract

The Spanish Supreme Court deals with a case of surrogacy in which, once the child is born in a foreign country, the maternal filiation in Spain is judicially claimed for the intended mother absent any genetic link based on the possession of status. In the case resolved by the Spanish Supreme Court of March 31, 2022, the legal path chosen by the claimant is not the recognition of filiation as established by the foreign authorities where the birth has taken place, but the judicial claim of maternity, manifested by the possession of status, in the child's best interest. This makes it necessary to analyse whether the appearance of filiation is a mechanism for determining filiation, and whether the child's best interest must inevitably lead to attributing legal maternity to the woman who plays the role of mother, even without a genetic link. The Spanish Supreme Court also refers to public order and how surrogacy violates fundamental rights, arguments which, although important because they reveal the position of the highest court, are not relevant in this particular case.

Keywords: surrogacy; filiation; public order; child's best interest; adoption.

1. Introducción

Antes de describir los hechos y centrar la controversia jurídica del caso resuelto por la STS de 31 de marzo de 2022, conviene hacer alusión a algunas normas sobre la gestación por sustitución en España.

1.1 La filiación derivada de la gestación subrogada

La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA) considera nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución, sean remunerados o gratuitos. Como es sabido, lo que es nulo no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, si la práctica llega a tener lugar, y ha nacido un niño o niña, la Ley establece normas sobre filiación. La maternidad legal queda determinada por el parto (art. 10.2 LTRHA), siguiendo la idea clásica *mater semper certa est*. Lo relevante a efectos legales es el hecho biológico del parto, con independencia del dato genético, es decir, de si el óvulo es de la mujer gestante, de la mujer comitente o de donante. El padre biológico que quiera ver reconocida su paternidad legal deberá ejercitar una acción judicial de reclamación de paternidad (art. 10.3 LTRHA).

Dada la prohibición legal en España de la gestación por sustitución, que puede llegar a tener incluso consecuencias penales, algunas personas viajan a otros países en los que la práctica es legal, para celebrar allí un contrato de gestación subrogada. Esto ha dado lugar al fenómeno de turismo reproductivo, aplicado no solo a la gestación subrogada, sino a cualquiera de las técnicas de reproducción asistida que el ordenamiento jurídico del lugar de residencia no permite. El nacimiento se inscribe en el Registro civil del país donde ha nacido, según las normas aplicables en ese Estado y, con posterioridad, los comitentes solicitan el reconocimiento de esa filiación en España.

La inscripción de nacimiento en el Registro civil español debe seguir las indicaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, que hoy recibe el nombre de Dirección General de Seguridad jurídica y Fe pública). La Instrucción de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución permite esa inscripción cuando al menos uno de los solicitantes sea español y presente una resolución judicial extranjera. No basta la presentación en el Registro civil español de una certificación registral extranjera (típicamente el acta de nacimiento), sino que es necesario aportar, como requisito *sine qua non*, una resolución judicial extranjera. Las personas que viajan a países cuya legislación sobre gestación subrogada no incluye un trámite ante la autoridad judicial (sea para autorizar

previamente, sea para aprobar posteriormente) no podrán beneficiarse del régimen de la Instrucción de 2010, que establece como único título válido la resolución judicial¹.

La Instrucción de la DGRN impone un control incidental previo de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se formalizó el contrato, para verificar que no se trata de un supuesto de tráfico de menores y que se protegen los intereses tanto de la mujer gestante (que su consentimiento ha sido válido, voluntario y revocable), como del menor (en lo relativo al derecho a conocer el origen biológico, lo cual exige quede constancia de la identidad de la mujer gestante)².

1.2 La STS de 31 de marzo de 2022: hechos y controversia jurídica

En el caso objeto de comentario, la vía elegida para atribuir la filiación legal a la mujer comitente o madre de intención no es el reconocimiento de esa inscripción de nacimiento en México, sino la reclamación judicial de la maternidad manifestada por posesión de estado, acción que interpone no la madre de intención, sino su padre, es decir, el abuelo de intención. Veamos³.

Aurelia, de 46 años y nacionalidad española, deseando tener un hijo sola, contacta con la empresa “México Subrogacy”, sociedad de responsabilidad limitada, para celebrar un contrato de gestación por sustitución en el Estado de Tabasco en México. Ni Aurelia (por problemas de infertilidad) ni la mujer gestante aportan material genético propio⁴, y la técnica empleada es la

¹ La DGRN dictó una nueva Instrucción, en fecha 14 de febrero de 2019, para admitir la posibilidad de inscribir una mera certificación registral extranjera, o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en el extranjero en el que conste la identidad de la madre gestante extranjera, siempre que se acredite la filiación del menor respecto de un progenitor español. Ello podía tener lugar o bien mediante sentencia recaída en procedimiento de filiación, o bien mediante reconocimiento de filiación paterna acompañado de la correspondiente prueba de ADN. Esta Instrucción se dictó para dar solución a los casos de gestación subrogada en Ucrania, país que no exige resolución judicial para la validez del acuerdo de gestación por sustitución ni para el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación con los comitentes. Esta solución permitía inscribir la paternidad tras la acreditación del vínculo genético mediante la prueba de ADN y, en un momento posterior, la pareja podía adoptar al menor. Sin embargo, la Instrucción no llegó a ser publicada en el BOE y cuatro días después la DGRN publicó una nueva Instrucción, de 18 de febrero de 2019, dejando sin efectos a la de 14 de febrero, volviendo al régimen establecido en la Instrucción de 2010.

² Para la práctica registral, me remito a Díaz Fraile, Juan María (2019) La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, pp. 53-131.

³ Los hechos están detalladamente descritos en la sentencia de la Audiencia Provincial, más que en la sentencia del Tribunal Supremo, como es habitual. Los nombres de las personas cambian: Aurelia es Rosaura, Pedro Enrique es Imanol, Luis Miguel es Claudio. La mujer gestante recibe el nombre de Antonia en la SAP, aunque permanece innominada en la STS.

⁴ De ahí que la gestante sea “sustituta”, no “subrogada”. Según el Código civil para el Estado de Tabasco, “se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”

fertilización *in vitro* con material genético procedente de donantes, con posterior transferencia de embriones.

En 2015 nace Pedro Enrique, fruto de esa gestación por sustitución, y el nacimiento se inscribe en el Registro civil de México. En la inscripción de nacimiento consta Aurelia como madre legal, sin mención de otro progenitor. El Registro civil central español deniega la inscripción del nacimiento de Pedro Enrique, indicando que puede solicitar la inscripción de nacimiento fuera de plazo previa obtención de determinación judicial de la filiación, o por adopción del menor. Tras el nacimiento, regresan a España, y Aurelia ejerce de modo real y efectivo las funciones de madre de Pedro Enrique, atendiendo y cuidando al menor. El menor tiene la nacionalidad mexicana, al no haberle sido reconocida la española, y los apellidos de Aurelia.

En 2018, Luis Miguel, padre de Aurelia, interpone una demanda judicial de determinación de la filiación materna de Aurelia por posesión de estado. La sentencia de Juzgado de Primera Instancia, de 19 de febrero de 2019, desestimó la demanda presentada, sentencia que fue revocada por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 1 de diciembre de 2020⁵. La SAP declara que Aurelia es la madre del menor Pedro Enrique, y ordena la inscripción en el Registro Civil respetando los apellidos que le impusieron al menor al nacer y constan en la documentación registral extranjera. El argumento principal es que, existiendo posesión de estado (actos continuados y reiterados que revelan la existencia de una relación de hecho asimilable a la filiación), es conforme con el interés superior del menor declarar la filiación reclamada.

El Ministerio Fiscal interpuso un recurso de casación por infracción de normas aplicables, en concreto, el art. 131 *in fine* del Código civil (CC) y el art. 10 LTRHA. El recurso presenta interés casacional por oponerse la sentencia recurrida a la doctrina del Tribunal Supremo sobre la determinación de la filiación de los nacidos tras un contrato de gestación por sustitución a favor de los padres comitentes en la STS 6 de febrero de 2014⁶.

La STS, Sala 1^a (Pleno), 277/2022, de 31 de marzo, rechaza los argumentos de la SAP. Centrada así la controversia en la posesión de estado y el interés del menor, conviene analizar si la posesión de estado es un mecanismo de determinación de la filiación, y si el interés superior del menor debe llevar ineludiblemente al establecimiento de vínculos legales entre la mujer que desempeña el papel de madre y el menor, aunque no existan vínculos genéticos. Además, y como

(art. 92.4^º). La aportación de material genético de la mujer gestante es relevante porque, si está casada, opera la presunción de paternidad del marido, siempre que haya convivencia, “excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare” (art. 92.5^º).

⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 947/2020, de 1 de diciembre.

⁶ STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014. Los comitentes solicitaron después la nulidad de actuaciones, que el TS denegó en el Auto 2 febrero 2015.

hace la sentencia, veremos la relación entre la gestación subrogada, el orden público y la vulneración de derechos fundamentales, para terminar con unas observaciones en torno al cauce legal que queda abierto para Aurelia, que es la adopción.

2. La posesión de estado en las acciones de reclamación de filiación

En la sentencia objeto de comentario lo que se pretende no es el reconocimiento de la inscripción registral mexicana, sino una cuestión distinta: la determinación de la filiación del menor conforme a la ley española, concretamente el art. 131 CC. Por tanto, es necesario analizar si es posible determinar la filiación (en este caso materna) manifestada por la posesión de estado, cuando la mujer comitente puede demostrar que lleva ocupándose del cuidado del menor nacido tras la práctica de la gestación subrogada, aunque no tiene vínculo genético con el menor.

Centrada en estos términos la petición judicial y, como cuestión previa, puede surgir la duda acerca de cuál es el Derecho aplicable, si el mexicano o el español, dado que el menor ha nacido en México y reside en España. El art. 9.4 CC establece que “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de establecimiento de la filiación.” El precepto añade otros criterios, de aplicación supletoria a falta de ley de residencia habitual, pero como en el momento de la interposición de la acción judicial el menor reside habitualmente en España, no hace falta indagar en ellos.

Resulta aplicable, por tanto, el Derecho español en su conjunto. La parte demandante alega que es aplicable el art. 131 CC, pero no el art. 10.1 LTRHA. El Tribunal Supremo confirma la aplicación del Derecho español, de conformidad con el art. 9.4 CC, y recuerda que “no puede aceptarse la aplicación del Derecho español en lo que interesa a la demandante y que no se aplique en lo que no conviene a su pretensión” (FJ 2).

El Código civil regula las acciones de reclamación de la filiación, sea materna y paterna, y el primer párrafo del art. 131 CC señala que “cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado”. La posesión de estado⁷ es una situación de hecho que, según la doctrina y la jurisprudencia, se caracteriza por tres elementos: *nomen*, *tractatus* y *fama*. *Nomen* hace referencia al uso habitual de apellidos del

⁷ Señala Quesada González, M^a Corona (2012) La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación, Bosch, Barcelona, p. 309, que “la posesión de estado debe su denominación a dos de las instituciones que más quebraderos de cabeza han causado a los juristas: la posesión y el estado civil. Por eso no debe extrañar que resulte difícil perfilar esta figura y explicar sus elementos.”

progenitor por parte del menor; *tractatus* es el trato que da una persona a otra como hijo, y que se manifiesta no solo en la asunción de obligaciones económicas, sino sobre todo en la relación afectiva, en las actividades ordinarias y habituales que comparten, en los actos y actitudes propios de un padre o una madre; la *fama* implica que esos actos tienen trascendencia en el ámbito público o social. El *tractatus* y la *fama* vienen a ser la manifestación interna y la externa de la relación de filiación: el tratar a una persona como hijo no queda reducido al ámbito interno doméstico, sino que ese trato se exterioriza, tanto porque terceras personas ven, perciben ese trato materno-filial, como por la forma de relacionarse con terceros, de modo que todos llegan a creer que son, efectivamente, madre e hijo. Los amigos, los vecinos, la escuela, el centro de atención primaria identifican la conducta como reveladora de una relación filial. La jurisprudencia exige que esos actos sean continuados y reiterados. La posesión de estado es, en definitiva, la apariencia de una relación familiar, “constante” y pública.

Visto el concepto, procede analizar qué funciones cumple esa posesión de estado. La doctrina civil distingue entre medios de determinación y medios de acreditación de la filiación. Los medios de determinación permiten establecer legalmente el vínculo jurídico de filiación, lo cual es indispensable para que genere efectos en el ámbito jurídico; los medios de acreditación otorgan legitimación para actuar en el tráfico jurídico, permiten demostrar esa filiación existente (como la certificación del Registro civil). La posesión de estado no es un medio de determinación de la filiación pues no está incluida en los preceptos que se ocupan de ellos⁸; la posesión de estado no permite, por sí misma, la constatación formal de la filiación. La posesión de estado es un medio de acreditación subsidiario, que sirve para demostrar la filiación ya determinada (art. 113 CC⁹), y es un medio de prueba que se aporta al proceso judicial para demostrar la filiación (art. 767.3 LEC¹⁰).

La posesión de estado, que es apariencia de filiación, no es, por sí misma, un medio que permita determinar la filiación, sino que es un medio de prueba indirecto de la filiación que se

⁸ Según el art. 115 CC “La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente: 1.º Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres. 2.º Por sentencia firme.” Dispone el art. 120 CC que “La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente: 1.º En el momento de la inscripción del nacimiento, por la declaración conforme realizada por el padre en el correspondiente formulario oficial a que se refiere la legislación del Registro Civil. 2.º Por el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 3.º Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 4.º Por sentencia firme. 5.º Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley del Registro Civil.”

⁹ Art. 113 CC: “La filiación se acredita por la inscripción en el registro civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado.”

¹⁰ Art. 767.3 LEC: “Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo.”

reclama o impugna y que facilita su determinación. Por eso las referencias a la posesión de estado se concentran en el capítulo del Código civil dedicado a las acciones judiciales de filiación, porque es en esa sede donde la posesión de estado despliega sus efectos¹¹. La posesión de estado es un elemento relevante en el Derecho español en la medida en que amplía el círculo de personas legitimadas para el ejercicio de las acciones judiciales, así como el plazo de ejercicio de esas de esas acciones. Ello es así para aumentar las posibilidades de reclamación, para que la situación de hecho coincida con la filiación formal. Habitualmente la filiación vivida coincide con la real, y cuando los tribunales establecen la filiación acreditada por posesión de estado, consideran probada la existencia de un vínculo biológico. La posesión de estado no es una homologación de la apariencia de filiación, a modo de confirmación de que, efectivamente, una persona ejerce el rol parental y lo quiere seguir ejerciendo, sino que es acreditación de que se comporta como padre o madre porque lo es, existiendo vínculo genético entre ellos. En el proceso judicial no puede quedar determinada una filiación por naturaleza manifestada por la posesión de estado si queda demostrado que la realidad biológica es otra. La STS de 31 de marzo de 2022 hace una aplicación correcta del concepto de posesión de estado¹², y no determina la filiación por naturaleza.

Conviene, finalmente, hacer algunas observaciones de carácter procesal. En primer lugar, puede surgir alguna duda acerca de si el abuelo de intención está legitimado para interponer la acción de reclamación de filiación. En principio parece que sí, dado que la legitimación para reclamar la filiación manifestada por la posesión de estado corresponde a “cualquier persona con

¹¹ La posesión de estado también puede tener relevancia en sede extrajudicial, para determinar la filiación mediante un acto de reconocimiento en el Registro civil. Según la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC), el reconocimiento de la filiación no matrimonial con posterioridad a la inscripción de nacimiento es posible mediante expediente aprobado por el Encargado del Registro Civil, siempre que no haya oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, si concurre alguna de las circunstancias mencionadas en el art. 44.7. Entre ellas, “2.ª Cuando el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo del padre o de la madre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia.” Ahora bien, si existe oposición, será necesario el ejercicio de la acción judicial de reclamación de filiación paterna o materna de que se trate. Luego la posesión de estado, por sí sola, no lleva a la determinación de la filiación, sino que es una circunstancia de hecho (esa apariencia de hecho) que permite atribuir validez a la declaración de reconocimiento de la filiación. El elemento que determina la filiación en este caso no es la posesión de estado, sino el reconocimiento o, en su caso, la resolución del Registro civil.

¹² En este sentido, Muñoz Rodrigo, Gonzalo (2022) Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. *Adopción, Actualidad civil*, nº 5, p. 11 (versión online impresa); Farnós Amorós, Esther, La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil* (en prensa. Agradezco a la autora el envío del artículo). Algunos autores, en trabajos publicados antes de conocerse el fallo de la STS, han sido críticos con la SAP, como Quicios Molina, M. Susana (2021) Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, de Yolanda Bustos Moreno y Virginia Múrtula Lafuente (coords.) Dykinson, Madrid, pp. 277-317, en p. 279, quien la califica de “desconcertante”. En cambio, otros se han mostrado conformes con el criterio de la SAP, como Múrtula Lafuente, Virginia (2022) La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, pp. 3424-3465, en pp. 3459-3460.

interés legítimo” (art. 131.1 CC)¹³. Este interés legítimo lo tiene, con carácter general, cualquier persona que pueda resultar directamente afectada por la decisión, sea en sus bienes o derechos. Otra cosa es que, analizada la petición, resulte desestimada, pero esto no se sabe hasta que se examine el fondo del asunto. El problema reside en el límite del segundo párrafo del art. 131 CC: “se exceptúa el supuesto en que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada”, que responde a la idea fijada en el art. 113.2 CC (“no será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”). La incompatibilidad entre filiaciones contradictorias impide reclamar una filiación que contradiga otra legalmente determinada, lo que obliga a impugnar simultáneamente la filiación contradictoria (art. 134 CC), lo que no se ha hecho en este caso.

En segundo lugar, no parece que la legitimación pasiva esté bien constituida. En los procesos de reclamación de filiación, son parte demandada las personas a las que se atribuya la condición de progenitores y de hijo (art. 766 LEC). Luego si la acción la interpone el abuelo de intención, los demandados deben ser la madre de intención y el menor. De los datos que constan, no parece que se haya demandado al menor, por lo que no está correctamente representado en el juicio¹⁴.

En tercer lugar, cabe hacer alguna precisión en cuanto a la acción ejercitada. El abuelo de intención interpone una “acción de determinación legal de la filiación materna por posesión de estado” aunque, en puridad, no se prevé legalmente una acción judicial de determinación específica y distinta de la acción de reclamación de filiación¹⁵. La acción de reclamación tiene como finalidad determinar una filiación que no consta (sea paterna o materna) o, cuando se ejercita junto con la acción de impugnación, porque la que consta formalmente no coincide con la realidad biológica. La acción judicial de reclamación de filiación no es una acción declarativa de la posesión de estado, sino una acción declarativa de la filiación en la que la prueba se aporta por medios indirectos, aquí la posesión de estado. Si la sentencia llega a establecer la maternidad, esa filiación queda determinada por la sentencia judicial, no por la posesión de estado (art. 120 CC). El tribunal habrá llegado al convencimiento de que la apariencia de hecho revela la relación biológica, pues el fundamento de la posesión de estado es la relación biológica.

¹³ En una futura reforma del Código civil, esta legitimación tan amplia podría verse reducida. Así, Barber Cárcamo, Roncesvalles (2018) Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación, en Retos actuales de la filiación, Asociación de profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, pp. 69-117, en p. 74, considera que debería quedar limitada a los progenitores y al hijo.

¹⁴ Quicios Molina, M. Susana (2021) Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, de Yolanda Bustos Moreno y Virginia Múrtula Lafuente (coords.) Dykinson, Madrid, pp. 277-317, en p. 315.

¹⁵ Quesada González, 2012, pp. 214-217.

En los últimos años, la posesión de estado ha cobrado un papel relevante en casos de doble maternidad derivada de técnicas de reproducción asistida (STS de 5 de diciembre de 2013 y de 15 de enero de 2014). Sin embargo, no parece que de estos casos concretos pueda extraerse la conclusión de que la realidad fáctica lleva ineludiblemente a la determinación de la filiación a pesar de la ausencia de una vinculación biológica, en la medida en que la posesión de estado viene a reforzar el consentimiento prestado ante el centro autorizado para la práctica de las técnicas de reproducción asistida¹⁶. La filiación derivada de doble maternidad y la filiación derivada de la gestación por sustitución son situaciones distintas que no es seguro deban tener la misma solución, máxime cuando una situación está admitida (art. 7.3 y 8 LTRHA), y la otra no (art. 10.1 LTRHA). En otro caso más reciente, de 27 de enero de 2022, no se consideró probada la posesión de estado.

3. El art. 10 LTRHA integra el orden público español

La STS objeto de comentario reitera, como ya hizo con anterioridad, que el contrato de gestación por sustitución es una práctica contraria, “manifiestamente contraria”, precisa ahora (FJ 3º.1), al orden público español. Esto deriva no solo del art. 10 LTRHA, que establece la nulidad de pleno derecho de los contratos de gestación por sustitución, sino de la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales. Sin embargo, aunque estemos de acuerdo con esa afirmación, resulta innecesaria esta referencia al orden público en la medida en que lo que tiene que resolver el tribunal no es un reconocimiento de documento extranjero (donde sí entra en juego el orden público) sino una cosa distinta: la reclamación de filiación materna.

En la medida en que la STS de 31 de marzo de 2022 hace afirmaciones en torno al orden público, será obligado introducir ahora alguna reflexión, aunque su aplicación es para otro tipo de casos, de reconocimiento en España de la filiación establecida al amparo de una legislación extranjera que permite la gestación subrogada. Con anterioridad, el Tribunal Supremo se ha ocupado de la filiación derivada de la gestación subrogada (STS 6 de febrero de 2014 y Auto TS 2

¹⁶ Son muchos los comentarios publicados de estas sentencias. Por citar solo algunos: Barber Cárcamo (2014), Doble maternidad legal, filiación y relaciones parentales, *Derecho Privado y Constitución*, nº 28, pp. 93-136; Farnós Amorós, Esther (2015) La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 5-61.; De la Fuente Núñez de Castro, Mª Soledad (2015) Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTs de 5.12.2013 y 15.1.2014, *Indret*, pp. 1-35; Cadenas Osuna, Davinia (2022), La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 69-114.

de febrero de 2015), en un caso de en que la solicitud giraba en torno al posible reconocimiento de un certificado de nacimiento extranjero (inscripción en el Registro civil de California). La demanda fue desestimada por resultar incompatible con el orden público español, constituido por los derechos fundamentales y el art. 10 LTRHA. La posición del Tribunal Supremo no ha variado en este punto.

El orden público puede ser un obstáculo al reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución plenamente válida en el extranjero. De todos modos, también hay que tener en cuenta que el Estado español aplica un orden público atenuado porque puede reconocer algunos efectos a situaciones jurídicas creadas en el extranjero, sin que ello conduzca ineludiblemente a la admisión de la institución que se opone al ordenamiento jurídico. La Instrucción DGRN de 2010 así lo avala. Basta pensar en la poligamia, que está prohibida en España, incluso sancionada penalmente, aunque puede generar algunos efectos.

La STS de 31 de marzo de 2022 menciona la relación entre gestación por sustitución y venta de niños. El Comité de los derechos del niño ha mostrado en varias ocasiones su preocupación en este sentido¹⁷. La Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, obliga a los estados a tomar todas las medidas necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños (art. 35)¹⁸. El Protocolo opcional de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General de la ONU el 25 de mayo de 2000, define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art.2.a)¹⁹.

La Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, presentó un Informe en la Asamblea General de la ONU, el 15 de enero de 2018, en el que afirmó de manera contundente que “la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños” (§41). La definición de venta de niños consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado²⁰); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado) (§42). Aunque la gestación

¹⁷ Comité de los derechos del niño, Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, 7 de julio de 2014, párr. 57 y 58; y Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América, 12 de julio de 2017, párr. 24 y 25.

¹⁸ El instrumento de ratificación fue publicado en el BOE, núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897-38904.

¹⁹ El instrumento de ratificación del protocolo fue publicado en el BOE, núm. 27, de 31 de enero de 2002, pp. 3917-3921.

²⁰ El traslado hace referencia no solo al aspecto físico de entrega del bebé, sino al traslado jurídico, que incluye la renuncia de la mujer gestante de la relación jurídica con dicho bebé, sino la atribución de la relación jurídica de filiación a los comitentes, con independencia

por sustitución de carácter altruista quedaría, por la ausencia misma de pago, excluida de la consideración de venta, lo cierto es que el informe advierte de que no debe quedar al margen del Protocolo facultativo, en la medida en que, si existe pago de ciertos reembolsos (que no son razonables, o no están detallados) o si participan intermediarios, podemos estar ante una venta encubierta (§69).

Sin embargo, no menciona la STS objeto de comentario que la propia Relatora especial matizó esa postura en un Informe posterior, presentado ante la Asamblea General de la ONU, el 15 de julio de 2019. Dada la diversidad de marcos regulatorios, este informe se centra en la necesidad de asegurar la protección de los derechos de los menores. La Relatora especial reconoce la dificultad de evaluar el interés superior del niño cuando ya ha nacido y vive con los comitentes, aunque admite que “rara vez redundaría en el interés superior del niño negarse a reconocer o conceder la paternidad que refleje la realidad vivida por el niño” (§ 44).

Esta es la idea que subyace los esfuerzos de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado que desde 2015 está trabajando en un instrumento internacional para regular el reconocimiento de la filiación derivada de gestación subrogada. En el Informe de 2019, la Relatora especial anima a los Estados a participar en la elaboración de ese convenio internacional porque, aunque reconoce que no quedarán resueltas todas las cuestiones de la gestación por sustitución, como mínimo se garantizará la seguridad jurídica de los niños.

Conviene examinar la regulación mexicana, pues a ese país acudió Aurelia para tener un hijo mediante la gestación por sustitución. En México no existe una regulación federal sobre la gestación subrogada, pero sí en algunos estados, permitiéndola (Tabasco y Sinaloa) o no (Querétaro), aunque la mayoría mantiene un silencio sobre esta práctica. Dado que Aurelia acudió a Tabasco, traigo aquí la legislación de ese estado. El estado mexicano de Tabasco introdujo en 1997 la posibilidad de inscribir en el Registro civil a los menores nacidos a partir de acuerdos de gestación subrogada. Esta mención tan breve abrió las puertas a esta práctica, pero la falta de regulación detallada unido al cierre de otros países a los extranjeros (India desde 2012, Tailandia desde 2014) convirtió a Tabasco en destino de turismo reproductivo.

Esa regulación más detallada se hizo en enero de 2016, a través de una reforma del Código civil para el Estado de Tabasco, con la inclusión de requisitos adicionales²¹. Los contratantes deben ser ciudadanos mexicanos; la mujer contratante debe presentar acreditación médica de imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero, y que tener entre 25 y 40 años (art. 380 bis 5). Sin embargo, algunas de estas disposiciones fueron

de cualquier vínculo genético.

²¹ La reforma modificó el art. 92 sobre la maternidad legal, y añadió el “Capítulo VI bis. De la gestación asistida y subrogada”.

revisadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que consideró que exigir nacionalidad mexicana a los comitentes resulta desproporcionado (hoy se exige, eso sí, residencia legal en México) y que las exigencias de edad e infertilidad de la mujer comitente constituyen una discriminación por razón de género y una injerencia indebida en la vida privada²². La misma suerte tuvo la prohibición de celebrar contratos de gestación en los que intervengan “agencias, despachos o terceras personas”, so pena de nulidad del contrato (art. 380 bis 4 Código civil para el Estado de Tabasco); la Suprema Corte la consideró contraria a la libertad de trabajo y comercio²³. Por tanto, aunque en 2016 el legislador quiso cerrar las puertas al turismo reproductivo e impedir aventuras como la de Aurelia, ciudadana española que contacta con una empresa mexicana para tener un hijo mediante gestación por sustitución en el Estado de Tabasco, la Suprema Corte permite que se repita en idénticos términos.

4. La gestación subrogada comercial vulnera derechos fundamentales

El Tribunal Supremo ha insistido en la idea de que la gestación subrogada vulnera derechos fundamentales, tanto de la gestante como del nacido. Señala que la gestación subrogada vulnera los derechos de la mujer gestante, en particular, la autonomía personal, la integridad física y moral, la intimidad y la confidencialidad médica, lo cual es contrario a su dignidad. Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia. En relación con el futuro niño, se le priva del derecho a conocer su propio origen y se le cosifica pues se le concibe como objeto del contrato. Además, dada la ausencia de control de la idoneidad de los comitentes, puede llevar a resultar gravemente lesivo para su integridad no solo moral, sino física.

Es de agradecer que el Tribunal Supremo haya reproducido literalmente una parte del contrato de gestación por sustitución firmado entre las partes (FJ 1^o.2), lo que permite conocer el contenido del mismo e identificar claramente aquellas cláusulas que vulneran derechos fundamentales. Seguidamente paso a exponer algunas de ellas, de forma resumida, y que hacen referencia a las obligaciones de la gestante durante el procedimiento de fertilización *in vitro*, durante el embarazo, y con posterioridad al nacimiento. La gestante queda obligada a la entrega

²² Para más detalles, Sosa Pastrana, Fernando (2022). La gestación por subrogación en México, en *La gestación por subrogación en América Latina*, N. Espejo Yaksic, C. Fenton-Glynn, F. Lathrop Gómez, J.M. Scherpe, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 262-263.

²³ Sosa Pastrana, p. 268.

física del niño (que vendría a ser el objeto del contrato), y renuncia a sus derechos como madre. Además, llama la atención que las decisiones más fundamentales quedan en manos de la futura madre; la gestante parece que renuncia también a dar su consentimiento médico durante todo el proceso, antes, durante y después del embarazo: las decisiones recaen sobre la futura madre y/o el médico especialista, y la gestante ni siquiera parece tener derecho a opinar. Veamos:

(a) Durante el procedimiento de fertilización *in vitro*

Antes de iniciar la fertilización *in vitro*, la gestante será sometida a evaluaciones físicas y psicológicas no solo según criterio médico, sino según criterio de la llamada futura madre. Así, el contrato dispone que la gestante se someterá a exámenes médicos, análisis de sangre y otras pruebas psicológicas que determine la futura madre, para que el médico determine si la gestante sustituta es apta para este procedimiento. La gestante renuncia a todos los derechos de confidencialidad médica y psicológica, permitiendo a los especialistas que la evalúan compartir dichos resultados con la futura madre.

Durante el proceso de fertilización *in vitro*, la gestante no recibe compensación alguna. “En caso de que la gestante sustituta se someta a 2 (dos) ciclos o más de fertilización *in vitro* y ésta no llegase a quedar embarazada, no habrá compensación.” Eso sí, la futura madre pagará todos los honorarios generados por el proceso médico.

El proceso de fertilización *in vitro* obliga a las partes a “A.- Llevar a cabo tantas transferencias embrionarias sean necesarias, a la misma gestante sustituta, hasta terminar con todos los embriones salvo que el médico especialista determine que la gestante sustituta no está apta para continuar con más intentos. B.- Llevar a cabo hasta las transferencias de 3 (tres) embriones por cada ciclo de reproducción asistida. C.- No existirá la posibilidad de reducción embrionaria. D.- La gestante sustituta se compromete y obliga a seguir todas las instrucciones del médico de fecundación *in vitro* hasta ser derivado con su obstetra, la gestante sustituta comprende que deberá tomar medicamentos para el ciclo de transferencia de embriones por vía oral, por inyección o intravaginal en horarios específicos durante periodos prolongados de tiempo según las instrucciones del médico de fecundación *in vitro*. E.- La gestante sustituta se deberá presentar a todas las pruebas médicas determinadas por el médico de fecundación *in vitro* incluyendo sin limitación: ultrasonidos y pruebas frecuentes de sangre. [...] G. La gestante sustituta deberá permanecer 3 (tres) días en cama después de la transferencia de embriones.”

(b) Durante el embarazo

El contrato establece las conductas a seguir y las conductas a evitar durante el embarazo de la gestante sustituta. La gestante podrá recibir instrucciones y recomendaciones médicas, “que pueden incluir pero no están limitados a: mantener una dieta consistentemente nutricional, procedimientos de ultrasonidos frecuentes, prolongada abstinencia de relaciones sexuales, abstenerse de tatuajes, perforaciones en el cuerpo y efectos o cirugía estética, interrupción del ejercicio vigoroso, la prohibición de la auto administración de medicamentos por vía oral o por inyección.” Entre las conductas a evitar por la gestante, se incluye expresamente las siguientes: se compromete a no fumar tabaco u otras hierbas, ni a exponerse a los humos del tabaco, a no ingerir bebidas alcohólicas, bebidas energéticas, bebidas con cafeína, a no tomar drogas ilegales, ni a tomar hierbas o medicamentos naturales sin el consentimiento del médico tratante; no comerá carne o pescado crudo, ni se expondrá a excrementos de animales ni se someterá a esfuerzos físicos; la gestante se abstendrá de participar en cualquier actividad, ocupación o empleo que pueda afectar negativamente al embarazo, según las instrucciones médicas, incluyendo sin limitación levantar objetos pesados, radiografías no esenciales, exposición a sustancias químicas nocivas, deportes o actividades peligrosas. Estas indicaciones son las propias de cualquier embarazo. La única diferencia aquí es que se configuran no como recomendaciones, sino como obligaciones.

Lo que identifica este embarazo “por encargo” respecto a otros embarazos son los aspectos que señalo a continuación, algunos de los cuales afectan a derechos fundamentales. Primero: el médico ginecólogo es seleccionado por la futura madre, no por la gestante. Segundo: la gestante queda obligada a “informar semanalmente a la futura madre, a través de la persona coadyuvante, sobre toda la información, pruebas, resultados médicos, ecografías y citas médicas relativas al embarazo”. Tercero: la gestante asume la obligación de “someterse a pruebas al azar sin aviso previo de detección de drogas, alcohol o tabaco según la petición de la futura madre o por recomendación del médico tratante”. Cuarto: la futura madre queda autorizada no solo a hablar directamente con el médico tratante de cuestiones relacionadas con la salud del feto, sino que podrá estar presente en todas las citas médicas relacionadas con el embarazo, de forma presencial o mediante representante designado por la sociedad mercantil “México Subrogacy”. Quinto: “La gestante sustituta no podrá salir de México durante la vigencia del presente acuerdo, además a partir de la confirmación del embarazo de gestación no podrá salir de la ciudad donde reside, ni realizar un cambio de domicilio, salvo que tenga un permiso por escrito de la futura madre en caso de suma urgencia para un viaje a otra ciudad el cual en ningún caso podrá dilatarse más de 4 (cuatro) días. También deberá informar a la futura madre la dirección de hospedaje e itinerario de su viaje.” Sexto: “A partir de la semana 30 (treinta) de gestación la gestante sustituta no podrá

alejarse a más de 50 (cincuenta) millas del hospital elegido para el nacimiento del niño, salvo que sus actividades habituales les obliguen a ello y previa autorización de la futura madre, a través de la persona coadyuvante en tal virtud la gestante sustituta se compromete a cambiar su domicilio a la ciudad de DIRECCION000 Tabasco en el sexto mes de gestación, donde se quedará hasta el parto, siendo la futura madre quien cubrirá los gastos que esto genere, a través de la persona coadyuvante”. Séptimo: a solicitud del médico o de la futura madre, la gestante sustituta deberá someterse a “pruebas de diagnóstico prenatal y pruebas de diagnóstico amniocentesis, muestras la velloidad crónica, ultrasonido de alta resolución para las pruebas de paternidad o para determinar la salud del feto”. Octavo: en caso de que la gestante sustituta sufriera una enfermedad o lesión potencialmente mortal²⁴ (p.ej. muerte cerebral) “la futura madre tiene el derecho a mantenerla con vida con un soporte vital médico, con el objetivo de salvar al feto hasta que el médico tratante determine que está listo para el nacimiento. La firma de este acuerdo es la autorización de la gestante sustituta para permitir esas acciones médicas de soporte de vida por parte de la futura madre, los gastos médicos derivados de dicho soporte serán asumidos por la futura madre.”

El contrato incluye alguna referencia a la interrupción del embarazo, en los siguientes términos: “A.- La futura madre no podrá cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta. B - La futura madre y la gestante sustituta están de acuerdo en no seleccionar el número de fetos en el caso de un embarazo múltiple. C.- La gestante sustituta está de acuerdo en que sólo se someterá a un aborto cuando un médico tratante o un especialista determine con un certificado por escrito que la vida o salud de la gestante está en peligro. La gestante sustituta se compromete a informar a la futura madre antes de un aborto.”

En esta etapa del proceso, la obligación de la futura madre consiste en el pago de cantidades diversas, relacionadas con los gastos médicos y otros que se deriven del contrato. En relación con la compensación a la gestante, debe pagar una compensación a de 6.000 dólares, a pagar en seis cuotas de 1.000 dólares al mes, empezando a partir del tercer mes confirmado de embarazo. Sin embargo, parece que esta compensación entra en juego solo en el caso de un embarazo múltiple. El TS no recoge la cláusula en la que consta la compensación que recibe la sociedad mercantil, así como los seguros, en su caso.

²⁴ Esta cláusula se encuentra bajo la rúbrica “emergencia médica o soporte de vida”. El Tribunal Supremo solo incluye la parte que regula la situación en que la mujer está en una situación potencialmente mortal, pero no ha incluido la parte de la cláusula dedicada a la emergencia médica. Me inclino a pensar que, dado el papel que juega la futura madre, será esta también la que decida en caso de emergencia médica, y no la mujer gestante.

(c) Parto y después del parto

Cuando llegue el momento del parto, la gestante deberá informar de manera inmediata a la futura madre y a la sociedad mercantil “México Subrogacy”, y el nacimiento tendrá lugar en el hospital seleccionado previamente por la futura madre, salvo emergencia. La futura madre podrá estar presente en el momento del nacimiento del niño. La gestante acepta someterse a una cesárea, salvo indicación contraria del médico.

El niño será entregado a la futura madre “inmediatamente después del parto”²⁵. Es la futura madre la que elige el nombre del menor, y la gestante deberá autorizar al hospital a que ponga los apellidos de la futura madre, y a que el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica. La gestante renuncia también al derecho a tomar decisiones médicas por el niño después del nacimiento.

La futura madre será responsable del niño que nazca en virtud del contrato, sea sano o no. La futura madre no puede revocar su consentimiento (“no puede cancelar el embarazo, excepto para preservar la vida de la gestante sustituta”) y después del nacimiento será la madre legal, aunque el niño tenga “deficiencias físicas, psíquicas, neurológicas o cualquier otra deficiencia”.

Existe una asunción de riesgos por parte de la gestante, que ha recibido información oportuna sobre ellos, con liberación de responsabilidad civil y penal a la futura madre en caso de daños causados por la gestación. Parece que la gestante asume también el deber de estar informada de esos riesgos, pues no existe un correlativo deber de informar²⁶, que entiendo debería ir a cargo de la propia entidad mercantil. Es posible (la parte del contrato transcrito no lo incluye) que se haya concertado un seguro en favor de la gestante en caso de daños, dada la rúbrica de una de las cláusulas (“compensación, reembolso, seguros y otros costos”).

Por todos estos motivos, la STS recuerda la Resolución del Parlamento europeo, de 17 de diciembre de 2015²⁷, en la que condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como

²⁵ Lo repite varias el contrato: cláusula 1ª, 16ªE y 19ªB. La cláusula 16ªE incluye también esta referencia, que puede resultar contradictoria: la gestante sustituta autoriza a que “el hospital entregue al niño a la futura madre al momento de darle el alta médica”. Si la gestante desaparece del plano jurídico inmediatamente después del parto, esta referencia a la alta médica del nacido resulta innecesaria.

²⁶ “La gestante sustituta reconoce haberse informado médicamente y psicológicamente de todos los riesgos derivados al proceso de antes, durante y después de la entrega del niño, incluido, pero no limitando, la muerte, la pérdida de un órgano reproductor, depresión, problemas de fertilidad en el futuro, etc. La gestante sustituta libera a la futura madre de cualquier responsabilidad civil o penal que deriven de estos riesgos asociados al proceso de gestación sustituta y acepta que la futura madre sólo se hará cargo de los pagos determinados en el presente acuerdo”.

²⁷ Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo 2014 y la política de la Unión Europea al respecto.

materia prima, y estima que debería ser prohibida. Habría que añadir, además, que, en 2016, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechazó elaborar recomendaciones sobre la gestación subrogada, al entender que es incompatible con la dignidad de la mujer y del niño, y constituye una violación de sus derechos fundamentales.

La STS afirma que “no es preciso un gran esfuerzo de imaginación para hacerse una cabal idea de la situación económica y social de vulnerabilidad en la que se encuentra una mujer que acepta someterse a ese trato inhumano y degradante que vulnera sus más elementales derechos” (FJ 3º.8). E incluye también duras palabras contra las agencias intermediadoras cuyo negocio es este tipo de prácticas, constatando cómo actúan en España sin traba alguna, mediante la publicidad (que es ilícita²⁸) y la organización de ferias en las que publicitan y promueven sus servicios. Con frecuencia se publican noticias sobre personas famosas que reconocen haber ido al extranjero para tener un hijo mediante gestación por sustitución, “sin que las administraciones competentes para la protección de menores adopten medida alguna para hacer efectiva esa protección” (FJ 4º.6).

5. El interés del menor y la vía de la adopción

La Audiencia Provincial establece una filiación materna a partir de la existencia de una apariencia de filiación, con base en el interés superior del menor, que es un principio rector del ordenamiento jurídico (art. 2.2 LOPJM²⁹). Uno de los argumentos que subyace esta postura es que, en el caso concreto, la adopción no es posible, dado que no concurren los requisitos exigidos (de diferencia de edad entre el adoptado y el adoptante); para la STS la adopción sí es posible, y apunta el camino legal a seguir. Es preciso analizar, por tanto, si el interés del menor es un criterio suficiente para determinar una filiación en este caso en que no hay vínculo genético, y si la vía de la adopción es o no viable.

El interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado³⁰, de difícil concreción, con un triple contenido³¹. Es un derecho del menor, directamente exigible; un principio general

²⁸ Es ilícita “la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución” (art. 3.a) de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad).

²⁹ Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, con las importantes reformas introducidas por leyes posteriores: Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

³⁰ Desde el Convenio sobre los derechos del niño, aprobado por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989.

³¹ Como destaca la exposición de motivos (II, 1º) de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

de carácter interpretativo, que sirve para interpretar normas confusas o para colmar sus lagunas, y es también una norma de procedimiento, que exige ser tenido en cuenta en todos los procesos de toma de decisiones que afecten al menor³². La dificultad reside en que, una vez admitida la prioridad del interés del menor frente a otros intereses concurrentes, no hay acuerdo sobre cuál es ese interés y en qué se materializa. En todo caso, el interés del menor no debe ser valorado en abstracto, sino en concreto, teniendo en cuenta las circunstancias especiales de cada caso.

¿Cuál es el interés de este niño concreto, que ha nacido de gestación por sustitución en México que ahora vive con la mujer que puso en marcha la gestación por sustitución y que actúa, a todos los efectos, como madre? El menor tiene interés, por un lado, en crear vínculos jurídicos (no solo afectivos) con las personas que se ocupan adecuadamente de él, por los importantes efectos que despliega (relaciones paterno-filiales, obligación de alimentos, derechos sucesorios, entre otros). Además, tiene interés en no ser separado de la única familia que conoce, máxime cuando llevan ya siete años de convivencia real y efectiva como familia *de hecho*. Por otro lado, tiene interés en una identidad (nombre, nacionalidad, filiación) que permanezca inalterada, sin variación en función del lugar en el que se encuentra. De momento, es hijo de la mujer comitente para el Derecho mexicano e hijo de la mujer gestante para el Derecho español.

El interés superior de Pedro Enrique lleva a atribuir la filiación materna a Aurelia. Ahora bien, el criterio del interés superior del menor no es una varita mágica que permita generar vínculos jurídicos que sean beneficiosos o útiles al menor, sin ninguna otra consideración. Este interés debe encontrar su cauce legal, pues no basta quererlo para que se determine la filiación materna. Como afirmó con anterioridad el Tribunal Supremo, la invocación indiscriminada del “interés del menor” no puede servir para “hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas.” (STS 6 de febrero de 2014, FJ 5º.5).

El interés del menor no puede servir para incumplir la ley o ignorar los mecanismos legales previstos. El cauce legal que puede llevar a la creación del vínculo jurídico de filiación, a falta de relación biológica, es la filiación adoptiva. Es la vía a la que remiten los tribunales (de primera instancia, el Tribunal Supremo) que desestiman la demanda. Y, como veremos, la que el TEDH recomienda. La sentencia del Juzgado de primera instancia, tras desestimar la demanda, termina indicando que Aurelia podrá instar ante las autoridades competentes (en su caso, la Dirección General de la Familia y del Menor de la Comunidad de Madrid) la tramitación de expediente de

³² Para más detalles, García Rubio, M^a Paz (2020) ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n^o 13, pp. 14-49.

guarda o acogimiento familiar previo a la adopción del menor y, declarada la filiación por adopción, inscribir al menor en el Registro Civil con los apellidos que fueron impuestos al menor al nacer. La SAP, sin embargo, afirma que la adopción es inviable por la diferencia de edad existente entre ella y el menor, que supera los 45 años contemplados como máximo por el art. 175.1 CC.

Para el Tribunal Supremo, este límite no resulta aplicable porque el expediente de adopción no se tramita a propuesta de una entidad pública encargada de la protección de menores, sino a iniciativa de la persona adoptante, lo cual es posible si concurre alguna de las circunstancias previstas. Y una de las circunstancias legales es “llevar más de un año en guarda con fines de adopción” (art. 176.2.3º CC). Por ahora, el menor está bajo la guarda de Aurelia (art. 237 CC), pero esta guarda de hecho no coincide exactamente con la guarda con fines de adopción. Aurelia, como guardadora de hecho del menor, puede solicitar a la entidad pública encargada de protección de menores la constitución de un acogimiento temporal hasta que se constituya la adopción, así como facultades tutelares (art. 237.1 CC), aunque no parece necesario. En todo caso, el expediente de adopción exige una serie de pruebas para acreditar que Aurelia es persona idónea, además de la intervención del Ministerio fiscal. En el proceso judicial quedó acreditado que Aurelia tiene un trabajo estable y bien remunerado, que satisface las necesidades educativas y de atención médica del menor; el niño considera a Aurelia como madre y a Luis Miguel y esposa como abuelos, quienes a su vez consideran al niño como hijo y nieto, respectivamente. El Tribunal Supremo parece confiado en que la adopción culminará con éxito.

La adopción es también la opción señalada por el TEDH (Gran Sala), en el Dictamen de 10 de abril de 2019, en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente, a partir de la solicitud formulada por la *Cour de Cassation* francesa³³. Si bien la Gran Sala no contesta exactamente las preguntas formuladas³⁴, concluye con las siguientes afirmaciones. En primer lugar, y en cumplimiento del derecho del niño al respeto de su vida privada (art. 8 CEDH), el Derecho interno debe prever el reconocimiento de una relación paterno-filial con la madre comitente, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en

³³ El Protocolo nº 16 al CEDH permite a los altos tribunales de los países firmantes solicitar al TEDH que emita opiniones consultivas sobre cuestiones relacionadas con la interpretación o aplicación de los derechos recogidos en el CEDH. Las opiniones consultivas serán solicitadas en el marco de asuntos que estén en trámite ante la jurisdicción nacional, serán emitidas por la Gran Sala, y no serán vinculantes. Francia es uno de los países que han firmado y ratificado el Protocolo nº 16, que entró en vigor el 1 de agosto de 2018. La primera solicitud planteada fue precisamente ésta sobre la gestación por sustitución, en el largo caso *Menesson*.

³⁴ Ver el análisis de Lazcoz Moratinos, Guillermo y Gutiérrez-Solana Journoud, Ander (2019) La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo nº 1, Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 11, nº 2, pp. 673-692.

el extranjero como "madre legítima". En segundo lugar, este derecho no exige un reconocimiento automático del certificado de nacimiento extranjero por parte del Registro civil nacional, sino que pueden utilizarse otros medios, como la adopción del niño por la madre comitente. Eso sí, advierte que el procedimiento establecido por la legislación nacional debe garantizar prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño³⁵.

Por tanto, este dictamen u opinión consultiva del TEDH contempla la necesidad de que exista un mecanismo que lleve al reconocimiento de la maternidad de la mujer comitente, y señala que la adopción es una vía adecuada, eludiendo mencionar cuáles pueden ser esas otras vías. Lo que aclara ahora la STS objeto de comentario es que en España la reclamación de filiación por posesión de estado no es una de las vías legales para esta finalidad, y sí lo es la adopción. Ya señaló la vía de la adopción en la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014, confirmada por Auto de 2 de febrero de 2015, una vez establecida la filiación paterna del que ha aportado material genético, para generar vínculos con su cónyuge o pareja de hecho.

Podrá alegarse que la adopción es un proceso largo que resulta inconveniente, pero es un inconveniente transitorio³⁶ y que permite un control público en aras a la protección del menor. En ausencia de relación biológica entre comitente y menor, cuando existe una convivencia efectiva y afectiva entre ambos, que tenga una duración relevante, esa familia *de facto* puede ser protegida, creando vínculos de filiación adoptiva. Es cierto que la adopción, como mecanismo para proteger a la familia de hecho, no siempre es viable, y que los padres comitentes no siempre cumplen los estrictos requisitos de la adopción. En ese caso, los jueces no tendrán otra opción y deberán desestimar la solicitud de adopción. Pero las valoraciones sobre la idoneidad del adoptante no son meros obstáculos, sino que deben percibirse como actuaciones necesarias para proteger a los menores. En algunos casos muy excepcionales las autoridades han intervenido para apartar al menor de los comitentes, solución amparada incluso por el TEDH, pero la convivencia en estos casos era breve³⁷. Nada indica que eso vaya a ocurrir en el caso de Aurelia.

³⁵ Destaca Álvarez, González, Santiago (2021) Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa, *Revista de Derecho Civil*, nº 2, pp. 193-219, en p. 217, que "si bien la doctrina del Dictamen es genuinamente "internacional" por el supuesto sobre el que recae y la solución que proporciona, la doctrina *Mennesson* hace abstracción de tal nota de internacionalidad: el derecho de los nacidos a ver establecida su verdadera identidad biológica no sabe de lugares de nacimiento".

³⁶ La tramitación del expediente de adopción tendrá carácter preferente, según dispone el art. 34.1 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria.

³⁷ El TEDH no consideró en *Paradiso y Campanelli contra Italia*, sentencia de 24 de enero de 2017 (Gran Sala) que la interferencia de las autoridades italianas fuera desproporcionada, teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre los demandantes y el menor nacido por gestación por sustitución en Rusia y el breve período de tiempo que convivieron (8 meses), o en el caso *D. y otros contra Bélgica*, sentencia de 8 de julio de 2014, respecto a un menor nacido en Ucrania (3 meses).

6. Observaciones finales

Con independencia de la valoración que merezca la gestación por sustitución³⁸, el Tribunal Supremo en el caso de autos debe resolver la petición de reclamación de maternidad. En este caso concreto, dada la acción ejercitada y los motivos del recurso, la argumentación debe centrarse en la posesión de estado y en el interés del menor; todo lo demás (orden público, vulneración de derechos fundamentales) son afirmaciones *obiter dicta*.

El ordenamiento jurídico español no ha habilitado un cauce jurídico para reclamar la maternidad en casos como el previsto: mujer sola que quiere tener un hijo mediante la gestación subrogada en el extranjero sin aportar material genético. La STS de 31 de marzo de 2022 es correcta desde el punto de vista jurídico, ya que la posesión de estado, como hemos visto, no es un medio de determinación de la filiación a falta de vínculo biológico. Ahora bien, existe una vía que desemboca en la creación de ese vínculo jurídico, y esa es la adopción.

Existe un camino trazado para los que acuden a otros países a tener un hijo por gestación por sustitución: o reconocimiento de la resolución judicial extranjera conforme a la Instrucción de 2010 (con independencia de la procedencia del material genético), o acción de reclamación de paternidad (cuyo éxito dependerá del dato genético), con posterior adopción del menor por parte del cónyuge o pareja de hecho. La sentencia objeto de comentario añade que la adopción es también el cauce legal para la mujer sola, sin vínculo biológico con el menor nacido de gestación por sustitución, siempre claro, que cumpla los requisitos para ello³⁹.

Los defensores de erigir la voluntad procreacional como fundamento de la filiación verán en este caso una oportunidad perdida. Sin embargo, las normas aplicables a la reclamación de filiación son las que son, y el interés del menor no lo puede todo. El deseo de tener hijos no puede llevar a eliminar el control público de la situación creada. Si esta solución no resulta satisfactoria, deberán modificarse las leyes para dar cabida al elemento volitivo en la determinación de la maternidad derivada de reproducción asistida. La reforma normativa exige consenso

³⁸ Me parece que la gestación por sustitución no debería ser un medio alternativo para tener hijos, como argumenté en Navarro-Michel, Mónica (2018). La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?, en R. García Manrique (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 237-258. Igualmente, Casado, M., y Navarro-Michel, M. (Coords.) (2019). *Documento sobre gestación por sustitución*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret, Universitat de Barcelona. Accesible en http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf.

³⁹ Así ha ocurrido en dos sentencias recientes del TEDH, en el asunto *Valdís Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia*, 18 de mayo de 2021, y en *A. M. c. Noruega*, de 24 de marzo de 2022. Véase el comentario de Farnós Amorós, en un artículo publicado en esta misma Revista de Bioética y Derecho.

parlamentario y debate social; no es algo que puedan decidir los jueces al margen de ese consenso. Mientras tanto, los jueces no pueden hacer más que aplicar las normas vigentes.

Bibliografía

- ◆ Álvarez González, S. (2021) Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa, *Revista de Derecho Civil*, nº 2, pp. 193-219.
- ◆ Barber Cárcamo, R. (2014) Doble maternidad legal, filiación y relaciones familiares, *Derecho privado y Constitución*, nº 28, pp. 93-136.
- ◆ _____ (2018) Retos actuales de la acción de reclamación de la filiación, en *Retos actuales de la filiación*, Asociación de profesores de Derecho civil, Tecnos, Madrid, pp. 69-117.
- ◆ Cadenas Osuna, Davinia (2022), La determinación de la segunda maternidad por naturaleza en el artículo 7.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida: requisitos para la aplicación del precepto y problemática que plantea, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 69-114.
- ◆ Casado, M., y Navarro-Michel, M. (Coords.) (2019). Documento sobre gestación por sustitución. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret – Universitat de Barcelona. Accesible en http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf.
- ◆ De la Fuente Núñez de Castro, M.S. (2015) Acción de reclamación de la filiación y doble maternidad legal. A propósito de las SSTS de 5.12.2013 y 15.1.2014, *InDret*, pp. 1-35.
- ◆ Díaz Fraile, J.M. (2019) La gestación por sustitución ante el Registro civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea, *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, nº 1, pp. 53-131.
- ◆ Farnós Amorós, E. (2015) La filiación derivada de reproducción asistida: voluntad y biología, *Anuario de Derecho Civil*, nº 1, pp. 5-61.
- ◆ _____ (2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil* (en prensa).
- ◆ _____ (2022). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza, *Revista de Bioética y Derecho*.
- ◆ Femenía López, Pedro J. (2019) *La determinación de la filiación “en interés del menor”*. Turismo reproductivo y nuevos modelos de familia, Dykinson, Madrid.
- ◆ García Rubio, Mª Paz (2020) ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 13, pp. 14-49.
- ◆ Lazcoz Moratinos, G.; Gutiérrez-Solana Journoud, A. (2019) La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del protocolo nº 1, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, pp. 673-692.

- ◆ Múrtula Lafuente, V. (2022) La determinación de la filiación “contra legem” del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, pp. 3424-3465.
- ◆ Muñoz Rodrigo, G. (2022) Maternidad subrogada: ni posesión de estado, ni negación de efectos. Adopción, *Actualidad civil*, nº 5, pp. 1-18 (versión impresa).
- ◆ Navarro-Michel, M. (2018). La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?, en R. García Manrique (Coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 237-258.
- ◆ Quesada González, M.C. (2012) *La determinación judicial de la filiación. Funciones de la posesión de estado cuando se determina, se acredita y se prueba la filiación*, Bosch, Barcelona.
- ◆ Quicios Molina, M.S. (2021) Reproducción asistida y modos de determinación legal de la filiación: parto, presunciones, reconocimientos, posesión de estado... e interés superior del menor, en *El Derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida*, de Y. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente (coords.) Dykinson, Madrid, pp. 277-317.
- ◆ Sosa Pastrana, F. (2022). La gestación por subrogación en México, en *La gestación por subrogación en América Latina*, N. Espejo Yaksic, C. Fenton-Glynn, F. Lathrop Gómez, J.M. Scherpe, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, pp. 246-276. <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/la-gestacion-por-subrogacion-en-america-latina>.

Fecha de recepción: 3 de octubre de 2022

Fecha de aceptación: 5 de octubre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza

El Tribunal Europeu de Drets Humans i la rellevància del vincle genètic: una revisió de la jurisprudència sobre gestació per substitució transfronterera

The European Court of Human Rights and the relevance of genetic linkage: a review of the jurisprudence on cross-border surrogacy

ESTHER FARNÓS AMORÓS *

* Esther Farnós Amorós. Profesora de Derecho Civil, Universitat Pompeu Fabra (España). Email: esther.farnos@upf.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1117-0035>.



Copyright (c) 2022 Esther Farnós Amorós

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

En ausencia de instrumentos internacionales que establezcan pautas comunes sobre los acuerdos de gestación por sustitución transfronteriza, los ordenamientos que los prohíben o los consideran nulos han tenido que enfrentarse a la cuestión de sus efectos, lo que ya ha dado lugar a varios pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A partir del precedente *Menesson c. Francia* (2014), el trabajo analiza las diferentes aproximaciones al fenómeno que han sido objeto de escrutinio por parte del TEDH. El trabajo presta una atención especial, por su mayor frecuencia, a los casos que tienen origen en la negativa de un estado a reconocer la filiación resultante de un acuerdo de gestación por sustitución celebrado fuera de sus fronteras y, en particular, al peso otorgado a la exigencia de vínculo genético entre el menor y al menos un progenitor de intención. Los más recientes *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (2021) y *A.M. c. Noruega* (2022) evidencian que limitar el reconocimiento de efectos de estos acuerdos a los casos en que existe dicho vínculo no es coherente con el interés superior de los menores que resultan de los mismos, en especial cuando su adopción ya no es posible.

Palabras clave: Gestación por sustitución transfronteriza; filiación; retorno al Estado de origen; alejamiento del menor; progenitor/es de intención; vínculo genético; vida privada y familiar; interés superior del menor.

Resum

A manca d'instruments internacionals que estableixin pautes comunes sobre els acords de gestació per substitució transfronterera, els ordenaments que els prohibeixen o els consideren nuls s'han hagut d'enfrontar a la qüestió dels seus efectes, el que ja ha donat lloc a diversos pronunciaments per part del Tribunal Europeu de Drets Humans. A partir del precedent *Menesson c. França* (2014), el treball analitza les diferents aproximacions al fenomen que han estat objecte d'escrutini per part del TEDH. El treball posa una atenció especial, atesa la seva major freqüència, en els casos que s'originen en la negativa d'un estat a reconèixer la filiació resultant d'un acord de gestació per substitució celebrat fora de les seves fronteres i, en particular, en el pes atorgat a l'exigència de vincle genètic entre el menor i com a mínim un progenitor d'intenció. Els més recents *Valdís Fjölnisdóttir i altres c. Islàndia* (2021) i *A.M. c. Noruega* (2022) evidencien que limitar el reconeixement d'efectes d'aquests acords als casos d'existència del mencionat vincle no és coherent amb l'interès superior dels menors que en resulten, en especial quan la seva adopció ja no és possible.

Paraules clau: Gestació per substitució transfronterera; filiació; retorn a l'Estat d'origen; allunyament del menor; progenitor/s d'intenció; vincle genètic; vida privada i familiar; interès superior del menor.

Abstract

In the absence of international instruments establishing common guidelines for cross-border surrogacy agreements, jurisdictions that prohibit them or consider them null and void have been confronted with the question of their effects, which has already led to several rulings by the European Court of Human Rights. Based on the leading case *Menesson v. France* (2014), this paper analyses the different approaches to the phenomenon which have been scrutinized by the ECtHR. Due to their greater frequency, the paper pays special attention to cases arising from a state's refusal to recognize parenthood resulting from a surrogacy arrangement concluded outside its borders and, in particular, to the weight given to the requirement of a genetic link between the child and at least one intended parent. The more recent *Valdís Fjölnisdóttir and other v. Iceland* (2021) and *A.M. v. Norway* (2022) make it clear that limiting the recognition of the effects of these arrangements to cases where such a link exist is not consistent with the best interests of the resulting children, especially when adoption is no longer possible.

Keywords: Cross-border surrogacy; parenthood; return to the country of origin; child removal; intentional parent/s; genetic link; private and family life; best interests of the child.

1. Introducción

Algunos de los ordenamientos que permiten la gestación por sustitución (en adelante, GS) exigen que al menos uno de los dos progenitores de intención -o el único de ellos, allí donde puede accederse a la GS en solitario- aporte sus gametos para la concepción¹. En la exigencia de vínculo genético con la persona que va a nacer late la voluntad de legitimar de algún modo la relación familiar entre esta y el o los progenitores de intención, así como de preservar la relación de cara a futuro (por ejemplo, en caso de un hipotético cambio de intención de la madre gestante). A menudo se afirma que quienes desean recurrir a la GS sin aportar al menos los gametos de uno de los progenitores de intención ya tienen a su disposición la adopción. No obstante, esta afirmación olvida que ni la adopción está al alcance de todas las personas que desean tener hijos², ni constituye una alternativa real a la GS, puesto que en esta última la voluntad del o los progenitores de intención es un elemento determinante de la concepción.

La exigencia de vínculo genético con al menos uno de los progenitores de intención es objeto de discusión en ordenamientos que cuentan con una práctica consolidada en materia de GS o que se plantean su regulación en el futuro. Este es uno de los aspectos que prevé abordar la reforma de la legislación en materia de GS en la que está trabajando la *Law Commission* de Inglaterra y Gales desde junio de 2019³. En Holanda, donde la GS no se permite todavía, un informe elaborado en 2016 por un comité gubernamental⁴ propone su regulación y formula varias recomendaciones, entre ellas la de que al menos uno de los progenitores de intención esté genéticamente vinculado con el nacido, aunque permite obviar este requisito «en circunstancias excepcionales». El Informe solo dispone que estas circunstancias podrán ser médicas «o de otro tipo», y requiere que en todo

¹ Vid., por ejemplo, la sección 54.1 (b) de la *Human Fertilisation and Embriology Act* británica de 2008 (en adelante, HFEA): <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/54> (Consulta: 24 agosto 2022). Vid. también el artículo 380 Bis 2.II del CC del estado mexicano de Tabasco de 1997, modificado por Decreto 265, publicado en el periódico oficial del estado el 13 de enero de 2016:

http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf (Consulta: 17 junio 2022).

² Piénsese en los cada vez mayores obstáculos que algunos países ponen a la adopción internacional, en especial respecto de determinados colectivos. En China, por ejemplo, donde solo podían adoptar los matrimonios formados por un hombre y una mujer o las mujeres solteras heterosexuales, finalmente se ha suspendido toda tramitación de expedientes, como informa la página del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, actualizada en agosto de 2022. Fuente: https://www.mdsocialesa2030.gob.es/derechos-sociales/infancia-y-adolescencia/adopcion-internacional/Informacion_paises_de_origen.htm (Consulta: 13 septiembre 2022).

³ La propuesta de reforma analiza, entre otros aspectos, la conveniencia de suprimir la exigencia de vínculo genético entre los progenitores de intención y el nacido, al menos cuando ello esté medicamente indicado. Vid. *Surrogacy reforms to improve the law for all*, en: <https://www.lawcom.gov.uk/surrogacy-reforms-to-improve-the-law-for-all/> (Consulta: 24 agosto 2022).

⁴ Government Committee on the Reassessment of Parenthood (2016).

caso sean aprobadas judicialmente antes del embarazo⁵. En esta misma posición de excepcionalidad se sitúan los *Principios de Verona* para la protección de los derechos de los niños nacidos por GS, adoptados en febrero de 2021 por un grupo de expertos internacionales. El principio 6, titulado «Interés superior del menor», considera en su apartado 3 que «por lo general» es en interés de los menores nacidos de estos acuerdos mantener al menos un vínculo genético con uno de los progenitores de intención⁶. La nota explicativa del principio en cuestión remite a los artículos 3, 7 y 9 de la Convención de los derechos del niño de 1989, que se refieren a la consideración primordial del interés superior del menor y a aspectos como la necesidad de preservar sus derechos a la identidad, a conocer y a ser cuidado por sus progenitores, y a no ser separado de los mismos salvo cuando las autoridades competentes así lo determinen por una necesidad convenientemente justificada. En ello se observa un intento de justificar la exigencia de vínculo genético entre al menos uno de los progenitores de intención y la persona nacida con base en el derecho de esta última a conocer sus orígenes. Sin embargo, ello no acaba de encajar en un contexto en que todavía muchos ordenamientos, entre ellos el español, confían en la regla general del anonimato de los y las donantes de gametos⁷. Si bien cada vez más sectores recomiendan una profunda revisión de dicha regla⁸ y en derecho comparado se constata una tendencia a su supresión⁹, la legislación vigente sigue preservando el anonimato. Si en algún momento se impone la revelación de la identidad del o los donantes de gametos, esta opción debería extenderse, en caso de estar permitida, a la GS, con el fin de que también pueda conocerse la identidad de la madre gestante¹⁰.

La exigencia de vínculo genético, en todo caso y sin posibilidad de excepción, entre la persona nacida y al menos uno de los progenitores de intención supone un trato desigual respecto de quienes acceden a reproducción asistida, que en muchos ordenamientos tienen a su disposición técnicas que implican donación de gametos de

⁵ Government Committee on the Reassessment of Parenthood (2016, pp. 17, 95-96).

⁶ International Social Service (2021).

⁷ Vid. artículo 5.5 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA).

⁸ Vid., por ejemplo, la Recomendación 2156/2019 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children*. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-EN.asp?FileID=27680&lang=EN>

(Consulta: 13 septiembre 2022). En España, vid. Comité de Bioética de España (2020). En la misma línea se había pronunciado el Comitè de Bioètica de Catalunya (2016). Una visión general y actualizada en Femenía López (2021).

⁹ Un análisis en Alkorta Idiakez y Farnós Amorós (2017).

¹⁰ En esta línea vid. Casado y Navarro-Michel (2019, p. 41). En caso de que llegue a permitirse la GS en España, la Consideración final 2.e del citado documento recomienda «La inscripción registral de la práctica, y su publicidad restringida, para garantizar el derecho del menor a conocer su propio origen.».

terceros. En algunos casos se permite además la donación de embriones con fines reproductivos y no se excluye la «doble donación», como se conoce la aportación tanto de los gametos femeninos como de los masculinos por terceras personas ajenas al proyecto parental¹¹.

La exigencia de vínculo genético resulta también incoherente con la evolución del derecho de familia actual¹² y, en particular, con el modelo de formación de familias por la voluntad que es propio de la filiación derivada de reproducción asistida¹³. Ello tiene un interés especial en un contexto en que más del 9% de las personas nacidas en España son concebidas a partir del recurso a reproducción asistida¹⁴, y un porcentaje muy significativo a partir de gametos y embriones donados¹⁵.

Si bien en la mayoría de acuerdos de GS la existencia de vínculo genético con el o los progenitores de intención obedece al deseo de estos, la cuestión que se plantea a continuación es si este vínculo debe ser relevante desde el punto de vista jurídico no como condición sine qua non de acceso a la GS¹⁶, sino para permitir que en el Estado de origen del o los progenitores de intención el acuerdo de GS celebrado en otro estado pueda desplegar algún tipo de efecto¹⁷.

¹¹ Artículos 5.1 y 11.4.b) LTRHA.

¹² Vid. Casado y Navarro-Michel (2019, pp. 30-31).

¹³ Así lo han subrayado Lamm y Rubaja (2016, p. 160); Lamm (2018, pp. 203-204); Navarro Michel (2018, pp. 248 y 253-254); Isailovic, en Isailovic y Margaria (2021). Navarro Michel denuncia, además, que el requisito impediría a las parejas totalmente estériles tener un hijo por GS, cuando son estas las que más podrían beneficiarse de la práctica.

¹⁴ Datos relativos a 2018, último año sobre el que disponemos de datos oficiales. Fuente:

<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/sanidad14/Paginas/2020/011020-repro-asistida.aspx> (Consulta: 25 agosto 2022). Estos datos pueden considerarse representativos puesto que proceden de 319 centros de los aproximadamente 500 que realizaban tratamientos de fertilidad en España en 2018. Fuente: elaboración propia a partir de la información proporcionada por la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y el Ministerio de Sanidad en <http://www.cnrha.mschs.gob.es/registros/centros/home.htm> (Consulta: 25 agosto 2022).

¹⁵ En 2015, último año sobre el cual hay datos oficiales, eran un 33%. El porcentaje de nacidos concebidos por reproducción asistida, un 8,6%, era muy similar al de 2018. Dichos datos resultan de la combinación de los publicados por el INE sobre número de nacimientos y por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Sociedad Española de Fertilidad en el Registro Nacional de Actividad y Resultados sobre acceso a reproducción asistida. Fuente:

http://www.cnrha.mschs.gob.es/registros/pdf/Informe_Global_Registro_actividad_2015.pdf (Consulta: 30 agosto 2022).

¹⁶ Para Lamm y Rubaja (2016, p. 161), el requisito del vínculo genético entre el menor y al menos uno de los progenitores de intención debería ser exigible, a lo sumo, a estos efectos.

¹⁷ A lo largo del trabajo se emplea la expresión «gestación por sustitución transfronteriza», en coherencia con la expresión «Cross Border Reproductive Care» (cuidados reproductivos transfronterizos), acuñada por la *European Society for Human Reproduction and Embriology* (ESHRE) y más respetuosa que el concepto «turismo reproductivo» con las razones que pueden motivar que los individuos

2. El Tribunal de Estrasburgo y la gestación por sustitución transfronteriza

En este apartado se analizan los distintos asuntos en los que el TEDH, a partir de *Menesson c. Francia* (2014), ha tenido que pronunciarse sobre los efectos de un acuerdo transfronterizo de GS. Quedan al margen, por tanto, los asuntos -mucho menos frecuentes- suscitados por acuerdos de GS celebrados por ciudadanos de un Estado miembro conforme a la legislación de dicho Estado¹⁸, o dentro del territorio de un Estado miembro que los prohíbe o declara nulos de pleno derecho¹⁹.

La mayor litigiosidad de los acuerdos transfronterizos de GS se explica porque, a día de hoy, muchos de los Estados miembros del Consejo de Europa prohíben la práctica o no le otorgan efecto alguno. En estas circunstancias, ante la negativa de un Estado miembro al reconocimiento

accedan a reproducción asistida fuera de sus fronteras: *vid.*, al respecto, Shenfield *et al.* (2010).

¹⁸ *Vid.*, al respecto, *H. c. Reino Unido* (asunto núm. 32185/20), declarado inadmisibile por unanimidad por la Sección 4ª del TEDH el 23 de junio de 2022: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-218220> (Consulta: 19 julio 2022). H. nació en 2016 después de que A y B, una pareja de hombres, recurrieran a C, una mujer casada, para que gestara los embriones creados con esperma de A y óvulos de donante anónima. Tras el nacimiento, A y B no pudieron determinar su paternidad a través de orden parental, en los términos que prevé la sección 54 HFEA, porque ni la madre gestante ni su marido consintieron a ello, por lo que solo estos pudieron ser considerados progenitores legales de H. A y B iniciaron entonces un procedimiento ante los tribunales ingleses, que atribuyeron responsabilidad parental sobre la menor a A, B, C y el marido de C; acordaron que la niña viviría con A y B, que serían quienes deberían tomar las decisiones relativas a su crianza, además de darle sus apellidos; y atribuyeron a C y su marido, sus únicos progenitores desde un punto de vista legal, el derecho a relacionarse con la menor de forma regular. H., representada por B, recurrió ante el TEDH y solicitó que A, su padre genético, también constara en su certificado de nacimiento como progenitor legal, al considerar que la aplicación de la HFEA comportaba una intromisión injustificada en su derecho al respeto a la vida privada. El TEDH, en la misma línea que los tribunales ingleses, entendió que las disposiciones de la HFEA, en cuanto ya permiten que la filiación resultante de un acuerdo de GS pueda determinarse mediante orden parental, caen dentro del margen de apreciación del Estado. En la decisión, que consiguientemente dejó al margen un eventual pronunciamiento en materia de multiparentalidad, resultó determinante que las otras posibles opciones para establecer la filiación en estos casos (como, por ejemplo, la que permite al progenitor de intención con vínculo genético determinarla desde el nacimiento) no fueron contempladas por el Parlamento británico.

¹⁹ *Vid.*, al respecto, *A.L. c. Francia* (asunto núm. 13344/20), resuelto por la Sección 5ª del TEDH en sentencia de 7 de abril de 2022 (ECLI:CE:ECHR:2022:0407JUD001334420). A.L. y Ma., una pareja de hombres, entraron en contacto por internet con B, una mujer casada con quien acordaron que sería inseminada con esperma de A.L. a cambio de un precio. Como consecuencia del acuerdo, en marzo de 2013 nació un bebé. B comunicó a A.L. que este había fallecido y lo entregó, también a cambio de un precio, a la pareja formada por el Sr. y la Sra. R., quienes en ningún momento fueron informados del acuerdo previo. En dos actos separados que tuvieron lugar antes del nacimiento, el menor había sido reconocido como hijo por Ma. y por B, así como por el Sr. R y por B. Pocos días después del nacimiento, tras las sospechas manifestadas por un profesional del centro hospitalario en que nació el menor de que se tratara de un caso de GS, las autoridades francesas iniciaron acciones penales. Como consecuencia de las mismas, B fue condenada por fraude y tentativa de fraude, y A.L. y Ma. -y posteriormente el Sr. y la Sra. R.- por incitación al abandono de menores. Paralelamente a este proceso A.L. inició una acción de filiación contra el Sr. y la Sra. R., y contra B, en que impugnaba la paternidad de R. y reclamaba la suya propia. Pese a que la acción fue admitida en primera instancia y el juzgado ordenó que en unos meses el menor fuera a vivir con A.L., las sucesivas instancias judiciales revocaron la sentencia y la consideraron contraria al interés superior del menor, quien estaba perfectamente integrado en el hogar formado por el Sr. y la Sra. R. Pese a que el TEDH entendió que la decisión final de las autoridades francesas había priorizado el interés superior del menor de acuerdo con el artículo 8 CEDH, acabó condenando a Francia al pago de una indemnización a A.L. por la duración excesiva (más de seis años) de los procedimientos judiciales.

de efectos a un acuerdo de GS celebrado en otro Estado, los recurrentes alegan que sus derechos fundamentales protegidos por el Convenio europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) han sido violados.

Desde *Menesson*, las aproximaciones de los Estados de origen a los acuerdos transfronterizos de GS que se han sometido al escrutinio del Tribunal han sido, en función de su mayor o menor incidencia, básicamente tres²⁰: las que impiden el reconocimiento de la filiación resultante a favor del progenitor o progenitores de intención; las que restringen la circulación de las personas nacidas como consecuencia de la práctica; y las consistentes en su alejamiento del progenitor o progenitores de intención²¹. Como este trabajo se encarga de destacar, en cada una de estas aproximaciones ha tenido un peso decisivo la existencia de vínculo genético entre el nacido y al menos un progenitor de intención.

2.1 Negativa a reconocer la filiación: *Menesson* y su progenie

De las tres posibles aproximaciones a los acuerdos transfronterizos de GS por parte de los Estados de origen del progenitor o progenitores de intención, la más común es la que impide el reconocimiento de la filiación resultante de dichos acuerdos a favor de aquellos. A continuación, se categorizan las respuestas del TEDH, en función del papel del vínculo genético en los distintos casos planteados.

2.1.1 Existencia de vínculo genético con el padre de intención

En los asuntos *Menesson y Labassee c. Francia*, los primeros que accedieron al TEDH en materia de GS transfronteriza y que fueron decididos en idéntico sentido por su Sección 5ª el 26 de junio de 2014²², los recurrentes eran el Sr. y la Sra. Menesson y las gemelas nacidas a partir de GS comercial celebrada en California, y el Sr. y la Sra. Labassee y otra menor nacida a partir del mismo procedimiento en Minnesota. Las tres menores habían sido concebidas con esperma de los padres de intención y óvulos donados. Una vez en Francia, las autoridades nacionales se negaron a inscribir en el Registro Civil los certificados de nacimiento extranjeros que declaraban padres

²⁰ Un caso difícil de catalogar a los efectos de este trabajo, por lo que se prescinde de su análisis, es *S.-H. c. Polonia* (asuntos núm. 56846/15 y 56849/15), declarado inadmisibile por la Sección 1ª del TEDH el 9 de diciembre de 2021: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-214296> (Consulta: 9 septiembre 2022). Un análisis, al hilo del caso *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo» (Bulgaria)*, resuelto por sentencia de la Gran Sala del TJUE de 14 de diciembre de 2021 (ECLI:ECLI:EU:C:2021:1008), en Durán Ayago (2022, pp. 7-10).

²¹ La división es de Fenton-Glynn (2017). En sentido similar, *vid.* Lamm y Rubaja (2016). En términos generales, no solo basado en la doctrina del TEDH, ya antes se había pronunciado Storrow (2012, pp. 598 y ss.).

²² Asuntos 65192/11 (JUR 2014\176908) y 65941/11 (JUR 2014\176905).

legales de las gemelas al Sr. y la Sra. Mennesson, y de la tercera menor al Sr. y la Sra. Labassee, al considerar que la GS era una práctica contraria al principio de indisponibilidad del cuerpo humano que, como tal, vulneraba el orden público internacional francés. Los recurrentes consideraban que dicha negativa violaba su derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH).

El TEDH concluyó por unanimidad que la negativa del Estado francés a reconocer la filiación resultante de los acuerdos de GS violaba el derecho de las menores al respeto por su vida privada, vinculada a su identidad y, por tanto, excedía del amplio margen de apreciación de que gozan los Estados en materias tan sensibles y faltas de consenso como la GS. En consecuencia, el Tribunal condenó a Francia al pago de 5.000 euros por el daño moral causado a cada una de las menores implicadas, que ya tenían 14 y 13 años cuando se dictó la sentencia. El Tribunal no apreció vulneración del derecho al respeto de la vida familiar de los recurrentes, en tanto que pese a todos los obstáculos, las menores y sus progenitores de intención habían podido convivir en Francia como una familia desde el nacimiento de aquellas. Tampoco consideró vulnerado el derecho de los progenitores de intención a su vida privada, pues si bien la falta de reconocimiento del vínculo de filiación también les afectaba, la situación vivida obedecía en último término a su libre decisión.

Uno de los extremos más controvertidos de ambos fallos a los efectos de este trabajo es el que pone énfasis en el vínculo genético existente entre los padres de intención y las menores, que es lo que en último término permite al Tribunal vincular paternidad biológica con identidad y, por ende, con el derecho al respeto a la vida privada de las menores. En palabras de la Sección 5ª en *Mennesson*, «Este análisis tiene un interés especial en un caso como el presente, en que uno de los progenitores de intención es también progenitor biológico. Dada la importancia del elemento biológico como componente de la identidad (...) no puede considerarse en interés del menor privarle de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando se haya acreditado la realidad biológica de dicho vínculo y el menor y el progenitor interesado reclaman su pleno reconocimiento. En el caso, la *Cour de cassation* no solo no aceptó el vínculo entre las menores recurrentes y su padre biológico resultante de la solicitud de transcripción de los certificados de nacimiento, sino que también impidió su consagración mediante el reconocimiento de la paternidad o la adopción o por efecto de posesión del Estado (...). El Tribunal considera, habida cuenta de las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y del derecho al respeto de la vida privada de las recurrentes tercera y cuarta, que, al oponerse así tanto al reconocimiento como al establecimiento en el Derecho interno de su relación legal con su padre biológico, el Estado demandado fue más allá de lo que permitía su margen de apreciación.» (§100)²³. Es por ello que se ha afirmado que

²³ Traducción de la autora a partir de la versión original, en francés. En sentido idéntico, §79 del asunto *Labassee*.

Menesson y *Labassee* constituyen un punto de inflexión en materia de GS transfronteriza en Europa, puesto que a partir de los mismos se admite que una vez la GS se ha llevado a cabo y ha nacido un menor que ya se encuentra con los progenitores de intención, el reconocimiento de la relación en el país de destino no puede impedirse si existe al menos un vínculo genético con el padre de intención²⁴.

Esta doctrina se vería confirmada en los asuntos posteriores *Foulon*²⁵, *Bouvet*²⁶ y *Laborie*²⁷, todos ellos también contra Francia. *Foulon* y *Bouvet*, cuyas demandas fueron resueltas cumulativamente por la Sección 5ª el 21 de julio de 2016, incumbían a dos hombres franceses que habían accedido en solitario a GS en India, con aportación del propio material genético, mientras que *Laborie*, decidido por la misma sección el 19 de enero de 2017, afectaba a dos cónyuges de distinto sexo de nacionalidad francesa que accedieron a GS en Ucrania con esperma del marido. De nuevo, en los tres casos el TEDH consideró vulnerado el derecho al respeto a la vida privada de los menores implicados, vinculado a su identidad y fijó una indemnización idéntica a la de los dos casos anteriores²⁸.

En todos estos casos, además de un vínculo socio-afectivo entre los progenitores de intención y los menores, existía también un vínculo genético con el padre de intención. Ello explica que la doctrina recaída a partir de *Menesson* se haya situado dentro de una tendencia general a la «geneticización» de la paternidad constatada en la jurisprudencia del TEDH²⁹.

Cuando el acceso a GS tiene lugar en el marco de una pareja (*Menesson*, *Labassee*, *Laborie*), el TEDH guarda silencio sobre la determinación de la filiación respecto de la madre de intención. Si bien respecto de los padres de intención que son también padres genéticos, tras la condena de Estrasburgo la *Cour de Cassation* admitió la inscripción en el Registro Civil francés de la filiación contenida en el certificado de nacimiento extranjero, no sucedió lo mismo respecto de las madres de intención, en tanto que la maternidad seguía vinculándose a la regla clásica *mater semper certa est*, que determina la filiación materna respecto de la mujer que da a luz. En *Menesson*, *Labassee* y *Laborie* las madres de intención no tenían ninguna conexión biológica con los menores, pues ninguna de ellas había dado a luz ni había aportado sus gametos para la concepción, aunque todas

²⁴ En este sentido, Fenton-Glynn (2017, p. 555).

²⁵ Asunto núm. 9063/14 (TEDH 2016\61).

²⁶ Asunto núm. 10410/14 (TEDH 2016\61).

²⁷ Asunto núm. 44024/13 (JUR 2017\14349).

²⁸ Sobre el contexto en que se dictaron estas sentencias, que explica por qué los tres casos accedieron al TEDH pese a que ya existían los precedentes *Menesson* y *Labassee*, vid. González Beilfuss (2020, p. 223).

²⁹ Un estudio detallado de esta jurisprudencia en Margaria (2019). La autora define el fenómeno de la «geneticización» como la relevancia adquirida por los vínculos biológicos a la hora de definir la posición legal de los padres respecto de sus hijos: vid. pp. 10-11.

ellas eran madres legales conforme con el derecho extranjero. En este contexto, en atención al caso *Menesson* y haciendo uso de la posibilidad que prevé el artículo 1 del Protocolo núm. 16 al CEDH³⁰, la *Cour de Cassation* planteó ante el TEDH si la negativa a inscribir la filiación materna cubierta está por el margen de apreciación de que dispone el Estado conforme al artículo 8 CEDH; si cabe distinguir entre los supuestos en los que se utiliza material genético de la madre de intención y aquellos en los que no; y, en caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos cuestiones anteriores, si es conforme con el artículo 8 CEDH la adopción, por parte de la madre de intención, del hijo de su esposo³¹.

La Gran Sala, en Opinión consultiva de 10 de abril de 2019 sobre el reconocimiento en derecho interno de la relación paterno-filial entre el nacido a partir de un acuerdo transfronterizo de GS y la madre de intención³², consideró que en estos casos el derecho interno debe facilitar el reconocimiento de la filiación, sin necesidad de que el mismo adopte una forma específica, pues el derecho del menor a su vida privada y familiar no lo requiere. Al respecto, el artículo 8 CEDH no impone una obligación general a los estados de reconocer *ab initio* la filiación entre el menor y la madre de intención (§52). En consecuencia, más allá de la posibilidad de reconocimiento de la inscripción que consta en el certificado de nacimiento extranjero, los estados gozan de un cierto margen de apreciación para confiar en otros medios, tales como la adopción, siempre que la relación entre el menor y la madre de intención se vea establecida dentro de un plazo razonable de tiempo, evitando con ello una situación de incertidumbre jurídica en el menor (§§53-55). Tras la Opinión consultiva, que dejó sin objeto los asuntos *C. c. Francia* (núm. 1462/18) y *E. c. Francia* (núm. 17348/18)³³, la *Cour de cassation* puso punto y final al caso *Menesson*, al confirmar la

³⁰ Hecho en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013. Disponible en:

https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf (Consulta: 3 septiembre 2022). De acuerdo con su art. 1.1, los «órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante» pueden solicitar al TEDH una opinión consultiva «sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos». El fundamento de dichas solicitudes es, como señala Margaria (2020, p. 414), que el TEDH emita directrices a los tribunales nacionales sobre la interpretación y la aplicación de los estándares de la Convención.

³¹ Solicitud núm. P16-2018-001. Sobre los mecanismos de derecho interno que permitieron a los recurrentes solicitar la revisión del caso, a partir de lo cual la *Cour* elevó sus cuestiones al TEDH, *vid.* Margaria (2020, p. 416).

³² Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=003-6380464-8364383> (Consulta: 26 agosto 2022).

³³ Consultas núm. 1462/18 y 17348/18, inadmitidas por resolución conjunta de la Sección 5ª de 19 de noviembre de 2019, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-199497> (Consulta: 2 septiembre 2022). Los recurrentes, dos parejas francesas y los menores nacidos respectivamente en EE.UU. (en concreto, en el estado de Florida) y en Ghana tras la celebración de un acuerdo de GS en el que los padres de intención aportaron sus gametos para la concepción pero no así las madres de intención, pretendían que se determinara a su favor la filiación de los menores mediante transcripción de los certificados de nacimiento en Francia. En aplicación de su doctrina anterior, el TEDH consideró que la negativa de las autoridades francesas respecto de las madres de intención sin conexión genética con los menores no era desproporcionada, puesto que la legislación nacional ya ofrecía la posibilidad de reconocer la filiación materna a través de la adopción, que en Francia tiene una duración media de 4,1 meses en caso de adopción plena, y de 4,7 en su modalidad simple.

inscripción en el Registro Civil francés de los certificados de nacimiento extranjeros que designaban al Sr. y la Sra. Mennesson como padre y madre, respectivamente, de las gemelas nacidas diecinueve años antes en California³⁴. El Tribunal descartó la adopción por parte de la madre de intención al resultar esta una opción insatisfactoria en el caso concreto, pues consideró que al haber durado todo el proceso más de 15 años, el reconocimiento de los certificados de nacimiento extranjeros que designaban a la Sra. Mennesson como la madre legal de las gemelas no podía verse demorado por más tiempo.

El asunto más reciente *A.M. c. Noruega*, resuelto por sentencia de la Sala 3ª de 24 de marzo de 2022³⁵, constituye un desarrollo en la casuística anterior, al plantear qué sucede cuando en el caso concreto los medios dispuestos por el Estado de origen para establecer la filiación respecto de la madre de intención sin vínculo genético con el nacido no pueden operar. El asunto tiene origen en un acuerdo de GS comercial celebrado en EE.UU. (en concreto, en el estado de Texas), como consecuencia del cual nació un niño en 2014, justo después de que los progenitores de intención, dos convivientes de distinto sexo, pusieran fin a su relación. En el certificado de nacimiento y en la sentencia judicial estadounidense que homologaba el acuerdo el menor constaba como hijo de ambos, aunque en Noruega solo constaba su filiación respecto del padre de intención, que era el único con el que tenía vínculo biológico. Tras el nacimiento, ya en Noruega, el menor vivió durante sus primeros diecisiete meses de vida en situación de guarda compartida con ambos progenitores de intención, hasta que los desencuentros entre ellos hicieron la situación insostenible y el padre puso fin a toda relación entre la madre de intención y el menor, quien pasó a vivir a tiempo completo con el padre y su nueva familia. Tras estos hechos la madre de intención solicitó a las autoridades noruegas que se reconociera su maternidad respecto del menor y, alternativamente, su adopción.

Ambas peticiones fueron rechazadas: la primera por incumplir los requisitos que exigía la legislación noruega para el reconocimiento de efectos a la GS transfronteriza³⁶, y la segunda porque el padre de intención no prestó, en contra de lo que exige la legislación noruega, su consentimiento a la adopción sucesiva del menor por la madre de intención. La pretensión subsidiaria de esta para que se declarara a su favor un régimen de relaciones personales con el menor tampoco prosperó, al considerar el TEDH que no se habían agotado las vías de recursos

³⁴ Sentencia de Pleno núm. 648, de 4 de octubre de 2019 (ECLI:FR:CCASS:2019:PL00648).

³⁵ Asunto núm. 30254/18 (ECLI:CE:ECHR:2022:0324JUD003025418).

³⁶ En ese momento, como resulta de la propia sentencia (§§97-98), se había aprobado en Noruega una Ley provisional sobre la transferencia de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un acuerdo transfronterizo de GS. Sin embargo, la recurrente no podía acogerse a la misma, puesto que no pudo demostrar su voluntad de criar al menor junto al padre y, además, la solicitud se presentó fuera de plazo.

internas. Según el mismo, los tribunales noruegos examinaron correctamente la cuestión desde el punto de vista de todos los intereses en juego y del margen de apreciación existente, por lo que no existió violación del artículo 8 CEDH (§§134-135)³⁷.

En contraste con los casos previamente analizados, en *A.M. c. Noruega* el TEDH avala la posición del Estado noruego de no reconocer una relación de filiación con la madre de intención sin vínculo genético con el nacido. Sin embargo, la razón por qué lo hace es relevante, en cuanto no se desmarca de la doctrina anterior del TEDH, sino que parte de la base de que en el caso concreto no se daban las condiciones para que el vínculo legal de filiación pudiera ser reconocido. Así, si bien conforme a la ya citada Opinión consultiva de 10 de abril de 2019 cuando existe un vínculo genético con el padre de intención pero no con la madre de intención, el vínculo legal con esta debe verse reconocido al menos por la vía de la adopción, en el caso concreto no se cumplían los requisitos para adoptar que impone la legislación noruega, pues en el momento de transferirse la filiación los progenitores de intención ya no eran pareja, lo que impedía que la madre de intención pudiera adoptar al hijo de su exconviviente.

2.1.2 Existencia de vínculo genético con el padre y la madre de intención

D. c. Francia, resuelto por sentencia de la Sección 5ª del TEDH de 16 de julio de 2020³⁸, tiene origen en un acuerdo de GS celebrado en Ucrania por dos cónyuges de distinto sexo, con aportación de gametos propios. En el caso se planteaba si la negativa de las autoridades francesas a reconocer la inscripción del certificado de nacimiento de la menor que declaraba la filiación a favor de la madre de intención era contraria al artículo 8 CEDH. Si bien en su Opinión consultiva de 2019 el TEDH estableció *obiter dicta* que en el caso hipotético de que la madre de intención estuviera vinculada genéticamente al menor la necesidad de reconocimiento de la relación «se aplica incluso con más fuerza» (§47)³⁹, el mismo reiteró que la no transcripción de las actas de nacimiento por parte del Estado tampoco en este caso constituía en sí misma una violación del artículo 8 CEDH respecto de la menor, siempre que el Estado proporcionara alguna vía para determinar la filiación materna. Como ya apuntó en aquella ocasión, esa vía puede ser la adopción,

³⁷ La sentencia cuenta con un voto particular de la jueza Jelić, quien afirma que existe violación del artículo 8 CEDH en conjunción con el artículo 14, puesto que las autoridades noruegas no tuvieron en cuenta la incapacidad de la madre de intención de procrear por medios naturales, el interés superior del menor, ni la existencia de vida familiar entre ellos. Sin embargo, la jueza es consciente de que en el momento de dictarse la sentencia la madre de intención y el menor habían estado separados seis años y medio, por lo que considera que no es en interés de este último crearle ahora un nuevo vínculo, lo que a su vez es particularmente injusto para la recurrente. Finalmente, considera que existió discriminación respecto de la madre de intención sin vínculo biológico con el nacido, quien fue privada de todo contacto con el menor y a quien se le impidió reconocer todo vínculo con este de forma totalmente desproporcionada, también en perjuicio del propio menor.

³⁸ Asunto núm.11288/18 (ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818).

³⁹ Traducción de la autora a partir de la versión original, en inglés.

en especial teniendo en cuenta la verosimilitud de su éxito y su duración media, que en Francia es de 4,1 meses⁴⁰.

Sin embargo, y aunque esta diferencia de trato a la hora de determinar la filiación respecto de hombres y mujeres puede encontrar explicación en la relevancia otorgada históricamente a la regla *mater semper certa est* para determinar la filiación materna, el hecho de que en el caso de las mujeres la transcripción de la filiación que consta en el certificado de nacimiento sea solo una vía más por la que pueden optar los Estados convierte la diferencia de trato en injustificada respecto de las madres de intención que aportaron sus gametos para la concepción, en relación con los padres de intención que hicieron lo propio. A pesar de que en ambos casos la contribución biológica puede considerarse equivalente (ambas partes aportaron sus gametos), las consecuencias legales de dicha aportación son distintas en función del género, lo que puede tener efectos muy severos si, por ejemplo, la relación se rompe antes de que se haya determinado la filiación a favor de la madre de intención, pues el menor solo tendrá un vínculo legal con el padre de intención. Esta consecuencia resulta especialmente perversa si tenemos en cuenta que muchas de las mujeres que acceden a GS no lo hacen porque tengan un problema de infertilidad relacionado con sus gametos, sino con la imposibilidad o contraindicación de llevar a cabo la gestación⁴¹.

No se ha planteado todavía ante el TEDH ningún caso en que quien recurre a la GS es una mujer sola con vínculo genético con el menor, como tampoco ninguno en que la misma lo hace junto con un padre de intención sin dicho vínculo. Un pronunciamiento al respecto sería del todo oportuno, pues obligaría al Tribunal a valorar si la conexión genética de la madre de intención con el menor es un vínculo suficiente por sí solo para poder determinar la filiación materna, como sucede con el padre de intención que también es padre genético⁴², o bien si -como parece desprenderse de la jurisprudencia analizada- se da una situación de desventaja dada la falta de vínculo genético con el padre de intención o la inexistencia de padre de intención⁴³. Un supuesto distinto, que tampoco se ha planteado todavía ante el TEDH, es el de la madre de intención sin vínculo genético con el menor que accede en solitario a la GS⁴⁴. Sí se ha planteado, en cambio, el

⁴⁰ Un comentario exhaustivo del caso en Álvarez González (2021).

⁴¹ En este sentido, Scherpe y Fenton-Glynn (2017, pp. 6-7).

⁴² *Vid.*, al respecto, las opiniones de Lamm y Rubaja (2016, p. 159), y de Navarro Michel (2018, p. 253).

⁴³ En este sentido, Scherpe y Fenton-Glynn (2017, p. 7).

⁴⁴ No obstante, el supuesto ya se ha planteado a nivel interno: *vid.*, por ejemplo, la sentencia de la Sala 1ª del TS español, de 31 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1153), a la que me refiero en el apartado siguiente. Un comentario, en este mismo número monográfico, por Navarro Michel, y por Farnós Amorós (en prensa).

de las dos madres de intención sin ningún tipo de vínculo genético con el menor. Al mismo se dedica el apartado siguiente.

2.1.3 Ausencia de vínculo genético

Una interpretación en sentido contrario de las resoluciones hasta aquí analizadas permite plantear la cuestión de si un Estado puede ampararse en el margen de apreciación para no otorgar efectos a la filiación resultante de un acuerdo transfronterizo de GS cuando el menor no tiene vínculo genético con ninguno de los dos progenitores de intención o, en caso de acceso a la GS en solitario, con el único de ellos. Si bien en su Opinión de 2019 la Gran Sala, puesto que debía limitar su pronunciamiento al caso *Menesson*, puso un énfasis especial en la existencia de vínculo genético con al menos uno de los progenitores de intención, la misma admite que en el futuro el TEDH puede verse obligado a desarrollar su doctrina en este punto, en especial teniendo en cuenta la evolución en materia de GS (§36)⁴⁵. *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (en adelante, *Valdís c. Islandia*), resuelto por sentencia de la Sección 3ª de 18 de mayo de 2021⁴⁶, constituye una oportunidad perdida al respecto.

Los recurrentes eran dos excónyuges femeninas y un menor nacido en 2013 como consecuencia de un acuerdo de GS celebrado en California con esperma y óvulos donados. Tres semanas después del nacimiento las dos mujeres intentaron inscribirlo como nacional islandés e hijo de ambas. La solicitud fue denegada por las autoridades islandesas, que lo consideraron nacional estadounidense y, como menor no acompañado, asumieron su custodia y le asignaron una tutora legal, aunque acordaron su acogimiento por las dos mujeres. En este momento, ambas instaron su adopción conjunta, petición que fue dejada en suspenso a la espera de la resolución del proceso de filiación iniciado previamente. Sin embargo, el divorcio de la pareja en 2015 provocó que las dos mujeres revocaran la solicitud de adopción, puesto que ya no podían adoptar conjuntamente, y consensuaron que ninguna de las dos recurriría a la adopción individual, ya que ello impediría el establecimiento de un vínculo legal entre la progenitora no adoptante y el menor. Tras el divorcio se mantuvo la situación de acogimiento del menor respecto de ambas, en intervalos de un año, hasta que una de las dos contrajo nuevo matrimonio y obtuvo su acogimiento permanente, con la posibilidad de que la otra mujer y su nueva esposa pudieran tener al menor bajo su guarda en intervalos iguales de tiempo.

Para los recurrentes la negativa de las autoridades islandesas a reconocer la filiación respecto de las dos mujeres constituía una interferencia en su derecho a la vida privada y familiar.

⁴⁵ Traducción de la autora a partir de la versión original, en francés.

⁴⁶ Asunto núm. 7155217 (ECLI:CE:ECHR:2021:0518JUD007155217).

Junto con el artículo 8 CEDH invocaron también el artículo 14 CEDH (prohibición de discriminación), en relación con la diferencia de trato dispensada al menor respecto de otros menores nacidos a partir del recurso a GS transfronteriza.

El TEDH consideró que la negativa a reconocer la filiación suponía una interferencia en el derecho de los tres recurrentes a la vida familiar. Para ello tuvo en cuenta, a partir la doctrina establecida en *Paradiso y Campanelli c. Italia*⁴⁷, la calidad de los vínculos personales entre ellos, el rol asumido por las dos mujeres respecto del menor, así como la duración de la convivencia conjunta e individualmente con cada una de ellas de forma ininterrumpida desde el nacimiento y por un período de casi cuatro años (§62). Sin embargo, dicha interferencia se consideró conforme con la ley, en tanto que perseguía un fin legítimo. Al respecto, el TEDH concluyó por unanimidad que la decisión de las autoridades islandesas entraba dentro de su margen de apreciación, y valoró que estas en ningún momento interrumpieron la vida familiar existente entre los recurrentes⁴⁸. Para ello, el TEDH se valió de la doctrina *Menesson*, que destacó que -pese a los obstáculos impuestos por las autoridades francesas para reconocer la filiación- las menores y sus progenitores de intención pudieron convivir como una familia desde el nacimiento de aquellas. Como el TEDH se encarga de remarcar, las autoridades islandesas no solo otorgaron al menor la nacionalidad islandesa y acordaron su acogimiento por las dos mujeres, sino que también les ofrecieron la posibilidad de adoptarlo conjuntamente mientras permanecieron casadas. Si bien el TEDH no descartó la posibilidad de que cada una de las dos mujeres adoptara al menor individualmente o junto con su nueva pareja, aludió a los problemas prácticos que ello podía conllevar (§74)⁴⁹.

La sentencia cuenta con la opinión concurrente del presidente del Tribunal, el juez Lemmens, quien anticipa que en el futuro el TEDH tendrá que pronunciarse sobre el impacto negativo de la falta de reconocimiento de un vínculo legal de filiación en el derecho del menor a su vida privada, en especial cuando -como sucedía en el caso- la adopción ya no es una solución viable⁵⁰. El hecho de que en *Valdís c. Islandia* el recurso se construyera exclusivamente sobre la base del derecho al respeto a la vida familiar no solo explicaría su distinta suerte respecto de *Menesson*, sino también la opinión concurrente del juez Lemmens. De haberse analizado el caso

⁴⁷ Vid. apartado 2.3.

⁴⁸ Contraponen este argumento con *Paradiso y Campanelli c. Italia* (vid. apartado 2.3.), Ochoa Ruiz (2021, pp. 181 y 183); Múrtula Lafuente (2022, pp. 3434-3437); Bracken (2022, p. 212).

⁴⁹ Traducción de la autora a partir de la versión original, en inglés.

⁵⁰ Al haberse producido el divorcio entre las madres de intención, conforme con la legislación islandesa no cabía la posibilidad de adopción conjunta. La adopción tampoco es una solución viable cuando, en contra de lo que disponen algunas legislaciones nacionales como la española, se supera la diferencia máxima de edad entre adoptante y adoptando: al respecto, vid. la sentencia citada en nota 44 y Farnós Amorós (*en prensa*).

desde la óptica de la vida privada de los menores podría haberse concluido que la falta de reconocimiento de la relación de filiación tiene un impacto negativo en los nacidos a partir del recurso a GS transfronteriza, tengan o no vínculo genético con sus progenitores de intención. De ahí que *Valdís c. Islandia* constituya, como afirmaba al inicio de este apartado, una «oportunidad perdida».

En el no reconocimiento del vínculo legal de filiación por parte del TEDH se observa un cierto prejuicio hacia la familia no convencional y, en especial, hacia la formada por una pareja de mujeres que accede a GS transfronteriza y en la que, además, ninguna de las dos aportó sus gametos⁵¹. En este contexto, la mera legitimación de la situación fáctica de acogimiento constituye una «solución de segunda», en especial para el menor, cuyo interés podía haber justificado una condena a Islandia⁵². Al respecto, llama la atención que el TEDH no entrara a analizar la posible violación del artículo 14 CEDH, pues si bien la ausencia de vínculo biológico podría justificar un trato diferente en relación con los adultos, no sucede lo mismo respecto de los menores, quienes no tienen control alguno sobre las circunstancias de su nacimiento⁵³.

Es un interrogante si, de haber mantenido el menor vínculo genético con una de las dos mujeres, el Tribunal hubiera resuelto en la misma línea⁵⁴. La importancia que la doctrina del TEDH atribuye al vínculo genético del padre de intención con el menor, pero no al de la madre de intención⁵⁵ permite, en mi opinión, afirmar que la solución hubiera sido la misma. Sin embargo, prescindir de la existencia de vida familiar consolidada entre el menor y su progenitor o progenitores de intención no se me antoja una solución adecuada cuando ya existe un menor cuyo interés debe prevalecer y el progenitor o progenitores de intención han acudido a una práctica que es legal en otro Estado, sin incurrir en ningún delito en el Estado de origen. Ello entra en tensión con la propia doctrina del TEDH sobre la vida familiar *de facto* protegida por el artículo 8 CEDH⁵⁶, de acuerdo con la cual el concepto «vida familiar» que emana del artículo 8 CEDH es independiente de los lazos biológicos, y se identifica con los vínculos familiares próximos que pueden existir entre personas que viven juntas más allá del matrimonio y de la familia nuclear, siempre que la convivencia implique un cierto grado de estabilidad. En consecuencia, la existencia de vida familiar entre determinadas personas en el sentido del Convenio es una cuestión de hecho que depende de la existencia real y efectiva de relaciones personales próximas, por encima y más

⁵¹ Margaria, en Isailovic y Margaria (2021).

⁵² Isailovic, en Isailovic y Margaria (2021); Bracken (2022, pp. 204-206).

⁵³ *Vid.* Bracken (2022, pp. 207-209).

⁵⁴ Considera que no, al entender que la sentencia refuerza la doctrina establecida a partir de *Mennesson*, Bracken (2022, pp. 199-201).

⁵⁵ En este sentido, Scherpe y Fenton-Glynn (2017, p. 7).

⁵⁶ En esta línea, García San José (2018, p. 128).

allá de la realidad biológica⁵⁷. Esta es, de hecho, la línea que han seguido algunos tribunales nacionales al resolver casos de acceso a la GS en solitario por una mujer sin vínculo genético con el menor. Un primer ejemplo lo encontramos en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andorra, de 12 de septiembre de 2017⁵⁸, que reconoció vía *exequatur* la sentencia extranjera que determinaba la maternidad a favor de una mujer que a los 64 años accedió a GS en California, a resultas de lo cual nacieron gemelas en 2006. Pese a la inexistencia de vínculo genético entre la madre de intención y las menores, el tribunal tuvo en cuenta la existencia de una familia de hecho durante más de 11 años, así como los efectos que el no reconocimiento de la sentencia extranjera produciría en las menores, que verían afectada su identidad, la eventual adquisición de la nacionalidad y sus derechos sucesorios, entre otros⁵⁹. En España, la sentencia de la Sala 1ª del TS de 31 de marzo de 2022 resuelve el caso de una mujer que a los 46 años accedió a GS en el estado mexicano de Tabasco. El TS remite a la madre de intención a la adopción para determinar su filiación respecto del menor con quien convive desde su nacimiento en 2015⁶⁰.

2.2 Restricciones de movimiento

Junto con los casos en que el Estado de origen impide la transferencia de la filiación resultante de un acuerdo transfronterizo de GS, que son los más comunes, en ocasiones las reticencias a esta práctica pueden manifestarse en forma de restricciones de movimiento que impiden al nacido viajar a dicho Estado en compañía de sus progenitores de intención. Este es el supuesto de hecho de *D. y otros c. Bélgica*, declarado inadmisibile por resolución de 8 de julio de 2014⁶¹. En el mismo la Sección 2ª del TEDH se enfrentaba a la negativa de las autoridades belgas a que dos cónyuges de distinto sexo pudieran viajar desde Ucrania con la niña que había sido concebida mediante GS y que constaba como su hija conforme con el certificado de nacimiento expedido en dicho país, puesto que consideraron que la prueba aportada por los progenitores de intención para acreditar la existencia de vínculo genético con al menos uno de ellos (una prueba de ADN realizada sin las

⁵⁷ Al respecto, en relación con la jurisprudencia del TEDH sobre acciones de filiación interpuestas por el hombre que afirma ser el padre biológico, *vid.* Farnós Amorós (2017b, p. 117).

⁵⁸ Sentencia núm. 483/2016. Accesible desde el buscador de jurisprudencia del *Consell Superior de la Justícia del Principat d'Andorra*: <https://www.justicia.ad/jurisprudencia/> (Consulta: 30 agosto 2022).

⁵⁹ El caso se planteó ante la justicia andorrana porque la madre de intención, residente habitual en España y de nacionalidad suiza, tenía la residencia legal en Andorra. Entre 2006 y 2007 algunos medios españoles se hicieron eco del caso en cuestión, que se presentó socialmente como una «adopción de gemelas» en EE.UU.: «La baronesa Thyssen adopta a dos niñas gemelas», *Hola.com*, 26.06.2006; y «La baronesa Thyssen adoptará dos gemelas de Los Ángeles», *20minutos.es*, 28.06.2006.

⁶⁰ *Vid.* referencia en nota 44. Para una crítica del recurso a la adopción, en tanto que la madre de intención superaba la diferencia máxima de edad que exige el Código civil español entre adoptante y adoptando, *vid.* Farnós Amorós (en prensa).

⁶¹ Asunto núm. 29176/13. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420> (Consulta: 19 julio 2022).

mínimas garantías) no tenía valor probatorio. Es por ello que dos meses después del nacimiento, con su permiso de residencia en Ucrania a punto de caducar, los progenitores de intención se vieron obligados a regresar a Bélgica sin la menor, que quedó a cargo de una cuidadora. Cuando la niña tenía cinco meses, una vez acreditado ante las autoridades belgas que el marido era el padre biológico, la menor obtuvo el pasaporte y pudo viajar a Bélgica con sus progenitores de intención. Esta situación motivó que el recurso, en que los progenitores de intención consideraban que la restricción de movimiento impuesta por Bélgica era contraria a los artículos 8 y 3 CEDH⁶², quedara vacío de contenido y la solicitud se considerara inadmisibile.

En su resolución el TEDH enfatizó que las autoridades belgas actuaron siempre dentro de su margen de apreciación, en tanto que el derecho al respeto por la vida privada y familiar no obliga a los Estados a autorizar la entrada de personas concebidas mediante GS en sus territorios sin haber llevado a cabo las comprobaciones necesarias (§59). Según el TEDH la negativa a emitir el documento para que la menor pudiera viajar a Bélgica, que causó la separación temporal de las partes, estaba justificada por el fin legítimo de prevenir delitos y, en particular, el tráfico de seres humanos. El Tribunal destaca, además, que la separación fue de corta duración, que durante la misma los progenitores de intención pudieron desplazarse a Ucrania en dos ocasiones, y que si bien la situación les pudo generar angustia y se produjo en un momento muy importante del desarrollo infantil, la medida no era desproporcionada. El Tribunal valora también que los progenitores de intención se habían informado antes del proceso, por lo que no podían ignorar las dificultades que podían surgir durante el mismo.

2.3 Alejamiento del menor respecto de sus progenitores de intención

La aproximación más drástica de los Estados a la prevención de la GS transfronteriza que se ha visto sometida al escrutinio del TEDH es la consistente en el alejamiento del menor de sus progenitores de intención. *Paradiso y Campanelli c. Italia*, resuelto por sentencia de la Sección 2ª el 27 de enero de 2015⁶³, revocada por la de la Gran Sala de 14 de enero de 2017⁶⁴, da buena cuenta de ello. La Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli, dos cónyuges italianos, accedieron a GS comercial en Rusia, a resultas de lo cual nació un bebé en 2011. Al solicitar al Consultado italiano en Moscú la inscripción del certificado de nacimiento ruso que les declaraba padres, declararon

⁶² Este último precepto, que prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, fue invocado porque los recurrentes consideraban que la restricción impuesta por las autoridades nacionales motivó su separación temporal de la menor.

⁶³ Asunto núm. 25358/12 (TEDH 2015\17).

⁶⁴ Asunto núm. 25358/12 (JUR 2017\25806).

que el esperma procedía del Sr. Campanelli, extremo que posteriormente se demostró falso⁶⁵. En su recurso ante el TEDH Paradiso y Campanelli se oponían a la decisión de las autoridades italianas que, como consecuencia de lo anterior, les denegaron la inscripción de la filiación e iniciaron un procedimiento penal contra ellos por alteración de la filiación, falsificación documental y contravención del procedimiento sobre adopción internacional, a la vez que declararon al menor en situación de abandono e iniciaron los trámites para su adopción por otra familia. Con este fin, el menor fue separado de los progenitores de intención a los ocho meses de edad. Según los recurrentes, estas medidas contravenían su derecho a la vida privada y familiar.

La Sección 2ª consideró que las autoridades italianas actuaron de forma desproporcionada y contraria a la vida privada y familiar de los recurrentes, por lo que condenó al Estado a pagarles 20.000 euros en concepto de daño moral. En su argumentación el Tribunal subrayó que la referencia al orden público no puede convertirse en «una carta blanca para cualquier medida, porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño corresponde al Estado *independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético u otro.*» (§80) (énfasis añadido). A estos efectos, el Tribunal había destacado antes que «los demandantes pasaron con el niño los primeros momentos importantes de su joven vida: seis meses en Italia, a partir del tercer mes del niño. Antes de este período, la demandante ya había pasado un par de semanas con él en Rusia. Aunque el periodo como tal es relativamente corto, el Tribunal considera que los demandantes se comportaron con el niño como sus padres y concluye la existencia de una vida familiar *de facto* entre los demandantes y el niño.» (§69)⁶⁶.

En una aproximación totalmente contraria, la Gran Sala descartó toda interferencia en la vida familiar de los progenitores de intención y declaró justificada la injerencia en su vida privada. Si bien la Sala admite que puede existir vida familiar *de facto* en ausencia de vínculos genéticos o legales, siempre que existan otros vínculos personales genuinos (§148), también afirma que debe tomarse en consideración la calidad de dichos vínculos, el papel jugado por los recurrentes y la duración de la convivencia entre ellos y el menor (§151). En último término, la Gran Sala dicta una sentencia con efectos disuasorios claros para los ciudadanos de los Estados miembros que, como Italia, no permiten la GS: «Aceptar que el menor permaneciera con los recurrentes, posiblemente

⁶⁵ De los §§11 y 27 a 31 de la sentencia de la Gran Sala resulta que los progenitores de intención desconocían la falta de vínculo genético, por lo que pidieron explicaciones a la clínica rusa, cuyo personal se mostró sorprendido por los resultados de las pruebas y aseguró que se trataba de un error.

⁶⁶ Traducción extraída de la base de datos Aranzadi. Un análisis en detalle de la sentencia en Farnós Amorós (2016, pp. 104-106). Una crítica en Fenton-Glynn (2017, pp. 556-558), para quien la noción de vida familiar que maneja la Sección 2ª es incoherente con la doctrina que emana de *Menesson* y su progeñe, que exigen al menos vínculo genético con un progenitor de intención. Según esta autora, la sentencia podía crear un precedente desafortunado, puesto que en el caso la vida familiar resultaba de la contravención de normas legales por los progenitores de intención.

con la intención de convertirse en sus padres adoptivos, hubiese sido equivalente a legalizar la situación creada por aquellos contraviniendo importantes normas de derecho italiano» (§215)⁶⁷. Al respecto, tiene en cuenta que, si bien la extinción de la relación entre las partes no fue directamente imputable a los recurrentes, sí era la consecuencia de la incertidumbre legal creada por ellos mismos en relación con los vínculos familiares, puesto que incurrieron en una conducta contraria al derecho interno. En consecuencia, la calidad de los vínculos emocionales forjados entre los recurrentes y el menor no era suficiente para superar la falta de vínculo genético y la corta duración de la relación. Para la Gran Sala, las razones invocadas por las autoridades (poner fin a una conducta ilegal y tomar medidas urgentes en relación con un menor que se encontraba en «situación de abandono») eran relevantes para el fin legítimo de prevención del desorden y para la protección de menores.

Sin embargo, las autoridades italianas llevaron a cabo una interpretación cuestionable del concepto «situación de abandono», puesto que en ningún momento valoraron, en relación con el caso concreto, si existía una situación real de abandono que permitiera declarar adoptable al menor⁶⁸. La Gran Sala prescindió de ello y se centró en el único dato de que sus progenitores de intención no eran sus progenitores genéticos⁶⁹. Y es esta ausencia de vínculo genético lo que acaba justificando el alejamiento del menor de sus progenitores de intención por las autoridades italianas, al concluirse que no existió vida familiar *de facto* (§157). La sentencia cuenta con un voto particular conjunto de cinco jueces disidentes (Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev) que, entre otros aspectos, destaca que la ausencia de vínculo genético no debe conducir, necesariamente, a apreciar la falta de vida familiar, y que el período de tiempo de convivencia entre el menor y los progenitores de intención fue, pese a su brevedad, suficiente para establecer entre ellos vida familiar *de facto*. Al respecto, si bien la Gran Sala se refiere a la corta duración de la relación (recordemos, ocho meses) como un extremo que permitiría descartar la existencia de vida familiar, el mismo por sí solo deviene del todo irrelevante, además de contradictorio con la doctrina del TEDH en otros casos de GS transfronteriza. A estos efectos, en *D. y otros c. Bélgica*, analizado en el apartado anterior, el Tribunal consideró que la negativa de las autoridades belgas a expedir un documento de viaje a favor de la menor, a quien mantuvieron separada de los progenitores de intención en compañía de los cuales había vivido durante sus primeros dos meses de vida, constituía una injerencia en el derecho a la vida familiar, por mucho

⁶⁷ Traducción de la autora a partir de la versión original, en francés. Un análisis en detalle de la sentencia en Farnós Amorós (2017a).

⁶⁸ *Vid.* Farnós Amorós (2017a, p. 237). Lo anterior es relevante, pues la correcta valoración del principio del interés superior del menor debe ir siempre referida a un menor concreto: García Rubio (2020, p. 12).

⁶⁹ Lo destaca también García San José (2018, pp. 117 y 120).

que dicha injerencia se encontrara finalmente justificada⁷⁰. Ello confirmaría que el argumento relevante para descartar la vida familiar acaba siendo la inexistencia de vínculo genético. Ello no solo convierte la decisión en desproporcionada, sino que refuerza la idea según la cual, en materia de filiación, el vínculo genético es esencial⁷¹.

Pese a la distancia con los casos en que se discutía la determinación de la filiación resultante de un acuerdo transfronterizo de GS, *Paradiso* acaba consolidando, a partir de una interpretación en sentido contrario, la doctrina *Menesson* y, con ello, la inhabilidad de los Estados para oponerse al reconocimiento de las relaciones paterno-filiales allí donde la GS se ha practicado al menos con gametos del padre de intención. Lo que convierte el nivel de escrutinio en más estricto para el Estado en *Menesson* que en *Paradiso* (o, en otras palabras, lo que justifica su condena) es que en el primero existía vínculo genético entre el padre de intención y las menores⁷².

En cualquier caso, *Paradiso* es un caso difícil, con unas connotaciones muy particulares, del que raramente pueden extraerse conclusiones generales extrapolables a otros casos⁷³. El menor no fue parte en el proceso porque cuando el caso accedió al TEDH ya llevaba varios años separado de sus progenitores de intención. El pleito, por tanto, no perseguía el reconocimiento de la relación de filiación, sino el retorno del menor con sus progenitores de intención, lo que dado el tiempo transcurrido y su posterior adopción ya era contrario a su interés superior⁷⁴. En consecuencia, por mucho que la Gran Sala acabe eximiendo de responsabilidad al Estado italiano, el caso no puede leerse como un cambio de dirección en la jurisprudencia del TEDH en materia de reconocimiento de la filiación resultante de GS transfronteriza⁷⁵.

3. ¿La biología importa? Reflexiones finales al hilo de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en materia de gestación por sustitución transfronteriza

El TEDH no obliga a los Estados miembros a tomar partido acerca de la GS, sino tan solo a prever algún mecanismo que permita establecer un vínculo legal de filiación con las personas nacidas

⁷⁰ Al respecto, Margaria (2019, p. 67).

⁷¹ Tesfaye (2022, pp. 10, 15 y 18).

⁷² Margaria (2019, pp. 70-71).

⁷³ Farnós Amorós (2017a).

⁷⁴ Es por ello que la Sección 2ª había apreciado una violación del derecho a la vida familiar por parte de las autoridades italianas, a las que condenó a resarcir el daño moral causado a los recurrentes.

⁷⁵ En este sentido, Margaria (2019, p. 68); Fenton-Glynn (2017, p. 561).

como consecuencia de su práctica en otro Estado. En estas circunstancias, la existencia de vínculo genético con al menos un progenitor de intención se erige como elemento legitimador de la relación. Sin embargo, la exigencia de dicho vínculo, incluso cuando existe vida familiar consolidada, entra en tensión con la propia doctrina del TEDH sobre la vida familiar *de facto* protegida por el artículo 8 CEDH y perjudica, en última instancia, a los menores concebidos a partir del recurso a GS. Al impedir el desarrollo de la relación familiar por ausencia de vínculo genético y limitar las obligaciones de los Estados solo hacia un cierto sector de menores nacidos de esta forma se está incurriendo en una distinción ya superada entre familia «legítima» e «ilegítima», susceptible de crear una nueva categoría de hijos e hijas⁷⁶.

Valdís c. Islandia constituye una oportunidad perdida para revertir una doctrina que, además, tiene unos efectos especialmente perversos en las mujeres dada la importancia tradicionalmente atribuida a la regla *mater semper certa est*. En el caso, en lugar de destacar la existencia de vida familiar *de facto* y permitir que en determinados contextos este extremo pase por delante del dato genético, siempre en interés del menor⁷⁷, el TEDH refuerza implícitamente la línea jurisprudencial mantenida desde *Menesson*. Así, siempre que exista vínculo genético entre al menos el padre de intención y el menor la GS transfronteriza puede desplegar efectos en el Estado de origen, por mucho que la práctica esté prohibida a nivel interno y sea contraria a la legislación nacional. Por el contrario, en ausencia de dicho vínculo, no reconocer legalmente la filiación es una decisión que cae dentro del margen de apreciación de cada Estado.

La configuración del CEDH como un «instrumento vivo»⁷⁸ permite confiar que en futuros casos el TEDH reconducirá esta línea jurisprudencial hacia una concepción de la filiación menos basada en la biología y, a la vez, más respetuosa con modelos familiares alejados de la familia convencional. Queda todavía un largo camino por recorrer. No se ha planteado ante el TEDH ningún caso en que, en ausencia de vínculo genético entre el padre de intención y el menor, o a falta de figura paterna, la madre de intención sí tiene dicho vínculo. Está por ver si el peso de la regla *mater semper certa est* impedirá también la determinación de la filiación en estos casos.

En su Opinión consultiva de 2019, aunque limitado por el supuesto de hecho del caso *Menesson*, en que existía vínculo genético con el padre de intención, pero no con la madre de intención, el TEDH otorgó un amplio margen de apreciación a los Estados para que decidieran sobre la forma de reconocimiento de la filiación, ya se tratara de la transcripción *ab initio* de la

⁷⁶ Ya lo avanzó, respecto de las personas concebidas mediante reproducción asistida con gametos donados y, posteriormente, mediante GS, Storrow (2012, pp. 587 y ss.).

⁷⁷ Con especial énfasis en este argumento, Isailovic, en Isailovic y Margaria (2021); Bracken (2022, pp. 204-206 y 215-216).

⁷⁸ European Court of Human Rights - Council of Europe (2021).

relación que consta en el certificado de nacimiento, de la posesión de estado o de la adopción. Sin embargo, los casos límite abordados en *Valdís c. Islandia* y *A.M. c. Noruega* han puesto de relieve que las soluciones basadas en la adopción pueden resultar inoperativas cuando, por ejemplo, en el momento de determinarse la filiación los progenitores de intención ya no son pareja.

En un escenario en que el acceso a la GS ha dejado de ser una cuestión interna⁷⁹, la respuesta última a la práctica, enfocada a la prevención de la explotación y el tráfico de personas, solo puede venir desde el Derecho internacional privado, a través de estándares mínimos⁸⁰. Dichos estándares no solo deberían permitir alcanzar un consenso sobre las condiciones de reconocimiento de la filiación, sino que también deberían situarnos en un estadio previo, por ejemplo, en relación con los requisitos de acceso a la GS por parte de los progenitores de intención o con el control de la actividad que las agencias intermediarias llevan a cabo⁸¹. Ello evitaría que los tribunales nacionales y supranacionales se vieran obligados a improvisar soluciones «ex post» que, como se ha observado, en ocasiones resultan insatisfactorias.

Mientras estas respuestas se hacen esperar⁸², los tribunales llamados a resolver estos conflictos deberían tener en cuenta que los progenitores de intención a menudo se limitan a contratar, dentro de lo que les ofrece el mercado global, en Estados donde la práctica es legal. En estas circunstancias, cargar el problema legal sobre los hombros del flanco más débil (los progenitores de intención, pero, sobre todo, los menores), no es el mejor modo de desalentar la práctica⁸³. En consecuencia, el no reconocimiento debería limitarse, más allá de a situaciones claras de abuso y maltrato de menores, a casos en que, pese a la posible existencia de vida familiar entre las partes, los progenitores de intención incurrieron, en el Estado de origen, en conductas criminales para legitimar su actuación, o bien directamente actuaron contra la legislación del Estado de destino. Se trata, en definitiva, de supuestos que justificarían el mantenimiento de la

⁷⁹ Fenton-Glynn (2017, p. 566).

⁸⁰ *Vid.*, al respecto, las propuestas de Quiñones Escámez (2017).

⁸¹ Sobre el particular, *vid.* Quiñones Escámez (2017, pp. 243-244).

⁸² Por el momento, los trabajos realizados en el marco de la Conferencia de la Haya sobre Derecho internacional privado en materia de filiación y GS, iniciados en 2015, solo han dado lugar a varios informes del grupo de expertos: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> (Consulta: 27 julio 2022).

⁸³ Ya lo destacó Quiñones Escámez en 2017, pp. 243-244. En España, el Proyecto de Ley de reforma del aborto, aprobado por el Consejo de Ministros el 17 de mayo de 2022, tras considerar en su Exposición de Motivos la GS como una de las «manifestaciones de la violencia contra las mujeres» y, en particular, «una forma grave de violencia reproductiva», aboga por su prevención (art. 32) y prohíbe la publicidad de las agencias de intermediación (art. 33). Texto del Anteproyecto disponible en:

<https://www.igualdad.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Paginas/anteproyecto-lo-salud-sexual-reproductiva-interrup.aspx> (Consulta: 9 septiembre 2022).

relación sin reconocimiento de vínculo filial, o incluso -en casos límite- el alejamiento de los menores respecto de sus progenitores de intención.

Bibliografía

- ◆ Alkorta Idiakez, I. y Farnós Amorós, E. (2017). Anonimato del donante y derecho a conocer: un difícil equilibrio. *Oñati Socio-Legal Series*, 7, 1-31.
- ◆ Álvarez González, S. (2021). Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa. *Revista de Derecho Civil*, 8, 193-219.
- ◆ Bracken, L. (2022). Cross-Border Surrogacy Before the European Court of Human Rights: Analysis of *Valdís Fjölfnisdóttir And Others v Iceland*. *European Journal of Health Law*, 29, 194-216.
- ◆ Casado, M., y Navarro-Michel, M. (Coords.) (2019). *Documento sobre gestación por sustitución*. Barcelona: Observatori de Bioètica i Dret – Universitat de Barcelona, 25-42: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/documents/doc_gestacion-sustitucion.pdf (Consulta: 24 agosto 2022).
- ◆ Comité de Bioética de España (2020). *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*, 1-54: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20del%20CBE%20sobre%20el%20derecho%20de%20los%20hijos%20nacidos%20de%20las%20TRHA.pdf> (Consulta: 20 junio 2022).
- ◆ Comitè de Bioètica de Catalunya (2016). *El dret a conèixer els orígens genètics i biològics de la persona*, 1-30: https://canalsalut.gencat.cat/web/.content/_Sistema_de_salut/CBC/recursos/documents_tematica/dret_origens_biologics.pdf (Consulta: 20 junio 2022).
- ◆ Durán Ayago, A. (2022). Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: ¿crónica de un relato interminable? *Revista de Derecho de Familia*, 104, 1-14.
- ◆ European Court of Human Rights – Council of Europe (2021). *The European Convention on Human Rights A living instrument*, 1-25: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Instrument_ENG.pdf (Consulta: 7 septiembre 2022).
- ◆ Farnós Amorós, E. (2016). La reproducción asistida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: de *Evans c. Reino Unido* a *Parrillo c. Italia*. *Revista de Bioética y Derecho*, 36, 105-123.
- ◆ _____ (2017a). *Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho*. *Revista de Bioética y Derecho*, 40, 231-242.

- ◆ _____ (2017b). Don't be afraid of biology: Biology-based systems of parentage and safety valves protecting social parenting. En M. González Pascual y A. Torres Pérez (Coords.). *The Right to Family Life in the European Union* (pp. 115-129). Londres: Routledge.
- ◆ _____ (2021). Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución. En A. Carrio Sampedro, A. (Ed.). *Gestación por sustitución. Análisis y propuestas de regulación* (pp. 131-186). Barcelona-Madrid-Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.
- ◆ _____ (2022). La gestación por sustitución de nuevo ante el Tribunal Supremo: la STS, 1ª (Pleno), de 31 de marzo de 2022, como ejemplo de la encrucijada actual. *Anuario de Derecho Civil, LXXV(III)*, 449-482 (en prensa).
- ◆ Femenía López, P.J. (2021). El derecho a conocer el origen biológico por parte de los nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida: alcance, contenido y límites. En Y.B. Bustos Moreno y V. Múrtula Lafuente (Coords.). *El derecho civil ante los nuevos retos planteados por las técnicas de reproducción asistida* (pp. 197-241). Madrid: Dykinson.
- ◆ Fenton-Glynn, C. (2017). International surrogacy before the European Court of Human Rights. *Journal of Private International Law*, 13, 546-567.
- ◆ García Rubio, M.P. (2020). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 14-49.
- ◆ García San José, D. (2018). La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 103-130.
- ◆ González Beilfuss, C. (2020). Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución. En M.M. Albornoz (Ed.). *La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado y en el Derecho comparado* (pp. 217-236). México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas - Centro de Investigación y Docencia económicas.
- ◆ Government Committee on the Reassessment of Parenthood (2016). *Child and parents in the 21st century. Report of the Government Committee on the Reassessment of Parenthood*. The Hague: Xerox/OBT, 1-125.
- ◆ International Social Service (2021). *Principles for the protection of the rights of the child born through surrogacy (Verona principles)*. International Social Service – General Secretariat: Geneva, 1-30: https://www.iss-ssi.org/images/Surrogacy/VeronaPrinciples_25February2021.pdf (Consulta: 27 julio 2022).
- ◆ Isailovic, I. y Margaria, A. (2021). Conversations on transnational surrogacy and the ECtHR case *Valdís Fjölfnisdóttir and Others v. Iceland* (2021). *conflictoflaws.net*: <https://conflictoflaws.net/2021/conversations-on-transnational-surrogacy-and-the-ecthr-case-valdis-fjolfnisdottir-and-others-v-iceland-2021/> (Consulta: 7 septiembre 2022).
- ◆ Lamm, E. (2018). Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo. En R. García Manrique (Coord.). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (pp. 191-220). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

- ◆ Lamm, E. y Rubaja, N. (2016). Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global. *Revista de Bioética y Derecho*, 37, 149-170.
- ◆ Margaria, A. (2019). *The Construction of Fatherhood. The Jurisprudence of the European Court of Human Rights*. Cambridge: CUP.
- ◆ _____ (2020). Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion. *Medical Law Review*, 28, 412-425.
- ◆ Múrtula Lafuente, V. (2022). La determinación de la filiación 'contra legem' del nacido en el extranjero por gestación por sustitución: otra forma de tener hijos atendiendo a la voluntad procreacional, la posesión de estado y el interés superior del menor. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, 3424-3465.
- ◆ Navarro Michel, M. (2018). La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo? En R. García Manrique (Coord.). *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos* (pp. 237-258). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- ◆ Ochoa Ruiz, N. (2021). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölfnisdóttir y otros c. Islandia, demanda n.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 167-187.
- ◆ Quiñones Escámez, A. (2017). El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a ley (Método del reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados). *InDret*, 2, 201-251.
- ◆ Scherpe, J. y Fenton-Glynn, C. (2017). Surrogacy: Is the law governing surrogacy keeping pace with social change? (presentación en nombre del Cambridge Family Law Centre), 1-11: https://www.law.cam.ac.uk/sites/www.law.cam.ac.uk/files/images/www.family.law.cam.ac.uk/documents/cambridge_family_law_submission.pdf (Consulta: 21 septiembre 2022).
- ◆ Shenfield, F., De Mouzon, J., Pennings, G., Ferraretti, A.P., Nyboe Andersen, A., De Wert, G., Goossens, V., The ESHRE Taskforce on Cross Border Reproductive Care (2010). Cross border reproductive care in six European countries. *Human Reproduction*, 25(6), 1361-1368.
- ◆ Storrow, R.F. (2012). The Phantom Children of the Republic: International Surrogacy and the New Illegitimacy. *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, 20(3), 561-609.
- ◆ Tesfaye, M.G. (2022). What makes a Parent? Challenging the Importance of a Genetic Link for Legal Parenthood in International Surrogacy Arrangements. *International Journal of Law, Policy and The Family*, 36, 1-20.

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

**Legal initiative for Gestational Surrogacy in Portugal: An overview
of the legal, regulatory, and ethical issues**

**Iniciativa legal per a la gestació subrogada a Portugal: una visió
general de les qüestions legals, reglamentàries i ètiques**

**Iniciativa legal para la gestación subrogada en Portugal: una
visión general de las cuestiones legales, reglamentarias y éticas**

MARIA DO CÉU PATRÃO NEVES *

* Maria do Céu Patrão Neves. Full Professor of Ethics, is currently President of the National Council of Ethics for the Life Sciences, member of the European Group of Ethics in Sciences and New Technologies, and expert for the European Commission. Contact: www.mpatraoneves.pt. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7246-6182>.



Copyright (c) 2022 Maria do Céu Patrão Neves

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Abstract

Gestational surrogacy is a controversial ethical issue worldwide. In 2016, Portugal launched a second political attempt to legalize gestational surrogacy, proposing it as: being altruistic; forbidding a biological tie between the surrogate and the child; requiring a biological relationship between one of the legal parents and the child; and demanding a legal contract between the surrogate and the legal parents.

The law was approved, regulated and entered into force. However, months later, the Constitutional Court ruled some of its norms unconstitutional, namely due to the legal ambiguity of the surrogacy contracts; too short a deadline for the surrogate's withdraw of consent; and the need to comply with the children's right to know their biological origin. The law entered a complex political and legal process. It also caused a serious problem in assisted reproductive treatments, with the suspension of those treatments that entailed the anonymity of the donors. The law on surrogacy was, finally, enacted in November 2021, although the introduction of its regulation is still pending.

This paper describes the legal process, within its political context, stressing the ethical issues at stake, and presenting the initiative for legalization of gestational surrogacy in Portugal as a valuable case study analysis: of how a top-down initiative, ideologically driven and politically rushed, and which ignores ethical advice, generates a troubled and penalizing legal process for the people involved.

Keywords: Gestational surrogacy; law; ethics; health policy; altruism; rights and duties of stakeholders; surrogacy contracts; informed consent; anonymity.

Resum

La gestació subrogada és una qüestió ètica controvertida a tot el món. En 2016, Portugal va llançar un segon intent polític per a legalitzar la subrogació gestacional, proposant-la com: altruista; prohibint un vincle biològic entre la subrogada i el nen; exigint una relació biològica entre un dels pares legals i el nen; i exigint un contracte legal entre la subrogada i els pares legals. La llei va ser aprovada, reglamentada i va entrar en vigor. No obstant, mesos després, el Tribunal Constitucional va dictaminar la inconstitucionalitat d'algunes de les seves normes, en concret: l'ambigüitat jurídica dels contractes de gestació subrogada; un termini massa curt per a la retirada del consentiment de la mare de lloguer; i la necessitat de complir amb el dret dels nens a conèixer el seu origen biològic. La llei va entrar en un complex procés polític i jurídic. També va provocar un greu problema en els tractaments de reproducció assistida, amb la suspensió d'aquells que implicaven l'anonimat de les donants. La llei de gestació subrogada va ser, finalment, promulgada al novembre de 2021, si bé encara està pendent la introducció del seu reglament. Aquest treball descriu el procés legal, dins del seu context polític, posant l'accent en les qüestions ètiques en joc, i presentant aquesta iniciativa com una valuosa anàlisi de cas: de com una iniciativa de dalt a baix, ideològicament impulsada i políticament precipitada, i que ignora l'assessorament ètic, genera un procés legal problemàtic i penalitzador per a les persones implicades.

Paraules clau: Subrogació gestacional; dret; ètica; política sanitària; altruisme; drets i deures dels interessats; contractes de subrogació; consentiment informat; anonimat.

Resumen

La gestación subrogada es una cuestión ética controvertida en todo el mundo. En 2016, Portugal lanzó un segundo intento político para legalizar la subrogación gestacional, proponiéndola como: altruista; prohibiendo un vínculo biológico entre la subrogada y el niño; exigiendo una relación biológica entre uno de los padres legales y el niño; y exigiendo un contrato legal entre la subrogada y los padres legales. La ley fue aprobada, reglamentada y entró en vigor. Sin embargo, meses después, el Tribunal Constitucional dictaminó la inconstitucionalidad de algunas de sus normas, en concreto: la ambigüedad jurídica de los contratos de gestación subrogada; un plazo demasiado corto para la retirada del consentimiento de la madre de alquiler; y la necesidad de cumplir con el derecho de los niños a conocer su origen biológico. La ley entró en un complejo proceso político y jurídico. También provocó un grave problema en los tratamientos de reproducción asistida, con la suspensión de aquellos que implicaban el anonimato de las donantes. La ley de gestación subrogada fue, finalmente, promulgada en noviembre de 2021, aunque aún está pendiente la introducción de su reglamento. Este trabajo describe el proceso legal, dentro de su contexto político, haciendo hincapié en las cuestiones éticas que están en juego, y presentando la iniciativa de legalización de la gestación subrogada en Portugal como un valioso análisis de caso: de cómo una iniciativa de arriba abajo, ideológicamente impulsada y políticamente precipitada, y que ignora el asesoramiento ético, genera un proceso legal problemático y penalizador para las personas implicadas.

Palabras clave: Subrogación gestacional; derecho; ética; política sanitaria; altruismo; derechos y deberes de los interesados; contratos de subrogación; consentimiento informado; anonimato.

1. Introduction

The first documented case of gestational surrogacy dates back to 1985, in the wake of the progress of assisted reproductive technology (ART). But it has mostly been in this century that this procedure has started to be more widely known as a reproductive method for women and couples who, due to a variety of different reasons, could not otherwise have a child biologically related to them. At present, gestational surrogacy is seldom available and often only to those who can afford it.

It is in this context that the debate on surrogacy is being pursued worldwide, and that the national policies adopted along the way stand as examples for other countries, and case studies for academics and professionals.

Portugal is the country where surrogacy has most recently been legalized. To have a broad view on gestational surrogacy in Portugal we will focus on the legal process, the policy adopted, and the current situation.

2. Gestational Surrogacy: definition and variables

Gestational surrogacy designates the process through which a woman becomes pregnant on behalf of someone else and gives birth to that person's child.

Surrogacy can be established at the biological level: when the surrogate is the oocyte donor becoming the biological mother of the baby. When the oocyte is not from the surrogate, but rather from the woman who contracted the surrogate and who will raise the child, the latter is also the child's biological mother, even though she did not give birth.

Surrogacy should also be established at the legal level: when, with or without a biological tie, there is a formal contract that attributes maternal rights and duties to another woman who is not the gestational mother.

In either case, surrogacy can also be commercial – when it is paid for by whoever hires the service – or altruistic, solidary and compassionate – when it is free of charge, being, at most, compensated exactly for all the financial burdens it entails for the surrogate.

Altruistic surrogacy is considered more or less restrictive/liberal according to the level of accessibility, respectively: to nationals or also to foreigners; to heterosexual couples or also to homosexual couples and to singles; as a subsidiary principle, to overcome infertility considered as a disease; or as a social resource, as a reproductive alternative (e.g. for single men).

All these variables, and their multiple connections, were considered upon during the process of legalization of surrogacy in Portugal: that (1) it is altruistic; (2) it forbids a biological tie between the surrogate and the child; (3) it requires a biological relationship between one of legal parents and the child; and (4) it requires a legal contract between the surrogate and the legal parents. These characteristics define a balanced or moderate profile for the Portuguese framework for surrogacy.

3. Context of the Portuguese legalization of surrogacy

3.1 The earlier prohibition of surrogacy

The majority of countries worldwide do not have a specific law on gestational surrogacy. Nevertheless, most countries that have laws on assisted reproductive technology specify their position on what concerns surrogacy, generally forbidding it. This is the case for most European countries, and it has also been the situation in Portugal since 2006, when the first law on Medically Assisted Procreation was approved¹.

It is worthwhile to stress that before 2006 there had been a few attempts to pass a law on Medically Assisted Procreation, all of which had failed, due to the lack of public debate and of a broad consensus on the issue – as was stated by the President of the Republic, at the time, when he vetoed the law (July 1999) – aspects then considered essential, and which showed the option for a bottom-up approach in axiologically determined legal decisions. Meanwhile, the first Portuguese baby generated by in vitro fertilization was born in 1986. Hence, for 20 years, medically assisted procreation was practiced in Portugal outside of a specific legal regulation.

The 2006 Portuguese Law on Medically Assisted Procreation allowed assisted procreation under specific conditions, to prevent abuses of reproductive technologies, and also to establish quality requirements for professional and clinical centres dedicated to this activity. Reproductive technologies were considered strictly as a subsidiary procedure and were not accepted as an alternative reproductive procedure².

Consequently, reproductive technologies were accepted as a medical treatment for infertility or for severe clinical conditions (e.g. insufficient cardiac function), as well as to prevent the transmission of genetic, infectious (e.g. HIV) or other diseases³.

The law also restricted access to reproductive technologies to heterosexual couples, who were married or living together for more than two years⁴. However, heterologous assisted reproduction – that is, using gametes (ova or sperm) from subjects outside the applicant couple,

from a donor – was seen as a last resort for those cases where it was not possible to produce an offspring with the gametes of the couple⁵.

The 2006 Law also prohibited surrogacy. Article 8 focuses specifically on “surrogate motherhood” and reads:

1 – Juridical businesses of surrogate maternity, gratuitous or onerous, are void.

3 - The woman that carries out a surrogate pregnancy for another person, is accounted, for all legal purposes, as the mother of the child to be born.⁶

3.2 The legislative initiatives for surrogacy

Since 2006, the Portuguese Law on Medically Assisted Procreation has been revised eight times, going through significant amendments⁷. The major revisions involved (1) widening of the accessibility to include all women⁸ – lesbian couples and single women – regardless of their marital status⁹, and also of an infertility diagnosis¹⁰, (2) the legalization of gestational surrogacy¹¹, and (3) also the legalization of post-mortem insemination¹².

These revisions aimed at responding positively to a wider range of different infertility situations, and also to allow women to use reproductive technologies to fulfill their desire of a child, successively overturning previous barriers, in a process that progressively abandoned the subsidiary principle and started to assume medically-assisted procreation as also being a social prerogative, from an increasingly liberal perspective. These changes were said to prevent Portuguese women, who did not meet the requirement of the 2006 law, from going abroad for the reproduction procedures they wanted; similarly, they intended to allow the same opportunities to all Portuguese women, regardless of their financial resources.

The widening of medically-assisted reproduction to all women, without restrictions, was disapproved of by the more traditional sectors, for moral reasons: medically-assisted procreation was considered acceptable only as a subsidiary method of reproduction, homologous (without gamete donation), and not producing surplus embryos. In order to comply with these moral requirements, one reproduction clinic in Portugal adopted the procedure to cryopreserve the potential surplus embryos during the syngamy process; that is, just before the end of the fusion process between oocyte and sperm, which is, the completion of fertilization and the formation of the zygote.

Extending the access to reproductive technologies to all women also raised concerns among some professionals given the already long waiting lists for assisted reproduction in public centres (sometimes over a year). In addition, the Portuguese public system has always been based, and

still is, on the ‘first come first served’ rule, and some physicians consider that they should be allowed to establish a hierarchy of priorities based on clinical factors, as they do in other medical fields – e.g. diagnosed infertility; personal characteristics – e.g. the woman’s age; and social conditions – e.g. single or with children. Some critics of this ‘first come first served’ system also point out that, due to the long waiting lists, and to the women’s age-limit (of less than 40 years-old to receive free assistance from the National Health Service), many women are being pressurized into going to the private sector for assistance.

Gestational surrogacy started to be discussed in Portugal in late 2011, under a legislative proposal of the far left-wing party. Other political parties followed this initiative and presented three different legal frameworks for surrogacy¹³. However, none of the proposals were ever voted upon due to a lack of consensus within Parliament.

In 2016, there was a second parliamentary initiative to legalize surrogacy, which was approved in August 2016¹⁴, and came into effect a month later; a year later, the regulation was also published, allowing gestational surrogacy in Portugal¹⁵. From this day onwards – 31st July 2017 – gestational surrogacy became part of Portuguese public health policy, being provided, to all persons meeting the legal requirements, free of charge, in public centres specially certified for the procedure. However, the law was suspended – 7th May 2018 – for constitutional reasons, and those clinical procedures that had begun, but were prior to implantation of the embryo, had to be terminated.

The legislative process had to be restarted by a third parliamentary initiative. The law was amended, in line with the objections raised by the Constitutional Court and was later approved and enacted in November 2021. Its regulation is not yet concluded (August 2022). Meanwhile, the widening of the scope of medically-assisted reproduction continued, enabling the use of increasingly diverse and extensive means, not only covering surrogacy, but also post-mortem insemination.

This process, so long and troubled, reinforces the Portuguese initiative for gestational surrogacy as being an interesting case study, from political, ethical and legal perspectives.

3.3 The ethical advice on surrogacy

The legalization of gestational surrogacy in Portugal was accompanied by the National Ethics Council for the Life Sciences presenting several contributions to improve the bill. Most of these proposals were not taken into account and the Opinion of the National Ethics Council for the Life Sciences on surrogacy ended up being negative.

From 2011 to 2017, the National Ethics Council issued three Opinions on surrogacy¹⁶. The first one was produced in 2012¹⁷, at the request of the National Parliament, when the first legislative initiatives were presented in the Parliament, and it is favorable to surrogacy under 13 detailed conditions. They refer to: altruistic surrogacy, and also to the requirement of a biological bond between the child and the parents, as well as the prohibition of a biological tie between the surrogate and the child; to the right of the child to learn about his/her gestational process; and to a detailed legal contract between the surrogate and the parents-to-be, protecting all parties, including the children. This Opinion is of major importance because it establishes the guidelines for a broad acceptance of surrogacy in Portuguese society.

In 2016, the National Ethics Council issued a second Opinion¹⁸, on the occasion of the second legislative initiative, also at the request of the National Parliament, upon its new proposals for the legalization of surrogacy, disapproving of them mostly due to: the lack of provisions to safeguard the rights of the child-to-be, and of the surrogate; and the insufficiency of a legal framework for the contract between the parents-to-be and the surrogate. This Opinion also referred to the lack of satisfactory answers from the Parliament to the objections formerly raised, in 2012, on the same issue.

In 2017, the National Ethics Council, at the request of the Minister of Health, issued a third Opinion¹⁹ on the subject, and specifically on the Decree over the conditions for the implementation of the approved Law, disapproving of it due to the lack of satisfactory answers to the objections raised in 2016.

In the context of the third legislative initiative, the National Ethics Council issued two more Opinions on gestational surrogacy²⁰ (2019 and 2020), both of them highly critical, concluding that the legislative proposals did not establish the desirable and necessary balance between all the interests involved: those of the children-to-be, of the parents-to-be or beneficiaries, and of the surrogate. In January 2021, a member of the Council was heard by the Parliament at a joint hearing. Nevertheless, the final version of the law that was enacted in November 2021 was not presented by the Parliament, to the National Ethics Council.

3.4 The lack of public involvement

Although the first legal initiative for the legalization of gestational surrogacy dates back to 2011 – the first approval was reached some five years later, in 2016, and the final one only in 2021, some 10 years later – the debate stayed within the Portuguese Parliament, and some institutions that had been formerly asked to present their opinions, did so behind closed doors. There was no public debate in Portugal on gestational surrogacy. In addition, those institutions that issued

opinions on gestational surrogacy, and that were representative of society, were quite critical. They were consulted, but their recommendations were not actually incorporated.

Surrogacy has always been a political project, a parliamentary initiative, which has unfolded from the top-down.

4. Surrogacy policy in Portugal

4.1 The altruistic profile of surrogacy in Portugal

We have broadly presented gestational surrogacy in Portugal as being altruistic²¹, establishing a biological bond with the parents-to-be and only a legal relationship with the surrogate – characteristics that outline its general profile.

The altruistic relationship between the parents-to-be and the surrogate is quite detailed:

*k) The gratuitousness of the legal business and the absence of any type of imposition, payment or donation by the beneficiary couple in favour of the surrogate mother because of the pregnancy of the child, in addition to the amount corresponding to the expenses arising from the monitoring of health effectively provided, including in transport.*²²

Payments are limited to documented costs directly related to the pregnancy. It is also acknowledged that asymmetric relations favor different kinds of revenues, beyond the financial one, which are also prevented.

Also, the biological relationships within surrogacy are clearly considered and foreseen:

*4 – Gestation surrogacy can only be authorized through a medically assisted procreation technique using gametes from, at least, one of the respective beneficiaries, in no instance allowing the surrogate pregnant to donate any oocyte used in the actual procedure in which she participates.*²³

These biological relationships tend to strengthen the bond between the parents-to-be and the child-to-be, and to weaken the tie of the surrogate to the child.

There are also some other important features that identify Portuguese policy on surrogacy. The most significant of these refers to the rights and duties of the stakeholders involved and to the authorization procedure, defined in the 2016 Law, detailed in the 2017 Decree, and revised in the 2021 Law.

4.2 Lingering ethical concerns

The major ethical problems broadly concerning surrogacy are well known: the exploitation of the women, the surrogates – the poorest and the most vulnerable women are the ones who accept to be pregnant on behalf of others in exchange for payment – and the commercialization of the children – richer individuals are the ones who can afford to hire a surrogate.

Opting for an altruistic surrogacy, the Portuguese legislation intends to tackle both criticisms. However, the difficulty or impossibility of effectively and fully preventing these two ethical violations of human rights (even under an altruistic regime), has led the wide majority of countries to reject surrogacy. The Portuguese legislation on surrogacy is no exception and shortcomings can be soundly pointed out when considering the four stakeholders involved in gestational surrogacy: the beneficiaries (or parents-to-be), the surrogates, the institutions involved, and (indeed, last but not least) the children-to be.

4.3 Beneficiaries

The potential beneficiaries are women over 18 years old in a situation of absence of uterus, of injury or of disease of this organ that hinders pregnancy absolutely and definitively²⁴, and as long as there is no follow-up ruling prohibiting the use of such techniques²⁵. At the beneficiaries' level there are no problematic issues that stand out.

The non-exclusion of foreigners in the gestational surrogacy process could be considered a problem. When national legislation does not exclude foreigners, it can allow and promote reproductive tourism, which is invariably linked to business: thus, facilitating the exploitation of national women by foreigners, or of women from other nationalities who can travel to the country in question. This, in turn, may make legal control, namely the altruistic nature of surrogacy, more difficult for local authorities to conduct; and strongly present surrogacy as a substantial source of income for private clinics, where the procedures have to take place given the difficulty for foreigners in accessing National Health Services. However, Portuguese law, with regard to the access of foreigners to assisted reproductive technology (ART), restricts it to those who have permanent residence in the country²⁶, thus eliminating what could be an ethical problem.

Another potential ethical problem that has been resolved, concerned the legal conditions required for women to access surrogacy. In the revision of 2017, reference was made not only to the impossibility to bear a child (absence of uterus), but also in clinical cases that can justify it²⁷. This last hypothesis foreseen by the law could be morally justifiable – hosting unpredictable clinical circumstances – but could also open the door to different situations surreptitiously managed by other interests, namely those which are economic. However, this prerogative was

eliminated in the current law, which reads: "the execution of legal transactions of surrogacy is only admissible ... in cases of absence of uterus, injury or disease of this organ or other clinical situation that prevents absolutely and definitively the woman's pregnancy." ²⁸

4.4 Surrogates

There are no specifications made in the legislation about who can apply to be a surrogate, except that they should be preferably a woman who has already been a mother²⁹. Once again, an attempt is made to weaken the potential emotional link between the surrogate and the child; however, this is just a preference, with no obligation or weighting factor.

At the surrogates' level, there are two tricky issues to consider. The first one concerns the prohibition of payment. The law was thorough, forbidding donation of goods or money³⁰ as well as legal contracts between parties under an economic dependence³¹. Nevertheless, the altruistic act of a woman, to bear the child of a strange couple, to whom she has no significant bond (or an interest to preserve), is, in itself, questionable, especially given the physical, psychological, affective and social burdens involved. The absolute lack of associated interests, required for a true altruistic surrogacy, or the total absence of any form of payment, although in violation of the law, is highly implausible.

At the same time, it can be argued that, in this case of strictest gratuitousness, it will only be the surrogate, the party that bears the greatest burden, not to objectively benefit from surrogacy: parents-to-be benefit from having a child; professionals benefit from having employment and from their salary, and clinics benefit from social and economic activity.

The only situation where unconditional free surrogacy is credible is the one performed by the mother (generally going through a high-risk pregnancy) or the sister (or, less likely, other family member) of the mother-to-be. Nevertheless – and this is the second situation worth underlining – familial surrogacy presents different but no less serious problems, such as: psychological pressure to become a surrogate (non-existent in the absence of the law), the complexity of emotions and plurality of affective ties to deal with (towards the parents-to-be and mostly for the child to bear, in a long-term situation), and tensions or emotional blackmail throughout the family life. ´

4.5 Institutions involved

There are two institutions directly and mandatorily involved in the surrogacy process: the Medically Assisted National Procreation Council (CNPMA), and the Portuguese Medical Association (OM), through its Board of subspecialty in reproductive medicine. A third institution also concerned with the process is the reproductive center, whether public or private.

There are at least two major concerns when considering the institutions involved.

The first one refers to conflicts of interest. There are, among the members of the CNPMA, professionals who own and/or are responsible for private fertility clinics, as the law that established this body does not prevent it. The same professionals were also members of the Committee responsible for the regulation of the Law 32/2006, after its 3rd revision, and have been members of the Board of subspecialty in reproductive medicine of the Portuguese Medical Association. In addition, about half of the members of the CNPMA have held a seat since the beginning of this National Council, in 2007, which is unprecedented in national bodies of this nature where, as a general rule, only two mandates are authorized. These facts testify to the existence of conflicts of interest throughout the process of legalization of gestational surrogacy in Portugal, a totally unacceptable situation, both from an ethical and also from a legal perspective.

The second concern is the competency of the CNPMA to supervise legal contracts – as contestation of validity can have dramatic consequences for all those involved, including the child – as well as the human, technological, legal and administrative resources required to guarantee the gratuity of surrogacy. The CNPMA was established and its competencies attributed by the Law 32/2006, as being generally responsible for ruling on the ethical, social and legal issues of the PMA³². It is extremely doubtful that the CNPMA can performed the new, very important and sensitive competencies derived from the approval of gestational surrogacy, particularly to ensure the effective gratuitousness of surrogacy – which is the touchstone of the ethical issues concerning surrogacy.

4.6 Children-to-be

The children-to-be, although they are not yet born, must undoubtedly, and in advance of their birth, be considered as subjects of human rights. However, the common rule in assisted reproduction seems to consider them as goods to be claimed as a right by autonomous adults. Yet, reproductive rights cannot include the right to a child, as the child would then be, by the very nature of the claim, reduced to being an object to be owned by someone. Surrogacy falls into the common rule of assisted reproduction and the specific law on gestational surrogacy does not allow for any special protection or specific rights for the children-to-be. The only legal

specification regarding conception via assisted reproductive technologies (ART), and specifically from a gestational surrogacy, is that such information will not be registered in any legal document³³.

Article 15, paragraph 1, of the Law 58/2017, establishes that “All those that, by any way, have learned about the use of reproductive technologies, including surrogacy, or about the identity of any of the participants in their respective processes, are obliged to keep confidentiality over their identity and over the reproductive technology itself.” It is, of course, highly doubtful that this statement can be applied to anyone beyond those who are healthcare professionals. In any case, where surrogacy is concerned, many other people who are not healthcare professionals can obtain the relevant information. What ought to be underlined is the intention to ensure the confidentiality of the information regarding the child’s biological identity, and also of the procedure of fertilization and gestation. Paragraph 5 of the same article also states that information on surrogacy cannot be detailed within the child’s file. Therefore, unless someone unveils the truth by other means, there is no way for the child to obtain such information in the future.

The obvious problem that arises from this is that of the deliberate concealment of the birth conditions of people born through reproductive technologies and, thus, of surrogacy, denying them the right to relevant personal information regarding their origins. This is yet another aspect that highlights the preponderance of the interests of adults to the detriment of those of the child, the most vulnerable individuals involved in the process.

4.7 Authorization procedure

The authorization procedure to undertake a gestational surrogacy project unfolds in two stages: the first concerns the official permission for surrogacy, while the second stage concerns the approval of the legal contract. Overall, the procedure to obtain authorization for surrogacy is quite easy and fast.

The first step in this process is the selection of a surrogate. The parents-to-be have to find a surrogate themselves. When the surrogate is a family member, the choice should be faster and also more trustworthy; but if this is not an option, parents-to-be can contract the services of specialized agencies or centers, or they may opt to navigate the internet, to choose an individual who they consider to be a suitable surrogate. In the latter case, once again, the gratuitous nature of surrogacy is quite unlikely: if specialized agencies are used, they will have to charge for their services and it will only be the woman who makes the uterus available who will not obtain any benefit; the contact of a woman who makes herself available to strangers, through the internet,

and free of charge, will necessarily be exceptional and not a common way in which to start a surrogate pregnancy process.

The next step is for the parents-to-be, together with the surrogate, to formally request authorization for a gestational surrogacy from the Medically Assisted National Procreation Council (CNPMA), through an online application form. This application should be accompanied by a declaration from a reproductive center (public or private) certifying that the clinical situation of the mother-to-be complies with the law.

The CNPMA is the official body that approves gestational surrogacy on a case-by-case basis. This National Council has to accept or reject the request within 60 days; if accepted it is sent to the Portuguese Medical Association (OM), who should, in turn, confirm the clinical situation of the mother-to-be. The Portuguese Medical Association has 60 more days in which to respond. The CNPMA will then take a final decision 60 days after that. Overall, the process takes 180 days at most.

Only at the end of this process, if successful, can the parents-to-be and the surrogate woman celebrate the required legal contract. This is the second stage of the procedure. The legal contract between the parents-to-be and the surrogate woman must necessarily include “the provisions to be observed in the event of a possible voluntary termination of pregnancy in accordance with the legislation in force”³⁴, and “cannot impose behavior restrictions to the gestational women, neither rules that go against the surrogate’s rights”³⁵. These are two important and controversial issues that are properly addressed by the Portuguese Law.

Once these steps have been successfully completed, gestational surrogacy can be performed free of charge via the National Health Service (NHS), on a ‘first come first served’ basis.

5. The current status of surrogacy in Portugal

During the nine months in which the Portuguese gestational surrogacy law was effective, nine formal requests for surrogacy were presented to the CNPMA: two were approved (the first was the case of a mother who will carry her daughter’s child); one was withdrawn; and the other seven remained under evaluation. There were also about 100 statements of intention, half of which came from foreigners, before the law was suspended by the Portuguese Constitutional Court’s ruling.

5.1 The Constitutional Court's late ruling

Straight after the approval, in 2016, of Law 17, extending the scope of beneficiaries of ART (and 2nd amendment to Law 32/2006), and Law 25, regulating access to gestational surrogacy (and 3rd amendment to Law 32/2006), a group of 30 members of the Portuguese Parliament addressed the Constitutional Court, requesting the evaluation of some articles which they considered infringed the Portuguese Constitution, violating the principles of human dignity, equity, proportionality, the State's duty to protect childhood, and the right to personal and genetic identity.

The ruling of the Portuguese Constitutional Court was publicly presented on the 24th April 2018, and published on the 7th May 2018, stating that, although surrogacy, in itself, does not violate the dignity of the surrogate or of the child-to-be, or even the State's duty to protect childhood, some rules were indeed unconstitutional, namely:

- ◆ the legal ambiguity in what concerns surrogacy contracts, **overruling** the principle of determinability of laws. The Court considered that the law does not set sufficient parameters to guide the possible actions of the persons involved, or to enable the due supervision (the legal contracts are too vague)³⁶;
- ◆ the legal impossibility of the surrogate to withdraw her consent after the beginning of the therapeutic phase, **overruling** the right to personality development. The Court considered that the surrogate, under her fundamental right to the development of her personality, should be able to change her decision after the child's birth and before giving the child to the parents-to-be³⁷;
- ◆ the legal paternity uncertainty of the child born under a surrogacy contract later declared invalid, overruling the principle of legal certainty. The Court considered that if a surrogacy legal contract is to be declared invalid, it is not clear who the legal parents will be³⁸;
- ◆ the child's right to know its biological origin, that is, the gametes donors (although their anonymity is not absolute), and the surrogate (where the anonymity is ruled as absolute). The Court did not consider that anonymity violates human dignity but deliberated that the knowledge of one's own genetic origins is ever more important and cannot be withheld from the children-to-be. Besides, these children have the right to their own personal identity³⁹.

The Constitutional Court explicitly stated that the two processes already under the therapeutic stage were not affected by this ruling⁴⁰. In the wake of this ruling, the CNPMA decided to dismiss the seven processes already submitted and under evaluation, due to the lack of a legal framework.

Therefore, although gestational surrogacy was approved in Portugal, in 2017, and the therapeutic procedure was already developing in two cases, the law was suspended in 2018, triggering its revision by Parliament.

Furthermore, when the Constitutional Court ruled against the anonymity of donation – gametes, embryos and surrogacy – due to the constitutional right of the children-to-be to know their own genetic origins – all assisted reproductive treatments (including those that did not resort to surrogacy) that entailed the anonymity of the donors, were also suspended. Expectations were frustrated, particularly for those who had already started the treatments. In addition, the age limits applied to free assisted reproductive technologies – 50 for women and 60 for men – had also been exceeded for many applicants. There was also an expectation that the number of gametes donors would decrease given the lack of the anonymity norm. However, this suspicion did not become a reality.

5.2 The Parliament's revision

In the aftermath of the Portuguese Constitutional Court's ruling, Parliament organized a working group to revise the gestational surrogacy law, duly addressing the unconstitutional norms pointed out by the Court, proceeding to hearings of experts and specialized institutions, such as the CNPMA, and thus starting the process of the 5th amendment to Law 32/2006, on Medically Assisted Procreation.

Three political parties proposed amendments⁴¹, agreeing in two fundamental aspects. The first one concerns confidentiality. The members of the Parliament decided, on the one hand, to maintain both the prohibition to register someone's conception via assisted **reproductive technologies** (ART), and specifically from a gestational surrogacy, and the obligation of confidentiality addressed to all people aware of the situation. On the other hand, they also decided to allow requests, by persons born via ART, for the civil identification of donors and of the surrogate, considering the potential need for information regarding genetic heritage, and also for matrimonial purposes. A transitional period was also foreseen for donations prior to the Constitutional Court's ruling, whose anonymity remains. It should be pointed out that, under this norm of confidentiality, the persons born via ART might never be aware of the situation (in the extreme, questions could be asked whether the parents are also under the confidentiality ruling or if they are able to disclose the information to the children born via ART). Therefore, the possibility of requesting further information is probably quite a remote one. The combination of these parliamentary options can be seen as a strategy, to respond formally and positively to the requirements expressed by the Court, whilst avoiding the practice actually changing.

The second consensual amendment related to a more detailed surrogacy contract in the spirit of the law. There was also a third unconstitutional point underlined by the Constitutional Court, referring to the regime of declaration of invalidity of the surrogacy contract, which was then deleted given the principle of legal uncertainty.

A fourth and last constitutional objection was still pending: the surrogate's consent revocability. In the Law 25/2016 on Gestational Surrogacy, the surrogate could withdraw her consent until the beginning of the ART procedure, just as the beneficiaries could; the proposal of the far-left wing party was to allow the revocability of consent until the registration of the child's birth.

There was no political agreement on this proposal, and when, on the 19th July 2019, the 5th amendment to Law on Medically Assisted Procreation was voted on and generally approved, the proposal of an extended period for the revocability of consent was rejected. Hence, although the new Law was indeed approved by the National Parliament, it did not prove to have full compliance with the country's Constitution, and thus remaining unconstitutional. The 5th amendment to Law 32/2006 on Medically Assisted Procreation, which should have restored and improved the Law 25/2016 on Gestational Surrogacy, ended up being ineffective, and the Law on Gestational Surrogacy, formerly approved and implemented for nine months, continued to be suspended, or rather to be null and void.

5.3 The enactment of the Law

In 2021, another attempt was made to pass a gestational surrogacy law in Portugal. The occasion was the collapse of the State budget, and the consequential fall of the government and the dissolution of the parliament, which, before finishing the legislature, rushed to vote on bills that were still being finalized. This time the proposal included the extension of the deadline for the surrogate to, potentially, revoke consent. The new Law reads: the consent of the surrogate is "freely revocable until the moment of registration of the child born, established in paragraph 10 of article 8"⁴², that is, until the 20th day after delivery.

This amendment, directly responding to the demands of the Constitutional Court, led to the approval of the law in November 2021.

At the same time, it raised new and very complex problems, such as: after the birth of the child, to whom is he given, who takes care of him? It should not be the surrogate because she probably does not want to keep the child. If she does not intend to keep the child, it is unlikely that she would want to take care of it until the registration. In fact, the law is careful not to promote the emotional bond between the surrogate and the child. The law says that "the child born through

the use of surrogacy is considered as the child of the respective beneficiaries”⁴³. Therefore, from the outset, the child will be handed over to them after the birth. However, they can only register it on the 20th day, so as not to contradict the surrogate's right to revoke her consent. In this situation, the child, who would be with the beneficiaries, would be taken from them to be handed over to the surrogate, with an inevitably strong emotional trauma. Consequently, the child would have the surrogate as a mother, although she is not biologically related and not the beneficiary woman or man, one of whom is the biological parent of the child, but yet is deprived of rights and duties.

This extended period for the revocability of consent, added a great uncertainty concerning parenthood: the parents-to-be will not know, for sure, if they will be the legal parents until the registration day, although one of them will be, in fact, the biological parent; and the surrogate, who can claim that baby as her child, will not have a biological tie. The situation remains highly controversial from an ethical perspective and is still pending on due regulation.

This 8th amendment to the law was approved without the National Ethics Council being asked or having the opportunity to issue any advice or opinion.

6. Conclusion

The Portuguese legal initiative for gestational surrogacy was too long: ten years; too winding: progressing aimlessly, only guided by the attempt to overcome, one by one, the political, constitutional, and legal obstacles that popped up along the way; too troubled: attentive to particular cases and the emotions they generated; and deeply unsuccessful: entailing additional problems in assisted reproductive treatments and in the future practice of gestational surrogacy. It seems that the only political objective was to get a law that would allow surrogacy in Portugal. Thus, instead of drafting a law proposal that would respond to the real expectations of the population; that would obtain a broad social consensus, integrating the opinions of the consulted institutions; that would previously consider the consequences of the proposals made, together with its evaluation, in accordance with the Constitution; there was a sequence of specific legislative interventions to amend the Medically Assisted Procreation law in order to allow surrogacy, without a global strategy considered regarding the use of reproductive techniques. Therefore, it required a developed and accurate case study, in order to draw due consequences from this example, and to learn from it.

Looking back across the whole process, there are three facts that stand out: gestational surrogacy was a political initiative; it was an initiative that did not follow the requested ethical advice; and it did not engage citizens in the policy-making process.

Legislative initiatives can, and sometimes should, be triggered by the political power, but only when there is a previous ethical consensus in existence. Particularly when moral values are involved, the legislative politics should have a wide public support, thus granting the full force of law to social needs and expectations. The right conditions ought to be created for an extensive and inclusive public debate on the issues at stake; this was not the case in the process concerning the legalization of gestational surrogacy. A sustainable legislation is a grassroots process.

Furthermore, the political power asked for ethical advice, but (it seems that) it did this to comply with a formality, without duly considering it in order to improve the legal proposal. Political interests override ethical concerns. A sustainable legislation addresses citizens' values and aims.

The Portuguese legal initiative for gestational surrogacy, disregarded the ethical issues involved, and neglected public engagement; thus, it remained a top-down initiative and therefore it is still quite flawed.

¹ Law 32/2006, 26th of July, on Medically Assisted Procreation.

² Law 32/2006, 26th of July, Article 4, Paragraph 1.

³ Law 32/2006, 26th of July, Article 4, Paragraph 2.

⁴ Law 32/2006, 26th of July, Article 6, Paragraph 1.

⁵ Law 32/2006, 26th of July, Article 10, Paragraph 1.

⁶ Law 32/2006, 26th of July, Article 8, Paragraphs 1, and 3.

⁷ There were eight amendments to Law 32/2006: Law 59/2007, 4th September; Law 17/2016, 20th June, Extends the scope of beneficiaries of the medically assisted procreation techniques; Law 25/2016, 22nd August, Rules access to gestational surrogacy; Law 58/2017, 25th July; Law 49/2018, 14th August; Law 48/2019, 8th July; Law 72/2021, 12th November Allows the use of medically assisted procreation techniques through insemination with semen after the death of the donor, in cases of expressly consented parental projects; Law 90/2021, 16th December.

⁸ Law 17/2016, Article 1.

⁹ Law 17/2016, Article 6, Paragraph Opinion 92/CNECV/2017, on the **1**.

¹⁰ Law 17/2016, Article 4, Paragraph **3**.

¹¹ Law 25/2016, Article 8.

¹² Law 72/2021, Articles 22 and 23.

¹³ There were four Bills intended to review the Law 32/2006: n.º 122/XII, presented on the 21st, 2011; n.º 131/XII, presented on the 6th, 2012; n.º 137/XII, on the 11st, 2012; and n.º 138/XII, on the 13th, 2012. They preview surrogacy, except n.º 137/XII.

¹⁴ Law 25/2016, 22nd August, Rules access to gestational surrogacy, introducing the third amendment to the Law 32/2006.

¹⁵ The conditions for the implementation of Law 25/2016 were legally established by the Decree 6/2017, 31st July.

¹⁶ The National Ethics Council for the Life Sciences, had already pronounced three times about medically assisted procreation, also referring to gestational surrogacy, before the Law 32/2006.

¹⁷ Opinion 63/CNECV/2012, on Medically Assisted Procreation and Gestational Surrogacy, on the Bills 131/XII e 138/XII.

¹⁸ Opinion 87/CNECV/2016, on the Bills 6/XIII, 29/XIII, 36/XIII on Medically Assisted Procreation and Gestational Surrogacy, and 51/XIII on Medically Assisted Procreation (PMA), and 36/XIII on Gestational Surrogacy (GDS).

¹⁹ Project of Decree to rule the access to gestational surrogacy.

²⁰ Opinion 104/CNECV/2019, on the amendment to the legal regime of surrogacy; Opinion 111/CNECV/2020, on the Bills No. 71/XIV (BE) and No. 247/XIV (PAN) on surrogacy.

²¹ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 2.

²² Law 90/2021, Article 8, Paragraph 13, k).

²³ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 4.

²⁴ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 2.

²⁵ Law 90/2021, Article 6, Paragraph 2.

²⁶ Law 90/2021, Article 2.

²⁷ Law 58/2017, Article 8, Paragraph 2.

²⁸ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 2.

²⁹ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 3.

³⁰ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 7.

³¹ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 8.

³² Law 32/2006, Article 30.

³³ Law 25/2016, Article 15, Paragraph 5.

³⁴ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 13, h).

³⁵ Law 90/2021, Article 14.

³⁶ Judgment of the Constitutional Court 225/2018, III, a).

³⁷ Judgment of the Constitutional Court 225/2018, III, b).

³⁸ Judgment of the Constitutional Court 225/2018, III, d).

³⁹ Judgment of the Constitutional Court 225/2018, III, e).

⁴⁰ Judgment of the Constitutional Court 225/2018, III, g).

⁴¹ Drafts Law: 1007/XIII; 1010/XIII; 1024/XIII; 1030/XIII; 1031/XIII.

⁴² Law 90/2021, Article 14, Paragraph 5 (and Article 8, Paragraph 10).

⁴³ Law 90/2021, Article 8, Paragraph 9.

Fecha de recepción: 8 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioètica y Derecho

Perspectivas Bioètiques

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

La maternidad subrogada en México

La maternitat subrogada a Mèxic

Surrogacy Motherhood in Mexico

MARIANA DOBERNIG GAGO *

* Mariana Dobernig Gago. Profesora de Derecho Civil, Universidad Iberoamericana de México.
Email: mariana.dobernig@ibero.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8666-2763>.



Copyright (c) 2022 Mariana Dobernig Gago

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada
4.0 Internacional.

Resumen

La maternidad subrogada ha estado presente en la vida reproductiva de miles de parejas que buscan, a través de este procedimiento, lograr el sueño de convertirse en padres/madres de una criatura que tenga su mismo origen biológico. Estas parejas no pueden concebir debido a una imposibilidad física para gestar o por tratarse de parejas del mismo sexo, siendo ésta la única forma de convertirse en padres/madres biológicos. Sin embargo, en la actualidad, cada vez son más los casos que llegan a diversos tribunales con disputas por el reconocimiento de la filiación y la nacionalidad, así como problemas por la forma en que el poder legislativo ha regulado estos procedimientos. A través de estas líneas se expondrá lo que ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de México sobre este tema, ya que los estados de Tabasco y Sinaloa han regulado el uso de la maternidad subrogada, pero en el año 2016 se solicitó la revisión de la Suprema Corte de la norma establecida en Tabasco por considerarla inconstitucional.

Palabras clave: reproducción asistida; maternidad subrogada; derechos de filiación; argumentos de la suprema corte.

Resum

La maternitat subrogada ha estat present en la vida reproductiva de milers de parelles que busquen, a través d'aquest procediment, aconseguir el somni de convertir-se en pares/mares d'una criatura que tingui el seu mateix origen biològic. Aquestes parelles no poden concebre a causa d'una impossibilitat física per a gestar o per tractar-se de parelles del mateix sexe, sent aquesta l'única manera de convertir-se en pares/mares biològics. No obstant això, en l'actualitat, cada vegada són més els casos que arriben a diversos tribunals amb disputes pel reconeixement de la filiació i la nacionalitat, així com problemes per la forma en què el poder legislatiu ha regulat aquests procediments. A través d'aquestes línies s'exposarà el que ha resolt la Suprema Cort de Justícia de Mèxic sobre aquest tema, ja que, els estats de Tabasco i Sinaloa han regulat l'ús de la maternitat subrogada, però l'any 2016 es va sol·licitar la revisió de la Suprema Cort de la norma establerta en Tabasco per considerar-la inconstitucional.

Paraules clau: reproducció assistida; maternitat subrogada; drets de filiació; arguments de la suprema cort.

Abstract

Surrogate motherhood has been present in the reproductive life of thousands of couples who seek, through this procedure, to accomplish the dream of becoming parents of a child with the same biological origin. These couples face an inability to conceive within the couple due to a physical impossibility to gestate or because they are same-sex couples, this being the only way to become biological parents. However, nowadays, more and more cases are coming to court with disputes over filiation and nationality, as well as legal disputes about the way in which the legislature has regulated these procedures. This article will explain what the Mexican Supreme Court of Justice has ruled on the subject, since the states of Tabasco and Sinaloa have regulated the use of surrogacy, but in 2016 the Supreme Court was asked to review the regulation established in Tabasco as it was considered unconstitutional.

Keywords: assisted reproduction; surrogacy motherhood; filiation rights; allegations of the supreme court.

1. Introducción

Las técnicas de reproducción asistida humana (TRHA) han hecho posible que “los gametos femeninos sean fecundados fuera del cuerpo de la mujer. Esto ha posibilitado que estos embriones puedan ser transferidos a mujeres distintas de las que aportan los óvulos.”¹ Las madres subrogadas, sustitutas o mujeres gestantes, son mujeres fértiles que aceptan, mediante precio o no, llevar a término un embarazo que normalmente se ha generado mediante gametos procedentes de la pareja que asumirá la filiación legal, para que, una vez producido el parto, entregue el hijo a estas personas que lo encargaron (padres/madres comitentes o solicitantes) y, en su caso, se cubra la compensación fijada o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto. La maternidad subrogada o maternidad sustituta puede plantear numerosos problemas, de los cuales mencionaremos los más frecuentes, que pueden ser, que la mujer gestante desee quedarse con el niño.² Que quien solicitó el contrato no quiera quedarse con el niño.³ Que antes del nacimiento se detecte en el niño alguna anomalía y se solicite el aborto terapéutico, negándose a ello la gestante. Que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo, problema especialmente grave, si la esposa no hubiera aportado el óvulo.⁴

Otra situación es el caso de las parejas de varones que desean tener un hijo o un varón de forma individual que desea asumir la paternidad, en esos casos, la única alternativa posible es, si uno de ellos quiere ser el padre biológico, con una donación de óvulo a través de la maternidad subrogada, una mujer gestante ese bebé. Esta situación es más problemática en palabras de Puigpelat,⁵ por lo que considera que la maternidad por sustitución debería admitirse cuando quien recurre a ella es una mujer que tiene óvulos fecundables, pero problemas médicos le impiden llevar a cabo la gestación.

¹ Puigpelat, F. (2010): Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada, México, Fontamara, p. 173.

² Esa fue la situación del famoso caso llamado comúnmente "Baby M", en el cual los señores Stern contrataron a la señora Whitehed para que fuera inseminada con el semen del señor Stern y gestara un hijo, sin embargo, el caso llegó a juicio debido a que la señora Whitehed no quiso entregar el bebé cuando nació. Conf. In Re Baby M, New Jersey Supreme Court, 537 a.2d 1227 (N.J.1988).

³ Caso suscitado en Tailandia con la pareja australiana que dejó abandonado a un hijo con Síndrome de Down y quedándose únicamente con el gemelo sano.

https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm, 10 de septiembre de 2022.

⁴ Como en el caso presentado en Buzzanca v. Buzzanca, donde la pareja Buzzanca contrato a una madre subrogada y se le transfirió un embrión producto de la donación de óvulo y esperma, por lo que la pareja solicitante no tenía ningún lazo biológico con el niño, durante el embarazo la pareja solicita el divorcio y el cónyuge varón en el convenio de divorcio señala que no hay hijos y ahí empieza una disputa legal. Conf. Buzzanca v. Buzzanca, California Court of Appeal, 1998, 61 Cal.App.4th 1410, 72 Cal.Rptr.2d 2

5Ibidem, p. 175.

En opinión contraria, Lamm⁶ argumenta que debe recurrirse al principio de igualdad y no discriminación, para argumentar a favor de la regulación y admisión de la maternidad subrogada, ya que es la única opción que tiene una pareja formada por dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

La realidad es, que con o sin legislación, la persona de forma individual o en pareja que deciden recurrir a este tipo de procedimientos, no les impide que la norma local lo prohíba, se trasladan a destinos donde sean permitidos y buscan de forma desesperada asumir la paternidad o maternidad a través de estos contratos.

2. La situación legal de México

En México, dos estados han regulado de forma específica a la maternidad subrogada, Sinaloa y Tabasco.

El Código Familiar del Estado de Sinaloa⁷ incluye un capítulo sobre “Reproducción Humana Asistida y Gestación Subrogada”.⁸ Define a la reproducción humana asistida, permite el uso de las TRHA únicamente en parejas unidas en matrimonio o concubinato.

Autoriza la reproducción *post mortem*, siempre y cuando el varón hubiera otorgado, en vida, su consentimiento, sin marcar un plazo para que la mujer pueda realizarlo.

Regula la maternidad subrogada, definiéndola como “la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento”.

Sobre la mujer gestante, el Código señala que debe ser una mujer entre 25 y 35 años, madre de, al menos, un hijo consanguíneo sano, con una buena salud física y psíquica, y que haya otorgado su consentimiento. Además, no puede padecer de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.

⁶ Lamm, E. (2012), Gestación por sustitución, realidad y derecho, Revista para el análisis del Derecho, (núm.4), p. 8

⁷ Publicado en el Órgano Oficial del Gobierno del Estado de Sinaloa, el 6 de febrero de 2013.

<https://www.congresosinaloa.gob.mx/leyes-estatales/>

⁸ Del artículo 282 al 297.

Así mismo, recibirá una visita de una trabajadora social que compruebe que su entorno familiar sea estable y libre de violencia, y su condición económica y social sea adecuada. Además, deberá acreditar que no ha estado embarazada durante el último año, y el Código limita a dos las ocasiones en las que puede actuar como madre gestante.

El Código hace una relación de modalidades en los acuerdos de subrogación, y señala, en primer lugar, a la subrogación total, cuando la mujer, además de gestar, es madre biológica porque aporta sus óvulos. Subrogación parcial, cuando el embrión proviene de la pareja solicitante y la mujer gestante solo presta su útero. Subrogación onerosa que sería cuando “una mujer acepta embarazarse en lugar de otra, tal y como si se tratase de un servicio, por el cual se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de gestación” y, por último, habla de subrogación altruista, que es la que se da cuando la mujer gesta de manera gratuita.

Así mismo, este Código establece varios requisitos para el Instrumento de maternidad subrogada, los cuales incluyen, que deberán firmarlo el padre y la madre subrogados, la gestante, el Notario Público y el director de la clínica o centro hospitalario. Una vez suscrito el Instrumento, se deberá notificar a la Secretaría de Salud y al oficial del Registro Civil, para que estén en conocimiento, y se pueda contemplar la filiación del hijo de sus progenitores biológicos desde el momento de la fecundación.

Al momento del parto, el médico autorizado deberá llenar un certificado de nacimiento en el que se hará constancia del Instrumento de subrogación.

Por otra parte, el Código Civil de Tabasco⁹ fue el primer Estado de la República Mexicana en legislar la maternidad subrogada, a través del Código Civil local, añadiendo el Capítulo VI Bis denominado “Gestación Asistida y Subrogada en el año 1997. Fue la primera normativa que trato de forma más detallada el tema de la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada, sin contemplar de forma clara el contenido del contrato.

Con el paso de los años, y después de varios problemas suscitados por los contratos realizados en Tabasco, como, por ejemplo, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, en sus Observaciones finales sobre los informes periódicos 4º y 5º del 8 de junio de 2015¹⁰ señalaran, la preocupación sobre la regulación de la subrogación en Tabasco ya que no proporcionaba suficientes garantías para evitar su uso como medio para la venta niñas y niños¹¹, siendo éstos

⁹ Publicado en el Suplemento del Periódico Oficial del Estado de Tabasco, el 9 de abril de 1997, http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/5696_sup.pdf

¹⁰ https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf

¹¹ En este mismo sentido, La sentencia 277/2022 de una sala del Tribunal Supremo Español establece que: El artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño “Los Estados parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral

dados a conocer a nivel nacional e internacional y debido a las lagunas legales, así como los riesgos que conllevaba la realización de estos contratos, dio como resultado que en el año de 2015, la LXI Legislatura del Congreso de Tabasco emitió una serie de reformas a los artículos comprendidos del 380 Bis 1 al Bis 7¹², para tratar de regular de forma más específica la maternidad subrogada. Debido a dicha reforma la Procuraduría General de la República presentó en el año 2016, una acción de inconstitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en contra de las reformas realizadas por el Poder Legislativo del Estado de Tabasco, por considerar que las mismas eran violatorias al artículo 4° Constitucional.

3. Acción de inconstitucionalidad 16/2016

La Acción de inconstitucionalidad 16/2016, promovida por la Procuraduría General de la República contra de los Poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado de Tabasco solicitaron la impugnación de los artículos 380 Bis, 380 Bis Tercero, Cuarto, Quinto y Sexto del Código Civil (CC) de Tabasco, publicados el trece de enero de dos mil dieciséis por violentar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (la Constitución).

A continuación, se relatarán los argumentos presentados por la Procuraduría General de la República de México a través de la acción de inconstitucionalidad:

- (a) Atribución del Congreso Local para regular temas de Salubridad General: Se argumentó la incompetencia de la legislatura local (Tabasco) para regular cuestiones de salubridad general, siendo esta atribución del Congreso de la Unión, órgano facultado para regular estos temas: “La salubridad general incluye, entre otros, todo lo relativo al control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes y células”.
- (b) Atribuciones del Poder Legislativo para regular temas de relativos a las células germinales: La Secretaría de Salud es la autoridad competente para controlar y vigilar la disposición y trasplante de órganos, tejidos y células de seres humanos, así como establecer las políticas de salud en materia de donación, procuración y trasplante de tejidos, órganos y células.

que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Se define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. La gestación por sustitución comercial entra de lleno en la definición de “venta de niños.”

¹² A través del Decreto 265, Publicado en Periódico Oficial del Estado de Tabasco, el 13 de enero de 2016, http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf

Se considera que únicamente la Ley General de Salud debe de regular en materia de células germinales, por ser un tema que se entraña la salubridad general y por tanto únicamente el Congreso de la Unión (a nivel Federal) estaría facultado para regular sobre esta materia.

- (c) Violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica: El artículo 380 Bis párrafo tercero del CC de Tabasco, viola los principios de seguridad y legalidad jurídica, generando inseguridad al establecer que el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o concubino/a, para que sus gametos puedan ser utilizados en un procedimiento de inseminación después de su muerte, deberán de cumplir con las formalidades que exige el CC de Tabasco contraviniendo lo establecido por el artículo 241 párrafo segundo de la Ley de Salud de Tabasco que señala que el consentimiento de las personas para disponer de su cuerpo, deberá efectuarse con las formas, circunstancias, requisitos, restricciones y prohibiciones previstas en la Ley General de Salud.

En este sentido se considera que el legislador de Tabasco violenta la Constitución desde tres esferas:

- ◆ Invade la esfera de competencia reservada al Congreso de la Unión al legislar en materia de seguridad general, por regular la disposición *post mortem* de células germinales.
 - ◆ Al señalar que tal consentimiento deberá darse de acuerdo con las normas del CC Tabasco en contradicción con lo que señala la Ley General de Salud.
 - ◆ Genera incertidumbre jurídica para los operadores jurídicos que aplicarán la norma, como para los destinatarios de esta.
- (d) Violación del Principio de Interés Superior del Menor: Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto del CC Tabasco por vulnerar el principio de interés superior del menor, legalidad y seguridad jurídica, al establecer “En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”, violentando los preceptos de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño y la Constitución, al permitir, a la gestante sustituta o su cónyuge demandar la paternidad o maternidad en caso de muerte o incapacidad del padre o la madre contratantes para lograr la custodia del nasciturus producto del contrato de subrogación, utilizando el legislador la conjunción “o” en lugar de “y”, esto es si el padre o la madre contratantes llegaran a morir o quedar en estado de interdicción, abre la posibilidad a la madre subrogada o a su cónyuge a solicitar la patria potestad del producto del contrato, privando como lo señalan los artículos 425 y 426 CC de Tabasco a adjudicar la patria potestad a los abuelos paternos o maternos, por lo tanto esta regulación, genera

inseguridad jurídica y resulta violatorio de la Constitución que protege el sano desarrollo de la familia.

- (e) Violación al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer: Inconstitucionalidad del artículo 380 Bis 3, párrafos cuarto y sexto del CC de Tabasco, por ser contrario al principio de igualdad de género constitucional al establecer: “...lo que no impedirá que pueda donar el óvulo para la fecundación *in vitro* o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento de cónyuge o concubino”, se considera inconstitucional porque se prohíbe como regla general que la mujer que ha estado embarazada en los últimos 365 días participe en un contrato de subrogación, así como que participe en más de dos ocasiones consecutivas en este tipo de acuerdos, salvo que tenga el consentimiento de su cónyuge o concubino, por lo que hace que la mujer tenga una sujeción hacia el hombre, en relación a las decisiones sobre su propio cuerpo, esto se contrapone al derecho humano de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados y prácticas sociales protegidas en documentos internacionales como la Convención Belém do Pará y la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.
- (f) Omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio potestativo: El legislador de Tabasco incurrió en una falta al regular en materia de salubridad pública permitiendo la maternidad subrogada y haciéndolo de forma incompleta o deficiente. El artículo 380 Bis 5 del CC de Tabasco establecía los requisitos del contrato de gestación sin establecer por ejemplo si el contrato era gratuito u oneroso.

4. Sentencia a la acción de inconstitucionalidad 16/2016¹³

A continuación, se expondrán los principales puntos que se emitieron a través del Acuerdo del Tribunal del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 7 de junio de 2021 sobre la regulación de la maternidad subrogada en el Estado de Tabasco.

- (a) Atribución del Congreso Local para regular temas de Salubridad General: El derecho a la salud, consagrado en el artículo 4° Constitucional, atribuye de manera expresa tanto a la Federación como a los Estados el carácter de autoridades, sin embargo, corresponde de manera exclusiva

¹³https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5648306&fecha=07/04/2022#gsc.tab=0

al Congreso de la Unión a través de la Ley General de Salud, las bases y modalidades de la participación de estos organismos.

Este Tribunal concluye que la regulación para la disposición de órganos, tejidos, componentes y células, deben de encuadrarse en el marco del Sistema Nacional de Salud, sin embargo, en las políticas de salud pública deben de cumplir con el mandato constitucional de garantizar, a todos los individuos, el derecho a formar una familia de manera libre, responsable e informada, en congruencia con su dignidad y libertad reproductiva. En este sentido, la gestación por sustitución, son una realidad imperante y deben ser entendidas tomando en cuenta los derechos fundamentales que se ven involucrados, como son la libertad y la autodeterminación, el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar, el derecho a conformar una familia, el derecho a la vida, la salud, a la libertad, a la seguridad e integridad personal, a decidir el número e intervalo de hijos, a la igualdad y a la no discriminación, al empleo y a la seguridad social, a la educación, a la información a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer y entre otros a disfrutar del progreso científico, en este sentido el Código Civil está facultado para regular de forma local aspectos sobre la filiación de los hijos nacidos a través de éste tipo de procedimientos.

- (b) Atribuciones del Poder Legislativo para regular temas de células germinales: El artículo 380 Bis fue impugnado por regular cuestiones de salubridad general y se cuestiona si se invaden atribuciones reservadas de manera exclusiva a la Federación, pues es importante que el legislador local tomara en cuenta para analizar este tema, de forma homogénea las normas emitidas por la Secretaría de Salud a través de la Ley General de Salud Federal con la norma local.

El legislador local excedió su competencia al establecer una definición de lo que se entiende por reproducción humana asistida, regulando indebidamente cuestiones técnicas y biológicas de la gestación por sustitución, al definir que la reproducción humana y cuestiones que se refieren directamente a la utilización de las células germinales.

- (c) Violación a los principios de seguridad y legalidad jurídica: La tesis de inconstitucionalidad está fundada en que el artículo 380 Bis del CC de Tabasco es inconstitucional por violar el principio de seguridad jurídica, al existir una doble regulación respecto del consentimiento que debe expresar el cónyuge o concubino, para que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de reproducción asistida. Se argumenta que existe una doble regulación, ya que el otorgamiento del consentimiento también está regulado por el artículo 241 de la Ley de Salud del Estado de Tabasco, creando una confusión de cuál regulación es la que debe de aplicarse para el otorgamiento del consentimiento.

En opinión de este tribunal, el argumento de la accionaria es infundado, ya que la seguridad jurídica es la base sobre la cual descansa el orden jurídico, debe distinguirse entre los requisitos aplicables al consentimiento para la donación y trasplante órganos y, por otra parte, la fecundación post mortem, la cual, es un mecanismo a través del cual se pretende buscar un embarazo después de la muerte del cónyuge, el requisito establecido en la normativa es el consentimiento en vida del varón que aporte su material genético. Sin embargo, este ordenamiento deja lagunas jurídicas, al no regular sobre los embriones crioconservados, o la posibilidad de que la mujer sea la que fallezca y si el cónyuge puede contratar una subrogación para gestar el hijo producto del material genético y/o embriones congelados. En este sentido el Legislador no dio la misma oportunidad a las mujeres para que otorgaran su consentimiento para que sus óvulos y/o embriones fueran fecundados y transferidos a una tercera mujer para permitir el embarazo y posible nacimiento después de su muerte.

Por estas razones, este Tribunal considera, que atendiendo el interés de las mujeres de ser madres y a respetar los principios de igualdad y no discriminación, esta regulación es inconstitucional y contraria a los artículos 1º y 4º constitucionales y deben ser declarados inválidos.

- (d) Violación del Principio de interés superior del menor¹⁴: A través del artículo 380 Bis 3, párrafo quinto del CC de Tabasco, donde se establece: “En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes”; en este sentido, este Tribunal considera fundada la invalidez, debido a que el interés superior del menor exige que las decisiones que se adopten en torno a los derechos de las niñas y los niños busquen siempre su mayor beneficio, dicho interés no puede establecerse de manera abstracta ya que las relaciones familiares son extraordinariamente complejas el juez debe valorar las especiales circunstancias que concurren en cada situación para así poder determinar qué es lo mejor para el menor involucrado. En este sentido este Tribunal considera inconstitucional esta norma, ya que cuando se hace uso de la maternidad por sustitución, ni la mujer gestante, ni su cónyuge o concubino tienen legitimación para solicitar la maternidad o paternidad e

¹⁴ En la sentencia de Sentencia 65192/11, *Menesson v. Francia*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido: “El Tribunal puede aceptar que Francia desee disuadir a sus nacionales de ir al extranjero para aprovechar los métodos de reproducción asistida que están prohibidos en su propio territorio, sin embargo, los efectos del no reconocimiento en la legislación francesa de la relación legal padre-hijo entre los niños así concebidos y los futuros padres no se limitan únicamente a los padres. Estas medidas afectan también a los propios niños, cuyo derecho al respeto de su vida privada –lo que implica que toda persona debe poder establecer la esencia de su identidad, incluida la relación legal paternofilial– se ve sustancialmente afectado. El Tribunal considera, teniendo en cuenta las consecuencias de esta grave restricción de la identidad y el derecho al respeto a la vida privada de los demandantes tercero y cuarto, que al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de apreciación. Por la importancia de considerar siempre el interés superior del menor, es que se considera que los derechos del tercero y cuarto demandantes fueron violados.

incluso la custodia del niño o niña producto de la TRHA utilizada a través del contrato de subrogación. En el uso de estas técnicas, el derecho a la filiación se determina en razón del derecho de los menores a la identidad, inscripción y relaciones familiares, en los que se ha de considerar el elemento volitivo denominado voluntad procreacional, es decir, deberá atenderse a la presencia del principio bioético de autonomía expresado en el consentimiento informado cuando se trate de una filiación de una niña o niño nacido a través de las TRHA. En la gestación subrogada, la voluntad procreacional es la intención de querer engendrar un hijo con material genético propio o de un tercero, transferido a una tercera mujer para gestar ese producto a término. Es el interés superior del menor, conforme a su derecho de prevalencia a sus relaciones familiares, que se reconozca la filiación a aquellas personas que tienen la voluntad de ejercer este rol, el vínculo genético con la gestante o en su caso con el o los donantes no es motivo para considerar que éstos deben tener, en automático, alguna legitimación para reclamar algún derecho sobre el menor. El Tribunal concluyó que es inconstitucional por establecer una regla que coloca a las mujeres gestantes y a sus cónyuges en una especie de prelación respecto de otras personas que pudieran asumir la custodia del hijo o hija nacida bajo el contrato de subrogación en relación con el parentesco por consanguinidad (abuelos/as, tíos/tías), ya que se les priva de vivir dentro de una familia con la que tienen un origen biológico y que se genera en relación con sus derechos derivados de la filiación.

- (e) Violación al libre desarrollo de la personalidad y autonomía reproductiva de la mujer: En relación con los párrafos cuarto y sexto del artículo 380 Bis 3 del CC de Tabasco, por ser contrarias al principio de igualdad de género, al crear una relación de sujeción de la mujer hacia el hombre vinculada con las decisiones respecto de su propio cuerpo.

El Tribunal considera fundado el concepto de invalidez, ya que el libre desarrollo de la personalidad implica el reconocimiento del derecho de las personas a decidir libremente de acuerdo con su autonomía y en respeto a la dignidad de la persona. Se considera que cualquier norma que intervenga con la decisión de la mujer para disponer libremente de su cuerpo como sería el contrato de subrogación, violenta su derecho al libre desarrollo de su personalidad.

La determinación de la mujer de disponer de su cuerpo para un procedimiento de gestación subrogada implica su derecho a la salud reproductiva, a disponer libremente de su cuerpo y el Estado debe garantizar las condiciones necesarias para que las mujeres que deciden ser gestantes a través de los contratos de subrogación, puedan tomar esta decisión, libre de la influencia de su pareja.

- (f) Violación al principio de igualdad y no discriminación con motivo de la orientación sexual y el estado civil: Esto se refiere al párrafo sexto del artículo 380 Bis 3, donde se establece que el

contrato de gestación subrogada deberá ser firmado por la madre y el padre contratantes. Esta norma es discriminatoria con motivo de la orientación sexual y el estado civil, debido a que establece que este tipo de contratos únicamente puede ser realizado por parejas heterosexuales, con lo cual discrimina a las parejas del mismo sexo que quieran acceder a este tipo de contratos o incluso personas en lo individual.

- (g) Omisión legislativa relativa en competencia de ejercicio potestativo: esto se da en el artículo 380 Bis 5 del CC de Tabasco, donde se establece que el poder legislativo no solo carecía de facultades para regular la maternidad subrogada, sino que además lo hizo de forma incompleta o deficiente, ya que dentro del contrato de gestación se debió regular el contenido económico del mismo. Sobre este aspecto el Tribunal considera que es infundada la acción de invalidez. Este Tribunal considera que la determinación de establecer sistemas comerciales o altruistas forma parte de la libertad configurativa de las legislaturas locales, es importante destacar que la forma de proteger a todas las partes en este tipo de contratos, es a través de la regulación integral, permitiendo tanto los contratos onerosos como gratuitos, debido a que la prohibición de los contratos onerosos puede llevar a la práctica de la gestación subrogada de forma clandestina, creando más vulnerabilidad a las mujeres más pobres y desprotegidas. En este sentido, se considera que en este tema se debe de aplicar el principio de autonomía de la voluntad, considerándose que si no está prohibido está permitido.

Sin embargo, se debe de enfatizar que, a la luz del interés superior del menor, todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y niñas y, a crear la normativa necesaria para salvaguardar el mayor interés del menor de conformidad con la Convención sobre Derechos del Niño y ésta debe de darse a través de la actuación de las autoridades judiciales encargadas de supervisar la validez de un contrato de esta naturaleza.

- (h) Extensión de invalidez por discriminación: Debido a que ya como se ha señalado en los párrafos anteriores, es decretado inconstitucional los artículos en los que se establecía “la madre y el padre” prevista en el artículo 380 Bis 3, como si el tema de la reproducción debería únicamente tratarse en parejas heterosexuales, dejando a un lado las relaciones del mismo sexo, así como la reproducción de forma individual, por lo que, es importante que este Tribunal extienda la invalidez a los siguientes artículos por considerarse igualmente discriminatorios.
- ◆ Artículo 380 Bis sobre el concepto de reproducción humana asistida, en el citado artículo en varias partes repite la frase “**cónyuges o concubinos**”. Esto es considerado violatorio ya que el derecho a ser madre o padre corresponde a cualquier persona, independientemente de su estado civil o de su orientación sexual.

- ◆ Artículo 380 Bis 1 Gestación por Contrato: donde se establece que “la gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los **padres** contratantes...” Nuevamente resulta discriminatorio ya que no se puede establecer este derecho únicamente a las parejas, es un derecho individual, enmarcado en la libertad reproductiva de la persona.
- ◆ Artículo 380 Bis 2 Formas de Gestación por Contrato, señalado en la fracción I “Subrogada, implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la **madre** contratante mediante adopción plena” ... Utilizar el término de madre es discriminatorio, porque el varón también puede acceder a este tipo de filiación.
- ◆ Artículo 380 Bis 5 Requisitos del Contrato de Gestación, en la fracción IV, se establece que la mujer gestante debe otorgar su aceptación... “respecto al o los recién nacidos y los **padres contratantes** una vez producido el nacimiento”. Así mismo, más adelante en la misma fracción se vuelve a establecer que “la mujer gestante, el **padre y la madre contratantes**, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud...” y por último al final se establece que “los contratantes y el feto, a su vez que la gestante **y, en su caso, su cónyuge o concubino** renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido” ... La normativa debe de referirse al o los contratantes, sin importar el estado civil de lo que solicitan el contrato.
- ◆ Artículo 380 Bis 7 Responsabilidades. A lo largo del artículo establece en varias ocasiones el concepto de **padres**, así como el de **la madre y al padre**, utilizar estos términos es igualmente discriminatorio ya que como ya lo mencionamos el derecho a la reproducción se puede ejercer de forma individual o en parejas homosexuales o heterosexuales.

5. Conclusiones

Después del análisis anterior podemos concluir los puntos principales que analizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁵ con relación a la regulación de la maternidad subrogada en Tabasco:

¹⁵ La acción de inconstitucionalidad es procedente y parcialmente fundada. Es válido el artículo 380 Bis, párrafo segundo y cuarto (salvo lo ya analizado anteriormente). Es inválido los artículos 380 Bis, párrafos primero y tercero, 380 Bis 3, párrafos cuarto, quinto y sexto. Es inválido, por extensión los artículos 380 Bis, párrafo segundo, 380 Bis 1, 380 Bis 2, fracción I, 380 Bis 5, párrafos primero, fracción IV, segundo y tercero y 380 Bis 7, párrafos primero y tercero

- (a) Autoriza al Código Civil regular temas de maternidad subrogada en relación con la filiación de los hijos nacidos a través de estos procedimientos, sin adentrarse a la definición de temas relacionados con la reproducción humana, ni a la utilización de células germinales.
- (b) Eliminar la posibilidad que la gestante o su cónyuge puedan acceder al reconocimiento del hijo producto de la maternidad subrogada en caso de muerte o incapacidad de alguno de los miembros de la pareja solicitante. Cabría la posibilidad únicamente en caso de que no existiera ningún pariente por consanguinidad que pueda acceder a la patria potestad o la tutela del menor y será el juez el que pueda resolver sobre el tema, respetando y protegiendo el mayor interés del menor.
- (c) El acceso a las TRHA, así como a los contratos de maternidad subrogada deben de regularse protegiendo en todo momento el derecho a la reproducción de la persona individual, así como a las parejas homosexuales o heterosexuales, es decir, la orientación sexual o el estado civil, no puede ser un impedimento para tener acceso al uso de estos procedimientos.
- (d) Uno de los puntos medulares, es la invalidez de las disposiciones en las que se exigía que la mujer tuviera el consentimiento de su cónyuge o concubino para acceder a un contrato de subrogación, considerando que se debe de proteger la equidad de género y que la mujer debe de ser protegida en su dignidad y el sano desarrollo de su personalidad.
- (e) La resolución de la Corte nos vuelve a demostrar que las legislaturas están, en muchos temas, muy atrasadas con respecto a la evolución del derecho a nivel internacional, que hay situaciones ya superadas, como todas las referentes a la discriminación y a la igualdad de las mujeres y los hombres, y por ello debe realizarse una modernización de todas las disposiciones, la Corte resuelve: “este Tribunal Constitucional no puede obviar la imperante necesidad que existe en el Estado Mexicano de regular el acceso a la gestación por sustitución; así, en su papel comprometido con los derechos fundamentales, se exhorta a los demás Poderes de la Unión y a los Poderes de los Estados a que, en el ámbito de sus competencias, regulen de manera urgente y prioritaria la materia tratada en esta sentencia.”

Anexo

Se anexa el Decreto 265, publicado en el periódico oficial del Estado de Tabasco¹⁶, el trece de enero de dos mil dieciséis por el que se adicionó el Capítulo denominado:

¹⁶ http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf

6. CAPITULO VI BIS De la Gestación Asistida y Subrogada

ARTICULO 380 Bis. Concepto de Reproducción Humana Asistida

Se entiende por reproducción humana asistida, el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con la intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

Se permite a los cónyuges o concubinos la inseminación o fecundación homóloga y heteróloga. Se entiende por fecundación homóloga aquella en la que los gametos son aportados por ambos cónyuges o concubinos; y por fecundación heteróloga, aquella en que uno de los gametos es donado por un tercero y el otro gameto es aportado por uno de los cónyuges o concubinos.

Sólo será válido el consentimiento expresado en vida por algún cónyuge o por algún concubino, con las formalidades que este Código exige, para los efectos de que sus gametos puedan ser utilizados después de su muerte en un procedimiento de inseminación.

ARTICULO 380 Bis 1. Gestación por Contrato

La gestación por contrato se efectuará a través de la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.

ARTICULO 380 Bis 2. Formas de Gestación por Contrato

La gestación por contrato, admite las siguientes modalidades:

I. Subrogada: implica que la gestante sea inseminada aportando sus propios óvulos y que, después del parto, entregue el recién nacido a la madre contratante mediante adopción plena; y

II. Sustituta: implica que la gestante sea contratada exclusivamente para portar en su vientre un embrión obtenido por la fecundación de gametos de la pareja o persona contratante.

ARTICULO 380 Bis 3. Condición de la Gestante

La Secretaría de Salud del Gobierno del Estado determinará el perfil clínico, psicológico y social de la “madre gestante” previamente a su contratación, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo de la gestación.

Ninguna mujer que padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía podrá ser contratada como madre gestante.

Pueden ser contratadas como gestantes sólo las mujeres de entre veinticinco y hasta treinta y cinco años de edad que tengan una buena salud biopsicosomática y que hayan dado su

consentimiento de manera voluntaria para ser gestante subrogada o sustituta, habiendo adquirido plena información acerca del proceso, previa a la manifestación de su consentimiento.

La gestante, para poder celebrar contrato de gestación, deberá acreditar, mediante dictamen médico expedido por institución oficial de salud, que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas en dicho procedimiento; lo que no impediría que pueda donar el óvulo para la fecundación in vitro o portar al producto fecundado en su vientre mediando conocimiento del cónyuge o concubino.

En caso de que la gestante sustituta o su cónyuge demanden la paternidad o maternidad, solamente podrán recibir, previo reconocimiento de su cónyuge, la custodia del producto de la inseminación, únicamente cuando se acredite la incapacidad o muerte de la madre o padre contratantes.

La voluntad que manifiesten las partes para la realización del contrato de gestación deberá constar de manera indubitable y expresa. Los derechos y obligaciones que de él emanen son personalísimos, no habiendo lugar a la representación legal; no obstante, las partes podrán ser asesoradas por sus abogados, si así lo requieren. El contrato de gestación lo firmarán la madre y el padre contratantes con la gestante y, si fuera el caso, su cónyuge o concubino, así como un intérprete, de ser necesario, debiendo quedar asentados el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento. El contrato deberá ser firmado ante notario público, quien estará obligado a exigir de los contratantes la presentación del dictamen médico que demuestre el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en los párrafos primero a cuarto de este artículo.

Las instituciones y clínicas de reproducción humana asistida, así como el personal médico especializado en esta materia, deberán estar previamente acreditados y autorizados por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado para la prestación de esos servicios; las clínicas deberán contar con la licencia sanitaria correspondiente.

Las instituciones que realicen este procedimiento y el control prenatal, deberán enviar un informe mensual a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, con copia del expediente clínico conforme a la legislación federal aplicable a la materia, además de lo que señale la legislación estatal.

Las instituciones que brinden atención obstétrica, resultado del procedimiento de reproducción asistida, deberán informar el nacimiento a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, durante las primeras veinticuatro horas de ocurrido el mismo y el tipo de atención brindada; esta notificación deberá incluir la copia del certificado de nacimiento del o los recién nacidos.

Los notarios públicos que participen en la celebración de contratos para estos procedimientos, deberán informarlo en un plazo de veinticuatro horas a la Secretaría de Salud y al Registro Civil del Estado, mediante copia certificada del instrumento celebrado entre las partes.

ARTICULO 380 Bis 4. Nulidad de Contrato de Gestación

El contrato de gestación será nulo si se realiza bajo las siguientes circunstancias:

- I. Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas;
- II. No cumpla con los requisitos y formalidades que señala este Código;

III. Se establezcan compromisos o cláusulas que atenten contra el interés superior del niño y la dignidad humana;

IV. Intervengan agencias, despachos o terceras personas; y

V. Se establezcan compromisos o cláusulas que contravengan el orden social y el interés público.

La nulidad del documento no exime a las partes contratantes de las responsabilidades adquiridas y derivadas de su existencia. Los profesionales o personal de salud que realicen esta práctica médica deberán acreditar que cumplen con la autorización de la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, debiendo informar ampliamente de las consecuencias médicas y legales por la implantación de pre embriones y embriones en el cuerpo de una mujer gestante. Actuarán con estricto apego al secreto profesional, respecto a la identidad de las personas que intervienen en la implantación. El médico tratante deberá solicitar los documentos que acrediten que las personas que van a intervenir, cumplen con las formalidades y requisitos legales y físicos.

ARTICULO 380 Bis 5. Requisitos del Contrato de Gestación

El contrato de gestación deberá ser suscrito por las partes, previo cumplimiento por parte de los contratantes de los siguientes requisitos:

I. Ser ciudadanos mexicanos;

II. Poseer plena capacidad de goce y ejercicio de sus derechos;

III. La mujer contratante debe acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante de la institución acreditada, que posee una imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y que cuenta entre veinticinco y cuarenta años de edad;

IV. La mujer gestante debe otorgar su aceptación pura y simple para que se lleve a cabo en su útero la implantación de la mórula y reconocer su obligación de procurar el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el periodo gestacional y a concluir la relación contratada, respecto al o los recién nacidos y los padres contratantes una vez producido el nacimiento; y

V. La gestante cumpla con los requisitos establecidos en el presente Código.

Para los efectos de la fracción III del presente artículo, el médico tratante adicionalmente deberá extender y solicitar los certificados médicos que acrediten los supuestos correspondientes. El médico tratante realizará los exámenes médicos previos a la transferencia y que sean necesarios de la salud física y mental de la mujer gestante, para corroborar que no posee ningún padecimiento que ponga en riesgo el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional. La mujer gestante, el padre y la madre contratantes, deberán someterse a los estudios que establezca la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado y que garanticen la salud de los implicados.

Una vez que sea suscrito el instrumento jurídico ante Notario Público, deberá ser aprobado por el Juez competente, a través de procedimiento judicial no contencioso, en el que se reconozca el vínculo entre los contratantes y el feto, a su vez que la gestante y, en su caso, su cónyuge o concubino renuncien a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido. El Instrumento aprobado deberá ser notificado en sus efectos a la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado.

Se autoriza únicamente la implantación de hasta dos embriones fecundados en un mismo procedimiento de reproducción asistida.

ARTICULO 380 Bis 6. Asentamiento del recién nacido

El certificado de nacimiento será expedido por el médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento del o los recién nacidos; también llenará el formato expedido para tal efecto por la Secretaría de Salud del Gobierno del Estado, el que contendrá, en este caso, la constancia que la gestación fue asistida a través de una técnica de apoyo a la reproducción humana o práctica médica, denominada gestación por contrato.

El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena aprobada por Juez competente, en los términos del presente Código.

ARTICULO 380 Bis 7. Responsabilidades

El contrato de gestación carece de validez cuando haya existido error o dolo respecto a la identidad de los padres contratantes por parte de la mujer gestante, en cuyo caso están a salvo sus derechos para demandar civilmente los daños y perjuicios ocasionados y presentar denuncias penales, en su caso.

Asimismo, podrá la gestante demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal.

Será obligación de los padres contratantes garantizar con una póliza de seguro de gastos médicos mayores, expedido (sic) por una institución de seguros establecida legalmente en territorio nacional, que cubra los gastos originados en la atención del embarazo, parto y puerperio, a favor de la gestante sustituta o subrogada.

Se harán acreedores a las responsabilidades civiles aquellos médicos tratantes que realicen la implantación o fecundación de embriones humanos sin su consentimiento y sin la plena aceptación de las partes que intervienen.

Los notarios públicos que indebidamente den fe o certifiquen contratos de gestación sin apego a las disposiciones jurídicas aplicables, serán separados definitivamente de su encargo, en términos de la Ley de la materia, sin demérito de las demás responsabilidades o delitos en que incurran.

Fecha de recepción: 15 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022

Reflexiones sobre el primer caso de triple filiación desde el nacimiento en Argentina. Por qué es importante establecer diferencias con la adopción y la subrogación del embarazo

Reflexions sobre el primer cas de triple filiació des del naixement a l'Argentina. Per què és important establir diferències amb l'adopció i la subrogació de l'embaràs

Reflections on the first case of triple filiation from birth in Argentina. Why it is important to establish differences between adoption and surrogacy of pregnancy

* Mariana Cristina. Licenciada en Filosofía, Universidad Nacional de San Martín (UNSAM, Argentina). Magister en Bioética por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO-Argentina). Email: marianafilo20@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6632-1486>.



Copyright (c) 2022 Mariana Cristina

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

El presente artículo tiene el propósito de reflexionar sobre un reciente caso de triple filiación desde el nacimiento en Argentina que constituye una nueva forma de coparentalidad. Para ello, en primer lugar, realizo una descripción de los hechos y la sentencia. En segundo lugar, refiero que los feminismos y los movimientos por la diversidad han colaborado en comprensiones y prácticas más respetuosas y dinámicas de la institución familiar en clara oposición al neoconservadurismo. Luego planteo que la defensa de dicho dinamismo familiar fundado no debiera llevarnos a defender cualquier camino para la consecución del proyecto familiar, puntualmente en el caso de varones solos o en pareja. Por ello, diferencio los modos que usualmente tienen para alcanzar la paternidad con el objetivo de mostrar cómo la coparentalidad y la adopción son moralmente aceptables mientras que la subrogación del embarazo es cuestionable éticamente.

Palabras clave: triple filiación desde el nacimiento en Argentina; coparentalidad; gestación subrogada; autonomía.

Resum

El present article té el propòsit de reflexionar sobre un recent cas de triple filiació des del naixement a l'Argentina que constitueix una nova forma de coparentalitat. Per a això, en primer lloc, realitzo una descripció dels fets i la sentència. En segon lloc, refereixo que els feminismes i els moviments per la diversitat han col·laborat en comprensions i pràctiques més respectuoses i dinàmiques de la institució familiar en clara oposició al neoconservadurisme. Després plantejo que la defensa d'aquest dinamisme familiar fundat no hagués de portar-nos a defensar qualsevol camí per a la consecució del projecte familiar, puntualment en el cas d'homes sols o en parella. Per això, diferencio les maneres que usualment tenen per a aconseguir la paternitat amb l'objectiu de mostrar com la coparentalitat i l'adopció són moralment acceptables mentre que la subrogació de l'embaràs és qüestionable èticament.

Paraules clau: triple filiació des del naixement a l'Argentina; coparentalitat; gestació subrogada; autonomia.

Abstract

The purpose of this article is to analyze on a recent case of triple filiation from birth in Argentina, which constitutes a new form of co-parenting. In order to do so, firstly, I describe the facts and the judicial sentence. Secondly, I explain that feminisms and diversity movements have collaborated in more respectful and dynamic understandings and practices of the family institution in clear opposition to neoconservatism. Then I argue that the defense of such family dynamism should not lead us to defend any path for the achievement of the family project, especially in the case of single men or couples. Therefore, I differentiate the ways they usually have to achieve parenthood in order to show how co-parenting and adoption are morally acceptable while pregnancy surrogacy is ethically questionable.

Keywords: triple filiation from birth in Argentina; coparenting; surrogate pregnancy; autonomy.

1. Descripción de los hechos y de la sentencia

Cuatro años atrás, una pareja de varones comenzó con el proyecto de tener un/a hijo/a pero sin recurrir a las formas usuales que se presentan a las personas sin capacidad de gestar: la adopción o la subrogación del embarazo. La pareja buscaba una candidata que deseara formar una familia con ellos. Se contactaron con un sitio web francés¹ dedicado a establecer vínculos entre personas que buscan tener hijos/as. Pandemia mediante, las tres personas sostuvieron el contacto virtualmente. Cuando las restricciones sanitarias mermaron y se pudieron establecer encuentros presenciales, se realizó la fertilización in vitro (FIV) con gametos de uno de los varones y de la mujer. Con la gestación en proceso se llevó el caso a la justicia.

Si bien en Argentina hay antecedentes de triple filiación², la novedad de este caso es que se trata del primero en el cual el proyecto de coparentalidad partiría de un vínculo familiar y procreacional conjunto desde el nacimiento. En mayo de este año la jueza Myriam Cataldi autorizó la inscripción en el Registro Civil de la República Argentina. Al frente del Juzgado Nacional en lo Civil N°7 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) reconoció *el derecho a la no discriminación con motivo o razón de la triple filiación o poliamor registral filiatorio* para el bebé.

Para lograr esto, la magistrada dio lugar a la solicitud de las tres personas interesadas y declaró inconstitucional el último párrafo del artículo 558 del nuevo Código Civil y Comercial vigente desde 2015 que expresa que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”³. No obstante, justificó su decisión determinando que ese párrafo quebrantaba los derechos de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos⁴. Si bien la fiscal Mónica Susana Mauri y el Defensor de los Menores Marcelo

¹ El sitio es <https://es.coparentalys.com/Homosexual-co-paternidad.html>. No se limita a establecer contacto para casos de coparentalidad, sino que ofrece *convertirse en Padres, Copadres, Homopadres o crear una familia*. Ofrece establecer contacto para formar pareja y tener un/a hijo/a, para buscar “donante” de gametos y/o lograr la homoparentalidad.

² Se estima que actualmente hay alrededor de 20 casos de pluriparentalidad en Argentina. En el año 2015 un bebé nacido en la provincia de Buenos Aires se convirtió no sólo en el primero del país sino de toda Latinoamérica al ser registrado en su partida de nacimiento con el reconocimiento de la “triple filiación”. Allí figura con el apellido de su padre y de sus dos madres. En principio sólo figuraban los apellidos de ellas. Pero luego se incorporó el del varón donante de esperma, que según se explicita, era amigo del matrimonio. Se puede consultar sobre este caso en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/mama-mama-y-papa-la-primera-filiacion-triple-de-argentina/>.

³ Se puede consultar en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

⁴ En el fallo se plantea “como pretensión principal, que se dicte una sentencia constitucional expansiva mediante la cual se desplace al artículo 558 último párrafo del Código Civil y Comercial y se aplique directamente con fuerza normativa el derecho a conformar una familia en términos diversos y plurales (art. 14 “bis” de la Constitución argentina y arts. concordantes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional), el derecho a desarrollar un plan de vida autónomo en ejercicio pleno de la voluntad procreacional compartida (art. 19 de la Constitución argentina y arts. concordantes de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional) y el derecho a la no discriminación con motivo o razón de la

Gustavo Jalil se opusieron a la petición, Cataldi argumentó que se expresó a favor del "derecho a conformar una familia en términos diversos y plurales"⁵. En el fallo se explicita que las tres personas estuvieron de acuerdo en la conformación de una familia con una mamá y dos papás. Donde el hijo o hija crecería en dos hogares distintos, con mucho amor de familia y amigos y amigas de sostén para el nuevo integrante. Asimismo, se sostiene que "las familias pluriparentales se caracterizan por la primacía de la voluntad y el afecto; conceptos de índole fáctico que encuentran cauce jurídico en las ideas de voluntad procreacional y amor filial". La voluntad procreacional refiere al acto volitivo, decisional y autónomo encarnado por el deseo de las personas de procrear, que es la causa de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), mientras que el amor filial surge de la libre voluntad de asumir las funciones parentales.

2. Análisis y reflexiones

La novedad que trae este caso es que el proyecto de formar una familia que incluya a todas las personas intervinientes de manera integral y en igualdad de condiciones se antepone al sólo deseo de la procreación. Si bien desde una primera mirada esta diferencia podría parecer sutil es la que, a mi modo de ver, establece una radical diferencia con otros modos de cumplir el deseo de paternidad o maternidad. De acuerdo a cómo la historia se dio a conocer mediáticamente, de un lado una pareja de varones buscaba tener un/a hijo/a pero no de las formas que se les presentan como alternativas ante la clara imposibilidad de gestar: la adopción o la subrogación del embarazo. Y del otro lado, una mujer con el proyecto de ser madre que sin tener una pareja buscaba no concretarlo en soledad.

Resulta claro que abordar este tipo de casos pone en jaque los modos tradicionales de pensar la institución familiar y genera importantes desafíos no sólo respecto de nuestras posiciones personales sino de aquello que se debiera aceptar social y legalmente y de aquello que no. Por esto, es preciso un análisis cauteloso que permita observar las aristas propias de cada caso. En lo que sigue plantearé algunos ejes preliminares para abordar estas nuevas realidades con la

triple filiación o poliamor registral filiatorio."

⁵ El plexo normativo argentino conformado por la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes y la legislación civil y registral garantiza el derecho de todas las personas a ser inscriptas de forma inmediata tras su nacimiento. Sin embargo, tal como lo explicita el fallo "el cupo de padres/madres/ progenitores que nuestra ley establece, pone en jaque a este derecho cuando se trata de familias pluriparentales, ya que sólo dos personas puedan figurar como progenitores en el acta de nacimiento de un niño."

agudeza que requiere. Sabiendo que la cambiante realidad nos interpela a repensarla constantemente.

2.1 Sobre cómo la familia no es una estructura estática

A esta altura no resulta novedoso sostener que la familia es una estructura social dinámica que se ha ido modificando con el pasar de los años. El divorcio y las familias ensambladas y monoparentales son sólo algunas puntas de lanza que han promovido realidades diversas y sus consecuentes revisiones. El esfuerzo teórico y sobre todo político del feminismo ha tenido y tiene un rol central al promover y motivar cambios fundamentales respecto de las diferentes respuestas que debe ofrecer el Estado a las nuevas necesidades familiares. Los estudios *queer*, más recientemente, ubicaron en el centro de las reflexiones a las familias sexualmente diversas, abriendo paso a nuevos desafíos teóricos (Maffía, 2013: 94).

En Argentina, la Ley 26.618 de 2010 más conocida como “de matrimonio igualitario” que habilita que personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio ha posibilitado profundos debates sociales y modificaciones prácticas en los modelos de familia⁶. Sobre sus hombros, dos años después, la Ley 26.743 de “identidad de género” continuó la profundización de este proceso que ha tenido y tiene una fuerte resistencia de sectores conservadores y neoconservadores.

La versión plural de la familia defendida por los movimientos feministas y de la diversidad sexual se opone y deviene una amenaza al modelo patriarcal y heteronormado que ciñe la sexualidad a la reproducción (Vaggione, 2008) actualmente encarnada por sectores que ante el fuerte despliegue de los Derechos Sexuales y reproductivos reaccionan articulados desde los ámbitos más radicalizados de Iglesia Católica y el evangelismo (mayormente) en defensa de un orden sexual conyugal, reproductivo, monogámico y heterosexual (Morán Faúndes y Peñas Defago, 2020). Asimismo, hay una creciente aparición de organizaciones civiles cuyas expresiones son laicas pero que comparten agenda moral con estos sectores constituyendo lo que Vaggione (2005) llama “secularismo estratégico” a través de discursividades científicas y jurídicas que colaboran en la elaboración de un sentido común que se reproduce, a menudo, sin que medie una profunda reflexión en personas que no necesariamente se identifican con estos sectores. Se trata, concretamente, de organizaciones activistas⁷ que, en muchos casos, ocultan estratégicamente su

⁶ Es claro que las personas ya formaban sus parejas y familias, pero permitió dar un marco legal con protecciones. Y, a su vez, contribuyó a su legitimación habilitando debates abiertos en las escuelas, familias, medios de comunicación, y la sociedad en general.

⁷ Por ejemplo, en Argentina se originó la organización neoconservadora Frente Joven, presente también en Perú, Ecuador y Paraguay. También en Argentina, El Centro Bioética, Persona y Familia, por dar algunos ejemplos (Morán Faúndes y Peñas Defago).

carácter religioso para influir en ámbitos permeables a consignas neoconservadoras pero que no se identifican con discursos religiosos (Morán Faúndes y Peñas Defago).

Ahora bien, situarnos en las antípodas del neoconservadurismo, es decir, en posiciones progresistas y respetuosas de las diversas conformaciones familiares no debiera, a mi entender, llevarnos a defender cualquier camino para la consecución del proyecto familiar. Por ello, vale la pena distinguirlas. En lo que, diferenciaré los dos modos que usualmente tienen los varones solos o en pareja con otro varón para alcanzar la paternidad con el objetivo de mostrar cómo la coparentalidad y la adopción son moralmente aceptables mientras que la subrogación del embarazo es éticamente cuestionable.

2.2 Sobre la coparentalidad

En el caso que motiva este artículo, tanto la pareja de varones como la mujer que gesta se harán cargo del /a bebé y conformarán una familia. Se trata de un nuevo modo de coparentalidad en el que todas las partes poseen obligaciones para con el niño o la niña, aspecto que lo presenta como moralmente aceptable.

En este tipo de conformaciones familiares se incorpora al nuevo ser a un proyecto que suma lazos afectivos fortaleciendo todos los roles. Porque no quiebra el vínculo materno-fetal y promueve una crianza colectiva en un modelo diverso. Quien gesta no renuncia a la filiación en favor de una pareja de varones, es la madre legal y, por ende, se involucrará en igualdad de condiciones en todos los aspectos ligados a la crianza tanto en la toma de decisiones como en la afectividad, el desarrollo y el crecimiento de la criatura. El pedido de legalidad sería una forma de establecer la igualdad de condiciones entre las partes transparentando los derechos y las obligaciones de las personas involucradas. En este sentido “parece que este puede ser un camino más respetuoso con los derechos de todos los involucrados frente a la exigencia de que la gestante «desaparezca» una vez haya parido y renunciado al nacido” (Casado y Navarro, 2019).

Podría señalarse que se está formando una familia partiendo de la no convivencia y que ello podría traer aparejadas consecuencias poco favorables constituyendo una objeción. No obstante, y justamente debido en gran parte al dinamismo de la institución familiar, la falta de convivencia acontece en parejas que se separan y acuerdan o bien regímenes de visitas o bien que los/as hijos/as pasen, por ejemplo, una semana con cada adulto/a. Incluso, muchas veces, anteceden (y persisten) fuertes conflictos y desacuerdos. Asimismo, vivir bajo un mismo techo no es condición de relaciones vinculares respetuosas y equilibradas.

En el caso en cuestión, si bien las personas adultas (la pareja de varones de un lado y la mujer, de otro) vivirán en casas distintas, los roles parecen estar acordados y el cuidado planteado

como compartido en simetría. Por ello, ubicar la falta de convivencia en un lugar central sería una hipocresía y por lo tanto, no constituye, a mi juicio, una objeción pertinente.

La coparentalidad y la subrogación del embarazo, a diferencia de la adopción, aseguran poder tener un/a hijo/a desde bebé. Pero hay, al menos, dos diferencias sustanciales: el lugar atribuido a la persona gestante⁸ y, en estrecha relación, el tipo de lazos afectivos que se busca promover.

2.3 Sobre la adopción

De acuerdo con la legislación argentina⁹, la adopción tiene un objetivo que se diferencia notablemente de otras formas de tener un/a hijo/ y formar una familia. En ella se prioriza a los/as niños/as en estado de adoptabilidad buscando la persona o pareja más adecuada para ofrecerle/s un hogar. La información brindada por la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivo de Argentina es muy clara respecto de los fines que se persiguen, en tanto “es el instrumento que permite que niñas, niños y adolescentes puedan vivir y desarrollarse en una familia que les procure cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades (...) el objetivo central de la adopción es dar una familia a las niñas, niños y adolescentes que, por diversas razones, no pueden ser cuidados definitivamente por su familia de origen.” (DNRUA, 2018:5). Se prioriza, incluso, la adopción de grupos de hermanos para evitar un segundo corte de lazos biológicos. Puede ser adoptante toda persona a partir de los veinticinco años, soltera, casada o en convivencia de hecho, sin importar su orientación sexual.

En general, el proceso es arduo y se extiende en el tiempo. Lo cual lleva a que muchas personas o parejas comiencen los trámites, pero luego desistan u opten por otras modalidades para conformar una familia. Además, quienes se encuentran en estado de adoptabilidad son niños, niñas y adolescentes y muy rara vez bebés, lo cual desincentiva a quienes desean criar a un hijo/a desde el inicio. No obstante, es muy relevante subrayar que las demoras a menudo se deben a la búsqueda del mejor hogar posible para cada caso, a la intención de lograr que se adopten grupos de hermanos/as, a las evaluaciones de las personas con intención de adoptar, entre otros factores.

⁸ En general, utilizo el término “persona gestante” o alguna variante. No obstante, más allá de las disputas de sentido, no aludo a la/s elección/es de género/s sino a la persona con capacidad biológica de gestar (capacidad que refiero a veces como “sexo femenino”). En algunos casos, también utilizo “mujer” por razones de estilo en la redacción o porque sigo el pensamiento de algún/a autor/a. Apelo, en lo corriente, a fórmulas no sexistas.

⁹ La ley de adopción es la 24.779 y está vigente desde 1997. Se complementa con lo establecido por el Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia en 2015. En este se le dedica el título IV del Libro Segundo.

Desde un análisis ético, la adopción podría enmarcarse como un acto supererogatorio en tanto su realización supera los límites del deber positivo, es decir, que no puede ser exigida universalmente, poseyendo un grado superior de perfección moral. En este sentido, la adopción cumpliría con las cualidades de ser bondadosa, ejemplar y meritoria (Calvo Álvarez, 2007). Suele plantearse que las personas y/o parejas con imposibilidad de llevar adelante una gestación deberían inclinarse por la adopción. Sin embargo, exigirles este tipo de acciones puede resultar excesivo ya que, en todo caso, cualquier persona o pareja debería hacerlo por su valor moral intrínseco.

En definitiva, si bien se trata de un camino posible para concretar el deseo de muchas personas de maternar, paternar y formar una familia y, en cierto sentido sería lo ideal o éticamente superior (Luna, 2000), también se puede señalar que el enfoque más adecuado e integral es comprender a la adopción como una “solución” de las sociedades ante casos de abandono o desvinculación ya efectivos por motivos múltiples¹⁰ (Cristina, 2022a) cuyo valor principal es la búsqueda de personas adultas que puedan brindar una familia a niñas, niños y adolescentes.

2.4 Sobre la subrogación del embarazo

A diferencia de la adopción y de la coparentalidad, la subrogación del embarazo podría ser cuestionable por varias razones¹¹. En este apartado señalaré sólo dos que se hallan emparentadas entre sí y que permiten establecer líneas divisorias con las otras prácticas: a) la asimetría entre las partes adultas (persona o pareja que busca tener un/a hijo/a y persona gestante) no sólo en su forma comercial sino también en casos de altruismo sin “lazos previos”. Y b) la concepción limitada de la autonomía respecto de la persona gestante.

(a) La subrogación se articula en torno de la figura liberal del contrato entendido como un acuerdo entre partes que consienten de manera autónoma. No obstante, es importante plantear que usualmente prima la desigualdad y asimetría entre los agentes involucrados. No sólo en términos económicos sino en el control y la disposición sobre todos los aspectos de la

¹⁰ Esta temática es muy controvertida. Sólo menciono por el momento que muchas veces las personas que abandonan a sus hijos/as lo hacen por circunstancias que las exceden y no porque los procrearon premeditando el abandono. Sólo a modo de ejemplo, podemos pensar en escenarios donde el aborto no es legal (o donde sí lo es, pero su acceso no está debidamente garantizado) o en casos de necesidades económicas extremas, por mencionar sólo dos posibilidades (que pueden, asimismo, solaparse), sobre todo en contextos latinoamericanos (Cristina, 2022a, en prensa). Me interesa aquí evidenciar las diferencias y no juzgar las acciones.

¹¹ En otro artículo titulado “Algunos argumentos feministas para objetar la relación de alquiler del embarazo”, aun en prensa, abordo las posibles objeciones fundadas en ciertos planteos feministas. Aquí aludo sucintamente a dos de ellos.

vida de la persona gestante. Y en relación con esto se cristalizan roles histórica y socialmente atribuidos a la mujer que han contribuido a limitar sus oportunidades.

Debra Satz (2015) identifica tres modos diferentes en los que la subrogación afianza la desigualdad de género. El primero, otorgando un control sustancial a terceros mediante el acceso y control sobre el cuerpo y la sexualidad de las mujeres en tanto todos sus hábitos y sus prácticas se hayan monitoreados: desde la alimentación hasta la sexualidad y la (im)posibilidad de practicarse un aborto. Se podría objetar que un contrato que contemple amplias protecciones a la gestante equilibraría la balanza. Pero ello no evitaría el amplio control sobre su comportamiento y sobre todos los aspectos de su vida.

El segundo, implica la cristalización de estereotipos negativos hacia las mujeres como “máquinas de hacer bebés”; pudiendo promover que las personas se amolden a las expectativas que se generan¹².

Y el tercero, el peligro o riesgo de que la maternidad y la paternidad se definan en términos genéticos. Porque si bien discursivamente se plantea la idea de romper con paradigmas tradicionales ajustados a los lazos biológicos y/o genéticos, con la búsqueda de un útero gestante se persigue la obtención de un/a bebé genéticamente emparentado. En los casos de varones esto ocurre o bien con el que emprende el camino en soledad o bien con uno de los miembros de una pareja. Y si ampliamos la mirada a parejas heterosexuales se busca contar con los gametos de ambas partes y cuando no es posible, por ejemplo, por causas médicas, se acude a donantes para suplir alguna de las partes. Existen también casos de mujeres que no quieren gestar pudiendo hacerlo y recurren al alquiler del embarazo aportando sus óvulos.

Se puede afirmar que la firma voluntaria de un contrato no representa en absoluto el ejercicio real de la autonomía de la persona gestante si sus condiciones sociales son inferiores a las de quienes requieren su capacidad de gestar. Aun en los acuerdos presentados como producto del altruismo o la solidaridad¹³ se cae en los mismos riesgos.

(b) En estrecha relación con el punto anterior, cabe destacar la usual alusión de quienes defienden la subrogación del embarazo, sea de forma comercial o altruista con compensación, al respeto por la autonomía de la persona gestante asumiendo toda objeción como un límite o restricción “paternalista” (Cristina, 2022a). En estas posturas subyace una concepción de la autonomía ligada a una persona aislada y desvinculada de sus condiciones particulares y de su entorno que se autodetermina libremente. Con claridad, se asume la versión planteada en la

¹² El análisis de este punto se enriquece en el apartado siguiente.

¹³ Deben distinguirse los casos en los que, por ejemplo, una hermana o madre se ofrece a gestar, de los que usan la carátula de altruismo y solidaridad, pero enmascaran otro tipo de arreglos.

modernidad en autores clásicos como Kant y Stuart Mill que han impactado en el ámbito de la bioética en la propuesta principista de Beauchamp y Childress. Traduciéndose, justamente, en la idea de partes que consienten un contrato en pie de igualdad, o en todo caso, que zanján sus desigualdades con la firma del acuerdo (Cristina, 2022a). Eleonora Lamm (2018, 194) sostiene desde una expresión liberal del feminismo, por ejemplo, que la sustitución del embarazo constituye una de las opciones reproductivas que las mujeres tienen derecho a elegir como expresión de su libertad y autonomía. Y defiende que “como personas y mujeres, existe de forma básica y fundamental un derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto.”

Sin embargo, existen otras propuestas feministas para pensar la noción de autonomía que la comprende en clave relacional o contextual; ubicando en primera plana las condiciones concretas de vida de las personas. En el clásico artículo de Natalie Stoljar “Feminist Perspective on Autonomy” (2018) explicita que “las teorías feministas o «relacionales» de la autonomía intentan responder a la pregunta de cómo la opresión internalizada y las condiciones sociales opresivas socavan o erosionan la autonomía de los agentes.” Se busca, entonces una profunda resignificación del concepto por la importancia que tiene su recuperación en las elaboraciones teóricas desde la bioética en particular, pero también de la ética práctica en general (Belli y Suarez Tomé, 2021)¹⁴. Esta comprensión de la autonomía invita a observar y revisar las estructuras políticas y sociales que impactan en la vida y en las oportunidades.

Con la existencia de un entramado organizado y aceitado entre los centros de fertilidad, las normativas¹⁵ (que en muchos casos siendo inexistentes dejan canales abiertos para habilitar estas

¹⁴ Esta revisión no se limita a una propuesta para las mujeres u otros grupos históricamente marginados, sino que es un nuevo enfoque para analizar la relación entre las personas y su entorno.

¹⁵ En Argentina, por ejemplo, se puede observar una tendencia a la reglamentación: el artículo 19 de la Constitución Nacional (que coloquialmente sostiene que lo que no está prohibido está permitido) es el principal sostén jurídico para otorgarle un marco legal. A esto, se suman derechos humanos de carácter constitucional: a formar una familia, a la identidad, a la intimidad, a la salud, a gozar de los beneficios y avances de la ciencia y la tecnología, a la igualdad, a la no discriminación, y los derechos sexuales y reproductivos. Asimismo, en el anteproyecto de reforma del Código Civil de la Nación de 2012 se preveía introducir la gestación por sustitución como una técnica reproductiva y se establecían requisitos para su realización (aunque luego fue retirado). En el Código que entró en vigor el 1° de agosto de 2015 se introdujo el principio voluntad procreacional como fuente de filiación en las TRA (art. 562) priorizando la intención de quienes quieren ser madre/s o padre/s y no su aporte genético. Y si bien se mantiene el supuesto *mater Semper certa est*, es decir la madre siempre es cierta (en otros términos, madre es quien pare), en los hechos, también se recurre a la voluntad procreacional para resolver la filiación de bebés nacidos bajo la subrogación del embarazo. Además, hubo varios proyectos de ley para darle un marco legal. Se utilizan distintas estrategias para desarrollar la subrogación del embarazo. Por ejemplo, en octubre de 2017 la Dirección General del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) dictó la normativa 93/DGRC/17 que permite inscribir como hijos/as de los/as comitentes, en forma preventiva, a quienes nacen por “gestación solidaria” sin necesidad de requerir antes o después la autorización de un juez. En el resto de las provincias se utilizan otras estrategias jurídicas ya que al momento del nacimiento figurará en el certificado de nacimiento la persona gestante como progenitora. En estos casos, la situación se modifica por la vía judicial. (Cristina, 2022a y 2022b, en prensa).

prácticas) y los requerimientos de personas que buscan acceder a la subrogación del embarazo, es oportuna la pregunta que se hace Dora Barrancos (2015, 172) sobre las mujeres a las que se busca como gestantes: “¿A quién se escogería en sociedades como las nuestras, con excesos de precariedad? Es claro que no se apunta a un sector de extrema pobreza porque se persiguen condiciones físicas y de salud óptimas para llevar adelante un embarazo y que de ello resulte un/a bebé sano/a. Pero sí a aquellos sectores cuyas oportunidades son limitadas y que, en muchos casos, reproducen roles socialmente asignados y cristalizados sin notarlo o sin haberlo puesto en cuestión (Cristina 2022a).

3. Reflexiones finales

En este artículo me propuse analizar un reciente caso de mi país, la Argentina, sobre la triple filiación desde el nacimiento en tanto una nueva forma de coparentalidad. He establecido diferencias entre las maneras en las que las parejas de varones tienen hijos/as con el propósito de mostrar cómo mientras la coparentalidad y la adopción son vías aceptables moralmente para conformar familias respetuosas de la diversidad, la subrogación del embarazo es moralmente objetable. Pues en la subrogación o alquiler de embarazo la persona gestante es corrida y el vínculo materno-fetal tan valorado en los embarazos corrientes (incluso logrados a través de técnicas reproductivas) es absolutamente subestimado y reducido a los buenos hábitos que se le exigen a la mujer para colaborar con la salud del feto.

Bibliografía

- ◆ Barrancos, Dora. (2015). Dilemas éticos de la reproducción tecno-mediada: una reflexión más allá de la cosmovisión religiosa. *Sociedad y religión*, 25(44), 155-179. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/69787>.
- ◆ Belli L. y Suarez Tomé D. (2021). La autonomía revisitada desde la perspectiva de una bioética feminista. En Herrera, M., Fernández, S.E., De la Torre, N., Videtta, C.A. *Tratado de Géneros, Derecho y Justicia*. Buenos Aires: RubinzalCulzoni Editores. Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/parenthood/>.
- ◆ Butler, J. (2007). *El género en disputa. El feminismo y la subversión*, Paidós, Barcelona.
- ◆ Calvo Álvarez, F. (2007). La naturaleza de los actos supererogatorios. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 7 (13), 225-237. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1002/100221524012.pdf>.

- ◆ Casado, M. y Navarro, M. (coord.). (2019). *Documento sobre Gestación por sustitución*. Observatorio de Bioética y Derecho (OBD). Universitat de Barcelona. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2445/128362>.
- ◆ Cristina, M. (2022). ¿Alquiler o sustitución del embarazo? Sobre la importancia de los significantes en la construcción de sentido. *Revista de Bioética y Derecho* 54: 5-22. Disponible en: <https://doi.org/10.1344/rbd2021.54.34891>.
- ◆ Cristina, M. (2022a) Algunos argumentos feministas para objetar el alquiler del embarazo. *Análisis filosófico*, en prensa.
- ◆ Cristina, M. (2022b) ¿Alquiler o sustitución del embarazo? Sobre la importancia de un abordaje ético de la realidad argentina. *Revista Portuguesa de Bioética*, en prensa.
- ◆ DNRUA. *Adopción en Argentina. Guía informativa*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, CABA, 2018.
- ◆ Lamm, E. (2018) “Gestación por sustitución y género. Repensando el feminismo” en Navés, F.A et al (compiladoras), *Gestación por Sustitución. Un abordaje interdisciplinario*, Concebir, Bs.As. 189-201.
- ◆ Luna, F. (2000). “Problemas en torno a nuevas formas de procrear”, en Luna, F. y Salles, A. L. F. *Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica*, Sudamericana, Bs. As.
- ◆ Luna, F. (2008). *Reproducción Asistida, Género y Derechos Humanos en Latinoamérica*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).
- ◆ Maffía, D. (2013). Desafíos de las familias diversas: nuevos reconocimientos de género, nuevas demandas en políticas públicas. *Revista Cátedra Paralela* Nº 10. Disponible en: <http://hdl.handle.net/2133/4982>.
- ◆ Maffía, D., y Gómez, P. (2019). *Apuntes feministas acerca de la gestación subrogada*. Cita online: AR/DOC/1286/2019.
- ◆ Morán Faúndes, José Manuel, & Peñas Defago, María Angélica (2020). Una mirada regional de las articulaciones neoconservadoras. En Torres Santana, Ailynn (ed.), *Derechos en riesgo en América Latina. Once estudios sobre grupos neoconservadores* (pp. 241-270). Quito: Ediciones Desde Abajo.
- ◆ Rodríguez Niell, P. y Horvat, A. (2022). Una jueza reconoció el “poliamor registral filiatorio” y ordenó inscribir a un bebe con dos padres y una madre. *La Nación* (12/07/22). Versión digital. <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/una-jueza-reconocio-el-poliamor-registral-filiatorio-y-ordeno-inscribir-a-un-bebe-con-dos-padres-y-nid12072022/>.
- ◆ Satz, D. (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*. Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- ◆ Stoljar, N. (2018) "Feminist Perspectives on Autonomy", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2018 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/archives/win2018/entries/feminism-autonomy/>.
- ◆ Stuvøy, I. (2018). Troublesome reproduction: surrogacy under scrutiny. *Reproductive BioMedicine and Society Online*, 7, 33–43. Disponible en: [https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618\(18\)30037-6/fulltext](https://www.rbmsociety.com/article/S2405-6618(18)30037-6/fulltext).

- ◆ Vaggione, J.M. (2005). Reactive Politicization and Religious Dissidence: The Political Mutations of the Religious. *Social Theory and Practice* 31(2), pp. 165-188.
- ◆ Vaggione, J. M. (2008). Las familias más allá de la heteronormatividad. En C. Motta y M. Sáez (Eds.), *La mirada de los jueces*, Tomo II (pp. 13-88). Bogotá, Colombia: Siglo del Hombre.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 28 de junio de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

**DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA
NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022**

Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca

**Sobre la gestació per substitució. Una altra volta de
rosca**

On Surrogacy. Another turn of phrase

MANUEL ATIENZA *

* Manuel Atienza. Profesor de Filosofía del Derecho, Universitat de Alicante. Email:
manuelatienzarodriguez@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6569-1402>.



Copyright (c) 2022 Manuel Atienza

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada
4.0 Internacional.

Resumen

El autor vuelve a insistir, a propósito de una reciente sentencia del Tribunal Supremo español, en tres tesis sobre la gestación por sustitución que ya había defendido en otras ocasiones: no se trata de una práctica prohibida en nuestro Derecho (la nulidad no es lo mismo que la ilicitud); no atenta, en sí misma considerada, contra la dignidad humana, de la mujer gestante o del niño; y su regulación no tiene por qué exigir la gratuidad por parte de la mujer gestante, si bien la remuneración que esta pudiera recibir no debe quedar librada a las leyes del mercado.

Palabras clave: gestación por sustitución; nulidad; ilicitud; prohibición; dignidad humana; gratuidad.

Resum

L'autor torna a insistir, a propòsit d'una recent sentència del Tribunal Suprem espanyol, en tres tesis sobre la gestació per substitució que ja havia defensat en altres ocasions: no es tracta d'una pràctica prohibida en el nostre Dret (la nul·litat no és el mateix que la il·licitud); no atempta, en si mateixa considerada, contra la dignitat humana, de la dona gestant o del nen; i la seva regulació no té per què exigir la gratuïtat per part de la dona gestant, si bé la remuneració que aquesta pogués rebre no ha de quedar lliurada a les lleis del mercat.

Paraules clau: gestació per substitució; nul·litat; il·licitud; prohibició; dignitat humana; gratuïtat.

Abstract

The author insists, with regard to a recent Spanish Supreme Court ruling, on three theses on surrogacy that he has already defended: it is not a practice prohibited in our law (nullity is not the same as illegality); it is not, in itself considered, against the human dignity of the pregnant woman or the child; and its regulation does not necessarily have to require the pregnant woman to do it for free, although the remuneration that she may receive should not be left to the laws of the market.

Keywords: surrogacy; nullity; illegality; prohibition; human dignity; free of charge.

1.

No es la primera vez que escribo sobre la gestación por sustitución; si mi memoria no me falla, ésta sería la quinta. Aunque también es cierto que, a partir de la segunda, he seguido (al igual que ahora) con bastante fidelidad el sabio consejo del gran Eugenio Bulygin: “Hay que repetirse mucho para no contradecirse”. Consejo que, bien interpretado, no debe entenderse como una llamada a no modificar las tesis que uno haya sostenido alguna vez (parecería muy poco razonable, particularmente cuando se trata de una cuestión que está entre las más polémicas de un campo ya de por sí polémico, el de la bioética); sino como un recordatorio (y una admonición) sobre la importancia que tiene la coherencia (no sólo la coherencia en sentido estrictamente lógico) en cualquier discusión que aspire a la racionalidad y a superar, por lo tanto, el nivel del discurso preponderantemente emotivo que, en mi opinión, es lo que suele ocurrir en relación con la gestación por sustitución. Para decirlo utilizando categorías de Ortega y Gasset, una discusión que se sitúa más en el plano de las creencias que en el de las ideas.

Cuando, en el año 2006, se aprobó la última reforma de la ley de Reproducción Humana Asistida, yo era miembro de la Comisión que había creado esa ley y, poco antes, en el seno de ese organismo, habíamos debatido a propósito de las modificaciones y no modificaciones que se iban a aprobar con el nuevo texto. Como consecuencia de esa experiencia, escribí entonces un artículo¹ mostrando mi discrepancia en relación con diversos aspectos (polémicos) que la nueva ley recogía. Uno era el de la gestación por sustitución que quedaba, simplemente, sin cambio alguno en relación con lo que había establecido la ley de 1988. Aclaraba que ese tipo de contrato no estaba prohibido por la ley (por su artículo 10), sino que simplemente era declarado nulo de pleno Derecho, lo que tenía un significado muy distinto. Mostraba que, en mi opinión, no había ninguna razón para prohibir esa práctica ya que, en sí misma, no suponía ningún atentado contra la dignidad humana. Y concluía expresando la siguiente opinión:

*“En resumen, en lugar de prohibirla, lo que habría que hacer es regular ese tipo de práctica de manera cuidadosa. La ley española la regula, pero de forma tan expeditiva, tan tosca, que probablemente va a producir efectos muy pocos deseables: no impedirá que se recurra a la gestación por sustitución, pero puede hacer de ella una práctica elitista y que suponga algunos riesgos adicionales a los que, de suyo, conlleva”
(p. 111).*

¹ En *El Notario del siglo XX*, n° 9, septiembre-octubre 2006; se publicó también en Manuel Atienza, *Bioética, Derecho y argumentación*, 2da ed. Palestra, Lima, 2010.

Tres años después², en 2009, me ocupé de un caso muy polémico (llegaría a ser muy conocido) que se había planteado unos meses antes. Se trataba de un Auto dictado por el encargado del Registro civil consular de los Ángeles-California que había denegado la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscripción del nacimiento de sus dos hijos, ambos nacidos mediante gestación por sustitución. El caso había llegado a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que aceptó el recurso que se había planteado y ordenó la inscripción registral. En el artículo expresaba mi acuerdo en cuanto al fondo de esta última decisión, pero mostraba algunas reticencias a propósito de la (sutil) argumentación con la que se había fundamentado. Más exactamente, señalaba que la motivación hubiese sido más sólida si se hubieran tomado en cuenta las dos siguientes consideraciones. La primera era que la gestación por sustitución no estaba prohibida en nuestro Derecho, como se recogía (se aceptaba) tanto en la resolución del Consulado como en la de la Dirección General; y explicaba con cierto detalle la diferencia existente entre ilicitud y nulidad, que se correspondía con la crucial clasificación de las normas (incluidas las normas jurídicas) en regulativas y constitutivas. Y la segunda, que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no contradecía ninguno de los valores de la Constitución española, ni tampoco los de una ética justificada, incluyendo aquí el principio (y/o el valor) de la dignidad humana.

En 2015, cuando publiqué un artículo que titulé “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”³, el caso había llegado ya al Tribunal Supremo, que lo había resuelto (en sentencia del 6 de febrero de 2014), después de haber pasado por un juzgado y por una sección de la Audiencia provincial de Valencia. Los tres órganos jurisdiccionales estuvieron de acuerdo en que la inscripción de los niños en el registro debía dejarse sin efecto, y basaron esa decisión fundamentalmente en dos argumentos: la gestación por sustitución está prohibida en nuestro ordenamiento; y es una práctica contraria al orden público español, porque atenta contra la dignidad humana de la madre gestante y de los niños. En mi análisis, volvía a insistir en las dos tesis que no hace falta volver a reproducir. Hacía algunas aclaraciones en relación con la noción de orden público⁴. Calificaba de “formalista” la decisión (y la justificación) del Tribunal Supremo y de los otros dos órganos judiciales. Y, en relación con esto último, mostraba mi acuerdo de fondo

² El artículo, “De nuevo sobre las madres de alquiler”, se publicó en la misma revista, en el nº 27 de septiembre-octubre de 2009.

³ *El Notario del siglo XXI*, nº 63, septiembre-octubre de 2015.

⁴ Me las había planteado a raíz de dos artículos de Luis Fernando Muñoz de Dios Sáez, publicados en la misma revista (en el nº 27 y en el 34) en los que el autor defendía una postura radicalmente contraria a la gestación por sustitución. En relación con la categoría del orden público, él aceptaba que, efectivamente, el art. 10 apartado 1 no era una prohibición, pero el apartado 2, que establecía que la filiación en esos supuestos “será determinada por el parto”, sí que lo era, y ella formaría parte del orden público español. Mi réplica consistió en señalar que la noción de “orden público *internacional*” no puede equivaler a la de “el conjunto de las normas imperativas del ordenamiento nacional”, sino a la de “los principios y valores fundamentales del ordenamiento”, tal y como, por otro lado, se subraya en la sentencia del Tribunal Supremo de 2014.

con el voto de los cuatro magistrados del Supremo que habían disentido de la mayoría; pero me parecía también que su fundamentación hubiese sido preferible si, además de rechazar el formalismo de la sentencia (entre otras cosas, reprochaban a los magistrados de la mayoría no haber tenido en cuenta la existencia de una “nueva realidad” así como la necesidad de optar por “las soluciones más beneficiosas para los hijos”), hubiesen sostenido con claridad que la gestación por sustitución no está prohibida en nuestro Derecho y no va contra la dignidad humana. Lo concluía así:

“Si la prohibición de instrumentalizar a un ser humano, o la obligación de respetar su dignidad, se entiende como debe entenderse, yo creo que se comprende también con facilidad que la gestación por sustitución no supone por sí misma ningún atentado contra la dignidad humana. Por supuesto, es posible que en el contexto de esas prácticas —como pasa en el contexto, pongamos por caso, de un contrato de trabajo— alguien trate a otro sin respetar su dignidad: solamente como un medio; pero esto nada tiene que ver con la cuestión que aquí importa. Hay, sin duda, buenas razones para pensar que no todo lo que es técnicamente posible hacer es también moralmente aceptable. Pero conviene igualmente estar alerta para evitar que consideremos como prohibiciones éticamente (y jurídicamente) justificadas lo que no son otra cosa que nuestros prejuicios ideológicos erigidos en normas” (p. 98).

Esas dos tesis se convirtieron en tres, en un artículo que publiqué en el diario El País (el 4 de mayo de 2017) y que me llevó a entrar en polémica con Octavio Salazar⁵. Copio su primer párrafo:

“Voy a defender aquí tres tesis que a muchos lectores quizás les parezcan extremas (equivocadas) pero que, en mi opinión, tendrían que considerarse como poco más que obviedades. Son las siguientes: 1) la gestación por sustitución no está prohibida en el Derecho español; 2) ese tipo de contrato (de práctica) no es en sí mismo contrario al principio de dignidad; y 3) la regulación de la gestación por sustitución no tiene por qué exigir de la mujer gestante un comportamiento estrictamente altruista.”

Y el referido a la tesis tercera:

“Para que la regulación de esa práctica respete la dignidad de la mujer gestante, ¿es condición indispensable que ésta actúe por motivos puramente altruistas? Yo no lo creo. Desde luego, en abstracto, sería preferible que la mujer gestante obrara por puro

⁵ Está incluida en uno de los capítulos de mi libro *Escritos polémicos. Diálogos sobre Derecho, argumentación y democracia*, Palestra, Lima, 2021.

altruismo (¿y no cabría decir lo mismo del actuar humano en general?), pero de ahí no cabe inferir que la existencia de motivos “egoístas” (que pueden darse muy bien mezclados con otros altruistas) convierta esa actividad en moralmente ilícita. Lo que aquí parece perderse de vista es que actuar de manera no supererogatoria no equivale a actuar mal, de forma reprochable. O, dicho con otras palabras, de lo que se trata es de impedir la explotación de la mujer gestante. Pero para ello no se ve que sea condición indispensable que se establezca la gratuidad de su prestación.”

2.

Y paso ahora a ocuparme de una relativamente reciente sentencia del Tribunal Supremo (277/2022, de 31 de marzo), sobre un caso muy semejante al resuelto en 2014 (835/2013, de 6 de febrero de 2014) y decidido también en el mismo sentido: denegando la inscripción de un niño nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución. De hecho, el magistrado ponente es el mismo en ambas ocasiones (Rafael Saraza Jimena); y los razonamientos, también esencialmente idénticos.

Una señora española había recurrido a la gestación por sustitución en el Estado mexicano de Tabasco, en donde se permite legalmente ese tipo de práctica; la señora (la comitente, pues, no la mujer gestante) era la madre legal de acuerdo con la legislación mexicana. Tras su nacimiento, el niño es trasladado a España y convive con su *madre* y sus *abuelos* durante dos años. Transcurrido ese tiempo, el *abuelo* del niño presenta demanda para que se declare que su hija es la madre del menor y se ordene la inscripción en el Registro Civil correspondiente. Un juzgado de primera instancia desestimó la demanda alegando fundamentalmente que el principio del interés superior del menor no podía utilizarse para contrariar la ley (que impediría el reconocimiento de la filiación en esos casos). En apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso porque, al no ser viables en ese supuesto ninguno de los remedios previstos por la legislación vigente (como la adopción o el acogimiento familiar), “ha de protegerse el interés del menor reconociendo la filiación respecto de la demandada”⁶. En casación, el Tribunal Supremo estimó el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal. Adujo fundamentalmente dos razones. La primera, que el contrato de gestación por sustitución es contrario al orden público español. En favor de esa tesis, a su vez, esgrimió varios razonamientos; en esencia, creo que son los siguientes: el precedente establecido en la sentencia de 2014; la prohibición de venta de niños que contiene la Convención

⁶ Sigo el resumen ofrecido por la sentencia del Tribunal Supremo (fundamento primero, apartado 7).

sobre los derechos del niño de Naciones Unidas; el informe del Comité de Bioética de España sobre maternidad subrogada, de 2017; la “cosificación” de la madre que resulta de varias de las cláusulas que habría suscrito la mujer gestante en el caso examinado. Y la segunda razón es que “el interés superior del menor” debe interpretarse a la luz de los otros valores y principios constitucionales, lo que le lleva al Tribunal a rechazar la inscripción y a sugerir que la vía adecuada en este caso sería la de la adopción: “Esta solución satisface el interés superior del menor, valorando *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [se refiere a varias sentencias de ese Tribunal, en el sentido de que el no reconocimiento de la filiación entre los padres comitentes y los hijos podía afectar al derecho a la vida privada y a la identidad de estos últimos], pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (...) que resultarían gravemente lesionados si se potenciara la práctica de la gestación subrogada comercial.” (fundamento cuarto, apartado 14).

3.

Pues bien, los comentarios que me ha suscitado la lectura atenta de la sentencia son los siguientes.

3.1

Para empezar, creo que estamos ante una sentencia mal argumentada, pero razonablemente bien escrita (al igual que la anterior, la de 2014). Algo que puede parecer relativamente poco importante, pero que, en mi opinión, no lo es. Un sistema de precedente, o de jurisprudencia, no puede funcionar adecuadamente si no se puede identificar con cierta facilidad cuál es la *ratio decidendi* o la doctrina jurisprudencial establecida (o seguida, o modificada) en las resoluciones de los tribunales. Y si no existe algún mecanismo que permita conocer (y, antes, almacenar ordenadamente) una información de proporciones gigantescas, incluso si se circunscribe a la producida únicamente por los tribunales superiores.

Es, pues, muy de agradecer la concisión con que está redactada la sentencia. Y yo diría que, si en su lectura surge algún que otro problema de falta de claridad y de precisión conceptual, eso se debe más que nada a factores ideológicos. Por ejemplo, no queda muy claro si lo que resulta “manifiestamente contrario” a la dignidad humana y al orden público internacional es la gestión por sustitución, sin más, la gestión por sustitución de carácter no altruista, o la gestión por sustitución con fines comerciales y realizada según las cláusulas establecidas en un contrato como el del caso que el tribunal examina. Y no es lo mismo. Sugerir que el caso que se le planteó al

tribunal tenía algo que ver con “la venta y explotación sexual de niños” (fundamento tercero, apartado 4) resulta simplemente absurdo y contrario a la información que la propia sentencia ofrece sobre la situación real del niño. Una muestra, yo diría, de formalismo desafortunado que lleva a los autores de la sentencia a aceptar que, en el concepto de “venta de niños” del art. 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativa a la venta de niños, la prostitución infantil y la explotación sexual de niños, habría que incluir “la gestación por sustitución comercial”. ¿Será eso —una venta de niños— lo que está pasando —digamos— en California? O, en fin, no resulta tampoco tan fácil de entender en qué consiste el “Dictamen” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que, como antes señalaba, se refiere el fundamento tercero, apartado 14, de la sentencia, seguramente porque la jurisprudencia de ese tribunal vendría a avalar, al menos en principio, la inscripción del niño en el Registro, o sea, la decisión contraria a la tomada por el Tribunal Supremo.

Aunque parezca una digresión, y en cierto modo lo es, hay otro aspecto en la redacción de la sentencia que resulta, yo diría, llamativo. Como se sabe, hay ahora una tendencia que preconiza el empleo de lo que suele llamarse un “lenguaje fácil” en los textos producidos por las autoridades públicas; incluidas, pues las sentencias. Se trataría de que una resolución judicial (o algunas de ellas) pueda(n) ser entendida(s) por un niño, por una persona de bajo nivel cultural o por alguien afectado de discapacidad cognitiva (si se me permite usar una expresión que los partidarios del lenguaje políticamente correcto parecen querer proscribir). Es un punto de vista que considero cuestionable y en el que no quiero entrar aquí. Pero lo que sí me parece indudable es que las sentencias (salvo en algunos casos muy excepcionales) tendrían que estar redactadas de manera que una persona de cultura media pudiera entenderlas, quizás con algún esfuerzo, pero sin que se le pongan obstáculos injustificados para ello. Y voy ahora al texto de la sentencia, en la parte relativa a los “Antecedentes de Hecho”. Allí se dice varias veces (recogiendo el lenguaje de los abogados y de los jueces que se habían pronunciado anteriormente en el caso) que lo que se pedía en la demanda era que se “condenase” a la señora (a la madre del niño) “a estar y pasar por dicha declaración” (la declaración de que ella era la madre). ¿Pero hay algún hablante “normal” del castellano que entienda que a uno le “condenen” a hacer (o a ser) lo que vivamente desea? ¿No resultan por lo menos extrañas frases del tipo de “le condenaron a recibir el premio extraordinario de fin de carrera”, o “le condenaron a ser nombrado magistrado del Tribunal Supremo”? ¿No merecería la pena ser más cuidadosos con ciertas “cláusulas de estilo” cuando a lo que llevan es simplemente a impedir o a dificultar que se pueda “escribir con buen estilo”?

3.2.

Como decía, la sentencia que comento está esencialmente en la misma línea de la anterior, la de 2014. Pero hay sin embargo entre ellas algunas diferencias que quizás merezca la pena señalar.

Una es que la primera decisión (las dos fueron sentencias del Pleno de la Sala de lo Civil) fue aprobada con una mayoría justa (cinco votos frente a cuatro), mientras que la de 2022 lo fue por unanimidad. Cabría pensar entonces que, dentro del Tribunal Supremo, se ha producido en estos últimos años un cambio, en el sentido de que algunos de los magistrados han modificado su parecer. Pero no estoy tan seguro de que haya sido así exactamente así. Por un lado, porque ese cambio podría deberse simplemente a que los magistrados son ahora otros que los que juzgaron el caso anterior; de hecho, hay solamente uno que, habiendo suscrito anteriormente el voto disidente, se habría pasado ahora a la opinión mayoritaria. Y, por otro lado, porque esa unanimidad quizás tenga que ver, sobre todo, con el hecho de que en este caso se trataba de un contrato realizado en el Estado mexicano de Tabasco, mientras que el anterior había tenido lugar en California.

Y se trata de algo que, efectivamente, parece relevante. Sobre las cláusulas del contrato californiano, el Tribunal Supremo no se pronunció en su día porque —según se dice en la sentencia— ese documento no había sido aportado al proceso. Pero creo que no le hubiese sido difícil al Tribunal informarse acerca de la legislación (y la práctica) de California en la materia. Por el contrario, en la sentencia de 2022, se hace una amplia exposición de las cláusulas del contrato suscrito en Tabasco, algunas de las cuales, en efecto, no parecen compatibles con tratar a la mujer gestante de una forma digna. Pero eso es algo que la sentencia oculta y que debería haber tenido en cuenta: no todos los contratos de gestación por sustitución son iguales.

Otra diferencia en la que merece la pena reparar es que ahora, en la sentencia de 2022, no se asume ya la tesis de que la gestación por sustitución es una conducta prohibida en nuestro ordenamiento jurídico; lo que se dice, acertadamente, es que ese contrato es nulo de pleno Derecho. Pero no creo que hubiese estado de más que el Tribunal hubiese subrayado ese cambio. Simplemente porque, si se reconoce eso, entonces la tesis de que la institución choca contra el orden público internacional español, por lo menos, se debilita notablemente. No es tan fácil de justificar que una práctica que ni siquiera está prohibida por el legislador (y, en consecuencia, no está prevista para ella ninguna sanción; a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con la elección de sexo —cuando no se hace para evitar una enfermedad—), sin embargo, atenta contra principios y valores fundamentales. A veces se dice que eso —señalar su oposición radical con la Constitución— fue lo que quiso el legislador, pero esa tesis me parece sumamente discutible. Por un lado, porque —como suele ocurrir— es realmente imposible poder conocer con alguna precisión cuál fue la voluntad del legislador al respecto. Y, por otro lado, porque, si se repasan las

actas de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida que reflejan la discusión sobre el tema (y en el Preámbulo de la ley de 2006 se dice que para su redacción se tuvo muy en cuenta la opinión de ese organismo), se verá que la razón que la mayoría de la Comisión dio para dejar el texto —el art. 10— inalterado no fue que se pensase que ese tipo de contrato atentaba contra la dignidad humana, sino que la gestación por sustitución planteaba muchos problemas prácticos que se pretendían evitar así: no prohibiéndola, sino haciéndola inviable.

Y una última diferencia que veo es que la sentencia de 2022 está aquejada de formalismo en un grado todavía superior a la de 2014. Un rasgo que parece ser identificativo del formalismo en la interpretación y aplicación del Derecho es el de llevar a cabo esas operaciones aislando el Derecho de la realidad social; la decisión adoptada, de las consecuencias personales y sociales que presumiblemente va a producir. Pues bien, en la decisión de 2014, esas consecuencias están muy presentes en la fundamentación del fallo (quizás debido a que los magistrados disidentes habrían hecho valer esas dificultades en la deliberación del Tribunal): se reconoce que la decisión “puede suponer un perjuicio para la posición jurídica de los menores” (fundamento quinto, apartado 8), pero se adopta a pesar de ello, en base a una “ponderación adecuada” (apartado 12) en la que, sorprendentemente, se otorga un gran peso al hecho de que nuestro ordenamiento jurídico “considera perjudicial para el menor, dentro de ciertos parámetros, la determinación de una filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación” (apartado 8). Y digo “sorprendentemente”, porque me parece que, a la hora de determinar cuál sea el interés del menor, a lo que habría que atender esencialmente es a valores y principios sustantivos, y no a los “criterios legales” (formales) fijados, por así decirlo, en abstracto, y sin considerar las circunstancias peculiares del caso. Por el contrario, en la sentencia de 2022, esa preocupación por las consecuencias que la decisión pudiera implicar para el niño adquiere una menor importancia; lo que parece ahora preocupar al Tribunal es, sobre todo, la situación que se da en la práctica, en la que “las agencias que intermedian en la gestación por sustitución actúan sin ninguna traba en nuestro país”. Y seguramente eso es lo que explica que, en la sentencia de 2014, el punto número 3 del Fallo diga así:

“Instar al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar ‘de facto’”.

Una exhortación que está ausente en la sentencia de 2022.

3.3.

Dado que la sentencia de 2022 otorga un gran peso al “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, de mayo de 2017, merece la pena detenerse un momento en ese documento.

No es, por cierto, difícil de entender el porqué de esas abundantes (y encomiásticas) referencias. El Informe del Comité llega a tres conclusiones. La primera, a la que sus autores llaman “Principio de mínima intervención”, está dirigida a que la nulidad de esos contratos “sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero”. Y para ello, nos dicen, “podría considerarse la posibilidad de sancionar a las agencias que se dedicaran a esta actividad”, y sólo en el caso en que resultaran insuficientes esas sanciones, “se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimiento”. La segunda pretende promover “una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional”. Y la tercera es lo que los autores llaman una “Transición segura”, que no deje desprotegidos a los niños que nacen de esos procesos, para lo cual “se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.” De manera que, en materia de gestación por sustitución, parece haberse producido una clara simbiosis entre la Comisión y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Lo que ocurre es que ese Informe resulta francamente cuestionable, y no sólo en relación con las conclusiones a las que llega, sino también cuando se consideran todas las (muchas) páginas anteriores en las que se basan esas conclusiones y que pretenden suministrar algo así como un “estado de la cuestión” desde la perspectiva científica, jurídica, ética y política. Creo que ahí (a lo largo de más de 80 páginas) se recogen algunas informaciones de interés, pero muy sesgadas ideológicamente, a pesar de la retórica de la neutralidad con la que se pretende encubrir esa toma de partido. Es lógico por ello que el Informe haya recibido críticas muy severas por parte de varios estudiosos del tema. Así, según Esther Farnós, “la presunción según la cual todo acuerdo de GS es explotador respecto de la gestante y perjudicial para el nacido, mantenida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo...y reiterada por el CBE (Comité de Bioética de España) es falaz. Se trata de una presunción incoherente con los estudios empíricos existentes”⁷. Y, más en general, yo diría que tanto el Informe como las dos sentencias del Supremo parten de un dato que es manifiestamente falso: que la casi totalidad de las regulaciones nacionales e internacionales, así como la opinión de la inmensa mayoría de los filósofos, juristas y otros científicos sociales que se han ocupado del

⁷ Esther Farnós, “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación* (ed. por Alberto Carrio Sampedro), Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo, 2021, p. 142.

tema coinciden en considerar la gestación por sustitución como una práctica ilícita o injustificable y que debe estar radicalmente prohibida. Y no es así.

De todas formas, en relación con ese Informe del Comité español, lo que me parece más significativo es el voto particular emitido por uno de sus miembros, Carlos María Romeo Casabona, que es, sin duda, también uno de los mayores expertos en cuestiones de Bioética y Derecho. Romeo Casabona deja claro que el uso de esa técnica “no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas”. Le parece que hoy por hoy no cabe una respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución, pero —añade— “soy consciente de que no es una solución plenamente satisfactoria y que no será compartida por diversos sectores de la población, pues no atiende otras perspectivas y necesidades que merecen alguna ponderación añadida”. Considera que “en una futura, y esperemos que cercana situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales”. “Como punto de partida —añade poco después—, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos”. No descarta que la solidaridad y el altruismo puedan darse también entre personas no unidas por vínculos familiares, y considera justificado que en todos esos contratos (lo que suele llamarse de “gestación altruista”) las mujeres gestantes puedan recibir una compensación. Rechaza posiciones que considera “maximalistas y poco matizadas” pues, en su opinión: “La maternidad subrogada no supone, en sí misma, una explotación de la mujer —gestante—, pero, como sabemos, existe el riesgo real de que así suceda; no supone en cuanto tal una compraventa de niños.” Y, en fin, puesto que

“la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba (...) deberíamos mantener despejada la atalaya para ser capaces de percibir cuándo sería el momento oportuno para que pueda intervenir el legislador, esperemos que no a muy largo plazo, y abrir una puerta a la maternidad subrogada”.

Personalmente estoy muy de acuerdo con la apertura de esa puerta; yo defendería que lo fuera con una amplitud algo mayor que la que sugiere Romeo Casabona pero, desde luego, no creo que se deba abrir de par en par, que no tenga que haber ningún límite a esos contratos (como si se tratase de cualquier actividad de tipo comercial). Y lo que me cuesta trabajo atisbar, también desde mi particular atalaya, es por qué razón considera el autor que su planteamiento supone “una coincidencia en lo básico” con el del Informe. Me parece que no es así, y tengo la impresión de que ese voto particular puede haber estado motivado por un exceso de prudencia. Un exceso que le lleva a afirmar que con ese voto no pretende “convencer a nadie” cuando —imagino— lo

que realmente quiere decir es que no pretende “imponer a otros” su opinión. Pues parece bastante razonable suponer que, en la deliberación que haya tenido lugar en el interior de ese Comité, Romeo Casabona sí que habrá intentado, pero sin éxito, convencer al resto de sus compañeros de la bondad de sus tesis. Esa pretensión de corrección, en relación con las tesis que uno defiende, forma parte, creo yo, de los elementos constitutivos de lo que solemos entender por discusión ética de carácter racional.

4.

Cuando se plantea, de manera razonable, la cuestión de cómo se relaciona la gestación por sustitución con el principio o el valor de la dignidad humana, yo creo que es importante subrayar tres aspectos.

El primero, en el que he insistido muchas veces, es que ese principio, interpretado —como suele hacerse— en el sentido kantiano, no prohíbe tratar a un ser humano como un instrumento, sino tratarle sólo, exclusivamente, de esa manera. Parece una obviedad, y lo es, pero no siempre se es consciente de ello. De manera que lo que está prohibido no es servirse de otro para aprender algo de él, para que nos resuelva un problema doméstico, para que nos transporte de un lado a otro, para que nos cure una enfermedad, para que trabaje para nosotros..., sino hacer todas esas cosas sin considerar al otro (o sin considerarnos nosotros, cada uno de nosotros) al mismo tiempo como un fin en sí mismo: “obra de tal manera que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” es como reza la segunda formulación del imperativo categórico kantiano⁸. Por eso es tan absurdo pensar o defender la tesis (como lo hace la Iglesia católica) de que supone un atentado contra la dignidad humana seleccionar embriones para obtener un bebé (el llamado “bebé-medicamento”) cuyos tejidos sean compatibles con los de personas (familiares) enfermas, de manera que se haga posible un futuro trasplante (sin riesgo para el bebé) para salvar la vida o curar una enfermedad grave, por ejemplo, de un hermano ya nacido; cuando no hay lógicamente ninguna razón para pensar que ese bebé no vaya a ser tratado por sus padres con la máxima consideración y respeto, auténticamente como un fin en sí mismo. Y lo es también pensar que un acuerdo de gestación por sustitución suponga necesariamente tratar a la mujer gestante —y, cosa más asombrosa, también al niño así nacido— como una cosa, como un puro instrumento. Hay muchas pruebas de que eso no es así, o sea, de que, entre los padres comitentes, la mujer gestante

⁸ Immanuel Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (trad. de Manuel García Morente), 4ª ed., Austral, Madrid, p. 84.

y los niños nacidos con esa técnica se pueden establecer relaciones mutuas de respeto, de afecto, de agradecimiento... que nada tienen que ver con la explotación.

El segundo aspecto que es importante destacar es que el principio de la dignidad humana no coincide con el de autonomía, entendido en el sentido liberal clásico: lo que la Corte constitucional de Colombia sintetiza con la expresión “vivir como se quiera”⁹. Me parece que es un error pensar que lo que exige la dignidad es simplemente respetar los deseos y las preferencias de los individuos. O sea que, en mi opinión, es cierta la objeción que suelen efectuar algunos grupos feministas, en el sentido de que una determinada práctica puede conculcar la dignidad de una persona (de una mujer) por más que esta haya prestado su consentimiento; es más, uno puede incluso tratarse a sí mismo de manera indigna, como resulta claramente de la formulación kantiana. Pero la consecuencia que de aquí se extrae no es lo que esas feministas pretenden, sino que, para respetar la dignidad humana de la mujer gestante, no basta con asegurar que esta ha consentido plenamente en todas las condiciones que se hayan establecido contractualmente; se necesita también que esas condiciones no supongan, en sí mismas, un trato indigno. Y eso es algo que, efectivamente, puede suceder (pueden atentar contra la dignidad humana), pero que no tiene por qué suceder, y de ahí la importancia de regular cuidadosamente esa práctica.

Y, finalmente, me parece que es también necesario subrayar que las exigencias de la dignidad humana no pueden ser completamente satisfechas por el Derecho; o, dicho de otra manera, que el Derecho (y la regulación de los derechos fundamentales) no puede dar cabida al perfeccionismo moral. Me explico.

En mi opinión, la dignidad humana, en su dimensión normativa, viene a significar que cada individuo tiene el derecho y la obligación de desarrollarse a sí mismo como persona (un desarrollo que admite obviamente una pluralidad de formas de vivir; pero de ahí no se sigue que cualquier forma de vida sea aceptable), y, al mismo tiempo, la obligación en relación con los demás, con cada uno de los individuos humanos, de contribuir a su libre (e igual) desarrollo. De manera que las exigencias de la dignidad humana incluyen también deberes hacia uno mismo (Kant ponía como ejemplo de incumplimiento del imperativo categórico al individuo que, dotado de grandes cualidades, en lugar de esforzarse por desarrollarlas se entregaba a la persecución del placer¹⁰) y deberes hacia los demás (deberes de solidaridad, de ayuda) que deben (tienen que) quedar fuera de lo que razonablemente puede pretender el Derecho. El concepto de dignidad humana es,

⁹ En los últimos tiempos, este tribunal, que goza de un (merecido) prestigio en toda Latinoamérica, ha hecho un amplísimo uso del principio de la dignidad humana, en el que distingue tres dimensiones: “vivir bien”, que sirve para justificar los derechos sociales; “vivir sin humillación”, lo que lleva a la prohibición de la tortura, malos tratos, etc.; y “vivir como se quiera”, o sea, el respeto a la autonomía de cada individuo.

¹⁰ Vid. I. Kant, o. cit., p.

probablemente, el más fundamental del Derecho —al menos, del Derecho del Estado constitucional—, y un concepto del que no se puede dar cuenta a espaldas de la moral. Pero el Derecho no es lo mismo que la moral. Su función, por así decirlo, es hacer posible la vida moral de los individuos lo que, a su vez, requiere satisfacer (pero sólo en parte) las exigencias de la dignidad humana¹¹.

5.

Todo lo anterior tiene como consecuencia no que cualquier deseo de una persona pueda (deba) traducirse en un derecho (es, yo diría, obvio que no puede ser así¹²), sino que, para poner un límite a la libertad en la persecución de los propios deseos, a la autonomía personal, se necesita contar con una razón de suficiente peso. Trasladado a la problemática de la gestación por sustitución, en lo que se traduce —como antes señalaba— es en negar que pueda existir una razón para rechazar completamente esa práctica, pero sí muy buenas razones para regularla con cuidado y, por lo tanto, para poner límites dirigidos, sobre todo, a impedir la explotación de la mujer gestante. Pero eso significa que, en lugar de centrarse en si la gestación por sustitución debe aceptarse o no, digamos, *in toto*, la discusión razonable y que merece la pena alentar debería orientarse por otros derroteros.

Esto último, por ejemplo, es lo que sugiere el voto particular de Romeo Casabona al que antes me refería, y es la vía que han seguido también una serie de autores que últimamente se han ocupado del asunto. De particular interés me parecen varios trabajos de Esther Farnós, que suponen la propuesta más completa y mejor informada que yo conozco sobre el particular. Farnós analiza ahí una amplia problemática que incluye aspectos tales como la edad de la mujer gestante, si ésta debe haber tenido o no descendencia previa, si debe existir vinculación entre la mujer gestante y el nacido, y entre la mujer gestante y la parte comitente, el número máximo de procedimientos a los que puede someterse, las cláusulas que limitan la libertad de la mujer gestante, si a ésta se le otorga —y por cuánto tiempo— el poder para negarse a entregar el bebé,

¹¹ He desarrollado esto con algún detalle en mi libro *Sobre la dignidad humana*, Trotta, Madrid, 2022.

¹² Este parece ser el argumento central en que descansa el Informe del Comité de Bioética de España. Al comienzo del apartado de Conclusiones puede leerse: “El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio”.

la publicidad de los acuerdos y, sobre todo, si se opta por un modelo comercial o altruista de gestación por sustitución¹³.

En relación con esto último, Farnós defiende un modelo altruista que, en su opinión, es compatible (o, mejor, debería ir unido a) una “compensación razonable”, de manera más o menos semejante a lo que ocurre ahora (en realidad, desde hace ya muchos años), con la donación de ovocitos. Creo que mi única discrepancia con ella y con otros autores que se sitúan en la misma línea, como Josep Joan Moreso¹⁴, se refiere a este último extremo, pero es muy posible que nuestras diferencias sean únicamente de matiz. Los dos parten de que lo que justifica (moralmente y también jurídicamente) esa práctica es el altruismo¹⁵, pero me parece que, al pensar así, no están tomando en cuenta que una cosa es el comportamiento moralmente supererogatorio, y otro el simplemente lícito, conforme con la moral; con la consecuencia de que, al obviar esa distinción, están introduciendo en el Derecho un tipo de perfeccionismo moral que resulta muy difícil de justificar. Dicho de otra manera, es claro que el comportamiento de quien realiza una acción por puro altruismo es moralmente más valioso que el de quien lo hace buscando además alguna ventaja personal, pero esto último no es razón suficiente para considerarlo por ello ilícito (en sentido moral o jurídico). Como parece obvio, los impulsos altruistas pueden muy bien ir conjugados con los egoístas sin que, por ello, haya nada que reprochar a quien así actúa: piénsese en el caso de una mujer gestante que, además de procurar un beneficio para otros, para los comitentes, persigue también una ventaja propia (mejorar sus condiciones de vida, poder dar una mejor educación a sus hijos, etc.). Lo importante, en definitiva, no es centrarse en si el acuerdo tiene o no un carácter puramente altruista, sino en si el mismo supone o no algún tipo de explotación, en particular, para la mujer gestante.

Y, en realidad, yo creo que eso (la protección de la mujer gestante y de otros valores implicados en esa práctica) es lo mismo que pretenden tanto Farnós como Moreso, a pesar de que —cabría decir— lo que parecerían sostener, pero sólo “en línea de principio”, sería otra cosa.

Moreso, por ejemplo, para defender ese carácter gratuito, se apoya en un conocido libro de Sandel¹⁶ y pone mucho énfasis en que “hay bienes que si son dejados en manos del mercado

¹³ Esther Farnós, “Entre prohibir y permitir, Qué es más feminista? Un análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de las mujeres gestantes”, cap. III de la obra colectiva (coordinada por Pilar Benavent Moreda), *Mujeres y Derechos. Una discusión jurídica sobre reproducción, sexualidad y género*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/ São Paulo, 2020; y “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución...cit.*

¹⁴ Josep Joan Moreso, “La gestación por sustitución: Un modelo especificacionista” en el libro que se acaba de citar: *Gestación por sustitución...*

¹⁵ En palabras de Moreso, y me parece que Farnós las haría suyas, el altruismo sería “inherente a esta práctica” (p. 68)

¹⁶ Michael Sandel, *Lo que el dinero no puede comprar. Los límites morales del mercado*, Ed. Debate, Madrid, 2013.

producen consecuencias que vulneran los principios de nuestra moralidad común” (p. 67), lo que, en su opinión, avalaría la tesis de que “el contrato de gestación por sustitución no debe tener un precio, sujeto a la ley de la oferta y la demanda” (p. 68). Las dos afirmaciones son perfectamente aceptables, pero eso (prescindir de la lógica del mercado) es también lo que ocurre, por ejemplo, en los acuerdos que los individuos establecen con la Administración pública (por lo menos, en ciertos países como España), para trabajar en el sector de la sanidad o de la enseñanza, sin que de ahí se siga que hayan de prestar sus servicios de manera gratuita. Y, si se quiere ir a actividades de carácter más ocasional, no creo que muchos piensen que el profesor universitario que publica un libro o es invitado a dictar una conferencia, debiera renunciar (o entregar a una ONG) lo que pueda cobrar como derechos de autor o como honorarios profesionales. Quiero decir, una cosa es que haya muchas actividades que deberían quedar fuera del mercado, y otra que deban realizarse de manera puramente gratuita. Moreso, en concreto, sugiere que la “compensación” que pudiera recibir una mujer gestante por esa actividad podría oscilar entre “el salario mínimo interprofesional de un año (sobre los 10.000 euros en España¹⁷) y la renta per cápita de un año (25.000 euros en España” (p. 68). Puede ser razonable, pero tampoco me parece que exista alguna objeción moral que poner si, por ejemplo, la cantidad ascendiera a 30.000 o a 40.000 euros. O sea, a la hora de fijar una cantidad, en lo que habría que pensar no es en que pueda dar la apariencia (porque en realidad es una apariencia) de gratuidad, sino en si contribuye a evitar la explotación de la mujer gestante o a no convertir ese tipo de práctica en algo elitista, a lo que sólo pueda acceder la gente muy rica, capaz de pagar los precios del mercado. ¿ Me parece que los valores de “justicia” y de “autonomía” a los que apela Moreso (p. 68) se refieren precisamente a esto último, y no se ve que requieran para nada la gratuidad.

En el caso de Farnós, diría que es aun más claro que la “compensación” que ella defiende no implica necesariamente que la gestación por sustitución tenga que ser puramente gratuita. Refiriéndose a varios autores que tratan de determinar qué debería considerarse como “explotación”, como contrario a la “dignidad”, escribe (en tono aprobatorio) lo siguiente:

“Lo importante es constatar que la mujer accede a la GS de manera voluntaria. Lo que no equivale necesariamente a que deba actuar de forma ‘desinteresada’. No es el carácter remunerado lo que determina la ética del acuerdo, sino el que se garanticen los derechos de todos los intervinientes, en particular de la mujer gestante, que es la que suele tener menos capacidad negociadora en el mismo”¹⁸

¹⁷ La cifra se refiere al momento de la redacción del texto; ahora, como se sabe, es algo mayor.

¹⁸ Esther Farnós, “Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”, en *Gestación por sustitución...*, cit, p. 166.

6.

Volvamos ahora, y para finalizar, a la sentencia del Tribunal Supremo de 2022. Como el lector recordará, los dos argumentos que el Tribunal esgrimía para casar la sentencia de la Audiencia y negar la inscripción era, en primer lugar, que la gestación por sustitución atentaba contra el orden público, porque era una institución contraria a la dignidad humana, y, en segundo lugar, y como consecuencia de ello, cierta forma de entender el interés superior del menor.

Pues bien, no creo que se necesite decir nada más para justificar que la gestación por sustitución, en sí misma considerada, no es contraria a la dignidad humana. Es cierto, sin embargo, que, en el caso que resolvió el Tribunal Supremo, algunas de las cláusulas del contrato realizado sí que pueden considerarse abusivas e incompatibles con la dignidad de la mujer gestante. Pero no parece que pueda trazarse ninguna conexión entre esa circunstancia y la cuestión ahí resuelta; o sea, la no inscripción del niño en el Registro no puede contribuir en nada a la protección de la dignidad de la mujer y, obviamente, carecería completamente de sentido en este caso pretender que la filiación tuviera que establecerse por el parto (aplicar la ley española). Así lo entendió también el Tribunal Supremo, y de ahí que lo que vino a sugerir fue simplemente que se acudiera a la vía de la adopción, o sea, no negarse a que el niño fuera a ser inscrito en algún momento como hijo de la mujer con la que convivía desde hacía años, sino, simplemente, dificultar ese proceso. ¿Pero para qué?

Pues en parte, como resulta del segundo de los argumentos, para poder interpretar el principio del interés prevalente del menor de la manera que hemos visto y que, en mi opinión, carece de justificación. Y no la tiene porque, al efectuar la ponderación correspondiente, lo que se opone al principio del interés del menor no es ningún derecho fundamental, ni de la mujer gestante ni de los niños en general, y ni siquiera el principio de seguridad jurídica, puesto que el art. 10 de la ley de reproducción humana asistida, como antes decía, resulta, simplemente, de imposible aplicación: ni cabe declarar el contrato nulo de pleno Derecho ni se puede establecer tampoco que la madre del niño sea la mujer gestante.

Fecha de recepción: 30 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 4 de octubre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

**DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA
NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022**

La constitucionalización de los comités de bioética

La constitucionalització dels comitès de bioètica

The constitutionalization of Bioethics Committees

MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI *

* Manuel Jesús López Baroni. Profesor titular de Filosofía del Derecho, Universidad Pablo de Olavide (España). Email: mjlopbar1@upo.es. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2722-8297>.



Copyright (c) 2022 Manuel Jesús López Baroni

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo ha basado el fallo en un informe del Comité de Bioética de España sobre la maternidad subrogada, lo que coincide con un creciente debate acerca de la necesidad de incorporar este tipo de comités a la Carta Magna de cada país. Sin embargo, su constitucionalización plantea no pocos problemas, tanto por la posible composición de dicho órgano como por la naturaleza de sus informes y su relación con el poder legislativo y el judicial. Para analizar esta compleja cuestión, y empleando como hilo vertebrador la resolución judicial dictada sobre la maternidad subrogada, estudiaremos tres alternativas y su reflejo en dicha temática, en concreto: a) como “juego de suma cero” *versus* “reparto de cromos”; b) como “igualdad de oportunidades *versus* “igualdad de resultados”: c) como consecuencia de la Cuarta Revolución Industrial.

Palabras clave: surrogate motherhood; bioethics committee; constitutionalization; supreme court.

Resum

Una recent sentència del Tribunal Suprem ha basat la fallada en un informe del Comitè de Bioètica d'Espanya sobre la maternitat subrogada, la qual cosa coincideix amb un creixent debat sobre la necessitat d'incorporar aquest tipus de comitès a la Carta Magna de cada país. No obstant això, la seva constitucionalització planteja no pocs problemes, tant per la possible composició d'aquest òrgan com per la naturalesa dels seus informes i la seva relació amb el poder legislatiu i el judicial. Per a analitzar aquesta complexa qüestió, i emprant com a fil vertebrador la resolució judicial dictada sobre la maternitat subrogada, estudiarem tres alternatives i el seu reflex en aquesta temàtica, en concret: a) com a “joc de suma zero” *versus* “repartiment de cromos”; b) com a “igualtat d'oportunitats *versus* “igualtat de resultats”: c) a conseqüència de la Quarta Revolució Industrial.

Paraules clau: maternitat subrogada; comitè de bioètica; constitucionalització; tribunal suprem.

Abstract

A recent ruling by the Supreme Court has based the ruling on a report by the Spanish Bioethics Committee on surrogate motherhood, which coincides with a growing debate about the need to incorporate this type of committee into the Magna Carta of each country. However, its constitutionalization poses many problems, both due to the possible composition of said body and the nature of its reports and its relationship with the legislative and judicial powers. In order to analyze this complex issue, and using the judicial resolution issued on surrogate motherhood as the backbone, we will study three alternatives and their reflection on said theme, specifically: a) as a "zero-sum game" *versus* "distribution of cards"; b) as “equal opportunities *versus* “equal results”: c) as a consequence of the Fourth Industrial Revolution.

Keywords: doping; surrogate motherhood; bioethics committee; constitutionalization; supreme court.

1. Introducción

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo español sobre la maternidad subrogada aporta una relevante novedad respecto a otras anteriores relacionadas, dado que se apoya sustancialmente en un informe del Comité de Bioética nacional (CBE, 2017).¹ En concreto, los párrafos que nos interesan son suficientemente ilustrativos acerca del peso de dicho documento en la resolución judicial:

El contrato de gestación por sustitución suscrito en el caso objeto del recurso tiene las características comunes a estos contratos, expuestas tanto en dicho Informe de la Relatora Especial como en el Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada de 2017 (...) Además, como expresan tanto el Informe de la Relatora Especial como del Comité de Bioética de España, la lógica perversa de un mercado que tenga por objeto la gestación subrogada de niños favorece que estos contratos se celebren y ejecuten cada vez con más frecuencia en aquellos Estados en los que se otorgan mayores prerrogativas a los comitentes y, correlativamente, se acentúe la vulneración de la autonomía personal, la integridad física y moral y, en definitiva, la dignidad de la mujer gestante. (...) como concluye el Informe del Comité de Bioética de España de 2017, el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de las personas. (...) El Informe del Comité de Bioética pone de relieve la incoherencia que supone el contraste entre esta regulación legal y que en la práctica no existan obstáculos a reconocer el resultado de una gestación por sustitución comercial en la que se han vulnerado los más elementales derechos fundamentales de la madre gestante y del niño, si ha tenido lugar en el extranjero. (...). 2

Unos años antes se había pronunciado de idéntica manera, pero sin apoyarse en dictámenes externos y con un matiz relevante: se falló por cinco votos contra cuatro.³ A diferencia de lo que ha sucedido ahora, el debate trascendió entonces el plano jurídico y entró de lleno en una cuestión de principios, esto es, no discutieron solo sobre si la normativa española era aplicable en el extranjero sino si la institución era inmoral en sí misma, y, por ende, inconcebible jurídicamente.

¹ El único voto discrepante del informe del Comité de Bioética coincide sustancialmente con los cuatro votos discrepantes de la sentencia del Tribunal Supremo de 2014. En esencia: la maternidad subrogada no es inmoral *en sí misma*.

² Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia del Pleno 277/2022, de 31 de marzo. Recurso 907/2021.

³ Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero de 2014. RJ, 2014/833.

Sin embargo, cuatro magistrados del Tribunal Supremo, sobre cinco, estuvieron en su momento a favor de esta “aberración moral”.⁴

Para centrar adecuadamente el debate es preciso recordar que el Comité de Bioética de España es un órgano legal, no constitucional, y el informe emitido contra la maternidad subrogada fue de índole espontánea, esto es, no se dictó como consecuencia de un requerimiento del poder político ni a raíz de un mandato concreto.

Acotados los hechos, nos planteamos las siguientes preguntas: ¿cuál es relación que hay o debe haber entre los dictámenes del Comité de Bioética español y el poder judicial?; ¿se atrevería el Comité de Bioética a dictar a posteriori un informe abiertamente contrario a una sentencia del Tribunal Supremo (v. gr., a favor de la maternidad subrogada?); ¿se atrevería el Tribunal Supremo a dictar una sentencia abiertamente contraria a un informe del Comité de Bioética (v. gr., a favor de la maternidad subrogada?); ¿se exceden de sus competencias ambos organismos cuando condenan apriorísticamente, como si de un crimen contra la humanidad se tratase, una institución que podría ser perfectamente legal en España y aun en la Unión Europea?; ¿admitiríamos que el Comité de Bioética se pronunciase espontánea, abierta y rotundamente contra la fecundación in vitro, la clonación terapéutica o la investigación con células madre de origen embrionario? (contra la eutanasia y la interrupción voluntaria del embarazo por plazos ya lo han hecho); ¿admitiríamos que el Tribunal Supremo aprovechase el análisis de un caso concreto para deslegitimar apriorísticamente esas mismas temáticas?

En puridad, el Comité de Bioética, dado que es un organismo oficial, solo debería pronunciarse a requerimiento de quien goza de la prerrogativa legal para preguntar (v. gr., los poderes públicos). Por ello, cuando lo hace por propia iniciativa, algo que la ley permite, surgen incómodas preguntas, como por qué no pronunciarse espontáneamente sobre, por ejemplo, el

⁴ De hecho, la frase clave es la siguiente: “los avatares en la técnica de reproducción asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, ‘cosificando’ a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes y creando una especie de ‘ciudadanía censitaria’ en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población”. Cinco magistrados estaban de acuerdo con esta posición y cuatro en contra en la sentencia de 2014, donde además no se disponía del contrato y tampoco se sabía si los dos varones comitentes habían aportado material biológico. Los cuatro discrepantes consideraron que sus cinco compañeros habían ido más allá del ámbito de la estricta casación: “Sin duda, la sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público *de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación*” (las cursivas son mías). En la sentencia de 2022, a pesar de que alguna frase puede entenderse contra la maternidad subrogada de forma generalizada, se centraron en lo abusivo que resultaba el contrato. De hecho, un magistrado que votó a favor de la maternidad subrogada en 2014 votó en contra del contrato de maternidad subrogada discutido en 2022 (fue el único de los cuatro discrepantes de 2014 que participó en la sentencia de 2022).

desarrollo de células humanas en embriones de mono (con apoyo, por cierto, de instituciones católicas⁵). Esto es, ¿por qué a veces sí y otras no?

Pues bien, todas estas cuestiones pueden refundirse en dos: a) ¿es oportuno otorgar el rango de órgano constitucional al Comité de Bioética modificando ad hoc nuestra Carta Magna?; b) Y en este caso, ¿en qué medida sus informes podrían influir, condicionar o refutar tanto al poder legislativo como al poder judicial?

En los últimos años, debido a la complejidad que está alcanzando la tecnociencia, se está creando una corriente de opinión a favor de incluir a los Comités de Bioética nacionales en la Constitución de cada país.⁶ Sin embargo, no son pocas las objeciones que podemos hallar, tanto por su composición como por la naturaleza de sus actos.

Pues bien, esta cuestión será analizada en el presente trabajo empleando como material principal la sentencia y el documento que hemos citado sobre la maternidad subrogada, en concreto, como “juego de suma cero” *versus* “reparto de cromos”; como “igualdad de oportunidades” *versus* “igualdad de resultados”; y como consecuencia de la Cuarta Revolución Industrial.⁷

2. Como “juego de suma cero” *versus* “reparto de cromos”

Para poder valorar la oportunidad de incorporar a la Constitución un Comité de Bioética nacional debemos analizar qué ha sucedido en estos últimos años. En efecto, en 2007 se aprobó la creación del Comité de Bioética de España, cuyas características, en esencia, son: a) sus miembros son elegidos mayoritariamente por el partido en el Gobierno;⁸ b) pueden emitir informes por propia iniciativa o a petición.

⁵ Véase Ansede, 2021.

⁶ El artículo 99 de la Constitución chilena de 2022 recogía la creación de un Comité Nacional de Bioética. Es razonable pensar que si vuelve a plantearse una reforma constitucional (esta ha fracasado), dicho artículo perviva.

⁷ Antes de descender al caso concreto quiero manifestar que, en la medida en que participé en la elaboración de un documento del Observatorio de Bioética y Derecho sobre esta misma materia (Casado, Navarro et al., 2019), estoy sustancialmente de acuerdo tanto sobre la sentencia como con el informe del Comité de Bioética. Pero creo que es necesario reflexionar sobre los numerosos problemas que plantea esta dualidad, Poder Judicial/Comité de Bioética, abstrayéndonos de la posibilidad de coincidir o no con el contenido de sus resoluciones o informes (hoy es sobre la maternidad subrogada y mañana puede ser sobre cualquier otra cuestión bioética controvertida). De ahí la relevancia de analizar las implicaciones de una hipotética constitucionalización de este tipo de comités.

⁸ Seis miembros los propone el Gobierno (determinados ministerios) y los otros seis se proponen por las Comunidades Autónomas. Debemos tener en cuenta que, de diecisiete comunidades, catorce están gobernadas por el Partido Popular o por el PSOE, esto es, los mismos partidos que se alternan en el gobierno estatal. Véase el artículo 79 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación

Con objeto de aprehender su funcionamiento debemos recordar que en nuestro país se alternan la socialdemocracia (PSOE) y la democracia cristiana (PP), de ahí que el contenido de los informes emitidos por el Comité sintonice, en las materias no estrictamente técnicas, como el aborto o la eutanasia, con la ideología de ambos partidos. Si en la judicatura se simplifica dividiendo a los magistrados en progresistas y conservadores (eufemismo que muestra públicamente el grado de afinidad ideológica con los partidos citados), en bioética podríamos clasificarlos en laicistas y católicos. Como sucede con todos los reduccionismos, se omiten las enormes diferencias que puede haber entre los laicistas (v. gr., socialdemócratas, marxistas, neoliberales, etc.) y entre los propios católicos (más o menos cercanos a los dogmas de la Iglesia católica, lo que no obsta la coexistencia con creyentes laicistas).

Sin embargo, y a pesar de esta simplificación, por la que prácticamente habría que pedir perdón, el contenido de sus informes no puede ser comprendido abstrayéndonos de la ideología de los miembros de dicho Comité. El caso más representativo es un informe emitido en 2009 a favor de la interrupción del embarazo (ley de plazos), aprobado por once votos a uno,⁹ y la emisión de otro informe cinco años después con prácticamente el mismo resultado, solo que en contra.¹⁰ Este vaivén solo puede ser entendido si se observa la composición del comité en una y otra ocasión.¹¹

La ley parece aprobada para que el partido que ostente el poder disponga de su propio Comité de Bioética, esto es, para que el Gobierno entrante nombre a miembros afines a su ideología (la duración del mandato es de cuatro años, prorrogables por otros cuatro, siguiendo nuestro patrón electoral de las últimas décadas). Parece ser que nadie cayó en la cuenta de que las legislaturas pueden acortarse por diversos motivos, abocando al Gobierno entrante a convivir con un Comité de Bioética nombrado por el Gobierno saliente. Eso es lo que ha sucedido en

Biomédica.

⁹ “La opción por la ampliación de la interrupción voluntaria del embarazo es la que conviene a un Estado laico y neutral frente a las discrepancias derivadas de las distintas creencias de los ciudadanos. (...) La regulación de la interrupción voluntaria del embarazo respeta la libertad de la mujer y no obliga a nadie a abortar.” (CBE, 2009:20).

¹⁰ “Este Comité valora positivamente el cambio de modelo que se establece en el Anteproyecto frente al modelo vigente, al considerar que permitir el aborto durante las primeras catorce semanas de gestación, sin alegar causa que lo justifique, supone una desprotección absoluta del ser humano. Dicha desprotección, además, se produciría durante una etapa extensa de su desarrollo, que incluye todo el periodo embrionario y una parte sustancial del periodo fetal.” (CBE, 2014:6).

¹¹ Así describía la primera presidenta del Comité de Bioética de España a la hornada sucesora: “La característica común a todos los miembros del nuevo Comité es su filiación confesional y el conservadurismo recalcitrante e impenitente en cuanto a las cuestiones más conflictivas de la bioética. (...) todo hace pensar que el nuevo Comité está hecho a medida para legitimar las propuestas en las que ya está trabajando el Ministerio de Justicia para llevar a cabo, entre otros cambios legislativos, la modificación de la ley del aborto de 2010 y retroceder a criterios incluso más restrictivos que los que teníamos con la ley de 1985.” (Camps, 2013).

tiempos recientes a raíz de la moción de censura presentada en 2018 por el socialdemócrata Sánchez contra el democristiano Rajoy.

El resultado de este inesperado rebote es que el Comité de Bioética se ha convertido en un mecanismo de oposición a las políticas públicas laicistas, hasta el punto de que la ley más importante sobre bioética aprobada en esta legislatura, la ley de la eutanasia, no le fue consultada. Por eso una periodista, no precisamente de un medio de izquierdas,¹² preguntó sorprendida al presidente del Comité de Bioética de España: “Pero, ¿no cree que es difícil entender que un Comité de Bioética no informe de una ley de eutanasia?” (Valle, 2022). Era la segunda vez que lo preguntaba. El significativo silencio del Gobierno socialista no evitó que el Comité de Bioética se pronunciara por propia iniciativa sobre la eutanasia activa, como cabía esperar, abiertamente en contra.¹³ Básicamente, el contenido de su informe es un firme alegato contra la eutanasia activa, no exento de ocasional demagogia: “Responder con la eutanasia a la ‘deuda’ que nuestra sociedad ha contraído con nuestros mayores tras tales acontecimientos (...)”, (CBE, 2020:74), (Nota: se referían a la pandemia, con el trágico resultado que todos conocemos, pero que obviamente no venía al caso). Con la tramitación de la ley que aprobaba el matrimonio de personas del mismo sexo sucedió algo similar, pero con el Consejo General del Poder Judicial (el Comité de Bioética no existía entonces): emitieron un informe contrario a la ley a pesar de que el Gobierno socialista expresamente recordó que no se lo había pedido.¹⁴

En 2014, el CGPJ sí fue expresamente consultados para pronunciarse sobre la derogación de la ley del aborto. Empleando una “metodología estricta y rotundamente jurídica”, no vieron nada extraño en que una mujer no pudiese abortar ni siquiera en los casos de malformación del feto

¹² Valle, Soledad. “Entrevista a Federico de Montalvo. Expresidente del Comité de Bioética de España.” El Mundo. 2022. Véase también la declaración que avisa que van a posicionarse, aunque no se lo hayan pedido (CBE, 2020a).

¹³ En el informe se emplean expresiones como “insólito derecho a morir auxiliado por el Estado” (p. 19), y que “Resultaría extraño que, desde una perspectiva estrictamente ético-legal, pudiera aprobarse en los próximos meses una norma legal que pretenda no solo despenalizar la eutanasia y/o auxilio al suicidio sino, más allá, reconocer un verdadero derecho a morir que, además, revista la condición de prestación con cargo al sistema público de salud, y que sobre dicho asunto no se pronunciara este Comité. Es por ello por lo que se ha redactado y aprobado este informe” (CBE, 2020b:4). No hay ninguna reflexión autocrítica acerca de por qué no se les consultó.

¹⁴ Con afirmaciones como “el matrimonio entre personas del mismo sexo es inconstitucional (...)”, o “es inconstitucional que una pareja homosexual adopte niños”. (CGPJ, 2005). Dictamen del Consejo General del Poder Judicial de 28 de enero de 2005. Por pudor, no vamos a repetir la equiparación entre matrimonio homosexual y matrimonio con animales que realizó su Comisión. El matrimonio de personas de mismo sexo fue declarado constitucional por el Tribunal Constitucional en su sentencia 198/2012. Hasta el momento, no consta que haya sucedido el apocalipsis moral y social que se describió en el Senado (Véase Diario de sesiones del Senado, Comisión de Justicia, 20 de junio de 2005).

(“constituye una opción del legislador”, CGPJ, 2014: 81),¹⁵ aunque con votos discrepantes.¹⁶ La memoria que explicaba la contrarreforma sostenía, imaginamos que, con cierto sarcasmo, que “La norma tiene un impacto de género positivo”.¹⁷ Este es nuestro patio y con estos mimbres hemos de lidiar.

Cuando un parlamento democráticamente elegido aprueba una ley y una institución pública se pronuncia unánimemente en contra, como sucede con un modelo de *suma cero*, solo cabe pensar que dicha institución tiene un déficit de pluralismo y representatividad insalvable. Sin embargo, la otra opción, el *reparto de cromos*, esto es, que los dos principales partidos se repartan a sus miembros, nos abocaría a una situación parecida a la que sufre el Tribunal Constitucional, es decir, a la inacción por falta de una mayoría suficiente en los casos controvertidos socialmente. La ley del aborto lleva doce años impugnada ante dicho tribunal sin que se atisbe una resolución que proporcione la debida seguridad jurídica, y la causa es de naturaleza ideológica: la Constitución nada dice al respecto y la solución solo depende de quien logre una mayoría en dicho tribunal. Es razonable pensar que un Comité de Bioética nombrado con los mismos criterios, *reparto de cromos*, sería incapaz de emitir dictamen alguno en temáticas controvertidas. El resultado sería su paralización de facto, y por ende, su esterilidad como institución salvo en los casos estrictamente técnicos.

Por eso, el pronunciamiento del Comité de Bioética contra la maternidad subrogada que ha servido de base a la sentencia del Tribunal Supremo hay que entenderlo desde la perspectiva de la doctrina de la Iglesia católica en bioética. Están en contra de dicha institución de la misma forma en que se posicionan contra el aborto o la eutanasia. Se trata de un comité elegido mayoritariamente por el mismo partido político que ha impugnado cualquier avance social que se haya producido en este país en los últimos cuarenta años, como la despenalización del aborto en los tres supuestos clásicos, la reproducción asistida, la clonación terapéutica, la investigación con células madre embrionarias, el matrimonio de personas del mismo sexo, la ley de plazos de la interrupción del embarazo y, por último, la eutanasia activa.¹⁸ En nuestro país, cualquier

¹⁵ Al menos reconocieron que “Se podría haber optado por la redacción de esta indicación siguiendo la regulación prevista en el modelo de 1985, al haber tenido el beneplácito del Tribunal Constitucional (...)” (CGPJ, 2014), lo que tácitamente indica que la contrarreforma devolvía a la situación previa a dicho año, esto es, a la época franquista.

¹⁶ Una cuestión interesante planteada en el voto discrepante de Grande-Marlaska (2014) aludía a la oportunidad de pronunciarse sobre una norma cuando esta estaba impugnada ante el Tribunal Constitucional. Cabe plantearse lo mismo en el caso del Comité de Bioética: ¿debe este pronunciarse sobre el contenido de una norma cuando esta ha sido impugnada ante el TC? Aun cuando la naturaleza del CGPJ y el CBE sea diferente, creo que es una cuestión sobre la que se ha de reflexionar.

¹⁷ Memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. Ministerio de Justicia. 19 de diciembre de 2014.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril sobre el aborto y 1999/116, de 17 de junio, sobre la reproducción asistida; Reforma de 2003, en sentido restrictivo, de la Ley 35/1988, de Reproducción Asistida; impugnación ante el Tribunal

normativa alejada del beneplácito de la Iglesia católica supone una confrontación jurídico/política que pende de un hilo, en concreto, del juego de negociaciones, transacciones y casualidades que en última instancia explican la composición de nuestro Tribunal Constitucional.

Otros informes del Comité de Bioética, aparentemente progresistas por cuanto amplían derechos, suponen un claro retroceso social. En efecto, si se reconoce el derecho de los menores a saber cuáles son sus orígenes biológicos en la reproducción in vitro (quién proporcionó el espermatozoide), como proponen (CBE, 2020c), el resultado es que se perjudica a las parejas de lesbianas o a las mujeres sin varón que quieran ser madres (justo los colectivos a los que se les negaba la condición de “familia” en el recurso que la democracia cristiana interpuso contra la ley de reproducción asistida), dado que se elimina la figura del donante anónimo,¹⁹ con todo lo que ello conlleva en un país institucionalmente tan conservador como el nuestro (a corto plazo, reconocimiento de visita al menor, quién sabe si pensión de alimentos, derechos de sucesión, etc.);²⁰ igualmente, si se extiende el derecho a la objeción de conciencia, no ya a cualquier empleado de un centro sanitario, sino también a las instituciones que rigen los centros sanitarios, como también proponen (CBE, 2021), el resultado es un boicot de facto a la ley de eutanasia, que no podrá aplicarse en amplios territorios del país (como sucede en Polonia con las mujeres que quieren abortar en los tres supuestos reconocidos legalmente y no pueden hacerlo por una suma de trabas burocráticas, entre ellas, el ejercicio masivo de la objeción de conciencia²¹).

Constitucional de la Ley 7/2003, de 20 de octubre, sobre la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables; sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, sobre el matrimonio homosexual. La ley de interrupción del embarazo mediante un sistema de plazos y la ley de eutanasia están pendientes de ser analizada por dicho tribunal. Si contemplamos esto desde una perspectiva histórica, podemos constatar cómo una parte de la sociedad española, sobrerrepresentada institucionalmente, no querría salir de la normativa de la España de los años setenta del siglo pasado.

¹⁹ Sobre el supuesto carácter progresista de determinadas instituciones internacionales, hemos de recordar que tanto la ONU como el Parlamento Europeo se pronunciaron en su momento contra la clonación terapéutica, por lo que no es de extrañar que también estén contra el anonimato de los donantes de espermatozoide u óvulos. (sobre la Declaración de la ONU sobre Clonación Humana, de 8 de marzo de 2005, véase Urruela, 2008, y sobre el Parlamento Europeo, véase la Resolución de 7 de mayo de 2001. LCEur 2001\1806. Investigación Científica y Técnica. Clonación Humana. Doc7 mayo 2001, núm. 135, [pág. 263]).

²⁰ La expresión que emplea el CBE sobre la reproducción asistida, “crear vida humana en un laboratorio”, (CBE, 2020:5) no solo no se corresponde con la realidad (se fecunda un óvulo con un espermatozoide previamente vivos, y el embrión se transfiere a una mujer, algo muy distinto a lo que refieren. Además, para que se cree “vida humana” hace falta una mujer, no un laboratorio), sino que recuerda a la expresión del extremadamente conservador ministro polaco que califica de “producto” a los niños nacidos con este tipo de técnicas (se enseña en manuales educativos polacos) (Clarín, 2022). El lenguaje no es neutral, y hay un innegable reproche moral en este tipo de expresiones que tratan de estigmatizar subliminalmente a los niños nacidos mediante reproducción asistida, consecuencia de la posición de la Iglesia católica al respecto. Una vez más, la bioética como cruzada.

²¹ Véase Caso Tysiact contra Polonia. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 20 de marzo de 2007, TEDH, 2007/20; y Caso P. y S. contra Polonia. Sentencia del mismo tribunal de 30 de octubre de 2012. TEDH/2012/96.

En resumidas cuentas, si los informes del Comité de Bioética de España que hemos citado sobre el aborto y la eutanasia acaban influyendo en el Tribunal Constitucional, al igual que ha sucedido con el de la maternidad subrogada y el Tribunal Supremo, nos vamos a encontrar con un importante retroceso en los derechos sociales, retrotrayéndonos a la España de los años ochenta, y quién sabe si aun más atrás. Desde esta perspectiva, constitucionalizar un Comité de Bioética siguiendo el modelo de “juego de suma cero”, donde *el ganador* elige a todos o casi todos los miembros, es una absoluta temeridad. Hemos de explorar otras alternativas.

3. Como “igualdad de oportunidades” versus “igualdad de resultados”

De los tres poderes tradicionales en el parlamentarismo contemporáneo, quien goza de menos predicamento democrático es el poder judicial debido al sistema de elección.

En efecto, en el imaginario de la democracia parlamentaria se presupone: a) la coexistencia de tres poderes que se equilibran mutuamente (que el poder vigile al poder, Montesquieu); b) la independencia del poder judicial respecto a los otros dos; c) y que el poder judicial *solo* aplica la ley. La mitología liberal parte del axioma del juez aséptico, puro y neutral que aplica normas jurídicas cuya exactitud y claridad justifican que no necesiten ser interpretadas, sino únicamente aplicadas, un trabajo meramente técnico que se realiza en un contexto jurídico caracterizado por la completitud, y por ende, carente de lagunas jurídicas.

Si adaptamos estos axiomas a un hipotético Comité de Bioética constitucionalizado tendríamos que: a) sus miembros son puros, neutrales, esto es, *aideológicos*; b) en vez de aplicar el ordenamiento jurídico de forma estricta y automática, emplean la “ética”, entendiendo por esta disciplina el equivalente en las ciencias sociales a las matemáticas en las ciencias duras. Así, los miembros del comité deciden qué es “ético”, esto es, qué está bien o mal, pero sin contaminación ideológica alguna, de la misma forma en que un físico revela el funcionamiento de las leyes de la naturaleza utilizando las matemáticas como lenguaje. Cuando el presidente del Comité de Bioética de España sostiene que la “ética tranquiliza, reconforta” (Valle, 2022), está transmitiendo que los enunciados éticos se descubren al margen de coordenadas ideológicas o religiosas, como si determinados problemas tuviesen una única solución y el comité la hallara mediante el diálogo y la reflexión.

En ambos casos, la judicatura y los Comités de Bioética, la variable “ideología” resulta molesta, turbadora, desasosegante, por lo que todos agentes actúan como si esta no existiera, o peor aún, como si no pudiera influir en el resultado final, sea una sentencia, sea un dictamen.

“No es que el Consejo esté escorado a la derecha, es que es de derechas”. Cuando una vocal del Consejo General del Poder Judicial retrata así al órgano de gobierno de los jueces, está poniendo sobre la mesa un problema de difícil solución en España. En efecto, en nuestro país el acceso a la judicatura se realiza mediante oposiciones libres y competitivas, pero a la dificultad inherente al temario hemos de añadir factores indirectos que explican que los jueces se muevan en el arco político del centro derecha o la derecha conservadora (no podemos detenernos a comentar las numerosas sentencias que confirman esta tesis. Basta recordar que la principal asociación de jueces es netamente conservadora), justo al contrario que la sociedad española (si computamos las elecciones autonómicas, se mueve en el arco del centro izquierda). Para terminar de aclarar las cosas, el presidente del Tribunal Constitucional, en plena refriega por la renovación de algunos magistrados, recién ha postulado que: “Los juristas somos casi todos conservadores, porque el Derecho es una ciencia conservadora” (García-Trevijano, en Vidales, 2022).²²

Esta inversión ideológica (la judicatura no es representativa de la sociedad) se traduce en conflictividad abierta en los casos complejos. En efecto, aun cuando gran parte de la labor judicial diaria se mueve en un contexto puramente técnico, las soluciones a determinadas cuestiones solo pueden ser comprendidas y resueltas desde coordenadas ideológicas. ¿Cómo compatibilizar la independencia judicial con la ideología de los magistrados? Ser neutral y ser independiente son dos cuestiones diferentes: a los miembros de la carrera judicial se les exige que sean independientes frente a los poderes formales -partidos políticos, iglesias, etc.- o fácticos, pero no que sean neutrales, esto es *aideológicos*, dado que es imposible.

La Constitución española, como sucede prácticamente con todas las occidentales, no se pronuncia sobre temas clave como el aborto o la eutanasia (las que sí lo hacen es porque se posicionan en contra, como sucedía en Irlanda), menos aún sobre temáticas más modernas como la investigación con células madre embrionarias, la clonación terapéutica (el artículo 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE es una rara avis en este tipo de normas) u otros temas bioéticos contemporáneos, como la maternidad subrogada. El resultado de esta anomia es que cuando determinadas leyes o conflictos llegan al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional, la resolución final solo puede ser comprendida desde la ideología de quienes lo componen.

La primera sentencia que dictó el Tribunal Supremo contra la maternidad subrogada reflejó un cuasi empate. En efecto, cuatro magistrados, frente a cinco, formularon un voto particular con el siguiente contenido:

²² Como reflexiona Jesús Maraña, “De tanto llevar la ideología conservadora a la judicatura, se termina concluyendo que la materia jurídica es por definición conservadora” (Maraña, 2022).

Esta afirmación no se puede generalizar (...) además: a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante, para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) el consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias; y d) tratándose de un acuerdo voluntario y libre difícilmente se le explota o cosifica en contra de su libertad y autonomía y en ningún caso afecta al interés del menor que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia, y no a la familia un niño, y es el Estado el que debe ofrecer un marco legal que le proteja y le proporcione la necesaria seguridad jurídica.²³

Si analizamos la sentencia desde un punto de vista ideológico podríamos sostener que los cinco votos que se posicionaron contra la maternidad subrogada se plantearon desde coordenadas católicas (esta institución viola la dignidad de la mujer) o, menos probable, marxistas (esta institución cosifica a las mujeres en un sistema de economía capitalista).

Por el contrario, los cuatro votos a favor de la maternidad subrogada se formularon desde coordenadas liberales o neoliberales (“no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante”).

Si mantenemos las coordenadas ideológicas, pero cambiamos la institución (v. gr. el aborto), tendríamos que los magistrados católicos seguirían votando en contra (prioridad del embrión sobre la madre), los marxistas estarían a favor (la prohibición perjudica a las mujeres de las clases sociales más bajas) y los liberales y neoliberales estarían también a favor (por el mismo argumento que la maternidad subrogada: la mujer es libre para decidir).

Dado que resulta inevitable que los magistrados proyecten su ideología y religión en las sentencias de los casos complejos en bioética, la cuestión estriba en cómo afrontar este hecho, inevitable e innegable, sin que lo contamine todo. El acceso por el tercer turno y obstaculizar que los propios magistrados elijan a sus representantes en el CGPJ son dos mecanismos creados ad hoc para equilibrar la balanza ideológica, pero en el fondo es insatisfactorio y resta credibilidad al conjunto del sistema. Aun así, tampoco hay muchas más alternativas.

²³ En otra parte del voto particular, se afirma lo siguiente: “(...) es evidente que ante un hecho consumado como es la existencia de unos menores en una familia que actúa socialmente como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, como la del caso italiano, y se les priva de su identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor, identidad que prevalece sobre otras consideraciones, como ha destacado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (...)”. Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia núm. 835/2013, de 6 de febrero. RJ, 2014/833.

Pues bien, si se constitucionalizan los Comités de Bioética resulta necesario resolver este problema, la ideología de sus miembros, so riesgo de acabar como en la judicatura, aun cuando las funciones sean muy diferentes. La única forma de afrontar claramente esta cuestión, sin sublimarla o esconderla bajo la alfombra, es reconocer que los miembros de este comité estarán posicionados desde coordenadas antagónicas, de ahí que se deba respetar la pluralidad ideológica en la composición. Esto es, no bastará con la cualificación profesional, la interdisciplinariedad o la paridad de género, sino que se habrá de reconocer expresamente el batiburrillo ideológico que permea a sus miembros.

Si un Comité de Bioética lo formaran doce marxistas, nos resultaría anómalo que sus informes no contuviesen términos o expresiones como “dialéctico”, “materialismo”, “inevitabilidad” (del hundimiento del capitalismo), “inminencia” (del advenimiento del socialismo), etc., y nos asombraría que no examinaran los problemas (únicamente) desde la perspectiva de la lucha de clases. Sin embargo, si dicho comité lo conforman doce católicos, o doce liberales, o doce socialdemócratas, o un popurrí de estos, etc., todos esperamos que se ciñan a la “ética”, citen a Kant,²⁴ y no empleen su propia neolengua para explicar los conflictos. Sin embargo, tan contaminados ideológicamente están aquellos como estos, de ahí que el contenido material de sus posiciones en los casos controvertidos solo pueda ser explicado desde sus propias coordenadas ideológicas.^{25 26}

²⁴ Sobre las reiteradas citas a Kant en nuestra disciplina no estaría de más leer la crítica que formula a su ética el jurista marxista Pasukanis (1976), poco antes de que lo purgara el estalinismo.

²⁵ Una cuestión que excede a nuestra temática, pero sobre la que no podemos dejar de decir algo, es desmenuzar brevemente para qué sirve un Comité de Bioética y con qué instrumentos dialécticos cuenta. Como sostienen Ten et al., no existe una definición oficial de qué es un Comité de Bioética, al menos en el contexto de la UNESCO (Ten et al., 2011). El elemento central en la mayoría de los artículos se centra en el aspecto deliberativo (por ejemplo, García et al., 1997), hasta el punto de proponer la presencia de al menos un bioeticista en los comités para aclarar y dirigir los debates (Köhler et al., 2021). Otra expresión que suele aparecer es la de respetar el “pluralismo ideológico” pero tratando de comprender los argumentos del “otro”, aunque sean “poco atractivos” (Carrillo-González, 2013), lo que requiere la creación de un “meta-espacio”, esto es “un espacio discursivo que no sea propio de ninguno de sus componentes” (Lolas, 2003). Sobre para qué sirven, se propone que no solo informen del estado de la cuestión, sino que digan cómo hay que actuar (Montero, 2015), propuesta que desde otras perspectivas se considera insuficiente, de ahí que se abogue por desarrollar la capacidad “crear” y “recrear aquellas circunstancias que corporicen principios morales, esos universales que dan sentido a la vida humana” (Lolas, 2003). Por último, se les pide que alcancen “soluciones éticas y prudentes” (Martínez et al., 2011), lo que se lograría con la aplicación de paradigmas como “La ética comunitarista, el consecuencialismo y la ética mínima como fundamentos en su conformación y ejercicio del rol social” (Aranguren, 2014). Como podemos observar en esta muestra representativa, la cuestión política expresa brilla por su ausencia.

²⁶ Resulta curioso que la bioética parece haber servido al psicoanálisis para que se cuestione (tardíamente) la aparente neutralidad de los psicoanalistas (véase Álvarez, 2015), mientras que en nuestra disciplina se continúa actuando como si esta neutralidad fuese, no ya deseable, sino posible.

Pues bien, para enfrentarse a esta cuestión, y como mero experimento mental, estimo que un Comité de Bioética constitucionalizado debería contar con *al menos* tres laicistas, uno de los cuales debería ser además creyente (los jesuitas del Instituto Borja de Bioética en Cataluña se posicionaron a favor de la ley de plazos en la interrupción del embarazo y la eutanasia antes de que fuese legal en nuestro país, véase López Baroni, 2013); *al menos* tres teólogos, uno de los cuales debería ser además marxista (v. gr. un Teólogo de la Liberación, con su vertiente panteísta a pesar de su catolicismo); *al menos* tres feministas, uno de los cuales debería ser liberal (v. g., con lo que apoyaría, por ejemplo, la maternidad subrogada); *al menos* tres ecologistas, uno de los cuales debería ser además ecofeminista; tres animalistas, de los que uno debería ser necesariamente vegano. De forma transversal, debería guardarse cierta paridad religiosa (v. gr., creyentes y ateos), cultural (representación de las minorías étnicas) y hasta futurista (v. gr., al menos un transhumanista), con la idea de guardar una cierta representatividad de los diversos sectores que investigan, escriben o participan de una manera u otra en las temáticas propias de la bioética.

Sin duda, el arco ideológico podría complicarse aún más (v. gr., distinguir entre teólogos católicos o protestantes; o entre laicistas neoliberales y socialdemócratas), pero estimamos que las corrientes citadas representan de forma razonable los paradigmas que hoy día se enfrentan a las materias sobre las que se debate en bioética (en puridad, para que la sociedad estuviese realmente representada deberíamos incluir también a los homeópatas, negacionistas y demás adláteres del pensamiento mágico, pero sacrificamos en este caso representatividad por racionalidad, de la misma forma en que resulta preferible que determinadas ideologías no estén presentes en los parlamentos).

El dictamen ideal sería un caso límite: tantos votos particulares como miembros, esto es, ausencia total de consenso. El otro caso límite, un dictamen adoptado por unanimidad, es el que debe evitarse. La unanimidad solo puede responder, bien a que el dictamen sea trivial (v. gr., se han posicionado contra el tráfico de órganos), bien a que todos pertenecen al mismo arco ideológico (v. gr., son todos católicos, o laicistas, o marxistas, etc.).

En este sentido, el informe del Comité de Bioética contrario a la maternidad subrogada es un caso límite de falta de pluralismo ideológico (están todos en contra de la institución²⁷). Paradójicamente, hasta el propio Tribunal Supremo mostró en 2014 más pluralismo en esta temática (cinco votos contra cuatro).

²⁷ En realidad, hubo un voto discrepante, frente a los once restantes, como ya hemos indicado.

Entre un extremo (unanimidad) y otro (soliloquios) se pueden situar numerosas combinaciones donde un dictamen muestre varias posiciones superpuestas (las diferencias residen en matices) o antagónicas (las diferencias son insalvables) sobre un tema complejo. Estos documentos son los que resultan realmente útiles para las instituciones públicas, porque muestran la pluralidad de una sociedad, la complejidad de las temáticas y la imposibilidad de emplear una varita mágica para mostrar una única solución.

En resumidas cuentas, la función de un hipotético Comité de Bioética constitucional no es defender una determinada postura (nos viene bien cuando coincide con la nuestra, y lo rechazamos cuando coincide con nuestros adversarios) con objeto de condicionar el debate social. Por el contrario, su función debe ser analizar el arco de posibilidades de un determinado problema, y eso solo resulta posible desde la competencia técnica (profesionales de máximo nivel en sus respectivos campos del conocimiento), interdisciplinariedad y, como acabamos de analizar, pluralismo ideológico. La igualdad de resultados presupone que el fruto final sea representativo de la sociedad, no necesariamente de la mayoría, y menos aún de quien ocasionalmente ostente el poder.

4. Como requerimiento de la Cuarta Revolución Industrial

La constitucionalización de los Comités de Bioética constituye un requerimiento ineludible del momento tecnocientífico que vivimos, esto es, de la Cuarta Revolución Industrial.

En efecto, las disciplinas implicadas en la presente revolución tratan de reescribir tanto la materia inerte como la materia viva, incluida nuestra especie. En esencia, nos enfrentamos a retos formidables como la posibilidad de modificar la línea germinal humana, tanto en un sentido terapéutico (v. gr., enfermedades mendelianas donde se conozca qué gen está implicado), como eugenésico (v. gr. mejoramiento o *enhancement*, en el sentido transhumanista); a la imbricación del genoma humano con el de los animales (v. gr., híbridos y quimeras); al riesgo de que los animales incrementen su capacidad cognitiva, emocional o social (v. gr. mediante la inserción de células o genes humanos en su genoma); a su extinción masiva (v. gr., mediante los “gen drivers”); al crecimiento exponencial de la Inteligencia Artificial, cuyo límite superior desconocemos (v. gr., problema de la Caja Negra); a la aparición de entidades vivas no naturales como consecuencia de la biología sintética; a la modificación sustancial de las ya existentes mediante la biotecnología; a la manipulación a escala nanométrica de la materia (nanotecnología); a la conexión de los

cerebros humanos a otros cerebros, a internet, o a no sabemos dónde, mediante las interfaces internas y externas (neurotecnologías); etcétera.²⁸

Las implicaciones éticas (cómo guiar la acción humana), sociales (en qué medida impactarán estos avances en la urdimbre humana) e incluso políticas (v. gr., incremento de la capacidad de manipulación, control o adoctrinamiento de la población) son enormes. Para el Derecho, en concreto, supone un reto sin precedentes, por cuanto se ha de regular el estatuto de entidades nunca antes sometidas a regulación, como las células IPS, los órganos cerebrales, los *biobots* o seres vivos con nucleótidos o cromosomas no naturales. Difícilmente el poder legislativo, y menos aún, el judicial, está en condiciones de encauzar adecuadamente los riesgos, interrogantes y predicciones de la tecnociencia contemporánea. Por supuesto, no se trata de adoptar una postura tecnófoba ni alarmista, pero resulta necesario tomar conciencia de que estos avances son sustancialmente diferentes a los proporcionados por las tres revoluciones industriales anteriores. Aquí es donde puede jugar un papel trascendental un Comité de Bioética constitucionalizado.

En efecto, su legitimidad como órgano constitucional vendría dada por constituir la primera trinchera para analizar tanto el estatuto ontológico, jurídico y ético de las nuevas entidades que están emergiendo, como las implicaciones de los numerosos interrogantes que afloran sin solución de continuidad.

Su composición, aun no siendo un problema menor, constituye una cuestión diferente a *su necesidad*. En efecto, una cosa es acertar con el mecanismo adecuado para elegir a sus miembros, como los hándicaps que ya hemos analizado, y otra muy diferente es que dicha cuestión embarre sus imprescindibles funciones en el contexto tecnocientífico actual.

¿Para qué debe servir un Comité de Bioética a escala estatal? Resulta más fácil comenzar por enumerar para qué no debe emplearse: a) como ariete para presionar al poder legislativo (aun cuando podamos estar ocasionalmente de acuerdo con el objetivo final); b) como mecanismo de oposición al Gobierno; c) como vehículo de transmisión de las posiciones del poder político.

En un contexto como la Cuarta Revolución Industrial, un Comité de Bioética debe: a) calibrar con prudencia las expectativas, a veces procedentes de la propia industria, ávida de atención mediática y/o dinero público; b) valorar adecuadamente los riesgos bajo la égida del principio de precaución, pero sin dejarse llevar por la histeria tecnofóbica, el milenarismo o la mitificación de un pasado preindustrial; c) examinar si la legislación actual es suficiente para afrontar los nuevos retos, proponiendo las modificaciones pertinentes o la creación de normas ad hoc; d) predecir el

²⁸ Véase al respecto López Baroni, 2021.

impacto social de las tecnociencia: f) en última instancia, proteger la naturaleza humana e incluso la pervivencia de la vida en el planeta, evitando legitimar directa o indirectamente determinados experimentos, proyectos u objetivos, como los transhumanistas.

En este sentido, el informe del Comité de Bioética que comentamos cumple con las funciones reseñadas, dado que denuncia el impacto que la maternidad subrogada tiene sobre las mujeres, en especial, quienes están en situación de vulnerabilidad. La crítica que le hemos formulado atiende a la composición de dicho comité (no era suficientemente plural, por lo que no es posible, salvo en el caso de su único voto particular, ilustrarse con más puntos de vista), pero no al contenido del mismo. Precisamente, esta capacidad de anticipación ha servido para alumbrar al Tribunal Supremo, junto a otros documentos de naturaleza similar,²⁹ a la hora de pronunciarse:

Un contrato de gestación por sustitución como el que es objeto de este recurso entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. (...) Tanto la madre gestante como el niño a gestar son tratados como meros objetos, no como personas dotadas de la dignidad propia de su condición de seres humanos y de los derechos fundamentales inherentes a esa dignidad.³⁰

Pues bien, este sería el modelo ideal: el Comité de Bioética analiza todas las aristas posibles de un determinado problema anticipándose al poder político y orientando la acción judicial sin comprometerla. Su legitimidad no sería solo jurídica sino también moral. Nos advertirá del estado de la cuestión, de las ramificaciones de los avances que los demás no podemos siquiera imaginar, de las insuficiencias de nuestros mecanismos jurídicos y políticos, etc. Nadie le exigirá unanimidad, ni siquiera mayoría. Nos basta con la información suministrada desde múltiples atalayas.

²⁹ En concreto, los siguientes: 1.- Organización de las Naciones Unidas. Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños. Consejo de Derechos Humanos. 37 periodo de sesiones. 26 de febrero a 23 de marzo de 2018; 2.- Tribunal Europeo de derechos Humanos. Caso Paradiso y Campanelli contra Italia. Sentencia de 24 de enero de 2017; 3.- Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (apartado 115).

³⁰ El contrato que analizó el alto tribunal era especialmente leonino, con cláusulas que parecen extraídas de la serie Black Mirror: sometimiento a controles médicos y psicológicos, renuncia a la confidencialidad, dieta, renuncia a actividad sexual, mantenimiento en estado vegetativo por muerte cerebral, si es el caso, hasta el parto, etc.

5. Conclusiones

En resumidas cuentas, el Comité de Bioética de España condenó la institución de la maternidad subrogada en sí misma, sin matices, por once votos contra uno; el Tribunal Supremo realizó la misma impugnación, pero por escaso margen, debido a un voto particular formulado del que puede deducirse que sus firmantes están a favor de la maternidad subrogada bajo determinadas condiciones; por último, el Tribunal Supremo declaró la nulidad de un contrato concreto estimando, por unanimidad, que violaba la dignidad de la mujer, apoyándose, entre otros, en el informe del Comité de Bioética de España.

Y todo esto en un contexto internacional donde existe una creciente industria que cosifica a las mujeres; un posicionamiento de la ONU claro e indubitado contra esta institución, pero cuyo valor simbólico no se traduce en normas universales de carácter vinculante; y una jurisprudencia europea vacilante al respecto por cuanto parece admitir la maternidad subrogada si los contratantes, hombre o mujer, aportan material biológico (espermatozoide, óvulo o embrión).

La solución española, declarar la nulidad del contrato sin sancionar, ni administrativa ni penalmente, a los contratantes, y legitimar de facto los contratos celebrados en el exterior (facilitando la adopción) no es óptima,³¹ pero parece que tampoco hay muchas más alternativas. La solución italiana, quitar el menor a los padres contratantes, nos parece ciertamente inhumana por cuanto ya existían vínculos afectivos, aun cuando resuelve el problema de una tacada.

¿Qué podemos sacar en claro de todo esto? Podemos condensarlo en tres ideas: a) lo infructuoso que resulta regular estas materias a escala nacional en un contexto globalizado; b) la dificultad que va a tener adaptar nuestra normativa a la enorme casuística que va a producir la tecnociencia contemporánea; c) la creciente interacción entre los comités de bioética y los tribunales de justicia para enfrentarse a retos sin antecedentes conocidos en los ordenamientos jurídicos occidentales.

En este contexto, estimo que elevar a rango constitucional este tipo de comités puede servir para afrontar un futuro incierto e impredecible en lo que a tecnociencia se refiere.³² Sin embargo, la clave de su utilidad residirá no solo en las materias que estudie o en el grado de capacitación técnica de sus miembros, sino en el respeto al pluralismo ideológico. Solo en la medida en que represente pulcramente el batiburrillo de creencias, dogmas, opiniones y paradigmas de nuestra

³¹ La propuesta de castigar con pena de hasta cinco años de cárcel la maternidad subrogada ha tenido un corto recorrido en el Gobierno.

³² La directora del Observatorio de Bioética y Derecho, Itziar de Lecuona, hizo hincapié en la necesidad de la “justicia social” ante la Convención Constitucional de Chile para apoyar la creación de un Consejo Nacional de Bioética a nivel constitucional (sesión número 64, 29/03/2022). En <https://convencion.tv/video/comision-sistemas-de-conocimientos-n64-martes-29-de-marzo-2022>

sociedad, por molesta que nos resulte la jaula de grillos en que se convertiría, rendirá un insustituible servicio a la Humanidad.

Bibliografía

- ◆ Álvarez Díaz, J.A. (2015): "Psicoanálisis y Bioética. *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 15, núm. 1, Pp. 64-79.
- ◆ Ansele, M. (16/04/2021): Científicos españoles crean en China 132 embriones con mezcla de mono y humano. *El País*.
- ◆ Aranguren Ibarra, Z. M., (2014): Análisis sobre la acreditación de los comités de bioética, *Acta Odontológica Venezolana*, Vol. 52, N°1.
- ◆ Camps I Cervera, V. (2013): Un Comité de Bioética hecho a medida. *Bioética & Debat: Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, N° 68, pp. 3-6.
- ◆ Carrillo-González, S. (2013): Situación actual de los Comités de Bioética Clínico-Asistenciales en la Ciudad de Cartagena, *Persona y Bioética*. 17 (1), pp. 96-110.
- ◆ Casado M, Navarro-Michel M, coords. (2019): *Documento sobre gestación por sustitución*, Observatorio de Bioética y Derecho, Universitat de Barcelona.
- ◆ Clarín (18/08/2022). Un ministro avala que los hijos nacidos in vitro son "productos" y por eso un padre le hará juicio. https://www.clarin.com/internacional/ministro-avala-hijos-nacidos-in-vitro-productos-padre-hara-juicio_0_uACxv6dhep.html.
- ◆ Comité de Bioética de España (2009): *Opinión a propósito del Proyecto de Ley Orgánica de Salud Sexual y Reproductiva y de la Interrupción Voluntaria del Embarazo*. Octubre.
- ◆ _____ (2014): *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Protección de la Vida del Concebido y de los Derechos de la Mujer Embarazada*. Mayo.
- ◆ _____ (2017): *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. Mayo.
- ◆ _____ (2020a): *Declaración del Comité de Bioética de España sobre la tramitación parlamentaria de la reforma legal de la eutanasia y auxilio al suicidio*. Marzo.
- ◆ _____ (2020b): *Informe del Comité de Bioética de España sobre el final de la vida y la atención en el proceso de morir, en el marco del debate sobre la regulación de la eutanasia: propuestas para la reflexión y la deliberación*. Septiembre.
- ◆ _____ (2020c). *Informe del Comité de Bioética de España sobre el derecho de los hijos nacidos de las técnicas de reproducción humana asistida a conocer sus orígenes biológicos*.
- ◆ _____ (2021): *Informe del Comité de Bioética de España sobre la objeción de conciencia en relación con la prestación de la ayuda para morir de la Ley Orgánica Reguladora de la Eutanasia*. Abril.
- ◆ Consejo General del Poder Judicial. Pleno (2014): *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*. Junio.
- ◆ Grande-Marlaska Gómez, F. (2014): *Propuesta de Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección del concebido y de los derechos de la mujer embarazada. Voto particular*. Junio.
- ◆ García, T.; Cambra, F.; Luaces, C.; Pineda, J.; Garriga, M. Comitès de Bioètica, *Pediatría Catalana* 57, pp. 303-306.

- ◆ Köhler J., Reis AA, Saxena A. (2021): A survey of national ethics and bioethics committees. *Bull World Health Organ*, Feb 1;99 (2), pp. 138-147.
- ◆ Maraña, J. (2/09/2022): “González-Trevijano: del Constitucional al teatro”. *InfoLibre*. https://www.infolibre.es/opinion/columnas/buzon-de-voz/gonzalez-trevijano-constitucional-teatro_129_1309763.html.
- ◆ Martínez Otero, J.M. et al., (2011): La deliberación en los Comités de Bioética como canal de formación y cauce para alcanzar soluciones éticas y prudentes. *Bioética, reconocimiento y democracia deliberativa*, Comares, Granada, 2011, pp. 557-567.
- ◆ Ministerio de Justicia (2014). *Memoria del análisis del impacto normativo del anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada*. 19 de diciembre.
- ◆ Montero García, N. (2015): Metodología para abordar las malformaciones congénitas en el comité de bioética, *Revista Colombiana de Bioética*, 10(2).
- ◆ Lolas Stepke, F. (2003): Comités de Bioética en la investigación psiquiátrica. Una respuesta en busca de preguntas. *Salud Mental*. Vol. 26. Nº4. Agosto.
- ◆ López Baroni; M.J. (2013): Las bioéticas laicas, *Argumentos de Razón Técnica*, nº16, pp. 121-161.
- ◆ _____ (2021): *Bioética y Tecnologías Disruptivas*. Herder.
- ◆ Pascual, A. (15/02/2022): “Concha Sáez (vocal del CGPJ): “No es que el Consejo esté escorado a la derecha, es que es derechas”. *Público*. <https://www.publico.es/politica/concha-saez-vocal-cgpj-no-consejo-esorado-derecha-derechas.html>.
- ◆ Pasukanis, E. (1976): *Teoría General del Derecho y Marxismo*. Título de la edición original; *Obschaia Teoria Prava i Marxisma*, Presentación y traducción de Virgilio Zapatero, Editorial Labor SA.
- ◆ Ten Have, H; Dikenou, C.; Feinholz, D. (2011). Assisting Countries in Establishing National Bioethics Committees: UNESCO’s Assisting Bioethics Committees Project. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 20 (3), pp. 380-388.
- ◆ Urruela Mora, A. (2008): La clonación humana ante la reforma penal y administrativa en España, *Revista Penal*, nº 21, pp. 165-191.
- ◆ Valle, S. (1/08/2022). “Entrevista a Federico de Montalvo. Expresidente del Comité de Bioética de España.” *El Mundo*.
- ◆ Vidales, R. (1/09/2022). “Pedro González-Trevijano: ‘El bien siempre gana’”. *El País*.

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

**DOSIER GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, CON OCASIÓN DE LA
NUEVA SENTENCIA DEL TS ESPAÑOL DE 31 DE MARZO DE 2022**

**El posthumanismo reproductivo a la vuelta de la
esquina (explotación reproductiva 3.0)**

**El posthumanisme reproductiu a la cantonada
(explotació reproductiva 3.0)**

**Reproductive posthumanism around the corner
(reproductive exploitation 3.0)**

MIGUEL ÁNGEL TORRES QUIROGA *

* Miguel Ángel Torres Quiroga. Doctor en Filosofía. Investigador postdoctoral, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa (México). Email: miguel.atq@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7758-2473>.



Copyright (c) 2022 Miguel Ángel Torres Quiroga
Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada
4.0 Internacional.

Resumen

Las corrientes intelectuales e ideológicas posthumanistas abogan por la superación de diferentes límites biológicos de la especie humana. La ruptura incluye los asuntos reproductivos, como estrategias para la supervivencia y como cuidado de una dignidad posthumana. En este trabajo, quiero esbozar cuestiones del trans y posthumanismo reproductivo interesado en la gestación subrogada (GS) en sus diferentes modalidades. La GS es relevante para reconducir la reproducción siguiendo criterios promotores de la elección individual. Comienzo subrayando la herencia liberal en el movimiento por la mejora humana y la elección procreativa. Después, sugiero que el posthumanismo reproductivo se apoya en los estudios de género y en la permisividad del comercio sexual para redefinir la GS como probable reproducción posthumana. Así, los objetivos del posthumanismo reproductivo ambicionan una agenda distinta a la feminista. Las perspectivas posthumanas y feministas proponen horizontes de justicia reproductiva que deberán criticarse en contexto antes de que los estados-nación procedan con reformas.

Palabras clave: posthumanismo; transhumanismo; feminismo; gestación subrogada; explotación reproductiva.

Resum

Els corrents intel·lectuals i ideològics posthumanistes advoquen per la superació de diferents límits biològics de l'espècie humana. La ruptura inclou els assumptes reproductius, com a estratègies per a la supervivència i com a cura d'una dignitat posthumana. En aquest treball, vull esbossar qüestions del trans i posthumanisme reproductiu interessat en la gestació subrogada (GS) en les diferents modalitats. La GS és rellevant per reconduir la reproducció seguint criteris promotors de elecció individual. Començo subratllant l'herència liberal en el moviment per la millora humana i l'elecció procreativa. Després, suggereixo que el posthumanisme reproductiu es recolza en els estudis de gènere i en la permissivitat del comerç sexual per redefinir la GS com a probable reproducció posthumana. Així, els objectius del posthumanisme reproductiu ambicionen una agenda diferent de la feminista. Les perspectives posthumanes i feministes proposen horitzons de justícia reproductiva que s'hauran de criticar en context abans que els estats nació procedixin amb reformes.

Paraules clau: posthumanisme; transhumanisme; feminisme; gestació subrogada; explotació reproductiva.

Abstract

Posthumanist intellectual and ideological currents advocate the overcoming of several biological limits of humankind. The rupture includes reproductive issues to care for posthuman dignity. In this work, I want to outline questions of trans and reproductive posthumanism interested in surrogacy in its different modalities. Gestational surrogacy is relevant to redirect reproduction following criteria that enhance individual choice. I begin by underlining the liberal heritage in the social movement for human enhancement and procreative choice. Next, I suggest that surrogacy could be considered as likely posthuman reproduction by drawing on gender studies and the permissiveness of commercial sex. Thus, the reproductive posthumanist goals envision an agenda different from the feminist one. Posthuman and feminist perspectives propose horizons of reproductive justice that will need to be critiqued in context before nation-states proceed with reforms.

Keywords: posthumanism; transhumanism; feminism; reproductive exploitation; gestational surrogacy.

1. Introducción

Cualquier propuesta para remediar las desigualdades sociales no ignorará las injusticias en derechos sexuales y reproductivos, los desbalances en la crianza de las y los menores, y su relación con la libertad reproductiva de las mujeres. Son objetivos pendientes en el tercer mundo. Incluso en el primero, como atestiguan los sucesos ocurridos en EEUU en junio del 2022, se comprueba que el acceso a la interrupción del embarazo no es un derecho ganado permanentemente.

Nuestro tiempo globalizado se caracteriza por estratificaciones sociales profundas que provocan desigualdades inaceptables y antidemocráticas. Por eso, llama la atención que el deseo por dominar a una supuesta tiranía de la naturaleza persista con particular fuerza, quizás mayor que los empeños en encontrar soluciones duraderas de las desigualdades. Afrontaremos amenazas para las clases sin poder para incidir en la solución de problemas: 1) el cataclismo ecológico y climático que trastorna los ciclos hidrológicos; 2) los movimientos migratorios desde el sur global hacia un norte que tacha de indeseable dicha inmigración; 3) La covid-19 y la crisis de instituciones sanitarias; 4) La creciente brecha entre capitalistas y clases trabajadoras; 5) La guerra en Ucrania y sus trastornos geopolíticos; 6) La fragmentación de la clase trabajadora; y 7) La persistente violencia contra las mujeres. Los intentos de mercantilizar las capacidades reproductivas no están divorciadas ni son ajenas a las realidades mundiales mencionadas.

Mientras tanto, la agenda del transhumanismo y el posthumanismo se normaliza como políticas públicas. Igualmente, en los planes de estudio de diferentes universidades, es validada por personalidades filosóficas multicitadas como pensamiento renovador. Constatamos su influencia en lo político y lo ideológico de las leyes de igualdad de género, como sucede con la *Open Society Foundation* y la *Humanity plus* (Miyares, 2022). La agenda incluye la inteligencia artificial, el aumento de la longevidad, las modificaciones genéticas que produzcan generaciones futuras sin enfermedades congénitas, obesidad, diabetes, o arteriosclerosis múltiple. Las discapacidades también están en la mira para ser eliminadas, y las deficiencias reproductivas entran plenamente en las problemáticas que sectores sociales exigen sean resueltas. Ciertamente, el tema reproductivo yace en el centro del trans y el posthumanismo porque el control sobre la reproducción (y su control según ciertos deseos), se traduce en autoridad política, en transformación epistémica de los conocimientos sobre las realidades reproductivas. Dichas autoridades siempre han sido fundamentales para cualquier sistema, doctrina o ideología.

Seguiré este orden. Comienzo con definiciones básicas y situaciones problemáticas. Distingo así dos canales de la tradición trans-post-humanista pertinentes para entender la GS. En la primera, anglosajona, la era tecnológica tienen como objetivo eliminar el sufrimiento, displacer, desventaja, frustración. La segunda tradición, afín a la filosofía continental, define el

posthumanismo como una superación de los principios del humanismo centrado en el hombre vitruviano, blanco y occidental, como referencia epistemológica del *homo*. De ambas tradiciones, emerge la obligación moral del trans-post-humanismo: hacernos ‘mejores’ y experimentar lo impensable, inconcebible, o hasta insensato. Con este panorama, la GS es percibida como proyecto de reproducción cooperativa, solidaria y anti-esencialista. Los feminismos materialistas se oponen al proyecto, y considero que su perspectiva es una resistencia política y epistemológica, y no una reacción conservadora y esencialista ante tiempos de renovación incomprensible para miradas del siglo XX.

La segunda parte trata la tentativa regulación favorable de la llamada ‘gestación subrogada’ (GS) y sus conexiones con el trans-posthumanismo y los estudios de género y de sexualidades. Aquí, se prioriza la reproducción elegida (y apoyada) tecnológicamente, como medio para impulsar una transformación de la mentalidad colectiva. Sostengo que la conexión entre la GS y la agenda trans y posthumanista es de actualidad filosófica por sus implicaciones con el avance del feminismo como política y teoría materialista de la subordinación de la mujer por su condición sexual y reproductiva. Finalmente, la legalización de la GS acompaña a la agenda trans-post-humanista, un maridaje problemático. Principalmente, porque la fragmentación entre madre y subrogada es una suerte de nudo gordiano, que desdibuja el rol reproductor de las mujeres en la reproducción social de las relaciones productivas. No creo que la liberación reproductiva femenina sea totalmente incompatible con todas las alternativas reproductivas que emergen espontáneamente en el advenir tecnológico. Mas bien, los feminismos son críticos de ideologías que pretenden dejar sin resolver injusticias en la base del sistema en el que vivimos.

2. La reproducción trans y posthumanista: el útero, ese objeto del deseo

El transhumanismo es una ideología que pretende impulsar a *la humanidad* (o sólo a una parte, según se vea), mediante la intervención de ingeniería genética y en innovación médica, hacia estadios evolutivos avanzados, al igual que transformando los sistemas medioambientales. El posthumanismo sería (brevemente) un periodo ulterior a la transición del transhumanismo, un momento en la evolución en el que la ciencia y la tecnología responden a casi todas las dificultades impuestas por la vulnerabilidad biológica del cuerpo: la finitud de la vida, el envejecimiento, la enfermedad, la esterilidad, la pérdida del vigor físico e intelectual. El posthumanismo agrupa un racimo de filosofías con objetivos de mejora humana, pero armonizados por la confianza en que la tradición humanista y moderna padece errores inherentes que deben superarse para amplificar

diferentes justicias. También percibe el fracaso como un acontecimiento cuyos efectos en las personas sería deseable aminorar o controlar (Bostrom, 2008).

Hay diferentes avenidas para conceptualizar filosóficamente la transformación del género *homo*. Desde una identificable influencia anglosajona, encontramos una corriente defensora de la volición individual como verdad personal, creadora e impulsora de capacidades. La agencia personal va de la mano con la mejora genética asistida, la eugenesia positiva, la invención de sofisticados *cyborgs* para satisfacer una miríada de intereses, y la expansión/creación de capacidades corporales, mentales e intelectuales. Tales innovaciones vendrían a convertirse en derechos negativos; igualmente, serían derechos positivos por legislarse como necesidades para la dignidad humana. La agenda trans y posthumana no “impone” cambios desde arriba: más bien, confirman lo que cada persona es, siempre ha sido y será. Es incierto que la intervención tecnológica en la vida humana conlleve a la distopia de una nueva estirpe supremacista con planes eugenésicos (Singer, 2002; Harris y Savulescu, 2015; Robertson, 1994, 2016).

El liberalismo progresista es un probable referente (¿o aliado contemporáneo?) del posthumanismo. Comparten el objetivo de combatir la tiranía de la biología, y cuestionan la animadversión hacia el mejoramiento humano mediante la eliminación de deficiencias, una actitud considerada como conservadora (según los cánones ideológico-políticos estadounidenses). Por una parte, el movimiento pro-dignidad humana considera que es indeseable impedir o retrasar el envejecimiento y la muerte, pues forman parte del arco vital humano que proporciona un sentido existencial con dios. La vida vale la pena, en buena medida, por su finitud (Kass, 2003). Por otra parte, el liberalismo progresista y el trans-post-humanismo privilegian el bienestar potencial de la erradicación de lo malo y la maximización de lo positivo. Consideran que el pánico ante la pérdida de la dignidad humana (memorizando los peores genocidios y atrocidades racistas del siglo XX) y por la transformación (o modificación indeseable) de la naturaleza humana son preocupaciones discutibles en todo momento en la esfera pública. Solamente de esta manera se garantizarán derechos en el acceso igualitario a las tecnologías. No obstante, las preocupaciones no constituyen razón suficiente para detener ni las agendas de mejora genética ni la transformación de la especie humana. A nadie debería asustar que la próxima generación de personas venga mejorada genética y médicamente, considerando que un objetivo perseguido desde tiempos antiquísimos es la construcción de una humanidad mejorada, no solo de una corporalidad invencible, sino de una ética que responda a obligaciones recientemente reconocidas. Ser mejores es encontrarnos a la altura de nuestras acciones ante los límites de las morales convencionales (Harris, 2011).

De algunas perspectivas posthumanistas se desprende un evolucionismo moral que, curiosamente, busca congraciarse con el concepto de dignidad humana, sin menospreciarlo como

palabrería inútil u oscura metafísica. Mantiene, en este sentido, escasa relación con cierto utilitarismo que percibe la noción de dignidad como herramienta lingüística para dotar a cualquier objeción moralista y conservadora frente a los avances científico-tecnológicos y las modificaciones en importantes áreas de la vida como argumentos profundos (Macklin, 2003). Por el contrario, el trans y posthumanismo vendrían a complementar y sofisticar filosóficamente hablando el entendimiento de la dignidad humana, ampliando la mirada para reconocerla en las oscilaciones históricas y tecnológicas. Así pues, los avances tecnológicos pueden ser una ayuda para sobrellevar un futuro tenso, necesitado de racionalidades pluralistas, abiertas a la variabilidad de los tipos humanos. La dignidad requiere de la inclusión de las expresividades humanas, y no de discusiones enrocadas en visiones polarizadas. La oposición entre transhumanismo libertario y bioconservadurismo es engañosa y poco útil para la toma de decisiones éticas sobre la administración de las tecnologías de mejora humana para que la actual naturaleza humana alcance un nivel que mejore las vidas de muchos (Bostrom, 2005).

Se llega, entonces, a plantear que la dignidad no es estática, intocable, sagrada. Ser digno significa honrar lo que somos y en lo que podemos convertirnos con el apoyo de las tecnologías, el contexto socio-ambiental y las libertades democráticas, no en una entidad de origen o pedigrí (Bostrom, 2005). La naturaleza humana está bien relacionada con la enorme modificación que hemos hecho de nuestra especie desde tiempos inmemoriales. Por ello, tampoco la libertad reproductiva está fuera de una mejora. Para la dignidad trans-post-humana, la GS trae consigo oportunidades para inventar y reconocer parentescos y familias que desafíen al viejo régimen de la descendencia biológica, la maternidad y la paternidad ligadas a dualidades llamadas binarismos. Romper con el pensamiento determinista es defender la dignidad humana para alcanzar una vida social donde las diferencias no ocasionen una exclusión por otredad.

En esta guisa, según John Robertson (2016), el trasplante de útero con fines reproductivos es una opción válida cuando la GS no está disponible, o cuando las mujeres que quieren tener bebés mantienen objeciones morales hacia esta práctica. Robertson (1994, 2016) pensaba que tener hijos biológicos es un derecho humano básico para (casi) todo mundo, a menos que haya razones de enorme peso para impedir que alguien se reproduzca (alguien incapaz de cuidar, o que haga daño a sus hijos). Entonces, si existen dificultades para que ciertas mujeres se embaracen, y surgen alternativas viables para conseguirlo seguramente, hay razones para optar por esta vía. El trasplante de útero es, en este sentido, relevante porque rebasa la noción de que los trasplantes de órganos se fundamentan en el acceso a la salud y a una vida íntegra. Aquí, importan igualmente el deseo de gestar y parir, como la convicción de seguir viviendo de un solicitante de médula ósea, hígado, pulmones, riñones, etcétera. Ahora bien: el trasplante de útero involucra riesgos altos, tanto para las donantes vivas (mujeres que consienten que sus úteros sean trasplantados a otras

mujeres) como a las receptoras. También es motivo de preocupación que la permisividad en la confiscación de úteros de cadáveres de mujeres incremente transacciones nocivas y tráfico para efectuar extracciones ilegales ante una probable escasez de donantes voluntarias. Sin embargo, ambas prácticas son discutibles moralmente, precisamente, porque el reconocimiento a la dignidad vinculado a la elección de una individualidad procreativa es prioritario.

Siguiendo el hilo posthumano, la frustración por la incapacidad de procrear un bebé saludable, y la probabilidad de un trauma psicológico depresivo por quedarse involuntariamente sin hijos, justifica ensayar otras vías de procreación. La eliminación indefinida de expectativas de florecimiento personal relacionadas con la dignidad humana, como es el proyecto de formar una familia propia, nos obliga a poner manos a la obra (Robertson, 2016, p. 73). El liberalismo reproductivo procura satisfacer convicciones procreativas desde el consentimiento y la autonomía procreativa, particularmente con la colaboración de terceros dispuestos a ayudar corporalmente hablando. La reproducción humana es colaborativa (Robertson, 1994), y la visión posthumana añade que la elección reproductiva está íntimamente ligada al sentido de la vida y la dignidad, y no es un mero capricho o rol apegado a costumbres.

Algunos críticos del trans y el posthumanismo como el neoconservador Francis Fukuyama (2002) piensa que intervenciones como la modificación genética de embriones, la clonación, la selección de características del feto, o la eliminación de enfermedades congénitas, son alteraciones peligrosas de la naturaleza humana, que dificultarán el reconocimiento mutuo como humanos. Paradójicamente, cuando el poder político está al servicio de la mano invisible del mercado (recordemos que Fukuyama es un ideólogo del neoliberalismo, y enemigo de las izquierdas socialistas), observamos que no hay mucho de malo en que ética se subordine al imperio de la economía. Así, los intereses personales son derechos negativos mercantiles. Los neoconservadores reciben así una cucharada de su medicina: el mercado enaltecido por ellos como el mejor regulador de las relaciones sociales, impulsa políticas que modifican la naturaleza humana que ellos defienden como sagrada e inalterable.

Actualmente, el trasplante de útero de donante mujer (viva o cadáver) a receptora ha derivado en partos exitosos en Suecia (O'Donovan, Williams y Wilkinson, 2019) y su regulación es objeto de calurosa discusión en la comunidad científica. Mientras, la ideología trans-posthumana procura redefinir quienes tienen derecho a reclamar derechos previamente no reconocidos para satisfacer aspiraciones ligadas a la identidad humana. Robertson (1994: 149-172) piensa, a diferencia de Fukuyama, que perseguir objetivos reproductivos controvertidos que alteren nociones sobre lo humano no debe despertar desconfianza, sino constante revisión de las leyes y normas. Las leyes se modifican según los cambios sociales.

Desde una óptica posthumana, la GS y el trasplante de órganos reproductivos (como el útero) son intervenciones justificadas para resolver sufrimientos y síndromes psicológicos indeseables que interrumpen la evolución moral individual. Las emociones y los sentimientos generados por la infertilidad indeseada, aunque no sean intrínsecamente destructivos y formen parte de la experiencia vital de muchas personas, pueden marcar trayectorias vitales en un sentido más negativo que positivo, obstaculizando libertades (Fabre, 2006, 194). Si detener el envejecimiento celular y aumentar la longevidad en 200 años (aparentando mucha menos edad) forma parte de la agenda, ¿por qué privar a personas marginadas reproductivamente del acceso a las ingenierías reproductivas?

Ahora bien, para impulsar este mejoramiento también hay que cambiar la consciencia dualista. Para ello, el posthumanismo de vertiente continental aborda la superación del humanismo antropocéntrico y el rechazo de la racionalidad como cualidad central que nos diferencia del resto de la vida animal. Según Rosi Braidotti (2018), debemos repensar el Antropoceno como una época para desestructurar las jerarquías antropocentristas masculinas. No se busca únicamente una superación del humano como mejoramiento genético y biológico, sino reemplazar las narrativas que construyeron las sociedades modernas y que, a juicio de los posthumanistas, ahora las conducen a su colapso civilizatorio. Se indaga una transición hacia una fase más plural y diversa, no definida a partir de exclusiones y jerarquías implícitas en los patrones del pensamiento occidental moderno, tanto filosófico como histórico y científico (Braidotti, 2018; Ferrando, 2019). Los posthumanistas continentales afirman que la metamorfosis de las estructuras sociales viene del restablecimiento de los contornos de lo biológico en la condición humana, o lo valorado como biológico. La misión de abandonar el dualismo implica construir un universo de comprensión histórico de la humanidad completa, revalorizando la subjetividad. Se introduce entonces un pensamiento que señala a las tradiciones filosóficas dominantes como el suelo de ideologías racistas, colonialistas, sexistas y hetero-normativas.

Las tecnologías reproductivas aparecieron desde el amanecer civilizatorio con modos primitivos de selección sexual. Con la segunda mitad del siglo XX, las técnicas se sofisticaron al grado de lograr la selección de genes y de sexo del embrión fuera del útero materno. Las innovaciones tecnológicas de la sexualidad, la reproducción y los nacimientos han interferido en nuestra evolución porque somos una especie en permanente mediación técnica. El lenguaje, la matriz de infinitas representaciones e imaginaciones (Mumford, 2010). Así pues, huelga decir que la GS no sería solamente un contrato o un regalo. Pensando con los posthumanistas y no con los contractualistas, la GS es un desafío a los dualismos modernos sobre el significado de la maternidad y la corporalidad reproductiva y al dualismo naturaleza-técnica. Nada hay de absolutamente natural ni de puramente técnico en la reproducción, la subjetividad posthumana

puede (y debe) desafiar para producir modos de parentalidad alejados de los modelos del humanismo.

3. La gestación subrogada y la agenda trans y posthumana

El trans y posthumanismo tienen mucho que opinar sobre el (aparente) papel positivo de la GS en la transformación tecnológica de la reproducción. La GS consta de un contrato de, al menos, tres partes: los contratantes (llamados ‘padres intencionales’), los intermediarios (según las regulaciones por países y regiones, pueden ir desde agencias comerciales como la propia sanidad pública, e incluso sindicatos autogestionados de ‘trabajadoras reproductivas’, o ‘asociaciones de gestantes comisionadas’), y las mujeres. Las últimas transferirán todo derecho sobre la criatura a los contratantes, siguiendo las cláusulas establecidas por un estado regulador. El último interviene entre los intereses de los involucrados, supuestamente para paliar los desbalances y prevenir injusticias y explotaciones.

Una definición escueta omite aspectos significativos. Los progresistas fueron los cimentadores de los principios que, supongo, los posthumanistas toman prestados para desplegar una política reproductiva preparada para reajustarse a los intereses y deseos de actores varios, dejando abierta la reproducción a múltiples tipos de elección personal. Recordemos: el liberalismo reproductivo sostiene que la autonomía personal es denegada cuando el estado obstaculiza la realización de acuerdos para reproducirse, por prejuicios o desatención a los derechos. La elección, el reconocimiento y la dignidad vienen de la mano, y su reconocimiento significa respeto. La GS es un capítulo históricamente trascendente para el posthumanismo reproductivo, pues crea los conceptos de ‘gestante sustituta’ como un rol completamente divorciado de la condición de ‘madre’; con los trasplantes de útero y las investigaciones en medicina reproductiva transgénero, el paso del liberalismo al trans-post-humanismo reproductivo implica el relevo de una estafeta: las capacidades reproductivas de la mujer quedan, lingüísticamente, más divorciadas de su condición sexual.

Llegamos así a un asunto central: la GS está mediada por tecnologías cuyo objetivo es hacer que los roles parentales, el sexo biológico y las capacidades reproductivas giren en torno al deseo como el motor de la reproducción posthumana. No me refiero a desafiar la procreación tradicional, cosa que la fecundación *in vitro* y el método ROPA para mujeres lesbianas cuestionaron mucho antes. La GS contribuye a la agenda trans y posthumana al sostener que binomios como el de embarazo-maternidad son excluyentes. La premisa es defendida por quienes no pueden ser padres al carecer de un cuerpo femenino con útero saludable y fértil. De este modo,

el deseo de quienes padecen “precariedad reproductiva” exige servicios corporales regulados. El deseo de terceras personas con poder se ejerce al autorizar la alienación de la mujer embarazada de la maternidad, dando como resultado un bebé nacido, sin madre. Con esto, la GS amplifica la noción de que más personas necesitan de una justicia procreativa que comprenda que algunas personas con deseos reproductivos, digamos una pareja gay, componen un grupo necesitado de una justicia solidaria (Russell, 2018).

El reclamo por una justicia moralmente preocupada por el deseo no es una iniciativa nueva o aislada en el posthumanismo. Otro debate próximo es el acceso a robots sexuales y softwares especializados en la satisfacción del placer sexual, la antesala para convertir la intimidad sexual en derecho. Según John Danaher (2014, 2017), algunos robots con inteligencia artificial son capaces de vivenciar relaciones profundas (amistad, noviazgo, paternidad) con personas, aisladas o no. Los robots eróticos estimulan emociones, favorecen experiencias y sentimientos en las personas, de manera que hace recordar a ciertas amistades a distancia en las que no se concreta una sexualización coital. Una controversia son los robots sexuales, principalmente aquellos con modelos de cuerpo, rostro y características sexuales infantiles, creados para proveer satisfacción sexual con ‘fines preventivos’. Concretamente, pedófilos y pederastas utilizarían robots infantiles para desfogarse, sin concretar abuso alguno hacia un menor humano (Danaher, 2019). Pero, ¿para qué fabricar acompañantes sexuales artificiales? Tanto las amistades como las relaciones sexo-afectivos conforman quiénes somos, enriquecen nuestro sentido de valor vital con sus respectivas oscilaciones, encuentros, desenlaces y continuidades en el tiempo. Las personas sin relaciones de cuidado mutuo quedan profundamente afectadas, y merecen una respuesta según las tesis trans-post-humanistas. ¿Qué objeción presentar ante esto? Pueden ser un negocio floreciente que cosifica, denigra y comercializa a las mujeres en relaciones humanas asimétricas (Richardson, 2016).

Considérense dos situaciones-problema con moralidades que respaldarían un parentesco entre la GS y la ideología estudiada. En un episodio de la serie Black mirror titulado ‘San Junípero’, dos lesbianas mayores padecieron el borramiento de su condición lésbica por imposiciones sociales. En el futuro, se ha diseñado una inteligencia artificial en el interior de un chip que se incrusta en la sien, por medio del cual es posible alterar los recuerdos y construir con ellos otras situaciones, creando percepciones mentales que se vivencian como realmente acontecidos. Al usar esta IA, las mujeres (una sufrió un accidente que la dejó en coma toda la vida; la otra, encontró estabilidad social con un hombre, pero sigue anhelando reencontrarse con la primera) tienen la oportunidad de revivir y experimentar, o concretar, un vínculo amoroso que pudo haber sido y que no fue. En resumen, el mensaje del episodio es que si la tecnología crea un mundo que nuestra consciencia (o lo que queda de ella, para la mujer en coma) toma por real y puede sostenerse en

el tiempo con una complejidad muy próxima a la de la vida consciente sin sustento artificial, ¿por qué no permitirla y, posteriormente, investigar si es capaz de proveer un sentido de plenitud a numerosas vidas mutiladas por accidentes o por injusticias de diversa índole?

Es razonable acoger con beneplácito una consciencia sobre la realidad transformada tecnológicamente como la de San Junípero: se “fabrica” un sentido de valor y dignidad a personas semi-destruidas por accidentes y/o por males sociales asociados a violencias. Por consiguiente, al pasar a escuchar los alegatos de los defensores del derecho procreativo a la GS, ¿aquellas personas marginadas con imposibilidad reproductiva poseen un derecho de acceso a las mujeres con capacidad reproductiva? Si respondemos afirmativamente, entonces nos obligamos a reconceptualizar qué es la reproducción, a replantear conceptos largamente sostenidos en función de los argumentos de minorías marginadas. Por lo pronto, parece que la consciencia artificial de San Junípero, aunque modifique el significado coloquial de vivir y relacionarse con personas reales, reivindica la importancia de ciertas vivencias subjetivas originadas con ayuda tecnológica, o “espejismos” verdaderos. El punto no es juzgar si lo verdaderamente valioso para las dos mujeres hubiese sido vivir ‘realmente’ un romance juntas, y no producirlo mentalmente, a manera de consuelo. La clave podría estar en abrazar un sentido de la vida y de la identidad humana, y emplear tecnologías para honrar la dignidad de alguien cuya trayectoria vital fue truncada injustamente.

No obstante, el conflicto de la GS sigue incrustado en el útero del cuerpo reproductivo-creativo-material de las mujeres, al margen de membresías ideológicas y corrientes conceptuales. Las carencias corporales son un tópico recurrente para el posthumanismo. La legislación de los robots sexuales y del ‘trabajo sexual’ efectuado por robots o por programas de software (pensemos en la película del 2013 titulada *Her*, de Spike Jonze), conforman un debate que involucra el reconocimiento de las necesidades sociales desde un paradigma posthumano. Según éste, las relaciones entre humanos y tecnologías de IA generan una intersubjetividad que modifica el umbral y el alcance de los derechos sociales. Según John Danaher (2017): 1) Los robots sexuales involucran tensiones morales superables: podemos diseñar robots con formas y maneras de relacionarse no sexistas ni promotoras de violencia sexual, pederastia, o maltrato sexual no consentido; 2) El feminismo anti-pornografía -que critica la industria tecnológico-sexual- olvida que la sexualidad es valiosa en el plano emocional y a un tipo de plenitud, y que no toda la pornografía tendría que ser denigrante y opresiva. Siempre queda espacio para la creación de materiales eróticos para ayudar a discapacitados.

Las ideas de Danaher abren la brecha para una armonía entre la robótica, la IA y otras tecnologías que enriquecerían las vidas humanas en situación de carencia de apegos significativos y en soledad no deseada. Ahora bien, lo realmente destacable de su perspectiva es el papel

atribuido a las tecnologías como amplificadores del espectro de las necesidades y derechos de acceso que un paradigma posthumanista concibe como justo y necesario. De manera parecida, la GS (con más de 40 años ayudada por la fecundación in vitro) es concebida como una redefinición del embarazo como pacto (o contrato) social, que desarraiga las nociones sobre el rol biológico de la adquisición de derechos parentales. Lo anterior sería benéfico para ciertas personas impedidas para la reproducción por “no poseer capacidad gestante”, como hombres, personas transexuales y transgénero, o mujeres sin esa posibilidad. ¿Lo sería para las mujeres?

El posthumanismo reproductivo se denomina anti-esencialista, anti-dualista y se sirve de un pensamiento anti-binarismos para comprender la corporalidad, la vida sexual, y las relaciones con las demás criaturas vivientes (y con las tecnologías) (Ferrando, 2019, p. 22). Por consiguiente, plantea que las capacidades reproductivas de las mujeres no son experiencias biológicas inmanentes, inalienables, e inherentes a su condición sexual. Por el contrario, comprende que la tecnología permite intervenir más repentina y profundamente en los cuerpos, y en sus capacidades. El embarazo y el parto son, desde el prisma posthumano, cooperación con terceros en un proyecto reproductivo que cuestiona los imperativos de género asociados a las capacidades de los cuerpos femeninos. El deseo mutuo y consentido entre “padres intencionales” y la “portadora gestacional”¹ es también la apuesta por un desafío de las convenciones biologicistas que encorsetan los parentescos familiares. Confían que la GS, al privilegiar la intención procreativa, fortalece la subjetivación de un deseo posthumano: que el embarazo y el parto pierdan la certeza de lo primigenio, el *mater semper certa est*, cediendo paso a una creatividad reproductiva.

Siguiendo esa línea, Sophie Lewis (2018) conecta la GS con lo posthumano mediante los estudios de género. La GS favorece la deconstrucción de la familia, el binomio sexo-capacidades reproductivas, y los roles parentales. La GS disputa “la primacía de la maternidad gestacional como símbolo hegemónico del esencialismo” como argumento biologicista, limitado para comprender la variabilidad de las situaciones sociales de crianza en el paraguas de la poli-maternidad. A su vez, la GS es cooperación reproductiva, una invitación para colectividades oprimidas que reclaman el (hipotético) derecho de obtener relaciones de cuidado otrora negados por la heteronorma. Lewis (2017) defiende postulados antagónicos del feminismo anti-explotación reproductiva, compatibles con la agenda posthumana. Resumo a continuación algunos: 1) El feminismo abolicionista blanco europeo, norteamericano y australiano se opone a la cosificación, mercantilización y subordinación. Desconoce, sin embargo, al capitalismo o al

¹ Sobre el vocabulario anglosajón de la cultura de la GS, véase: Beeson, D., Darnovsky, M., y Lippman, A. (2015). What's in a name? Variations in terminology of third-party reproduction. *Reproductive BioMedicine Online*, 31(6): pp. 805-814.

racismo colonial como paradigmas de explotación de las “personas gestantes”. Su pensamiento es dicotómico (dualista); 2) La GS, como el “trabajo sexual”, no precisa de una industria del rescate de víctimas explotadas, sino de una antropología de la complejidad con epistemología del sur; 3) Las voces de las ‘actoras’ de la GS es una fuente de conocimientos de las poli-maternidades más relevantes que las políticas neo-abolicionistas de feministas blancas; 4) La narrativa del feminismo abolicionista borra realidades subalternas con significados sociales de maternidad no occidentales; 5) La gestante subrogada es activa reproductora cyborg capaz de engendrar vida sin alinearse a las narrativas occidentales de la maternidad.

Son muchos los hilos que Lewis cataloga del feminismo radical como expresiones de autoritarismo. Como no es mi objetivo detenerme y analizarlos, es preferible proseguir con una situación-problema que el feminismo radical y materialista debe afrontar reflexivamente sobre la GS y lo posthumano.

5. El feminismo ante la reproducción trans y posthumana

Como sucede con la cinta de Moebio, o con el día de la marmota, el feminismo parece extraviado en circunloquios repetitivos. La agenda sufre de “obstáculos lingüísticos”, cuando necesita ambicionar más y preservar así lo conseguido en el pasado, y producir un futuro justo. Cambiar el lenguaje no altera la realidad espontáneamente (Falcón, 2021). Los feminismos materialistas (radical y marxista, separados por sus respectivas ontologías de la opresión) encuentran paradojas recurrentes en la GS y otros discursos eugenésicos y posthumanos. Para el feminismo radical, las mujeres pueden ser quebrantadas incluso cuando hay consentimiento mutuo. La coerción caracteriza las percepciones de la víctima, concediéndole primero una parcela de movimiento cuyos límites están fijados por alguien más. Después, ese alguien se beneficia de la percepción de seguridad y protección de la víctima, brindada por el discurso de la elección informada (Frye, 1983).

El resto es historia: la pornografía se convierte en robots sexuales para saciar a pedófilos e *incels* (célibes involuntarios), y acabar con la abstinencia no deseada de discapacitados; la prostitución es prestación de servicios corporales; y la GS es una repuesta contra la producción reproductiva capitalista del sistema sexo-género (como sugiere Sophie Lewis en sus numerosos textos para denostar al feminismo radical). El sistema sexo-género que reemplaza al término patriarcado, es una jugada en el ajedrez patriarcal, y aquí favorecería el avance de la agenda trans y posthumana.

¿Por qué el feminismo radical considera que el trans y posthumanismo enmascara la reaccionaria ideología patriarcal? Primero, desde el posthumanismo se conciben los logros en libertades reproductivas de las mujeres como si fueran avances de grupos excluidos, y no el resultado de un examen de la situación global de las mujeres como clase sexual femenina atravesada por intersecciones. Shulamith Firestone (1976) pensaba que el desbalance del rol gestacional y procreador de la mujer en la reproducción de la especie humana es la fuente de la opresión, y que cuando la tecnología permitiese otro modo de reproducción y crianza de las niñas y los niños, entonces las mujeres podrían liberarse del yugo de la maternidad en su fórmula matrimonio-heterosexualidad-subordinación. La pregunta sigue siendo: ¿cuánto se distancian las metas del trans y posthumanismo reproductivo del objetivo irrenunciable del feminismo de priorizar a las mujeres, especialmente a las más explotadas?

Tentativamente, este feminismo tendrá que definirse como una de las pocas alternativas sensatas en el panorama global. Una opción diferente respecto del paisaje ideológico dominado por el deseo de superar la mortalidad de la carne, de vencer la imposibilidad de ciertos cuerpos para reproducirse. El trans y el posthumanismo no son meras amenazas o distopías. Son políticas, cosmovisiones, filosofías e ideologías (sin orden en particular, no todas aparecen juntas siempre en todos los discursos) que nos prometen, con el avance científico-tecnológico, que seremos lo que deseamos. El feminismo insiste en que las mujeres todavía no son tratadas como seres humanos, y que las mismas exclusiones y opresiones de la modernidad y sus ideologías dominantes (liberalismo, contractualismo, comunitarismo, comunismo, socialismo) serán heredadas por la posthumanidad. Aún peor, las categorías de lo humano no cobijan plenamente a las mujeres en el ejercicio real de sus libertades efectivas, pues la domesticación mental, histórica e ideológica sigue siendo un obstáculo para una colectividad mayor. El cuerpo sexuado es destino social y ontológico porque la diferencia sexual se practica socialmente como subordinación (Pateman, 1988). Según Antonio Diéguez (2020), un mérito del transhumanismo (entre muchas pretensiones riesgosas) es poner de relieve la filosofía de la mejora humana como un debate de nuestro tiempo que no se resuelve con extremismos, sino con más democracia sobre la prominencia de lo público por encima de los intereses privados de unos pocos. El feminismo materialista no puede ausentarse de una discusión sobre la democracia.

6. Ideas finales

¿Se acerca un trans y posthumanismo con “personas gestantes” con derecho de subjetivar su embarazo para convertirse en “proveedoras” de la justicia reproductiva que reclaman algunas minorías, y así “romper con esencialismos”? ¿Acaso los feminismos de las primeras y segundas

olas palidecerán frente a un postgenerismo posthumano? La preocupación del feminismo no es ni baladí, ni artificial, ni mucho menos un disparate alimentado por el miedo a la tecnología transformadora. Sirva este ensayo para desplegar una idea. Son muchos los intentos por conectar al bioconservadurismo, la derecha político-económica, y al feminismo radical como aliados para oponerse a la legitimación de una nueva izquierda trans y posthumana. Una supuesta izquierda organizada para prevenir un futuro dominado por el dolor, las jerarquías, el desastre planetario y las opresiones, pero que demuestra su carácter blandengue al tener en el deseo y el rechazo a la finitud su fundamento político.

El feminismo halla dos problemáticas en todo esto: 1) El pánico al fracaso dominante en occidente, expresado en reacciones patriarcales; y 2) la conexión de dicho pavor con el avance de un feminismo políticamente directo con las opresiones. No está claro que todas las iniciativas del trans y el posthumanismo vayan directamente en contra del feminismo. Sí parece, por otra parte, que se trata de filosofías en disputa en torno a qué significa avanzar y mejorar en una democracia.

El fracaso civilizatorio es observable con un antropoceno depredador, masculino, y donde el poder lo tienen los hombres del complejo militar industrial. El feminismo nos dice que dicho contexto político e ideológico incubó la GS como “reproducción inclusiva del futuro”, cobijada con el paraguas de la diversidad pluriparental. El feminismo tiene de su lado la crítica de la explotación reproductiva como constante de múltiples opresiones que configuran la situación global de las mujeres. ¿Cómo responder a las críticas? No todas las iniciativas posthumanas son intrínsecamente nocivas: la eliminación de enfermedades congénitas y de varios tipos de cáncer influenciados por la herencia genética (incluyendo cáncer de mamas, ovarios, útero), el aumento de talentos mediante la modificación genética, e incluso un re-enfoque feminista de la reproducción asistida entre mujeres (como sucede con las lesbianas), pueden centrarse en asuntos perjudiciales para las mujeres.

Un posthumanismo sin feminismo heredará el contrato sexual del que tanto ha prevenido Carole Pateman (1988), y no queda claro que el posthumanismo sea feminista. Concluyendo, 1) el feminismo no afirma la premisa de que la modificación tecnológica de la naturaleza humana es una violencia intrínseca contra la mujer. Más bien, señala la tendencia del trans y posthumanismo de construir idearios deseables sin valorar los beneficios que obtiene el patriarcado; 2) El feminismo no querría prohibir cualquier IA capaz de producir consciencias alternativas. Más bien, indagaría en las maneras en que una IA enmascararía modos de sujeción, oscureciendo los males opresores contra la mujer; 3) El feminismo no mantiene oposición intrínseca de que robots y sistemas de IA acompañen a personas solitarias. Se preocuparía de las ingeniosas colaboraciones entre el complejo de la realidad virtual (p.e. pornhub, onlyfans) y el negocio de la explotación sexual; y, por último, 4) El feminismo no se opone a la GS porque las tecnologías sean

intrínsecamente cosificadoras. Más bien, conceptualiza el extractivismo de los cuerpos reproductivos de las mujeres como una tradición colectivamente legítima con múltiples rostros; 5) La GS no es un avance solidario incomprendido por el conservadurismo o por el feminismo radical. La GS se expande porque las mujeres no son tratadas como humanas, con capacidades corporales reproductivas inalienables ausentes en los varones. Las ideologías humanistas y posthumanistas carecen de suficiente feminismo para aceptar que embarazo y parto no son separables y analógicas a las actividades hechas por hombres.

Bibliografía

- ◆ Bostrom, N. (2005). In defense of posthuman dignity. En: *Bioethics*.
- ◆ _____ (2008). Why I want to be a posthuman when I grow up. En: Gordijn, B. y Chadwick, R. (eds.). *Medical enhancement and posthumanity*, pp. 107-136. Dordrecht: Springer.
- ◆ Braidotti, R. (2018). *Lo posthumano*. Barcelona: Gedisa.
- ◆ Danaher, J. (2014). Sex work, technological unemployment and the basic income guarantee. *Journal of Evolution and Technology*, 24 (1): pp. 113-130.
- ◆ _____ (2017). Robotic rape and robotic child sexual abuse: Should they be criminalised? *Criminal law and philosophy*, 11(1), pp. 71-95.
- ◆ _____ (2019). Regulating child sex robots: restriction or experimentation? *Medical Law Review*, 27 (4): pp. 553-575.
- ◆ Diéguez, A. (2020). La función ideológica del transhumanismo y algunos de sus presupuestos. *Isegoría*, (63): pp. 367-386. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2020.063.05>.
- ◆ Fabre, C. (2006). *Whose body is it anyway? Justice and the Integrity of the Person*. Nueva York y Londres: Oxford University Press.
- ◆ Falcón, L. (2021). *La filosofía del engaño*. Madrid: El viejo topo.
- ◆ Ferrando, F. (2020). *Philosophical posthumanism*. Londres y Nueva York: Bloomsbury Publishing.
- ◆ Firestone, S. (1976). *La dialéctica del sexo. En defensa de la revolución feminista*. Barcelona: Kairós.
- ◆ Frye, M. (1983). *The politics of reality: essays in feminist theory*. Nueva York: The crossing press.
- ◆ Fukuyama, F. (2002). *Our posthuman future: consequences of the biotechnology revolution*. Nueva York: Farrar, Straus and Giroux.
- ◆ Harris, J. (2011). Moral enhancement and freedom. *Bioethics*, 25 (2): pp. 102-111. <https://doi.org/10.1111/j.1467-8519.2010.01854.x>.
- ◆ Harris, J. y Savulescu, J. (2015). A debate on moral enhancement. *Cambridge quarterly healthcare ethics*. 24 (1): pp. 8-22. <https://doi.org/10.1017/S0963180114000279>.

- ◆ Kass, L. (2003). Ageless bodies, happy souls: biotechnology and the pursuit of perfection. En: *The New Atlantis: a journal of technology and society*, (1), pp. 9-28.
- ◆ Lewis, S. (2017). Defending intimacy against what? Limits of antisurrogacy feminisms. *Signs: Journal of women in culture and society*, 43(1): pp. 97-125. <https://doi.org/10.1086/692518>.
- ◆ _____ (2018). International Solidarity in reproductive justice: surrogacy and gender-inclusive polymaternalism. *Gender, place & culture*, 25(2): pp. 207-227 <https://doi.org/10.1080/0966369X.2018.1425286>.
- ◆ Macklin, R. (2003). Dignity is a useless concept. *BMJ*, 327 (7429): pp. 1419-1420. <https://doi.org/10.1136/bmj.327.7429.1419>.
- ◆ Miyares, A. (2022). *Delirio y misoginia trans. Del sujeto transgénero al transhumanismo*. Madrid: Libros de la catarata.
- ◆ Mumford, L. (2010). *El mito de la máquina. Técnica y evolución humana*. Logroño: Pepitas de calabaza.
- ◆ Pateman, C. (1998). *The sexual contract*. Londres: Polity press.
- ◆ O'Donovan, L., Williams, N. J., y Wilkinson, S. (2019). Ethical and policy issues raised by uterus transplants. *British medical bulletin*, 131 (1): pp. 19.
- ◆ Richardson, K. (2016). The asymmetrical 'relationship' parallels between prostitution and the development of sex robots. *Acm Sigcas Computers and Society*, 45(3), pp. 290-293. <https://doi.org/10.1145/2874239.2874281>.
- ◆ Robertson, J. (1994). *Children of choice: freedom and the new reproductive technologies*. Nueva Jersey: Princeton university press.
- ◆ _____ (2016). Other women's wombs. Uterus transplants and gestational surrogacy. *Journal of Law and the Biosciences*, 3(1), pp. 68-86. <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw011>.
- ◆ Russell, C. (2018). Rights-holders or refugees? Do gay men need reproductive justice? *Reproductive Biomedicine & Society Online*, 7, pp. 131-140. <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2018.07.001>.
- ◆ Singer, P. (2002). De compras por el supermercado genético. En: *Isegoría*, (27): pp.19-40.

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2022

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

ARTÍCULO

La controversia bioética sobre el triaje durante la pandemia de la COVID-19

La controvèrsia bioètica sobre el triatge durant la pandèmia de la COVID-19

The bioethical controversy over triage during the COVID-19 pandemic

JORGE E. LINARES SALGADO *

* Jorge E. Linares Salgado. Doctor en Filosofía. Programa Universitario de Bioética, Universidad Nacional Autónoma de México. E-mail: lisjor@unam.mx. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-1877-5675>.



Copyright (c) 2022 Jorge E. Linares Salgado
Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

La pandemia de la COVID-19 ha puesto en crisis a los sistemas públicos de salud con el aumento acelerado de ingresos a los servicios de urgencias y unidades de cuidados intensivos (UCI). Esta demanda de atención crítica en situación de emergencia sanitaria mundial ha suscitado la necesidad de aplicar métodos de triaje para seleccionar a las personas que tengan más probabilidades de sobrevivir con mejor calidad de vida y años de supervivencia. Sin embargo, las difíciles decisiones sobre el triaje no son una cuestión meramente médica, sino una decisión bioética que implica tomar en cuenta otros criterios sociales para seleccionar justa y equitativamente a las personas. Estas decisiones deben ser deliberadas y avaladas por comités hospitalarios de bioética, no deben ser tomadas únicamente por el personal sanitario. Este artículo aborda el problema de manera general y se refiere a la situación en México a partir de algunos datos disponibles. Se cuestiona el uso de métodos aleatorios y de orden de llegada al hospital por no ser los más justos y eficientes en el uso de recursos escasos de medicina crítica durante esta pandemia. Se discute también la viabilidad de emplear, junto con los criterios médicos, los criterios de "utilidad social", algunos de los cuales ya han sido aplicados en casos de listas de espera en trasplantes de órganos, en casos de desempate y para ayudar a una selección más cuidadosa de pacientes con la finalidad de incrementar el número de personas beneficiadas en las UCI y la calidad de vida de las supervivientes..

Palabras clave: triaje; COVID-19; controversias bioéticas; pandemias.

Resum

La pandèmia de la COVID-19 ha posat en crisi als sistemes públics de salut amb l'augment accelerat d'ingressos als serveis d'urgències i unitats de vigilància intensiva (UCI). Aquesta demanda d'atenció crítica en situació d'emergència sanitària mundial ha suscitat la necessitat d'aplicar mètodes de triatge per a seleccionar a les persones que tinguin més probabilitats de sobreviure amb millor qualitat de vida i anys de supervivència. No obstant això, les difícils decisions sobre el triatge no són una qüestió merament mèdica, sinó una decisió bioètica que implica tenir en compte altres criteris socials per a seleccionar justa i equitativament a les persones. Aquestes decisions han de ser deliberades i avalades per comitès hospitalaris de bioètica, no han de ser preses únicament pel personal sanitari. Aquest article aborda el problema de manera general i es refereix a la situació a Mèxic a partir d'algunes dades disponibles. Es qüestiona l'ús de mètodes aleatoris i d'ordre d'arribada a l'hospital per no ser els més justos i eficients en l'ús de recursos escassos de medicina crítica durant aquesta pandèmia. Es discuteix també la viabilitat d'emprar, juntament amb els criteris mèdics, els criteris de "utilitat social", alguns dels quals ja han estat aplicats en casos de llistes d'espera en trasplantaments d'òrgans, en casos de desempat i per a ajudar a una selecció més acurada de pacients amb la finalitat d'incrementar el nombre de persones beneficiades en les UCI i la qualitat de vida de les supervivents.

Paraules clau: triatge; COVID-19; controvèrsies bioètiques; pandèmies.

Abstract

The COVID-19 pandemic has put public health systems in crisis due to the accelerated increase in admissions to emergency services and intensive care units (ICU). This demand for critical care in a global health emergency has led to the need for triage methods to adequately select the patients most likely to survive the disease with better quality of life and years of survival. However, problematic decisions about triage are not merely a medical matter, but a bioethical decision that involves considering other social criteria to select patients fairly and equitably. These decisions must be deliberate and endorsed by hospital bioethics committees, they should not be taken solely by the health personnel in charge. This article addresses the problem in a general way and refers to the situation in Mexico, based on available data. The use of random and first-come arrival methods at the hospital is questioned for not being the fairest and most efficient in the use of scarce critical medicine resources during this pandemic. It also discusses the feasibility of using, together with medical criteria, the criteria of "social utility", some of which have already been applied in cases of waiting lists in organ transplants, in cases of tie-breaking and to help a more careful selection of patients to increase the number of people benefited in the ICU and the quality of life of the survivors.

Keywords: triage; COVID-19; bioethical controversies; pandemics.

1. Las controversias sociales sobre el triaje

Uno de los temas más controversiales en países que sufrieron hospitalizaciones y muertes masivas durante la pandemia de la COVID-19 ha sido el del triaje, ante la escasez de equipo especializado (tanto material como humano), para poder atender prioritariamente a aquellas personas con mejores posibilidades de sobrevivir en las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI). Este artículo aborda el problema de manera general y se refiere en particular a la situación en México, a partir de algunos datos disponibles (Hernández Bringas, 2020¹). El caso mexicano es relevante y puede resultar de interés internacional por ser uno de los cuatro países con mayores decesos por la pandemia, reportados oficialmente.

De acuerdo con los informes de las autoridades mexicanas, hasta enero de 2022 no se sobresaturaron las UCI, pero sí ha habido un porcentaje significativo de personas que murieron fuera del hospital, pues han sido 7,8% de los fallecidos (Hernández Bringas, 2020: 125); es decir, que no pudo llegar a urgencias para ser atendida o que prefirió morir en casa. Este dato muestra las dificultades y carencias del sistema de salud, y la complejidad de las decisiones de triaje. Durante la pandemia se ha reportado en México números elevados de muertes: para enero de 2022, más de 300 mil con diagnóstico confirmado de COVID-19 y más de 140 mil “asociadas” o que, si bien no se diagnosticaron adecuadamente, forman parte del exceso de mortalidad que contabiliza el Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) de 2020 a 2021.² Por tanto, el SARS-CoV-2 ha matado en México a más de 440 mil, en números aproximados, hasta enero de 2022 y, por ello, México está en cuarto lugar en número de decesos, solo detrás de EE. UU., India y Brasil.

¹ La relevancia del artículo de Hernández Bringas publicado en la revista de la CEPAL: *Notas de población* no. 111, es que se basa en datos de actas de defunción del registro civil, y no en los datos oficiales que ofrece la Secretaría de Salud del gobierno mexicano, que solo consigna los casos confirmados. Hasta el momento, no se han publicado otros estudios estadísticos que analicen la pandemia en México.

² Es conocido que el “exceso de mortalidad” que se ha reportado demográficamente en varios países, como México, se deba también a que han muerto durante la pandemia más personas que no recibieron adecuado tratamiento médico de sus padecimientos crónicos graves o de urgencia. Estos datos no se pueden alterar porque en la mayoría de los países el recuento de defunciones es habitual y lo registran instituciones independientes, como el INEGI de México. El INEGI estableció que, al menos, el exceso irregular de muertes aumentó 58% de 2019 a 2020. En 2019 murieron 747,784 personas, en 2020 1,086,743. Véase el INEGI, Mortalidad (inegi.org.mx) Y, de acuerdo con el sitio web del Gobierno Federal de México, el exceso de mortalidad de 2020 a 2021 fue de 644,599 personas, de las cuales “asociadas a COVID-19” fueron 448,633 y solo se habían confirmado 292,740 muertes por COVID-19 directas hasta el 29 de noviembre de 2021. Véase: Exceso de Mortalidad en México – Coronavirus. Es decir, que más de 200 mil personas no registradas han muerto o por la pandemia o en condiciones probablemente irregulares por falta de atención médica a otros padecimientos, pues la tasa de suicidios no aumentó más que en mínimo porcentaje (en 2020 se suicidaron 7,896 personas, según el INEGI).

El triaje³ ha sido en México responsabilidad del personal médico durante la pandemia. En diversos países se formaron comités *ad hoc* dentro de los hospitales que analizaron los datos clínicos para ayudar a seleccionar a las y los pacientes. De cualquier modo, las decisiones deben tomarse con urgencia y, por ello, tendrá que ser el personal médico el que cargue con gran parte de la responsabilidad, si no se organiza un sistema eficiente de triaje. Tales decisiones pueden agregar mucha más zozobra al, de por sí, excesivo estrés que ha sufrido el personal sanitario por la avalancha de pacientes. Una responsabilidad individual tan pesada para las y los médicos no es justa. Por eso, ha resultado inevitable el daño a su salud, así como el aumento de deserción o solicitud de licencias de un número indeterminado de estos profesionales. A ninguna sociedad le conviene extenuar y llevar al límite la resistencia de su mejor y más experimentado personal médico. La afectación que han sufrido, no sólo emocional, sino en el núcleo de su moral profesional, es un tema pendiente de investigación, a fin de diseñar modelos que reduzcan la sobrecarga, el *burnout* y las malas condiciones de trabajo (además de bajos salarios y poco reconocimiento social) en los sistemas públicos de salud.

Es indispensable que la responsabilidad de las decisiones de triaje esté compartida en comités hospitalarios de bioética, que la sociedad civil esté bien informada y que las directivas de las instituciones de salud se involucren en la formación de los comités y en la adecuada información a la población. Pero una de las más graves fallas de los gobiernos ha sido dejar al personal médico en las UCI y en las salas de urgencias sin el apoyo de suficientes recursos materiales y humanos (Fernández et al., 2021). En muchos países, como México, estas carencias de su sistema público de salud se han normalizado por años y a nadie le preocuparon en sucesivos gobiernos (Arreola et al., 2021). Son ahora inaceptables y altamente riesgosas durante una pandemia de la magnitud que hemos vivido y, por supuesto, para las pandemias que vendrán después.

³ Como se sabe comúnmente, el triaje comenzó a aplicarse en el contexto militar, al menos desde las guerras napoleónicas, para seleccionar a soldados heridos que tenían más posibilidades de sobrevivir. En el contexto civil contemporáneo se aplica en situaciones de desastres con muchos heridos y en las unidades de urgencias y de cuidados intensivos en los hospitales. A pesar de que muchos intensivistas estén habituados a utilizar estos métodos, la situación de emergencia sanitaria mundial ha desbordado sus capacidades de operación por la altísima demanda y el estrés social y profesional. Véase "Triage" en: Henk ten Have (ed.), *Encyclopedia of Global Bioethics*, Springer, 2016, p. 2839.

2. Los criterios de utilidad médica en el triaje

Seguramente, aun sin aplicar los distintos protocolos y guías éticas de triaje que se emitieron en diversas naciones⁴, las y los médicos tomaron las mejores decisiones posibles al momento de intubar o extubar, así como practicar difíciles maniobras a las personas con COVID-19, para intentar salvar al mayor número que fuera posible (Heras, 2020).⁵ Pero es inexcusable que en las próximas oleadas de esta o las siguientes pandemias, si no logramos contar con un adecuado triaje, los recursos médicos escasos (equipo técnico y de protección, ventiladores mecánicos y, ante todo, el personal especializado de las UCI) no se utilizarán del modo más eficiente que lo permita la situación de emergencia.

El peor método de selección, opuesto a la lógica del triaje, es el orden de llegada al hospital, que supuestamente no discrimina a nadie; pero que, en realidad, deja a las disímiles circunstancias de las y los pacientes las prioridades de atención. Asimismo, se levantó una enorme controversia (sobre todo en Europa) sobre si la edad avanzada era un criterio para no ingresar a pacientes en estado grave a las UCI (Altman, 2021). Ese es un criterio médico necesario para determinar la capacidad de responder a un tratamiento invasivo y riesgoso, así como para calcular la expectativa y calidad de vida posterior, pero no el único ni el más determinante. Los criterios más decisivos son los de “utilidad médica” o posibilidad de sobrevivencia, junto con otras ponderaciones que el personal tiene que efectuar para determinar la calidad y la cantidad de vida que es esperable para *cada paciente en particular*, utilizando diversas escalas y mediciones (QALY⁶ o SOFA⁷). Pero el criterio de la mayor posibilidad de supervivencia con mayor número de años con una calidad de vida aceptable no es meramente técnico porque siempre estará cargado de consideraciones

⁴ En México, se emitió la *Guía bioética para asignación de recursos limitados de medicina crítica en situación de emergencia*, publicada por la Secretaría de Salud del Gobierno Federal. [GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf](#) (csg.gob.mx). Esta Guía fue cuestionada desde el inicio por la opinión pública. Ante la imposibilidad de aplicarla, el gobierno la desactivó dejándola como una “recomendación” que, probablemente, pocos hospitales siguieron. No existen datos públicos al respecto.

⁵ Véase Gabriel Heras, *En primera línea. Un testimonio desde las UCI de la crisis del coronavirus*. Este intensivista español explica con detalles y mucho tino las complicaciones del tratamiento de las/los pacientes COVID-19 en las UCI. Es una reflexión de primera mano, honesta y muy valiente sobre lo que han vivido miles de médicas y médicos en las UCI en todo el mundo.

⁶ Véase un capítulo que explica y critica muy atinadamente el método QALY (Quality Adjusted Life Years): John Harris, “Deciding Between Patients” en Helga Kuhse y P. Singer, *A companion to bioethics*, 2a. ed., 2014. Asimismo, los artículos sobre “allocation of healthcare resources,” “epidemics,” “triage” y “Health Policy In International Perspective”, de Stephen G. Post (ed.), *Encyclopedia of Bioethics*.

⁷ La *Guía bioética para asignación de recursos limitados de medicina crítica en situación de emergencia* de México hace referencia y emplea el método SOFA (Sequential Organ Failure Assessment o Escala de evaluación de fallo orgánico secuencial). Dicha escala calcula las posibilidades de sobrevivencia mediante la evaluación de seis órganos y estado de sus funciones: pulmones y respiración, coagulación, hígado, sistemas cardiovascular y nervioso, funcionamiento renal, así como la edad y las comorbilidades.

sociales y de valores morales explícitos o implícitos. Por eso es una cuestión bioética, y no solo médica.

Por otra parte, la evaluación de la expectativa de vida en años ajustada por calidad puede resultar problemática, dado que hoy sabemos que un porcentaje no insignificante de personas que se contagiaron de SARS-CoV-2 han tenido efectos prolongados y, en algunos casos, graves e incapacitantes (afectaciones cardíacas, vasculares, pulmonares o neurológicas), algunos de los cuales no tenían relación con su estado previo de salud. Por tanto, la valoración de años de vida ajustada en calidad se puede volver incierta ante *nuevos virus*. Es un error cognitivo emplear métodos que son adecuados con enfermedades o patógenos *ya conocidos* a los que resultan *desconocidos*. Dado que no se podía predeterminar esos efectos de la COVID-19, y que tampoco se podrá prever las secuelas a largo plazo en pandemias causados por otros nuevos virus, los criterios de utilidad social pueden reforzar las decisiones de triaje que se tienen que tomar en lo inmediato y con un alto grado de incertidumbre.

Para que sea efectivo, el criterio de utilidad médica debe alimentarse de datos fiables sobre las condiciones de las/los pacientes, a saber, comorbilidades y antecedentes de salud, pero también de factores como red familiar y social, así como capacidad de resiliencia, condiciones de habitabilidad e higiene para el cuidado posterior. Sin embargo, en la urgencia no habrá en muchos casos tiempo suficiente para elaborar historias clínicas completas, y para monitorear de manera pormenorizada la evolución de cada paciente, como sucede habitualmente en las UCI. Así que, ante las dificultades de aplicar los criterios médicos del triaje en las urgencias, es de sospechar que el método de orden de llegada pueda imponerse por fuerza mayor.

Estas son las recomendaciones principales que la OMS y la OPS han establecido para los métodos de triaje durante una pandemia, y que son el resultado de la experiencia internacional:

1. Establecer criterios de priorización transparentes: [...] alivia la carga de los proveedores de salud, al no tener que ser ellos quienes determinan estos criterios.

2. Salvar la mayor cantidad de vidas: [...] priorizar a quienes están en mejores condiciones clínicas de sobrevivir el tratamiento con respecto a quienes difícilmente se recuperarán incluso con el tratamiento. Debe quedar siempre claro que esto no constituye abandonar a los pacientes: se les debe siempre brindar el cuidado paliativo necesario incluso si no es posible ofrecerles tratamiento.

3. Priorizar a quienes tienen la tarea de salvar las vidas de otros. [...] Priorizar su atención responde por ello a un criterio de justicia, y permite además salvar la mayor cantidad de vidas dado su rol central en la atención de otros.

4. Tratar a todas las personas equitativamente: Todas las personas en la misma situación (con COVID-19 u otra enfermedad) deben ser tratadas de la misma manera. En atención a la justicia y la equidad es fundamental asegurar que no haya variaciones según privilegio o discriminación respondiendo a diferencias de etnicidad, religión, orientación sexual, recursos económicos u otros criterios ajenos a estas recomendaciones. (OPS-OMS, 2020).

Se sabe bien que en una situación de emergencia sanitaria se prioriza el principio utilitarista del “mayor bien para el mayor número posible de personas”, pero este debe ser ponderado con criterios de justicia distributiva, igualdad de derechos y equidad (ten Have, 2016: 2839-2846). Allí reside el problema de tomar decisiones médico/ético/políticas en una pandemia que posee el enorme potencial para matar rápida y masivamente. Por tanto, es indispensable que la comunidad médica y bioética del mundo pueda analizar los casos específicos para poder elaborar nuevos protocolos de triaje o para ajustar los ya existentes.

De acuerdo con Susanne Jöbges y coautores (2020), los principios éticos más comunes en las guías bioéticas sobre el triaje en varios países analizados⁸ son la *justicia distributiva* y la *maximización del beneficio*, que incluya a todos las/los pacientes, tanto a los infectados por el SARS-CoV-2 como a los no infectados pero en estado crítico.⁹ Todas las guías bioéticas coinciden en que, como primera regla, no debe discriminarse a nadie por su edad, etnicidad¹⁰, discapacidad, género, orientación sexual, religión, tipo de seguro médico, nivel económico o estatus social, y que debe prestarse debida atención a los grupos vulnerables: personas mayores, minorías culturales, lingüísticas y religiosas, mujeres, personas con discapacidad, en pobreza, y en países como México, a personas de pueblos originarios.

Jöbges y coautores enumeran otras condiciones comunes¹¹ a las guías para un adecuado triaje; por ejemplo, la necesidad de establecer un procedimiento para distinguir los diferentes

⁸ Australia, Nueva Zelanda, Canadá, Reino Unido, EE. UU., Suiza, Italia, Alemania, Bélgica, Pakistán, Sudáfrica, y uno internacional. Falta el análisis en dicho artículo de una guía de un país iberoamericano, pero aquí nos referimos a la *Guía bioética* mexicana.

⁹ Se sabe, pero no con precisión porque no hay estudios empíricos publicados, que muchas personas murieron por no haber sido atendidas en los hospitales que se dedicaron exclusivamente a los enfermos de COVID-19. Este descuido *intencional* o *por fuerza mayor* se ha manifestado en los “excesos de mortalidad” reportados en varios países, como en México. Es decir, entre las víctimas de la pandemia también deberíamos contar a las personas que no tuvieron atención dedicada o en UCI por no padecer COVID-19.

¹⁰ En el mundo anglosajón siguen hablando erróneamente de “raza”. Este es un falso concepto que ya no debería figurar en ningún documento de bioética. La humanidad es suficientemente homogénea en términos biológicos. No existen las “razas humanas”, sino solo poblaciones diversificadas geográficamente y que comparten algunas características genómicas y fenotípicas.

¹¹ Las prioridades de la aplicación del método de triaje en diversos países, de acuerdo con el estudio comparativo hecho por Jöbges y coautores son: a) maximizar el beneficio, b) la igualdad y la equidad, c) el criterio de utilidad, d) la extensión de años de vida, e) transparencia y justicia, f) la consideración de la voluntad de las/los pacientes y g) la posibilidad de reconsideración del tratamiento, si falla o no da resultados esperados. La utilización de criterios médicos y ético-sociales para decidir quién tiene prioridad en un

niveles de escasez (disponibilidad limitada de camas de UCI versus ninguna cama disponible) y sus implicaciones para la toma de decisiones (continuar con la intubación versus la interrupción del tratamiento). Esto implica una evaluación consistente de la supervivencia de cada paciente, así como su reevaluación continua “por un comité de triaje independiente, en lugar del equipo de tratamiento.” (Jöbges et al., 2020: 958). Asimismo, Jöbges llama la atención sobre la consideración de los deseos de las/los pacientes al tomar decisiones, que en el triaje implica respetar el rechazo de cuidados intensivos, asegurando la disponibilidad de cuidados paliativos (Jöbges et al., 2020: 959).

En la bioética se ha desarrollado una amplia discusión sobre el empleo de los principios utilitaristas en el triaje y su combinación con criterios deontológicos. Es preciso advertir que ninguna aplicación de un principio ético puede ser absoluta o darse al margen de otras consideraciones, y siempre debe hacerse sobre la base de la igualdad y la equidad. Esta es la dificultad principal de las decisiones prácticas de carácter bioético. Exigen amplia experiencia profesional, buen juicio, prudencia y sentido de la justicia. Por eso, no cualquiera puede tener una participación efectiva en un comité hospitalario, y este no solo debe incluir a personal médico, sino también a profesionales con experiencia en deliberación bioética provenientes de ciencias sociales y humanidades.

Sin embargo, las decisiones de triaje no siempre se basan en consideraciones médicas neutras y científicamente validadas. Se debe tratar de evitar lo más posible los sesgos discriminatorios y errores en la aplicación de los principios, pero no existe garantía de absoluto rigor ni mucho menos de infalibilidad. El peligro mayor reside en que las directrices o guías bioéticas del triaje estén influidas por consideraciones políticas o por la intención de complacer a la opinión mayoritaria en una sociedad. Al respecto de la dificultad de aplicar principios utilitaristas en el triaje, Savulescu apunta:

La directriz de salud a menudo es impulsada por la política o la opinión popular, no por la ética. Esto es moralmente incorrecto. Gran parte de la ética en la esfera pública implica la condena social, el moralismo y, a veces, las ilusiones (por ejemplo, tratar de eliminar los dilemas éticos más difíciles). La consideración cuidadosa de las consecuencias de nuestras acciones requiere que enfrentemos tanto los hechos como nuestros valores. Un enfoque utilitarista no es simple ni fácil. Requiere que elijamos el curso de acción que beneficiará a la mayoría de las personas en el mayor grado, por difícil o contraintuitivo que sea. (Savulescu et al., 2020: 632).

tratamiento de emergencia con recursos escasos debería seguir dichas pautas mínimas.

3. El problema de los criterios de “utilidad social”

Uno de los temas más controversiales en el triaje ha sido el uso de criterios de “utilidad social” para hacer distinciones de prioridad o desempatar entre varios casos después de las evaluaciones médicas, o en la situación de retirar el tratamiento a una persona para dárselo a otra. Si no hubiera “empates” o las evaluaciones médicas fueran suficientes no existiría ningún problema moral en el triaje. Pero no es así. Por ejemplo, en la experiencia internacional con el manejo de las listas de espera para trasplantes de órganos se han empleado diversos criterios sociales (además de los médicos) para determinar quiénes deben tener prioridad. La distribución de un bien público de salud escaso a cargo del Estado (como puede ser un órgano para trasplante o como la atención en una UCI en pandemia) tiene dos alternativas éticas que se combinan con dificultad: a) la utilitarista, que busca maximizar el bienestar general de la población y de la sociedad; b) la deontológica (o igualitarista sin más), que intenta priorizar el derecho inalienable de las personas a recibir un tratamiento (sin considerar su estado de salud y perspectivas futuras), con algún criterio adicional de merecimiento individual y protección de la dignidad para evitar discriminaciones indebidas, por ejemplo por razones del estatus social o económico de las personas. (Rivera López, 2001: 129).

Toda persona tiene derecho a ser atendida en una situación de emergencia pandémica, pero no siempre existen los recursos suficientes de medicina crítica para salvar a todas, ni las condiciones de salud de las/los pacientes son equiparables, ni todas podrán superar la infección. Es un hecho que debemos aceptar que la primera decisión médica será determinar quiénes tienen mejores posibilidades de sobrevivir con los tratamientos intensivos y quiénes no; y por ello, quienes no, deben recibir cuidados paliativos para morir con dignidad y tranquilidad. Pero en algunos casos no basta con esa determinación médica, será necesario valerse de otros criterios sociales para ayudar a que la decisión sea equitativa y contribuya al bienestar general.

4. ¿Por qué son injustos los métodos aleatorios y el orden de llegada?

El priorizar el orden de llegada para recibir tratamientos críticos en las UCI aparenta igualar el derecho de todas las personas en una situación de emergencia sanitaria, pero parece más cercano a un método aleatorio. Es decir, permitir que el azar determine el destino de las personas ingresadas implica desatar una serie casi ilimitada de variables y circunstancias que dominarán arbitrariamente nuestras acciones y decisiones. Si el azar decide la supervivencia o muerte,

perdemos la posibilidad de controlar alguna de las variables que determinen la atención médica y, ante todo, el uso más racional y justo de los recursos escasos.

No obstante, cualquier método aleatorio en el triaje confiere ventaja a quienes pueden llegar más rápido (por tener transporte privado y vivir cerca de los hospitales) o tener acceso a los mejores hospitales públicos por conocer a alguien (personal médico o administrativo) con poder de decisión;¹² pero no garantiza que, en la serie ilimitada de azares, las personas beneficiadas puedan sobrevivir. Si el azar domina es muy probable que se impongan los patrones de discriminación persistentes en una sociedad, sin que ello signifique mayor eficiencia en los tratamientos. Así que el intento de evitar un método aleatorio en el caso de los ingresos a las UCI es una acción de justicia correctiva de las brechas de desigualdad existentes en una sociedad.

Sin embargo, se puede pensar que un método aleatorio es el más justo para distribuir recursos escasos, pero *únicamente cuando no es posible realizar comparaciones entre el estado de salud y las perspectivas de calidad de vida de las/los pacientes*. Sin duda que la mayoría preferiría, en condiciones “normales”, el método de selección por orden de llegada que uno al azar o por sorteo porque sería más transparente; pero no debe olvidarse que los recursos escasean y deben usarse con urgencia lo más eficiente y racionalmente que sea factible cuando enfrentamos una pandemia causada por un virus nuevo. Por ello, el método aleatorio y el orden de llegada al hospital son los menos recomendables para asegurar un uso eficiente y justo de los recursos escasos.

En México, las autoridades afirmaron que no hubo “necesidad” de aplicar los métodos de triaje porque se distribuían los ingresos entre los hospitales disponibles de tal modo que no se saturaban las UCI a la vez. Esto significa que probablemente prevaleció el orden de llegada. Sin embargo, dicho orden de llegada a los hospitales estableció de facto una “lista de espera” para ingresar a las UCI y pudo haber permitido que influyeran en la atención médica las brechas de desigualdad, visibles e *invisibles*, que subsisten en nuestra sociedad. Esto se puede inferir porque la categoría sociodemográfica que tenía la mayoría de los fallecimientos en México corresponde a la población más desfavorecida (económica y culturalmente) en la escala social (Hernández Bringas, 2020: 113, 116, 122, 123¹³).

¹² La *Guía bioética* mexicana reconoce este problema y por ello no recomendaba utilizar el método de “orden de llegada al hospital”. Al final, recomendaba, si las condiciones para comparar estados de gravedad y decidir se complicaban, utilizar un método aleatorio.

¹³ Hernández Bringas estima que en México la tasa de letalidad por COVID-19 fue del 20% en municipios de mayoría indígena, mientras que 13,4% en municipios de pobreza no urbana, 11,4% de pobreza urbana y solo del 7,7% en municipios con pobreza baja, de acuerdo con los datos del INEGI.

La aplicación de criterios utilitaristas en los métodos de triaje conlleva realizar comparaciones y evaluaciones probabilísticas sobre la condición médica y las perspectivas del tratamiento entre las/los pacientes. Supone evitar el azar y corregir el orden de llegada al hospital, en la medida de lo posible, para decidir quién debe tener prioridad en los tratamientos con recursos escasos y poder así proteger más vidas. Pero los criterios utilitaristas implican no sólo tomar en cuenta factores estrictamente médicos, sino también ético-sociales que justifiquen las decisiones.

Estos son los tres criterios que la *Guía bioética para asignación de recursos limitados*¹⁴ proponía en México, a partir de la posibilidad demostrable, de acuerdo con la experiencia médica, de beneficiarse de dichos recursos intensivos:

- i) *Su situación presente (impacto actual de la infección en sí),*
- ii) *Su situación pasada (comorbilidades preexistentes de impacto sobre su expectativa de beneficiarse con algún tratamiento), y*
- iii) *La expectativa de supervivencia al tratamiento, de acuerdo con las características específicas de la enfermedad según afecta al organismo de distintos individuos. (Consejo de Salubridad General, 2020: 7).*

Los factores que deben considerarse en la evaluación de cada paciente son: la expectativa de vida en calidad y cantidad; es decir, la expectativa de que tendrá un número de años suficiente con una calidad aceptable de vida, la edad, la gravedad, urgencia del tratamiento, comorbilidades que comprometan la supervivencia y el tiempo de espera. La estructura típica de las cuatro escalas para el triaje en situaciones de desastre confiere prioridad a quienes tienen un daño grave pero pueden sobrevivir con el tratamiento; en segundo lugar, a quienes pueden esperar o resistir con tratamientos no intensivos (en la expectativa de que podrían necesitar ingresar a la UCI); en tercero, aquellas personas con daños menores que no requieren ingresar, de momento, a la UCI y pueden esperar; y en último lugar, aquellas para las que ningún tratamiento será eficaz.

Empero, como señalan Beauchamp y Childress, en determinadas circunstancias, los juicios de “merecimiento social” comparativo son ineludibles y, en cierta medida, aceptables, como en el caso de una pandemia, en la que aumenta rápidamente la cantidad de personas que requieren de atención en las UCI:

[...] en un brote de enfermedad infecciosa, es justificable vacunar primero a los médicos para permitirles atender a otros. En situaciones de emergencia, las

¹⁴ Consejo de Salubridad General, Secretaría de Salud, Gobierno de México, *Guía Bioética para Asignación de Recursos Limitados de Medicina Crítica en Situación de Emergencia*, abril de 2020. En adelante nos referiremos a ella como *Guía bioética mexicana*.

comunidades y los individuos necesitan protección inmediata contra el desastre. En tales circunstancias, se puede dar prioridad en el tratamiento de una persona sobre la base de la utilidad social solo en el caso de que su contribución sea indispensable para lograr una meta o función social más importante -por ejemplo, al presidente de un país en tiempos de guerra se le daría prioridad de modo justificable. Como en los casos análogos del bote salvavidas, los juicios del valor social comparativo deberían limitarse a las cualidades y habilidades específicas que son esenciales para la protección de la comunidad, sin pretender evaluar el merecimiento social general de las personas. (Beauchamp y Childress, 1999: 371).

Beauchamp y Childress ponen como ejemplo de “merecimiento social” el de la o el presidente de un país como prioridad médica en una situación de guerra.¹⁵ Pero la realidad es que ningún personaje político es imprescindible para un país democrático, incluso en una guerra. En un Estado democrático debemos aceptar que ninguna persona que ocupa un cargo político o burocrático, reemplazable o removible por ser temporal, debería tener, por esa razón, prioridad en el tratamiento en una pandemia. De cualquier modo, nadie estaría a salvo del efecto letal de los virus y los microorganismos si tiene salud vulnerable, por más que fuera protegido por todo el aparato de seguridad nacional. Así que, a diferencia de lo que planteaban Beauchamp y Childress, considerar la posición de poder o cargo político no es un criterio válido para dar prioridad en el triaje ni tampoco en la vacunación.

5. ¿Quiénes deben tener prioridad en los tratamientos críticos en la pandemia?

En muchas guías o directrices han sido excluidos los criterios de utilidad social por considerarlos problemáticos y controversiales. No recomiendan conocer la condición social y estatus socio-económico de las/los pacientes. Pero el estado de salud nos revela, inevitablemente, mucha más información personal. Es verdad que, si se utilizan criterios de “merecimiento social”, se darían

¹⁵ El argumento de B&Ch parece aceptable solo si pensamos, contrafácticamente, en un Roosevelt o Churchill durante la Segunda Guerra Mundial, personas que en su momento fueron carismáticas y con amplia aceptación pública, como líderes temporales de Estados democráticos; pero el mismo argumento también debería aplicar para un Stalin, Franco o un Hitler, líderes autócratas de Estados no democráticos y totalitarios. No obstante, la diferencia política sustancial entre una democracia y un régimen totalitario es que en este no hace falta ninguna justificación moral para dar prioridad al autócrata en los tratamientos médicos críticos; el mandatario y toda la elite política tienen asegurada siempre la prioridad de la mejor atención médica, por encima de toda la población. Así que la prioridad en el triaje de estos líderes políticos no provendría de su “irreemplazabilidad” sino del privilegio autoritario. Ese privilegio es injusto y no debería suceder ya en los regímenes democráticos.

ventajas injustas a la gente más famosa o reconocida y se discriminaría a la menos favorecida. Por ello, nadie que se dedique a la política o al gobierno profesionalmente (así como personas legisladoras, juezas, jefas de policías, militares de alto rango) debería tener prioridad sobre las demás en los tratamientos de medicina crítica en una pandemia ni en la vacunación. Todos esos perfiles políticos profesionales son reemplazables por definición, si todavía existe personal de reserva con capacidades similares.¹⁶ Pero lo mismo sucede con profesionales de la educación, servicios comerciales, financieros, producción de bienes no esenciales para la vida diaria, servicios culturales, actividades artísticas y de entretenimiento. En cambio, el personal médico especializado en las UCI no es fácilmente reemplazable y en varios países existen déficits de este personal.

Por tanto, quienes deberían tener prioridad en tratamientos con recursos escasos en situación de pandemia y también para la vacunación son:

- (a) Los miembros del personal médico y sanitario de apoyo que atienden a todos los enfermos graves de COVID-19 (en este criterio hay consenso mundial).
- (b) También a todos los que atienden a pacientes graves o con padecimientos crónicos y degenerativos que requieren atención constante (pacientes con cáncer, VIH, enfermedades renales, cardíacas, mentales, neurodegenerativas, inmunosupresoras, etc.), ya que dichas personas requieren cirugías o procedimientos médicos de urgencia. (En este criterio no hay consenso mundial y ahora, tras la experiencia internacional, es destacable por el número elevado de muertes asociadas a la pandemia).
- (c) En tercer lugar, todas las personas que laboran en producir y distribuir alimentos, medicamentos, productos de uso necesario para la higiene y servicios públicos esenciales como energía, combustibles, transportes de bienes necesarios, desazolves y mantenimiento de drenajes, recolección de basura, saneamiento de áreas públicas, policías, bomberos y seguridad pública (en muchas guías no se dice nada al respecto, pero es imprescindible conferir prioridad al tratamiento de estas personas).
- (d) En cuarta prioridad, quienes laboran en telecomunicaciones, aeropuertos (personal especializado como los controladores de vuelos), ejército en tareas de seguridad nacional y ayuda a la población, tribunales y sistema judicial, protección civil, servicios forenses y funerarios, investigación científica y tecnológica, es decir, todas las personas que laboran

¹⁶ Algunos gobiernos tienen sistemas de "reemplazo" en sus gabinetes y altos mandos si se produjera una situación en la que muriera el o la jefa de Estado, su gabinete o los principales dirigentes políticos de un país. Todas las naciones deberían tener un protocolo precautorio de esta naturaleza, y todas las constituciones tienen un mecanismo para sustituir o designar jefes y jefas de Estado provisionales cuando muere o es incompetente la persona que había sido electa por el pueblo.

directamente en sostener otros servicios y recursos básicos para la sociedad, y que no son fácilmente reemplazables.

Después de estas 4 prioridades se pueden implementar acciones afirmativas y triajes especiales que favorezcan a grupos vulnerables y a personas que se dedican a otros servicios de trascendencia social, como los educativos.

6. El criterio utilitarista de responsabilidad social

¿Deberían formar parte de las consideraciones y criterios para el triaje la ocupación profesional de la gente y su nivel de responsabilidad social? La mayoría de las guías responden que no. Pero uno de los criterios dentro del rubro “utilidad social” tiene relevancia ética y no implica juzgar la profesión ni cuestionar las decisiones previas y cuidado de la salud de cada paciente, sino solamente *su utilidad social y su responsabilidad directa para con otros*:

En la medida en que este tipo de “valores sociales” lleva a excluir a criminales o personas consideradas “poco valiosas”, tendemos a rechazar la inclusión de este criterio. Pero ¿qué diríamos si la opción incluye a una madre con varios hijos, por un lado, y a un hombre soltero, por otro? ¿Debemos incluir solamente el bienestar del paciente o también el de otros (hijos, padres, la comunidad)? (Rivera López, 2001: 144).

La pandemia nos ha revelado que un criterio adicional para la atención crítica sí puede ser considerado: deben tener prioridad quienes reciben un diagnóstico de calidad y cantidad de vida aceptable, y *que tengan capacidades y responsabilidades sociales mayores* en comparación con las personas ancianas que han tenido ya una experiencia vital suficiente, o bien con aquellas que viven solas y sin dependientes directos. Lo más racional es utilizar los recursos escasos de la manera más eficiente posible para intentar preservar al mayor número en edad productiva, *que tengan a su cuidado a otras personas dependientes económica y socialmente*.¹⁷ Si alguien de edad mayor cumple estos criterios debería tener prioridad (por ejemplo, que esté a cargo del cuidado de sus nietos/nietas), porque el mayor bien buscado aquí tiene una implicación de carácter socio-político de suma trascendencia para el bienestar general.

Según los informes oficiales en México, no hubo necesidad de aplicar formalmente el triaje en los hospitales.¹⁸ Sin embargo, la no sobresaturación de las UCI no se debió probablemente a

¹⁷ Uno de los datos que más llaman la atención del estudio de Hernández Bringas es que el 26,9%, el mayor porcentaje, de personas fallecidas por COVID-19 fueron mujeres “amas de casa”. (Hernández Bringas, 2020: 124).

¹⁸ El gobierno mexicano ha destacado que pudo equipar con ventiladores suficientes a las UCI y hospitales que provisionalmente se

una eficiente gestión de los contagios e ingresos a los hospitales, sino a la escasez de recursos y unidades hospitalarias del sistema de salud y a la dificultad de llegar a tiempo para ser atendido. Mucha gente no alcanzó a llegar a urgencias o quizá prefirió no acudir al hospital: 7,8% murió fuera de los nosocomios. Al respecto comenta Hernández Bringas:

A nivel nacional, solo una de cada cinco personas fallecidas por COVID-19 fue atendida en UCI. En las instituciones privadas, las unidades médicas de la SEDENA y de la Secretaría de Marina y los hospitales municipales el número de personas en las UCI fue superior al de personas fallecidas. El contraste más significativo es el del IMSS, que solo proporcionó terapia intensiva al equivalente al 4% de las personas fallecidas que había atendido dicha institución. (Hernández Bringas, 2020: 128).

Así pues, podemos denominar criterio de “responsabilidad social”, es decir, tener dependientes económicos, menores de edad, personas discapacitadas o ancianas a cargo, como criterio ético relevante para evaluar la “utilidad social” del tratamiento con recursos escasos en una UCI en situación de pandemia. Este criterio utilitarista, adicionado a los criterios médicos y otros criterios sociales que hemos señalado en las cuatro prioridades, podría aumentar en México el número global de población atendida en las UCI¹⁹ y, potencialmente, la posibilidad de preservar más vidas.

7. El triaje “simbólico” o especial

También suele haber casos de “triaje simbólico” en los que se selecciona personas que tengan la suerte de ser conocidas por una acción o situación moralmente relevante que, de otra manera, no serían consideradas en prioridad. Ha sucedido en desastres naturales, y es, en parte, un escenario probable en el entorno inmediato del hospital. Así que este tipo de selección extraordinaria debe sumarse a la selección de personas que tengan responsabilidades sociales, pero siempre con un límite preestablecido.

convirtieron en centros de atención COVID-19. Según las autoridades, no se desbordaron las UCI ni se aplicaron formalmente triajes. Pero aún no sabemos si contaron con el personal médico y de apoyo suficiente, y si se tomaron decisiones eficientes en el manejo de los casos en estado crítico. La proporción de ingreso a las UCI y de letalidad en los hospitales en México fue muy variable. Pero la tendencia es que fue mucho mayor el porcentaje de ingreso a UCI en hospitales privados y de las fuerzas armadas que en el IMSS o ISSSTE. Pero una vez ingresado a una UCI, había un riesgo tres veces mayor de morir en los hospitales del IMSS y del ISSSTE (que concentran a la mayoría de la gente con seguridad social y de niveles socioeconómicos más bajos) que en los hospitales de las fuerzas armadas o en los hospitales privados de alto nivel económico (Hernández Bringas, 2020: 127-128).

¹⁹ Ciertamente no hay seguridad de que más ingresos a las UCI deriven directamente en más personas que superen la enfermedad grave, pero al menos reduciría la cantidad de aquellas que no fueron adecuadamente atendidas.

Los veteranos de las misiones humanitarias a menudo dan testimonio de eventos en los que se ejerció mucha presión para persuadir al oficial de triaje para que admitiera a personas en nombre de consideraciones no médicas. Una víctima podría ser «la única sobreviviente entre siete hermanos», «una niña que sobrevivió milagrosamente una semana bajo los escombros», «una anciana que resultó herida mientras salvaba heroicamente a muchos otros», «un hombre que es el único sostén de una gran familia» [...] Por tanto, asignar un porcentaje de puestos (por ejemplo, uno de cada cincuenta) a consideraciones humanitarias o simbólicas que son extraordinarias, así como la opinión de más de un oficial de triaje (si es posible) en la aplicación de este vago criterio puede ofrecer una solución satisfactoria. (ten Have, 2016: 2845).

Podríamos agregar que sería justo incluir en este tipo de triaje especial o “simbólico” que el personal de salud directamente involucrado en las UCI y en los servicios de urgencias tuviera la oportunidad de beneficiar a un familiar en línea consanguínea directa (hermanas/os, hijas/os, padre o madre) para aliviar así su angustia por su gravedad, y motivar más su trabajo en beneficio de toda la sociedad.

8. La persistencia de las brechas de desigualdad social

Por los imponderables que implica, muchas personas piensan que no solo sería discriminatorio sino impracticable el triaje con criterios de utilidad social, y que únicamente se debería priorizar al personal médico directamente involucrado en las UCI. Empero, si no se aplica un adecuado triaje cuando es necesario, es lógico suponer que el personal médico podría favorecer en sus decisiones de tratamientos críticos a personas de su familia extendida o conocidas, o a quienes les simpatizaran más; es decir, que prevaleciera el tipo de triaje “simbólico” o de sesgo afectivo.

Pero también es inevitable que, en sociedades desiguales y racistas como la mexicana, persistan de manera involuntaria en los servicios de salud patrones o tendencias de discriminación que afectan a la gente más pobre, menos escolarizada, de tez más “morena” o de apariencia “extranjera”. De otro modo, además de la mayor exposición riesgosa que enfrentaron grupos vulnerables, no se puede explicar por qué en países de desigualdad añeja como México murieron en mayor proporción personas con menores recursos económicos²⁰, las desempleadas

²⁰ Mientras la tasa de letalidad es del 7.7% en los municipios de altos ingresos económicos en México, en los municipios urbanos pobres es del 13.4% y en los municipios rurales de mayoría indígena fue del 20%. La diferencia es muy notable. El promedio nacional de México es una de las tasas de letalidad más altas en el mundo por COVID-19: 10.7%, que se refleja en el número absoluto de fallecidos. (Hernández Bringas, 2020: 117).

o de empleos callejeros informales, mujeres dedicadas al cuidado del hogar, así como aquellas con comorbilidades derivadas de la obesidad (24.5% de los muertos), diabetes (38.1%) e hipertensión (44.4%); padecimientos que no son fortuitos, sino signo de otra epidemia social que afecta especialmente a la población en pobreza, con mala alimentación y falta de acceso a los sistemas públicos de salud para recibir un tratamiento oportuno.

El triaje levantó muchas críticas y recelos porque en países muy longevos, como España o Italia, se temía que se utilizara principalmente el criterio de la edad para decidir quiénes recibirían atención prioritaria en las UCI, afectando a las más ancianas y vulnerables por comorbilidades asociadas. Mientras tanto, en países como México, con una pirámide etaria todavía asentada en población más joven, la mayoría de los decesos se produjo en el rango de 40 a 69 años (el 63%), mientras que el rango de mayores de 70 años ha sido el 31% (Hernández Bringas, 2020: 118).

Por tanto, de acuerdo con los datos recabados por Hernández Bringas, en México podemos decir que hemos perdido durante la pandemia en mayor proporción a una población que asumía responsabilidades sociales y estaba a cargo de otras personas.²¹ Ciertamente, las comorbilidades y mala salud general de la población pueden explicar la alta tasa de decesos de gente relativamente joven. No obstante, mi hipótesis es que un adecuado triaje, aplicando los criterios de utilidad médica ajustados con criterios de utilidad social, podría tener como objetivo intentar salvar a más de esas personas en esta o en la próxima pandemia.

De acuerdo con la *Guía bioética mexicana*, no se debería discriminar a nadie por ningún motivo, y tampoco aplicar el criterio de orden de llegada, sino calcular las posibilidades de beneficio terapéutico y sobrevivencia para entrar a la UCI. Sin embargo, la *Guía* cometía un error, en mi opinión, al excluir que ser “cabeza de familia” fuera un criterio relevante para el ingreso a las UCI. Esto es más relevante hoy al conocerse que México es el país con el mayor número de niños(as) huérfanos por la COVID-19 en América Latina y el segundo en el mundo, solo detrás de la India.²²

Las siguientes características no deberán de ser tomadas en cuenta durante la asignación de recursos escasos de medicina crítica: afiliación política, religión, ser

²¹ Además, el confinamiento en México no fue obligatorio e implicó que quienes tenían que salir a trabajar o buscar el sustento se expusieran a mayores riesgos. Y lo tuvieron que hacer porque no recibieron ayudas económicas de los gobiernos.

²² El *Excelsior*, así como otros periódicos, reportó el 31 de octubre de 2021: “Aunque México ocupa el cuarto sitio de los países con más muertos por COVID-19, después de Estados Unidos, Brasil e India, ocupa el primer sitio en menores huérfanos en el continente americano debido a esta enfermedad, revela un estudio del Instituto Belisario Domínguez (IBD) del Senado. En México, de acuerdo con cifras oficiales, han quedado en la orfandad 131 mil 325 niñas y niños, quienes han perdido a su padre, madre o a ambos, y es el primero con menores de edad que han perdido a su cuidador principal, con 141 mil 132 casos. [...] De esta manera, según el estudio del IBD, citando a la UNICEF y a la Organización Mundial de la Salud (OMS), el país con más huérfanos por COVID-19 es la India (241,200), seguido de México (131,325), Brasil (113,150) y Estados Unidos (104,884)”.

cabeza de familia, valor social percibido, nacionalidad o estatus migratorio, edad, género, origen étnico, orientación sexual, identidad de género, discapacidades y situación jurídica o socioeconómica. (Consejo de Salubridad General, 2020: 5).

Es fundamental que cualquiera que sea el método de triaje, se realice mediante la deliberación y consenso de comités de bioética con la experiencia suficiente, y que el método debe ser bien conocido por la población mediante una campaña de información exhaustiva. Sus criterios se deben apegar al principio de la mayor transparencia para que nadie piense que son arbitrarios. Las decisiones en el triaje deben estar basadas en datos verificados, las personas afectadas deben estar de acuerdo (o sus familiares, si aquellas no están conscientes) y aceptar los criterios de selección como base de un consentimiento informado sobre los tratamientos factibles, entre los cuales están los cuidados paliativos en estado terminal. Estos factores de transparencia podrían favorecer que más personas infectadas acudan oportunamente a los hospitales.

9. Conclusiones

- (1) En esta y en las próximas pandemias será necesario emplear métodos de triaje para intentar salvar al mayor número posible de personas. Pero el triaje no se reduce, en algunos casos, a una decisión técnico-médica, sino que implica consideraciones y criterios de utilidad social; es, por ende, una cuestión bioética.
- (2) Los criterios de utilidad social deben agregarse y combinarse con los criterios médicos para reforzar las decisiones de triaje tomadas deliberativamente en comités hospitalarios de bioética, que ayuden al personal de salud.
- (3) Los datos disponibles en México del perfil sociodemográfico de la población fallecida por la pandemia revelan que un porcentaje significativo no fue atendido en los hospitales o prefirió no acudir a los servicios de urgencias, por ello las UCI no se sobresaturaron. Mi hipótesis es que una mejor gestión pública y un triaje más claro permitirían que la gente acuda con mayor confianza y oportunidad a los hospitales y que el triaje pueda beneficiar a más personas (independientemente de su estrato socioeconómico), que podrían estar en posibilidad de superar la enfermedad al ser atendidas en las UCI de toda la red del sistema público de salud.
- (4) A partir de los datos disponibles aquí citados, los perfiles sociodemográficos de fallecimientos por COVID-19 en México confirman las brechas de desigualdad social persistentes. Mi hipótesis al respecto es que en las siguientes pandemias un triaje que incluya criterios de utilidad social podría lograr salvar a más gente en edad productiva, con responsabilidades

sociales prioritarias o que están al cuidado de otras personas (como las mujeres al cuidado del hogar), lo que redundaría en un mayor beneficio social.

- (5) En las próximas pandemias serán indispensables en todo el mundo métodos más precisos y claros de triaje para ofrecer a la población garantías de que se actuará con racionalidad, equidad y transparencia en una situación de emergencia sanitaria en la que, muy probablemente, escasearán los recursos de medicina crítica y personal especializado, el cual, además, quedará exhausto después de días de enfrentar las peores oleadas pandémicas.
- (6) Para lograr no naufragar en una situación tan complicada como la de la reciente pandemia requerimos que toda la experiencia bioética, mediante una deliberación colectiva en comités experimentados, esté al servicio de los sistemas públicos de salud para cumplir el principio de beneficiar al mayor número posible de personas. Los protocolos de triaje implican problemas bioéticos de no fácil resolución y no se reducen a una mera cuestión técnica/médica, por lo que pueden ser enriquecidos con la consideración de los criterios éticos y sociales que aquí hemos discutido.

Referencias

- ◆ Altman, M. C. (mayo de 2021). A consequentialist argument for considering age in triage decisions during the coronavirus pandemic. (IAB, Ed.) *Bioethics*, 35(4), 356-365. DOI: 10.1111/bioe.12864.
- ◆ Arreola Ornelas, H., Frenk, J., Gómez, A., & Knaul, F. (2021). *Salud: focos rojos. Retroceso en los tiempos de la pandemia* (Epub ed.). México: Debate.
- ◆ Beauchamp, T. L., & Childress, J. (1999). *Principios de ética biomédica*. Barcelona: Masson.
- ◆ Consejo de Salubridad General. (abril de 2020). Guía bioética para asignación de recursos limitados de medicina crítica en situación de emergencia. México: Secretaría de Salud, Gobierno de México. Obtenido de http://www.csg.gob.mx/descargas/pdf/index/informacion_relevante/GuiaBioeticaTriage_30_Abril_2020_7pm.pdf.
- ◆ Ehni, H.-J., Wiesing, U., & Ranisch, R. (febrero de 2021). Saving the most lives—A comparison of European triage guidelines in the context of the COVID-19 pandemic. (I. A. Bioethics, Ed.) *Bioethics*, 35(2), 125-134. doi:<https://doi.org/10.1111/bioe.12836>.
- ◆ Fernández Ruiz, S., Sánchez Bayle, M., & Sánchez Fernández, C. (2021). *Salud, pandemia y sistema sanitario*. Madrid: Foca-Akal.
- ◆ Heras, G. (2020). *En primera línea. Un testimonio desde las UCI de la crisis del coronavirus* (Epub ed.). Barcelona: Península.

- ◆ Hernández Bringas, H. (julio-diciembre de 2020). COVID-19 en México: un perfil sociodemográfico. CEPAL. *Notas de población, XLVII* (no. 111), 105-133. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46557/1/20-00528_LDN111_05_Hernandez.pdf.
- ◆ Jöbges, S., Vinary, R., & Luyckx, V. (noviembre de 2020). Recommendations on COVID-19 triage: international comparison and ethical analysis. (I. A. Bioethics, Ed.) *Bioethics*, 34(9), 948-959. doi:<https://doi.org/10.1111/bioe.12805>.
- ◆ Kuhse, H., & Singer, P. (2014). *A Companion to Bioethics* (2a. ed.). USA: Wiley-Blackwell.
- ◆ Lewis, J., & Schuklenk, U. (enero de 2021). Bioethics met its COVID-19 Waterloo: The doctor knows best again. (IAB, Ed.) *Bioethics*, 35(1), 3-5. doi: <https://doi.org/10.1111/bioe.12840>.
- ◆ OPS-OMS. (2020). *Orientación ética para el uso de recursos limitados en los servicios críticos de salud durante la pandemia de COVID-19*. Obtenido de OPSHSSBIOCOVID19200012_spa.pdf (paho.org).
- ◆ Post, S. G. (Ed.). (2004). *Encyclopedia of Bioethics* (3a. ed., Vol. 2). USA: Thompson Gale.
- ◆ Raus, K., Mortier, E., & Eeckloo, K. (mayo de 2021). Ethical issues in managing the COVID-19 pandemic. (I. A. Bioethics, Ed.) *Bioethics*, 35(6), 581-588. doi:<https://doi.org/10.1111/bioe.12877>.
- ◆ Rivera López, E. (2001). *Ética y trasplantes de órganos*. México: FCE/UNAM.
- ◆ Savulescu, J., Persson, I., & Wilkinson, D. (julio de 2020). Utilitarianism and the pandemic. (IAB, Ed.) *Bioethics*, 34(6), 624-632. doi:<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/bioe.12771>.
- ◆ Schuklenk, U., & Savulescu, J. (marzo de 2021). The COVID-19 pandemic and what bioethics can and should contribute to health policy development. (IAB, Ed.) *Bioethics*, 35(3), 227-228. doi: <https://doi.org/10.1111/bioe.12855>.
- ◆ Shaw, D. (mayo de 2021). Triaging ethical issues in the coronavirus pandemic: how to prioritize bioethics research during public health emergencies. (IAB, Ed.) *Bioethics*, 35(4), 380-304. doi: <https://doi.org/10.1111/bioe.12859>.
- ◆ ten Have, H. (Ed.). (2016). *Encyclopedia of Global Bioethics*. Dordrecht: Springer.
- ◆ WHO (OMS). (2016). *Guidance for managing ethical issues in infectious disease outbreaks*. Recuperado el 2021, de WHO: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/250580/9789241549837-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 10 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Observatori de
Bioètica i Dret
Universitat de Barcelona

FLACSO
ARGENTINA

Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu – ISSN 1886 –5887

ARTÍCULO

Significados de la humanización en cuidado crítico. Vivencias y acciones de profesionales sanitarios en Unidades de Cuidado Intensivo en Bogotá y Cartagena (Colombia)

Significats de la humanització en cura crítica. Vivències i accions de professionals sanitaris a Unitats de Cura Intensiva a Bogotà i Cartagena (Colòmbia)

Meanings of humanization in critical care. Experiences and actions of health professionals in Intensive Care Units in Bogota and Cartagena (Colombia)

**LUIS ALBERTO SÁNCHEZ-ALFARO¹, YOLIMA CARMONA GONZÁLEZ², YURI VIVIANA SILVA PINILLA³,
LUISA FERNANDA GARZÓN ORTIZ⁴, MÓNICA ALEJANDRA MEDINA CARRIÓN⁵**

¹Odentólogo, Universidad Nacional de Colombia. PhD (c) en Bioética. Profesor Asociado, Facultad de Ciencias de la Salud, Corporación Universitaria Iberoamericana. Profesor Asociado, Departamento de Salud Colectiva, Facultad de Odontología, Universidad Nacional de Colombia. Email: lasancheza@unal.edu.co / luis.sanchez@ibero.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5219-2639>.

²Enfermera, Universidad de Cartagena. Profesora Asociada, Facultad de Enfermería, Universidad de Cartagena (Colombia). Email: ycarmonag1@unicartagena.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8639-2214>.

³Fisioterapeuta, Corporación Universitaria Iberoamericana (Colombia). Email: ysilvapi@ibero.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1543-9393>.

⁴Fisioterapeuta, Corporación Universitaria Iberoamericana (Colombia). Email: luisfernandagarzon10@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8391-3793>.

⁵Fisioterapeuta, Corporación Universitaria Iberoamericana (Colombia). Email: mmedinac@ibero.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9790-9880>.



Copyright (c) 2022 Luis Alberto Sánchez-Alfaro, Yolima Carmona González, Yuri Viviana Silva Pinilla, Luisa Fernanda Garzón Ortiz, Mónica Alejandra Medina Carrión. Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-No Comercial-Sin Obra Derivada 4.0 Internacional.

Resumen

La humanización en la prestación de servicios de salud es un imperativo ético, incluso para las Unidades de Cuidado Intensivo (UCI), donde brindar atención integral centrada en pacientes y familiares, y no en lo tecnológico, es un reto. Se presenta un estudio cualitativo que utilizó entrevistas semiestructuradas en línea, observación participante y diario de campo. Participaron 10 trabajadores de UCI privadas y 10 en UCI públicas: 6 fisioterapeutas, 5 médicos, 4 sanitarios de enfermería y 5 enfermeras. Para analizar la información se realizó codificación, categorización y hermenéutica de ideas. Se descubrieron dos posturas frente a la humanización: como obligación (deontología) o como acto de respeto (profesionalismo). Se comprende y practica la humanización como: 1) buen trato y cordialidad al realizar intervenciones; 2) ponerse en el lugar del paciente reconociendo que tiene familia; 3) cuidados que garantizan confort al paciente mediante acciones sobre el cuerpo; 4) cumplir con objetivos terapéuticos evitando sufrimiento o daño; 5) reconocer la dignidad del paciente; 6) atención a la vulnerabilidad del paciente, especialmente oncológico. Existen barreras para la humanización: la pandemia, los insumos de la UCI, las normas institucionales rígidas, entre otras. En conclusión, los significados otorgados a la humanización en cuidado crítico están mediados por prácticas con énfasis en aspectos biológicos e ideas relacionadas con el respeto por la dignidad humana (intimidad), el buen trato y evitar sufrimiento al paciente. La pandemia generó crisis en la atención humanizada expresada, entre otras, en ausencia de apoyo psicosocial al personal que trabaja en UCI.

Palabras clave: Profesionalismo; humanización de la atención; Unidades de Cuidado Intensivo; sistemas de apoyo psicosocial; virtudes.

Resum

La humanització en la prestació de serveis de salut és un imperatiu ètic, fins i tot per a les Unitats de Cura Intensiva (UCI), on brindar atenció integral centrada en pacients i familiars, i no en l'aspecte tecnològic, és un repte. Es presenta un estudi qualitatiu que va utilitzar entrevistes semi-estructurades en línia, observació participant i diari de camp. Van participar 10 treballadors d'UCI privades i 10 en UCI públiques: 6 fisioterapeutes, 5 metges, 4 sanitaris d'infermeria i 5 infermeres. Per a analitzar la informació es va realitzar codificació, categorització i hermenèutica d'idees. Es van descobrir dues postures enfront de la humanització: com a obligació (deontologia) o com a acte de respecte (professionalisme). Es comprèn i practica la humanització com: 1) bon tracte i cordialitat en realitzar intervencions; 2) posar-se en el lloc del pacient reconeixent que té família; 3) cures que garanteixen confort al pacient mitjançant accions sobre el cos; 4) complir amb objectius terapèutics evitant sofriment o mal; 5) reconèixer la dignitat del pacient; 6) atenció a la vulnerabilitat del pacient, especialment oncològic. Existeixen barreres per a la humanització: la pandèmia, els inputs de l'UCI, les normes institucionals rígides, entre altres. En conclusió, els significats atorgats a la humanització en cura crítica estan mediades per pràctiques amb èmfasis en aspectes biològics i idees relacionades amb el respecte per la dignitat humana (intimitat), el bon tracte i evitar sofriment al pacient. La pandèmia va generar crisi en l'atenció humanitzada expressada, entre altres, en absència de suport psicosocial al personal que treballa en UCI.

Paraules clau: Professionalisme; humanització de l'atenció; Unitats de Cura Intensiva; sistemes de suport psicosocial; virtuts.

Abstract

Humanization in the provision of health services is an ethical imperative; even for Intensive Care Units (ICU), where achieving comprehensive care focused on patients and families and not on technology is a challenge. A qualitative study is presented that used semi-structured online interviews, participant observation, and field diary. 10 private ICU workers and 10 public ICU workers participated: 6 physiotherapists, 5 doctors, 4 nursing assistants and 5 nurses. To analyse the information, ideas were codified, categorized and hermeneutics performed. Two positions were found regarding humanization, as an obligation (deontology) or as an act of respect (professionalism). Humanization is understood and practiced as: 1) good treatment and cordiality when carrying out interventions; 2) put yourself in the patient's shoes, recognizing that you have a family; 3) care that guarantees comfort to the patient through actions on the body; 4) meet therapeutic objectives avoiding suffering or harm; 5) recognize the dignity of the patient; 6) attention to the vulnerability of the patient, especially cancer. There are barriers to humanization: the pandemic, ICU supplies, rigid institutional regulations, and others. In conclusions the meanings given to humanization in critical care are mediated by practices with an emphasis on biological aspects and ideas related to respect for human dignity (privacy), good treatment and avoiding suffering to the patient. The pandemic generated a crisis for humanized care, expressed, among others, in the absence of psychosocial support for personnel working in the ICU.

Keywords: Professionalism; humanization of care; Intensive Care Units; psychosocial support systems; virtues.

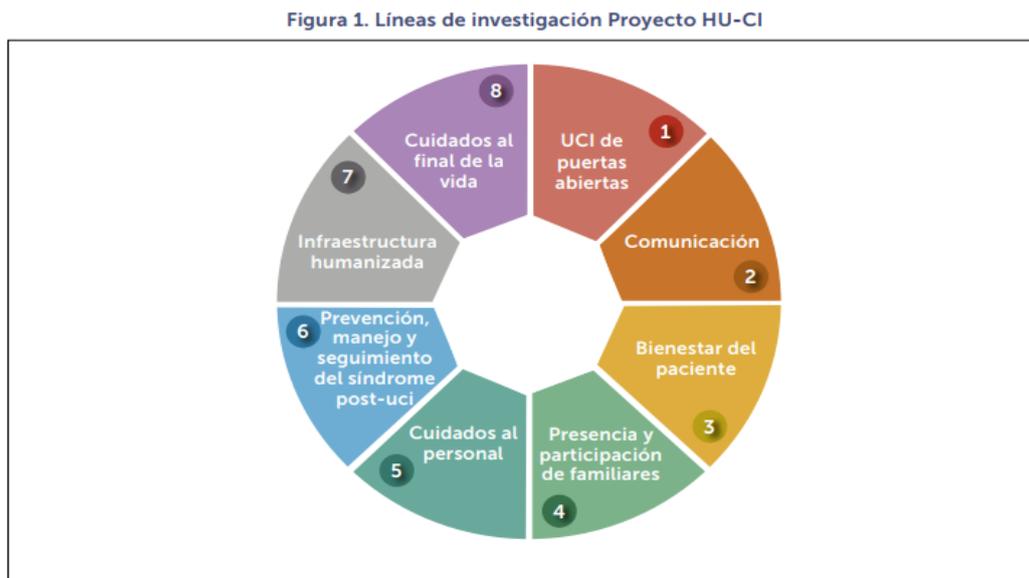
1. Introducción

En la actualidad, se hace hincapié en la humanización de la prestación de los servicios de salud, especialmente en los de tipo asistencial, dado que, cada vez, están más mediados por la utilización de tecnologías, y como consecuencia de ello, la interacción entre profesionales sanitarios y pacientes se torna escasa. Como imperativo ético, la humanización en la prestación de servicios de salud exige el respeto de: 1) la dignidad humana, 2) el reconocimiento de la situación y del contexto del paciente, y 3) la promoción o la búsqueda de la atención integral en salud (bienestar y calidad de vida). La humanización reclama de los profesionales sanitarios sensibilidad ética, que posibilita una actitud de apertura mental, afectiva, de autorreflexión permanente. La observancia de principios éticos y virtudes resulta fundamental para remodelar hábitos y costumbres de intervención e interacción con los pacientes, sus familias y la tecnología. En cuanto asume los contenidos filosóficos y antropológicos humanistas que circundan los escenarios de cuidado de la salud, la humanización es un componente ético de las conductas y los planes de tratamiento ofrecidos a los pacientes (Andino Acosta, 2015; Ministerio de Salud y Protección Social - Instituto Nacional de Cancerología - ESE, 2016; Rueda Castro *et al.* 2018; Bermejo & Villaceros Durban, 2018; Wilson *et al.* 2019).

En las Unidades de Cuidado Intensivo (UCI) se han implementado avances tecnológicos que permiten mejoras en las intervenciones de los pacientes con oportunidades de sobrevivencia. Sin embargo, puede ocurrir atención despersonalizada y deshumanizada: el paciente se subordina a las cifras y los datos que indican la posibilidad de sobrevida, la que muchas veces no ocurre. Además, en las UCI el bienestar físico y mental tanto de los profesionales sanitarios como de los pacientes se encuentra en permanente tensión. En los pacientes se ha observado que las ayudas externas para mantener funciones básicas –sedación, comas inducidos, entre otras–, pueden crear alteraciones emocionales, mentales (ansiedad, depresión o estrés postraumático), físicas (molestias por la luz “artificial” constante o el sonido de los monitores), sociales (pérdida de la noción del tiempo y distanciamiento familiares y de amigos) y espirituales. Por su parte, en los profesionales sanitarios de UCI se observa la pérdida de cualidades axiológicas: empatía, compasión, comprensión, comunicación, justicia. En ambos (pacientes y cuidadores), se advierte miedo, incertidumbre y dolor (Ávila-Morales, 2017; García & NOBLE Compañía de Seguros, 2019; Wilson *et al.* 2019; Rojas, 2019).

Las situaciones descritas evidencian que la humanización es una necesidad sentida. Al ser indicativas de los desafíos en UCI, contribuyeron al nacimiento del proyecto internacional “Humanizando los Cuidados Intensivos” (HU-CI), “cuyo objetivo además incluye el servir de punto de encuentro entre pacientes, familiares y profesionales; difundir y acercar a la población general

los cuidados intensivos y fomentar la formación en habilidades de humanización” (Rojas, 2019). El proyecto HU-CI ha planteado ocho componentes fundamentales para la humanización en UCI (Heras La Calle, Martin, & Nin, 2017; Heras La Calle, Alonso Oviés, & Gómez Tello, 2017; Heras La Calle, 2018; Rojas, 2019; Grupo de trabajo de certificación de Proyecto HU-CI, 2019; Nin Vaeza, Martin Delgado, & Heras La Calle, 2020; Heras La Calle, 2020), esquematizados de la siguiente forma (figura 1):



Fuente: Rojas, Verónica. (2019). Humanización de los cuidados intensivos.

Las investigaciones realizadas en el marco del proyecto HU-CI permitieron evidenciar carencias de aspectos básicos de humanización en UCI, que involucran desde recursos de infraestructura hasta falencias en la interacción profesional-paciente.

El trato humanizado a pacientes ingresados a las UCI ha tomado relevancia en los últimos años. Se han evidenciado diversas expresiones de interés por la humanización en escenarios de atención en Medicina crítica y cuidado intensivo: la atención centrada en el paciente y la familia en UCI pediátrica, estrategias de enfermería para mejorar el cuidado humanizado en las UCI – incluso valoradas por la percepción de sus pacientes–, la humanización en UCI desde la comunicación centrada en las necesidades de la familia (Romero-Massa *et al.*, 2013; Torres-Ospina, Vanegas-Díaz, & Yepes-Delgado, 2016; Joven & Guáqueta Parada, 2019; Arango Campo, Durán González, & Jaimes Plata, 2020; Moreno Pérez & Polo Méndez, 2018).

Gómez-Henao (2020) demostró que los pacientes de UCI son vulnerables, por tanto, la atención humanizada deberá ser un componente sobresaliente en el personal que allí labora. En las UCI se brinda atención en pro del confort de los pacientes; pero, como ocurre a menudo, es aquí donde las tecnologías asistenciales crean un gran impacto frente al diagnóstico, tratamiento y seguimiento a los pacientes. Su uso genera una atención sistematizada, monitorizada y

mecánica, que a su vez disminuye el tiempo de interacción de los cuidadores con el paciente. Las tecnologías asistenciales generan impacto y grandes demandas en quienes están a cargo del cuidado de los pacientes en UCI, toda vez que deben realizar un trabajo de excelencia, virtuoso y ágil, en medio de una alta carga laboral y emocional que puede causar “síndrome del desgaste profesional”, e incluso dificultades en el manejo de las relaciones interpersonales o de las pérdidas cuando un paciente muere. Por lo anterior, el objetivo del estudio fue analizar los significados otorgados a la humanización en cuidado crítico, a partir de las vivencias y acciones de profesionales sanitarios de Unidades de Cuidado Intensivo de Bogotá y Cartagena (Colombia).

2. Metodología

2.1 Tipo de estudio

Estudio cualitativo de tipo interpretativo. La investigación procuró comprender e interpretar, desde la epistemología de las ciencias sociales, elementos sustantivos tales como:

- (1) Vivencia en las UCI (objetivación de la experiencia constituida por lo aprendido y lo vivido, lo cual permite la producción de sentido común),
- (2) Acción social (comportamiento humano por medio del cual los individuos se relacionan en sociedad y en las instituciones, acción práctica que permite a los sujetos la posibilidad de elegir y de actuar dentro de las condiciones en las que se desenvuelve) y,
- (3) Significado (los individuos construyen la realidad a partir de su contacto con el mundo y su entorno, se mueven en horizontes con posibles diversas interpretaciones, donde puede finalmente haber afirmación, crítica o negación).

Para comprender los significados que profesionales sanitarios de UCI de Bogotá y Cartagena le otorgan a la humanización se recurrió las bases estructurantes de la investigación cualitativa (Souza Minayo, 2010; Ferreira Deslandes & Gomes, 2007; Vasilachis, 2006; Arantzamendi, Lopez-Dicastillo, Robinson, & Carrasco, 2016). El estudio procuró conocer, comprender e interpretar las experiencias y singularidades en el proceso humanización de la atención y cuidado en UCI, lo cual podría tener significaciones diferentes para cada profesional sanitario (Ferreira Deslandes & Gomes, 2007).

2.2 Población

Dado que en los estudios cualitativos el interés del investigador es comprender con mayor profundidad el fenómeno y que una UCI comúnmente está conformada por 46 profesionales sanitarios, entre médicos, enfermeras, auxiliares de enfermería y fisioterapeutas, se tomó como unidad de muestreo 20 trabajadores de UCI privadas y públicas (10 en Bogotá y 10 en Cartagena). Participaron 12 mujeres y 8 hombres, distribuidos en: 6 fisioterapeutas, 5 médicos, 4 auxiliares de enfermería y 5 enfermeras. El participante con menos experiencia tenía 6 meses de laborar en UCI y el participante con mayor experiencia reportó 30 años laborando en UCI.

2.3 Procedimiento e Instrumentos

Se utilizaron tres herramientas de recolección de información: entrevistas semiestructuradas en línea (*Online interview*), observación participante y diario de campo. De forma complementaria fueron realizadas microentrevistas *in situ*. Las entrevistas semiestructuradas en línea facilitaron la ejecución de la investigación ante la incertidumbre de la pandemia por COVID-19, pero al tiempo planteó retos éticos, comunicacionales y metodológicos; por ejemplo, un adecuado *building of rapport* – una buena relación entrevistado-entrevistador (Hooley, Marriott, & Wellens, 2012). Las entrevistas tuvieron una duración promedio de 1 hora y fueron grabadas (en voz y/o video según lo permitía el participante). Este tipo de entrevista, según Ameigeiras (2006) permite “profundizar en la comprensión de los significados y puntos de vista de los actores”. Las microentrevistas *in situ* permitieron conocer la percepción frente al proceso de atención y la humanización de este, en un tiempo próximo a las intervenciones en los pacientes.

La observación participante estuvo orientada a comprender la presencia o no de la humanización en los procesos de atención y en los cuidados brindados en UCI. El proceso de inmersión adelantado permitió conocer opiniones, actitudes, creencias, modos de actuar, reacciones y realizar reflexiones objetivadas plasmadas en los diarios de campo. Más allá de la preocupación por establecer hechos puntuales, el ejercicio logró decantar diversas interpretaciones sobre las dinámicas y acciones que profesionales sanitarios desarrollan para humanizar el cuidado y la atención en las UCI (Hooley, Marriott, & Wellens, 2012).

2.4 Análisis de la información

El proceso de análisis de la información se realizó de la siguiente manera:

- (1) Transcripción de las entrevistas y de las microentrevistas *in situ*, y sistematización de los diarios de campo;
- (2) Codificación y categorización de los documentos resultantes (análisis categorial de tipo deductivo, siguiendo las categorías teóricas preestablecidas de acuerdo con los objetivos del estudio); en este paso se evidenciaron categorías inductivas o emergentes;
- (3) Disposición y agrupamiento de datos, el cual a partir de un ejercicio de triangulación de fuentes y de interpretaciones, permitió un análisis del discurso basado en hermenéutica de ideas (el uso del lenguaje, la comunicación de creencias o conocimientos y la interacción en las situaciones de atención y cuidado en UCI) (Rodríguez Sabiote, Lorenzo Quiles, & Herrera Torres, 2005; Amezcua & Gálvez Toro, 2002).

La codificación y análisis de datos se realizó de forma manual mediante una matriz en coherencia con los objetivos específicos del estudio.

2.5 Consideraciones éticas

De acuerdo con la resolución 008430 de 1993 del Ministerio de Salud de la República de Colombia (Artículo 11), se trató de una “Investigación sin riesgo”. La participación en la investigación fue voluntaria, se realizó el proceso de consentimiento informado de carácter verbal antes de cada entrevista. Siguiendo la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (2005), se garantizó respeto a principios bioéticos tales como: Dignidad y derechos humanos, Privacidad y confidencialidad, No discriminación y no estigmatización y Respeto de la diversidad cultural y del pluralismo. La investigación cumplió con criterios de integridad científica planteados por la Declaración de Singapur (2010) y la Declaration of the 9th world science forum: Science Ethics and Responsibility (2019).

3. Resultados

A partir de las vivencias y acciones de profesionales sanitarios de UCI participantes, se plantean los siguientes resultados:

3.1 Vivencias de profesionales sanitarios que trabajan en UCI

Se plantaron indagaciones sobre los 8 pilares del proyecto HU-CI y se evidenció que:

- (1) Las UCI, tanto en Bogotá como en Cartagena, no son de “puertas abiertas”. Tradicionalmente, la participación de familiares en las UCI ha sido para apoyo en algunos cuidados menores; con la pandemia esto fue más evidente por razones de bioseguridad. Los participantes reconocen que la posibilidad de disponer de horarios más flexibles y de una mayor participación de la familia es fundamental para el cuidado, ganar confianza y para el mejoramiento de los pacientes.

“...las restricciones en la UCI siempre han existido. Es una parte de la clínica en la que los pacientes están inmunosuprimidos, con muchos dispositivos, el riesgo a que los pacientes se infecten con cosas externas o cosas que les traigan de la calle es alto, entonces la restricción en las visitas es grandísima y siempre ha existido en las unidades de cuidados intensivos restricción en los horarios” (Hombre auxiliar de enfermería, UCI privada, 20 años de experiencia).

- (2) La comunicación referente al paciente de UCI y su familia está a cargo del médico intensivista y sus características son variadas, en algunos casos es asertiva, amplia y fluida, en otros, escasa y orientada solo a los aspectos biomédicos y patológicos del paciente. La pandemia tuvo influencia negativa, pues en todos los casos esta información se transmite vía telefónica con tiempo reducido. Aquí toma relevancia la cuestión legal para la toma de decisiones o conducta médica a seguir con los pacientes.

“Bueno, se genera por términos legales, casi que siempre es el médico el que da la información. Aunque si usted tiene un buen equipo de trabajo, también podría ser que se lo digan otras personas, o sea profesionales según el informe” (Hombre enfermero, UCI privada, 11 años de experiencia).

La comunicación interna entre el equipo de UCI también presenta variedad: algunos equipos trabajan mancomunadamente, mientras que en otros se ciñen a las escuchas en las revistas médicas, en estos casos *“la comunicación entre el personal no es efectiva ...no se promueve el trabajo en equipo en la UCI, ...adicional que hay poca empatía entre los médicos y el personal asistencial generando que disminuya la confianza en la información y la aparición de conflictos” (Hombre fisioterapeuta, UCI pública, 11 años de experiencia).*

- (3) Frente al Bienestar del paciente se halló una franca preocupación por las medidas de confort y solución de las necesidades biológicas y biomédicas de los pacientes. Los participantes expresan su preocupación por cumplir a cabalidad con el tratamiento médico (cumpliendo con los deberes y respetando los derechos del paciente), identificar reacciones producidas por los fármacos u otras sustancias, estar atentos a alteraciones en las cifras de los parámetros vitales, mantener el bienestar y la comodidad, en especial, la higiene personal, los cambios de posición de forma continua al paciente y el manejo del dolor.

“La comodidad consiste en que nosotros tenemos el compromiso de hacerle un cambio de posición a ese paciente cada dos horas, pero ese cambio de posición no es solamente voltearlo, es mirar que su cuerpo quede alineado, que sus brazos queden en una posición cómoda, que sus piernas queden en una posición cómoda. No solamente es rotarle el cuerpo, sino que no vaya a quedar de pronto algunos dispositivos médicos que lo puedan ulcerar, que lo puedan calentar, que cuando nosotros giramos a ese paciente esos dispositivos médicos no se vayan a desplazar... (Hombre auxiliar de enfermería, UCI privada, 20 años de experiencia).

La valoración con una perspectiva biopsicosocial al paciente, en algunos participantes tuvo relevancia, planteando la idea de tratar al paciente como persona y no como patología, teniendo en cuenta la parte emocional.

“Para cada momento debemos estar atentos de que lo que está ahí es una persona, que no es un objeto, es una persona que siente, que entiende, que puede expresarse, que de pronto no quiere estar ahí, pero le toca” (Mujer enfermera, UCI privada, 26 años de experiencia).

- (4) La presencia y participación de familiares en las UCI, permitiendo su colaboración en las acciones básicas de cuidado del paciente, es un elemento valorado como de gran importancia; sin embargo, su inclusión ocurre por iniciativa de quien esté tratando al paciente y no como una política de las UCI, máxime durante los efectos de la pandemia de COVID-19.

“...Entonces es más como una actividad o como una forma para que el familiar esté un poco más tranquilo y que en medio de todo el paciente también esté más tranquilo, sepa que hay alguien ahí” (Hombre fisioterapeuta, UCI privada, 6 meses de experiencia)

- (5) En lo referente a los cuidados hacia los profesionales de la salud, se logró evidenciar que la pandemia de COVID-19 generó muchos cambios en el estado mental de estas personas,

en especial del personal sanitario. Esto llevó a las instituciones a implementar apoyo psicológico, pues en un turno podían llegar a fallecer hasta 10 pacientes. También fueron relatadas estrategias para sensibilización sobre prevención del desgaste profesional. En cuanto a áreas de descanso los resultados no fueron alentadores.

“...luego hablamos de esa situación, de cómo uno profesional le toca afrontar todas esas situaciones para tratar de evitar las secuelas psicológicas que puede dejar y eso en una enfermera le puede dejar una secuela psicológica tremenda y como profesional, la puede quemar” (Hombre médico intensivista, UCI pública, 23 años de experiencia).

- (6) La subcategoría con menores datos obtenidos fue Prevención, manejo y seguimiento del síndrome post-UCI. Solamente una de las entrevistadas planteó este seguimiento con enfoque en la satisfacción del paciente, no a la calidad en salud de manera integral.

“Los seguimientos se hacen al paciente por política de la clínica, por calidad. Se llama al paciente cada vez que ha tenido un servicio, no solamente de UCI, ...lo llaman, le hacen una encuesta de satisfacción” (Mujer enfermera, UCI privada, 11 años de experiencia).

- (7) La Infraestructura en términos de humanización fue ligada, por los participantes, a las medidas de confort y el logro del bienestar en los pacientes. La importancia de brindar al paciente una atención adecuada, también se debe a una buena infraestructura para dar bienestar tanto al personal como al enfermo. En este aspecto la capacidad de financiamiento con el que cuente la UCI es clave.

“La infraestructura en ciertas partes no es la adecuada y eso te genera discomfort a ti. Trabajas en unos límites que te hacen moverte en unos espacios que al fin y al cabo van a repercutir en ti en problemas osteomusculares como tal, eso repercute mucho” (Mujer fisioterapeuta, UCI privada, 2 años de experiencia).

- (8) Los participantes indicaron que los Cuidados al final de la vida se prestan permitiendo un manejo integral, respetuoso y digno para los pacientes, en consideración a aspectos físicos, psicosociales y espirituales de pacientes y familias. Estos cuidados están protocolizados, son respetadas las decisiones anticipadas, las órdenes de no reanimación, se hace énfasis en el manejo del dolor y se facilita el acompañamiento espiritual.

“Las voluntades anticipadas, a mí me parece que son útiles y que uno como ser humano, aunque no quiera que llegue ese momento, lo debería hacer porque le damos un tope a ese querer seguir haciendo y haciendo por un paciente” (Mujer enfermera, UCI privada, 26 años de experiencia).

*“Con todos los pacientes es igual, así ya sabemos que en cualquier momento puede fallecer. ...tiene que haber una muerte digna, entonces el trato para todos debe ser igual”
(Mujer enfermera, UCI pública, 6 meses de experiencia).*

3.2 Acciones de los profesionales sanitarios para humanizar el cuidado y la atención en la UCI

Hablamos de las acciones prácticas que permiten a los participantes otorgar cierto horizonte de sentido a la humanización en las UCI. Las subcategorías encontradas fueron: Atención integral en UCI; Atención a la vulnerabilidad del paciente; Profesionalismo y prácticas de cuidado, y Seguimiento a protocolos y normas institucionales.

- (1) La “Atención integral en la UCI” basada en un conjunto de acciones encaminadas a la recuperación del paciente, tales como: capacitación del personal y adquisición de nuevo conocimiento para ejecutar acciones en el paciente con responsabilidad y certeza; realizar intervenciones por parte de todas las especialidades que el paciente requiera para lograr un tratamiento oportuno; cordialidad al saludar al paciente al momento de realizar intervenciones; contar con todos los insumos y medicamentos que el paciente necesite; brindar educación a familiares en relación a la alimentación, cambios de posición y demás cuidados personales para el paciente.

“A nosotros nos dicen que así el paciente esté sedado y ventilado hay que hablarle como si estuviera despierto. Sumercé, le voy a tomar unas glucometrías, sumercé le voy a hacer esto, porque el paciente puede que me esté escuchando” (Mujer auxiliar de enfermería, UCI pública, 4 años de experiencia).

Se evidenció la necesidad de interacción del paciente con su entorno y realizar prácticas alternativas como la musicoterapia, escuchar a familiares por medio de audios e interacciones diversas que le generen bienestar. El reto para lograr esto, entre otros aspectos, está en capacitar a los trabajadores sobre la importancia del buen cuidado y resolver algunos comportamientos mediados por emociones.

- (2) Según los participantes prestar “Atención a la vulnerabilidad del paciente” implica valorar la vulnerabilidad física y brindar el tratamiento más adecuado para recuperarlo o estabilizarlo en el menor tiempo posible y actuar teniendo en consideración condiciones de máxima vulnerabilidad: su estado de conciencia, el paciente va a estar sedado o inconsciente; su disposición en el cubículo, siempre va a estar sin ropa, “simplemente con un pañal y la cobija”; su dependencia, siempre otro tomará sus decisiones; estar en estado de indefensión, casi siempre está solo y sin fuerzas.

“Yo cojo el término vulnerabilidad y hago una analogía con una porcelana de cristal. La porcelana puede que sea importante para mí, pero si yo la limpio mal, se va a manchar; si yo la muevo brusco, se va a romper; si yo me trasteo y no la guardo bien, no va a llegar completo” (Hombre fisioterapeuta, UCI pública, 11 años de experiencia).

- (3) Actuar con “Profesionalismo” resultó un hallazgo clave, llama la atención sobre aspectos como: la vocación y el don de servicio, preocuparse por el interés del paciente, la praxis de virtudes éticas y tener sensibilidad ética ante la condición del paciente. Este hallazgo da cuenta de elementos personales de quien trabaja en UCI indistintamente de las políticas institucionales.

“Tuve una experiencia con mi abuelito hace muchos años, en un hospital una enfermera lo gritó y lo empujó, ...yo decía hombre, no importa los problemas que uno tenga uno tiene que dedicarse a sus pacientes con amor. Como si fuera mi familiar, como si fuera alguien importante para mí que estuviera allí, no solamente porque es mi trabajo y lo hago así y ya, no. Entonces yo creo que toda esa pasión que yo tengo es por eso” (Mujer enfermera, UCI pública, 6 meses de experiencia).

“Las normas se deben cumplir normalmente, pero como te digo, tratamos en lo posible de humanizarlas un poquito porque entendemos que hay particularidades en los pacientes que requieren que les colaboremos o les ayudemos de cierta forma. Las normas están ahí, pero nosotros tratamos de ir un poquito más allá” (Mujer enfermera, UCI privada, 11 años de experiencia).

Realizar “prácticas de cuidado” está encaminado al bienestar y a prevenir daños físicos y biomédicos, demostrando pericia. El cuidado tiene que ser “integral y esa integralidad va dirigida a proteger la dignidad de la persona” (Mujer enfermera, UCI privada, 11 años de experiencia). Los participantes relacionan la dignidad con salvaguardar la intimidad y la privacidad de los pacientes.

“Si tú vas a hacer un procedimiento, cubrir al paciente, no dejar exponer las partes, si llega el familiar, que tenga su pañal, cubrirlo así esté monitorizado, que esté tapadito, que esté bañado, que esté limpio. Es importante porque eso es dignidad del paciente” (Hombre enfermero, UCI privada, 11 años de experiencia).

- (4) El “Seguimiento a protocolos y normas institucionales” muestra que los protocolos orientan las acciones del personal, son de gran importancia; pero en ocasiones son rígidos y afectan la posibilidad de brindar atención humanizada, tienen énfasis en aspectos administrativos.

“Digamos que a nosotros nos quieren regir mucho con la parte administrativa y es que quieren evitarse las quejas” (Mujer auxiliar de enfermería, UCI pública, 4 años de experiencia).

4. Significados otorgados a la humanización en cuidado crítico

Los significados que los participantes construyen a partir de su quehacer, vivencias y acciones sociales prácticas en el entorno del cuidado crítico, se enmarcan en lo siguiente:

- (1) La humanización como una obligación (deontología) de todo el equipo que trabaja en UCI y la humanización como un acto de amor y respeto (profesionalismo) ante el paciente que está en la UCI.

“...los conceptos deberían ser un poco más llevados de corazón, no aprender los conceptos sino llevarlos de corazón y hacer sentir que nosotros tenemos un compromiso ético, moral y humano con la persona que necesita de nuestro apoyo” (Hombre auxiliar de enfermería, UCI privada, 20 años de experiencia).

“La humanización en UCI requiere de una cercanía con el paciente, de un abordaje bastante amplio desde los cuidados a su parte física” (Mujer enfermera, UCI pública, 2 años de experiencia).

- (2) La humanización en relación con: 1) el buen trato y la cordialidad; 2) ponerse en el lugar del paciente, su contexto y su familia; 3) el confort del paciente; 4) cumplir con objetivos terapéuticos evitando daño; 5) salvaguardar la intimidad y la privacidad del paciente; 6) prestar atención a la vulnerabilidad del paciente.

Otro hallazgo fue la enunciación de barreras para la humanización, entre ellas: la pandemia, la carencia de insumos en la UCI, las normas institucionales rígidas, la jerarquía en la UCI, la desconfianza de familiares y prácticas de medicina defensiva.

5. Discusión

Siguiendo los pilares del proyecto HU-CI, se identificó que las UCI no son de puertas abiertas y la presencia y participación de familiares en estas son restringidos, salvo decisiones personales de quien ejerza el proceso de atención y cuidado. Se reconoce que tener horarios más flexibles y una mayor participación de la familia son fundamentales para el cuidado y el mejoramiento de los

pacientes. Este hallazgo coincide con lo planteado por Queiroz *et al.*, (2013), Correa-Pérez y Chavarro (2021), Baeza y Quispe (2020) y Martínez Zubieta (2021) quienes afirman que las unidades con mayor flexibilidad en las visitas e inclusión de la familia en la atención del paciente, logran mayores beneficios para todos los actores partícipes de la UCI (pacientes, familiares y personal asistencial). Sin embargo, advierten, tal como en este estudio, que esto implica cambio en la actitud y hábitos de todos los integrantes del equipo en la UCI. Esto último coincide con Alonso-Rodríguez *et al.*, (2021) quienes encontraron que la mayoría de los profesionales de enfermería que laboran en UCI tienen una opinión negativa frente a una UCI de puertas abiertas con horarios de visita flexibles, para ellos, esto aumenta su carga laboral; aunque, al igual que el actual estudio, admitieron que este tipo de horarios flexibles genera beneficios para el paciente y su familia.

En cuanto a la comunicación entre equipo de UCI y paciente o su familia, los hallazgos de este estudio fueron de dos tipos: asertiva, amplia y fluida, o escasa y netamente sobre los aspectos biomédicos y patológicos del paciente. Resultado coincidente con lo planteado por Baeza y Quispe (2020) y Palomo y López (2020) al afirmar que la comunicación con pacientes y familiares favorece un clima de confianza y respeto, facilita la toma conjunta de decisiones, brinda soporte emocional a la familia, les permite entender el diagnóstico, el pronóstico, las opciones terapéuticas y sobre todo, que el equipo de la UCI pueda entender al paciente como una persona; aún es frecuente encontrar que en las UCI la información está limitada a una vez al día, y en muchos casos, sin adaptarse a las necesidades específicas de pacientes o familiares. En este estudio la pandemia influyó negativamente en este aspecto (información vía telefónica con un tiempo reducido); sin embargo, para Franco Coffré *et al.*, (2021) el uso de la tecnología unió familias con sus pacientes en la UCI, permitiendo conocer sobre su estado y esto posibilitó humanizar el cuidado.

En cuanto a la comunicación interna entre el equipo de UCI, este estudio plantea que cuando no es efectiva y no se promueve el trabajo en equipo, se disminuye la confianza y aparecen conflictos. Así lo han expuesto Correa-Pérez y Chavarro (2021) y Baeza y Quispe (2020), quienes, tras sus revisiones, concluyen que los conflictos entre los miembros de los equipos de UCI son frecuentes, y en muchos casos, son causados por fallas en la comunicación, lo cual influye negativamente en el bienestar del paciente y su familia.

Se encontró que la noción de Bienestar del paciente está en consonancia con la preocupación por medidas de confort y solución de necesidades biológicas y biomédicas de los pacientes (frío, calor, sed o dolor). Un poco menos desarrollada la idea frente al bienestar desde una perspectiva biopsicosocial y emocional. Alonso-Ovies y Heras La Calle (2016) advertían que el primer paso para preocuparse por el bienestar del paciente es prestar atención a los aspectos

físicos, pero que habría que avanzar en la preocupación por las percepciones y sentimientos de los pacientes. Por esto, es necesario que en las UCI sean incorporadas valoraciones de índole biopsicosocial y emocional para pacientes y familiares, en aras de contribuir a resolver sus necesidades de acuerdo con las capacidades de cada institución, coincidiendo así con lo planteado por Rojas (2019). En este estudio no tuvimos participación de psicología y trabajo social, quienes, de acuerdo con los relatos de los participantes, vienen cada vez incorporándose más a los equipos de la UCI.

Los Cuidados al personal que trabaja en UCI, tanto físicos como mentales, son de vital importancia para la humanización; este estudio evidenció que las estrategias al respecto tradicionalmente son escasas o esporádicas, salvo en época de la pandemia de COVID-19, que llevó a las instituciones a implementar apoyo psicológico al personal de UCI. Aunque Correa-Pérez y Chavarro (2021) plantean que recientemente las sociedades científicas han buscado estrategias para detectar y mitigar el síndrome de desgaste profesional en sus tres dimensiones (agotamiento emocional, despersonalización y baja autoestima profesional), nuestros hallazgos muestran que no es una política instaurada de manera universal en las UCI.

La Prevención, manejo y seguimiento del síndrome post-UCI es un pilar fundamental para lograr la humanización en UCI y más allá, pero aún está por desarrollarse en sus términos esenciales, superando el enfoque de seguimiento a la satisfacción del paciente. En este sentido, tal como lo plantean Baeza y Quispe (2020), vale la pena que las UCI incluyan estrategias de seguimiento a mediano y largo plazo sobre el impacto en la calidad de vida de los pacientes y sus familias, pues el paciente crítico produce crisis familiares durante su estancia en la UCI, e incluso, mucho más luego de salir de este escenario. Quizá una limitante para el desarrollo de este pilar se relaciona con el sistema de salud y su precario financiamiento en Colombia. Es un tema por seguir indagando.

Contar con una infraestructura humanizada, según los resultados obtenidos, se relaciona con confort y bienestar de los pacientes. Para Baeza y Quispe (2020) y Nin, Martin y Heras La Calle (2020) las condiciones ambientales de luz, temperatura, acústica, mobiliario, entre otros, deben hacer de la UCI un espacio donde la eficacia técnica esté ligada a la calidad de atención. Sin embargo, este estudio identificó que el financiamiento de la UCI es clave para lograr una infraestructura humanizada. Se percibió peor infraestructura humanizada en UCI públicas (con algunas excepciones): “En un hospital público llegas, te dicen *mira, estamos falta de personal ¿te puedes quedar? ...Los insumos escasean. Casi no hay UCI en que entre la luz del día*” (*Hombre fisioterapeuta, UCI pública, 4 años de experiencia*).

En cuanto a los Cuidados al final de la vida los hallazgos coinciden con Baeza y Quispe (2020) y Nin, Martin y Heras La Calle (2020), quienes afirman que en pacientes críticos en fase de fin de

vida, los protocolos específicos y la evaluación periódica de la atención ofrecida son requisitos básicos para ejecutar acciones y valorar las necesidades de pacientes y familiares tanto físicas, psicosociales, emocionales y espirituales. En esto es esencial el manejo integral, respetuoso y digno para los pacientes, la atención a los posibles dilemas bioéticos o conflictos éticos, la comunicación asertiva, compasiva y empática, tomando un papel relevante los profesionales en psicología, trabajo social y cuidados paliativos; presupuesto coincidente con Correa-Pérez y Chavarro (2021); una UCI con políticas fortalecidas frente al manejo del paciente al final de la vida y la muerte digna, entiende que esto es parte de los cuidados propios de este escenario, tal como lo plantea Correa-Pérez (2020).

Las vivencias de profesionales sanitarios que laboran en las UCI permiten a estos la posibilidad de elegir y actuar dentro de las condiciones en las que desarrollan su quehacer y otorgar sentido a la humanización durante la prestación de servicios. Así, emergen la atención integral en la UCI y la atención a la vulnerabilidad del paciente, cuya base son el conjunto de acciones encaminadas a la recuperación del paciente en términos físicos, fisiológicos y biomédicos, de la mano con la cordialidad, el buen trato y la realización de prácticas alternativas que generen confort; en esto se conjugan las tres dimensiones planteadas por Torres-Ospina, Vanegas-Díaz & Yepes-Delgado (2016): *tekhne* (competencia técnica), *philanthropia* (amor al ser humano y empatía) *paideia* (educador). Hace falta estudiar a profundidad el entendimiento de la atención integral y la vulnerabilidad de los pacientes en la UCI, más allá de la idea de protección y bienestar.

Actuar con “Profesionalismo” en UCI llama la atención sobre la sensibilidad ética de la mano con la vocación, el amor y la preocupación por el interés del paciente y la praxis de virtudes. Emerge en este estudio, un horizonte de sentido para la humanización en UCI, que teóricamente Camps (2007), Camps (2015) y Cruz (2020) han enunciado como la excelencia en las profesiones sanitarias, haciendo hincapié en crear confianza mediante la demostración de competencia científica y técnica, y compromiso con el interés por el paciente, lo cual se traduce en la praxis de algunas virtudes: compasión, amabilidad, integridad, benevolencia y cuidado; resaltadas por los participantes en este estudio. Al respecto Carmona y Montalvo (2019) evidenciaron que la sensibilidad moral ante las prácticas de cuidado, con pacientes en fase terminal, crónicos y de UCI es un aspecto por investigar.

Es necesaria una mirada más amplia a las “prácticas de cuidado”, más allá de lograr bienestar y prevenir daños físicos; y de la noción de dignidad como salvaguarda de la intimidad y privacidad de los pacientes. El cuidado debe ser entendido como una virtud relacional, en las prácticas de cuidado en UCI los intereses del cuidador y del paciente están entrelazados constituyendo, como lo plantea Beato (2020), un “Yo relacional”, un agente virtuoso que se

preocupa y ocupa por la excelencia profesional. Para Torralba (2005) la palabra dignidad puede hacer referencia a, o está relacionado con, un estado de ser valorado, el goce de la libertad alejada de la miseria, la autonomía y la autodeterminación, el decoro, la decencia y el pudor, o el valor de toda persona. En este estudio, la noción de dignidad de los participantes está relacionada con el pudor y cuidado a la intimidad-privacidad como acto de respeto por la persona. Una pregunta que emerge, siguiendo a Prieto *et al* (2020), es ¿qué comprendemos por dignidad humana de los pacientes en UCI?

Los protocolos y las normas institucionales, en este estudio fueron catalogadas como orientadoras de las acciones del personal, pero en ocasiones, su rigidez afecta la posibilidad de brindar una atención humanizada; sin embargo, para Hernández-Zambrano *et al* (2020), el diseño de protocolos multidisciplinarios, especialmente para la atención de pacientes al final de la vida en UCI, son herramientas que mejoran la atención del paciente crítico y su familia.

En cuanto a los significados que los profesionales sanitarios que trabajan en UCI (de Bogotá y Cartagena) otorgan a la humanización entorno al cuidado crítico los hallazgos conducen a interpretar dos posturas: como una obligación (deontología) de todo el equipo de UCI y como un acto de amor y respeto (profesionalismo) ante el paciente en UCI. La primera es consistente con lo planteado por Martínez (2021) quien afirma que “la humanización de las UCI y de todo servicio de salud en la actualidad debe ser obligada”. La segunda se relaciona con los postulados de Camps (2015), sin embargo no existen investigaciones que aborden este tópico en este mismo sentido.

Estas dos posturas frente al entendimiento y significación de la humanización están entrelazadas y en permanente retroalimentación; al decir de los participantes, se trata de lograr que en la UCI las acciones realizadas vayan encaminadas al cumplimiento de los deberes médicos (promover el mayor beneficio al paciente, recuperar la mayor calidad de vida posible, evitar daños y satisfacer de sus necesidades) y a brindar una atención personalizada atendiendo a la dignidad del paciente (con empatía y compasión para poder comprender su situación, proporcionando cuidados de acuerdo a sus necesidades, evitando las desigualdades). Esto implica prestar atención a las necesidades físicas, fisiológicas, biomédicas, psicológicas y espirituales del paciente, pero también llama la atención sobre la sensibilidad ética que el personal asistencial de UCI habrá de cultivar.

6. Conclusiones

La humanización en UCI contempla aspectos deontológicos y de profesionalismo para el quehacer clínico-asistencial, y se relaciona con: 1) brindar buen trato y cordialidad al ejecutar intervenciones en los pacientes; 2) ponerse en el lugar del paciente reconociendo su sufrimiento y contexto, sin olvidar que tiene familia; 3) cuidados que garantizan bienestar al paciente mediante acciones sobre su cuerpo; 4) cumplir con objetivos terapéuticos evitando sufrimiento o daño, siempre en pro de recuperación y mejoramiento de la calidad de vida; 5) reconocer la dignidad del paciente, siempre salvaguardando su intimidad y privacidad; 6) prestar atención a la vulnerabilidad del paciente, especialmente los pacientes oncológicos, pues se encuentran en un franco sufrimiento y deterioro vital. Frente a practicar la humanización tanto en sentido deontológico como de profesionalismo y su relación con el buen trato, surgen inquietudes relacionadas con la sensibilidad ética en quienes realizan su quehacer asistencial en las UCI y en la toma de decisiones.

Bibliografía

- ◆ 2nd World Conference on Research Integrity. (2010). *Declaración de Singapur sobre la Integridad en la Investigación*. Singapur. <https://www.conicyt.cl/fondap/files/2014/12/DECLARACION-SINGAPUR.pdf>.
- ◆ Al-Saadi, M. (2018). *Clinical teaching in the intensive care unit: evaluation of the perception of trainees and physicians*. University of Houston, 24. <https://uh-ir.tdl.org/handle/10657/31116>.
- ◆ Alonso-Ovies, A y Heras La Calle, G. (2016). ICU: a branch of hell? *Intensive Care Med.* 42(4), 591–592. <https://doi.org/10.1007/s00134-015-4023-7>.
- ◆ Alonso-Oviés, Á., & Heras La Calle, G. (2020). Humanizing care reduces mortality in critically ill patients. *Med Intensiva*, 44(2), 122-124. [https:// DOI: 10.1016/j.medine.2019.03.016](https://doi.org/10.1016/j.medine.2019.03.016).
- ◆ Alonso-Rodríguez A, Martínez-Villamea S, Sánchez-Vallejo A, Gallego-Lorenzo J, Fernández-Menéndez M. (2021). Perspectivas de los profesionales de enfermería de cuidados intensivos sobre las visitas abiertas en una UCI. *Enferm Intensiva*. 32(2), 62-72. <https://doi.org/10.1016/j.enfi.2020.02.005>.
- ◆ Ameigeiras, A. (2006). El abordaje etnográfico en la investigación social. En I. Vasilachis, *Estrategias de investigación cualitativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- ◆ Amezcua, M., & Gálvez Toro, A. (2002). Los modos de análisis en investigación cualitativa en salud: perspectiva crítica y reflexiones en voz alta. *Rev Esp Salud Pública*, 76(5), 423-436. <https://scielo.isciii.es/pdf/resp/v76n5/colabora4.pdf>.

- ◆ Andino Acosta, C. (2015). Bioética y humanización de los servicios asistenciales en la salud. *Revista Colombiana de Bioética*, 10(1), 38-64. <https://doi.org/10.18270/rcb.v10i1.684>.
- ◆ Arango Campo, D., Durán González, S., & Jaimes Plata, M. (2020). *Cuidado humanizado a los pacientes en cuidado intensivos: una scooping review*. [Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia]. Repositorio Institucional UCC. https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/20214/1/2020_cuidado_humanizado_pacientes.pdf.
- ◆ Arantzamendi, M., Lopez-Dicastillo, O., Robinson, C., & Carrasco, J. (2016). Investigación cualitativa en Cuidados Paliativos. Un recorrido por los enfoques más habituales. *Medicina Paliativa* 24(4), 219-226. <https://www.elsevier.es/es-revista-medicina-paliativa-337-articulo-investigacion-cualitativa-cuidados-paliativos-un-S1134248X16300349>.
- ◆ Ávila-Morales, J. (2017). La deshumanización en medicina. Desde la formación al ejercicio profesional. *IATREIA*, 30(2), 216-229. <http://www.scielo.org.co/pdf/iat/v30n2/0121-0793-iat-30-02-00216.pdf>.
- ◆ Baeza Gómez, I y Quispe Hoxsas, LC. (2020). Proyecto “Humanizando los Cuidados Intensivos”, nuevo paradigma de orientación de los Cuidados Intensivos. *Revista de Bioética y Derecho* 48, 111-126. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n48/1886-5887-bioetica-48-0111.pdf>.
- ◆ Beato, J. (2020). O Cuidado Como Virtude: um Diálogo Entre a Ética das Virtudes e a Ética do Cuidado. *Revista Portuguesa de Filosofia* 76(1), 285-318. https://doi.org/10.17990/RPF/2020_76_1_0285.
- ◆ Bermejo, J. C. (2014). *¿Derecho a la humanización?* Jose Carlos Bermejo. <https://www.josecarlosbermejo.es/derecho-a-la-humanizacion/>.
- ◆ Bermejo, J. C., & Villacieros Durban, M. (2018). Humanización y acción. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (8), 01-16. <https://doi.org/10.14422/rib.i08.y2018.005>.
- ◆ Camps Cervera, V. (2007). La excelencia de las profesiones sanitarias. *Humanitas. Humanidades médicas: tema del mes online* (21), 11-21. http://www.ehu.es/SEMDE/archivos_pdf/archivos_pdf/VictoriaCampsLaexcelenciaenlasprofesionessanitarias-1.pdf.
- ◆ _____ (2015). Los valores éticos de la profesión sanitaria. *Educación médica*, 16(1), 3-8. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1575181315000029?via%3Dihub>.
- ◆ Carmona González, Y., & Montalvo Prieto, A. (2019). Nurses’ Moral Sensitivity Regarding the Terminally Ill. *Educ. Enferm.*, 37(3), e07. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/iee/article/view/340127>.
- ◆ Correa Zambrano, M. L. (2016). La humanización de la atención en los servicios de salud: un asunto de cuidado. *Revista Cuidarte*, 7(1), 1227-31. <https://doi.org/10.15649/cuidarte.v7i1.300>.
- ◆ Correa-Pérez, LP y Chavarro, GA. (2021). Integralidad en la atención del paciente crítico: buscando un camino para humanizar la UCI. *Acta Colomb Cuid Intensivo*, 21(1): 77-82. <https://doi.org/10.1016/j.acci.2020.04.004>.

- ◆ Correa-Pérez, LP. (2020). Aspectos bioéticos de la extubación paliativa dentro de los cuidados de fin de vida en el paciente no recuperable en la UCI. *Acta Colomb Cuid Intensivo*. 1-10. <https://doi.org/10.1016/j.acci.2020.11.003>.
- ◆ Cruz, JS. (2020). Ética das virtudes: em busca da excelencia. *Rev de Med (São Paulo)*. 99(6): 591-600. <http://dx.doi.org/10.11606/issn.1679-9836.v99i6p591-600>.
- ◆ Delgado Alemán, S N, Dinarte Jarquín, M S. (2016) *Organización de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Gaspar García Laviana del Departamento de Rivas, I-II Semestre 2015*. [Tesis] Universidad Nac <http://repositorio.unan.edu.ni/id/eprint/2297> ional Autónoma de Nicaragua. <http://repositorio.unan.edu.ni/id/eprint/2297>.
- ◆ Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación -COLCIENCIAS. (2018, 05 de abril). Resolución 0314 de 2018 (Política de Ética de la investigación, Bioética e Integridad científica). https://minciencias.gov.co/sites/default/files/upload/reglamentacion/resolucion_0314-2018.pdf.
- ◆ Ferreira Deslandes, S., & Gomes, R. (2007). La investigación cualitativa en los servicios de salud: notas teóricas. En M. Magalhães Bosi, & F. Mercado, *Investigación cualitativa en los servicios de salud*. Buenos Aires: Lugar Editorial.
- ◆ Forero Sarmiento, V., & Jiménez Rodríguez, M. D. (2020). *Atención humanizada en cuidado crítico: fundamentos técnico-científicos, de profesionalismo y bioéticos. Estudio descriptivo exploratorio en personal de Unidades de Cuidado Intensivo de Bogotá*. Bogotá: Corporación Universitaria Iberoamericana.
- ◆ Franco Coffré, JA., Mariño Cano, H., Morán Asencio, RP., Yugcha Andino, GE. (2021). El desafío de brindar un cuidado humanizado en las unidades de Cuidados intensivos, durante la pandemia por la COVID 19. *Polo del Conocimiento. Revista Científico-Académica Multidisciplinaria*. 6(10). <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3214>.
- ◆ García, D., & NOBLE Compañía de Seguros. (2019). *Atención centrada en la persona: Humanización de los cuidados intensivo*. Noble, Compañía de seguros. <http://asegurados.descargas.nobleseguros.com/download/posts/January2019/2cfbONXw83XHhBA3TjhN.pdf>.
- ◆ Gómez Henao, J. (2020). *Bioética y toma de decisiones fisioterapéuticas en la unidad de cuidado intensivo de la Clínica Shaio*. Bogotá: Corporación Universitaria Iberoamericana.
- ◆ Grupo de trabajo de certificación de Proyecto HU-CI. (2019). *Manual de buenas prácticas de humanización en Unidades de Cuidados Intensivos*. https://proyctohuci.com/wp-content/uploads/2019/05/Manual_BP_HUCI_rev2019_web.pdf.
- ◆ Heras La Calle, G. (2020). *Humanizando los Cuidados Intensivos. Tenemos un plan... y 160 medidas concretas*. <https://proyctohuci.com/es/tenemos-un-plan/>.
- ◆ _____. (2018). My Favorite Slide: The ICU and the Human Care Bundle. Eight aspects of care to improve ICU management from a human-centered care model. *NEJM Catalyst Innovations in Care Delivery*, 1-10.

- ◆ Heras La Calle, G., Alonso-Oviés, Á., & Gómez Tello, V. (2017). A plan for improving the humanisation of intensive care units. *Intensive Care Med*, 43, 547-549. <https://doi.org/10.1007/s00134-017-4705-4>.
- ◆ Heras La Calle, G., Martin, M., & Nin, N. (2017). Seeking to humanize intensive care. *Rev Bras Ter Intensiva*, 29(1), 9-13. doi: 10.5935/0103-507X.20170003.
- ◆ Hernández-Zambrano, SM., Carrillo-Algarra, AJ., Estupiñán-Avellaneda, YJ., González-Rodríguez, AC., Martínez-Herrera, E., Enciso-Olivera, CO & Gómez-Duque, M. (2020). Privilegiar la dignidad durante la muerte en unidades de cuidados intensivos. Perspectivas del personal de salud. *Repert. Med. Cir.* 29(2): 111-121. <https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.01217273.934><https://doi.org/10.31260/RepertMedCir.01217273.934>.
- ◆ Hooley, T., Marriott, J., & Wellens, J. (2012). Online interviews and focus groups. En T. Hooley, J. Marriott, & J. Wellens, *What is online research? Using the Internet for Social Science Research*. DOI10.5040/9781849665544.ch-005.
- ◆ Joven, Z., & Guáqueta Parada, S. (2019). Percepción del paciente crítico sobre los comportamientos de cuidado humanizado de enfermería. *Av Enferm*, 37(1), 65-74. DOI: <https://doi.org/10.15446/av.enferm.v37n1.65646>.
- ◆ Martínez Zubieta, R. (2021). Humanización en la Unidad de Cuidados Intensivos. *Med Crit*. 35(3):144-147. <https://doi.org/10.35366/100003>.
- ◆ Ministerio de Salud y Protección Social - Instituto Nacional de Cancerología - ESE. (2016). *Plan de humanización*. Bogotá: Instituto Nacional de Cancerología - ESE.
- ◆ Ministerio de Salud. (28 de julio de 2015). *Caja de Herramientas para la atención integral en salud de niñas, niños y adolescentes, Calidad y humanización de la atención*. <https://www.minsalud.gov.co/salud/publica/PI/Paginas/calidad-humanizacion-atencion.aspx>.
- ◆ Moreno Pérez, L., & Polo Méndez, F. E. (2018). *Humanizando las unidades de cuidado intensivo: una propuesta desde la comunicación centrada en las necesidades de la familia*. Corporación Universitaria Iberoamericana. Bogotá: Corporación Universitaria Iberoamericana. 1library. <https://1library.co/document/qop8e47z-humanizando-unidades-cuidado-intensivo-propuesta-comunicacion-centrada-necesidades.html>.
- ◆ Nin Vaeza, N., Martin Delgado, M., & Heras La Calle, G. (2020). Humanizing Intensive Care: Toward a HumanCentered Care ICU Model. *Critical Care Medicine*, 48(3), 385-390. doi: 10.1097/CCM.0000000000004191.
- ◆ Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura -UNESCO. (2005). *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*. Instrumentos Normativos. http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.
- ◆ Palomo Navarro, M y López Camps, V. (2020). Medicina intensiva. Aspectos bioéticos. Información y comunicación. *Revista de Bioética y Derecho*. 48, 23-39. <https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n48/1886-5887-bioetica-48-0023.pdf>.

- ◆ Perdomo-Cruz, R. (1992). Medicina Intensiva y las Unidades de Cuidados Intensivos Definición-Desarrollo Histórico-Utilización de sus Recursos. *Revista Médica Hondureña*, 60, 49-52. <https://revistamedicahondurena.hn/assets/Uploads/Vol60-1-1992-13.pdf>.
- ◆ Prieto Martinez, P., Rodríguez Suarez, N., Gómez Gomez, L., Cárdenas Bolivar, Y., Celis Rodriguez, É. (2020). Percepciones de dignidad y respeto en Unidades de Cuidado Intensivo". *Acta Colombiana de Cuidado Intensivo*. 20(2): 77-85. <https://doi.org/10.1016/j.acci.2020.01.005>.
- ◆ Queiroz AHAB, Soares Pontes RJ, Alves e Souza ÂM, Rodrigues TB. (2013). Percepção de familiares e profissionais de saúde sobre os cuidados no final da vida no âmbito da atenção primária à saúde. *Ciencia Saude Coletiva*. 18(9) 2615-23. <https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000900016>.
- ◆ República de Colombia - Ministerio de Salud y Protección Social. (2015). Atlas de variaciones geográficas en salud de Colombia. Estudio piloto 2015. Informe De Investigación Ministerio de Salud y Protección Social. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PES/Atlas-variaciones-geograficas-2015.pdf>.
- ◆ República de Colombia - Ministerio de Salud. (04 de 10 de 1993). Resolución 008430 del 4 de 1993. Por la cual se establecen las normas científicas, técnicas y administrativas para la investigación en salud. Bogotá, Colombia. <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/RESOLUCION-8430-DE-1993.PDF>.
- ◆ Rico, A. (2005). Cuidados intensivos y cuidados paliativos. *Rev Anales de Pediatría* 62 (5), 409-411. doi:10.1157/13074613.
- ◆ Rodríguez Sabiote, C., Lorenzo Quiles, O., & Herrera Torres, L. (2005). Teoría y práctica del análisis de datos cualitativos. Proceso general y criterios de calidad. *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades, SOCIOTAM*, XV(2), 133-154. <https://www.redalyc.org/pdf/654/65415209.pdf>.
- ◆ Rojas, V. (2019). Humanización de los cuidados intensivos. *Revista Médica Clínica Las Condes*, 30(2), 120-125. DOI: 10.1016/j.rmclc.2019.03.005.
- ◆ Romero-Massa, E., Contreras-Méndez, I., Pérez-Pájaro, Y., Moncada, A., & Jiménez-Zamora, V. (2013). Cuidado humanizado de enfermería en pacientes hospitalizados. Cartagena, Colombia. *Rev Cienc Biomed*, 4(1), 60-68. <https://repositorio.unicartagena.edu.co/bitstream/handle/11227/6919/?sequence=1>
- ◆ Rueda Castro, L., Gubert, I. C., Duro, E. A., Cudeiro, P., Sotomayor, M. A., Benites Estupiñan, E. M., . . . Sorokin, P. (2018). Humanizar la medicina un desafío conceptual y actitudinal. *Revista Iberoamericana de Bioética*(8), 1 - 15. doi: 10.14422/rib.i08.y2018.002.
- ◆ Souza Minayo, M. (2010). Los conceptos estructurantes de la investigación cualitativa. *Salud Colectiva*, 6(3), 251-261. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73115348002>.
- ◆ Torralba, F. (2005). *¿Qué es la dignidad?* Barcelona: Editorial Herder.
- ◆ Torres-Ospina, J., Vanegas-Díaz, C., & Yepes-Delgado, C. (2016). Atención centrada en el paciente y la familia en la unidad de cuidado intensivo pediátrica del hospital Pablo Tobón

Uribe, sistematización de la experiencia. *Rev. Gerenc. Polít. Salud*, 15(31), 190-201.
<https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgygs15-31.acpf>.

- ◆ Vasilachis, I. (2006). La investigación cualitativa. En I. Vasilachis, *Estrategias de investigación cualitativa*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- ◆ Velasco Bueno, J. M., & La Calle, G. H. (2020). Humanizing Intensive Care: From Theory to Practice. *Critical care nursing clinics of North America*, 32(2), 135–147.
<https://doi.org/10.1016/j.cnc.2020.02.001>.
- ◆ Wilson, M., Beesley, S., Grow, A., Rubin, E., Hopkins, R., Hajizadeh, N., & Brown, S. (2019). Humanizing the intensive care unit. *Critical Care*, 23(32), 1-3.
<https://doi.org/10.1186/s13054-019-2327-7>.
- ◆ World Science Forum. (2019). *Declaration of the 9th world science forum: Science Ethics and Responsibility*. Budapest, Hungría.
<https://worldscienceforum.org/contents/declaration-of-world-science-forum-2019-110073>.

Fecha de recepción: 31 de marzo de 2022

Fecha de aceptación: 30 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022



UNIVERSITAT DE
BARCELONA



Revista de Bioética y Derecho

Perspectivas Bioéticas

www.bioeticayderecho.ub.edu - ISSN 1886-5887

BIOÉTICA ANIMAL

El debate en torno a prohibir o restringir más severamente la investigación con primates. Aprendizajes y estrategias

El debat entorn de prohibir o restringir més severament la recerca amb primats. Aprentatges i estratègies

The debate on ban or severely restrict primate research. Learnings and strategies

JAVIERA FARGA, BERNARDO AGUILERA*

* Javiera Farga. Universidad de Chile. Fundación Derecho y Defensa Animal, Chile. Correo electrónico: javi.farga@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4981-6719>.

* Bernardo Aguilera. Facultad de Medicina y Ciencia, Universidad San Sebastián, Sede Santiago, Chile. Correo electrónico: bernardo.aguilera@uss.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9138-5003>.

Este trabajo ha sido financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo, Programa FONDECYT, Proyecto No 11200897.



Copyright (c) 2022 Javiera Farga, Bernardo Aguilera

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional.

Resumen

En la actualidad, la investigación en grandes simios ha dejado de realizarse en prácticamente todo el mundo. En este contexto, cabe preguntarse si es que ha llegado el tiempo de prohibir o restringir severamente la investigación con toda clase de primates no humanos. Una manera de abordar esta pregunta es evaluando si es que las razones que fueron esgrimidas—con éxito—en favor de restringir la investigación con grandes simios, pueden ser extendidas al caso de los demás primates no humanos. Teniendo como base una reciente revisión del debate sobre la restricción de la investigación con grandes simios (Aguilera, Perez Gomez, y DeGrazia, 2021), el presente artículo lleva a cabo esta tarea, analizando dominios de razones relacionados con el estatus moral, la ciencia, el bienestar animal, las actitudes de los expertos y el público, la conservación y el retiro de los primates, los costos financieros, y la atribución de respeto y derechos a los primates no humanos. De esta manera, se pretende iluminar el debate en torno a la restricción de la investigación con toda clase de primates no humanos, aportando herramientas estratégicas, persuasivas y filosóficas para quienes deseen avanzar en esta dirección.

Palabras clave: investigación biomédica; primates; bioética; ética animal; estatus moral.

Resum

En l'actualitat, la recerca en grans simis ha deixat de realitzar-se en pràcticament tothom. En aquest context, cal preguntar-se si és que ha arribat el temps de prohibir o restringir severament la recerca amb tota mena de primats no humans. Una manera d'abordar aquesta pregunta és avaluant si és que les raons que van ser esgrimides—amb èxit—en favor de restringir la recerca amb grans simis, poden ser esteses al cas dels altres primats no humans. Tenint com a base una recent revisió del debat sobre la restricció de la recerca amb grans simis (Aguilera, Perez Gomez, i DeGrazia, 2021), el present article duu a terme aquesta tasca, analitzant dominis de raons relacionats amb l'estatus moral, la ciència, el benestar animal, les actituds dels experts i el públic, la conservació i el retir dels primats, els costos financers, i l'atribució de respecte i drets als primats no humans. D'aquesta manera, es pretén il·luminar el debat entorn de la restricció de la recerca amb tota classe de primats no humans, aportant eines estratègiques, persuasives i filosòfiques per qui desitgi avançar en aquesta direcció.

Paraules clau: recerca biomèdica; primats; bioètica; ètica animal; estatus moral.

Abstract

Currently, research on great apes has been phased out in practically all the world. In this context, the question arises as to whether it is time to ban or restrict research on all non-human primates. One way to address this question is to assess whether the reasons that were successfully put forward in favor of restricting research on great apes can be extended to other non-human primates. Based on a recent review of the debate on the restriction of research with great apes (Aguilera, Perez Gomez, y DeGrazia, 2021), the present article carries out this task, analyzing domains of reasons related to moral status, science, animal welfare, attitudes of experts and the public, conservation and retirement of primates, financial costs, and the attribution of respect and rights to non-human primates. This way, the aim is to shed light on the debate around the restriction of research with all types of non-human primates, offering strategic, persuasive, and philosophical tools for those who would like to move forward in this direction.

Keywords: Biomedical research; primates; bioethics, animal ethics; moral status.

1. Introducción

En el marco del debate sobre la ética de la investigación con animales, el uso de primates no humanos es especialmente controversial¹. Pese a no superar el 0.5% del total de animales empleados en investigación biomédica, su uso ha sido intensamente escrutado. De hecho, el común de las personas suele ver a los primates como éticamente más importantes que otros animales (Bradley *et al.*, 2020) y la utilización de primates en experimentación recibe significativamente menos apoyo que el de otras especies, tales como los ratones y las ratas (Hagelin, Carlsson y Hau, 2003).

La preocupación por el uso de primates en investigación se ha visto también reflejada en el plano regulatorio. La Directiva 2010/63/EU de la Unión Europea, establece una regla general de prohibición del uso de los primates, admitiendo sin embargo casos excepcionales en los cuales sí sería permisible su utilización². Tal vez como consecuencia de esta Directiva, en Europa el uso de primates ha disminuido progresivamente³.

El hecho más significativo en este ámbito se relaciona con la investigación con grandes simios⁴. El uso de este subgrupo de primates para investigación biomédica invasiva ha terminado en prácticamente todo el mundo. Si bien la mencionada Directiva 2010/63/EU también admite situaciones excepcionales para la experimentación con grandes simios, en la práctica no se realizan experimentos de este tipo en Europa desde el año 2004 (Knight, 2008). Una situación similar ha acontecido, más recientemente, en Estados Unidos y Japón, que han dejado atrás la utilización de grandes simios para investigación biomédica invasiva. En tanto, una serie de otros países tales como el Reino Unido y Nueva Zelanda, han promulgado leyes que establecen reglas generales de prohibición del uso de grandes simios para investigación invasiva (Knight, 2008).

Frente a este escenario, ¿es tiempo de prohibir, o restringir más severamente, la investigación con primates? Una manera de abordar esta cuestión es evaluando si es que las razones que fueron esgrimidas —con éxito— en favor de restringir la investigación con grandes simios, pueden ser extendidas al caso de los demás primates. En este artículo emprendemos esta tarea teniendo como base una revisión sistemática de razones publicada recientemente por uno

¹ Por supuesto, los seres humanos somos animales y primates. Pero para hacer más fluida la exposición, nos referiremos a animales y a primates no humanos solo como “animales” y “primates”, respectivamente.

² Un ejemplo de uso permitido de primates en la investigación sería cuando está dirigida a la conservación de las especies.

³ Por ejemplo, en el caso de España, de acuerdo con los informes sobre uso de animales en experimentación y otros fines científicos, en el año 2009 se utilizaron 381 primates, mientras que diez años después, en 2019, se utilizaron 229 primates (Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2009; Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, 2019).

⁴ Término que engloba a chimpancés, bonobos, gorilas, orangutanes y a la especie humana. Sin embargo, en este artículo emplearemos el término para referirnos solo a las especies no humanas.

de los autores de este artículo (Aguilera, Perez Gomez, y DeGrazia, 2021), en la que se proporciona una síntesis de los argumentos a favor y en contra de las restricciones a la investigación con grandes simios que se han planteado en revistas académicas en inglés. Con el análisis que llevaremos a cabo en el presente artículo, pretendemos iluminar el debate en torno a la restricción de la investigación con otros primates, aportando herramientas estratégicas, persuasivas y filosóficas para quienes deseen avanzar en esta dirección.

Aguilera *et al.* identifican 60 artículos de los cuales más de tres cuartos se posicionan a favor de restringir, total o parcialmente, la experimentación en grandes simios. Asimismo, reportan que la gran mayoría de los argumentos presentados en la literatura han sido a favor de restricciones: 74 distintos tipos de razones a favor versus 36 en contra. La mayoría de los artículos en esta revisión se concentran entre los años 2006 y 2016, coincidiendo con el período tras el cual la investigación con grandes simios prácticamente llegó a su fin. Los autores de la revisión agruparon los 74 tipos de razones en nueve dominios temáticos. La Tabla 1 presenta los siete dominios mencionados con mayor frecuencia en la literatura, con el conteo de los respectivos tipos de razones y las veces que estas fueron mencionadas.

	Dominio	Razones a favor	Razones en contra
1	Estatus Moral	15 (103)	1 (1)
2	Ciencia	15 (45)	16 (45)
3	Bienestar Animal	13 (22)	6 (10)
4	Actitudes de Expertos y el Público	6 (24)	0
5	Conservación y Retiro	4 (6)	7 (14)
6	Costos Financieros	6 (10)	3 (3)
7	Respeto y Derechos	6 (15)	0

Tabla 1. Siete dominios de razones presentes en el debate sobre restringir la investigación con grandes simios. Para cada dominio, se presenta el número de tipos de razones a favor y en contra de restricciones, y entre paréntesis el número de veces que cada tipo de razón fue mencionada en una publicación. En tono gris, se destacan aquellos dominios donde se encontró claro predominio de razones a favor (Aguilera, Perez Gomez, DeGrazia., 2021).

Para el presente análisis distinguiremos dos grupos generales de dominios. En primer lugar, aquellos que pese a incluir un gran número de razones en favor de restringir la investigación con grandes simios, prácticamente no incluyen razones en contra de este tipo de restricciones. En este grupo, que llamaremos “razones que no han enfrentado contrapeso”, encontramos cuatro dominios: estatus moral, actitud del público y de los expertos, costos financieros, y respeto y derechos (en tono gris, en la Tabla 1).

Un segundo grupo general de dominios incluye razones también formuladas con frecuencia para argumentar por restricciones a la investigación con grandes simios, pero que sí encontraron resistencia significativa de parte de quienes argumentaron en contra de estas restricciones. A este grupo de dominios lo llamaremos “razones que han enfrentado contrapeso” y consiste en tres dominios: ciencia, bienestar animal, y conservación y retiro.

El motivo para distinguir estos dos grupos generales de dominios es facilitar la evaluación de la aplicabilidad de las razones de cada dominio al debate sobre si restringir o no la investigación con otros primates, distintos de los grandes simios⁵. Nuestro foco estará en evaluar la funcionalidad de estas razones para este propósito, sin centrarnos en discutir la calidad o la importancia de estas razones. Tras considerar cada uno de los dominios de razones clasificados como sin y con contrapeso, concluiremos con una reflexión sobre las implicaciones que este análisis tiene para quienes se proponen abogar en favor de prohibir, o restringir más severamente, la investigación con primates en general.

2. Razones que han enfrentado contrapeso

2.1. Estatus Moral

Las razones agrupadas en esta categoría sostienen, de manera implícita o explícita, que los grandes simios poseen propiedades que elevarían su estatus moral y de esta manera justifican mayores protecciones hacia ellos. Las principales razones encontradas por Aguilera *et al.* apelan a las capacidades cognitivas y de experiencia consciente de los grandes simios; el argumento es que estas capacidades serían moralmente relevantes en sí mismas o bien elevarían el estatus moral de estos animales por la similitud de estas capacidades con las presentes en los seres humanos.

Desde un punto de vista argumentativo, el razonamiento por similitud o analogía es, por sí solo, débil. Para que una semejanza entre dos animales respecto de una capacidad permita inferir que los animales son también similares respecto de su estatus moral, debemos demostrar que la capacidad en cuestión es moralmente relevante. El mero hecho de identificar una similitud no es suficiente (McKay, 2000)⁶. Por este motivo, nos centraremos en lo que a nuestro juicio ha sido el

⁵ Para simplificar la lectura, hablaremos de “otros primates” o “demás primates” para referirnos a aquellos que no corresponden a alguno de los grandes simios.

⁶ El que los argumentos de similitud con el ser humano hayan sido los más usados en el caso de los grandes simios y prácticamente sin contrapeso, nos entrega también una lección respecto de su eficacia retórica. Aun cuando sean normativamente imperfectos, los

argumento central: que los grandes simios poseen capacidades cognitivas y de experiencia consciente que contribuyen a la configuración de la experiencia de bienestar de un animal, el que puede ser afectado negativamente por nuestras acciones y por lo tanto tendría peso desde un punto de vista moral (DeGrazia, 1996).

De cualquier manera, los argumentos morales que apelan a la posesión de determinadas capacidades deben respaldarse en evidencia de que las capacidades están, en efecto, presentes en los respectivos animales. Para el caso que nos convoca, necesitamos evidencia de que las capacidades que se han empleado para atribuir un elevado estatus moral en los grandes simios están presentes también en los demás primates. De ser así, el empleo de esta categoría de argumentos al caso de los demás primates debiera ser igualmente efectiva.

Es común encontrar en la literatura especializada que los grandes simios, en general, tienen capacidades cognitivas mucho más sofisticadas que el resto de los primates (Harlow, 1958; Bitterman, 1965). Sin embargo, estudios recientes permiten poner en duda, o al menos matizar, esta afirmación. Por ejemplo, la supuesta superioridad de los grandes simios puede explicarse por el hecho de que muchos estudios compararon simios altamente entrenados con primates que nunca habían participado de pruebas científicas (Schmitt, Pankau y Fischer, 2012; Tomasello y Call, 1997). Asimismo, es posible que las diferencias respecto de inteligencia general entre grandes simios y primates no sean categóricas, sino que correspondan a diferencias en áreas específicas de la cognición (Schmitt, Pankau y Fischer, 2012; Amici, Aureli y Call, 2010).

Muchas especies de primates poseen capacidades cognitivas y de experiencia consciente complejas, algunas de las cuales hasta hace poco se consideraban privativas de los grandes simios. En la Tabla 2 presentamos una síntesis de la evidencia.

argumentos de similaridad parecen tener gran poder persuasivo.

Capacidad para:	Evidencia de su presencia en otros primates
Interacción social	Los monos <i>Rhesus</i> pueden reconocer diferentes roles sociales en individuos de su propia especie a través de la observación de imágenes que retratan diferentes contextos sociales (McFarland <i>et al.</i> , 2013)
Emociones complejas o sofisticadas	Los monos <i>Rhesus</i> prefieren no presionar una barra para obtener alimento, si eso causa que otro mono reciba una descarga eléctrica, absteniéndose de recibir alimentos incluso por varios días. Al observar a un mono de su misma especie recibir un shock eléctrico, reaccionan mostrando piloerección, micción, defecación y comportamiento excitado (Preston, 2004).
Pensamiento racional	Los macacos cangrejos y los babuinos tienen gran entendimiento acerca de los objetos y sus relaciones espaciales, numéricas y causales (Schmitt, Pankau y Fischer, 2012).
Autoconsciencia	Si al realizar la prueba del espejo la marca en el cuerpo del primate se percibe, además de un modo visual, como una sensación táctil, los monos <i>Rhesus</i> son capaces de usar el espejo para acicalarse alrededor de dicha marca (de Waal, 2019).
Sufrimiento y desórdenes post-traumáticos	Todos los primates son capaces de sufrir. Algunas de sus capacidades cognitivas influyen en el tipo de sufrimiento que pueden sentir, por ejemplo, su capacidad para formar fuertes vínculos afectivos hacen que puedan sufrir al ser separados de sus seres queridos (Singer, 1975). En este sentido, el macaco cangrejero puede incluso desarrollar síntomas asimilables al desorden de estrés post-traumático, por lo que son utilizados en investigaciones referidas a este padecimiento en seres humanos (Cheng <i>et al.</i> , 2018).
Uso de herramientas	Se ha observado el uso de herramientas en estado salvaje por parte de los monos capuchinos. Asimismo, los monos araña demostraron su uso en pruebas de laboratorio (Amici, Aureli y Call, 2010).
Aprendizaje imitativo	Los macacos son capaces de aprender luego de observar a un experto realizar una tarea, además de poder reconocer cuando ellos mismos están siendo imitados. Asimismo, cuando son recién nacidos, imitan los movimientos faciales de los adultos (Huber, Voelkl y Range, 2007).
Comunicación gestual	El macaco coronado usa intencionalmente 32 gestos definidos para lograr fines sociales (Gupta y Sinha, 2019), además, es capaz de aprender a utilizar gestos tales como apuntar con el dedo para pedir comida en lugares turísticos (Deshpande, Gupta y Sinha, 2018).
Lenguaje y representación simbólica	Varias especies de primates son capaces de tener representaciones mentales que luego expresan a través de vocalizaciones. Por ejemplo, el mono de nariz blanca posee distintos tipos de llamados; el cercopiteco verde y el cercopiteco diana realizan llamados específicos dependiendo del depredador respecto del cual está alertando, y el mono de Campbell posee una proto-sintaxis en sus vocalizaciones (Liebal y Oña, 2018, Zuberbuhler, 2012).

Tabla 2. Capacidades cognitivas compartidas por grandes simios y los demás primates.

A nuestro juicio, las capacidades de la Tabla 2—en particular aquellas relacionadas con manifestación de emociones y experiencia autoconsciente—permiten sostener que los primates pueden ver afectado negativamente su bienestar experiencial de manera comparable a la de los

grandes simios. De igual forma, es posible plantear que las capacidades que se han empleado para atribuir un elevado estatus moral en los grandes simios están presentes en otros primates, aunque es posible que existan diferencias de grado. Concluimos, por tanto, que las razones agrupadas en este grupo sí funcionan para el caso de los demás primates.

2.2. Actitud del público y de los expertos

Un segundo grupo de razones que hemos catalogado como sin contrapeso corresponde a aquellas que apelan al respaldo popular que ha tenido la idea de restringir la investigación con grandes simios. Desde un punto argumentativo, estas arriesgan ser catalogadas como falacias de apelación a la autoridad y ad populum (McKay, 2000). Pero tal como sucede con los argumentos que apelan a similitud, tienen gran fuerza persuasiva, por lo que es importante evaluar también su potencial aplicación al caso de otros primates.

El tipo de razón más frecuentemente encontrado en la literatura es que muchos países (especialmente aquellos científicamente avanzados) ya han restringido severamente o prohibido la investigación con grandes simios. Este argumento puede extenderse al caso de los primates por dos razones. Una, que las restricciones a los grandes simios sientan un importante precedente para el caso de otros primates, pues son animales que comparten muchas características. Otra es que existe una incipiente tendencia hacia la restricción o prohibición del uso de los demás primates en ciertos países (especialmente en Europa y Oceanía). En este sentido, el país más estricto es Nueva Zelanda, pues prohíbe experimentar en cualquier homínido no humano⁷.

Otro argumento incluido dentro de esta categoría se relaciona con la opinión desfavorable de algunos científicos, instituciones, y público en general respecto del uso de los grandes simios en investigación. Respecto a la opinión de los científicos, se muestra favorable la idea de continuar con la investigación en los demás primates (p. ej., Phillips *et al.*, 2014; Friedman *et al.*, 2017). Por otro lado, en cuanto a la opinión pública, hay indicios para postular una creciente sensibilidad y receptividad respecto de las ideas de respeto y cuidado por los animales, particularmente en Europa (Zimmer, 2018).

El cambio cultural detrás de la evolución de las opiniones de expertos y el público se explica, en parte, por campañas de visibilización de diversos grupos activistas respecto de los animales en cuestión. Así ha sido el caso de los grandes simios, como lo demuestra el trabajo de científicos

⁷ Art. 85 del *Animal Welfare Act* de Nueva Zelanda. Esta disposición admite dos excepciones: (1) si la investigación beneficia al primate y, (2) si beneficia a la especie a la que pertenece el primate y que estos beneficios no sean superado por el daño que posiblemente sufrirá el primate.

volcados al activismo, como Jane Goodall, junto con la difusión de las ideas de diversos primatólogos y filósofos en el marco del Proyecto Gran Simio (Singer y Cavalieri, 1998). Es posible prever que un proceso análogo enfocado a los demás primates podría igualmente motivar cambios en las opiniones de expertos y el público a favor de prohibir o restringir la investigación con primates en general.

2.3. Costos Financieros

Se ha argumentado que los costos financieros necesarios para un adecuado cuidado de los grandes simios son demasiado elevados para que la investigación con ellos sea rentable. Este alto costo se debe, en parte, a que no se considera aceptable matar a los grandes simios tras ser usados en investigación, por lo que se hace necesario retirarlos a santuarios por el resto de sus vidas⁸, las que suelen prolongarse por varias décadas.

Por ejemplo, en el año 2000 en Estados Unidos se promulgó la *Chimpanzee Health Improvement, Maintenance and Protection Act*, que estableció un sistema nacional de santuarios para el retiro de chimpancés una vez que la investigación con estos finaliza. Esto trajo consigo un costo importante⁹ que probablemente fue determinante para que en este país la investigación con grandes simios llegara a su fin.

En el caso del resto de los primates, no existe política que prohíba matar ni menos que exija el retiro de estos animales a un santuario luego de su uso en investigación. Si existieran estos requisitos de cuidado posterior a la experimentación, los costos de este tipo de investigación también aumentarían considerablemente, aunque en menor medida que los grandes simios, debido a que el resto de los primates son relativamente menos longevos: mientras la vida media de un chimpancé son cuarenta años (Havercamp *et al.*, 2019), la de un mono *Rhesus* es de 25 años (Lewis y Prongay, 2015). Asimismo, si se elevasen las exigencias de bienestar y los requisitos de alojamiento de los demás primates, estableciendo la necesidad de grandes espacios de socialización para cada especie, los costos aumentarían aún más.

De esta manera, parece razonable anticipar que estándares más exigentes de bienestar animal podrían llevar a un significativo aumento del costo financiero de la investigación con los

⁸ Para ilustrar este punto, vale citar el reporte “Chimpancés en investigación: estrategias para su cuidado, manejo, y uso”, del National Research Council (1997) de los Estados Unidos: “Es difícil concebir que nuestra sociedad acepte un sistema que se ha deteriorado a tal punto que la eutanasia de los chimpancés se ha convertido en la mejor o la única alternativa humanitaria”.

⁹ Por ejemplo, cuesta 17.000 dólares al año mantener a un chimpancé en el santuario Chimp Haven, en el cual viven más de 300 chimpancés (Chimp Haven, 2022).

demás primates, el que a su vez podría volver impracticable su uso, sin necesidad de contar con una prohibición legal propiamente tal¹⁰.

A modo de ejemplo del efecto que pueden tener mayores estándares sobre los costos, consideremos el enriquecimiento del hábitat de los primates. Métodos tradicionales, tales como dispositivos de forrajeo de alimentos, requieren un esfuerzo cognitivo mínimo de parte de los primates y resultan inefectivos para mantener la atención de estos durante periodos prolongados de tiempo. Una alternativa es la utilización de videojuegos basados en un sistema informático, que otorga recompensas en forma de alimentos, promoviendo un trabajo cognitivo sostenido en el tiempo. Ahora bien, mientras que el costo aproximado de los dispositivos tradicionales de forrajeo se sitúa entre 6 y 139 dólares, un sistema de videojuego cuesta a partir de 1.650 dólares (Bennet *et al.*, 2016)¹¹.

Así, las razones de orden financiero sí serían aplicables a todos los primates, sobre todo en la medida que los requisitos necesarios para su bienestar—en relación con su cuidado, albergue y retiro tras su participación en experimentos—son asimilados por los centros de investigación.

2.4. Respeto y derechos

En esta categoría de argumentos, se sugiere que ciertas acciones relacionadas con la investigación invasiva con grandes simios son moralmente incorrectas, independientemente del sufrimiento que estas acciones puedan causarles. En particular, los argumentos en esta categoría se enfocan en acciones donde no es respetada la voluntad de los grandes simios, o su estatus como persona (o cuasi-persona), o bien se violan sus derechos morales. Cabe señalar que la aplicación de estos argumentos a los animales ha sido considerada controversial, incluso cuando se trata de grandes simios. Pero nuestro propósito aquí no es juzgar las razones tras estos argumentos, sino evaluar su extensión al caso de los demás primates. A continuación, analizamos cada uno de estos grupos de razones.

Las razones relacionadas con el respeto por la voluntad de los grandes simios sostienen que estos animales son capaces de expresar sus preferencias sobre participar o no en investigación, las cuales deben tomarse en cuenta, tal como se hace con seres humanos que pese a no ser capaces de consentir, sí pueden expresar preferencias. De esto se seguirían fuertes restricciones a la investigación con grandes simios, equivalentes a las aplicadas en investigación con niños, por

¹⁰ De hecho, hasta cierto punto los costos financieros ya han influido en el cese parcial de la investigación con primates en general; por ejemplo, en un laboratorio de Poolesville, Maryland, se dejaron de realizar controversiales experimentos en primates debido a motivos financieros (Grimm, 2015).

¹¹ Si estos cambios se implementaran, solo Estados Unidos beneficiarían a más de cien mil primates (USDA, 2022).

ejemplo. Algo similar sucede con el argumento de que los grandes simios son personas. Según algunos autores, estos animales poseen capacidades suficientes para ser considerados moralmente como personas no humanas (Singer y Cavalieri, 1998) o cuasi-personas (DeGrazia, 1997). Esto fundamentaría restricciones para la investigación invasiva con grandes simios, comparables a las requeridas por el principio de “respeto por las personas” del Informe Belmont, en el ámbito de la investigación con seres humanos (Cf. Ferdowsian *et al.*, 2020).

¿Son extensibles estas razones para el caso de los demás primates? Para que esto sea así, los demás primates tendrían que expresar sus preferencias (por ejemplo, asentir y/o disentir respecto de un procedimiento), poseer capacidades suficientes como para justificar un respeto hacia su cualidad de persona o cuasi-persona, o bien tener intereses suficientemente relevantes sobre los cuales sea posible reconocerles derechos morales. Comencemos con las capacidades que en la literatura se mencionan como relevantes para considerar a un individuo como persona o cuasi-persona. Entre ellas encontramos lenguaje y comunicación, autoconsciencia, agencia moral, entre otras (Chan y Harris, 2011; Verner, 2012). Como vimos, hay evidencia para sostener que estas capacidades están presentes en los demás primates, aunque es posible que tengan un grado menor de desarrollo (ver Tabla 2).

En relación con las restricciones que se aplican a la investigación con individuos incapaces de consentir—pero, en algún grado, capaces de asentir o disentir— Wendler (2014) observa que cuando se trata de seres humanos que se encuentran en esta situación (p. ej., niños, o adultos con demencia severa) se suelen implementar fuertes restricciones a su participación en investigación, en particular cuando esta no prevé un beneficio directo para los participantes. Si aplicamos un principio de imparcialidad, tendríamos que dar un trato similar a los primates, por cuanto también son seres incapaces de consentir, pero con suficiente capacidad de expresar sus preferencias. Aquí el autor reconoce que existen incertezas respecto de estas capacidades y los riesgos que son éticamente aceptables, por lo que sugiere aplicar un principio de precaución (Wendler, 2014). Esto limitaría fuertemente la investigación tanto en el caso de los grandes simios como en el de los demás primates.

Por último, la atribución de derechos morales ha sido clásicamente ligada a una ética de la reciprocidad, en base a la noción de que solo podrían ser sujetos de derechos aquellos individuos que son a su vez capaces de contraer deberes, lo que requiere la posesión de racionalidad (Kant, 1785), de lo que se seguiría que los animales no podrían ser titulares de derechos. Sin embargo, dicha posición ha sido cuestionada, ya sea desde una misma lógica kantiana (Korsgaard, 2018) o recurriendo a otros fundamentos para la atribución de derechos morales, como la teoría del interés. Esta teoría establece que el tipo de seres que pueden considerarse poseedores de derechos son aquellos capaces de tener intereses, pues estos son requisito para que un ser pueda

ser dañado o beneficiado (Cf. Farga, 2020). Más precisamente, para que un sujeto tenga un derecho, debe tener un interés en aquello que el derecho protege u otorga. Así, para ciertos intereses, surge un deber correlativo, que, en caso de ser incumplido, implica que se está vulnerando el derecho respectivo (Mañalich, 2018). De esta manera, el contenido de los derechos dependería de qué intereses tienen las distintas especies animales¹²; por ejemplo, el derecho a no sufrir de un animal se encontraría basado en su interés en no sufrir.

El argumento de atribución de derechos ha sido planteado en el debate sobre el uso de grandes simios en investigación, apuntando a que estos tendrían intereses suficientemente relevantes como para establecer deberes correlativos, haciéndolos titulares de derechos. Tomando en cuenta que, al igual que los grandes simios, el resto de los primates también tienen intereses, este argumento sería también extensivo a estos animales (no obstante el contenido y la cantidad de derechos atribuibles a cada animal puede ser muy distinto).

3. Razones que sí han enfrentado contrapeso

Según la revisión de Aguilera *et al.*, las categorías de argumentos más usados a favor de las restricciones al uso de grandes simios en investigación, pero que contaron con una resistencia significativa de la posición contraria, son aquellos referidos a la ciencia y aquellos relacionados con el bienestar animal.

3.1. Ciencia

En este dominio de razones encontramos un nutrido debate en torno a la existencia de métodos alternativos a la experimentación con grandes simios, el cual acabó inclinándose por que existen métodos alternativos disponibles para reemplazar a los grandes simios por otras especies animales, y por ende restringir el uso de los grandes simios (de Waal, 2012)¹³. Es controversial, sin embargo, extender este argumento al caso de otros primates, pues reportes recientes de

¹² Feinberg considera que los intereses se encuentran compuestos de conaciones, consistentes, por ejemplo, de deseos, esperanzas, impulsos, pulsiones, objetivos y metas (Feinberg, 1974).

¹³ Ejemplos de métodos alternativos son modelos *in silico* e *in vitro*, así como algunos invertebrados usados como modelos *in vivo*. De hecho, varias instituciones donde se realiza investigación con animales tienen centros de desarrollo de métodos alternativos, como por ejemplo la FDA o la Universidad de Johns Hopkins con el *Center for Alternatives to Animal Testing* (CAAT).

prestigiosas instituciones sugieren que el uso de estos animales sigue siendo necesario para el éxito de ciertos tipos de investigación biomédica¹⁴.

En este dominio encontramos también razones en favor de restringir la investigación con grandes simios, que cuestionan que los métodos empleados en la experimentación con estos animales sean fiables. Se plantea que estos estudios pueden producir resultados engañosos debido al tamaño de muestra limitado en poblaciones muy homogéneas y sin comorbilidades, a las múltiples enfermedades que suelen adquirir los grandes simios usados investigación, o al estrés acumulativo al que están expuestos durante su vida en el laboratorio. Este argumento es aplicable a los demás primates, ya que también viven en condiciones de laboratorio que son inductoras de enfermedades y estrés (Bailey y Mansfield, 2010). En contraste, y en contra de las restricciones, se ha planteado que la proximidad genética entre el ser humano y los grandes simios hace que estos últimos sean buenos modelos para el estudio de enfermedades humanas. Dada la proximidad de los grandes simios con los demás primates, este argumento es extensible a estos.

Por último, se ha argumentado que la investigación actual sobre grandes simios tiene poco valor científico, ya sea ciencia básica o aplicada (Knight, 2012). Este es el único grupo de razones en que Aguilera *et al.* encontraron más argumentos en contra que a favor de restringir la investigación en grandes simios. El principal ámbito de discusión en este grupo de razones se refiere a cuál sería el valor científico del uso de los grandes simios en general, y particularmente respecto a su utilidad para el combate de futuras enfermedades emergentes (p. ej. Ébola). Si extendemos este debate al caso de los demás primates, encontramos abundantes argumentos contrarios a restringir su uso, pues los primates se asocian a descubrimientos científicos importantes¹⁵.

En el contexto de la pandemia por COVID-19, se suma el hecho de que el desarrollo de vacunas para prevenir esta enfermedad y la búsqueda de un tratamiento efectivo ha involucrado pruebas en primates (EARA, 2020). Estos hechos podrían reforzar los argumentos en contra de restricciones basados en el valor científico de la investigación de primates. Es posible anticipar que el valor científico del uso de otros primates—especialmente ante a la amenaza de nuevas emergencias sanitarias—será uno de los principales focos del debate en torno a la restricción del uso de estos animales para experimentación.

¹⁴ Véanse reportes de los Institutos Nacionales de Salud NIH (2017) y de la Universidad Johns Hopkins (2017) ambos de los Estados Unidos.

¹⁵ Por ejemplo, el diagnóstico y tratamiento de la fiebre tifoidea, el descubrimiento de la anestesia moderna y el tratamiento de la artritis reumatoide (Friedman et al., 2017). Queda abierto para la discusión, sin embargo, si es que los descubrimientos aludidos pudieron haber sido logrados con métodos alternativos al uso de primates o si los beneficios obtenidos justifican los daños provocados a los animales.

3.2. Bienestar

En el dominio de razones relacionadas con bienestar animal, se abordan requisitos de cuidado y albergue, condiciones en las instalaciones de investigación, y daños causados a los grandes simios en la experimentación, señalando que los grandes simios utilizados para investigación se encuentran en una situación que menoscaba su bienestar, motivo por el cual sería necesario restringir o prohibir su uso. Más precisamente, hay razones que apelan a las condiciones de vida en las instalaciones de investigación, planteando que mantener grandes simios en cautividad puede causarles daños psicológicos o alterar el desarrollo normal de sus vidas. Asimismo, se señala que los daños físicos y psicológicos, asociados a múltiples experimentos, se ven intensificados por la longevidad de estos animales.

Estos argumentos son fácilmente aplicables al caso de los demás primates. Como vimos anteriormente, los primates tienen la capacidad de experimentar un amplio abanico de situaciones que menoscaban su bienestar. Esto se relaciona con daños causados por los experimentos mismos o derivados del transporte y cautiverio. Ahora bien, hay quienes sostienen—en favor de su uso—que sí es posible realizar investigaciones con grandes simios sin causarles daño significativo¹⁶. También se ha sostenido que ciertas investigaciones son necesarias para mejorar el bienestar de los mismos grandes simios. Es posible que similares argumentos puedan extenderse para el caso de los demás primates, con el fin de justificar su uso para investigación.

Por último, se señala que no es posible cumplir con los requisitos de cuidado y alojamiento de los grandes simios utilizados en investigación, pues son demasiado elevados, recomendando la restricción de su uso. La posición contraria argumenta que sí es posible cumplir con estos requisitos. En el caso de los demás primates, estos comparten con los grandes simios altos requerimientos de bienestar, tal como necesitar mucho espacio, vida comunitaria y estimulación cognitiva para su bienestar (Hannibal *et al.*, 2017).

En suma, las razones para restringir el uso de grandes simios incluidas en este grupo parecen funcionar para el caso de los demás primates, mientras que las razones en sentido contrario no parecen constituir una posición fuerte. Esto porque las condiciones necesarias para asegurar un adecuado bienestar para los primates en instalaciones de investigación son bastante demandantes.

¹⁶ Un ejemplo serían experimentos donde chimpancés son infectados con virus para los cuales no manifiestan síntomas (Vandenberg, 2013), o bien experimentos conductuales que son mínimamente invasivos (de Waal, 2012).

3.3. Conservación y Retiro

Los argumentos relativos a la conservación de los grandes simios fueron mayoritariamente sostenidos por posiciones contrarias a restringir la investigación con estos animales, las cuales señalaron que los resultados de estas investigaciones podrían aportar a la conservación de los grandes simios (Vandeberg, 2013). Sin embargo, también existieron argumentos que utilizaron la conservación para argumentar a favor de restringir la investigación en grandes simios, señalando que estos pertenecen a especies en peligro de extinción y que su uso en investigación trae como consecuencia una reducción de las poblaciones en estado salvaje (Reynolds, 1995). Este argumento de orden conservacionista no aplicaría en el caso del resto de los primates, ya que las especies de primates utilizados en investigación no se encuentran en peligro de extinción (Cf. Schwitzer *et al.*, 2019).¹⁷

Otro subgrupo de argumentos dice relación con el retiro de los grandes simios, es decir, su destino luego de finalizar las investigaciones en que son utilizados. Aquellos que argumentan en contra de restringir la investigación con grandes simios señalan que es posible que estos sean trasladados a instalaciones alternativas al finalizar la investigación, por ejemplo, santuarios (Prince *et al.*, 1990). Sin embargo, esta alternativa es muy costosa por lo que las exigencias de un retiro adecuado en el caso de los demás primates podrían elevar los costos de manera tal que, *de facto*, se dejen de utilizar en investigación.

4. Propuestas para avanzar en el debate sobre restringir la investigación con otros primates

Tras revisar las razones esgrimidas en el debate en torno a la restricción de la investigación biomédica con grandes simios y su posible extensión al caso de los demás primates, en esta sección llevaremos a cabo una reflexión sobre las posibilidades de avanzar en este sentido, proponiendo argumentos que los movimientos animalistas—y otros grupos interesados por ampliar restricciones al uso de animales—podrían emplear para incidir en el debate en torno a la investigación con otros primates.

Creemos que lo que podríamos llamar “activismo desde la academia” ocupa hoy un lugar importante en los movimientos animales y que puede ser un importante promotor de cambios, tanto legislativos como culturales. La revisión de Aguilera *et al.* refleja esta idea, por cuanto la

¹⁷ Cabe señalar que se han descrito casos de especies primates protegidas que han sido utilizadas en experimentos (Maldonado, 2011) y también la posibilidad de que especies que si bien hoy no están en riesgo de extinción, pudieran estarlo en el futuro.

mayoría de las publicaciones incluidas en esta revisión fueron escritas por un autor afiliado a—o en una revista asociada a—un grupo activista. Según reportan Aguilera *et al.*, esto llega a un 80% cuando se trata de las publicaciones posicionadas a favor de terminar con el uso de grandes simios en investigación. Es posible conjeturar, a partir de estos datos, que el activismo desde la academia jugó un rol activo en el movimiento social y regulatorio que llevó al término de la investigación con grandes simios en el mundo. En sintonía con estos antecedentes, el presente análisis ha buscado indagar cuán plausible sería adoptar estrategias argumentativas similares para el caso de los demás primates, si se pretende avanzar hacia mayores restricciones o el cese de su uso en investigación. Después de todo, tras el triunfo que significa para grupos animalistas el caso de los grandes simios, resulta natural que el siguiente paso estratégico para ellos sea avanzar en pro de mayores restricciones—o la prohibición total—del uso de los demás primates. A continuación, plantaremos algunas propuestas derivadas de nuestro análisis.

Los argumentos referidos al estatus moral respecto de los grandes simios se han basado ampliamente en la posesión de ciertas capacidades cognitivas. Estos argumentos tienen gran fuerza persuasiva y no enfrentaron contrapesos importantes. Esto se debe, en parte, a que se encuentra firmemente asentada la idea de que existe una continuidad evolutiva entre seres humanos y primates, de la cual cabe esperar básicamente diferencias de grado entre sus capacidades. Visibilizar estos antecedentes, así como la similitud de las capacidades de los primates con los humanos, aparecen como estrategias efectivas para promover restricciones al uso de primates en investigación. Cabe señalar, sin embargo, que al poner énfasis en la posesión de capacidades cognitivas complejas, podría dejarse sin protección a los demás animales que no poseen estas capacidades, los que no obstante poseen una experiencia de bienestar que puede verse afectada (Low 2012). De esta manera, poner el foco únicamente en las capacidades cognitivas complejas podría ser contraproducente para una estrategia que aspire a la defensa de los animales frente a la investigación científica en general. Cabe mencionar que esta es una preocupación que ha estado presente en iniciativas tales como el ya mencionado Proyecto Gran Simio¹⁸. Sin embargo, el avance logrado tras la restricción global del uso de grandes simios no parece estar obstaculizando nuevos avances, por lo que también es posible que, en la práctica, abogar a favor de la restricción o la prohibición de la investigación en el caso de los demás primates, pueda en el futuro abrir—más que cerrar—puertas para extender las restricciones hacia otras especies animales.

Entre los argumentos que denominamos sin contrapeso analizamos los referidos a la actitud del público y los expertos. Poca duda cabe que cuando la opinión pública adopta mayoritariamente

¹⁸ Véase la aportación de Steve Sapontzis (Cap. 27) en el libro *El Proyecto Gran Simio* (1998) de Peter Singer y Paola Cavalieri.

una posición, es capaz de ejercer una importante influencia en los tomadores de decisiones. De hecho, es posible observar que históricamente la opinión del público y de los expertos ha ido ampliándose progresivamente para incluir como merecedores de protección a los grupos que históricamente han sido discriminados y marginados, como las personas negras, las mujeres, los pueblos indígenas, las diversidades sexuales, entre otros. Siguiendo esta tendencia hacia una mayor inclusión e imparcialidad en los juicios morales, que ya suma a los grandes simios en algunos aspectos, es posible prever que con el tiempo irá ampliando su apoyo hasta abarcar a los demás primates.

Otro punto importante en términos estratégicos es el vínculo que existe entre los argumentos relativos al bienestar animal y aquellos referidos a los costos económicos. Muchas veces, los movimientos animalistas se inclinan por estrategias enfocadas en la prohibición legal directa. Sin embargo, al analizar los argumentos presentados a lo largo de este trabajo, es posible notar que existe más de un camino para lograr el cese del uso de primates en investigación. Si bien materialmente en la actualidad ningún país realiza investigaciones invasivas con grandes simios, esto no ha sido tan solo producto de prohibiciones legales; también responde al aumento de las regulaciones que elevan las exigencias para su uso, de modo que este se vuelve impracticable o económicamente inviable. Asimismo, la visibilización de los costos que invierte el Estado para financiar la investigación con primates, el cual ya es elevado considerando los estándares de bienestar actuales en que se realiza, puede ser un factor relevante para inclinar la balanza hacia la restricción o prohibición. Esta clase de argumentos tiene además la ventaja de permear no solo en la opinión pública—que costea investigación con animales a través de sus impuestos—sino también en una audiencia de científicos y tomadores de decisiones, preocupada por la costo-efectividad de las actividades de investigación. Además, tales costos se podrían reencauzar para el desarrollo de métodos alternativos al uso de animales que, además de no dañar a seres sintientes, resulten más económicos en el largo plazo.

Otro conjunto de argumentos que vimos en el grupo denominado sin contrapeso son aquellos referidos al reconocimiento de derechos. En este sentido, cabe destacar que una estrategia usada con éxito en Latinoamérica ha sido la interposición de acciones constitucionales, particularmente el *habeas corpus*, con la finalidad de lograr el reconocimiento de derechos legales¹⁹. Si bien estos fallos aplican solo a los casos sobre los cuales se pronuncian²⁰—siembran

¹⁹ En Brasil, se otorgó un *habeas corpus* a favor de la chimpancé Suiza, reconociendo su derecho a la libertad (de Baggis, 2015), mientras que en Argentina, se reconocieron como sujetos de derecho no humanos a la orangutana Sandra (Chible, 2016) y a la chimpancé Cecilia (Campusano, 2018).

²⁰ Debido al efecto relativo de las sentencias, el reconocimiento de la personalidad de un animal en concreto mediante una sentencia judicial no implica el reconocimiento de la personalidad a todos los animales de dicha especie.

de todos modos un antecedente respecto de que la titularidad de derechos por parte de los animales es posible. Creemos que esta estrategia es extensible a los demás primates, considerando que los argumentos esgrimidos hasta ahora por la jurisprudencia para el reconocimiento de sus derechos o de su personalidad dicen relación con la sintiencia y las capacidades intelectuales características que son en gran medida compartidas por los mismos²¹.

En lo que respecta a las razones que sí han enfrentado contrapeso, se encuentran argumentos referidos a ciencia, bienestar y retiro. Si bien el antecedente de que estos argumentos encontraron contrapeso en el debate sobre grandes simios permite anticipar una resistencia similar en caso de extenderlos a los demás primates, representa también una oportunidad: esto permite la construcción de un debate que incluye voces disidentes—en particular de la comunidad científica—permitiendo así un mayor intercambio de ideas y, potencialmente, un cambio de actitudes. Así, desde el punto de vista de la estrategia animalista, un posible camino puede ser proponer mayores estándares de cuidado y bienestar animal, lo que podría reducir, e incluso volver impracticable, el uso de primates para experimentación. Esto también puede tener como efecto una disminución del número de colonias de primates criados para ser utilizados en la investigación.

Un ejemplo de lo planteado en el párrafo anterior es lo ocurrido con la investigación con grandes simios en Estados Unidos y Europa. La elevación en las políticas y estándares regulatorios de parte de los Institutos Nacionales de Salud en EEUU en 2015 y por la Unión Europea a través de la Directiva 2010/63/EU, transformaron la experimentación con grandes simios en una práctica excepcional sujeta a estrictos requerimientos. Entre ellos se incluye el retiro de los animales a santuarios, otro aspecto que supone una alta carga financiera. Como ya hemos señalado, esto probablemente ha sido determinante para que el uso de grandes simios haya llegado a su fin, sin necesidad de una ley que lo prohibiera.

En suma, tras la consolidación de los cambios regulatorios que llevaron al fin de la investigación con grandes simios en todo el mundo, es tiempo de pensar en el caso de los demás primates. A través del presente análisis de la revisión de Aguilera *et al.*, hemos centrado nuestra atención en los argumentos esgrimidos en el debate sobre la investigación con grandes simios y la aplicabilidad de estos argumentos al caso de los demás primates. De esta manera esperamos haber contribuido con una perspectiva amplia del debate en cuestión, con miras a que pueda ser

²¹ Además, es destacable que, recientemente, a través de otra vía judicial, en Estados Unidos se aceptó una solicitud presentada en nombre de la comunidad de hipopótamos del río Magdalena, Colombia, en calidad de personas interesadas (Plaza, 2021), por lo que se puede deducir que si los tribunales reconocen la calidad de persona—tradicionalmente ligada a las características de autonomía y elevadas capacidades cognitivas—a los hipopótamos, con mayor razón sería posible un reconocimiento en este sentido respecto de todos los primates.

útil para quienes buscan prohibir o ampliar las protecciones a los animales usados en investigación, aportando herramientas estratégicas, persuasivas y filosóficas para llevar adelante esta tarea.

Agradecimientos

Agradecemos a Javiera Perez Gomez y Jean Menanteau por sus comentarios a una versión preliminar de este artículo.

Referencias bibliográficas

- ◆ Aguilera, B., Perez Gomez, J. y DeGrazia, D. (2021). Should biomedical research with great apes be restricted? A systematic review of reasons. *BMC Medical Ethics*, 22(15), 1-20. <https://doi.org/10.1186/s12910-021-00580-z>.
- ◆ Amici, F., Aureli, F. y Call, J. (2010). Monkeys and apes: Are their cognitive skills really so different? *American Journal of Physical Anthropology*, 143(2), 188-197. <https://doi.org/10.1002/ajpa.21305>.
- ◆ Bailey, C. y Mansfield, K. (2010). Emerging and reemerging infectious diseases of nonhuman primates in the laboratory setting. *Veterinary Pathology*, 47(3), 462-481. <https://doi.org/10.1177/0300985810363719>.
- ◆ Bennet, A. J., Perkins, C. M., Tenpas, P. D., Reinebach, A. L. y Pierre, P. J. (2016). Moving evidence into practice: cost analysis and assessment of macaques sustained behavioral engagement with videogames and foraging devices. *American journal of primatology*, 78(12), 1250-1264. <https://doi.org/10.1002/ajp.22579>.
- ◆ Bitterman, M. E. (1965). Phyletic differences in learning. *American Psychologist*, 20(6), 396-410. <https://doi.org/10.1037/h0022328>.
- ◆ Bradley, A., Mennie, N., Bibby, P. A. y Cassaday, H.J. (2020). Some animals are more equal than others: Validation of a new scale to measure how attitudes to animals depend on species an human purpose of use. *PloS One*, 15(1), 1-23. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0227948>.
- ◆ Campusano, R. F. (2018). Derecho de los seres vivos no humanos. *Actualidad Jurídica*, 38, 237-257.
- ◆ Chan, S. y Harris, J. (2011). Human animals and nonhuman persons. En T. L. Beauchamp, y R. G. Frey (Eds.), *The Oxford Handbook of Animal Ethics* (pp. 1-31). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780195371963.013.0012>.
- ◆ Cheng, G. J., Yijun, Y., Xiang, L., Ling, J. X., Min, G., Zhuo, L., Ping, H. y Hong, P. J. (2018). Establishment of animal models of post-traumatic stress disorder in cynomolgus monkeys and behavioral and neurophysiological studies. *Journal of Psychiatry and Cognitive Behaviour*, 3(2), 1-8. <https://doi.org/10.29011/2574-7762.000049>.

- ◆ Chible, M. J. (2016). La protección del animal no humano a través del habeas corpus. *Derecho y Humanidades*, (27), 37-67. [En línea]. Disponible en: <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/46106>.
- ◆ Chimp Haven (2022). About Us. Chimp Haven a New Beginning. [En línea]. Disponible en: <https://chiphaven.org/about-us/> [Consulta: 26 de mayo de 2022].
- ◆ De Baggis, G. (2015). Solicitud de habeas corpus para la orangután Sandra. Comentario a propósito de la sentencia de la Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de 18 de diciembre de 2014. *DA Derecho Animal. Forum of Animal Law Studies*, 6(1), 1-8.
- ◆ De Waal, F. B. (2012). Research chimpanzees may get a break. *PLoS Biology*, 10(3), 1-4. <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.1001291>.
- ◆ _____ (2019). Fish, mirrors, and a gradualist perspective on self-awareness. *PLoS Biology*, 17(2), 1-8. <https://doi.org/10.1371/journal.pbio.3000112>.
- ◆ DeGrazia, D. (1996). *Taking animals seriously: Mental life and moral status*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ◆ _____ (1997). Great apes, dolphins, and the concept of personhood. *The Southern Journal of Philosophy*, 35(3), 301-320. <https://doi.org/10.1111/j.2041-6962.1997.tb00839.x>.
- ◆ Deshpande, A., Gupta, S. y Sinha, A. (2018). Intentional communication between wild bonnet macaques and humans. *Scientific Reports*, 8(5147), 1-12. <https://doi.org/10.1038/s41598-018-22928-z>.
- ◆ EARA. (2020). Covid-19 research using monkeys. European Animal Research Association. [En línea]. Disponible en: <http://www.eara.eu/post/covid-19-research-using-monkeys> [Consulta: 2 de diciembre 2021].
- ◆ España. Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. (2009). Informe sobre las estadísticas de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos en España en el año 2009. MAPA. [En línea] Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/TOTAL%20ESPA%C3%91A%202009_tcm30-104704.pdf [Consulta: 20 de noviembre 2021].
- ◆ _____ Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación. (2019). Informe sobre usos de animales en experimentación y otros fines científicos, incluyendo la docencia en 2019. MAPA [En línea] Disponible en: https://www.mapa.gob.es/es/ganaderia/temas/produccion-y-mercados-ganaderos/informedeusodeanimalesen2019_tcm30-550894.pdf [Consulta: 20 de noviembre 2021].
- ◆ Farga, J. (2020). Derechos humanos y derecho de los animales. Repositorio Universidad de Chile, 1-54. [En línea] Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/175705> [Consulta: 19 de diciembre 2021].
- ◆ Feinberg, J. (1974). The rights of animals and unborn generations. En W. T. Blackstone (Ed.), *Philosophy and Enviromental Crisis* (pp. 43-68). Athens, GA: The University of Georgia Press.

- ◆ Ferdowsian, H., Johnson, L., Johnson, J., Fenton, A., Shriver, A. y Gluck, J. (2020). A Belmont Report for animals? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 29(1), 19-37. <https://doi.org/10.1017/S0963180119000732>.
- ◆ Friedman, H., Ator, N., Haigwood, N., Newsome, W., Allan, J. S., Golos, T. G., Kordower, J. H., Shade, R. E., Goldberg, M. E., Bailey, M. R. y Bianchi, P. (2017). The critical role of nonhuman primates in medical research. *Pathogens & Immunity*, 2(3), 352-365. <https://doi.org/10.20411/pai.v2i3.186>.
- ◆ Grimm, D. (2015). Decision to end monkey experiments based on finances, not animal rights, NIH says. *Science*. [En línea] <https://www.science.org/content/article/decision-end-monkey-experiments-based-finances-not-animal-rights-nih-says> [Consulta: 3 de diciembre 2021].
- ◆ Gupta, S. y Sinha, A. (2019). Gestural communication of wild bonnet macaques in the Bandipur National Park, Southern India. *Behavioural Processes*, 168(103956), 1-12. <https://doi.org/10.1016/j.beproc.2019.103956>.
- ◆ Hagelin, J., Carlsson, H. E. y Hau, J. (2003). An overview of surveys on how people view animal experimentation: some factors that may influence the outcome. *Public Understanding of Science*, 12(1), 67-81. <https://doi.org/10.1177/0963662503012001247>.
- ◆ Hannibal, D. L., Bliss-Moreau, E., Vandeleest, J., McCowan, B. y Capitanio, J. (2017). Laboratory rhesus macaque social housing and social changes: implications for research. *American Journal of Primatology*, 79(1), 1-14. <https://doi.org/10.1002/ajp.22528>.
- ◆ Harlow, H. F. (1958). The evolution of learning. En A. Roe, & G. G. Simpson, *Behavior and Evolution* (pp. 269-304). New Haven: Yale University Press.
- ◆ Havercamp, K., Watanuki, K., Tomonaga, M., Matsuzawa, T. y Hirata, S. (2019). Longevity and mortality of captive chimpanzees in Japan from 1921 to 2018. *Primates*, 60(6), 525-535. <https://doi.org/10.1007/s10329-019-00755-8>.
- ◆ Huber, L., Voelkl, B. y Range, F. (2007). Imitative learning in monkeys. En: P. Oliver y C. Kray (Eds.), *Artificial and Ambient Intelligence*, (pp. 256-261). Newcastle: AISB.
- ◆ Johns Hopkins Berman Institute of Bioethics. (2017). The necessity of the use of non-human primate models in research. *Speaking of research*. [En línea]. Disponible en: <https://speakingofresearch.files.wordpress.com/2017/04/animal-working-group-meeting-1-briefing-book.pdf> [Consulta: 20 de noviembre 2021].
- ◆ Kant, I. (1785). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Espasa-Calpe [ed. 1990].
- ◆ Korsgaard, C. (2018). *Fellow Creatures. Our obligations to the other animals*. Oxford: Oxford University Press.
- ◆ Knight, A. (2008). The beginning of the end for chimpanzee experiments? *Philos Ethics Humanit Med*, 3(16), 1-14. <https://doi.org/10.1186/1747-5341-3-16>.
- ◆ _____ (2012). Weighing the Costs and Benefits of Animal Experiments. *Altex proceedings, Proceedings of WC8*, 1(1), 289-294.
- ◆ Lewis, A. D. y Prongay, K. (2015). Basic physiology of macaca mulatta. En J. Bluemel, S. Korte, E. Schenck, y G. Weinbauer, *The Nonhuman Primate in Nonclinical Drug Development and Safety Assessment* (pp. 87-113). Cambridge, Massachusetts: Academic Press.

- ◆ Liebal, K., y Oña, L. (2018). Different approaches to meaning in primate gestural and vocal communication. *Frontiers in Psychology*, 9(478), 1-7. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.00478>.
- ◆ Low (2012). La Declaración de Cambridge sobre la Consciencia. *Animal Ethics*. [En línea]. Disponible en: <https://www.animal-ethics.org/declaracion-consciencia-cambridge/> [Consulta: 23 de septiembre 2022].
- ◆ Maldonado, A. (2011). Tráfico de monos nocturnos aotus SPP en la frontera entre Colombia, Perú y Brasil: Efectos sobre sus poblaciones silvestres y violación de las regulaciones internacionales de comercio de fauna estipuladas por CITES. *Revista de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales*, 35(135), 225-242.
- ◆ Mañalich, J. P. (2018). Animalidad y subjetividad. Los animales (no humanos) como sujetos-de-derecho. *Revista de Derecho*, 31(2), 321-337. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502018000200321>.
- ◆ McFarland, R., Roebuck, H., Yan, Y., Majolo, B., Li, W. y Guo, K. (2013). Social interactions through the eyes of macaques and humans. *PLoS One*, 8(2), 1-11. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0056437>.
- ◆ McKay, T. J. (2000). *Reasons, explanations and decisions: Guidelines for critical thinking*. Belmont: Wadsworth Publishing Company.
- ◆ National Research Council (US) Committee on Long-Term Care of Chimpanzees. *Chimpanzees in Research: Strategies for Their Ethical Care, Management, and Use*. Washington (DC): National Academies Press (US); 1997. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK109747/>, doi: 10.17226/5843 .
- ◆ NIH. (2017). NIH Workshop on ensuring the continued responsible oversight of research with non-human primate. National Institutes of Health, Office of Science Police. [En línea] Disponible en: https://osp.od.nih.gov/wp-content/uploads/NHP_NIH_Workshop_Report_01_18_2017.pdf [Consulta: 22 de noviembre 2021].
- ◆ Phillips, K. A., Bales, K. L., Capitanio, J. P., Conley, A., Czoty, P. W., 't Hart, B. A., Hopkins, W. D., Hu, S. L., Miller, L. A., Nader, M. A., Nathanielsz, P. W., Rogers, J., Shively, C. A. y Voytko, M. L. (2014). Why primate models matter. *American journal of primatology*, 76(9), 801-827. <https://doi.org/10.1002/ajp.22281>.
- ◆ Plaza, D. (2021). Los animales no humanos son “personas legales”: acerca del histórico hito jurisprudencial estadounidense y los “hipopótamos de Pablo Escobar”. En Estrado. Disponible en: <https://enestrado.com/los-animales-no-humanos-son-personas-legales-acerca-del-historico-hito-jurisprudencial-estadounidense-y-los-hipopotamos-de-pablo-escobar-por-diego-plaza/> [Consulta 4 de junio de 2022].
- ◆ Preston, S. D. (2004). Empathy. En M. Bekoff (Ed.), *Encyclopedia of Animal Behavior Vol. 2 D-P* (pp. 565-574). Westport, CT: Greenwood Press.
- ◆ Prince, A. M., Brotman, B., Garnhab, B. y Hannah, A. C. (1990). Enrichment, rehabilitation, and release of chimpanzees used in biomedical research: procedures used at Vilab II, the New York Blood Center's Laboratory in Liberia, West Africa. *Lab Animal*, 19, 29-37.

- ◆ Reynolds, V. (1995). Moral issues in relation to chimpanzee field studies and experiments. *Alternatives to Laboratory Animals*, 23(5), 621-625.
- ◆ Schmitt, V., Pankau, B. y Fischer, J. (2012). Old world monkeys compare to apes in the Primate Cognition Test Battery. *PLoS One*, 7(4), 1-10. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0032024>.
- ◆ Schwitzer, C., Mittemeier, R. A., Rylands, A. B., Chiozza, F., Williamson, E. A., Byler, D., Wich, S., Humle, T., Johnson, C., Mynott, H. y McCabe, G. (2019). Primates in peril: The world's 25 most endangered primates 2018-2020. *Global Wildlife*. [En línea] Disponible en: <https://www.globalwildlife.org/wp-content/uploads/2019/10/Primates-in-Peril-2018-2020.pdf> [Consulta: 2 de diciembre 2021].
- ◆ Singer, P. (1975). *Animal Liberation*. New York: Harper Collins.
- ◆ Singer, P. y Cavalieri, P. (1998). *El proyecto Gran Simio: la igualdad más allá de la humanidad*. Madrid: Trotta.
- ◆ Tomasello, M. y Call, J. (1997). *Primate cognition*. New York: Oxford University Press.
- ◆ USDA (2022). *Research Facility Annual Summary & Archive Reports*. U.S. Department of Agriculture, Animal and Plant Health Inspection Service. [En línea]. Disponible en: https://www.aphis.usda.gov/aphis/ourfocus/animalwelfare/sa_obtain_research_facility_annual_report/ct_research_facility_annual_summary_reports [Consulta: 30 de mayo de 2022].
- ◆ Vandenberg, J. L. (2013). Reclassification of captive chimpanzees as endangered would cost lives. *Journal of Medical Primatology*, 42, 225-228. <https://doi.org/10.1111/jmp.12074>.
- ◆ Verner, G. (2012). *Personhood, ethics and animal cognition: Situation animals in Hare's two level utilitarianism*. Oxford: Oxford University Press.
- ◆ Wendler D. (2014). Should protections for research with humans who cannot consent apply to research with nonhuman primates? *Theoretical medicine and bioethics*, 35(2), 157-173. <https://doi.org/10.1007/s11017-014-9285-5>.
- ◆ Zimmer, K. (2018). As Primate Research Drops in Europe, Overseas Options Appeal. *The Scientist*. Disponible en: <https://www.the-scientist.com/news-opinion/as-primate-research-drops-in-europe--overseas-options-appeal-64668> [Consulta 1 de diciembre 2021].
- ◆ Zuberbuhler, K. (2012). *Primate Communication*. *Nature*. Disponible en: <https://www.nature.com/scitable/knowledge/library/primare-communication-67560503/> [Consulta 29 de noviembre 2021].

Fecha de recepción: 14 de junio de 2022

Fecha de aceptación: 27 de septiembre de 2022

Fecha de publicación: 19 de octubre de 2022