



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2022-2023

***DERECHOS REPRODUCTIVOS, GESTACIÓN SUBROGADA Y
ECTOGENESIS: EL FUTURO DE LA REPRODUCCIÓN HUMANA***

***REPRODUCTIVE RIGHTS, GESTATIONAL SURROGACY AND
ECTOGENESIS: THE FUTURE OF HUMAN REPRODUCTION***

AUTOR: MARIO LECUBARRI ODRIOZOLA

DIRECTOR: ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE

ÍNDICE

ÍNDICE.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA.....	5
1. LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA.....	5
1.1 Concepto, definición y clases.....	5
1.2 Extensión de la práctica en el mundo y en España.....	6
1.2.1 - La prohibición.....	6
1.2.2 - El reconocimiento.....	7
1.2.3 - La omisión legislativa.....	10
2. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS.....	11
2.1 Análisis de la historia y evolución de los derechos reproductivo.....	11
2.1.1 Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 en Teherán.....	11
2.1.2 Conferencia sobre Población de 1974 en Bucarest.....	11
2.1.3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.....	12
2.1.4 Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños por medio de la Planificación Familiar de 1987, en Nairobi, Kenia.....	13
2.1.5 Conferencia Mundial de la Mujer de 1995 y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.....	14
2.1.6 Cumbre de Nairobi, Kenia de 2019.....	14
2.2 Extensión y naturaleza de los derechos reproductivos en relación con la gestación subrogada.....	15
3. EL DEBATE: REGULACIÓN O PROHIBICIÓN.....	17
3.1 Análisis de los argumentos en contra de la gestación subrogada.....	17
3.2 La explotación de mujeres gestantes y cómo pararla: La regulación garantista.....	22
II. LA ECTOGENESIS, ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA SOCIEDAD.....	25
1. CONCEPTO, DEFINICIÓN Y ESTADO DE DESARROLLO.....	25
2. LA ECTOGENESIS Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD.....	27
2.1 Reducción de los riesgos del embarazo y de nacimientos prematuros.....	27
2.2 Mayor facilidad para la detección y tratamiento de enfermedades durante el proceso de gestación.....	28
2.3 La ectogenesis como solución a los conflictos éticos derivados de la gestación subrogada.....	28
2.4 La ectogenesis y el aborto.....	30
2.5 La ectogenesis y la plena igualdad reproductiva.....	32
CONCLUSIONES.....	34
BIBLIOGRAFÍA.....	35

INTRODUCCIÓN

Debido a los avances científicos que ha habido en el campo de la biotecnología en las últimas décadas, especialmente en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida, la gestación subrogada se ha convertido en el método más utilizado por aquellas personas que se encuentran imposibilitadas para concebir, pero que desean ser padres de un hijo que comparta sus características genéticas.

Se estima que hoy vienen más niños a España siguiendo esta técnica de los que vienen por la vía de la adopción internacional, y su prohibición por nuestro legislador no ha impedido que ciudadanos españoles acudan a la gestación subrogada, lo que ha provocado un aumento del denominado turismo reproductivo, y traído además una serie de conflictos jurídicos en los que colisionan frontalmente derechos fundamentales.

Este trabajo pretende ofrecer un análisis en profundidad de la gestación subrogada como realidad social y jurídica, su actual regulación legal tanto en España como en otros países desarrollados, y defender la conveniencia de una regulación garantista de la práctica en nuestro país, que brinde seguridad jurídica a todas las partes intervinientes en el procedimiento: a los padres de intención, a la gestante, al menor y al médico que lo realiza.

Así mismo, se pretende explorar la incipiente práctica de la ectogénesis como una vía alternativa a la gestación subrogada realizada por mujeres gestantes, analizar su aplicación como posible solución a los conflictos bioéticos derivados tanto de la gestación subrogada como del aborto, y defender las muchas ventajas que esta práctica podría ofrecer en el futuro.

ABSTRACT

Due to the scientific advances in biotechnology in recent decades, especially in the field of assisted reproduction techniques, surrogate gestation has become the most widely used method by those who are unable to conceive, but who wish to be parents of a child who shares their genetic characteristics.

Today more children come to Spain following this technique than those who come by way of international adoption, and its prohibition by our legislator has not prevented Spanish citizens from turning to surrogate gestation, which has led to an increase in so-called reproductive tourism, and has also brought about a series of legal conflicts in which fundamental rights clash head on.

This paper aims to provide an in-depth analysis of surrogate gestation as a social and legal reality, its current legal regulation both in Spain and in other developed countries, and defend the desirability of regulating this practice in our country to provide legal certainty for all the parties involved in the proceedings: the parents of intention, the pregnant woman, the minor and the doctor performing the procedure.

It is also intended to explore the incipient practice of ectogenesis as an alternative to surrogate pregnancy performed by pregnant women, analyze its application as a possible solution to bioethical conflicts arising from both surrogate pregnancy and abortion, and defend the many advantages that this practice could offer in the future.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA

1. LA GESTACIÓN SUBROGADA COMO REALIDAD SOCIAL Y JURÍDICA

1.1 Concepto, definición y clases

Para poder realizar un análisis en profundidad de la figura de la gestación subrogada es de vital importancia dar primero una definición de esta práctica y cuáles son las diferentes modalidades en las que puede manifestarse.

Así pues, siguiendo a Aurora Hernández¹, la maternidad subrogada, también denominada gestación por sustitución, alquiler de útero, maternidad portadora o, despectivamente, vientre de alquiler, puede definirse como un contrato, oneroso o gratuito, en virtud del cual una mujer aporta la gestación, o también su óvulo, según los casos, comprometiéndose a entregar el nacido a los comitentes o padres de intención, que podrán aportar o no, según los casos, sus gametos.

Dentro de esta definición general de la práctica podemos encontrar diferentes clases de gestación subrogada atendiendo a dos criterios:

Por un lado, dependiendo del origen del material genético que se aporta para la fecundación del óvulo, podemos diferenciar dos tipos de gestación subrogada:

- a) La subrogación tradicional, también llamada parcial, en la que la gestante aporta sus propios óvulos, y por lo tanto, tendrá una relación genética directa con el bebé. Desde la aparición de los métodos de reproducción asistida, en particular la fecundación in vitro, este método ha ido desapareciendo progresivamente de la práctica, ya que esta técnica está prohibida o altamente restringida en la mayoría de países.

¹Hernandez Rodriguez, A “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación en España?” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, N°2. 2014. pp. 147-174.

- b) La subrogación gestacional o plena, en la que la gestante no tiene relación genética directa con el bebé. En este caso se utiliza la fecundación in vitro con óvulos aportados por la madre de intención o una donante, y esperma normalmente aportado por el padre de intención. Este tipo de subrogación ofrece una mayor protección a la gestante frente a la posibilidad de tener que asumir en un futuro la responsabilidad del bebé, pues se reducen los riesgos de que no se reconozca la filiación legal del recién nacido a favor de los padres de intención.

Por otro lado, atendiendo a la motivación de la gestante distinguimos entre la subrogación comercial y la subrogación altruista.

La comercial es aquella en la que la gestante accede a participar a cambio de una compensación económica, mientras que en la llamada subrogación altruista es aquella que se realiza de forma gratuita, por una motivación de la gestante de satisfacer el deseo ajeno de tener un hijo.

1. 2 Extensión de la práctica en el mundo y en España

A continuación se procede a analizar el encuadre legal que distintos Estados le han dado a la figura de la gestación subrogada. Para ello, este trabajo atiende a las diferentes formas en que se ha regulado la práctica a lo largo del mundo, distinguiendo entre cuatro grandes posturas: la prohibición, el reconocimiento restringido, el reconocimiento amplio y la omisión legislativa.

1.2.1 - La prohibición

Antonio Silva Sánchez y Dalia Parkumiene² indican que en algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de, España, Francia Alemania e Italia, entre otros, la gestación subrogada se encuentra expresamente prohibida, y en consecuencia los contratos celebrados que tengan por objeto la gestación de un embrión a favor de otra u otras personas son nulos.

² SILVA SANCHEZ, A. y PERKUMIENE, D. *Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado*. Universidad de Extremadura. 2021. pp. 8-10.

En España esta prohibición se recoge explícitamente en el artículo 10 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, que establece que “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”.

En Francia, es el Código Civil Francés el que prohíbe la práctica de la gestación subrogada, estableciendo en su artículo 16-7 que “Todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro será nulo” y el Código Penal Francés establece que la “persona que medie entre una persona o pareja que desee adquirir un hijo y una mujer que se preste a gestarlo para entregárselo tras su alumbramiento, será sancionada con una multa de 15.000 euros y una pena de prisión de un año”.

En Alemania se opta por un régimen aún más severo, ya que no sólo se prevé la sanción civil de la nulidad del contrato, sino que la Ley de Protección del Embrión sanciona con pena de prisión de hasta tres años o de multa, a quien fecunde un óvulo para transferirlo a otra mujer de quien no fue extraído; así como a quien fecunde artificialmente o transfiera un embrión a una mujer dispuesta a abandonarlo de forma definitiva a terceros luego de su nacimiento.

En Italia la gestación subrogada llevaba tipificada como delito desde que se aprobó la Ley 40/2004 de 19 de febrero, pero la recientemente aprobada Ley Vachi (2023) modifica la anterior ley y convierte a la gestación subrogada en delito universal, prohibiendo realizar, organizar o publicitar la maternidad por sustitución en cualquier forma. El incumplimiento está sancionado con una pena de prisión de tres meses a dos años, así como una multa a los transgresores de entre seiscientos mil hasta un millón de euros e incluye la suspensión del médico que interviene en el tratamiento de fertilización.

1.2.2 - El reconocimiento

En segundo lugar nos encontramos con Estados en los que la práctica de la gestación subrogada está reconocida legalmente.

No obstante, cabe matizar que dentro de los países que reconocen la gestación subrogada este reconocimiento se da de formas diferentes. Por un lado, aquellos países en los que este reconocimiento es restringido, permitiendo la práctica únicamente cuando es altruista; y por otro lado, aquellos que dan un reconocimiento más amplio a la gestación subrogada, permitiéndola tanto si es altruista como si se acuerda por un contrato oneroso.

a) Reconocimiento restringido

En su obra *Gestación por Sustitución*, Eleonora Lamm³ cita algunos países que permiten en sus ordenamientos internos la práctica de la gestación subrogada cuando ésta se realiza de manera altruista: Reino Unido, Brasil, Canadá, Grecia, Israel, Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda.

Dentro de este grupo encontramos grandes diferencias en la forma en que se configura el proceso.

En Países como Grecia e Israel se opta por un procedimiento de aprobación previa, es decir los padres de intención y la mujer gestante presentan su contrato ante un juez o tribunal para que se verifique el cumplimiento de las condiciones y que se apruebe la implantación del embrión antes del inicio del tratamiento médico.

En Grecia las técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, están reguladas por las leyes 3089/2002, y 3305/2005. El artículo 1458 de la ley 3089/2002, señala que:

“La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas. La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que

³ LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona. 2013.

demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir.”

En Israel, por su parte, la Ley 5746 sobre acuerdos de gestación por sustitución de 1996, establece que el acuerdo entre los comitentes y la gestante debe ser aprobado por una comisión estatal integrada por psicólogos, médicos, trabajadores sociales, juristas, y un representante de la religión que practiquen los comitentes.

El procedimiento se debe realizar en hospitales públicos autorizados para este tipo de tratamientos. Una vez nacido el niño, éste es entregado a los padres de intención, que deben seguir un procedimiento de obtención de la orden de paternidad, que se otorga por resolución judicial.

En el caso de Reino Unido, se admite la gestación subrogada altruista, sin intermediarios. La filiación del bebe se hace con respecto de la mujer que da a luz, la gestante, y se transfiere a los comitentes únicamente si lo solicitan ante un juez, quien la concede a través de una orden parental o *parental order*.

No obstante la *Surrogacy Arrangements Act* 1985 prohíbe la gestación subrogada en los casos en que medie publicidad y acuerdos comerciales, aunque se admite el pago de los gastos razonables que se deriven de su práctica.

b) Reconocimiento amplio

En cuanto a la segunda vertiente de admisión de la gestación subrogada, países como Rusia, Ucrania, y algunos Estados de los Estados Unidos de América, entre otros, han optado por reconocer la práctica de manera más amplia.

En consecuencia, su práctica es legal, y se han codificado cuerpos normativos que contienen la regulación necesaria para sortear o disminuir las múltiples controversias que se puedan suscitar antes, durante y después del procedimiento.

En Ucrania y en Rusia, el Código de Familia es el cuerpo normativo en el que se admite y se desarrollan los aspectos que rigen la gestación subrogada. En estos países los contratantes pueden considerarse de manera automática los padres legales del menor.

Según el artículo 123.2 del Código de Familia de Ucrania, si un embrión concebido por una pareja, como resultado de la aplicación de las Técnicas de Reproducción Asistida es implantado dentro del cuerpo de otra mujer, que será la que lo gesté, los padres biológicos serán la pareja.

Por su parte, el artículo 51 del Código de Familia de la Federación Rusa señala que “Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño sólo al disponer del consentimiento de la mujer que dio a luz el niño”.

1.2.3 - La omisión legislativa

En tercer lugar, se encuentran los Estados en los que la gestación subrogada carece de regulación legal; como ocurre en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia o Ecuador, entre otros.

Esta falta de regulación legal no supone una barrera a la práctica de la gestación subrogada, ya que los padres de intención pueden acudir a otros Estados en los que sí sea legal, lo que contribuye a aumentar el turismo reproductivo.

Sin embargo, si bien se puede celebrar el contrato de gestación subrogada en aquellos países en los que el procedimiento está permitido, se presentan múltiples problemas legales derivados, por un lado, de las dificultades para obtener un pasaporte que permita al menor trasladarse al país de residencia de los padres de intención; y por otro, de la posible negativa del Estado de residencia a aceptar la filiación reconocida en el Estado donde tuvo lugar la subrogación alegando razones de orden público internacional.

2. LOS DERECHOS REPRODUCTIVOS

2.1 Análisis de la historia y evolución de los derechos reproductivo

En la actualidad, los derechos reproductivos no se encuentran recogidos en una norma legal interna específica. No obstante, si atendemos al ámbito del Derecho Internacional, podemos observar que existen numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos elaborados a lo largo del siglo XX que tratan sobre los derechos reproductivos, e incluso dan una serie de definiciones de los mismos, las cuales van evolucionando y ampliando su contenido y extensión.

A continuación se procede a realizar un breve análisis de los momentos más relevantes de la construcción y el desarrollo de los derechos reproductivos y su engarce dentro de los Derechos Humanos.

2.1.1 Conferencia Internacional de Derechos Humanos de 1968 en Teherán

Los derechos reproductivos son reconocidos a nivel internacional por primera vez en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos, celebrada en Teherán en 1968, donde se aprobó la *Proclamación de Teherán*, cuyo artículo 16 reza:

“La Comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre sus nacimientos”.

Esta fue la primera vez que se reconoció el derecho a la autonomía reproductiva, defendiendo la libertad de las personas para decidir cuándo y cuántos hijos desean tener.

2.1.2 Conferencia sobre Población de 1974 en Bucarest

En esta conferencia se adoptó el Plan de Acción Mundial sobre Población, que estableció, entre otros principios, que el objetivo fundamental es el desarrollo social, económico y cultural de los países, que las variables de población y el desarrollo son

interdependientes y que las políticas y objetivos de población son parte integral (elementos constitutivos) de las políticas de desarrollo socioeconómico.

El Plan de Acción Mundial sobre Población recomendó a todos los países que:

“Respeten y aseguren, independientemente de sus objetivos demográficos generales, el derecho de las personas a decidir, de manera libre, informada y responsable, el número y el espaciamiento de sus hijos;

“Promuevan una educación adecuada en lo que se refiere a la paternidad responsable y pongan a disposición de las personas que lo deseen asesoramiento y medios para ejercerla;

“Aseguren que los servicios de planificación de la familia, los servicios médicos y otros servicios sociales conexos tengan por objetivo no sólo la prevención de los embarazos no deseados, sino también la eliminación de la esterilidad involuntaria y la subfecundidad, a fin de permitir a todas las parejas tener el número deseado de hijos; y faciliten la adopción de niños;

Traten de asegurar que siga existiendo la posibilidad de que varíe la dimensión de la familia cuando se ha establecido un bajo nivel de fecundidad o es éste uno de los objetivos de la política.”

2.1.3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979

Fue aprobada por la Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979; y, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Como se consagra en su artículo 1, su objetivo es la eliminación de toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que menoscabe o anule los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer.

En cuanto al reconocimiento y protección de los derechos reproductivos, su artículo 16 dispone lo siguiente:

“El mismo derecho para contraer matrimonio; El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; [...] Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos [...]”

De esta manera la Convención reconoce el derecho de la mujer a decidir sobre el número de hijos que quiera tener y el intervalo entre los nacimientos, además del derecho a tener acceso a la información en materia reproductiva, obligando a los Estados que lo han firmado y ratificado a incluir este derecho fundamental en sus legislaciones internas.

2.1.4 Conferencia Internacional para mejorar la salud de las Mujeres y los Niños por medio de la Planificación Familiar de 1987, en Nairobi, Kenia

Se produce por primera vez la inclusión e integración de la planificación familiar dentro del campo de los derechos reproductivos y de la salud reproductiva.

2.1.5 Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994 en El Cairo

En esta conferencia se reconoció a la salud reproductiva como: “Un estado general de bienestar físico, mental, social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo, cuándo y con qué frecuencia”.

Por su parte el Programa de Acción de El Cairo define a los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos e indica que:

“Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los instrumentos de derechos humanos.”

2.1.5 Conferencia Mundial de la Mujer de 1995 y la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing

En su artículo 17, hace referencia a que “el reconocimiento explícito y la reafirmación del derecho de todas las mujeres a controlar todos los aspectos de su salud, en particular su propia fecundidad, es básico para la potenciación de su papel.”

La Plataforma de Acción es un programa que busca establecer condiciones para el empoderamiento de la mujer en la sociedad, y la eliminación de los obstáculos que limitan su participación en la vida pública y privada. Reafirma que los derechos humanos de las mujeres y las niñas son una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos; y, promueve el pleno disfrute de todos los derechos humanos y libertades de las mujeres, incluyendo, por supuesto, los derechos reproductivos.

2.1.6 Cumbre de Nairobi, Kenia de 2019

Esta cumbre se celebró con ocasión de los 25 años de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo. Su objetivo era analizar, promover y acelerar la implementación de las políticas que habían sido planteadas en la CIPD de El Cairo sobre el acceso universal a la salud y los derechos sexuales y reproductivos en el marco de la Agenda 2030.

En la Cumbre, el Sistema de las Naciones Unidas, a través de la Vicesecretaria General, se compromete, entre otras cosas a:

- Defender los derechos humanos de todas las personas, incluido su derecho a la salud sexual y reproductiva, y acelerar todos los esfuerzos en apoyo a la igualdad entre géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, haciendo hincapié en los más vulnerables y desfavorecidos.
- Intensificar los esfuerzos de todo el sistema para eliminar todas las tasas de mortalidad y morbilidad materno-infantil prevenibles, erradicar la violencia por motivos de género contra las mujeres, las niñas y los jóvenes, y eliminar la carencia de servicios de planificación familiar que restringe los derechos y el bienestar de millones de mujeres y jóvenes y limita sus posibilidades.

2.2 Extensión y naturaleza de los derechos reproductivos en relación con la gestación subrogada

Como se desprende de esta serie de instrumentos internacionales los derechos reproductivos no solo existen, sino que se trata de una parte fundamental de los derechos humanos.

Luigi Ferrajoli⁴ señala que, después del nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas, y con la aprobación de cartas e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, estos derechos se vuelven fundamentales, no sólo dentro de los Estados cuyas constituciones los reconocen, sino también en el ámbito internacional, por tanto son derechos supra-estatales, con la relevancia que eso les concede.

Para el caso que nos ocupa, es especialmente importante atender al arriba mencionado Programa de Acción de El Cairo cuando establece que:

“Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de

⁴ FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial Trotta, pp. 39-40. 2001.

los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello, así como el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.”

Aquí se está diciendo de manera muy clara que además de las parejas, también los individuos tienen derechos reproductivos, y más allá, esos derechos no se limitan a poder decidir libre y responsablemente el número de hijos, y cuándo tenerlos, sino que incluyen *disponer de la información y los medios para ello*. Esto es crucial, porque se podría argumentar que el propio Programa establece que tener acceso a los medios para poder ejercer sus derechos reproductivos es un derecho humano básico que todo individuo debe tener, y para ciertas personas la gestación subrogada es el único medio por el que podrían ejercer sus derechos reproductivos.

Sería cuestionable afirmar que el Estado está obligado a ofrecer de manera pública a sus ciudadanos el acceso a la gestación subrogada como una forma más de asistencia médica, pero lo que sí debería estar claro es que el Estado no puede bloquear de manera deliberada el acceso a los medios que determinados grupos de personas necesitan para poder ejercer sus derechos reproductivos de manera efectiva, pues al hacerlo está vulnerando una parte esencial de sus derechos reproductivos y por extensión de sus derechos humanos.

Por ello, considero que el acceso a la gestación subrogada debería configurarse como un derecho de libertad, en tanto en cuanto el Estado debe abstenerse de influir en la esfera individual de los ciudadanos y, por supuesto, no aprobar leyes que puedan coartar su libertad de elección.

Además, el Programa de Acción de El Cairo señala que: “También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones o violencia, de conformidad con lo establecido en los instrumentos de derechos humanos.”

Por tanto, cuando se argumenta que mujeres estériles, hombres solteros, parejas de hombres homosexuales, mujeres trans, y otros colectivos que por fuerza deben acudir a la gestación subrogada para ser padres biológicos, deberían en su lugar adoptar, se está

incurriendo en una clara discriminación de estas personas por su incapacidad para gestar.

En consecuencia, cerrar la única vía que muchas personas tienen para ser padres por el simple hecho de que no puedan serlo de manera natural, y forzarlos a adoptar si quieren criar un hijo, es sumamente discriminatorio y contrario a lo que establecen los instrumentos internacionales mencionados en relación al contenido de los derechos reproductivos. Mantener una prohibición de la gestación subrogada constituye una violación flagrante de los derechos humanos de estas personas.

3. EL DEBATE: REGULACIÓN O PROHIBICIÓN

3.1 Análisis de los argumentos en contra de la gestación subrogada

El debate sobre la gestación subrogada tiene como núcleo central el enfrentamiento entre dos derechos fundamentales, la libertad de elección que cada ser humano tiene sobre su propio cuerpo y la protección de la integridad física y moral de las personas, en especial de las mujeres gestantes y los menores nacidos por esta práctica.

Los argumentos utilizados por aquellos que se oponen a la gestación subrogada se pueden agrupar en tres planteamientos básicos que definen sus objeciones morales al uso de esta técnica de reproducción asistida:

1. La maternidad es un proceso natural por lo que incorporar variables que desnaturalicen dicho proceso es moralmente inaceptable.
2. Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es una forma más de apropiación, control, instrumentalización y explotación de la mujer y por tanto es inmoral.
3. La maternidad subrogada comercial, en la que se produce un pago por la gestación, mercantiliza a los seres humanos.

A continuación se procede a analizar detenidamente estos argumentos y exponer una contra argumentación a favor de la gestación subrogada.

3.1.1 La maternidad es un proceso natural por lo que incorporar variables que desnaturalicen dicho proceso es moralmente inaceptable.

Este argumento es frecuentemente utilizado por aquellos opositores que forman parte de sectores especialmente conservadores y religiosos. Para estas personas existe un estado “natural” de cómo debe ser la familia y los roles de los miembros de la misma. Creen que el modelo tradicional de familia –es decir, un modelo heteropatriarcal– es la forma ideal y que otros modelos de familia, así como los avances científicos que los permiten, degeneran ese estado “natural”.

Este argumento es muy débil y cae por su propio peso cuando se somete al más mínimo escrutinio. Primero, porque el hecho de que algo sea “natural” no es, ni ha sido nunca, motivo para considerarlo moralmente bueno o beneficioso. Un terremoto, una erupción volcánica, o un virus, son todas cosas eminentemente naturales y sin embargo tienen poco de buenas para las personas que las sufren. Lo natural no es ni bueno, ni malo, simplemente es, y no se preocupa por las etiquetas morales de los seres humanos.

En segundo lugar, pretender que la antinaturalidad de una cosa la hace inherentemente maligna y rechazable es completamente absurdo. La agricultura y la ganadería son, por definición, actividades por las que se alteran los ciclos reproductivos y la selección natural de animales y plantas para que los humanos dispongamos de alimento todo el año sin necesidad de desplazarnos. Es algo claramente antinatural, y sin embargo es la base de todas las sociedades humanas civilizadas.

Si lo antinatural es malo e inmoral significa que debemos prescindir de todo aquello que no sea estrictamente natural? Herramientas, ropa, caminos, edificios, vehículos, medicamentos, en especial antibióticos y vacunas; la radio, la televisión, o el propio internet. Todas y cada una de estas cosas son extremadamente antinaturales, por lo que siguiendo la lógica de estas personas deberíamos no sólo abandonarlas, sino también prohibirlas.

Aplicando esto a la maternidad, se ve claramente el mismo dilema: ¿Acaso hay que dejar de hacer cesáreas o dejar de usar ecografías? ¿Deben las mujeres parir sin epidural? ¿Qué deberíamos hacer con los nacidos prematuramente?

3.1.2 Utilizar el cuerpo de la mujer como medio para obtener un hijo es una forma más de apropiación, control, instrumentalización y explotación de la mujer y por tanto es inmoral.

Este argumento es mucho más sólido, ya que es un hecho que en algunos países mujeres que se hallan en situaciones socioeconómicas precarias son reclutadas por organizaciones de dudosa legalidad que se aprovechan de su necesidad y les ofrecen ser gestantes subrogadas a cambio de dinero, a lo que ellas acceden por no tener alternativas para obtener ingresos.

Evidentemente esta práctica es deplorable, y nadie que esté a favor de la gestación subrogada defiende estas situaciones de explotación.

El error de los opositores que esgrimen este argumento es considerar que este tipo de explotación de la mujer es inherente a la gestación subrogada y se dará siempre y en todos los casos en los que se use esta práctica, lo cual se aleja mucho de la realidad. El hecho de que puedan existir potenciales abusos no significa que siempre y en todo caso vayan a existir esos abusos.

Es cierto que en ocasiones se utiliza la gestación subrogada para camuflar situaciones de explotación de la gestante y embarazos forzosos, pero esto no es distinto a como en ocasiones se utiliza la apariencia de legalidad de un contrato laboral para camuflar situaciones de explotación y abuso del trabajador.

Sin embargo, nadie argumenta que el trabajo por cuenta ajena es intrínsecamente inmoral, o que todos los trabajadores sin excepción están explotados, ya que sólo acceden a trabajar para obtener un salario con el que subsistir. Tampoco a nadie se le ocurriría decir que hay que prohibir el trabajo por cuenta ajena para evitar así todos los posibles abusos que pudieran cometerse contra el trabajador.

¿Por qué no ocurre esto? Por la simple razón de que en nuestro país tenemos toda una rama del ordenamiento jurídico dedicada a regular las relaciones laborales y garantizar los derechos de las partes intervinientes que, además, otorga una especial protección al trabajador, por ser la parte más débil de la relación jurídica.

Prohibir la gestación subrogada en nuestro país no protege a las mujeres, porque la práctica va a seguir existiendo en otros países, muchos de ellos muy por detrás de España en el desarrollo de los derechos sociales, donde las mujeres están mucho menos protegidas. El turismo reproductivo no desaparecerá y la explotación continuará, con la única diferencia de que las explotadas serán mujeres extranjeras, lo que no parece ser un problema para los detractores, a pesar de que justifican su postura apelando a la protección de la mujer.

La verdadera forma de proteger a las mujeres, a todas ellas, es optar por una regulación escrupulosa y garantista que establezca filtros y requisitos que sólo permitan ser gestantes a mujeres plenamente capaces de tomar esa decisión con total libertad y que proteja los derechos de todos los intervinientes en el proceso de gestación subrogada, especialmente los de la mujer gestante y el menor que es traído al mundo.

3.1.3 La maternidad subrogada comercial, en la que se produce un pago por la gestación, mercantiliza a los seres humanos.

Otro gran pilar de los detractores de la gestación subrogada es que consideran que el simple hecho de que una mujer disponga de sus funciones reproductivas a favor de otras personas a cambio de una contraprestación económica constituye una mercantilización de la mujer y es por tanto inmoral.

Esta postura se vuelve difícil de sostener cuando miramos a los ensayos clínicos con seres humanos, una práctica que es hoy en día plenamente aceptada por su necesidad en los campos de la medicina y la farmacología –siempre que operen los apropiados controles y límites– pero que en el fondo plantea el mismo dilema ético que se ve en la gestación subrogada comercial.

¿Es ético que una persona disponga de su cuerpo o sus funciones biológicas a cambio de una contraprestación económica? Y de hacerse, ¿Qué límites deben operar?

La respuesta a esto la encontramos en el Informe Belmont de 1979⁵, en el cual, Beauchamp y Childress propusieron una serie de principios bioéticos generales destinados a conducir el cauce de la investigación científica en seres humanos.

En primer lugar establecieron como principio bioético más elemental el “respeto a la dignidad de la persona” basado en un enfoque humanista de la asistencia sanitaria. Sobre este primer principio se construyen otros cuatro: beneficencia, no-maleficencia, autonomía y justicia.

- a) *Principio de Beneficencia*: manda hacer el bien, no sólo al individuo enfermo, sino a la sociedad en su conjunto. Se basa en que los procedimientos diagnósticos y terapéuticos que se apliquen deben beneficiar al paciente, es decir, ser seguros y efectivos.
- b) *Principio de no-maleficencia*: se basa en el principio hipocrático de *Primum non nocere*, es decir, “ante todo, no hacer daño”. En la práctica se refiere a que el balance entre los beneficios y los riesgos de cualquier actuación médica debe ser siempre a favor de los beneficios.
- c) *Principio de autonomía*: se refiere a la capacidad que tiene el enfermo o voluntario para decidir sobre su salud, lo cual implica el deber de los médicos o investigadores dar cuanta información sea necesaria para que el paciente o voluntario pueda decidir de manera informada y libre.
- d) *Principio de Justicia*: este principio se basa en que todas las personas, por el mero hecho de serlo, tienen la misma dignidad, independientemente de cualquier circunstancia, y por tanto, son merecedoras de igual consideración y respeto.

⁵ Beauchamp, T.L. y Childress, J.F. *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research*. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 1978.

Si cumplir con estos principios justifica que seres humanos sean compensados económicamente por su participación en ensayos clínicos, no debería haber ningún problema en aplicarlos también para justificar la gestación subrogada comercial.

La práctica, si está debidamente regulada, cumple con los dos primeros principios, ya que no genera daño alguno a ninguna de las partes intervinientes, al contrario, tanto los padres de intención como la mujer gestante ven satisfechos sus intereses: los primeros reciben el niño que anhelaban y no podían tener; la segunda recibe una compensación económica por el servicio que ha prestado.

Del mismo modo, con una regulación adecuada, se cumpliría también con el principio de autonomía, pues el objetivo de la norma sería establecer los filtros necesarios para que sólo mujeres con el trasfondo socioeconómico, educativo, médico y psicológico adecuado puedan ser gestantes, impidiendo de esta forma que se explote a mujeres en situaciones precarias, o que se tome la decisión sin contar con la debida información.

Por supuesto, también se cumple con el principio de justicia, es más, la gestación subrogada es necesaria para lograr una sociedad más justa, pues si es cierto que todas las personas merecen la misma consideración y respeto sin importar sus circunstancias, negarle a una persona que no puede tener un hijo por sí misma su derecho a reproducirse sería, precisamente, una injusticia.

3.2 La explotación de mujeres gestantes y cómo pararla: La regulación garantista

Como he mencionado repetidamente a lo largo de este trabajo, considero que la mejor forma de poner fin a los conflictos éticos derivados de la gestación subrogada, dismantelar los prejuicios que la sociedad pueda tener respecto a esta práctica y defender los derechos de los padres de intención, las mujeres gestantes y los niños y niñas nacidos a través de la gestación subrogada, es darle a esta figura la regulación que merece como el fenómeno social de primer orden que es.⁶

⁶ Entre 2010 y 2020 más de 2520 niños y niñas nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero fueron registrados en España, superando el número de adopciones internacionales. España. <https://www.elmundo.es/yodona/lifestyle/2017/02/12/58989815268e3e0a148b463e.html>

En este extremo, ya contamos con diversas propuestas de regulación de la materia elaboradas por multitud de juristas tanto nacionales como internacionales, que tratan de ofrecer un régimen jurídico lo más beneficioso posible para todas las partes implicadas, guardando siempre el debido respeto a los derechos fundamentales de las personas a través de procedimientos cuya implementación es factible actualmente.

Como ejemplos de propuestas de regulación podemos destacar las presentadas por la reconocida jurista argentina Eleonora Lamm, la iniciativa realizada por el Grupo de Ética y Buena Práctica de la Sociedad Española de Fertilidad publicada en abril de 2016 o la que hace la profesora en Derecho Laura Fernández Echegaray en su obra *Gestación por sustitución: La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*.

Siguiendo las propuestas de mencionadas y en línea con la mayoría –si bien no todos– de sus postulados, hago a continuación una sucinta propuesta personal de regulación de la materia basada en los siguientes puntos:

1. Sólo aquellos centros autorizados por el Gobierno podrán realizar procedimientos de gestación subrogada. La ley establecerá las condiciones y requisitos que deberán cumplir las clínicas de reproducción asistida para obtener dicha autorización.
2. Ambas partes deberán acreditar que reúnen una serie de requisitos objetivos de edad, capacidad, madurez, salud física y psicológica. Estos serán evaluados por médicos y psicólogos especializados para garantizar que todos los intervinientes se encuentren en posición de dar su consentimiento al procedimiento.
3. La gestante deberá encontrarse entre los 25 y los 35 años de edad, deberá haber pasado por, al menos, un embarazo previo que haya producido un hijo sano y deberá encontrarse en una situación económica estable, no pudiendo ser gestantes aquellas mujeres que se encuentren en situaciones de precariedad económica o exclusión social. Si ha sido gestante subrogada con anterioridad no podrá volver a serlo hasta pasados dos años desde el nacimiento.

4. Se informará a la gestante de manera rigurosa de todos los posibles riesgos y complicaciones que pudiera tener el proceso para que tome la decisión de la manera más consciente posible y su consentimiento sea tan informado como permita el conocimiento médico actual.
5. Las partes firmarán un contrato mediante el cual asumen las responsabilidades recíprocas de gestar el embrión y compensar por la gestación. La Administración pública será quien fije unas bases homogéneas para determinar la compensación que recibirá la gestante.
6. La gestante se comprometerá a entregar el niño después del nacimiento, y no establecer la filiación de este a su favor. Asimismo, la gestante se comprometerá a evitar comportamientos y estilos de vida que puedan suponer un riesgo prenatal y asumirá responsabilidades en caso de que el incumplimiento produzca defectos en el feto.
7. Se celebrará una vista judicial en la que un juez analizará el acuerdo formalizado entre las partes, su trasfondo socioeconómico, su capacidad y cualesquiera otras circunstancias que puedan afectar o incidir en el procedimiento. Será necesaria una autorización judicial para proceder con el proceso clínico de implantación del embrión.
8. El número de embriones a transmitir a la gestante será como máximo de dos para minimizar los riesgos derivados de un embarazo múltiple.
9. La ley establecerá los supuestos en los que la gestante puede detener el embarazo, que se tasarán velando siempre por la salud e integridad física de la gestante.

Como se ve, esta regulación pretende garantizar los derechos de todas partes intervinientes y, en especial, los de la mujer gestante estableciendo una serie de límites objetivos y subjetivos que impiden que esta práctica pueda ser utilizada para explotar mujeres.

La exigencia de que la mujer haya sido madre con anterioridad deja sin argumentos a aquellos que discutían que las mujeres gestantes no son conscientes de los riesgos que asumen al prestarse a la práctica, pues es evidente que no existe consentimiento más informado que el que da una mujer que ya ha pasado por un embarazo y un parto, y que además va a contar con toda la asistencia e información adicional necesaria para que tome su decisión con pleno conocimiento.

Así mismo, la exigencia de que la mujer se encuentre en una situación económica estable debilita la postura de aquellos que argumentaban que las mujeres están explotadas, pues se ve a todas luces que, si bien la decisión puede estar motivada por el componente económico, el hecho de que la gestante tenga independencia económica implica que ya no se presta a la práctica por una desesperada necesidad de sustento, sino que lo hace libremente y por elección propia para obtener un beneficio a cambio de realizar un servicio a favor de una persona o personas que están dispuestas a compensarla por el mismo.

Aquí ya no se puede hablar de explotación, sino de un acuerdo entre partes debidamente informadas que acceden libremente y que se benefician mutuamente, sin que una se aproveche de la otra.

II. LA ECTOGENESIS, ANÁLISIS DE LA PRÁCTICA Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA SOCIEDAD

1. CONCEPTO, DEFINICIÓN Y ESTADO DE DESARROLLO

El término “ectogénesis” fue acuñado por el científico británico John B.S. Haldane en 1924 y hace referencia al crecimiento de un organismo en un ambiente artificial fuera de aquel en el que se desarrollaría naturalmente, como el crecimiento de un embrión o feto fuera del útero de una mujer.

A día de hoy se trata de un campo experimental dentro del que existen varias líneas de investigación entre las cuales, siguiendo a Sepe Segers⁷, las más destacadas son las siguientes:

En primer lugar, se encuentra la gestación extracorporal en úteros humanos histerectomizados por razones médicas. En 1988 Bulletti et al. realizaron un ensayo experimental siguiendo esta práctica, logrando el primer cultivo in vitro de un embrión humano durante 52 horas en un útero humano histerectomizado que había sido obtenido de pacientes con carcinoma cervical o leiomiomas⁸.

De manera similar, se ha propuesto para la ectogénesis la llamada xeno gestación, en la que se coloca un embrión o feto dentro de un útero portador perteneciente a una especie diferente. Esta forma de gestación extracorpórea ya ha sido probada en animales no humanos⁹.

En segundo lugar, se encuentra la gestación en úteros humanos creados a través de ingeniería de tejidos, que supone utilizar técnicas de cultivación celular para crecer un útero sintético en el que posteriormente se gestaría el embrión. La ingeniería de tejidos de órganos tiene como objetivo último crear órganos análogos a los órganos biológicos nativos. Se han hecho algunos avances en los intentos de producir órganos como la vejiga, el pulmón, el hígado y la vagina.

Sin embargo, el conocimiento para desarrollar un útero artificial a través de la ingeniería de tejidos todavía está empezando a despegar y se centra principalmente en la experimentación animal. Diferentes equipos de investigación ya están explorando la viabilidad de esta técnica¹⁰.

En tercer lugar, la más reciente y más prometedora vía de investigación es la que opta por la gestación en contenedores estériles que imitan las condiciones de un útero natural

⁷ “*The path toward ectogenesis: looking beyond the technical challenges*”. En *BMC Medical Ethics*. 2021.

⁸ Bulletti, C., Jasonni, V.M., Tabanelli, S., Gianaroli, L., Ciotti, P.M., Ferraretti, A.P. et al. “*Early human pregnancy in vitro utilizing an artificially perfused uterus*”. En *Fertility and Sterility*. 1988

⁹ Bulletti, C., Palagianò, A., et al. “*The artificial womb*”. En *Annals of the NY Academy of Sciences*. 2011.

¹⁰ Bulletti, C., Simon, C. “*Bioengineered uterus: a path toward ectogenesis*”. En *Fertility and Sterility*. 2019 Hellström, M., Brännström, M. “*The bioengineered uterus: a possible future. Uterus transplantation.*” Springer Publishing. 2020. pp. 219-230.

en los que se podría desarrollar el embrión o feto, en lugar de utilizar úteros donados o sintéticos.

En este capítulo me voy a centrar en esta última forma de gestación extracorporal, pues, aunque todavía no se haya llegado al nivel de desarrollo tecnológico necesario para poder utilizar este método en embriones humanos, si se han realizado varios ensayos exitosos con animales durante periodos limitados de tiempo¹¹, y es de interés analizar el impacto que esta tecnología podría llegar a tener en la reproducción humana –especialmente en relación al aborto y a la gestación subrogada–, así como las consecuencias jurídicas de la potencial implantación clínica de esta práctica.

2. LA ECTOGENESIS Y SU IMPACTO EN LA SOCIEDAD

La posible aplicación de la ectogénesis en el futuro cercano no supondría solamente una vía alternativa a la reproducción natural, sino mucho más. Se trata de un paso hacia delante en una gran cantidad de campos que se extienden más allá del ámbito de la reproducción y cuya aplicación, como veremos, traería consigo enormes avances, tanto médicos como sociales.

2.1 Reducción de los riesgos del embarazo y de nacimientos prematuros

Como señala Seppe Segers en su artículo *The path towards entogenesis: looking beyond the technical challenges*¹², en primer lugar, y quizá más obviamente, la reproducción por ectogénesis supondría una enorme reducción de los riesgos del embarazo, tanto para la madre como para el embrión. Es evidente que al realizarse el proceso de gestación fuera del vientre materno, la madre, que a efectos prácticos no estaría embarazada, quedaría completamente libre de cualquiera de las posibles externalidades negativas que se pueden sufrir durante un embarazo natural, desde las más triviales hasta las más graves.

De esta manera, mujeres que por diversas circunstancias pudieran tener embarazos de riesgo podrían ser madres sin ponerse en peligro a sí mismas, y por extensión, al

¹¹ Partridge, E.A., Davey, M.G., et al. “An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb”. En *Nature Communications*. 2017.

¹² “The path toward ectogenesis: looking beyond the technical challenges”. En *BMC Medical Ethics*. 2021.

embrión. Más aún, en caso de que en algún momento de la gestación el embarazo se volviera peligroso para la madre, sería posible extraer el embrión o feto para que continuara gestándose en un vientre artificial, liberando a la madre de los riesgos de llevar el embarazo a término.

Así mismo, la ectogénesis reduciría de manera prácticamente total los riesgos a los que está sometido el embrión durante la gestación, ya que, al no estar dentro del vientre materno, sino en un entorno monitorizado y controlado, no está sujeto a los potenciales peligros que la madre se ve obligada a asumir como parte de su vida diaria en una sociedad de riesgos como lo es nuestra sociedad moderna.

2.2 Mayor facilidad para la detección y tratamiento de enfermedades durante el proceso de gestación

Varios autores sugieren que la detección de enfermedades en el feto y la consiguiente terapia fetal (p. ej., ciertas operaciones quirúrgicas) sería más fácil si se tratara de un feto extrauterino¹³.

Si el embrión se gestase en un vientre artificial, sería posible optimizar el entorno gestacional mediante el seguimiento de la nutrición, temperatura, oxigenación, etc, lo que permitiría proporcionar un medio más seguro para el embrión, que además podría ser monitorizado regularmente y de manera mucho más sencilla que si se tratase de un embrión gestándose en el útero materno.

Esto permitiría una detección más temprana de posibles enfermedades o malformaciones en el embrión, y en consecuencia una respuesta más rápida a las mismas que redundase en un mayor porcentaje de éxito.

Además, al estar en un vientre artificial, en lugar del vientre materno, el tratamiento que necesitase el embrión o feto podría administrarse sin poner en riesgo a la gestante,

¹³ Assad, R.S. y Hanley, F.L. “Artificial placenta – a need for fetal surgery?” En *Journal of Thoracic Cardiovascular Surgery*. 1998.

Kendal, E. “The perfect womb: promoting equality of (fetal) opportunity”. En *Bioethics*. 2017.

Segers, S., Pennings, G., y Mertes, H. “The ethics of ectogenesis-aided fetal treatment”. En *Bioethics*. 2020.

evitando de esa forma las complicaciones médicas que pueden derivarse de intervenciones quirúrgicas intrauterinas.

2.3 La ectogénesis como solución a los conflictos éticos derivados de la gestación subrogada

Otra aplicación de la ectogénesis, y quizá la que más justificaría su desarrollo sería que ofrece una nueva vía para que aquellas personas que por alguna limitación biológica no son capaces de gestar puedan ser padres de hijos biológicos. La viabilidad ética de la ectogénesis es fácilmente justificable atendiendo de nuevo a los principios bioéticos ya analizados.

El principio de no-maleficencia no es vulnerado ya que la ectogénesis ofrece una forma de gestar el embrión en la que no se necesita la intervención de una mujer, ya que el proceso ocurre dentro de un vientre artificial.

Si bien ya expuse anteriormente por qué los argumentos normalmente utilizados por aquellos que se oponen a la gestación subrogada pierden fuerza ante una regulación garantista diseñada para proteger a la mujer gestante, la posibilidad de optar por la ectogénesis deja esos mismos argumentos totalmente vacíos de contenido.

Un vientre artificial es, evidentemente, una máquina, por lo que carece de derechos de cualquier clase, no puede consentir y no puede ser explotada. Debido a esto, los opositores que tanto temían la posible explotación de las mujeres gestantes no tendrían motivos para mantenerse en su oposición, es más, deberían estar a favor de la misma e impulsar su desarrollo, pues la ectogénesis dejaría obsoleta la gestación subrogada, desapareciendo la necesidad de acudir a ella, y por tanto, la posibilidad de que se abuse de las mujeres gestantes.

Por otro lado, la ectogénesis cumple con el principio de beneficencia, ya que, como se ha venido exponiendo, su introducción en la práctica clínica traería consigo grandes avances médicos que redundarían en un beneficio para toda la sociedad, pues es evidente que todos nos beneficiaríamos de que los riesgos del embarazo se pudieran sortear parcial, o incluso totalmente, y que todos nos beneficiaríamos de que la

viabilidad de los embriones fuera mayor y que los tratamientos médicos destinados a los mismos tuvieran un mayor porcentaje de éxito.

Como ya se argumentó en relación a la gestación subrogada, siempre que los padres de intención hayan sido debidamente informados por los profesionales médicos de la naturaleza del procedimiento y cuenten con todo lo que necesitan para tomar la decisión de optar por la ectogénesis con pleno conocimiento, se cumpliría también con el principio de autonomía,

Por último, el principio de justicia no es vulnerado en absoluto, todo lo contrario, pues, como ya se vió en el anterior capítulo, el derecho de los individuos y las parejas a decidir libremente el momento y la forma en la que quieren formar su familia y contar con los medios para ello es una parte esencial de los derechos reproductivos.

La ectogenesis supondría un avance en igualdad y justicia, permitiendo a cualquier persona que así lo deseara ser madre o padre sin sufrir discriminaciones por su sexo, estado civil, u orientación sexual, por tanto, mujeres estériles, hombres solteros, parejas de hombres homosexuales, mujeres trans, y otros colectivos que hoy en día ven vulnerados sus derechos reproductivos tendrían acceso a los medios necesarios para formar una familia.

En este contexto, sería conveniente reevaluar el principio *mater semper certa est*, que atribuye la maternidad a la mujer que da a luz al bebe, pues en los casos de ectogenesis no habría una mujer dando a luz.

2.4 La ectogenesis y el aborto

Como también indica Segers, de hacerse realidad, la ectogénesis podría afectar a la aceptabilidad y regulación del aborto como la entendemos en la actualidad. Por un lado, se ha propuesto que la ectogénesis podría proporcionar una alternativa más aceptable al aborto ya que permitiría dividir dos momentos que hoy son inseparables: la evacuación del feto del útero y la muerte del feto.

Si el embrión o feto puede continuar su gestación fuera del vientre materno se plantea un dilema jurídico que no existía hasta ahora: ¿cuál es el contenido del derecho al aborto? ¿Se limita al derecho de la gestante a interrumpir el embarazo, o incluye además el derecho a decidir sobre el destino del embrión o feto?

Autores como Peter Singer y Deane Wells¹⁴ consideran el derecho al aborto como un derecho a estar libre de embarazos no deseados, no como un derecho a la muerte del feto, por lo que entienden que la ectogénesis podría suponer el fin del aborto como lo conocemos.

Más recientemente, otros autores como Simkulet¹⁵ han coincidido en que esto por sí solo es una razón para que los antiabortistas estén a favor de la ectogénesis.

Frente a esta postura se debate que, si bien la ectogénesis puede servir para poner fin a ciertos conflictos éticos y jurídicos, también abre la puerta a otros nuevos conflictos de la misma naturaleza.

Por ejemplo, está el problema de que gestar un feto hasta el momento en que se puede transferir quirúrgicamente a un útero artificial implica más riesgos para la mujer embarazada.

Partiendo de la base de que cuanto más invasiva es la cirugía, más peso debería tener la autonomía del paciente a no ser obligado a someterse a ella, se podría cuestionar si la mujer embarazada estaría obligada a continuar con el embarazo hasta que se pudiera hacer el trasplante, o si podría abortar en una etapa más temprana.

Así mismo, como la ectogénesis ofrece la posibilidad de gestar el embrión en un entorno seguro protegido de cualquier riesgo, podría darse el caso de que los médicos consideren, bien por circunstancias médicas, bien por el estilo de vida de la mujer embarazada, que lo mejor para el embrión sería gestarse en un vientre artificial.

¹⁴ Singer, P., Wells, D. *The reproduction revolution. New ways of making babies*. Oxford University Press. 1984.

¹⁵ Simkulet W. “*Abortion and ectogenesis: moral compromise*”. En *Journal of Medical Ethics*. 2020.

Esto plantea un conflicto similar al que ocurre cuando los médicos consideran que es necesario hacer una cesárea, pero la mujer se opone al tratamiento. En estos casos se debería ponderar, de una lado, la autonomía de la paciente y su derecho a oponerse a un procedimiento, y de otro, la integridad del *nasciturus* como bien jurídico protegido.

Los casos de ectogénesis completa, en los que un feto se desarrollaría en un vientre artificial desde el principio, también plantean determinados conflictos. Por ejemplo, ¿qué ocurre si mientras el embrión se está gestando, uno de los padres decide que ya no quiere serlo? Se nos vuelve a plantear el problema de si los padres tienen derecho a disponer del *nasciturus*, y de tenerlo, si la decisión deberían tomarla ambos, o si por el contrario el Estado podría elegir continuar con la gestación y luego dar el niño en adopción.

2.5 La ectogénesis y la plena igualdad reproductiva.

Otra de las consecuencias más grandes de la ectogénesis es el posible efecto positivo que tendría como una forma de liberar a las mujeres de las desigualdades reproductivas aparejadas a su propia biología, así como a las desigualdades sociales construidas sobre esa base. Siguiendo a Cavaliere¹⁶, este punto de vista consta de dos argumentos separados, aunque estrechamente relacionados entre sí: el argumento de la igualdad y el argumento de la libertad.

En primer lugar, el argumento que promueve la igualdad se refiere en gran medida al potencial de la ectogénesis para aumentar la igualdad entre hombres y mujeres, y entre unas mujeres y otras. La ectogénesis podría equiparar las cargas físicas, sociales y financieras asociadas con el embarazo y el parto para producir una mayor igualdad entre los dos sexos, pero también permitir a las mujeres que actualmente no pueden gestar tener hijos de la misma manera que las mujeres que pueden hacerlo, lo que, como ya se ha mencionado, se puede extender a un ámbito más amplio de géneros y orientaciones sexuales, como los hombres homosexuales y los transexuales.

¹⁶ Cavaliere, G. “*Gestation, equality and freedom: ectogenesis as a political perspective.*” En *Journal of Medical Ethics*. (2020).

En segundo lugar, el argumento que promueve la libertad se refiere, por una parte, al potencial liberador de la ectogénesis de las cargas, restricciones y riesgos del embarazo y el parto. Por otra parte, hace eco del argumento de la autonomía reproductiva para demostrar que la ectogénesis permitiría a las personas realizar el proyecto de familia de su elección. A través de la ectogénesis las mujeres podrían evitar el embarazo (ectogénesis completa) o terminar el embarazo anticipadamente (ectogénesis parcial) a favor de la gestación ex útero para evitar las molestias relacionadas con el embarazo (p. ej., náuseas matutinas, mal humor, extremidades hinchadas, migrañas, dolor de parto, depresión).

Esto sería clave para conseguir una sociedad más igualitaria, ya que, por las limitaciones de nuestra propia biología como animales vivíparos, las mujeres siempre han tenido que soportar una mayor carga en el proceso reproductivo.

Mientras que la contribución de los hombres se limita a la aportación del gameto, son las mujeres las que tienen que pasar por nueve meses de gestación y un parto para que nazca el bebé, con las consecuencias y limitaciones que ello conlleva a nivel social, laboral y económico.

La posibilidad de externalizar la gestación a un vientre artificial liberaría a las mujeres de la carga del embarazo, permitiendo que su contribución al proceso reproductivo pudiera limitarse a la aportación del óvulo, equiparando de esta forma los roles que hombres y mujeres tienen en la reproducción, y permitiendo a las mujeres ser madres sin tener que hacer sacrificios en su vida social o laboral.

Un ejemplo muy claro de las desigualdades reproductivas entre hombres y mujeres se ve en el caso de las deportistas profesionales. Mientras que los deportistas masculinos pueden ser padres sin que ello tenga repercusiones en sus capacidades físicas, su rendimiento o su carrera, las deportistas femeninas que quieren ser madres tienen que pasar por un embarazo, con todas las consecuencias que eso conlleva: meses en los que tienen que dejar de competir, reducir la intensidad de sus entrenamientos, eventualmente tomarse un tiempo para prepararse y recuperarse del parto, y luego pasar por un proceso de reincorporación y recuperación de la forma física perdida.

Es posible que el tiempo sin entrenar y los cambios que sus cuerpos hayan experimentado durante y después del embarazo afecten a su rendimiento y las hayan hecho menos competitivas de lo que eran anteriormente, lo que puede llegar a afectar a su carrera a largo plazo, e incluso llevarlas a retirarse de manera anticipada. Mientras tanto, sus contrapartes masculinas no sufren ninguna de estas desventajas ni tienen que experimentar estos sacrificios para poder ser padres¹⁷

Diferencias similares –aunque menos evidentes que en el ámbito deportivo– se pueden observar en otros muchos campos y profesiones, en los que las mujeres se ven obligadas a elegir entre ser madres o comprometer de manera significativa su carrera profesional.

La ectogénesis abre una puerta para que las mujeres se puedan poner a la par de los hombres en el plano reproductivo, pudiendo tener hijos en las mismas condiciones y sin tener que hacer sacrificios profesionales para ello.

¹⁷ L'Heveder, A., Chan, M., Mitra, A. et al. “*Sports Obstetrics: Implications of Pregnancy in Elite Sportswomen, a Narrative Review*” En *Journal of Clinical Medicine* 2022.

CONCLUSIONES

A lo largo de las últimas décadas la ONU y la OMS han desarrollado el concepto de los derechos reproductivos, incluyéndolos como una parte integrante de los derechos humanos en su conjunto y estableciendo que todas las personas e individuos tienen libertad para poder decidir cuándo, cómo, y con quién se reproducen así como a disponer de la información y los medios para poder ejercer estos derechos.

En el mundo existen muchas personas que desean ser padres, pero que por diversas razones son incapaces de procrear. Para estas personas la gestación subrogada es la única vía por la que pueden llegar a ser padres, es decir, es un medio necesario para poder ejercer sus derechos reproductivos.

Actualmente la gestación subrogada es una práctica que se encuentra regulada de muchas maneras diferentes a lo largo del mundo, estando prohibida e incluso penada como delito en muchos de ellos, mientras que en otros se permite su práctica en alguna o varias de sus modalidades.

Precisamente por ser necesaria para que cientos de miles de personas puedan ejercer de manera efectiva sus derechos reproductivos, soy de la opinión de que la gestación subrogada no debería estar prohibida, sino que debería contar con una regulación legal exhaustiva y garantista que proteja a todas las partes intervinientes e impida que se pueda abusar o explotar a las mujeres gestantes.

En este contexto, la técnica experimental de la ectogénesis es un campo de estudio que presenta un gran abanico de potenciales avances técnicos que no se limitan a ofrecer una vía de acceso a la reproducción alternativa a la gestación subrogada, sino que también traerían consigo avances médicos y sociales que permitirían mejorar el cuidado y la atención de los nonatos, ofrecer alternativas en los casos de aborto y gestación subrogada, así como contribuir a derribar barreras y desigualdades entre hombres y mujeres y construir una sociedad más igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y artículos

- ASSAD, R.S. y HANLEY, F.L. “Artificial placenta, a need for fetal surgery?” En *Journal of Thorac Cardiovasc Surg.* 1998.
- BEAUCHAMP, T.L. Y CHILDRESS, J.F. *Ethical Principles and Guidelines for the Protection of Human Subjects of Research.* National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. 1978.
- BULLETTI, C., JASONNI, V.M., TABANELLI, S., GIANAROLI, L., CIOTTI, P.M., FERRARETTI, A.P. et al. “Early human pregnancy in vitro utilizing an artificially perfused uterus”. En *Fertility and Sterility.* 1988
- BULLETTI, C., PALAGIANO, A., et al. “The artificial womb”. *Annals of the NY Academy of Sciences.* 2011.
- BULLETTI, C., SIMON, C. “Bioengineered uterus: a path toward ectogenesis”. En *Fertility and Sterility.* 2019
- CAVALIERE, G. “Gestation, equality and freedom: ectogenesis as a political perspective”. En *Journal of Medical Ethics.* 2020.
- FERNÁNDEZ ECHEGARAY, L. *Gestación por sustitución: La maternidad y la paternidad en el siglo XXI.* Editorial Comares. 2015.
- FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Madrid. Editorial Trotta. 2001.
- GÓMEZ, M. *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho Internacional Privado.* ICEI. 2019.
- HELLSTRÖM, M., BRÄNNSTRÖM, M. “The bioengineered uterus: a possible future. Uterus transplantation.” *Springer Publishing.* 2020. pp. 219-230.
- HERNANDEZ RODRIGUEZ, A. “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación en España?” En *Cuadernos de Derecho Transnacional, vol. 6, N°2.* 2014. pp. 147-174.
- KENDAL, E. “The perfect womb: promoting equality of (fetal) opportunity.” En *Journal of Bioethics Inq.* 2017.

- LAMM, E. *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Universitat de Barcelona. 2013.
- L'HEVEDER, A., CHAN, M., MITRA, A. et al. "Sports Obstetrics: Implications of Pregnancy in Elite Sportswomen, a Narrative Review" En *Journal of Clinical Medicine* 2022.
- MUÑOZ, F. J. J. "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada". En *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, vol. 12. 2018. pp. 42-54.
- PANDE, A. *Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India*. Columbia University Press. 2014.
- PARTRIDGE, E.A., DAVEY, M.G., et al. "An extra-uterine system to physiologically support the extreme premature lamb". En *Nature Communications*. 2017.
- SEGERS, S. "The path toward ectogenesis: looking beyond the technical challenges". En *BMC Medical Ethics*. 2021.
- SEGERS, S., PENNING, G., MERTES, H. "The ethics of ectogenesis-aided fetal treatment". En *Bioethics*. 2020
- SILVA SANCHEZ, A. y PERKUMIENE, D. *Aspectos relevantes de la regulación jurídica de la gestación subrogada en el marco del derecho comparado*. Universidad de Extremadura. 2021.
- SIMKULET, W. "Abortion and ectogenesis: moral compromise". En *Journal of Medical Ethics*. 2020.
- SINGER, P. y WELLS, D. *The reproduction revolution: New ways of making babies*. Oxford University Press. 1984.

Códigos y leyes

- Código Civil Francés, Artículo 16-7.
- Código de Familia de la Federación Rusa. N° 223-FZ de 29 de diciembre de 1995 (modificado por la Ley Federal N° 438-FZ del 29 de diciembre de 2017)
- Código de Familia de Ucrania
- Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Reino Unido)
- Ley 3089/2002 de asistencia médica en la reproducción humana (Grecia).

- Ley 3305/2005 de Imposición de la Reproducción Médicamente Asistida (Grecia).
- Ley 5746/1996 sobre acuerdos de gestación por sustitución (Israel).
- Ley de Protección del Embrión, n. 745/90 del 13/12/90, Artículos 1 y 2 (Alemania).
- Surrogacy Arrangements Act 1985 (Reino Unido)

Conferencias y declaraciones

- Asamblea General de la ONU. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>
- Conferencia Internacional de Derechos Humanos. Proclamación de Teherán.
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1290.pdf>
- Conferencia sobre Población de 1974. Plan de Acción Mundial sobre Población.
https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21970/S7500346_es.pdf?sequence=2&isAllowed=y