

**CON LA NATURALEZA HEMOS TOPADO  
REFLEXIONES SOBRE ESTRATEGIAS DE  
PRESENTACIÓN DE LA LEY NATURAL AL HILO  
DEL NUEVO DERECHO DE FAMILIA**

*With nature we have come across  
Reflections on strategies for presenting Natural Law in line  
with the new Family Law*

*Con la natura abbiamo trovato  
Riflessioni sulle strategie per la presentazione del Diritto Naturale  
nel filo del nuovo Diritto di Famiglia*

Carlos Martínez de Aguirre<sup>1</sup>

Para citar este artículo:

Martínez de Aguirre, C. (2020). “Con la naturaleza hemos topado reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo derecho de familia”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 309-321.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.309-321>

**Resumen:** Es visible en la actualidad un progresivo alejamiento entre el Derecho de Familia y sus bases naturales, directamente ligadas con la biología y la naturaleza humana. Baste pensar en el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción por parejas del mismo sexo (que genera una filiación en la que hay legalmente dos padres –y ninguna madre– o dos madres –y ningún padre–) o las técnicas de reproducción asistida. Se ha producido, así, lo que cabría calificar como una desnaturalización del Derecho de Familia. Este trabajo busca permitir que se entable un diálogo intelectual fructífero y desapasionado en el ámbito del Derecho de Familia.

<sup>1</sup> Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España. Correo electrónico: [aguirre@unizar.es](mailto:aguirre@unizar.es)

**Palabras clave:** Derecho de Familia; Matrimonio; Adopción; Derecho Natural.

**Abstract:** A progressive distance between Family Law and its natural bases, directly linked to biology and human nature, is currently visible. Suffice it to think about same-sex marriage, adoption by same-sex couples (which generates a filiation in which there are legally two fathers –and no mother– or two mothers –and no father–) or assisted reproduction techniques. Thus, what could be described as a denaturation of Family Law has occurred. This work seeks to allow a fruitful and dispassionate intellectual dialogue to take place in the field of Family Law.

**Keywords:** Family Law; Marriage; Adoption; Natural Law.

**Sommario:** Oggi è visibile un progressivo distanziamento tra il diritto di famiglia e le sue basi naturali, direttamente legate alla biologia e alla natura umana. Basti pensare al matrimonio omosessuale, all'adozione da parte di coppie dello stesso sesso (che genera una filiazione in cui ci sono legalmente due padri –e nessuna madre– o due madri –e nessun padre–) o tecniche di riproduzione assistita. Si è così verificata quella che potrebbe essere definita una denaturalizzazione del diritto di famiglia. Questo testo cerca di consentire un dialogo intellettuale fruttuoso e spassionato nel campo del diritto di famiglia.

**Parole chiave:** Diritto di famiglia; Matrimonio; Adozione; Legge naturale.

## 1. Planteamiento

Si tuviéramos que decidir cuál de las ramas del Derecho Civil ha experimentado cambios más radicales en los últimos decenios, la respuesta más segura es la que nos dirige hacia el Derecho de Familia. A un jurista de hace cien, o solo cincuenta años, el moderno Derecho de Familia le resultaría casi por completo irreconocible, no en la terminología (seguimos hablando de matrimonio, o de filiación, igual que hace cien o cincuenta años), sino sobre todo en sus principios inspiradores, y en la configuración y el contenido de sus instituciones fundamentales: baste pensar en el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción por parejas del mismo sexo (que genera una filiación en la que hay legalmente dos padres –y ninguna madre– o

dos madres –y ningún padre–) o las técnicas de reproducción asistida<sup>2</sup>. Estos cambios tienen en común un progresivo alejamiento entre el Derecho de Familia y sus bases naturales, directamente ligadas con la biología y la naturaleza humana. Se ha producido, así, lo que cabría calificar como una desnaturalización del Derecho de Familia.

Por otro lado, el Derecho Natural tiene, si se me permite la expresión, mala prensa: genera en muchos juristas una oposición casi irracional, basada muchas veces más en prejuicios que en argumentos realmente sólidos. No me corresponde a mí defender el Derecho Natural, o las fórmulas de presentación y argumentación que puedan ser más eficaces en su conjunto. Sin embargo, sí me parece que puede haber algunas estrategias de presentación útiles, al menos para desactivar ese prejuicio, y permitir que se entable un diálogo intelectual fructífero y desapasionado en el ámbito del Derecho de Familia. De algunas de esas estrategias, precisamente al hilo de la evolución del Derecho de Familia, voy a tratar a continuación, no sin aclarar previamente que al hablar de estrategias de presentación no estoy pensando en términos de *marketing*, o de cómo vender un producto averiado o de mala calidad, sino, al contrario, cómo conseguir que un producto de calidad contrastada pueda gozar de un nivel de aceptación proporcionado a esa calidad.

Para eso, comenzaré con una anécdota. En un Congreso que tuvo lugar en España hace ya bastantes años sobre parejas de hecho, ya en el debate, y en respuesta a una intervención teóricamente muy correcta sobre las características del matrimonio, sus fines y propiedades, el ponente, que había hecho una exposición muy favorable a la regulación legal de este tipo de uniones, contestó a su objetor diciendo algo así como: “¡Claro! ¡Ya lo entiendo! ¡Es que lo suyo es un teorema!”. Con esta frase conseguía desacreditar la intervención anterior, transmitiendo a los asistentes la idea de que su objetor hablaba de teorías más o menos complicadas, mientras que él (el ponente) de lo que hablaba era de la vida, de la realidad de las cosas, de personas que se querían y vivían juntas.

Esa afirmación era tan injusta como eficaz, pero sobre todo mostraba una visión de la ley natural que puede revelar una de sus debilidades en lo que se refiere a su presentación pública: la ley natural vendría a ser, por un lado, como un teorema, al que se accede con dificultad, y, por otro lado, una cuestión teórica, abierta a discusión (principalmente entre expertos), opinable (quizá a fuerza de ser opinada), no evidente por sí misma, alejada de vida real, y dependiente en el fondo de una opción ideológica o religiosa.

2 Un breve repaso a estos cambios puede verse en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2017). “El Derecho de Familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”. En Acuña San Martín y Del Picó Rubio (eds.). *Estudios de Derecho Familiar*. Talca (Chile). Editorial Universidad de Talca, 19 y sigs.

Frente a este planteamiento, hay vías que pueden ser exploradas para mostrar la fuerte relación entre las instituciones básicas del Derecho de Familia (principalmente filiación, pero también matrimonio) y su fundamento natural, así como las consecuencias que esta relación puede tener en la regulación legal de dichas instituciones. Estas vías, además, pueden servir para desactivar la acusación de “teorema” a que me he referido, porque en buena parte se basan en evidencias biológicas o fácticas.

A partir de aquí cabe hacer alguna reflexión sobre la forma o formas de presentar, en las coordenadas sociales e intelectuales de nuestro tiempo, la ley natural, que pasaría por demostrar, partiendo de los hechos, que el teorema es correcto. Pienso, más concretamente, en tres vías, que podrían sintetizarse como la tozudez de la biología, la fuerza de los hechos y el poder de la dignidad.

## **2. La tozudez de la biología: el matrimonio entre personas del mismo sexo y la presunción de paternidad del marido**

Vamos con la primera de esas vías, basada en lo que he llamado la tozudez de la biología. La Ley N° 13/2005, que permitió el matrimonio homosexual en el Derecho español, lo hizo a través de la introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 44 del Código Civil (CC), con el siguiente tenor literal: “[...] el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El precepto constituye una enfática y universal afirmación de equiparación entre el matrimonio integrado por cónyuges de diferente sexo, y el matrimonio formado por cónyuges del mismo sexo. En congruencia, la misma ley sustituyó las expresiones legales que reflejaban la heterosexualidad por otras sexualmente neutras: básicamente, cónyuges (en lugar de marido y mujer) o progenitores (en lugar de padre y madre).

A partir de esto, llama la atención que algunos preceptos mantengan la referencia expresa al marido, y en los que el supuesto de hecho presupone que la esposa (mujer, por tanto) ha dado a luz un niño: así ocurre en los artículos 116, 117 y 118 CC. Conforme al primero, “se presumen hijos del *marido* los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”: es la conocida presunción de paternidad del marido. El artículo 117 establece el régimen conforme al cual el marido podrá impugnar su paternidad cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y el artículo 118 se refiere

nuevamente a dicha presunción para disponer que “aún faltando la presunción de paternidad del *marido* por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos”.

Estos preceptos, que son aplicables únicamente a los matrimonios entre personas de distinto sexo y desmienten la indiscriminada afirmación de igualdad de efectos contenida en artículo 44.II CC, no son fruto de un olvido, o de un despiste, sino resultado de una decisión consciente del legislador, quien la explica en la Exposición de Motivos de la citada Ley N° 13/2005, con las siguientes palabras: “[...] subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

En este caso, la decisión ideológica, el afán equiparador y la afirmación normativa de igualdad de efectos han topado con la realidad de las cosas (con la naturaleza y la biología), y han debido adaptarse a ella, con el único argumento de la propia evidencia de esa realidad: solo cuando hay procreación, y por tanto heterosexualidad, puede tener sentido disponer que el marido es padre del niño que ha dado a luz su esposa. La presunción se apoya en una sólida realidad biológica (de las relaciones sexuales mantenidas por un hombre y una mujer es habitual que nazcan niños), y no puede subsistir sin ella. A partir de ahí, se unen el hecho de que marido y mujer tienen relaciones sexuales con el principio de exclusividad de tales relaciones, para concluir que lo normal es que los hijos de la mujer sean también (biológicamente) del marido, y para establecerlo legalmente.

Por eso la presunción de paternidad no es aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo: del hecho de que dos personas del mismo sexo (varones o mujeres) tengan relaciones sexuales entre sí nunca nacen niños: los matrimonios entre personas del mismo sexo son estructuralmente (por su estructura interna: hombre y hombre, o mujer y mujer) no procreativos, mientras que los matrimonios entre personas de distinto sexo son estructuralmente procreativos<sup>3</sup>, y esto tiene consecuencias jurídicas relevantes, como la que ahora estamos considerando. Por eso mismo, la Ley N° 13/2005 ha reservado la aplicación de la presunción de paternidad a los matrimonios entre personas de distinto sexo.

De esta manera, pese a los cambios legales producidos en el Derecho español desde hace más de veinticinco años (desde la desaparición del im-

3 Sobre la estructura procreativa o no procreativa, *vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C. “El Derecho de Familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”. En ob. cit., 28 y sigs.

pedimento de impotencia en 1981, hasta la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2005), la presunción de paternidad sigue atestiguando legalmente la vinculación entre matrimonio, heterosexualidad y procreación.

Sin embargo, esta subsistente vinculación se ve asediada desde varios flancos:

- 1) La triple vinculación legal entre matrimonio, heterosexualidad y procreación podría desaparecer legalmente, al menos parcialmente, de seguirse el camino que han recorrido algunos ordenamientos, al establecer la presunción de paternidad no solo a favor del marido sino también a favor del conviviente: eso ocurre, por no salir de España, en el Derecho Civil catalán –art. 235-10 a) del Código Civil de Cataluña<sup>4</sup>. Lo que desaparece, en este caso, es el matrimonio (sustituido por la convivencia), pero se mantiene la exigencia de heterosexualidad, y la presuposición de que esa situación convivencial es fruto de una relación de afectividad con contenido sexual (por ejemplo, la presunción no parece aplicable si el hombre y la mujer que conviven son hermanos): el precepto sigue atestiguando la importancia de las relaciones sexuales de suyo aptas para conducir a la procreación (es decir, las que se producen entre un hombre y una mujer); así resulta también de la letra c) del mismo precepto, que presume que es padre del hijo no matrimonial “el hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción”: nuevamente, heterosexualidad. En suma, se mantiene en este caso la relación legal entre procreación y heterosexualidad, que es aquella en la que la dimensión natural (el anclaje biológico de la regla legal) es más evidente.
- 2) Por otro lado, la regulación española sobre técnicas de reproducción asistida ha propiciado un debilitamiento de dicha vinculación, en la medida en que: i) por un lado, permite el juego de la presunción de paternidad del marido en casos en los que, precisamente por constar que se ha empleado semen de donante, se sabe con total certidumbre que el marido que consintió en la fecundación con semen de donante no es el padre, y a pesar de ello se le impide impugnar la filiación (art. 8.1 de la Ley N° 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida –LTRA–); ii) por otro lado, y esto puede ser más relevante, posibilita la atribución de la paternidad al varón no casado que consiente la utilización de la técnica, en los

4 De acuerdo con dicho precepto, “se presume que es padre del hijo no matrimonial: a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción”.

términos del artículo 8.2 LTRHA. Pero puede valer la pena hacer notar que también en estos casos está presente la heterosexualidad (no la relación sexual), ya que el donante de semen necesariamente ha de ser varón.

- 3) La presunción de paternidad del marido ha sido torpemente imitada, para el caso de matrimonio entre dos mujeres, a través del párrafo 3 del artículo 8º LTRHA, introducido por la Ley N° 13/2007 y modificado por la Ley N° 19/2015, conforme al cual, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. En su virtud, las dos mujeres cónyuges podrían ser madres del hijo nacido a consecuencia de estas técnicas: una en cuanto ha dado a luz, y la otra en cuanto ha realizado la manifestación a que se refiere, con técnica muy deficiente, el precepto. En este caso desaparece por completo el vínculo entre filiación y heterosexualidad.

En esta misma línea, la admisión indirecta desde 2005 de la adopción conjunta por matrimonios formados por personas del mismo sexo (art. 175.4 CC, en relación con el art. 44.2 CC) permite la instauración de vínculos jurídicos de paternidad o maternidad y filiación entre un niño y dos personas del mismo sexo, y así que ese niño tenga dos padres o dos madres, contradiciendo objetivamente el origen biológico del adoptado. En el caso de la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, se prescinde del dato de que lo que trata de instaurar la adopción no es simplemente un sistema protector de un menor en desamparo, sino que intenta hacerlo precisamente a través de la creación de un vínculo artificial de filiación (la filiación adoptiva), que para poder ser, efectivamente, de filiación, precisa ser asemejable a la filiación biológica<sup>5</sup>.

Todo lo expuesto *sub 3*), que supone una progresiva erosión de la vinculación legal entre filiación y heterosexualidad, tiene como consecuencia, sin embargo, la introducción de un panorama jurídico ciertamente complejo (cuya justificación se encuentra nuevamente en la biología) ya que:

- a) Solo los matrimonios heterosexuales pueden ser padres por vía natural, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, y mediante el recurso a la adopción.

5 La idea está desarrollada en Martínez de Aguirre, C. (2011). “The principle of verisimilitude of artificial filiation links: biology as a model for the Law of parent and child”. En *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2, 315 y sigs.

- b) Los matrimonios civiles formados por dos mujeres pueden ser madres, pero solo por medio de las técnicas de reproducción asistida, y de la adopción.
- c) Por último, los matrimonios civiles formados por dos hombres pueden ser padres únicamente a través de la adopción conjunta.

Como he indicado, es la biología (la naturaleza) la que está en la base de este resultado, que es el que actualmente se produce en el Derecho Civil español.

Tanto aquí, como en el caso de la presunción de paternidad, el Derecho Positivo, empleado como palanca para forzar determinados cambios sociales, topa con la tozudez de la biología, que le obliga a introducir diferencias entre los distintos supuestos, y a negar así en la práctica las enfáticas afirmaciones de igualdad que están en la base de esas reformas legales.

En efecto, cuanto ha quedado expuesto muestra con claridad la dependencia en materia de filiación entre biología (léase: heterosexualidad/procreación) y Derecho<sup>6</sup>, y las consecuencias jurídicas que necesariamente derivan de esa relación, aún en legislaciones radicalmente empeñadas en negar las diferencias biológicas. Desde el punto de vista de la procreación, es claro que no es lo mismo un matrimonio (una pareja) del mismo sexo que uno de distinto sexo, y ello no precisa de especial demostración, porque es evidente en sí mismo; que, además, estas diferencias pueden (y deben) tener consecuencias jurídicas es algo fácilmente deducible, y está en la base, por ejemplo, de la utilización de las pruebas biológicas en el marco de las acciones de filiación. Y a partir de estas bases, es más fácil (o debería ser más fácil) construir una regulación cuyos fundamentos teóricos sean más cercanos a la naturaleza de las cosas, y sobre todo de las personas. Pero es preciso también reconocer que nos ha tocado vivir en tiempos en los que muchas veces es preciso demostrar lo evidente...

### **3. La fuerza de los hechos: estabilidad matrimonial y divorcio**

Vamos ahora con lo que he llamado la fuerza de los hechos. La idea de fondo es que, si la ley natural efectivamente existe, su violación no puede dejar de tener consecuencias en el terreno comprobable de los hechos y la

<sup>6</sup> He expuesto ampliamente el sentido y alcance de esas relaciones en Martínez de Aguirre, C. (diciembre 2013). "La filiación, entre biología y Derecho". *Prudentia Iuris* nro. 76, Buenos Aires, Educa, 79 y sigs.

realidad social. Vamos para ello con un ejemplo muy conocido, relativo a la estabilidad matrimonial (en su grado máximo, indisolubilidad) y divorcio.

Los argumentos (en mi opinión, ciertos y necesarios) relativos a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y a la naturaleza, las propiedades y los fines del matrimonio, tienden a situar el debate en el terreno del “teorema”, y, por tanto, de lo opinable, por mucho que haya opiniones mucho mejor fundadas intelectualmente que otras. Sin embargo, con los datos en la mano es fácil demostrar que el divorcio tiene consecuencias perjudiciales tanto para los hijos menores como para los propios cónyuges, y tanto en el aspecto personal como patrimonial<sup>7</sup>: por ejemplo, los estudios relativos al coste económico de las crisis matrimoniales para los sistemas de asistencia social y sanitaria pública<sup>8</sup> han sido la causa de que se hayan impulsado tímidas reformas en esta materia en algunos países, no siempre bien orientadas<sup>9</sup>. Demostrado con datos (y no con opiniones) que el divorcio tiene consecuencias sociales perjudiciales, es fácil enlazar con las razones que abonan teóricamente ese resultado que revelan los hechos, y proponer políticas jurídicas dirigidas a desincentivar el divorcio, e incentivar la estabilidad del matrimonio, también desde el punto de vista jurídico: no deja de ser un contrasentido que se advierta a quien fuma de que ese hábito puede ser nocivo para su salud, y no a quien se va a divorciar que el divorcio puede ser aún más nocivo para su salud mental y su bienestar económico, y el de sus hijos.

Este planteamiento es, por ejemplo, el que están siguiendo numerosos estudios interdisciplinares, cuya finalidad es demostrar que el matrimonio es una institución mucho más funcional desde el punto de vista social que los modelos alternativos, y que esa funcionalidad es mayor a medida que aumenta la estabilidad matrimonial. Puede servir, además, para proporcionar un punto de encuentro con quien no cree en la ley natural, pero es sensible a la realidad de las cosas.

7 *Ad rem* puede verse Martínez de Aguirre, C. (2016). “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio”. En Prieto Álvarez, T. (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada. Comares, 108 y sigs.

8 Pueden verse, por ejemplo, para Inglaterra, The Relationships Foundation, *Cost of Family Failure Index* (índice anual, disponible en <http://www.relationshipsfoundation.org/family-policy/cost-of-family-failure-index/>, último acceso: 28 de mayo de 2020); para Estados Unidos, Walberg, R. & Mrozek, A. (2009). *Private choices, public costs. How failing families cost us all*. Institute of Marriage and Family of Canada, 22 y sigs. (disponible en <http://www.imfcana.org/issues/private-choices-public-costs>, último acceso: 28 de mayo de 2020).

9 En efecto, intentar resolver los problemas causados por el divorcio haciendo más fácil divorciarse es algo así como intentar resolver los problemas causados por las fracturas de huesos haciendo más frágiles los huesos.

## 4. El poder de la dignidad

La tercera vía que quiero explorar brevemente se basa en el poderoso concepto de dignidad humana, que puede ser considerado desde algún punto de vista como el nuevo rostro del Derecho Natural. En efecto, hay problemas, o regulaciones (existentes o proyectadas) cuya contradicción con la dignidad humana puede ser fácilmente puesta de relieve mediante el recurso a datos de diversa procedencia. Para ejemplificarlo, voy a referirme a la cuestión de la gestación para otro, más conocida como maternidad subrogada. Es sabido que es uno de los temas candentes a nivel global, y que hay fuertes corrientes que piden una regulación legal permisiva de esta posibilidad, mientras que otros se oponen a ella, y piden su prohibición radical, entre otras razones por ser una práctica contraria a la dignidad de la madre gestante. Para demostrar esto último, pueden aportarse datos económicos, por un lado, y cláusulas reales de contratos de maternidad subrogada, por otro, de cuya combinación resulta con toda claridad la denunciada violación de la dignidad de la madre gestante, ligada a los beneficios económicos que produce<sup>10</sup>. Veámoslo:

- 1) Lo primero, algunos datos referidos al coste de la maternidad subrogada, así como al importe global del negocio de maternidad subrogada. Una página web española especializada en maternidad subrogada internacional ofrece los siguientes costes (estimados): Canadá, entre 100.000 y 110.000 €; USA, entre 110.000 € y 160.000 €; Georgia, entre 50.000 y 60.000 €; Grecia, entre 75.000 € y 85.000 €; Rusia, entre 60.000 y 80.000 €; Ucrania, entre 50.000 y 60.000 €. Como puede verse, la maternidad subrogada se ha convertido en un lucrativo negocio, cuyo monto total alcanza cifras más que relevantes: así, en la India, antes de las recientes restricciones, se calcula que el negocio de la maternidad subrogada suponía más de 2.200 millones de dólares, y en los Estados Unidos se ha propuesto la cifra (estimada) de 6.000 millones de dólares anuales. A la vista de estas cifras, una conclusión se impone: la maternidad subrogada es, básicamente, mercado y comercio, y no altruismo o solidaridad. Y no está de más recordar que el 98 % de los casos de maternidad subrogada internacional pertenecen a la modalidad comercial, o lucrativa...

<sup>10</sup> Sobre el tema, incluida la justificación de cuanto se recoge a continuación en el texto (respecto a lo que me he limitado a actualizar cifras, y traducir las cláusulas contractuales), en general, me remito a Martínez de Aguirre, C. (2019). "International surrogacy arrangements: a global handmaid's tale?". En P. Mostowik (ed.). *Fundamental and legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Varsovia. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 367 y sigs.

2) Constituyendo la maternidad subrogada internacional una verdadera industria, tiene sentido que acabe siendo gobernada por la lógica de los contratos patrimoniales. Esta lógica explica la forma en la que los contratos de maternidad subrogada afrontan determinados conflictos entre los comitentes y la madre portadora: dada la situación de marcado desequilibrio entre ellos, en favor de los comitentes (que son quienes pagan, y mucho), los contratos de maternidad subrogada suelen dar a dichos comitentes un fuerte control sobre el cuerpo, la salud y las decisiones de la madre portadora durante el embarazo. Veamos algunos ejemplos:

1. *En relación con la intimidación:* “La sustituta renuncia expresamente al privilegio de la confidencialidad y por este medio dispone la entrega a los Padres Futuros, a su solicitud, del informe y otros datos obtenidos como resultado de cualquiera y todas las evaluaciones psicológicas, de psicoterapia o médicas o pruebas obtenidas o realizadas según lo previsto por este Acuerdo. La subrogante acepta que los Padres Futuros tengan información psicológica relacionada con su salud mental y cualquier otra información pertinente relacionada específicamente con este acuerdo de subrogación”.

2. *En relación con el aborto:* “La sustituta específicamente acepta abortar antes de dieciocho semanas a elección y discreción de los futuros padres. Con la excepción de la terminación basada en la selección de género, que no será permitida, el derecho de los Padres Futuros de solicitar la terminación/aborto es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación para la madre sustituta, incluyendo, entre otros, cualquier anomalía genética o si se ha determinado un defecto, como parálisis cerebral o síndrome de Down.

EN LA MEDIDA EN QUE LA SUBROGANTE ESCOGIERA EJERCER SU DERECHO A ABORTAR O NO ABORTAR, DE UNA MANERA INCOMPATIBLE CON LAS INSTRUCCIONES DE LOS PADRES SUBROGADOS, SE ENTIENDE QUE DICHA ACCIÓN PUEDE TOMARSE COMO UN INCUMPLIMIENTO DE ESTE ACUERDO” (el contrato emplea expresamente letras mayúsculas en este punto).

3. *En relación con la reducción del número de embriones o fetos:* “Los Padres Futuros se reservan el derecho último de reducir selectivamente antes de la finalización de la semana veinte (20) de gestación. [...] Los Padres Futuros tienen el derecho exclusivo de determinar el número de fetos para reducir selectivamente teniendo en cuenta la recomendación del médico de la

subrogante. [...]. El derecho de los Padres Futuros de solicitar una reducción selectiva es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación a la subrogante”.

4. *En relación con las decisiones sobre la vida de la madre gestante:* “Si la madre sustituta está en su segundo o tercer trimestre de embarazo y en el caso de que se requiera equipo de soporte de vida médico para preservar y mantener la vida de la madre sustituta y si así lo solicitan los Padres Futuros, la sustituta y su esposo acuerdan que la vida de la sustituta se mantendrá con un equipo de soporte vital durante un período para lograr la viabilidad del feto teniendo en cuenta los mejores intereses y el bienestar del feto [...] Los futuros padres tomarán la decisión con respecto a cuánto tiempo debe continuar el soporte vital antes del nacimiento del niño, teniendo en cuenta la recomendación del obstetra o perinatólogo y los deseos de la familia de la subrogante. El esposo de la subrogante, o su pariente más cercano, es el único responsable de determinar la hora en que se suspenderá el tratamiento de soporte vital después del nacimiento del niño”.

Estas cláusulas contractuales revelan el dominio efectivo de los comitentes sobre la madre gestante (cuerpo, salud, intimidad, decisiones, incluso relativas al fin de la vida) durante el embarazo: no estamos ante un “alquiler de vientre”, sino de toda la persona, en sus facetas físicas y espirituales (privacidad, salud, decisiones). Este dominio, otorgado a cambio de dinero, puede fácilmente ser considerado como explotación de la madre gestante, especialmente cuando se trata de una mujer vulnerable, y es claramente contrario a su dignidad.

En este caso, es la dignidad de las personas implicadas, demostrada mediante el recurso a la realidad económica y contractual (ligada esta, a su vez, a los condicionantes biológicos de la procreación humana, pero también a las posibilidades que han abierto las nuevas técnicas de reproducción asistida), la que inclina decididamente hacia una regulación restrictiva, si no prohibitiva.

## 5. Concluyendo...

No quiero pecar de ingenuo. Este planteamiento no resuelve todos los problemas, y en ocasiones puede no resolver en la práctica casi ninguno. Basta pensar, por ejemplo, en la claridad de los datos biológicos en relación con la naturaleza humana de los embriones, y la dificultad de conseguir que

esos datos lleguen a calar en el debate sobre el aborto. O en la contundencia de los datos sobre las consecuencias perjudiciales del divorcio en relación con los hijos, conocidos desde hace decenios, sin que hayan logrado detener la espiral de progresiva accesibilidad del divorcio.

Por otro lado, este planteamiento ni quiere ni puede sustituir la imprescindible profundización en la fundamentación intelectual de los postulados de la ley natural en materia de Derecho de Familia: si se me permite la expresión, el denostado “teorema” es por completo necesario, entre otras razones porque en determinados ámbitos intelectuales las puertas solo se abren a argumentaciones teóricamente solventes.

Entiendo, sin embargo, que indica un camino que conviene transitar, tanto en el esfuerzo investigador como en la presentación de sus conclusiones: la evidencia que proporciona la biología, y la realidad de las cosas y de las situaciones pueden servir de punta de lanza para introducir el debate teórico, y hacerlo además en una posición intelectualmente más ventajosa, que es la de tener a los hechos, a la naturaleza, con toda su tozudez, a favor.

## Bibliografía

- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2017). “El Derecho de Familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”. En Acuña San Martín y Del Picó Rubio (eds.). *Estudios de Derecho Familiar*. Talca (Chile). Editorial Universidad de Talca.
- Martínez de Aguirre, C. (diciembre 2013). “La filiación, entre biología y Derecho”. En *Prudentia Iuris* n° 76, 79 y sigs.
- Martínez de Aguirre, C. (2016). “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio”. En Prieto Álvarez, T. (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada. Comares, 108 y sigs.
- Martínez de Aguirre, C. (2019). “International surrogacy arrangements: a global handmaid’s tale?”. En P. Mostowik (ed.). *Fundamental and legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Varsovia. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 367 y sigs.
- Martínez de Aguirre, C. (2011). “The principle of verisimilitude of artificial filiation links: biology as a model for the Law of parent and child”. En *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2, 315 y sigs.
- The Relationships Foundation, Cost of Family Failure Index (índice anual, disponible en <http://www.relationshipsfoundation.org/family-policy/cost-of-family-failure-index/>, último acceso: 28-5-2020); para Estados Unidos, Walberg, R. & Mrozek, A., Private choices, public costs. How failing families cost us all, Institute of Marriage and Family of Canada, 2009, 22 y sigs. (disponible en <http://www.imfcanada.org/issues/private-choices-public-costs>, último acceso: 28-5-2020).