

Voto particular que emite Carlos María Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España, al Informe de éste sobre los Aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada.

Emito el presente voto particular con todo respeto al criterio de mis compañeros del Comité de Bioética de España expresado en el Informe de referencia, dejando sentada mi coincidencia en lo básico con el mismo, sin perjuicio de que con los breves comentarios que presento a continuación pretendo únicamente matizar algunos razonamientos del Informe y dejar abiertas algunas perspectivas de reflexión hacia el futuro, en la medida en que la situación, la seguridad jurídica y las valoraciones sociales así lo aconsejen.

Es indudable que la maternidad subrogada, con todas las variantes con las que se manifiesta y que recoge muy minuciosamente el Informe, presenta una complejidad que ha ido aumentando de forma considerable con el paso del tiempo, siendo al parecer una técnica de reproducción asistida a la que han ido recurriendo con frecuencia creciente muchas parejas españolas y de otros países.

El Informe nos recuerda que el contrato en el que pretende sustentarse esta técnica es considerado jurídicamente nulo en nuestro ordenamiento de manera constante desde que se reguló por primera vez en 1988; es decir, no tiene efecto jurídico alguno, la maternidad se determina por el parto. Pero no debe olvidarse tampoco que en si misma esta técnica no está prohibida y, por consiguiente, no lleva aparejada sanción alguna su utilización, al menos para las personas más directamente involucradas (sobre este particular, la madre gestante y padres comitentes).

En nuestro país esta prescripción normativa no ha tenido como resultado que los ciudadanos españoles se hayan abstenido de recurrir a la maternidad subrogada. Se ha hecho, pero en el extranjero, mediante el procedimiento legal que se describe minuciosamente en el Informe: inscripción del hijo nacido de otra mujer (madre gestante) como propio (padres comitentes) en el consulado español correspondiente para después proceder a lo propio en el Registro Civil, una vez de vuelta a España. Este procedimiento, que suscita perplejidad en la población, y en ocasiones también desasosiego, ha sido tachado de un claro caso de fraude de ley, según entiende la mayor parte de los juristas, quienes suelen considerar que esta situación afectaría al orden público, entendido en este contexto y de forma simplificada, pues es un concepto jurídicamente indeterminado, muy amplio y rico, como un conjunto de principios e instituciones que se tienen por fundamentales para el normal funcionamiento de una sociedad, sus instituciones y su sistema jurídico. Estas dos tachas comportan asimismo reconocer una sensible merma para la garantía de la seguridad jurídica. Así tenemos dos categorías de ciudadanos en relación con el

acceso a la maternidad subrogada: quienes se benefician de ella, porque tienen recursos suficientes para afrontar su coste en el extranjero, y quienes no pueden acceder por falta de recursos o por querer ser respetuosos con la ley, que también podría ocurrir. Con esta reflexión no pretendo recurrir a argumentaciones esquemáticas y demagógicas, pero es así la realidad al día de hoy. Esta situación se ve enriquecida por la circunstancia de que agencias intermediarias privadas, con ánimo de lucro, se mueven por nuestro país con total libertad, ofreciendo sus servicios de mediación en el extranjero a parejas y personas que desean tener descendencia por medio de la maternidad subrogada.

Podemos comprender que haya parejas desesperadas que desean tener hijos a pesar de su infertilidad patológica o funcional (parejas homosexuales). Cuesta más lograr cierta empatía con quienes en solitario prefieren recurrir a la maternidad subrogada en lugar de la reproducción natural, o no son parejas infértiles. Nuestro sistema jurídico ampara la libertad procreativa o reproductiva, entendida como la libertad de decisión sobre tener o no descendencia, sobre el número de hijos y su distribución en el tiempo. En estas decisiones no están legitimados para interferir los poderes públicos. Pero de esta libertad procreativa no se puede deducir el “derecho al hijo”, pues este supuesto derecho se enmarca en realidad en el derecho a la protección de la salud y en la protección y ponderación de los intereses de terceros que pudieran verse implicados, es decir, como nos recuerda el Informe, principalmente los intereses del futuro hijo y los derechos e intereses de la mujer gestante, con independencia de que ésta aporte o no su propio material biológico.

En consecuencia, ante esta situación de cierto descontrol y de desprecio o postergación de nuestro sistema jurídico, por un lado, y de la desigualdad que provoca entre los ciudadanos y de escasa sensibilidad hacia la situación individual en la que puedan encontrarse muchas mujeres gestantes que les ha llevado a asumir su función de madres a término (prefiero no generalizar ni simplificar), me parece prudente el criterio unánime adoptado por el Comité. Ante el presente caos, sin olvidar los esfuerzos que está realizando el Tribunal Supremo por reconducirlo hacia cierta coherencia normativa, no cabe, en mi opinión y al día de hoy, otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. 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. Sin embargo, de todas las posiciones que ha recogido el Informe del Comité de Bioética de España, y puedo afirmar que no se ha descuidado mencionar al menos las más significativas, no creo que, por el momento, y mientras no se ponga orden a la situación actual, haya alguna que sea claramente preferible.

Por otro lado, tampoco me parece satisfactorio propugnar el mantenimiento del régimen legal actual sin plantear otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de modo que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada. Primero, porque podría interpretarse como la asunción de que la situación actual se considera deseable o al menos satisfactoria, asumiendo la vulneración de nuestro ordenamiento jurídico con

su práctica en el extranjero y de este modo la continuidad de su aplicación fraudulenta. En segundo lugar, porque de algún modo significaría aceptar las desigualdades que se generan entre las parejas en función de su capacidad económica, y el hecho de que de forma velada por algunas instituciones y abierta por algunas agencias intermediarias se fomente el recurso a la maternidad subrogada de nuestros conciudadanos en el extranjero. En tercer lugar, porque es cierto que con la situación actual no hay límite normativo alguno, pues las parejas pueden elegir el país que mejor se adapte legalmente a sus necesidades o aspiraciones particulares. Por consiguiente, los poderes públicos deberían intervenir con el fin de adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean necesarias para cortar radicalmente esta situación, con los efectos jurídicos a que ello pudiera dar lugar, siempre que no comporten un perjuicio para los derechos e intereses de las criaturas nacidas por medio de estas técnicas. En el Informe se mencionan algunas, pero creo que podría haber otras más no menos eficaces.

Dicho lo anterior, tampoco me parece que la mencionada deba tomarse como la respuesta definitiva. 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 premisas habría que saber conjugar, como señalaba más arriba, por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de las parejas comitentes. Sobre esto no puedo extenderme demasiado en un voto particular que de entrada concurre con el Informe, pero que ahora pretende mirar también hacia el futuro.

Como punto de partida, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos, si somos capaces de eliminar o reducir al mismo tiempo otros que, al menos por algunos sectores, son rechazados y que podrían postergar aquellos valores. En efecto, no podemos negar que puede promover -cierto, no siempre- la solidaridad entre las personas; también el altruismo. Se sostiene con frecuencia que estos valores sólo son imaginables entre personas allegadas previamente entre sí, en particular si son familiares, pues solo entre ellas podemos presumir que se actúe por solidaridad y con altruismo. Sin desconocer la realidad en la que puede basarse este argumento, me cuesta admitir que no pueda haber mujeres no emparentadas capaces de un gesto solidario relevante, con independencia de que en todos los casos mencionados incluso se les pueda atribuir una compensación (establecer el matiz diferencial entre compensación y precio no es tarea en absoluto fácil, pero no puedo entrar en ello aquí; como tampoco en discutir la posición opuesta que sostiene que es mejor excluir la relación de parentesco con el fin de prevenir la confusión de roles que puede producirse entre las dos madres, sobre todo la gestante: madre y abuela, madre y tía, etc.; hay especialistas competentes para identificar este riesgo y su magnitud, incluso hasta poder llegar a manifestaciones patológicas, que deberían ser tratadas de forma singularizada). Con estas por desgracia breves reflexiones, quiero llamar la atención sobre posiciones a veces maximalistas y poco matizadas. 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, pero sí que puede situar en el núcleo de la

gestación el aspecto mercantilista. Y así podríamos continuar con argumentos esgrimidos de semejante tenor.

Puesto que la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba -no vamos a categorizarlos ahora-, y también otros; puesto que puede servir para que parejas infértiles (patológica o funcionalmente), heterosexuales u homosexuales puedan tener descendencia dentro de un conjunto de principios y reglas, 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.

Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar. Téngase en cuenta que este marco legal tendría (debería tener) como efecto que la mayor parte de estos casos se realizarían en nuestro país, donde operarían -deberían operar, no siempre ha sido sencillo- los mecanismos habituales de supervisión y control en materia de salud, más teniendo en cuenta que nos encontramos ante unos procedimientos más disponibles en el sector privado con respecto al público; y que las variantes excluidas de ese hipotético marco legal futuro que pretendieran realizarse en el extranjero deberían arrostrar con mayor contundencia el fraude de ley en el que pudieran llegar a incurrir, siempre, como vengo diciendo, garantizando la salvaguarda de los intereses legítimos de los hijos nacidos. Habría que pensar asimismo en otras respuestas, como que las tareas de intermediación, las cuales es previsible que se reducirían considerablemente, tanto en nuestro país como en el extranjero, fueran asumidas en exclusiva por entidades mixtas sin ánimo de lucro. En derecho comparado tenemos algunas soluciones legales y muy valiosas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han pronunciado argumentaciones y fallos muy valiosos. Sin embargo, no creo que en la situación actual una internacionalización de las respuestas contra la maternidad subrogada o, en su caso, contra los excesos, sea un camino fructífero.

Aunque la maternidad subrogada ha demostrado ser un asunto muy complejo, lleno de matices y de aristas, que suscitan y merecen múltiples reflexiones y debates públicos (humana, social, ética y jurídicamente presenta aspectos apasionantes, que deben ser tratados, no obstante, sin pasión y con exquisita sensibilidad y ecuanimidad) creo que no debo extenderme más en estos comentarios.

Sí quiero terminar diciendo que tanto las autoridades como los ciudadanos encontrarán en el Informe una información abundante, pertinente y variada en sus diversas perspectivas, pues es un documento que ha sido discutido, razonado y redactado con especial minuciosidad, en el que todos hemos aportado lo que en nuestro mejor saber y entender podría ser pertinente. Incluso aunque ni las autoridades ni los ciudadanos compartan completamente las conclusiones a las que ha llegado el Comité, pues realmente ya se deduce que esto no parece posible hoy,

encontrarán elementos suficientes para formar su propia opinión razonada. Por supuesto, tampoco pretendo con este voto convencer a nadie, pues como se ha visto, no se alinea por completo con ninguna posición en particular, lo que le deja más abierto a la crítica. Pero así lo asumo.

En Bilbao, a 16 de Mayo de 2017.