

Formar e Informar

GESTACIÓN por SUSTITUCIÓN
VS
MATERNIDAD SUBROGADA



Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la Provincia de Badajoz

Formar e Informar

GESTACIÓN por SUSTITUCIÓN
VS
MATERNIDAD SUBROGADA



ICOMBA
ILUSTRE COLEGIO OFICIAL DE MÉDICOS
DE LA PROVINCIA DE BADAJOZ

Coordinadores

Pedro Hidalgo Fernández

Mariano Casado Blanco

Prólogo

Pedro Hidalgo Fernández

Autores

José Manuel Bajo Arenas

Mariano Casado Blanco

Ricardo De Lorenzo y Montero

Juan Calixto Galán Cáceres

Manuel Fernández Chavero

Colaboraciones Especiales

Teresa Angulo Romero

Lidia Ginart Moreno

Edita

FUNCOMBEBA

*(Fundación Ilustre Colegio Oficial de Médicos
de la provincia de Badajoz)*

Imprime

Efezeta, Artes Gráficas, S.L.

Depósito legal

BA-000437-2017

ISBN

978-84-697-5780-2

Queda prohibida, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

ÍNDICE

1 PRÓLOGO

Dr. D. Pedro Hidalgo Fernández

Presidente Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz 9

2 LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Exposición científica del concepto, técnicas y métodos médicos y biológicos)

Prof. Dr. José Manuel Bajo Arenas

Catedrático de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Autónoma de Madrid 17

3 ¿Y QUIÉN PIENSA EN EL MENOR CUANDO SE PLANTEA LA MATERNIDAD SUBROGADA?

Sr. D. Ricardo De Lorenzo y Montero

Abogado. Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario 25

4 CUESTIONES MÉDICO LEGALES Y DEONTOLÓGICAS SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Prof. Dr. D. Mariano Casado Blanco

*Presidente de la Comisión de Deontología Médica
del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz* 47

5 LA MATERNIDAD SUBROGADA VISTA DESDE EL DERECHO

Sr. D. Juan Calixto Galán

Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Badajoz 61

**6 POSTURA DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA MÉDICA
DEL CGCOM SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA**

Dr. D. Manuel Fernández Chavero

*Vocal de la Comisión Central de Deontología Médica
de la Organización Médica Colegial*

85

7 ¿ES NECESARIA UNA REGULACIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA?

Opinión de los partidos políticos: PP y PSOE

PP: *Sra. Dña. Teresa Angulo*

99

PSOE: *Sra. Dña. Lidia Ginart*

105

*Dedicado a todos aquellos que
han hecho posible que celebremos el
I Centenario de nuestro icomBA*

PRÓLOGO

Pedro Hidalgo Fernández

*Médico. Presidente del Ilustre Colegio Oficial
de Médicos de la provincia de Badajoz*

El avance de la Medicina ha permitido experimentar situaciones previamente inimaginables, en especial en lo que a la reproducción humana se refiere. La innovación tecnológica ha introducido técnicas como la inseminación artificial o la fecundación in vitro, y en último lugar, la gestación por sustitución, mal denominada maternidad subrogada. Hemos oído como se llega a denominar: madres de alquiler ó vientres de alquiler.

Con el desarrollo de este Trabajo, desde el Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz, hemos pretendido realizar una reflexión acerca de la situación actual de uno de los temas más polémicos entre aquellos que suscitan mayor controversia en el ámbito de la salud. Es precisamente la polémica generada, la que ha despertado nuestro interés para su redacción acerca de la gestación por sustitución, práctica que posibilita ejercer la paternidad a quienes biológicamente carecen de capacidad procreativa, lo que justifica tal controversia entre aquellos que se oponen a esta actividad y quienes la defienden.

Con gran probabilidad, la discusión deriva de la falta de consenso existente por las actitudes y puntos de vista tan dispares que coexisten en nuestra sociedad, ya sea desde la óptica de la ciencia, la moral, la ética o la religión. Con el paso del tiempo, la gestación por sustitución se ha convertido en una práctica cada vez más frecuente a consecuencia del vacío legal que presentan muchos países del mundo.

En España, es la presión social la que ha conseguido llevar la gestación por sustitución a debate ideológico político, logrando que desde diferentes partidos se plantee su impunidad, práctica actualmente reconocida ilegal en este país, según lo dispuesto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Sin embargo, existe una gran discusión entre el texto de la citada Ley y la normativa que emana de la Dirección General de los Registros y del Notariado en lo que a la inscripción de los nacidos por esta práctica se refiere.

Esta incongruencia jurídica y social, ha sido detectada y analizada por la Fiscalía, y como consecuencia de ello, entre sus recomendaciones anuales se recoge una posible reforma de la normativa vigente en relación a la gestación por sustitución que permita abordar el tema de una forma justa y coherente, pero también de algún modo, acabar con la discriminación que supone el reglamento actual.

Primordial resulta, con el fin de estudiar exhaustivamente esta técnica reproductiva así como sus consecuencias legales, médicas y sociales, desglosar su análisis destacando los principales argumentos que sostienen y aplauden, o por el contrario, se oponen a la misma.

En España, por tanto, no existe una legislación que permita llevar a cabo técnicas de reproducción asistida en el contexto de la gestación por sustitución pero, ¿qué ocurriría si finalmente se legalizara?; ¿cuál sería el papel a desempeñar por el médico?.

Quizás, precisamos promover a nivel internacional un marco común regulatorio que prohíba la celebración de contratos de gestación (encargos) en garantía de la dignidad de la mujer y del niño.

Al igual que el resto de personas, todo médico puede formular una opinión y en consecuencia, una determinada actitud frente a esta materia. Pero a diferencia del resto, su posición a favor o en contra, va a tener repercusiones en la práctica clínica, y por tanto, es de especial interés profundizar sobre ello.

En la actualidad, existen leyes que regulan la acción del médico. Otras normativas, como el Código de Deontología Médica sirven de guía en la toma de decisiones donde se ponen en juego cuestiones éticas. Este Código recoge algunas premisas a este respecto; el médico está obligado, en cualquiera de sus actuaciones, a salvaguardar la dignidad e integridad de las personas bajo sus cuidados. Bajo este precepto, todo médico podría negarse a participar en un embarazo de alquiler considerando que se actúa en contra de la dignidad del futuro recién nacido, y por tanto, entendiendo este acto contrario a la buena praxis médica. Esta misma norma recoge el principio de que todo lo técnicamente factible no tiene por qué ser éticamente aceptable; es decir, el hecho de que exista la posibilidad de desarrollar un embarazo en el útero de una mujer que no va a desempeñar posteriormente el papel de madre, no implica que esto deba llevarse a cabo.

Abundando en el tema, este mismo texto, considera que las técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, sólo se indicarán cuando los procesos de reproducción natural no sean posibles, y de ningún modo en mujeres con más de 55 años o postmenopáusicas. Por todo esto, el facultativo puede optar por la objeción de conciencia, considerando que la gestación por sustitución es contraria a la buena praxis del médico y a los principios éticos que rigen su conducta.

Por el contrario, existe la posibilidad de que el médico decida apoyar a la pareja y colabore en todo lo que se precise. Cabe señalar la importancia que tendrá el secreto médico en este contexto, ya que el profesional se compromete a no revelar ningún tipo de información acerca del proceso ni datos referidos tanto a la pareja, como a los donantes de gametos en caso de ser precisos para la realización de la técnica.

En caso de ser contrario a la práctica y optar por la objeción de conciencia, el médico debe derivar a la pareja a otros servicios o profesionales que puedan ayudarles.

Sea cual sea su postura final, todo médico debe respetar la ideología y decisión de la pareja, limitándose a informar y aconsejar sobre las diferentes opciones de reproducción artificial de las que disponen.

Agradezco a los autores sus aportaciones desde diferentes perspectivas con el fin de abordar de forma exhaustiva, cuestiones relativas a la gestación por sustitución de las que derivan importantes repercusiones éticas, deontológicas y legales en el ejercicio profesional del médico encargado del proceso asistencial de la pareja estéril que recurre a esta técnica para satisfacer su deseo de tener descendencia.

**GESTACIÓN
por SUSTITUCIÓN
VS
MATERNIDAD
SUBROGADA**

**GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
vs MATERNIDAD SUBROGADA.
FORMAR E INFORMAR DESDE
EL PUNTO DE VISTA OBSTÉTRICO**

José Manuel Bajo Arenas

*Doctor en Medicina y Cirugía. Catedrático de Ginecología y Obstetricia.
Universidad Autónoma de Madrid.
Presidente de Honor de la Sociedad Española
de Ginecología y Obstetricia (SEGO).*

Embarazo por sustitución, es como es bien sabido el que se produce cuando una mujer accede a quedar embarazada y a dar a luz un hijo, en sustitución de otra que no puede o no quiere hacerlo, mediante la transferencia de embriones procedentes de gametos propios o de la madre sustituida o subrogada.

Más allá de las consideraciones éticas, legales o terminológicas que serán suficientemente tratadas por expertos muchos más versados que yo, trataré de hacer una intuspección en el tema desde el punto de vista ginecológico.

El primer aspecto que se me plantea son las indicaciones para realizar la técnica, puesto que desde el punto de vista científico así es, una técnica, no un proceso natural ni espontáneo.

Veamos cuando estaría indicada una *gestación por sustitución o maternidad subrogada*.

En primer lugar implicaríamos las mujeres que nacen con ausencia de un útero capaz de llevar a cabo sus funciones de albergar al concepto o embrión. En esta categoría se hallaría el conocido como Síndrome de Rokinstanky-Kuster-Hauser que consiste en la ausencia de vagina y útero o más que desaparición hablaríamos de la presencia de un útero rudimentario y vagina no permeable. Es por eso que se le define como "*uterum solidum rudimentarium cum vagina sólida*". Es decir es vez de una matriz capaz de llevar adelante la gestación tenemos una especie de esfera sólida que engloba a la vagina. Se puede permeabilizar quirúrgicamente la vagina pero no el útero en términos de ejercer su función por lo que habrá que buscar otro organismo que despliegue un efecto vicariante. Esta indicación que es clara, sin embargo y afortunadamente es muy infrecuente. Su incidencia en neonatos del sexo femenino es de aproximadamente 1/5.000. Es la segunda causa de amenorrea primaria, después de la disgenesia gonadal. Su diagnóstico al nacimiento es excepcional porque no hay menstruación a la que echar en falta las niñas no reglan desde bebés sino que empiezan como es bien conocido en la adolescencia. Durante la niñez puede sospecharse ante la presencia de algunas de las malformaciones renales o esqueléticas asociadas frecuentemente al síndrome. Lo habitual es que el diagnóstico se haga en la época de desarrollo sexual, cuando falta la primera regla, la menarquía y la niña-mujer entra en amenorrea primaria. Todavía no se plantea la maternidad por lo que habrá que planificar con la interesada, sus padres, el equipo médico y psicólogos las perspectivas y el modelo de tratamiento

El segundo grupo de candidatas a la subrogación vendría dado por mujeres que nacieron con útero pero que por algún motivo se les extirpó el mismo. Es fácil colegir

que la histerectomía vendría indicada por una grave enfermedad. Aquí podemos incluir los cánceres de útero, la miomatosis o múltiples miomas que no pueden ser tratados enucleándolos y respetando la matriz, y accidentes hemorrágicos en el transcurso de un parto que obligaron, para salvar la vida de la madre, a la intervención mutilante de extraer el útero.

De nuevo nos encontramos con muy pocos casos. El cáncer de cérvix invasivo nos va avisando, tenemos vacunas para prevenirlos, y hay margen de maniobra terapéutico para no tener que llegar a histerectomizar a la mujer. Por su parte el cáncer de endometrio tiene su punto de máxima frecuencia en la peri o post menopáusica y no en mujeres jóvenes en edad reproductiva. La extirpación del útero en el transcurso del parto cada vez es menos frecuente porque disponemos de métodos de embolización de las arterias sangrantes que cohiben la hemorragia dejando la matriz in situ. Por el momento aunque lamentables y para la mujer que la padece es un gran problema, estamos hablando de procesos con poca autoridad de impacto frecuencial.

Busquemos más casos subsidiarios de gestación por sustitución.

Mujeres con útero pero con alteraciones o malformaciones en el mismo no tan aviesas como para amenazar su vida pero sí para comprometer su futuro genésico.

Paradigma de estas alteraciones sería el Síndrome de Asherman severo o irreparable. Consiste en una alteración de la cavidad uterina con formación de adherencias entre las paredes del útero que se deforma, disminuye de tamaño, queda inhábil para albergar en su interior un embarazo. Aunque se puede y debe intentar terapéutica constituye muchas veces el viaje a ninguna parte y conduce ineluctablemente a la mujer a buscar quien suplante su útero.

En esta categoría entrarían también malformaciones uterinas como útero en T debido a la exposición a DEB (dietilestilbestrol) hoy nada frecuentes, la tuberculosis que afecte al endometrio también "*avis raris*" en nuestro medio, o la adenomiosis, enfermedad en la que el endometrio se introduce en el miometrio, cuya incidencia es ardua de evaluar por la dificultad de diagnósticos precisos.

Los abortos de repetición por úteros incompetentes sería un cajón de sastre en este mismo grupo y que al igual que tantas veces le damos solución terapéutica otras conducen indefectiblemente a buscar la subrogación.

El siguiente grupo de indicaciones los constituyen las enfermedades graves, locales o generales, que contraindican la gestación. Aquí ya nos movemos en terrenos fan-

gosos porque cada vez son menos y además en cada una existen matices. Por enumerar algunas serían casos de cáncer de mama en edad fértil de ovario, ciertas enfermedades autoinmunes como la colitis ulcerosa, la esclerodermia, la insuficiencia renal grave, cardiopatías muy graves, hemopatías, hepatitis b crónica con cirrosis, o síndrome de inmunodeficiencia adquirida grave por referir las más frecuentes porque si nos metemos en las raras sería interminable.

El siguiente grupo de indicaciones estrictamente médicas, lo conforman las mujeres en terapia con fármacos teratogénicos, de cuya ingesta no puede prescindirse y que dañan al embrión, quimioterápicos, autoinmunes, anticoagulantes.

Un último apartado también farragoso serían las causas psicológicas cómo pánico al embarazo o al parto.

Es difícil hacer una estimación pero nos encontramos con que las causas médicas reales no parecen ser muchas ni aportar por ellas mismas un problema de primera magnitud dentro de lo que es el contexto médico. Respetando por supuesto y vuelvo a incidir en ello que para las parejas que lo afrontan sea mayor superar el reto.

¿Por qué tanto alboroto entonces?

Pues porque nos falta analizar las causas sociales que son las que aportan sin duda alguna una mayor entidad a la causa. Aquí vendrían aquellas mujeres que recurren a la subrogación por no perjudicar una brillante carrera profesional o por la más prosaica de no estropear su figura. Y queda como más importante por su peso específico los casos en los que existe una incapacidad biológica que impide el embarazo, es decir, las parejas homosexuales masculinas y los hombre solteros. La gestación subrogada es una de las opciones que permiten estos nuevos modelos de familia.

No sabemos exactamente el número de parejas homosexuales masculinas en España. Kinsey en su informe, el más leído afirmó *“el 10% de los hombres fue homosexual durante al menos 3 años de su vida entre los 16 y los 55 años, pero sólo el 4% son exclusivamente homosexuales pasada la adolescencia”*.

Los estudios de Kinsey sin embargo han sido profusamente criticados. Por su exigua identidad metodológica, porque las muestras que utilizó eran muy sesgadas, un componente importante de las mismas eran personas en tratamiento y ex presos.

Para el caso de España, la única fuente oficial disponible, el INE y su encuesta sobre comportamiento sexual de la población española que fue parcialmente hecha pública el 27 de julio de 2004 por parte de la ministra de sanidad. Esta encuesta, basada

en 10.838 entrevistas practicadas el último trimestre del 2003, señala que sólo el 1% de la población mantiene relaciones exclusivamente homosexuales. La población que reconoce haber mantenido en alguna ocasión este tipo de relaciones a lo largo de su vida es del 3%, un 3,7% en los hombres y un 2,7 % en las mujeres.

Esto significa que la población homosexual de 18 y más años sería de 335.060, mientras que la población que ha mantenido relaciones en alguna ocasión, pero que no se define como homosexual, sería de 601.008 hombres y 466.087 mujeres. Como puede constarse estas cifras están absolutamente alejadas de los 4 millones que declaró el gobierno. Por otra parte, los rangos establecidos por el INE en su encuesta son coherentes con los de los estudios internacionales realizados hasta la fecha, que sitúan a la homosexualidad en torno al 1% y la experiencia homosexual en alguna ocasión en el 3-4%.

Esto sería lo más coherente. Pero es cierto que sean los que fueren se han hecho muy visibles en todos los estamentos de la sociedad, y tiene capacidad económica.

TÉCNICA

El otro aspecto a tratar desde el punto de vista ginecológico es el de la técnica

CONSECUCCIÓN EMBARAZO

Hay aquí que distinguir la paternidad genética (quienes aportan los gametos , espermatozoide y embrión) de la paternidad biológica

Hay muchas situaciones:

1) La Receptora sólo debe aportar el útero:

a) Ambos gametos son aportados por los padres adoptivos que son varón y mujer.

En este caso se realiza una fertilización in vitro se obtiene embrión de los padres y se transfiere. Serían los supuestos descritos en los que la mujer tiene al menos un ovario capaz de dar oocitos pero no útero.

b) La pareja aporta el embrión pero uno de los gametos proviene de donante y el otro de los padres adoptivos .Igualmente se realiza una fertilización in vitro con los gametos aportados y se transfiere a la madre receptora el embrión.

c) Los gametos por problemas genéticos proceden de donante. Se realiza una fer-

tilización in vitro y se transfiere embrión conseguido de donante. En este supuesto el embrión también podría venir de una descongelación de embriones donados.

2) La receptora contribuye con útero y oocitos porque el varón de la pareja receptora tiene espermatozoides válidos.

En este caso paradójicamente la técnica es más simple. Bastaría con una inseminación intrauterina. Por la ecografía el ginecólogo se asegura que la mujer receptora va a ovular, si ello no fuera así induciría la ovulación, y el día que se expulsa el oocito del ovario se deposita el semen del varón de la pareja, previamente capacitado, en el interior del útero. Con todo para evitar la contribución genética de la madre sustituidora suele utilizarse oocitos de otra donante realizando también una fertilización in vitro.

De acuerdo con la Sociedad Española de Fertilidad tendríamos pues:

1. Paternidad y maternidad genética de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo y espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante).
2. Paternidad y maternidad “semi-genética” de la pareja y biológica de la mujer que presta el útero (óvulo o espermatozoide de la pareja y útero de la mujer gestante) y, según sea el caso, el óvulo o espermatozoide pertenecerían a un donante anónimo.
3. No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero sí biológica de la mujer gestante (óvulo y espermatozoide donados).
4. No hay paternidad ni maternidad genética ni “semi-genética” de la pareja, pero la mujer no sólo presta su útero sino también aporta su óvulo fecundado con el espermatozoide de un donante anónimo.
5. Maternidad “semi-genética” y paternidad genética de la pareja (espermatozoide del hombre y la mujer gestante presta su útero y aporta su óvulo).

Una vez conseguido el embarazo los cuidados a realizar serían los de una gestación normal, En los países en los que más subrogaciones se realizan, habitualmente las embarazadas residen o todo o al final del embarazo en casas cercanas a la clínica dónde se las controla hasta el parto.

La legislación varía de un país a otro pero se supone que controla que la madre receptora o sustituta posee una salud contrastada con los exámenes físicos y análisis pertinentes De suma categoría es el contrato firmado. El consentimiento informado

debe exponer a la madre sustituta la explicación de los procedimientos y sus los riesgos de cada uno, incluidos los inherentes a la gestación y parto, incluida la posibilidad de hemorragias que obliguen a la extirpación del útero y pérdida de la fertilidad que sería, evidentemente tras la muerte, el más grave.

Este consentimiento se debe ampliar a la familia de la gestante que debería ser conocedora de los posibles avatares con el fin de proteger sus relaciones familiares. Esto desde el punto de vista médico, con independencia de los jurídicos, ausencia de derechos y responsabilidad sobre el hijo tras el parto en los que no me inmiscuyo por no ser objeto de esta ponencia.

LECTURAS RECOMENDADAS

- FUNDAMENTOS REPRODUCCIÓN Bajo JM, Coroleu V. Ed Interamericana. Madrid 2009.
- FUNDAMENTOS GINECOLOGÍA Bajo JM Lailla Jm Xercavins J. Ed Interamericana. Madrid 2009.
- GUÍA PRACTICAS DE URGENCIAS EN OBSTETRICIA Y GINECOLOGÍA Zapardiel I, De la Fuente, Bajo Arenas. Editorial Habe. ISBN- 978-84-936-046-1-5.
- INFORME KINSEY. Comportamiento sexual en el hombre 1948.
- PROPUESTA DE BASES GENERALES PARA LA REGULACIÓN EN ESPAÑA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la SEF abril 2016.

**¿Y QUIEN PIENSA EN EL MENOR
CUANDO SE PLANTEA LA GESTACION
POR SUSTITUCION?**

Ricardo De Lorenzo y Montero

*Abogado. Doctor en Derecho
Presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario*

*El progreso humano y el grado de civilización,
debe medirse por el respeto, la valoración
y la protección de los más débiles
y desfavorecidos especialmente los niños*

1.- LA PROTECCIÓN GENERAL DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Los niños han sido siempre considerados un colectivo sensible bajo cualquier planteamiento jurídico¹, asistencial o social y por ello se han producido, bajo esta consideración, múltiples preceptos jurídicos en el espacio internacional y en nuestro país.

1.1. Espacio internacional

En el primero de los ámbitos mencionados existe un elevado número de instrumentos debiendo señalar dos convenciones de Naciones Unidas: La Convención sobre los Derechos del Niño², de 20 de noviembre de 1989, y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad³, de 13 de diciembre de 2006, y, en este

¹ INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA Madrid, 19 de mayo de 2017 “¿Es bueno para los niños ser resultado de la maternidad subrogada? La respuesta estará condicionada por la valoración que demos al proceso de gestación del niño. Si entendemos que vincular gestación y maternidad constituye una garantía fundamental para la dignidad y el desarrollo del niño, rechazaremos que el Derecho separe esos dos aspectos. Por el contrario, si consideramos que la gestación es un simple proceso biológico, que puede separarse de la crianza del niño tras el nacimiento sin que se produzca un menoscabo ni en su dignidad ni en su desarrollo, entonces tenderemos a aceptar la maternidad subrogada como una opción reproductiva que, debidamente regulada, puede resultar tan idónea como cualquier otra. La cuestión de fondo consiste en dirimir si es la gestación o la voluntad reproductiva la que proporciona las condiciones más adecuadas para ser padres y asumir la responsabilidad sobre los hijos”. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

² BOE» núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. En la que se estipulan los derechos de la infancia. Elaborada durante 10 años con las aportaciones de representantes de diversas sociedades, culturas y religiones, la Convención fue aprobada como tratado internacional de derechos humanos el 20 de noviembre de 1989.

La Convención, a lo largo de sus 54 artículos, reconoce que los niños (seres humanos menores de 18 años) son individuos con derecho de pleno desarrollo físico, mental y social, y con derecho a expresar libremente sus opiniones. Además la Convención es también un modelo para la salud, la supervivencia y el progreso de toda la sociedad humana.

³ BOE» núm. 97, de 22 de abril de 2008 La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y quedaron abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007. Se obtuvieron 82 firmas de la Convención y 44 del Protocolo Facultativo, así como una ratificación de la Convención

mismo aspecto, otros dos convenios impulsados por la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado: el convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional⁴, de 29 de mayo de 1993, y el convenio relativo a la competencia, la ley aplicable y de medidas de protección de los niños⁵ de 19 de octubre de 1996.

Deben destacarse, además, dos convenios del Consejo de Europa relativos a la adopción de menores: Lanzarote, 25 de octubre de 2007⁶, y, Estrasburgo, 27 de noviembre de 2008⁷. Esta amplia trayectoria cuenta con larga tradición desde que, en 1924 (Declaración de Ginebra), se concibió por vez primera al niño como sujeto de derecho y protección⁸ y, más adelante, en 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño⁹, basada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

⁴ BOE» núm. 182, de 1 de agosto de 1995. Iniciado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de 1988. El objetivo de esta decisión era la puesta en práctica del artículo 21, letra e) de la Convención de las Naciones Unidas relativa a los derechos del niño que instó a los Estados a Adoptar arreglos o acuerdos bilaterales y multilaterales en materia de adopción internacional.

A pesar de ser obra de una organización exterior al sistema de las Naciones Unidas, la Convención de La Haya relativa a la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptada el 10 de mayo de 1993 se inspiró en dos instrumentos de la ONU: la declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y el bienestar de los niños considerados desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y colocación familiar a nivel nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986, y la Convención relativa a los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989.

⁵ B.O.E. Núm. 291 2 de diciembre de 2010; Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

⁶ BOE núm. 274, de 12 de noviembre de 2010, Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007. También denominado Convenio Lanzarote.

⁷ BOE núm. 167, de 13 de julio de 2011; Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008.

⁸ DÁVILA BALSERA P.Y NAYA GARMENDIA L. Mª; “El discurso Proteccionista sobre los derechos de la infancia en los Tratados Internacionales” “Declaración muy sucinta que se recoge en cinco principios, observándose una serie de derechos dentro de la dimensión protectora: alimento, cuidado, ayuda, acogida y socorro (título 2); educación (2, 4 y 5); reinserción del niño delincuente (2) y protección en caso de peligro (3). Todo lo cual supone un “esbozo” de la integridad de los derechos del niño, si bien no está recogido ni el derecho de los niños a unos padres ni tampoco estos son considerados como sujetos de derecho”.

⁹ Los 54 artículos que componen la Convención, recogen los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de todos los niños, definiendo igualmente las obligaciones y responsabilidades de otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños y niñas.

1.2. En España

En el espacio español, la Constitución, en su artículo 39¹⁰, declara la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en especial, de los menores de edad, en sintonía con el marco internacional mencionado. Conviene recordar que los niños y adolescentes constituyen el 17,8 por ciento de la población española: más de ocho millones de personas.

En el terreno de la legislación ordinaria hay que mencionar la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹¹, promulgada con el objeto de propiciar un marco regulatorio uniforme en todo el territorio del Estado.

Destaca, por otra parte, la Ley Integral de Medidas contra la Violencia de Género para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016, así como una profusión normativa en terrenos civil y penal, en aspectos sectoriales, estatales y autonómicos, de marcado carácter proteccionista hacia los menores.

Este marco normativo, sin embargo, devino insuficiente ante los cambios sociales producidos en el mundo de los menores y se hizo imprescindible actualizar los instrumentos de protección normativa, en garantía de cumplimiento del mandato constitucional y en sintonía con el marco internacional. Las recomendaciones, en este sentido, provenían tanto de instancias internacionales como nacionales. La jurisprudencia, por otra parte, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y Supremo de España habían venido urgiendo la necesidad de una actualización normativa.

Actualización normativa que la Sala Primera del Tribunal Supremo siguiendo el ejemplo del art. 9 de la “Children Act británica de 1989¹²”, a partir de la Sentencia nº 565/2009 de 31 de julio¹³, había venido estableciendo mediante una serie de crite-

¹⁰ Artículo 39 de la Constitución Española: 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

¹¹ BOE» núm. 15, de 17/01/1996. Ref. BOE-A-1996-1069.

¹² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents>

¹³ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, sentencia de 31 de julio de 2009. Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RÍOS, número de sentencia: 565/2009. En esta sentencia se fija doctrina jurisprudencial en materia de impugnación de la declaración de desamparo de menores y su posible reinserción en la familia biológica.

rios, máximas de experiencia, medios y procedimientos para orientar la determinación del interés del menor y paralelamente su identificación a casos concretos dando soluciones desde la concreción práctica del concepto jurídico de "interés del menor", en muchos casos en el ámbito del Derecho Sanitario, partiendo de la posición del Médico como "garante de la salud e integridad del paciente menor de edad resolviendo los conflictos que se presentaban en casos de "riesgo grave" y cuando los facultativos entendieran que era imprescindible una intervención médica urgente y sus representantes o el propio menor se negaran a prestar el consentimiento.

1.3. Un hito histórico. La reforma operada por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015

Este principio de prevalencia del "interés superior del menor", se plasmó en dos leyes, la 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁴ y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁵, que transformaron este conjunto protector, convirtiéndose así España en el primer país en incorporar la defensa del "interés superior del menor", como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento, como recomendó la ONU en 2013¹⁶, innovando así la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Integral de Medidas contra la Violencia de Género para permitir el desarrollo de las medidas aprobadas en el Plan de Infancia y Adolescencia 2013-2016.

¹⁴ BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015. Ref. BOE-A-2015-8470.

¹⁵ BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015. Ref. BOE-A-2015-8222.

¹⁶ El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales. b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo. c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos." Parágrafo 6 de la Observación General nº14 del Comité de Derechos del Niño.

Este principio consagrado de prevalencia del “interés superior del menor”, incluso frente a la patria potestad de los padres que se plasmó en las leyes citadas, han modificado el conjunto de leyes relacionadas con la protección de los menores. Las dos normas, reformaron 12 leyes, cuatro Orgánicas: (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil y Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) y 8 ordinarias como son la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; el Código Civil; Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 Marzo Estatuto de los Trabajadores; Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica; Ley 40/2003, de 18 de Noviembre, de Protección a las Familias Numerosas; Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional.

De este modo España, con esta importante reforma, incorpora el objetivo diáfano de garantizar la especial protección del menor de modo uniforme en todo el Estado. Bajo el paraguas de la defensa del interés superior del menor como elemento primordial, la redacción de la reforma promueve la participación de los menores a través del derecho a que sean oídos y escuchados, lo que incluye a los menores de doce años siempre que tengan madurez suficiente. En consecuencia, en la resolución de procedimientos judiciales se deberá exponer siempre si se ha oído al menor y lo que éste ha manifestado.

Este nuevo marco de derechos y deberes de los menores, deberá tenerse muy presente en todos aquellos casos de gestación por sustitución, para hacer efectiva la protección de los más vulnerables como deben ser los niños.

Pero antes, dado que los juristas nos debemos preocupar por la certeza y claridad de las palabras, con carácter previo deberíamos, no seguir utilizando eufemismos, cuando lo que se pretende es contratar a una mujer para que incube un embrión obtenido por fecundación in vitro, por muy populares que sean los términos de “maternidad subrogada”, o “vientre de alquiler”¹⁷.

¹⁷ BELLVER CAPELLA, V., « ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional», SCIO. Revista de Filosofía, 11, (2015), señalando que la utilización de las muy varias expresiones como “maternidad subrogada”, “vientres de alquiler”, “maternidad por sustitución”, “madres de alquiler”, “alquiler de útero”, “maternidad de encargo”, “maternidad portadora”, “subrogación uterina” que pretenden referirse al mismo hecho, no todas ellas indican exactamente lo mismo pero tienen en común “la voluntad de retirar la condición de madre a quien ha dado a luz un bebé y atribuirla a otra, otro u otros”.

La Ley 14/2206 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (LTRHA)¹⁸ establece el término “gestación por sustitución”, término jurídico correcto en virtud de que la mujer que actúa como gestante, precisamente gesta un hijo para otro. Hablar de maternidad sería incorrecto dado que el término engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Y la palabra “sustitución” especifica que se gesta para otro, y por otro que no puede hacerlo. La palabra “subrogada”, por su significado, se asocia con aquellos supuestos en los que la gestante aporta ambas cosas: gestación y material genético.

1.4. El interés superior del menor en la gestación por sustitución

En esta peculiar figura reproductiva confluyen muy diversos intereses (y bienes jurídicos protegidos, por tanto). De la mujer gestante (protección sanitaria, intereses económicos, si concurren), de la criatura en gestación, su interés superior, como vamos a ver, de los padres comitentes, del mundo del Derecho (seguridad jurídica) y de la sociedad en general, ante esta nueva forma de planificación de la natalidad.

Martín Ostos¹⁹ conceptúa el interés superior del menor como “aquel principio general, inspirador de toda la legislación relativa al menor y que no se concreta en una serie de derechos o garantías particulares, aunque, lógicamente, también los incluya. Por medio del mismo el legislador manifiesta su voluntad de aspirar siempre a la consecución del bien superior del menor, por encima de otros intereses con los que pudiera entrar en conflicto”.

Desde otro planteamiento el Tribunal Supremo considera este interés superior como un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. En ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son los que se han denominado “conceptos esencialmente controvertidos”, esto es cláu-

¹⁸ Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. 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 a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

¹⁹ MARTÍN OSTOS, J., «En torno al interés superior del menor», Anuario de justicia de menores, 12 (2012),

²⁰ Sentencia Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 6 de febrero de 2014 (recurso núm. 245/2012). Fundamento de Derecho quinto.

sulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social, porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de este criterio²⁰.

Cuando se aborda la cuestión del interés superior del niño, comienza aludiéndose siempre a su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, como venimos apuntando y por tanto controvertido, “con el peligro de que acabe reflejando la ideología, principios, creencias etc. de aquellos que lo aplican, normalmente autoridades administrativas, jueces y tribunales... En la gestación por sustitución, en lo que al interés superior del menor se refiere, la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado prácticamente sólo de dos aspectos, a los que hay que hacer referencia, la cuestión de la inscripción en el país de origen de los padres intencionales o comitentes de los niños nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, por un lado y, por otro lado el derecho a las prestaciones de paternidad y maternidad, que obviamente redundan en interés del menor en estos casos”²¹

Veamos de qué se tratan estas técnicas, que operan en el terreno médico, en entornos sociales y que producen inevitables efectos jurídicos.

2. LA REPRODUCCIÓN POR GESTACION POR SUSTITUCION

2.1. Tipos

Admite dos tipos, desde el punto de vista de la genética de la criatura concebida bajo esta modalidad:

- A. Tradicional. La madre gestacional aporta su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación o de un donante. El bebé es concebido por medio del sistema de inseminación artificial o de fecundación in vitro.
- B. Gestacional. El óvulo y el espermatozoide de fecundación son aportados por la pareja que solicita la subrogación. En estos casos, la mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé, y se le conoce como madre portadora o madre gestacional. Este embarazo se alcanza mediante la modalidad de fecundación in vitro.

²⁰ Sentencia Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de fecha 6 de febrero de 2014 (recurso núm. 245/2012). Fundamento de Derecho quinto.

²¹ GARIBO PEYRO A.P. El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada. Cuadernos de Bioética XXVIII/2017.

Conoce la gestación por sustitución, también, dos modalidades desde el punto de vista de las variables económicas que concurren en el proceso:

- 1.- Altruista. Cuando la mujer que lleva el proceso gestacional lo hace sin ánimo de lucro, es decir, no obtiene remuneración o pago por sus servicios. Los padres biológicos se responsabilizan por todos los gastos médicos y legales, y es posible que se incluya compensación por otros aspectos que afectan el bienestar del embarazo y la madre portadora, como atención psicológica y alimentación, o para sufragar necesidades directamente relacionadas con el embarazo, como ropa maternal.
- 2.- Lucrativa. En este caso la madre gestacional se ofrece al proceso gestacional a cambio de una cantidad de dinero a modo de retribución. Es frecuente, en estos casos, que las madres estén vinculadas con una agencia especializada en maternidad subrogada. La retribución a recibir varía según el contrato negociado, y suele contemplar pagos adicionales para aquellos casos de embarazos múltiples y de alto riesgo.

1.2. Sujetos que intervienen

Es habitual la concurrencia de los siguientes

A. Agencia especializada en “maternidad subrogada” o “vientre de alquiler”:

Se encarga de buscar a la gestante idónea que cada familia necesita, supervisando para aceptarla dentro de su base de datos los requisitos mínimos entre los que podemos destacar: antecedentes penales, certificación domiciliaria, evaluación psicológica y evaluación médica.

Una vez emparejada la gestante con los futuros padres, la agencia supuestamente se encargará de supervisar el embarazo durante los nueve meses de gestación así como acompañar a la gestante en sus visitas mensuales al ginecólogo y sus reuniones grupales con psicólogos o nutricionistas.

La agencia también ayuda a los recientes padres después del parto en cuanto a donde dirigirse para la emisión de toda la documentación necesaria para retornar con él bebé a España.

B. Clínica de fertilidad :

Su primera función es la evaluación de las candidatas tanto gestantes y donantes según sea el caso, la fecundación in vitro y las evaluaciones genéticas a los embriones y una vez confirmado el embarazo la supervisión de este durante los primeros tres meses, posteriormente la gestante pasará con su ginecólogo habitual para la evaluación y supervisión del resto del embarazo y el parto.

C. Abogados:

- Realizan dos categorías de funciones:
- La redacción de contratos privados con la gestante y donante.

La representación legal de los futuros padres ante los Tribunales de Justicia pertinentes para reclamar la sentencia de filiación. Dicha sentencia tiene dos copias, la primera para los archivos de los padres y la segunda para el hospital de nacimiento del bebé, de esta manera se garantiza que el hospital tomará los nombres y apellidos de los futuros padres en la documentación de alta médica del menor.

California fue el primer lugar del mundo en regular la gestación por sustitución con garantías legales desde 1993. En aquel año el Tribunal Supremo del Estado de California sentenció que la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución debía atribuirse únicamente a los padres intencionales.

Para recurrir a esta técnica, tanto los futuros padres como la gestante deben tener un representante legal en aquel país, y firmar un acuerdo en el que se estipulan todas las posibles incidencias que pudieran darse en el proceso. Una vez se produce la concepción y el embrión es implantado en el útero de la gestante, este acuerdo es irreversible. Es decir, tanto si los futuros padres desearan renunciar a la filiación como si la gestante quisiera ejercer algún derecho sobre el bebé, esto no sería posible. A los seis meses de gestación, un tribunal dicta sentencia y el feto ya se convierte oficialmente en futuro hijo de la pareja o persona que han iniciado el proceso. En el momento del nacimiento, el bebé es responsabilidad de sus padres, sin tener ningún vínculo legal con la gestante.

2.3 Apreciaciones desde el mundo de la Medicina y de la Bioética

La cuestión de la llamada gestación por sustitución es poliédrico, abordable desde puntos de vista antropológicos, morales, éticos, deontológicos y claro está, jurídicos... y condiciona titubeos en el posicionamiento de organizaciones y grupos de opinión. La propia Organización Médica Colegial, al día de hoy, considera que es legítimo que las personas quieran ser padre o madre, pero prefieren considerar el derecho primordial del menor y los derechos de la dignidad de las personas a la hora de la maternidad²². En concreto, manifiestan "el firme deseo de defender la dignidad de todas las

²² "Nos preocupa mucho (dicen) que haya situaciones como en el Tercer Mundo en las que hay granjas de mujeres que están preparadas para recibir un óvulo de un tercero, es una forma de esclavismo que nos preocupa. No sabemos cómo se debe atajar, pensamos que se debe reflexionar mucho más sobre gestación por sustitución".

mujeres independientemente de su condición, nacionalidad o lugar de residencia, e igualmente el interés superior del menor como derecho que no sólo afecta a la dignidad de la persona y a otros derechos inviolables, lo que debe impedir que toda mujer sea utilizada como parte u objeto de un procedimiento para responder a un deseo respetable, independientemente de la hipotética legalidad del mismo, como es el deseo de la paternidad o maternidad. Sólo el deseo de una gestación por sustitución tendría justificación tras la perfecta definición de condiciones que establezca un perfecto respeto a la dignidad de la mujer donde no intervenga en ningún caso el ánimo de lucro", reza el documento aprobado por la asamblea colegial.

En la Organización Médica Colegial hay posturas diferenciadas y así, mientras un importante número de sus miembros no se declara partidario de esta forma de gestación, alguno de los vocales de su Comisión Deontológica Central, admite que, ocasionalmente, puede ser admisible la gestación subrogada, eso sí, con la concurrencia de determinadas condiciones. "El tema médico-biológico de la maternidad subrogada se nos plantea como una circunstancia médica cuyo juicio clínico nos enfrenta a la generación de un embrión mediante técnicas que pueden ir desde la inseminación artificial a las técnicas de fecundación in vitro, y cuyo destino será la implantación en un útero de mujer que realizará la gestación hasta su nacimiento. Tratándose de un problema complejo, podría considerarse en un futuro que una maternidad subrogada en la que los "padres" participan en la generación del embrión, sin otras aportaciones de donantes y en la que existe un principio de generosidad y altruismo en la colaboración gestacional del embrión, incluso con vínculos familiares entre los "padres" y la madre subrogada podría considerarse como no contraria a la ética y a la deontología médica. Siempre en casos especiales y con estudio específico y personalizado de las circunstancias²³".

En el IV Congreso Nacional de Deontología Médica (abril 2017) se concluyó que la maternidad subrogada, conocida coloquialmente como 'vientres de alquiler', es un acto mediatizado por la prestación económica y no es completamente libre, debido a que condiciona la decisión y su consentimiento, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista ético y deontológico²⁴. La maternidad subrogada es una práctica

²³ La Académica y vocal de la Comisión Central de Deontología de la OMC, Dra. María Castellano, en el IV Congreso Nacional de Deontología Médica. Málaga abril 2017.

²⁴ Independientemente de la falta de legislación, se recogió en aquel evento, que es una práctica que genera numerosos conflictos como "posibles complicaciones físicas, psíquicas, control estricto por parte de los padres contratantes a la madre subrogada, la libertad del consentimiento de la madre contratante, que en algunos contratos se exija que el niño nazca sano o el rechazo del niño cuando se convierte en el producto no deseado de la transacción económica".

utilizada cada vez con mayor frecuencia, si bien presenta delicados matices desde el punto de vista ético, jurídico, social, económico, científico o religioso. Dado que la normativa legal penal vigente en España prohíbe y sanciona de modo expreso este tipo de práctica algunos ciudadanos optan por llevarla a cabo en otros países para satisfacer el deseo de tener hijos. Cada año, alrededor de entre 500 y 1.500 parejas españolas suscriben contratos de subrogación de útero en algunos países extranjeros, donde está regulado o permitido.

Según la deontología médica, esta opción sólo debería ser aceptada como última alternativa terapéutica al resto de técnicas de reproducción humana asistida, prestando atención a la posibilidad de intervenir como gestante en caso de parentesco por consanguinidad en línea directa, el anonimato de las donaciones, la capacidad de decisión sobre interrupción terapéutica del embarazo, posibilidad de tiempo de reflexión para entregar al recién nacido, gastos económicos a compensar y consecuencias derivadas de la rescisión de un contrato de gestación.

Se muestra concluyente la Asociación Española de Bioética y Ética de la Medicina (AEBI), quien se pronunció sobre la “Prohibición legal” de la maternidad subrogada en defensa de “la dignidad humana”. Es la conclusión a la que ha llegado en su Jornada Anual, que en 2016 ha versado sobre esta cuestión en la reunión de su Junta Directiva. Consideran, de forma similar al criterio de la OMC, que esta práctica es “una nueva forma de explotación de la mujer, contraria a su dignidad, al usar el cuerpo femenino como un objeto negociable”. A juicio de esta organización, la maternidad subrogada es “un negocio muy lucrativo, basado en la mercantilización del cuerpo de las mujeres”. Paralelamente, genera un negocio tildado de “turismo reproductivo” en el que participan “parejas-clientes con poder económico, centros especializados, abogados de alto nivel e intermediarios que obtienen pingües beneficios”. La AEBI considera que este negocio recurre a “mujeres pobres” que no son otra cosa que “víctimas de sociedades altamente patriarcales que se ven abocadas a alquilar su cuerpo”. Asimismo, “los niños se convierten en una mercancía a adquirir”. Recordando además que “el contrato de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho en el ordenamiento jurídico español”. Una situación de indeterminación jurídica que, a su juicio, no debe ir hacia la legalización sino a la ya mencionada prohibición.

El Comité de Bioética de España en su Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017²⁵ concluye “A lo largo de este

²⁵ http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf

informe hemos visto que existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual. Las propuestas regulatorias que se manejan -la gestación altruista y comercial en sus diversas variantes- son claramente deficientes en la tutela de la dignidad y derechos de la gestante y del menor por las razones que hemos ido apuntando en el apartado anterior”.

Carlos María Romeo Casabona, vocal del Comité de Bioética de España²⁶ compendia la situación y complejidad del fenómeno social y jurídico de la maternidad subrogada cuando afirma que este procedimiento que suscita perplejidad en la población y a veces desasosiego, ha sido tachado por la mayor parte de los juristas como un caso claro de fraude de ley, por considerar que esta situación afectaría al orden público, entendido en este contexto y de forma simplificada. Esta situación comporta, afirma, una sensible merma de la seguridad jurídica y da lugar a dos clases de ciudadanos, explícita, quienes se benefician de la maternidad subrogada, por tener medios económicos de acceso a ella y quienes no acceden a ella por carecer de los mencionados medios o por convicción de respeto a la ley. Esta situación se ve enrarecida, apunta, por la existencia de agencias intermediarias que, con evidente ánimo de lucro, se mueven con total libertad, ofreciendo sus servicios de mediación en el extranjero a parejas y personas que quieran obtener descendencia a través del sistema que estamos analizando.

Encontramos la situación, apunta, de parejas desesperadas por obtener hijos, con infertilidad patológica o funcional (homosexuales), e incluso aquellas personas que, en solitario, acuden a este sistema sin encontrarse en alguna o las dos situaciones anteriores. Nuestro sistema jurídico, añade, ampara la libertad reproductiva, en el sentido de tener, o no, descendencia, cuánta, cuándo y cómo obtenerla, pero ésta libre determinación no trae consigo el “derecho al hijo”, en abstracción de conside-

²⁶ Voto particular al informe de este Órgano sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Bilbao 16 de Mayo de 2017.

raciones clave, como la mencionada del interés superior de la criatura objeto de la gestación.

Por último no quisiera dejar de omitir el caso de un matrimonio italiano que decidió acudir a Rusia para poder ser padres por gestación subrogada. El caso Paradiso y Campanelli que ha recibido un curioso tratamiento en Italia en este enjundioso asunto. El caso Paradiso y Campanelli contra Italia abre una nueva vía de razonamiento judicial en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, respecto a la gestación subrogada, que está prohibida en Italia, dando problemas a la hora de registrar la filiación en el Registro Civil²⁷.

Tras muchos años intentando tener hijos y con la autorización oficial de adoptantes internacionales desde 2006, la pareja decidió optar por la gestación subrogada debido al prolongado periodo de tiempo que llevaban esperando. De entre los países que permiten esa opción, se decantaron por Rusia donde, según Donatina Paradiso, la demandante, llevó el fluido seminal de su marido para realizar la inseminación artificial a la mujer seleccionada. Tras firmar el acuerdo con la empresa “Rosjurconsulting”, se implantaron dos embriones a la mujer, que se quedó embarazada en junio de 2010.

El 27 de febrero de 2011 nació el niño, que con el consentimiento de la mujer que le dio a luz, paso a inscribirse en el Registro ruso como hijo de la pareja italiana. El certificado de nacimiento ruso, realizado con todas las formalidades de la Convención de la Haya sobre documentos públicos, fue presentado en el Consulado de Italia en Moscú para poder llevar al menor al país de la pareja.

En marzo de 2011, cuando el menor ya se encontraba en el país, las autoridades italianas recibieron un aviso del Consulado sobre la falsedad de la información del certificado del menor. Dos meses después, el fiscal de Campobasso, localidad de los demandantes, acusó a la pareja de falsedad documental, falta de representación del estatus civil y violación del acta de adopción. A su vez, la fiscalía de menores abrió el expediente de adopción del bebé, para que pudiera ser adoptado, aunque seguía bajo la custodia de la pareja. Para probar la filiación, el padre se sometió en julio de 2011 a un test de ADN para probar su vínculo biológico con el niño. Sin embargo, pero para sorpresa de la pareja, esta dio negativo. La

²⁷ Al no existir vínculo biológico, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), por su parte, entiende que no se puede establecer el vínculo paterno-filial y que, por tanto, no existe relación familiar entre el menor y la pareja.

clínica rusa había utilizado el semen de un donante en vez del semen del señor Campanelli.

La negativa al registro del certificado de nacimiento del menor en el Registro Civil italiano en agosto de 2011 dio comienzo a la batalla legal. La pareja recurrió la negativa a la inscripción, que fue rechazada porque no tenían ningún vínculo biológico con el menor y, por tanto, no había existido gestación subrogada. El Tribunal de Apelación de Campobasso declaró también falso el certificado de nacimiento, solicitando que se redactase uno nuevo, el cual estableció el nacimiento del menor en Moscú el 27 de febrero de 2011 de padres desconocidos, inscribiéndose con un nuevo nombre.

El Tribunal de Menores retiró la custodia a la pareja el 20 de octubre de 2011, decisión que recurrieron aunque infructuosamente. Mientras tanto, se resolvía también el recurso a la decisión del Tribunal de Apelación sobre la falsedad del certificado ruso, que fue inadmitido por el Tribunal de Larino. El menor fue finalmente colocado en una familia en enero de 2013 tras 15 meses en una casa de acogida.

Donatina Paradiso y Giovanni Campanelli recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando vulneración por parte de las autoridades italianas del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar, ya que entienden que la retirada definitiva del menor y las demás medidas tomadas por las autoridades italianas vulneran dicho derecho.

La solicitud, aceptada por el Tribunal el 27 de abril de 2012, recibió su fallo el 24 de enero de 2017. La Gran Cámara del Tribunal Europeo entiende que no hay violación del artículo 8 de la Convención ya que no existe ningún vínculo biológico entre el menor y los demandantes. Además, la corta duración de la relación, la escasa certeza de la unión desde una perspectiva legal, la falta de medidas parentales y de estructura emocional para el menor, da lugar a la consideración por parte del tribunal, de la inexistencia de vida familiar entre los demandantes y el niño.

A este razonamiento suman el juicio de adecuación de las medidas tomadas por las autoridades italianas, recordando que solo el Estado puede establecer la relación de filiación entre el padre y el menor, siendo imposible en este caso por no existir siquiera vínculo biológico que lo justifique.

2.4. La visión desde el mundo del Derecho

En España la Ley 14/2206 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, considera los contratos de gestación por sustitución, nulos de pleno derecho, ya sean éstos

gratuitos u onerosos, conforme el artículo 10²⁸ de la Ley y por tanto no producen ningún efecto, habiendo sido necesarias dictar la Resolución, de 18 de febrero de 2009, y una posterior Instrucción, de 5 de octubre de 2010²⁹ -ambas dictadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado-, para admitir la inscripción registral de la filiación obtenida mediante dicha técnica fuera de España³⁰, en países cuyos ordenamientos jurídicos viene reconocida como lícita, con la finalidad de amparar el interés del menor y proteger sus derechos. Más adelante me ocuparé en concreto de la última Instrucción mencionada.

Estas Resoluciones avalan el que un número indeterminado de españoles en procesos de gestación por sustitución internacional no puedan dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos, al garantizar que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo.

Los sistemas jurídicos occidentales tradicionalmente han entendido que, frente a la libre disposición de los objetos, las personas, incluyendo el cuerpo humano, sus órganos y funciones más esenciales, no pueden ser objeto de comercio.

De este modo, la libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites. Con respecto a los hijos, la legalización de la gestación por sustitución³¹ puede suponer mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica.

²⁸ Artículo 10. Gestación por sustitución.

1. 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 a favor del contratante o de un tercero.
2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

²⁹ La DGRN, en su Resolución ordena la inscripción de la doble paternidad de unos gemelos nacidos mediante gestación por sustitución en California. La inscripción practicada a resultas de dicha Resolución fue anulada en sede judicial y poco tiempo después, el 5 de octubre de 2010, la DGRN dictó una Instrucción con la finalidad de establecer las pautas a seguir por los Encargados del Registro Civil ante supuestos de esta naturaleza. La Instrucción confirma la posición favorable de la DGRN hacia la inscripción de estos nacimientos pero introduce una serie de requisitos adicionales con la finalidad de salvaguardar los intereses del menor y de la madre gestante.

³⁰ Consecuencia de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos dictados mediante sentencia el 26 de junio de 2014 en los asuntos 65192/11 (Mennesson c/ Francia) y 65941/11 (Labassee c/ Francia), en las que declaraba que se violaba el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos el no reconocer la relación de filiación entre los niños nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, apelando al interés superior del menor. Esto ha creó un precedente para toda la Unión Europea, por lo que el Ministerio de Justicia ordenó en el mes de julio de 2014 a los Consulados españoles que efectuaran la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución.

³¹ Ciudadanos ha presentado una propuesta para regular la gestación subrogada en España, que se debatirá en el Congreso en Otoño de 2017.

Por otro lado, la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos³².

Por todo ello, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad y si es posible regularse, pero debiéndose trabajar en la creación de un marco regulatorio internacional común, con un previo y profundo debate entre los juristas que, desde muchas disciplinas, habrían de sentirse interpelados por el sentido y el alcance de una legislación cuyo objeto afecta de modo radical a la dignidad de la persona y a derechos inviolables que le son inherentes, dado que si se analizan todos los posibles casos, se puede observar cómo no hay un pronunciamiento judicial global y unificado, de hecho dentro de nuestro continente, observamos que la gran mayoría de los países prohíben la gestación por sustitución y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, lo que demuestra lo complejo y su dificultad para legislar este asunto y, por supuesto, lo complicado que es relacionarlo con el ordenamiento jurídico, así como con la protección del menor y el orden público.

El ejemplo lo tenemos que el único pronunciamiento expreso existente desde el Parlamento Europeo ha sido el efectuado en el año 2015, en el marco del Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014)³³ y en concreto en el punto 115 del apartado dedicado al derecho de las mujeres y de las niñas estableciendo el principio, “condena la práctica de la gestación por sustitución, que es contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima; estima que debe prohibirse esta práctica, que implica la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”, lo que conlleva la prohibición del tráfico de niños.

³² El principio del interés superior del menor deberá informar toda regulación sobre gestación por sustitución. El Comité de Derechos del niño obliga a que este principio informe todas las normas que tengan que ver con los niños. En consecuencia, este principio debe informar toda regulación sobre gestación por sustitución.

³³ Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2015, sobre el Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto (2015/2229(IN) <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+VO//ES>

Intentar, como en Portugal³⁴ al que últimamente se pone de ejemplo, la incorporación de un marco legal como el de la Ley 25/2016 de 22 de agosto de 2016 en ese País³⁵, que pretenda garantizar los derechos de las partes implicadas, mediante el establecimiento de principios como el de gratuidad similar al seguido en el Reino Unido y Canadá no deja de ser con carácter general una utopía cuando contempla que los padres de intención o beneficiarios (como son llamados en la Ley) pueden hacerse cargo de los gastos derivados del control sanitario de la gestación³⁶. Además, claro está, de incidentalmente contrastar que no se ha producido la vulneración de los derechos de la madre gestante, y que su consentimiento se ha obtenido de forma libre y voluntaria, por escrito³⁷.

Su irrevocabilidad salvo el derecho a la eventual interrupción del embarazo si concurren las circunstancias legalmente fijadas, o el modo de proceder en caso de malformación o daño fetal consignados en el contrato de subrogación uterina firmado por todas las partes (gestante y futuros padres) no deja de ser encomiable, aunque lo trascendente será determinar si la madre gestante realmente obtiene o no un precio por ello, puesto que ese altruismo oculta una realidad y es que, si no hay compensación económica, muy pocas mujeres estarán dispuestas a gestar el niño de otro³⁸. Todo lo demás es impudor y desde luego no se está teniendo en cuenta que ni las mujeres ni los niños pueden ser objeto de tráfico mercantil.

³⁴ El 22 de agosto de 2016 se publicó la Ley 25/2016 en la que se establecieron las condiciones para aplicar la gestación por sustitución “Gestação de Substituição”, no permitida hasta entonces. Tras un año en periodo de regulación, el Decreto Reglamentario que permite su aplicación entró finalmente en vigor el pasado 1 de agosto de 2017.

³⁵ Que modificó la Ley 32/2006 que regula la reproducción asistida (en portugués, procriação medicamente assistida).

³⁶ La Ley 25/2016 referente a la gestación subrogada define la gestación por sustitución como: “Cualquier situación en la que una mujer se disponga a llevar a término el embarazo en favor de terceros y a entregarles el niño tras el parto, renunciando a los derechos y deberes propios a la maternidad”

³⁷ La Ley Portuguesa considera que recurrir a una gestante subrogada debe ser una solución reproductiva excepcional. Y solo se podrá recurrir a este método de reproducción asistida en caso de ausencia o disfunción del útero que impida el embarazo de forma terminante. No se puede practicar una gestación subrogada por placer.

³⁸ Aunque la realidad ha sido que el primer caso de gestación por sustitución en Portugal ha sido el caso de una mujer que será madre y abuela a la vez haciendo realidad el deseo de ser madre de su hija que perdió el útero en una operación por endometriosis. El caso cumple totalmente los requisitos exigidos por la normativa portuguesa, pero ha generado la polémica por la elección de la madre de alquiler, que en esta ocasión sería la propia abuela.

2.6. Régimen registral de la filiación de los nacidos con esta técnica

Se regula en la Instrucción, de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁹, en cuyo preámbulo se recoge que la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece en su artículo 10.1 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 a favor del contratante o de un tercero. Para estos casos, en el párrafo segundo de dicho precepto se prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil⁴⁰.

Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida. La Instrucción que ahora nos ocupa establece las siguientes directrices:

Primera

1. La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

³⁹ Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución. BOE de 7 de octubre de 2010, Sec.I. p. 84803. Disponible en https://www.boe.es/%20diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-15317

⁴⁰ El artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de “exequátur”⁴¹ según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.
3. No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:
 - a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.
 - b) Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
 - c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.
 - d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.
 - e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

Segunda

En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante.

⁴¹ Procedimiento judicial que tiene por objeto reconocer la validez de una sentencia dictada por un Tribunal extranjero y por tanto permitir su ejecución en un Estado distinto del que se dictó la misma.

La Resolución de 18 de febrero de 2009⁴², no fue pacífica al ser recurrida en su por el Ministerio Fiscal, dictando el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia la sentencia de 15 de septiembre de 2010 por la que se revocaba la decisión de la DGRN en base al principio de jerarquía normativa, prefiriendo la aplicación del art. 23 de la Ley de Registro Civil, que establece que “Las inscripciones podrán practicarse, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.”

La Audiencia Provincial de Valencia (Sección 10ª), dictó Sentencia con fecha 23 de noviembre de 2011, en apelación de la dictada en primera instancia confirmando la sentencia y rechazando la posibilidad de inscribir a los dos menores nacidos por gestación por sustitución en San Diego, alegando la prohibición de la maternidad subrogada en el Derecho español, en el que al ser contraria al orden público por quebrantar los arts. 10.1, 15 y 39.2 de la Constitución Española y los arts. 1.271 y 1.275 del Código Civil, cuando señala que el ser humano está fuera del comercio de los hombres.

Esta última sentencia fue confirmada por el Pleno del Tribunal Supremo de fecha 15 de enero de 2014, si bien cuatro de los nueve Magistrados del Pleno emitieron un voto particular favorable a la inscripción, fundándose básicamente en el interés superior del menor a quien se le denegaba la inscripción y, por lo tanto, convertían en un “sin papeles” al no inscribirse en el Registro Civil: por lo que no podría acceder a un Libro de Familia, al Documento Nacional de Identidad, y quedar sin protección del sistema de Seguridad Social, etc., con toda la indefensión que ello suponía.

La posterior Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴³ en la que se declaró la violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Hu-

⁴² La Resolución admitía la inscripción en el Registro Civil español de unos gemelos nacidos por gestación por sustitución en California, señalando que el documento auténtico extranjero, con fuerza en España según las leyes o los tratados internacionales, era título suficiente para inscribir el hecho de que da fe, por lo que el registrador debía inscribir a los niños como hijos de dos varones en virtud de los certificados de nacimiento expedidos en San Diego (California), aunque le conste que no es real lo expresado en los mismos. El fundamento en el que sustenta esta Resolución lo encuentra la DGRN en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, que establece que “El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales”. En virtud de este precepto, entiende la DGRN que la misión del Encargado del Registro civil consular se tiene que limitar a realizar un control formal de legalidad de la decisión registral extranjera en forma de certificación registral, sin entrar a valorar si el contenido de ésta se adecua o no al derecho positivo de nuestro ordenamiento jurídico.

⁴³ Sentencia el 26 de junio de 2014 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos (Mennesson c/ Francia) y (Labassee c/ Francia),

manos cuando no se reconozca la relación de filiación entre los niños nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo, apelando al interés superior del menor, sentó un precedente para toda la Unión Europea, por lo que el Ministerio de Justicia ordenó en el mes de julio de 2014 a los Consulados españoles que efectuarán la inscripción de los niños nacidos de gestación por sustitución, a través de una Instrucción similar a la anterior, de septiembre de 2010.

2.6. A modo de Conclusión

Cabe concluir, sobre la necesidad de un previo debate profundo entre los juristas que, desde muchas disciplinas, habrían de sentirse interpelados por el sentido y el alcance de una legislación cuyo objeto afecta de modo radical a la dignidad de la persona y a derechos inviolables que le son inherentes, dado que si se analizan todos los posibles casos, se puede observar cómo no hay un pronunciamiento judicial global y unificado.

De hecho dentro de nuestro continente, observamos que la gran mayoría de los países prohíben la denominada maternidad subrogada y contemplan la nulidad de los acuerdos de gestación por sustitución, lo que demuestra lo complejo y su dificultad para legislar este asunto y, por supuesto, lo complicado que es relacionarlo con el ordenamiento jurídico, así como con la protección del menor y el orden público.

La libertad de los individuos para establecer contratos en mutuo provecho tiene límites. Con respecto a los hijos, la legalización de la gestación por sustitución puede suponer mercantilizar la filiación, ya que ésta dependerá, en última instancia, de una transacción económica. Y la experiencia ha demostrado que el niño queda en una posición muy vulnerable, dado que su situación depende de las cláusulas establecidas en dicho contrato, lo cual no asegura, en absoluto, la protección de sus intereses y derechos.

Por todo ello, cabe concluir que, ciertamente, el deseo de las parejas estériles debe ser escuchado por la sociedad y si es posible regularse, debiéndose trabajarse también en la creación de un marco regulatorio internacional común como también se viene haciendo en el ámbito de la donación de órganos.

Sin embargo, no todos los deseos de los adultos deben ser considerados como derechos, máxime si ello implica lesiones a la dignidad y a los derechos de otros sujetos implicados, especialmente de las mujeres más vulnerables y los hijos.

CUESTIONES ÉTICAS Y MÉDICO LEGALES SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Mariano Casado Blanco

*Doctor en Medicina y Cirugía.
Especialista en Medicina Legal y Forense.
Presidente de la Comisión de Deontología del ICOMBA.
Médico Forense-Instituto de Medicina Legal de Badajoz.
Profesor de Medicina Legal de la Universidad de Extremadura (Badajoz).*

Introducción

En capítulos anteriores se ha hecho mención clara y definitoria de lo que se entiende por *maternidad subrogada* conocida también como *gestación subrogada*, *subrogación uterina* o, de formas más displicentes, *vientre de alquiler*, e incluso *alquiler o contrato de una mujer para gestar y parir*. Sea cual sea el término que utilicemos se trata de un proceso de reproducción, donde se plantean múltiples, complejas y variadas cuestiones éticas, morales, médico-legales, jurídicas y sociales.

Escribir sobre este tema, que conlleva tantas implicaciones, supone directamente exponerse a la crítica y a los comentarios. Suelo decir, que para poder opinar y hacer comentarios sobre una determinada cuestión debemos saber de lo que se está hablando y quizás este caso sea uno de esas que da sentido a esta frase, ya que en realidad aún no existe un consenso unánime en referencia a la aplicación de un contenido genérico y común que haga relato a este modo de reproducción humana, lo que implica que cada uno dice y opina lo que le parece, y en muchas ocasiones sin un verdadero estudio del asunto.

En este sentido es indudable, en líneas generales, que el tomar conciencia de la complejidad del mundo en general nos permite hacernos cargo también de que este desconcierto es reflejo directo de la propia cultura. Y en este ámbito cultural es donde se han gestado y desarrollado los problemas y las cuestiones que son objeto de estudio, y sobre todo de las implicaciones éticas y legales. En este sentido la sociedad española no se ha desentendido ni de este tema ni de este argumento, de manera que la denominada maternidad subrogada se ha convertido en una cuestión de dinámico debate, que quizás hasta no resulte extraño, ya que otras materias más o menos recientes y siempre presentes, como la interrupción del embarazo, la utilización de embriones, la manipulación genética, la eutanasia, la sedación, etc..., son temas que generan y han generado gran debate e incluso apasionamiento doctrinal por parte de algunos sectores de nuestra sociedad. Como reflejo de todo esto en una reciente encuesta realizada por el *Observatorio de My Word* para la Cadena SER se aportan unos resultados que nos reflejan como más de la mitad de los encuestados, concretamente el 57% se muestra favorable a la maternidad subrogada. Para ello la pregunta que se formulaba estaba centrada en determinar o evaluar el grado de aceptación de esta práctica, entendida como la ayuda, de una mujer a una persona o pareja, a tener un hijo, aceptando para ello que se le transfiera a su útero un óvulo previamente fecundado, para gestarlo, parirlo y posteriormente renunciar a su filiación materna. Separando un poco este

porcentaje, el 56,9% declaró que la aprobaba mucho o bastante; el 32,4% lo aprueba poco o nada y un 10% no se pronuncia, pero además de esto los resultados nos revelan que los españoles aprueban con mayor claridad la maternidad subrogada en aquellos casos en que se tratan de parejas heterosexuales que no pueden tener hijos.

Por todo ello y antes de iniciar o plantear cualquier debate desde la perspectiva ética y legal sobre el tema, es obvio y resulta primordial que los conceptos deban ser aclarados. Y esto es cierto, pues si queremos acercar posturas ante determinadas cuestiones ¿cómo podremos hacerlo, si ni siquiera sabemos si estamos hablando del mismo asunto?.

Utilicemos una expresión única

Sea como sea, el caso es que la maternidad subrogada, o como se le quiera o se le deba denominar, que por cierto no es una cuestión baladí, se ha convertido en uno de los temas éticos y legales más discutidos en determinados sectores sociales y donde quizás el núcleo de la discusión se centre preferentemente en el carácter de discordancia que se genera en torno al modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad y cómo se quieren entender o explicar a partir de ahora, planteando la posibilidad de separar o deslindar la gestación de la maternidad y por ende la maternidad de la gestación.

Desde mi punto de vista, la denominación que se le de a este proceso es una cuestión fundamental, ya que según sea este y como sea el contexto en el que nos manejemos, los apelativos conllevarán unas connotaciones y unos matices conceptuales muy diferentes. Y además esto no resulta sencillo, pues es fácil incidir en un discurso de carácter restrictivo y reductivo, ya que el tema del que estamos hablando es un fenómeno como bien se sabe muy complejo y con variadas orientaciones que es preciso tener presente. Aún así y con el riesgo de no ser exhaustivo o clarificador, trataremos de exponer algunos detalles.

El primero es, que no es lo mismo el hacer referencia y utilizar indistintamente maternidad subrogada, vientre de alquiler, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc., pues resulta evidente que cada una de estas tiene un sentido muy distinto y en ocasiones hasta no dejan de ser palabras o términos realmente huecos.

Verán, no refleja lo mismo utilizar los términos “vientre de alquiler”, “maternidad por sustitución” o “gestación subrogada”, pues no pasan de ser simples y elementales consideraciones e incluso con una importante carga de ambigüedad. Concretamente si hablamos de “*vientre de alquiler*”, este conlleva una serie de connotaciones ciertamente negativas, a pesar de que quizás sea el que mejor describe la práctica del proceso. Pero este indiscutiblemente no implica la acción de alquilar exclusivamente un vientre para ese fin, sino que lo más evidente y cierto es alquilar a una madre, a la que debemos considerar como una “madre de alquiler”, puesto que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad tanto física como psíquica, y no solamente su vientre, para que lleve a cabo la gestación que los contratantes del mismo no pueden desarrollar por si mismos o incluso, y en el peor de los casos, no desean llevar a cabo tal proceso. Por ello algunos sectores que se oponen a estas técnicas hacen referencia a la explotación de la mujer e incluso a la instrumentalización del cuerpo femenino.

Tampoco resulta correcto hablar del término “*maternidad por sustitución*” puesto que la maternidad bien lo sea desde la perspectiva biológica o genética no resulta posible ser sustituida, ya que o hay maternidad genética, donde la madre aporta el óvulo o bien hay maternidad fisiológica, en la que la madre es la propia gestante. A éste respecto resulta elocuente la frase que utiliza la actriz Diane Keaton cuando hace referencia a la maternidad, indicando que “*es mucho mejor que cualquier fantasía que tengamos sobre el amor*”, por ello indico que es posible hacer muchas propuestas y posibilidades con respecto a la maternidad, pero ciertamente la maternidad es maternidad simplemente y otras cosas serán otras cosas y no se pueden ni se deben confundir.

Por otro lado, el denominar a esta práctica como “*gestación por sustitución*” supone ocultar el contenido y el sentido nuevamente de la palabra maternidad, lo que ciertamente resulta o es inadecuado, pues realmente ser madre implica mucho más que gestar y traer al mundo a un niño, conllevando una serie de cuestiones psicológicas en la propia gestante.

Y por último, Vela Sánchez¹ la denomina de forma más amplia como “*gestación por encargo*” e indica que “*esta locución, además de eliminar otras ciertamente malintencionadas como madres de alquiler, alquiler o arriendo de vientre o de útero, etc. tiene la virtud de abordar mejor el tema, pues no sólo las mujeres optan por este instrumento contractual para ser madres en cuyo caso sí convendría el término maternidad subrogada o gestación por sustitución, sino también los hombres, solos o*

en pareja homosexual, por lo que, repito, los autores deberíamos decantarnos por el término propuesto de gestación por encargo, más completo y más significativo en esta materia”.

Pero a pesar de todo y para poder hablar el mismo lenguaje, bien parece que se debiera tener en cuenta lo que se establece legalmente en España, y en este sentido la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida 14/2006², no considera la maternidad subrogada como una técnica de reproducción asistida, sino que esta se incluye en este contexto como una práctica peculiar, generalmente merecedora de un tratamiento distinto del resto de las técnicas de reproducción humana asistida³.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya⁴ y su Informe sobre los problemas derivados de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional de marzo de 2012 indicó que era preciso reconocer y recomendar a los estados miembros el tratamiento de la cuestión de forma oficial, aunque sus conclusiones no fueran aplicables a los procesos de gestación subrogada en todos los países en los que se encuentra regulada.

Panorama regulador

Comparando las diferentes legislaciones con respecto a esta materia, y siguiendo lo determinado en el Documento Preliminar de marzo de 2014, se pueden establecer cuatro corrientes:

- 1.- Prohibición: en este caso, los contratos que se formalicen en quebrantamiento a las normas que establecen la prohibición de la práctica, son nulos. Además, en la mayoría de estas jurisdicciones se aplicarán sanciones penales para las partes involucradas o los terceros intermediarios que hayan facilitado el acuerdo. Como consecuencia, la filiación de los niños nacidos de esta práctica se determinará considerando las reglas generales del ordenamiento jurídico del que se trate.
- 2.- Falta de regulación: en estos casos lo característico es que, a pesar de no existir prohibición expresa, en estos Estados, al igual que en los que la maternidad subrogada se encuentra expresamente prohibida, el estado legal de los niños nacidos como resultado de cualquier acuerdo se determinará por las reglas generales sobre la filiación.

Este es el caso de España donde queda establecida tanto la prohibición como la no regulación de esta técnica, y concretamente el artículo 10, de la citada

Ley 14/2006² dice 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 a favor del contratante o de un tercero”*, lo cual nos muestra que dicho método se encuentra prohibido en el Ordenamiento Español, quizá teniendo como base los principios generales del Derecho sancionados en la Constitución Española⁵, como derechos fundamentales y libertades públicas, tales como el respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 10.1) ; la no comercialidad de las personas; el respeto a la integridad moral (artículo 15) y el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil (artículo 39.2).

Por ello, en España los contratos en los que se acuerde la gestación serán nulos de pleno derecho y por tanto, la madre biológica será considerada siempre aquellas que dé a luz al nacido, sin embargo es evidente que son muchas las personas que anhelan ser padres y como no pueden conseguirlo de manera natural por problemas fisiopatológicos, que conllevan infertilidad, o incluso por querer hacerlo de forma independiente o en ocasiones por ser parejas formadas por personas del mismo sexo, pretenden recurrir o recurren a este método y para ello se trasladan a otros países en los que la legislación de maternidad subrogada aparece legalmente reconocida, y que se lleva a cabo de manera frecuente.

- 3.- Admisión restrictiva: estos Estados solamente permiten la gestación por sustitución de tipo *“altruista”*, en que la gestante no recibe dinero a cambio del compromiso (independientemente de que reciba compensación por los gastos necesarios en que incurre durante el embarazo). En general, también requieren que al menos uno de los protagonistas proporcione el material genético, y rebaten la posibilidad de que la gestante sea la que aporte el óvulo fecundado, es decir, no admiten la *“maternidad subrogada”*. Esta es la línea que actualmente ha propuesto y defiende la Comisión Central de Deontología de la Organización Médica Colegial de España, indicando que: *“tratándose de un problema complejo, podría considerarse en un futuro que una maternidad subrogada en la que los “padres” participan en la generación del embrión, sin otras aportaciones de donantes y en la que existe un principio de generosidad y altruismo en la colaboración gestacional del embrión, incluso con vínculos familiares entre los “padres” y la madre subrogada podría considerarse como no contraria a la ética y a la deontología médica. Siempre en casos especiales y con estudio específico y personalizado de las circunstancias”* ⁶.

4.- Aprobación amplia: algunas legislaciones admiten, además del contrato de tipo “altruista”, el “comercial”, por el cual la gestante recibe una prestación económica a cambio de cumplir con la obligación pactada en el contrato.

Con lo anteriormente expuesto y revisando el tratamiento dispar que le otorgan las diferentes legislaciones a la gestación por sustitución, nos permite corroborar que no existe una disposición regulativa común ni unitaria.

Cómo se regula en España

En España, la legislación en materia de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, lo es por medio de la Ley 14/2006, de 26 de mayo de 2006², sobre técnicas de reproducción humana asistida, donde se regulan estas técnicas, aceptándolas bajo ciertas condiciones y que igualmente establece la prohibición de la gestación por sustitución.

Como subraya la *“exposición de motivos”*, la norma, *“/.../ sigue un criterio mucho más abierto al enumerar las técnicas que, según el estado de la ciencia y la práctica clínica, pueden realizarse hoy día”* (apartado II). Consiguientemente, en el anexo se implantan: *“a) Técnicas de reproducción asistida: 1. Inseminación artificial. 2. Fecundación in Vitro /.../”*. A su vez, la misma ley española admite la fecundación post-mortem en su artículo 9, apartado segundo, cuando indica: *“/.../ el marido podrá prestar su consentimiento /.../ para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer”*.

La valoración legal, ética y social que trae consigo el hecho de que una mujer subrogue sus derechos como madre, trae a nivel social problemáticas que implican criterios médicos, éticos, sociológicos, psicológicos y por supuesto legales.

En primer lugar comprobamos que la *gestación subrogada* como técnica reproductiva viene a representar un cambio en el tradicional proceso de procreación humana y consecuentemente una transformación en la concepción que se tiene de la propia familia.

En general con la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida, se consiente que no siempre quien da a luz coincida con quien proporciona su material genético, como no siempre el varón de quien gesta el hijo sea el progenitor que aparezca o quiera hacerlo como padre legal del mismo.

Importancia de la voluntad de la persona

Esto nos lleva a plantearnos si verdaderamente la autonomía de la persona y su capacidad de decidir conlleva la existencia del derecho a tener un hijo y si esto justifica, por si solo, el acceso a las técnicas de procreación asistida.

A este respecto, la Ley 14/1986 General de Sanidad instauró una serie de derechos y deberes de los pacientes, que posteriormente y con la regulación en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y deberes en materia de información y documentación clínica, se reforzó y dio un trato especial al derecho de autonomía del paciente, haciendo hincapié especialmente entre otros al derecho del paciente a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles.

En base a lo anterior, las técnicas de reproducción asistida suponen un derecho que actualmente está reconocido en nuestro País, y se valora como un gran progreso, tanto de la medicina como del conjunto de la sociedad. Legalmente, resulta evidente la relación que se establece entre la procreación y el libre desarrollo de la personalidad, regulado en el artículo 10.1 de nuestra Constitución⁵, y concebido este principio constitucional, como la autonomía de la persona para poder elegir libre y de forma responsable entre las opciones trascendentes, la que resulte más coherente con sus predilecciones. En este caso, la opción se centra en concebir o no un hijo, decisión evidentemente que lo es de carácter muy personal, y en cuya decisión el Estado no puede intervenir, ni imponiéndola, ni prohibiéndola, debiendo en todo caso respetar lo que resulte del ejercicio de libertad de cada ciudadano. Por tanto y aunque se reconoce la libertad de procreación, en líneas generales esta no proporciona un derecho al individuo para reivindicar a los poderes públicos que hagan cierta su voluntad de tener hijos; ni tampoco que permita el acceso a las técnicas de reproducción a cualquier persona y en cualquier circunstancia.

Por ello, a la hora de dar cumplimiento a esto, pueden aparecer diferencias importantes entre lo que consideran aquellos que deben aplicar esas técnicas, lo médicos, y lo que consideran los que exigen técnicas que les permitan llegar a tener un hijo, digamos que sea del modo y forma que sea.

Actualmente son muchos los que se consideran con derecho a que se le den servicios reproductivos de cualquier tipo, argumentando precisamente que el principio de autonomía de la voluntad de la persona debe prevalecer, para así evitar posibles conflictos, y que el sistema sanitario y específicamente el médico se vea comprometido y obligado a su aplicación, con independencia de sus propias creencias, pre-

dominando la convivencia social de tipo laico legalmente admitida en nuestra sociedad. Si esto fuera así, resulta evidente, que la medicina y por ello los médicos se verían obligados por un contrato social a proporcionar a los que solicitan estas técnicas o incluso a la sociedad, los servicios que desean. Incluso consideran, en su defensa, que de no ser así se puede poner en peligro el principio ético de beneficencia por no llevar a cabo lo que la persona estima que son sus mejores intereses.

Pero como indicaba anteriormente la cultura es muy importante, ya que tanto esta como el sistema sanitario están adecuadamente dispuestos a la satisfacción del paciente, lo que sin duda conlleva a situaciones de conflicto. Por ello nos podemos plantear ¿hasta cuándo se podrá mantener una negativa o incluso un rechazo ante la aplicación de técnica como de la que estamos hablando? o lo que es lo mismo, ¿dónde se encuentra el límite de la autonomía de quien solicita la aplicación de estas técnicas?. Y hago estas preguntas, pues realmente el aplicar o no estas técnicas actualmente se han transformado tanto en prerrogativas individuales que la norma ética ya no resulta determinante de lo que moralmente es correcto, sino más bien de lo que puede y debe ser negociado para resolver los conflictos.

Los derechos fundamentales son susceptibles de limitación, de ahí que la propia Constitución aprecie unos límites genéricos, cuando afirma en el propio artículo 10 que éstos encuentran su fundamento en el respeto a los derechos de los demás.

Es así que las limitaciones a los derechos de los ciudadanos han de estar sujetas a una serie de criterios o exigencias básicas y elementales, tales como: la ley, la proporcionalidad y necesidad, la justificación y el respeto al contenido esencial.

Debate sobre su aplicación

La Ley 41/2002⁷, no hace mención específica a cómo dar solución a esta cuestión, pero por analogía sí creo que sería aplicable lo que el artículo 11.3 de dicho texto establece con claridad en referencia a los límites a la autonomía de la voluntad en referencia a las instrucciones previas, señalando que: no se aplicarán las instrucciones previas que sean:

- a. Contrarias al ordenamiento jurídico.
- b. Contrarias a la *lex artis*.

A éste respeto y como ya se ha hecho referencia anteriormente, la gestación subrogada no es considerada, por la legislación española, como una técnica de reproduc-

ción asistida e incluso es contraria al ordenamiento jurídico, y así queda protegida en el Código Penal⁸ (artículos 220 y 221), donde se tipifica esta práctica como delito, indicando que *“los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación, serán castigados...”*.

Aunque bien es cierto que las sanciones contempladas en estos preceptos no se pueden imponer en aquellos casos en que se lleve a cabo un contrato de gestación por sustitución en el extranjero, sino que únicamente resultan aplicables a los contratos llevados a cabo dentro del territorio español.

Por lo tanto mientras que la técnica que haga posible la gestación subrogada no se incluya dentro de las técnicas de reproducción asistida el debate que se plantea es estéril.

Tratando de incluir modificaciones, la Asociación por la Gestación Subrogada en España ha redactado una iniciativa legislativa popular con el objeto de regular la gestación por sustitución⁸, la cual y siempre según sus criterios, garantizan los derechos de las partes que intervienen en el proceso y conceden especial atención a aquellos que nazcan mediante este procedimiento. En cuanto a la justificación de dicha iniciativa, se concreta en tres puntos: 1) en la evolución del modelo de familia; 2) en el hecho de que la gestación subrogada es una realidad en España; y 3) en el derecho constitucional a la igualdad.

Como puntos a reseñar en dicha Iniciativa, y que pueden resultar de interés en esta exposición se pueden incluir:

- la defensa de la gestación por sustitución como una técnica más de reproducción asistida, que *“sólo podrá ser usada una vez agotadas las demás técnicas de reproducción o cuando no exista posibilidad de realizar ninguna otra, es decir, queda como técnica residual”*.
- la consideración de que estos procedimientos no pueden tener carácter lucrativo ni comercial, indicando que lo sí podría percibir la madre gestante sería una compensación por *“las molestias físicas, los gastos de desplazamiento y laborales y el lucro cesante inherentes al procedimiento”*.
- el contrato de gestación subrogada entre la madre gestante y los padres o madres intencionales; se indica que deberá otorgarse ante Notario con anterioridad al

comienzo del proceso, y que deberá estar ajustado a la Ley y anexionando un justificante de la inscripción de la madre gestante en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación, que estaría adscrito al Ministerio de Sanidad.

- el contrato deberá incluir en su letra una serie de previsiones: “a) Compensación económica que deberá percibir la mujer gestante por subrogación y forma y modo de percepción. b) Las técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán. c) La forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y previsión del lugar del parto. d) La designación de tutor, de acuerdo con lo prevenido en el Código Civil. e) Detalles del seguro.
- los requisitos para ser mujer gestante por subrogación deberá: ser mayor de 18 años; contar con buena salud física y mental, así como con plena capacidad de obrar; haber gestado, al menos, un hijo sano con anterioridad y que no haya fallecido; disponer de estabilidad socio económica y haber residido en España durante, al menos, los dos años anteriores a la firma del acuerdo.

Posición del médico ante este debate

Con todo esto y ante las inquietudes de un sistema sanitario cada vez más comercial y tecnificado, y los desafíos que ese sistema plantea a la identidad moral de la profesión médica, ¿dónde queda el médico y la aplicación de técnicas que permitan la gestación subrogada?. Es realmente espectacular lo que el progreso de la técnica biomédica es posible de llegar a conseguir e incluso como indicaba Ortega y Gasset, cuando decía que: *“el hombre empieza cuando empieza la técnica”*. Pero también afirmaba que *“la técnica es incapaz de determinar el contenido de la vida”*. Y es cierto que estos avances, muchos de ellos beneficiosos, cuando son llevados a la praxis conllevan graves inconvenientes, entre ellos convertir a la persona en una máquina corporal y a los profesionales y específicamente a los médicos, en manipuladores de esas propias máquinas.

En expresiones de la propia Comisión Central de Deontología de la OMC, considera *“el vientre de alquiler comercial como contrario a la deontología médica y a la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, porque el consentimiento que presta la madre subrogada mercenaria estaría mediatizado por la prestación económica y, por tanto, no se podría considerar un consentimiento libre”*.¹⁰

Y continua indicando que la deontología médica, sólo debería aceptar esta opción como última alternativa terapéutica al resto de técnicas de reproducción humana

asistida, prestando atención a la posibilidad de intervenir como gestante en caso de parentesco por consanguinidad en línea directa, el anonimato de las donaciones, la capacidad de decisión sobre interrupción terapéutica del embarazo, posibilidad de tiempo de reflexión para entregar al recién nacido, gastos económicos a compensar y consecuencias derivadas de la rescisión de un contrato de gestación¹¹.

Dimensión ética

Y desde la *dimensión ética* ¿cuáles son los planteamientos que con respecto a esta técnica se pueden exponer?.

La cuestión de si todo lo que técnicamente es posible llevar a cabo es correcto o incorrecto no resulta sencilla ni simple y sobre todo en nuestra sociedad actual, que como ya se ha expuesto está sumida en un aire de libertad y donde se plantea una amplia variedad de opiniones y de pensamientos muchas veces ciertamente desiguales. Todo esto hace que distinguir entre lo que es o debe ser aceptable de lo que es o debe ser inaceptable resulta intensamente complicado, sobre todo teniendo en cuenta que cualquier actitud que pueda tomar cualquier persona frente a este tema es y puede ser igualmente respetable y hasta éticamente correcto.

En concreto, los actuales debates sociales, políticos y jurídicos, en torno a los diversos temas de la ética médica son, en gran medida, discusiones en torno al significado y consecuencias prácticas del principio de la dignidad humana. En general, una gran mayoría acepta que el punto de partida debe ser la aceptación del principio de la dignidad humana. Sin embargo, las consecuencias prácticas que se extraen de este principio pueden llegar a ser discrepantes e, incluso, radicalmente contrapuestas, como ocurre con la gestación subrogada.

Hoy más que nunca la humanidad está en una encrucijada entre dos grandes posibilidades: una es la de poner la ciencia al servicio de las personas desde el respeto a su dignidad y otra es utilizarla sin ninguna limitación ética, solo buscando la utilidad de los resultados.

Los conflictos éticos, como bien sabemos, no se plantean en cuestiones de la naturaleza, pero sí que se presentan cuando hay algún tipo de intervención humana, como el caso que nos ocupa de la gestación subrogada y estos deben ser despejados, o incluso si fuera posible resueltos, teniendo en cuenta y respetando tanto la seguridad como los derechos de todos los implicados, aparte de garantizar el interés general de la sociedad y el cumplimiento de las leyes vigentes.

En este sentido, la gestación subrogada es una de las técnicas de reproducción que mayores dilemas éticos genera.

Realmente la protección de los derechos humanos debe ser y es la idea central y primordial de todo razonamiento moral. En concreto en la gestación subrogada son varios los derechos que podrían entrar en conflicto:

- Derecho a la libertad o autonomía.
- Derecho a la igualdad.
- Derecho a procrear y formar una familia.
- Derecho al conocimiento de la filiación biológica.

Muchas de las cuestiones que plantea la gestación subrogada no tienen una respuesta única.

Bibliografía

1. Vela Sánchez, A. (2013). La gestación por encargo desde el análisis económico del derecho (Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia). Diario la Ley, núm. 8055, Sección Doctrina, 4 de Abril de 2013, Año XXXIV, Ref. D-122, Editorial LA LEY.
2. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. BOE núm. 126, de 27/05/2006
3. Borrajo María Eugenia. La “Maternidad Subrogada” ¿Una Técnica de Reproducción Asistida más?. Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja” - Año IX, Número 14, 2015
4. Traducción preparada por los Profesores Borrás y González Campos - “*Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, coordinación y estudio preliminar de Alegría Borrás y Julio D. González Campos, 2ª edición, Madrid (Editorial Marcial Pons), 2008” - y revisada en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.
5. Constitución Española. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.
6. www.cgcom.es/noticias/2017/04/17_04_25_congreso_deontologia_malaga_maternidad_subrogada.
7. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. BOE nº 274, de 15/11/2002.
8. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE nº 281, de 24/11/1995.
9. <http://xn-gestacionsubrogadaenespaa-woc.es/index.php/2013-10-16-13-08-07/texto-ilp> (consultado el 13 de agosto de 2017)
10. Diario Médico. Edición del 16 al 22 de Enero de 2017
11. www.medicosypacientes.com/articulo/la-prestacion-economica-mediatiza-la-decision-y-consentimiento-de-la-maternidad-subrogada

**LA MATERNIDAD SUBROGADA
DESDE EL PUNTO DE VISTA
DEL DERECHO**

Juan Calixto Galán Cáceres

Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de Badajoz

1.- UNA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO.

Introducción: Un mar de interrogantes.

¿Maternidad y subrogación son posibles? ¿Puede sustituirse una madre biológica que alquila o cede su vientre para gestar una criatura propia por encargo y con destino final para otra persona que hará de nueva madre? ¿Y si no hay madre, porque el destino del nacido es un hombre o pareja de homosexuales? ¿Basta la simiente del progenitor fecundada en una persona ajena para crear luego un vínculo familiar extraño a los creadores del nuevo ser humano? ¿Se mancilla la dignidad de la madre gestante cuando percibe dinero por alojar en su cuerpo y dar vida a un ser encargado por un/os tercero/s? El consentimiento de la ¿madre? Biológica ¿lo entendemos como libre, o está viciado por su situación de necesidad? ¿Favorecemos con una conducta permisiva el tráfico legal de niños?

Si se admite la adopción como relación paterno-filial realizadas por personas extrañas al menor, ¿Por qué, con mayor motivo, no se va a permitir una inseminación voluntaria del progenitor en una gestante voluntaria para crear un nuevo marco parenteral? ¿Es posible la gestación altruista por parte de una madre, como sublime gesto hacia quien no puede físicamente alumbrar una criatura viva? ¿Pueden el estado y sus gobernantes interferir en las decisiones personales que en un ámbito sagrado de libertad, disponen las personas sobre su propio cuerpo, como máxima expresión de su autonomía y capacidad personal?

Y si esa decisión lleva consigo una contraprestación mercantil por gestar y alumbrar el nuevo ser ¿La ley debe ser tolerante y permisiva, o por el contrario debe prohibirlo en todo caso? ¿O sólo en los casos de que la gestación sea un encargo ajeno mediante precio? Y si surgen problemas o alteraciones en el embarazo con consecuencias indeseadas para la madre o para el feto, ¿Quién y de qué modo, se afrontan esas consecuencias?

Y desde la correcta filiación legal ¿Que sucede con el Registro Civil?, En todo caso debe prescindir de la identidad de la madre gestante? ¿Anotamos en el Registro como progenitor sólo el nombre del padre que cede su material genético, o expresamos también la supuesta filiación del otro/a encargante ajeno a cualquier relación biológica con el nacido? ¿La relación filial debe ser admitida en cualquier caso?, aunque a diferencia de la adopción (donde por parte de la autoridad se comprueba la capacidad e idoneidad de los progenitores) ¿Se instala siempre y en todo caso el menor en un clima de confianza y seguridad cuando se desprende del seno materno para instalarse en un ámbito familiar extraño? ¿No es suficiente con la existencia

del procedimiento de adopción para las maternidades imposibles y voluntariamente deseadas, o es preciso optimizar y agilizar los engorrosos procedimientos de adopción, para no favorecer las gestaciones por sustitución? ¿Puede legalmente concebirse la concepción materna como un mero acto físico ajeno a cualquier consideración potencial de madre para entregar y olvidarse del ser nacido de su vientre? ¿ En qué medida o evaluación se puede compadecer el quebranto físico y psíquico de la madre biológica al final de un proceso de gestación donde abandona al ser humano que ella ha dado vida ¿ ¿El dinero todo lo soluciona? ¿Y quién carece de la posibilidad de maternidad y también de dinero para realizar una maternidad subrogada? ¿Favorecemos el encargo del niño en algunos países extranjeros que regulan positivamente la gestación por sustitución, en perjuicio y desigualdad manifiesta respecto de aquellos que carecen de esa solvencia económica?

Ciertamente, estas son sólo algunos cuestionamientos de un tema tan proceloso como la maternidad subrogada y su posible regulación legal en nuestro ordenamiento jurídico.

Es obvio, que según las respuestas que proporcionemos a las preguntas anteriormente enunciadas, dirigiremos el hilo conductor hacia una u otra postura, de admisibilidad sin condiciones, de regularla con determinados requisitos: donación generosa del vientre y del proceso de gestación por la madre biológica, exigir una cierta edad para la gestante, haber alumbrado ésta niños vivos anteriormente, abonar sólo los gastos del embarazo y del parto, eliminando el muy controvertido tema del precio a favor de la gestante, y desde luego proporcionar una formación registral segura y fiable donde establecer una relación paterno y materno filial segura y de confianza jurídica absoluta para todos los interesados en salvaguarda del interés del menor, y finalmente, como tercera postura, negar completamente la posibilidad de maternidad subrogada con un sonoro portazo registral hacia cualquier filiación que no sea la natural y biológica como realiza con contundencia y reiteración el ordenamiento y los tribunales franceses, lo que ha llevado a varios recursos por posible vulneración de los derechos fundamentales de las personas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, que se ha pronunciado en la materia en los términos que luego analizaremos con cierta profundidad.

1.2.- Referencias al derecho comparado.

Es muy llamativo que si cualquier persona entra en el buscador Google de Internet y pone en el concepto de búsqueda “maternidad subrogada”, inmediatamente apa-

recen numerosas ofertas de empresas y clínicas extranjeras de los países que regulan positivamente esta modalidad maternal ofreciendo sus servicios con diferentes prestaciones (según el precio y el poder adquisitivo del /la contratante) para concluir con supuesto éxito la gestación por sustitución (en adelante GPS) pretendida; algunas de ellas, como Subrogest ofrecen un asesoramiento completo desde España antes de viajar al país donde se materializa la GPS.

El panorama en Europa en general, es de franca oposición, pues no en vano sólo en Grecia y Reino Unido se permite y regula la GPS con condiciones. Ahora, muy recientemente, se ha sumado Portugal, donde se prohíbe expresamente esta maternidad para las parejas homosexuales, algo difícilmente concebible en nuestro país por el basamento constitucional del matrimonio homosexual que expresamente avaló la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 6 de Noviembre del 2.012.

El acceso a la GPS en Portugal con su novísima regulación a través de la Ley 25-16 que ha entrado en vigor el 1 de Agosto del 2.017, ofrece indudables ventajas a los interesados españoles, pues al margen de ciertos requisitos médicos, se exige como requisito fundamental que la fecundación de la gestante (menor de 45 años) se realice en Portugal, pero se alivia el requisito de la residencia, no exigiendo la misma en territorio portugués para la gestante (algo estresante y a veces complicado), siendo posible y admisible la GPS para cualquier relación de pareja heterosexual o lesbiana, con exclusión de los homosexuales. Es imprescindible además, que la nueva madre que sustituye a la gestante haya acreditado suficientemente en un centro de reproducción asistida su infertilidad, y por tanto la imposibilidad de concebir.

A modo de breve resumen, expresar que en el derecho comparado, se admite con diferentes condiciones la GPS en algunos estados de EEUU, como California, Utah o Washington. En casi todos los países proclives a la maternidad subrogada se establece el requisito de la imposibilidad de ser madre de la que sustituye a la biológica, con especial mención a que es un proceso teóricamente altruista en Grecia, Portugal, Tailandia, Canadá y Reino Unido, lo que no garantiza en todo caso que por detrás, y para burlar la ley, la gestante cobre de los interesados alguna cantidad que no se declara.

Admiten sin reservas en la GPS la compensación y retribución económica para la madre biológica Rusia y Ucrania, donde todo tiene que quedar reflejado por contrato, y el caso de Grecia es curioso en la medida en que siendo en principio un acto altruista la gestación por la madre biológica, a la misma – y ello entendemos como muy razonable- hay que abonarle no sólo todos los gastos ocasionados por el em-

barazo, sino también una cantidad por las disfunciones y molestias que le ocasione todo el proceso de gestación (donde es fácil incluir el concepto de lucro cesante, o cualquier otro que hubiere dejado de percibir como consecuencia de su generoso embarazo en favor de otras personas).

La GPS con la promesa y el resultado de un nacido sano tiene un coste variable no inferior a 30.000 Euros en Europa, y muy superior en Canadá y EEUU donde fácilmente puede superar los 100.000 euros.

En cuanto a la legitimidad de las personas subrogadas que pueden acceder a la GPS, varía según los países, de forma que es universal para cualquier modelo de familia (incluidas las personas solteras) en Canadá, EEUU (de modo general), Grecia y Rusia. Sin embargo en Ucrania y Tailandia los destinatarios de la GPS tienen que ser necesariamente personas heterosexuales casadas, y en Reino Unido y Portugal, se excluyen expresamente las personas solteras, con la particularidad, como ya hemos mencionado que en el vecino país portugués no se admite la GPS para parejas homosexuales.

En el caso de Hispanoamérica no existe una regulación expresa ni prohibiendo, ni admitiendo la GPS, lo que con frecuencia – y al igual que sucede en la generalidad de los estados – crea numerosos problemas de orden registral para el recién nacido. Llama la atención el caso de Méjico donde si está autorizada para los mejicanos y reguladas en sus respectivos códigos civiles en los estado de Tabasco y Sinaloa. La de Tabasco es precisamente una de las regulaciones más antiguas de la materia, pues no en vano su Tribunal Superior de Justicia reconoce expresamente en el año 1.997 el carácter legal de una GPS al amparo de sus Arts. 92 y 347 del CC.¹

1.3.- La perspectiva legal y constitucional en España sobre la materia.

De entrada es preciso afirmar que la cuestión de la maternidad subrogada no deja indiferente a la sociedad en la medida en ha generado una considerable polémica en torno a su admisión o negativa expresa a regular los llamados, en principio, “vientres de alquiler”.

¹ http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf. Pag13 Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema. Karla Mariana Cadavid Pulgarin *Amalia Barrera Correa.

Es cierto que hay una franja social que vería con buenos ojos una regulación moderada y prudente de la GPS, pero es lo cierto que tanto desde la perspectiva de la confesión católica (ampliamente mayoritaria en España) y los colectivos en defensa de la mujer, la materia como tal se presenta ha puesto en pie una amplia oposición a cualquier normativa de GPS en España bajo la idea de que no se puede amparar la explotación corporal de la mujer en un tráfico mercantil de seres nacidos, donde las mujeres ceden su cuerpo por estrictas razones de necesidad.

En este sentido, y puede resultar anacrónico, que entre estos colectivos hay sectores convergentes con posiciones favorables al aborto como un derecho ínsito de la mujer a disponer de su propio cuerpo y el producto de su fecundación personal bajo los prismas de libertad y autonomía de la voluntad llevados hacia sus últimos extremos, y sin embargo, no ven con buenos ojos, ni creen posible, que el estado deba tutelar ninguna gestación por encargo para favorecer la maternidad de una mujer que está imposibilitada para ello, por el hecho de percibir unos emolumentos como consecuencia del sacrificio físico y psíquico que supone un embarazo. Dejo pues enunciada esta reflexión que seguramente proporcionará otras posteriores, ciertamente ajenas al cometido de esta Ponencia.

Es interesante reseñar que el *Comité de Bioética de España* reunido en la ciudad de Madrid el 19 de mayo del 2017 ha emitido un muy amplio Informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada donde no sólo repudia esta forma de gestación, sino que el absoluto rechazo a la misma les lleva a recomendar la total nulidad de todos los contratos de GPS, incluidos los realizados en el extranjero, así como recomendar sin ambages de tipo alguno, la prohibición de la maternidad subrogada internacional, incidiendo en la explotación de la mujeres gestantes en un proceso manifiesto de “compra de niños”.

Carlos M^a Romeo Casabona realiza un interesante voto particular en el seno de ese Documento, - y en el que sinceramente coincido en gran medida -, que dulcifica el informe general, y si bien es de amplia coincidencia con el sentido negativo hacia la GPS del Pleno del Comité, es lo cierto que pone en evidencia las contradicciones del sistema, incidiendo sobre todo en la realidad del problema que se presenta en España de un modo descarnado y apabullante (como luego veremos...) y que básicamente consiste en que las parejas solventes que pueden viajar al extranjero y son solventes económicamente a través del fraude de ley (con ignorancia de la ley española) de pactar en el extranjero la GPS, acceden a España a través del consulado con un menor en regla que se inscribe en el Registro Civil en detrimento de muchas madres, algunas

de ellas con problemas de calado patológico, ante la evidencia de su infertilidad y que no pueden, por su falta de medios económicos acceder a la tan deseada GPS.

Concluye Romeo en su esmerada opinión, que sería deseable la valoración de la asunción de la GPS por entidades sin ánimo de lucro, y dejando abierta la GPS con carácter exclusivo hacia aquellas gestantes que por solidaridad o altruismo decidieran acometer tan singularizado y especialísimo encargo.

Y por ello, aunque me consta que en esta publicación hay otro apartado dedicado a la ética, ruego tolerancia y licencia para estas breves reflexiones que con modestia he sintetizado, pues es evidente, que ante la “alegalidad” o falta de normativa sobre la materia, es imprescindible una consideración en esta perspectiva moral para avisar de modo razonable como, – si efectivamente se realiza – se va a alumbrar el basamento de una regulación de tan delicadas y significativas consecuencias, ya que abordar y modificar los conceptos de madre, niño y familia se nos antojan claves en una sociedad que debe tender a una vertebración idónea que propicie el desarrollo humano en los ámbitos de la dignidad, la atención primaria, el crecimiento intelectual y el afecto personal entre todos los implicados, y que evite - en la medida de lo posible – desigualdades para construir un modelo social justo y solidario.

Y desde estos postulados, los interrogantes legales tienen que ser necesariamente enfocados hacia el marco constitucional que define el estatuto personal de los derechos de los ciudadanos y los límites que son necesarios para una sana y ordenada convivencia social.

Nuestra Carta Magna del año 1.978 se revela como un escenario ineludible para profundizar sobre las posibilidades o detrimentos de la GPS en orden a la inmersión que realicemos en sus valores y principios, y también sobre la propia materialidad de los derechos fundamentales que analizaremos a continuación.

Es cierto que en el **Art 43** de nuestro texto constitucional se expresa en sus párrafos 1 y 2 lo siguiente:

- 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*
- 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto, , y es cierto como afirma Sandra Fernández en la revista Babygest en su edición de 9-Febrero - 2.017 (<https://www.babygest.es/derechos-humanos-y-maternidad-subrogada>) que “los defensores de la maternidad subrogada como derecho reproductivo argu-*

mentan que, ante la imposibilidad de tener hijos propios por razones médicas, la gestación por sustitución puede ser la solución, es decir, podría ser la única vía por la que alcanzar el grado máximo de salud en caso de:

- *Ausencia de útero: por causa congénita (Síndrome de Rockitansky) o adquirida (extirpación del útero o hysterectomía)*
- *Enfermedades por las que el embarazo podría poner en riesgo grave la salud de la mujer o el feto*
- *Alteraciones o malformaciones uterinas”.*

Y es cierto además que el derecho a formar una familia y la protección familiar y a la intimidad personal y familiar gozan de plena protección constitucional en los Arts. 45 y 18 respectivamente. Es sin embargo, en nuestra opinión el Art 10 de nuestra Constitución el precepto troncal e imprescindible el que marca el sentido afirmativo o de intolerancia hacia la maternidad subrogada según en qué y donde pongamos el acento, veamos...Dice el precepto constitucional “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*”

2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.*

Es indudable, que los defensores de la utilización de la GPS ahondan en las claves interpretativas sobre el derecho al *libre desarrollo de la personalidad humana* y en tal sentido su aspiración familiar de establecer lazos parenterales, en parte por encargo, no serían sino una cualidad más atribuible a su desarrollo personal, concebido ciertamente desde una perspectiva eminentemente individual y utilitarista, aunque enfocada con un propósito familiar, de sustituir a la madre gestante asumiendo un nuevo rol, que para el ser nacido, en principio es indiferente y pudiera aportarle incluso más ventajas en el desarrollo vital al ser una criatura deseada por el/los mandatarios, y muy aceptada de buen grado en culminación de una necesidad imposible de satisfacer desde las perspectivas físicas y biológicas.

Del mismo modo, y en esta sede de admisión ahora instalados, desde la gestante su voluntaria admisión al embarazo y al parto, no serían sino manifestaciones voluntarias que le pertenecen a ella únicamente en el derecho a la disposición de su propio

cuerpo y por tanto también, a una extensión en el ámbito del desarrollo de su personalidad, obviamente en ambas consideraciones de máxima protección constitucional, recalando finalmente en una decisión que infiere en su sagrado derecho a la libertad y a la modificación de su integridad física, ambos derechos fundamentales de sublime protección jurídica en los Arts. 17 y 15 respectivamente.

Incluso los defensores de las tesis admisivas de la GPS van más allá, aludiendo a la cláusula de igualdad del Art 14 constitucional, que en el ámbito de la maternidad distinguiría de modo negativo a todas aquellas madres que no lo son, precisamente porque no pueden serlo, frente a todas aquellas mujeres que no tienen impedimento al respecto, representando para ellas una injusticia intolerable lastradas por esa carencia física.

Parece pues, que desde la óptica del/ de los encargantes de la GPS no se encontrarían excesivos problemas de justificación moral o social en el derecho a formar una nueva familia extra-muros de la familia de sangre o biológica ante la existencia de una realidad impeditiva que imposibilitaría la maternidad por los cauces meramente físicos, y del mismo modo que se legitimaría la convivencia de un niño en acogida a través del mecanismo legal de la adopción (Arts. 175-180 del CC), si bien es preciso recordar que con ese basamento tendría cabida pues la recepción familiar de un ser nacido de modo impropio fuera de la familia de origen, insistiendo además con carácter general que con la reforma legal del Art 180.6 desde agosto del 2.015 *“Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad a través de sus representantes legales, tendrán derecho a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos. Las Entidades Públicas, previa notificación a las personas afectadas, prestarán a través de sus servicios especializados el asesoramiento y la ayuda que precisen para hacer efectivo este derecho.*

A estos efectos, cualquier entidad privada o pública tendrá obligación de facilitar a las Entidades Públicas y al Ministerio Fiscal, cuando les sean requeridos, los informes y antecedentes necesarios sobre el menor y su familia de origen.

Algo que en principio, y salvo cláusula contractual separada y de mutuo acuerdo por todas las partes implicadas, no sucede con la maternidad subrogada donde la madre biológica se despide literalmente y definitivamente de su hijo/a inmediatamente después de haber nacido para su entrega a la persona que ha contratado la GPS.

Y es que recordemos además a estos efectos, que el propio Art 7 de la Ley de Reproducción Asistida nos dice que:” 2. *En ningún caso, la inscripción en el Registro Civil reflejará datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación”.*

Es preciso abordar ahora, y lo haremos de modo sustancial pero sintético el panorama de la GPS en relación de modo directo con el protagonismo singular de la gestante, y de modo indirecto y tangencial, pero a su vez decisivo de las empresas y organizaciones que controlan y gestionan las maternidades subrogadas en la actualidad.

Ya hicimos alusión en el punto 1.2 en nuestras referencias al derecho comparado, como se ha creado un tejido empresarial muy notable al socaire del negocio de las GPS, variando las condiciones y los precios según qué país y su regulación jurídica en concreto.

La clave para la mayoría de los sectores en contra de la maternidad subrogada radica en la dignidad del ser humano, y de modo especial en la dignidad de la gestante. Recordemos que en el Preámbulo de La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 habla de la “dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana”, y luego afirma en su artículo 1º que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Ahora bien, es indudable que la dignidad es un concepto moral pleno de matices según la perspectiva y el enfoque con el que nos dirijamos a uno de los valores que goza de más reconocimiento en el ámbito social. No en vano es un concepto jurídico indeterminado, pero asentado de un modo abstracto y general en los aspectos del ser y del deber ser.

Si la dignidad se entiende de un modo estrictamente personal y subjetivo, es indudable que el respeto, la calidad y la estima personal se situarán en el concreto acento que el interesado persiga, evalúe o tenga en cuenta, si nos situamos por el contrario en un plano objetivo y de ajenidad, desde una mirada global, partiríamos de una medición plural en los valores de aceptación universal: integridad, decencia, nobleza, generosidad, sinceridad y libertad decisoria, ya la equivalencia (en algunos de modo consecuencial) entre dignidad y respeto es incontestable, y a estos efectos, como se afirma con acierto desde la *Fundación Canfranc* “*los seres humanos son libres, en el sentido de que son capaces de efectuar elecciones, deben ser tratados como fines, y no únicamente como meros medios. En otras palabras: los hombres no deben ser utilizados y tratados como objetos. Las cosas pueden manipularse y usarse, pero la capacidad de elegir propia de un ser humano debe ser respetada. Todo ser humano tiene dignidad y valor inherentes, solo por su condición básica de ser humano. El valor de los seres humanos difiere del que poseen los objetos que usamos. Las cosas tienen un valor de intercambio. Son reemplazables. Los seres humanos, en cambio, tienen valor ilimitado puesto que, como sujetos dotados de identidad y capaces de*

elegir, son únicos e irremplazables.”(<https://www.fundacioncanfranc.org/wp-content/uploads/2012/03/PDF-Tema-9-DIGNIDAD-DE-LA-PERSONA.pdf>)

Y partiendo de estos postulados que los compartimos por su acierto, es necesario interrogarse pues sobre la posible regulación de la maternidad subrogada y su ajuste y adecuación constitucional bajo el prisma de uno de los principales valores reconocidos en nuestro Título Preliminar de la vigente constitución española en el citado Art 10 donde se recoge expresamente (como ya enunciamos) que la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social.

¿Mantiene la dignidad o es un comportamiento digno la gestante que cobra un precio para quedarse embarazada y alumbrar un hijo que no lo va a tener como tal en ningún momento de su vida? ¿Es un gesto digno recurrir y explotar a personas con necesidades económicas para verificar alumbramientos deseados por terceros que pagan por ello?.

Sinceramente, pensamos que no, porque – y con pleno respeto a la decisión individual de cada persona – el estado no puede favorecer comportamientos mercantiles donde la dignidad de la gestante está lastrada, cuando no absolutamente perdida y además su posible libertad para elegir sin ninguna coacción o presión, viene viciada por un estado de necesidad personal con el que comercian y se benefician otras personas y empresas.

Fecundar, desarrollar y alumbrar un ser vivo no es elaborar un vestido o fabricar un vehículo, comporta un proceso complejo y de creación personal muy íntimo e intransferible con unas variantes de riesgo para la gestante y el feto, que abren un escenario de múltiples incertidumbres entre la gestante, los mandantes y la empresa que gestiona, y en muchos casos daños, sinceramente irreparables especialmente para la gestante y el feto.

Convertirlo en un negocio más, como si de una compra del producto de la concepción se tratase, supondría la afirmación maquiavélica y a menudo muy dañina de que “*el fin justifica los medios*”, y tratarlo sólo de la óptica tendencial, comportaría graves peligros, como si admitiéramos bajo el mismo razonamiento el tráfico retribuido de órganos humanos.

2.- La normativa legal. Una mirada al futuro.

Para abordar una posible normativa legal, es preciso partir de la regulación negativa hacia la maternidad subrogada que comporta el vigente Art 10 de la Ley de Repro-

ducción asistida 14/2.006 de 26 de mayo (en adelante LRA) donde se prohíbe de modo expreso la gestación por sustitución en el Art 10 expresando: 1. *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 a favor del contratante o de un tercero.*

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.

3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

A la vista de ello, podemos constatar que la normativa actual española es tajante y terminante en el sentido de no admitir de modo alguno la GPS, ni siquiera la meramente altruista que por razones familiares o en el seno de la amistad pudiera concebir una gestante hacia una madre cercana en su ámbito vital como pudiera ser una familiar o una buena amiga, o aquella que en un gesto de solidaridad decide concebir ante el conocimiento de la existencia de una madre gravemente frustrada por su esterilidad y con problemas patológicos asociados a ello.

Pues no, la legislación ha sido rotunda y contundente, muy probablemente negando cualquier supuesto altruismo, reafirmando la filiación biológica y salvando la del padre procreador si la quiere reclamar por el cauce general.

Portazo pues, para los vientres cedidos (sean o no de alquiler), con expresas advertencias de la nulidad contractual y de la irrelevancia de efectos registrales para aquellos que intenten la GPS. (Ya veremos sin embargo en el epígrafe siguiente, como, favoreciendo las GPS, la realidad registral está muy alejada del contenido de este precepto).

Por tanto la nueva normativa, si saliera a la luz una nueva regulación comprensible y tolerante hacia la maternidad subrogada, especialmente en los comportamientos que se demuestren como solidarios de las gestantes para las madres infértiles, implicaría necesariamente la modificación de este Art 10 cuya negación a la GPS es apabullante.

Veremos pues, hacia donde caminan los grupos parlamentarios en relación con esta materia tan importante y cuestionada, en el bien entendido que admitir la GPS mediante precio está ausente de un anclaje constitucional, por una vulneración del postulado esencial de la dignidad de las personas.

Somos mucho más partidarios de flexibilizar y hacer mucho más viable el régimen de adopciones que implicarían el ejercicio de muchas maternidades y familias que

propiciarían un régimen vital adecuado para tantos nacidos que carecen de cualquier perspectiva de futuro.

3.- La jurisprudencia española y europea en la materia. Los problemas registrales.

Antes de abordar los interesantes cuestionamientos de la Jurisprudencia española e internacional a propósito de un tema tan debatido, es preciso anticipar ya 2 conclusiones que se manifiestan de un modo tan realista como problemático en nuestro ordenamiento jurídico y en los planteamientos que se ventilan ante los Juzgados y Tribunales. A saber, en primer lugar al estar claramente vedada la posibilidad de utilizar la GPS en España, los interesados acuden al extranjero según preferencias y sus posibilidades a contratar el niño por encargo, de manera que tratando de burlar la legislación española realizando un acto contractual que en principio es nulo en derecho español pretenden inscribir los niños así nacidos en una filiación registral española que los identifique familiarmente como padres, con independencia de que exista coincidencia o atribución biológica.

En segundo lugar, como consecuencia de lo primero se ha producido una importante brecha entre lo que registralmente se aconseja por la Dirección General de los Registros y el Notariado para inscribir los hijos así nacidos y establecer la identidad de los mandantes como progenitores del niño/a de la GPS, con lo indicado por los tribunales españoles y mucho más específicamente por lo indicado por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en su Sentencia de 6- Febrero del 2.014 y en la Resolución /Auto) que resolvió el Incidente de nulidad de actuaciones de 2 de Febrero del 2.015 que niegan como tal la GPS al amparo del Art 10 de la Ley de Reproducción Asistida, y recomiendan acreditar la paternidad biológica (si fuere procedente) y respecto de la madre acudir a una expediente de adopción a través de las reglas de posesión de estado y convivencia con el niño gestado procedente de otra madre.

De modo transversal, pero con influencia directa concurre la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 26 de Junio 2.014 en los casos *Mennesson* y *Labasseé* (ambos en Francia) donde el TEDH realiza una interpretación preservando el interés superior de los menores, para que con independencia la legislación interna francesa que establece la indisponibilidad de cuerpo humano y del estado de las personas para esa relación contractual, no se puede vulnerar el derecho a la vida privada y familiar de los demandantes, de tal modo que los menores (2 niñas gemelas y una niña en el otro caso) tienen también un derecho

sustancial a la identidad y no reconocer la filiación de las mismas en la nueva familia es una vulneración del Art. 8 del Convenio del modo que luego veremos con más profundidad.

Es preciso pues, profundizar en las principales resoluciones jurisprudenciales que hemos anunciado al margen de exponer alguna que otra que de modo complementario se han ido produciendo en los últimos tiempos en el ámbito de la maternidad subrogada.

De gran importancia es pues la inicial posición de nuestro Tribunal Supremo (TS) quien en su Sentencia de 6-Febrero-2.014 en un caso de GPS donde los interesados eran una pareja de homosexuales en Valencia, dejó expuestas unas líneas maestras que abocan a la negativa expresa de la GPS en nuestro país, no sólo porque lo prohíba tajante la ley (como hemos visto en la LRA), sino que con motivo de examinar la correcta filiación de los menores así nacidos, estima y confirma la demanda del Ministerio Fiscal contra el Acuerdo de la Dirección General de los Registros y Notariado – en principio favorable a la inscripción registral - para desestimar la petición de los interesados de la GPA en dar carta de naturaleza filiatoria a la inscripción registral de la GPS realizada en California.

El TS se expresa en el sentido de negar que la decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler, es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, desmontando así los argumentos que sostenía a favor de la inscripción registral la Dirección General de los Registros y Notariado.

Es obligado constatar que el debate es tan abierto que de los 9 Magistrados 5 votaron a favor de la sentencia en el sentido comentado, mientras que los otros 4 Magistrados formularon Voto Particular contra la misma encabezado por José A. Seijas Quintana al que se adhirieron el resto.

Entre los argumentos fácticos y jurídicos de la postura mayoritaria –contraria a que la GPS despliegue efectos filiatorios-, podemos destacar los siguientes:

“La decisión de la autoridad registral de California, al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la madre de alquiler, es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.... El Ministerio Fiscal presentó demanda en la que impugnaba dicha resolución. Alegaba que la solución adoptada por el Derecho

californiano infringía directamente el art. 10 de la Ley española sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, que establecía la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, y que la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución sería determinada por el parto, quedando a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. Consideraba la demanda que el contenido de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado era contrario al orden público español y que por tanto no procedía la inscripción de la filiación en ella acordada.

Los interesados, entre otras afirmaciones alegaron que : Privar de su filiación a los menores vulnera el interés del menor, pues perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener, frente a la mujer que los dio a luz, que asumió su papel de mera parte en un contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el mismo; (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales.

El reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español, pues este impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución pero no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de tal contrato, que es una consecuencia última y periférica del contrato.

De lo expuesto se deriva que la legalidad conforme a la Ley española“ de los asientos extendidos en Registros extranjeros que exige el art. 23 de la Ley del Registro Civil, sí bien no puede entenderse como absoluta conformidad de estos con todas y cada una de las exigencias de nuestra legislación (lo que haría prácticamente imposible el reconocimiento), sí ha de serlo como respeto a las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español, y a este aspecto ha de extenderse el control en que consiste el reconocimiento de la certificación registral extranjera (en realidad, del asiento objeto de la certificación).”

Esta última afirmación que realiza el TS es fundamental en nuestra opinión, porque en realidad lo que nos está diciendo es que no se puede reconocer un asiento registral que adolece de una nulidad intrínseca, ya que dar viabilidad al asiento registral de la GPS validada en el extranjero, en realidad supondría ignorar la legislación española que prohíbe el acto en origen (GPS) que da lugar al asiento emitido en el extranjero.

Prueba de que es nuestra tesis va en el sentido es correcto, lo ratifica el propio TS cuando más adelante expresa en su sentencia *“En el caso objeto de este recurso, los vínculos eran intensos puesto que de lo actuado se desprende que los recurrentes, nacionales y residentes en España, se desplazaron a California únicamente para concertar el contrato de gestación por sustitución y la consiguiente gestación, parto y entrega de los niños, porque tal actuación estaba prohibida en España. La vinculación de la situación jurídica debatida con el estado extranjero cuya decisión se solicita sea reconocida es completamente artificial, fruto de la “huida” de los solicitantes del ordenamiento español que declara radicalmente nulo el contrato de gestación por sustitución, no reconoce la filiación de los padres intencionales o comitentes respecto del niño que nazca como consecuencia de dicha gestación por sustitución (sin perjuicio de la reclamación de paternidad que pueda efectuar el padre biológico)...”*

En esta misma línea argumental continúa el TS manifestando *“Pese a este cambio legislativo, la norma aplicable a la gestación por sustitución, el art. 10 de ambas leyes, permaneció idéntica. Su apartado primero establece la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. El segundo apartado prevé que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto (en línea con lo recomendado en el informe del Comité Ad Hoc de Expertos en el Progreso de las Ciencias Biomédicas, CAHBI, del Consejo de Europa). Y el tercero deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.*

Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.

La filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es frontalmente contraria a la prevista en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y, como tal, incompatible con el orden público, lo que impide el reconocimiento de la decisión registral extranjera en lo que respecta a la filiación que en ella se determina.

En cuanto a la alegación del interés superior del menor que se concentraría en estas expresiones de los recurrentes: *“Los recurrentes consideran que el único modo de*

satisfacer el interés superior del menor es reconocer la filiación que ha sido recogida en el asiento registral realizado por la autoridad registral de California, esto es, la que es consecuencia del contrato de gestación por sustitución conforme a la legislación de dicho estado. Los padres serían los comitentes, esto es, quienes “encargaron” la gestación del menor (en este caso, los menores, pues nacieron mellizos). No sería madre la mujer que les dio a luz. La justificación que dan los recurrentes es que los mejores padres son los que han manifestado su consentimiento inicial a ser padres, mediante un contrato de gestación subrogada, y están interesados en los menores.”

El Tribunal Supremo responde en la sentencia que *“La tesis de los recurrentes no puede ser aceptada. La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar cualquier resultado en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales.*

La aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución.

El TS niega también cualquier vulneración del Art 8 del Convenio en cuanto a la injerencia en la vida privada y familiar de los interesados, (es cierto que en ese momento no se habían dictado la sentencia de 26 de Junio 2014, que si afirman esa injerencia en los casos franceses), acudiendo además a un argumento complementario pero no exento de interés al afirmar que *en el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional; y (ii) es necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el propio interés del menor, tal como es concebido por el ordenamiento jurídico, y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”*

De tal manera que se concluye en el FALLO, que se desestima la petición de los interesados negándoles la filiación interesada procedente de la GPS, pero efectúa a

nuestro entender una precisión muy valiosa, en la medida en que Insta al Ministerio Fiscal a que, de acuerdo con las funciones que le atribuye su Estatuto Orgánico, ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección, tomando en consideración, en su caso, la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto, es decir ordenando la filiación biológica cuando fuere procedente, y si existiera posesión de estado por convivencia familiar, indirectamente se está aconsejando la adopción del nacido hacia el otro miembro familiar sin identidad biológica para favorecer la integración del menor en el real seno familiar donde convive desde su nacimiento.

Bien, pues a esta férrea opinión negativa hacia la eficacia registral de la GPS que mantiene el TS (si bien de modo muy dividido y ajustado como hemos visto), se alzan en su contra 2 posicionamientos que alteran significativamente las afirmaciones efectuadas por el TS, y que contradicen esa inicial oposición a la inscripción registral de los nacidos a través de la maternidad subrogada.

En concreto, la Instrucción dictadas al efectos por la Dirección General de los Registros y Notariado de fecha 5 de Octubre del 2.010 que como dice Iván Heredia Cervantes y compartimos su opinión *“La Instrucción limita su ámbito de aplicación únicamente a aquellos supuestos en los que se pretenda la inscripción en España de una relación de filiación derivada de gestación por sustitución previamente establecida por una autoridad extranjera y se vertebrada en torno a dos objetivos esenciales. El primero es lograr la plena protección jurídica del interés superior del menor, para lo cual se recurre a su vez a tres instrumentos. De un lado, se pretenden habilitar los medios necesarios para que la filiación tenga acceso al Registro Civil español cuando uno de los progenitores sea de nacionalidad española, como vía de reconocimiento a efectos registrales de su nacimiento. En segundo lugar se intenta evitar que con la inscripción registral se dote de apariencia de legalidad a supuestos de tráfico internacional de menores. Finalmente, se trata de garantizar el derecho del menor a conocer su origen biológico, tal y como contempla el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional y la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999. Junto al respeto al interés superior del menor, el segundo objetivo perseguido con la Instrucción es asegurar la protección de las mujeres que se prestan a dicha técnica de reproducción y renuncian a sus derechos como madres, garantizando, tal y como se verá a continuación, que otorgaron su consentimiento con total libertad y que tras el supuesto no se encubre ningún caso de explotación de mujeres.*

El aspecto más destacado de la Instrucción es la rectificación del criterio seguido con anterioridad en la Resolución de 18 de febrero de 2009, al establecerse ahora como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del recién nacido.

A la hora de realizar este reconocimiento incidental, y ante la inexistencia de norma expresa al respecto, la solución más razonable pasa por identificar las condiciones a las que debe someterse éste por analogía del régimen general contemplado en la LEC 1881 50, ajustando tales condiciones a la naturaleza de este tipo de resoluciones. Ello supone en la práctica el control de cuatro circunstancias: autenticidad de la resolución, eficacia y carácter definitivo de ésta, competencia judicial internacional de la autoridad de origen y, finalmente, no contrariedad con el orden público español. La DGRN hace suyos estos imperativos, si bien los adapta a las particularidades de la gestación por sustitución buscando una especialización de la solución dispensada a estos supuestos 51. De este modo señala que sólo cabrá el reconocimiento incidental de la resolución extranjera como exigencia previa a la inscripción cuando el Encargado del Registro constate: a) La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado; b) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado; c) que el Tribunal de origen basó su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española, En cuanto al último requisito que debe controlarse antes de proceder al reconocimiento de la decisión, la contradicción con el orden público español.

https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2013-20068700716_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_La_Direcci%F3n_General_de_los_Registros_y_del_Notariado_ante_la_gestaci%F3n_por_sustituci%F3n.. Iván Heredia Cervantes (La Dirección General de los Registros y Notariado ante la gestación por sustitución)

Ahora bien, lo que no parece mucho más discutible y opinable de modo global, es la tesis que parece sostener la DGRN y el propio autor mencionado (Cervantes Heredia) en el hecho de que la nulidad que sanciona el Art 10 de la LRA no despliega efectos sobre la filiación derivada de la GPS, como si la nueva filiación que se pre-

tende fuera un aspecto consecuencial completamente desligado que le otorga causa en el contrato del GPS, contrato que –insistimos- conforme a ley presenta una nulidad originaria insubsanable.

Pero claro, el problema se presenta de modo real y encarnado en la persona de los menores nacidos a través de la GPS, y llegados a este punto, es palmario reconocer que por mucho que nos empeñemos en una coherencia jurídica uniforme y bien entendida a la luz de los impecables razonamientos de la Sentencia de Febrero del 2.014 del TS, es lo cierto que estamos en presencia de una criatura viva sobre la que en nuestra humilde opinión el ámbito de divagación o especulación deber ser inexistente, precisándose soluciones filiatoria de grueso alcance y rápido recorrido.

Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido muy tajante y convincente en alegar el interés superior de los menores, a la luz de la Convención de New York de los derechos del niño de Noviembre de 1.989, y h aludido a la vulneración del Art 8 del Convenio en relación con los derechos a la intimidad personal y familiar con un vínculo directo al derecho de la identidad de los menores nacidos a través de la GPS, y lo ha hecho en 2 resoluciones precisamente de un Estado – Francia -, que es, como ya afirmamos en su momentos uno de los países más enérgicos en defender la exclusividad de la filiación biológica para luchar contra el tráfico infantil de seres vivos y contra la explotación de la mujer. Y en nuestra modestia, y valorando el papel integrador e interpretativo del TEDH, y su eficacia en los países que han firmado el Convenio, nos parece más acorde con dicha posición el voto particular de los 4 Magistrados frente a la renombrada sentencia de Febrero del 2.014.

Es verdad, que con motivo de un incidente de nulidad de actuaciones que formularon la pareja interesada en los efectos filiatorios de la GPS, el TS podía haber cambiado de opinión al amparo de lo resuelto por el TEDH, sin embargo se mantuvieron las posiciones tanto a favor en contra, alegando la resolución que resolvía el incidente, las diferencias del derecho francés y del supuesto de hecho en cuestión que se ventilaba en Estrasburgo, de naturaleza y problemática diferente al caso español, aunque nosotros pensamos que básicamente la nebulosa e incertidumbre de lo que se cuestionaba en ambos casos, en general era muy coincidente, en torno a la relación filiatoria del menor/es nacidos por GPS, si bien es verdad que con un matiz muy importante pues en Francia, se le negaba la relación biológica al padre que en realidad había prestado el material genético para fecundar a la extraña gestante, lo cual, para el TEDH es extender más allá de lo permisible el rigor de una legislación incompatible en estos casos con el Art 8 del Convenio, e impidiendo efectos a un posible

reconocimiento del menor, que el Tribunal lo entiende conveniente y oportuno, especialmente por el interés superior y convivencial del menor, y en esto si que difiere de la legislación española donde si es posible el reconocimiento y filiación paterna en idéntica situación.

Ahora bien el TEDH, y esto es decisivo en nuestro entender, y así lo expresa literalmente el propio TS en su resolución es que *“a esos niños hay que reconocerles un estatus definido, una identidad cierta en el país en el que normalmente van a vivir.”*, si bien donde el TS discrepa, es que se permita la filiación biológica para el progenitor conocido, y para la que no es gestante, hay que dar el rodeo a través de la convivencia familiar (posesión de estado) y posterior adopción, pues en su opinión es lo que aconseja nuestro orden público a fin de hacer viable nuestra legislación.

Llamativa, extravagante y muy lamentable es el caso planteado en Italia, que lo recoge también la Revista “Babigest” (9-2-16) y la doctrina y la prensa internacional, en el que un matrimonio italiano decide acudir a la GPS (Paradiso-Campanelli) obteniendo el niño con una gestante rusa en el año 2.011, Al niño se le pretendió inscribir en la ciudad de Collerorto, sin embargo la solicitud de inscripción fue denegada, y el niño quedó sin identidad. Intervino entonces el Tribunal de Menores de Campobasso, y para sorpresa de todos, luego de realizar las pruebas de paternidad al Sr Campanelli, el niño no tenía ninguna vinculación con el supuesto padre, porque muy probablemente se usó otro material genético extraño al padre solicitante. Incluso se abrieron diligencias penales por posible alteración del estado civil del menor, y al no existir filiación de tipo alguno con los interesados, el niño-bebé fue entregado a otra pareja en acogida, que consumó su adopción en el año 2.013, interviniendo entonces el TEDH a petición de los Sres. Paradiso-Camapanelli, que en su sentencia de 25-Enero-2.015, estableció las vulneraciones de las autoridades italianas al Convenio (fundamentalmente al Art 8. Identidad e intimidad personal y familiar), pero dado los lazos emocionales con la familia adoptante (2 años), decidieron que ya no procedía la entrega al matrimonio recurrente.

En otro orden de cosas, es interesante la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Secc 22, de fecha 12- Marzo-2.015 en la que la madre biológica de una GPS aceptada y contratada por una pareja de mujeres pretende que luego de su separación el niño nacido en este seno no tenga ningún contacto ni medida paterno-filial con la otra miembro de la pareja, siendo lo cierto que el niño estaba filiado como hijo de ambas mujeres. La Sala confirma el criterio de instancia que adoptaba medidas par mantener el vínculo familiar con la otra miembro de la pareja que no era

la madre biológica y alude a la protección jurídica del menor y al interés superior del mismo en que se relacione con la que por filiación es también su madre.

4.- Reflexiones finales

Con independencia de cualquier posición que se adopte sobre la GPS, es lo cierto, que en numerosas ocasiones – en todas aquellas en que no se formula recurso (generalmente por el Fiscal) - a la inscripción registral procedente de una GPS realizada en el extranjero, la filiación pretendida por los interesados despliega su plenitud de efectos jurídicos creándose esa relación tan deseada de paternidad y maternidad que tanto añoran los interesados. Ahora bien, convendría incidir si esta práctica de anotar las filiaciones procedentes de las GPS en el extranjero por los Encargados del Registro Civil es acorde o no con nuestra legislación y jurisprudencia al respecto, ya que la posición del TS no es la que se corresponde con esta práctica, con lo cual, y pese a lo afirmado por el TEDH en las sentencias de referencia, en principio se podrían destruir esas presunciones filiatorias que dan por bueno los títulos judiciales extranjeros, y en algunos casos las certificaciones registrales extranjeras.

En nuestra opinión, la cuestión es sumamente controvertida y se alumbran dudas de considerable magnitud. En un principio, sería válido sostener que el Estado pretende ser coherente con la nulidad que arroga cualquier contrato de maternidad subrogada en el ámbito del Art 10 de la LRA, pero por otro lado desea amparar y proteger al menor con el reconocimiento de la filiación biológica del padre (cuando es procedente), y prescindiendo de la gestante, pretende decirle a la madre por encargo, que su postura no puede quedar legitimada desde el inicio por la expresa prohibición de nuestro ordenamiento de la GPS, por lo que no le queda más remedio a la nueva madre así surgida, que recomendar la convivencia y el expediente de adopción.

¿Ello es congruente con nuestro sistema legal? La verdad es que sí. Ahora bien, en sentido contrario se podría pensar, ¿Qué sentido tiene que una pareja, progenitor él y madre no biológica ella, pero madre por voluntad propia, se le niegue una filiación que es acorde con la realidad y convivencia ab-initio con el menor? Pues también, y según qué posición adoptemos con la GPS podría ser igualmente congruente.

No nos engañemos, la segunda posibilidad de facilitar a toda costa la filiación de las GPS realizadas fuera de nuestro país favorecerá notoriamente el empleo y uso de

las mismas, y reproduciríamos aquí todas las consideraciones sobre el lucro, la explotación de la mujer, la afectación de su dignidad etc., pero también el dar paso a una GPS en fraude de ley al alcance de los que tienen solvencia económica en detrimento de los que carecen de la misma.

El debate está abierto. A la luz de todo esto, el legislador y la administración tendrían que razonar muy seriamente qué es lo que está fallando para que los expedientes de adopción sean engorrosos e interminables, y no estén dando los frutos deseados, tanto para los menores como para los adoptantes, y determinen, que las personas busquen vías de maternidad y de relación familiar por la vía rápida en los vientres de alquiler o cesión que tantos y tantos interrogantes comportan como señalamos en el primero de nuestros epígrafes.

**REFLEXIONES DE UN
TESTIGO DE EXCEPCIÓN SOBRE
LA MATERNIDAD SUBROGADA.
A PROPÓSITO DEL INFORME
DE LA COMISIÓN CENTRAL
DE DEONTOLOGÍA**

Manuel Fernández Chavero

*Médico.
Especialista en Medicina del Trabajo.
Vocal de la Comisión Central de Deontología del CGCOM.
Vocal de Medicina Privada por Cuenta Propia
del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de la provincia de Badajoz*

Prefacio

Según definición de la Organización Médica Colegial, “La Comisión Central de Deontología, Derecho Médico y Visado (CCD) es la Comisión Especializada de carácter técnico, asesor y consultivo del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de España (CGCOM), en todas las cuestiones y asuntos relacionados en materia de ética y deontología médica (art. 26.1 de los Estatutos del Consejo General). Sus informes no serán vinculantes para los órganos de gobierno de la Organización Médica Colegial, pero estos serán siempre especialmente valorados. Asesorará al Consejo en todas las cuestiones y asuntos relacionados con la materia de su competencia; informar los recursos interpuestos ante el Consejo contra las decisiones de los Colegios en estas cuestiones y tramitar las comunicaciones que corresponda elevar a la Administración en esta materia” .

La Organización Médica Colegial asume como uno de sus objetivos prioritarios la promoción y desarrollo de la deontología profesional, y contempla en sus estatutos un Código de Ética y Deontología Médica.

Miembros de la Comisión Central de Deontología en el momento actual

- Dr. D. Enrique Villanueva Cañadas, **Presidente.**
- Dr. D. Joan Monés Xiol, **Secretario.**
- Dra. Dña. María Castellano Arroyo, **Vocal.**
- Dr. D. Jacinto Bátiz Cantera, **Vocal.**
- Dr. D. Antonio Labad Alquezar, **Vocal.**
- Dr. D. Manuel Fernández Chavero, **Vocal.**
- Dr. D. Diego Murillo Solís, **Vocal.**
- Dr. D. Ángel Hernández Gil, **Vocal.**
- Dr. D. Julio García Guerrero, **Vocal.**
- Dr. D. Juan A. Pérez Artigues, **Vocal.**
- Dr. D. Agustín Zamarrón Moreno, **Vocal.**
- Dr. D. Manuel García del Río. **Vocal**

La Comisión Central de Deontología, siempre atenta y sensible a los problemas éticos y deontológicos que el progreso científico pueda generar, pero también, y no en menor grado, a los cambios y evolución social, consideró oportuno, desde el inicio de su andadura, allá por el 2015, someter a reflexión un tema tan controvertido como era, y es, la Maternidad Subrogada, conocida en el lenguaje coloquial como Vientres de Alquiler.

Quizá la CCD fuese la primera en manifestarse sobre este tema, en la certeza de que era una cuestión que, más pronto que tarde, estaría en la mesa de políticos, juristas, medios de comunicación y por supuesto operadores de la ética y la deontología (la comisión Nacional de Bioética publicó un documento sobre este particular). Es un tema sensible, de una gran carga ideológica, pero mucho más de un contenido médico y deontológico de primera magnitud. Por eso lo abordamos.

Un tema quizás magnificado por la repercusión mediática de algunos personajes famosos usuarios de la técnica, pero de una realidad a veces dramática. La CCD no podía renunciar en esta materia al liderazgo que por razones tanto estatutarias, como por la competencia de sus miembros, debe tener en aquellos temas que preocupan y a veces afligen a la sociedad.

El primer ponente fue el Dr. D. Manuel García del Río, especialista en Neonatología y profesional altamente cualificado en este tipo de cuestiones. Tras el primer estudio, la Comisión entendió que había que abordar los aspectos legales y ampliar la casuística e incorporó a la ponencia al Dr. D. Ángel Hernández Gil. Médico Forense, Máster en Ética Médica y experto en Derecho Sanitario.

La Comisión Central tras un largo periodo de trabajo y una ardua labor de asesoramiento, estudio, valoración y meditación profunda elaboró un informe que fue remitido a la comisión permanente de CGCOM y esta lo envió a todos los Colegios de Médicos de España. Algunos colegios lo colgaron en la red y de este modo el documento se ha hecho público, siendo hoy del dominio general y saliendo del ámbito estricto de la Comisión

Con motivo del IV Congreso Nacional de Deontología Médica celebrado en Málaga durante los pasados días 20, 21 y 22 de abril, la CCD dedicó una mesa redonda a este tema. Con ello quería dejar clara su postura de que se consideraba una cuestión que merecía un debate abierto y que los componentes de las distintas comisiones deontológicas, provinciales y autonómicas, deberían conocer la postura oficial de la Comisión Central.

Los ponentes elegidos por la CCD para la mesa fueron D. Manuel García del Río, D. Ángel Hernández Gil y la Dra. Doña María Castellanos. Una Mesa de especial valor y significado por cuanto las opiniones expresadas, así como el debate posterior, tenían el respaldo y refrendo de la CCD

Por tanto la Comisión Central ha hablado sobre este tema a través del Informe y de la Mesa Redonda

Quizás lo más ortodoxo habría sido que este trabajo lo firmase la Comisión en pleno, respondería entonces al sentir de la CCD sin intermediarios, pero la Comisión no puede firmar este tipo de trabajos. La segunda opción es que lo hicieran los autores de la ponencia que dio origen al Informe antes referido. La tercera opción es que yo, como Vocal de la CCD, Vocal del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz y co-participe en las reuniones y meditaciones que tuvieron lugar sea ese testigo de excepción al que hace referencia el título.

Por tanto mi interés como autor no es colgarme unos méritos que, en el improbable e hipotético caso de merecerlos, serían siempre compartidos, sino dar a conocer el trabajo de la Comisión, un trabajo duro y honesto, que hasta ahora no ha tenido el refrendo que hubiésemos querido, pero que seguro lo tendrá, porque cada vez son más el número de personas que se identifican con nuestra posición

El Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, fiel a su espíritu formativo, y a su constante preocupación y desvelo por abordar todas aquellas cuestiones que tengan o puedan tener como protagonistas a los médicos con independencia de su nivel y responsabilidad asistencial, tiene como labor primordial, entre otras muchas, la edición de uno o varios libros anuales. Este año, y ante el enorme debate y presencia mediática, ha decidido abordar el tema de la Maternidad Subrogada desde todos aquellos ángulos que conforman su realidad actual.

La junta Directiva del Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Badajoz, me ha invitado a participar, como co-autor en el libro, que bajo el Título “FORMAR E INFORMAR SOBRE MATERNIDAD SUBROGADA: GESTACION POR SUSTITUCION” tiene la intención de publicar. Este encargo se justifica por mi condición, ya mencionada, de vocal de la CCD.

Introducción

La procreación ha permanecido durante siglos ligada a la Ley Natural de la cópula entre un hombre y una mujer, lo que posibilitaba la fecundación del óvulo por el espermatozoide, la formación de un nuevo individuo que, tras implantarse en el útero, se desarrollaba hasta su nacimiento.

El embrión humano es el resultado de la fecundación de un óvulo (gameto femenino) y por un espermatozoide (gameto masculino).

La esterilidad del ser humano ha ido emparejada siempre a la frustración de la maternidad o la paternidad; La Medicina, sensible en la búsqueda del bienestar de la persona, ha realizado y realizara de manera permanente un inmenso esfuerzo de investigación. El primer resultado de esta ardua investigación fue la Inseminación Artificial (John Hunter en 1790) realizándose de forma habitual en la práctica médica desde 1920.

Posteriormente vendría la Fecundación In Vitro. Era el año 1977 cuando los Dres. Patrick Steptoe (Ginecólogo) y Robert Edwards (Fisiólogo) consiguieron un embarazo viable que tuvo como resultado el nacimiento de la que fue llamada primera “niña probeta” Louis Brown.

En el momento actual tenemos ante nosotros, surgida como un tsunami social, la denominada Maternidad Subrogada, Gestación Subrogada, Gestación por Sustitución o Vientres de Alquiler. Muchas maneras de llamar a lo mismo. Una mujer que presta su útero, su cuerpo, y también su psique, para gestar al hijo de otra persona. Se trata por tanto de quitarle la condición de madre a la mujer que da a luz y concedérsela a otra persona.

Todos estos procedimientos conducen a la obtención de un embrión, un nuevo ser, con toda su dotación genética que lo determina como un ser humano único y específico, pero que su “llegar a ser” está a la merced de la voluntad de otros.

En el mes de abril de 1986 en Ann Arbor (Míchigan) nació la primera niña fruto de un programa de maternidad subrogada gestacional. La fecundación se llevó a cabo en el centro médico de Mount Sinai de Cleveland bajo la dirección del Dr. Wolf Utian. La madre biológica de 37 años de edad, histerectomizada, recurrió a una amiga de 22 años, madre de dos hijos, para que le gestara en su útero. El programa se desarrolló bajo la supervisión del abogado Noel Keane. Una de sus principales condiciones fue el mantenimiento de la confidencialidad total. Unos años antes Noel Keane había creado lo que se denominó la primera “granja” (termino sumamente peyorativo) de mujeres para subrogación.

Pero ¿realmente es el primer caso de maternidad subrogada?

Hoy día todo nos parece nuevo pero quizás tendríamos que meternos en el túnel del tiempo e irnos al Antiguo Testamento, concretamente al Génesis 16 donde puede leerse:

“Saray, mujer de Abram, no le daba hijos. Pero tenía una esclava egipcia, que se llamaba Agar, y dijo Saray a Abram: «Mira, Yahveh me ha hecho estéril. Llégate,

pues, te ruego, a mi esclava. Quizá podré tener hijos de ella.» Y escuchó Abram la voz de Saray. Así, al cabo de diez años de habitar Abram en Canaán, tomó Saray, la mujer de Abram, a su esclava Agar la egipcia, y dióselas por mujer a su marido Abram. Llegóse, pues, él a Agar, la cual concibió». Tenía Abram 86 años cuando Agar le dio su hijo Ismael.

Leído lo cual habría que preguntarse, aunque no es motivo de este libro y cuando menos de este Capítulo, si habremos experimentado una regresión moral. Llevará razón el cantautor Joaquín Sabina cuando canta eso de que “El hombre de hoy es el padre del mono del año 2000”?

Según la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Nº 826 Sección 10ª 23/11/2011 la Maternidad Subrogada es un procedimiento regulado por “un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes o subrogantes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos”.

Se entiende como subrogación uterina cuando la gestación se lleva a cabo por parte de otra mujer, llamada madre subrogada, que además de ser portadora de la gestación podrá o no, ser donante del ovocito. A su vez quienes solicitan o contratan su colaboración, denominados subrogantes o comitentes, pueden ser donantes exclusivos de los gametos, o bien de modo parcial (uno de los dos), o bien no aportar gameto alguno.

La Gestación por Sustitución genera incertidumbres, inseguridades y dilemas desde el punto de vista ético, jurídico, social, económico, científico o religioso.

La legislación española vigente prohíbe y sanciona de modo expreso la gestación por sustitución (arts. 220 a 222 del Código Penal y art. 10.1 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana); ante esta situación algunos ciudadanos optan por esta práctica en otros países para satisfacer el deseo de tener hijos.

Todo ello ha motivado que en la actualidad exista en la sociedad un vivo debate sobre la necesidad y la pertinencia de una reforma de la legislación vigente. Debate que suscita dudas desde el punto de vista ético, jurídico y deontológico, tanto en el colectivo médico como en la propia sociedad.

La Comisión Central de Deontología viene a decir que “Dado que es esencial la in-

tervención del médico en esta práctica para que la misma llegue a buen término, se considera necesario que desde instancias colegiales se aborden las numerosas cuestiones que se plantean, con especial énfasis en los aspectos éticos y deontológicos. El vigente Código de Deontología Médica (CDM), no trata, por razones obvias, las cuestiones deontológicas derivadas de esta práctica, porque es ilegal y además no había una demanda social, que exigiera su regulación, pero en este momento hay un cambio sustancial”

Por todo ello la CCD considera necesario que hay que llevar a cabo un análisis de las consecuencias médicas derivadas de estas técnicas, tanto en la madre gestante como en los futuros hijos, así como exponer las consideraciones éticas y deontológicas que hubiera lugar.

Si bien estas técnicas empezaron a ser utilizadas por parejas heterosexuales con problemas de fertilidad, en la actualidad también son empleadas por parejas homosexuales masculinas o femeninas o por una mujer o un varón solos.

Dicho todo lo anterior creo haber completado la primera parte del título de este Capítulo: **REFLEXIONES DE UN TESTIGO DE EXCEPCIÓN SOBRE LA MATERNIDAD SUBROGADA.**

Siguiendo con la segunda parte del título: **A PROPÓSITO DEL INFORME DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA**, y de manera “textual”, el mencionado Informe viene a decir:

Tipos de maternidad subrogada según la finalidad de la madre gestante.

- *Comercial* o lucrativa, en la que existe una retribución tanto a la madre gestante, como a las empresas intermediarias, con la existencia de un verdadero e importante negocio económico, lo que motiva, desde diversos círculos importantes reproches éticos, hasta el extremo de ser denominada *mercenaria*. En nuestro país esta modalidad es, sin género de dudas, la más utilizada por las parejas comitentes, generando el denominado *turismo reproductivo*.
- *Altruista*, sin compensación económica alguna, llevadas exclusivamente por un principio solidario o caritativo, si bien determinadas legislaciones permiten que se reparen los gastos estrictamente necesarios derivados de la gestación, e incluso los sufridos por la pérdida de ingresos. Suele mediar una relación familiar o de amistad entre gestante y comitentes. En algunos países se considera como el único tipo permitido legalmente.”

Consideraciones Éticas y Deontológicas respecto a una posible regulación de la maternidad subrogada.

Fundamentos alegados a favor de legalizar la Gestación Subrogada.

- La Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida vigente en España, trató de ampliar las posibilidades de la mujer para ser madre, permitiendo la utilización de dichas técnicas, tanto a parejas de mujeres, como a mujeres solteras, y accediendo a la donación de óvulos, espermatozoides o incluso de ambos gametos. Pero la situación actual en nuestro país permite hechos ciertamente contradictorios. Así, una mujer con útero, sin pareja masculina y sin ovarios, puede llegar a ser madre, pero otra sin útero y con posibilidad de aportar óvulos no puede llegar a serlo.
- Asimismo, se reivindica que en un estado, el español, en el que se considera primordial el derecho a la igualdad, si se protege y amplía la posibilidad de la mujer a ser madre, se debería hacer lo mismo con el hombre a ser padre, por lo que se reclama que la permisividad al acceso a las técnicas de reproducción asistida deberían extenderse a parejas de homosexuales masculinas o a varones solos.
- Por otro lado, se refiere que resulta una evidencia para todo el mundo que la gestación subrogada es una realidad social en auge y que de ningún modo puede ser ignorada por nuestro Estado, debiendo en mayor o menor medida ser regulada por el derecho.
- Se alude también a la desigualdad social que se crea al ser sólo accesible a personas con suficiente capacidad económica.
- De otra parte, se resaltan los beneficios que de esta práctica se derivan en la que todos los intervinientes salen beneficiados de ella: las madres subrogadas obtienen un beneficio económico y una satisfacción moral al colaborar con otras personas en su deseo de tener hijos. Los nuevos padres se sentirán sumamente satisfechos con su nuevo hijo y éstos, al ser especialmente deseados, disfrutarán de un entorno familiar muy favorable.
- En algunos sectores se piensa que prohibir la gestación subrogada a la mujer supone negar su autonomía, limitar su libertad reproductiva, e impedir su colaboración en traer vida al mundo. Se llega a equiparar dicha prohibición con la de impedir la capacidad para abortar o la posibilidad de entrar en la economía de mercado.

- Otros autores entienden que un caso parangonable a la maternidad subrogada, prestación de útero y dependencia durante la gravidez es el de la lactación a niño ajeno, prestación de las mamas y dependencia. Así mismo, la maternidad subrogada legitimada por ley y arbitrada (regulada mediante contrato público), especificando riesgos y beneficios, podría asimilarse según similares tesis a aquellas prestaciones especiales que, como los ensayos clínicos de medicamentos, comportan ponderadamente generosidad, riesgo y ganancia.

Fundamentos alegados en contra de legalizar la Gestación Subrogada, fundamentalmente el tipo comercial.

- La realización de la maternidad subrogada contradice un buen número de normas y disposiciones legales de la Unión Europea, especialmente las relacionadas con la dignidad humana, la adopción, la protección de la mujer y de los niños y el tráfico de personas.
- Desde un prisma ético y deontológico especialmente se cuestiona si puede llegar a hablarse de "*consentimiento libre e informado*" en el caso de relaciones sociales entre individuos que no se encuentran en pie de igualdad, cuando existen notables diferencias de clases sociales con la/s persona/s subrogantes y median importantes compensaciones económicas, al prestarse algunas madres gestantes únicamente por motivos económicos. Se llega a trasladar si no nos encontramos en una nueva forma de mercado lucrativo a costa de mujeres que quieren salir de la miseria.

Son numerosas las opiniones de los expertos que cuestionan la capacidad del libre consentimiento de la madre subrogada, especialmente ante ausencia de la debida formación, información y asesoramiento legal. Además, la capacidad para decidir libremente puede verse limitada en cuestiones muy conflictivas que inicialmente no lleguen a plantearse: capacidad de continuar o no con un embarazo múltiple o con anomalías genéticas (trisomía del 21), capacidad de decidir sobre un futuro parto con o sin cesárea o capacidad de continuar un embarazo tras complicaciones de salud en la madre y/o en el feto. Se cuestiona igualmente la imposibilidad de revocar contratos. En España la Ley 41/2002 permite retirar el consentimiento para cualquier acto sanitario, se encuentre en la situación en que se encuentre, y la Ley 2/2010 de interrupción voluntaria del embarazo permite abortar libremente dentro de las primeras 14 semanas.

- Por otro lado, la madre subrogada se somete a un *control y dominio estricto* por parte de la/s persona/s contratante/s, hecho totalmente inaceptable desde un punto de vista ético. Cuando la madre subrogada realiza un contrato a cambio de

una remuneración, la función de gestar se rige por un contrato de obligado cumplimiento, con las condiciones que disponga/n la/s persona/s que ostenta/n el derecho de paternidad y maternidad sobre el niño gestado en el vientre de la madre subrogada, que llegan a producir una instrumentalización de la mujer gestante que atenta directamente contra su dignidad.

En estos contratos existen, en ocasiones, cláusulas que afectan a parcelas íntimas de la madre gestante limitando su capacidad de autonomía con limitación de muchos de sus derechos. Sirvan como ejemplos la modificación en los hábitos de vida -imposición del tipo de alimentación, limitación de potenciales actividades físicas o laborales-, la limitación en la capacidad para conducir o viajar, la prohibición de consumo de alcohol o tabaco, la obligación de exámenes médicos periódicos, e incluso se incide en determinados aspectos de la vida privada y social, como prohibición de relaciones sexuales o separación familiar y/o social durante toda la gestación.

- La regulación legal de la gestación subrogada sin límites algunos supondría regular la *mercantilización de la vida* sujeta a las normas del mercado, y considerar al niño un producto comercial, objeto de transacción económica. En algunos contratos se establece un control de calidad tanto en la elección de la madre como en la del niño resultante. Varias empresas que ofrecen servicios de gestación subrogada llegan a mostrar catálogos con fotografías de las posibles madres disponibles con información específica de cada una de ellas: historial médico de la posible gestante, raza, origen, religión, estudios cursados y rasgos de la personalidad.
- En algunos contratos *se exige que el niño nazca sano* y la posibilidad de rechazo por parte de la/s persona/s contratantes sino cumple esta característica. Dicha exigencia comporta un marcado reproche ético, al considerar al futuro niño *como un objeto de compra-venta*, auténtico producto comercial, llegando al extremo de que en muchos contratos se establece que la madre subrogada debe devolver el dinero si no logra dar a luz o si el hijo no cumple con las condiciones de salud establecidas. Esta transacción viola la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece "*la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro*". Muy conocido fue el caso de Pattaramon Chanbua, tailandesa que ante su situación de pobreza accedió a ejercer de vientre de alquiler para ganar dinero, y se le obligaba a abortar a uno de los gemelos que gestaba por tener Síndrome de Down. No obstante, ella siguió adelante con el embarazo de los dos hijos y al nacer, se quedó al bebé con trisomía 21, mientras que la pareja contratante se llevó al bebé sano, a pesar de reclamarlo judicialmente la madre biológica con denegación del mismo.

- Con la maternidad subrogada podrían suscitarse *conflictos por presunta paternidad/maternidad* por parte de hasta seis personas: la madre genética o biológica (donante del óvulo); la madre gestante (el vientre de alquiler); la mujer que “ha encargado” el niño; el padre genético (el donante de esperma); el marido o pareja de la madre gestante (que “tiene la presunción” de paternidad); y el hombre que “ha encargado” el niño o niña. Situaciones muchas de ellas que serían contrarias al contenido de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente.
- La inmensa mayoría de las normativas extranjeras que regulan la gestación subrogada impiden al recién nacido conocer su origen e *identidad biológica*, tal como exigen los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño. La Constitución Española garantiza el derecho de los hijos a indagar su filiación, sin que este derecho prescriba nunca.
- La maternidad corresponde a *la más íntima de las relaciones de la mujer*. La venta o alquiler del propio cuerpo implica, en última instancia, a la totalidad de la persona, y afecta directamente a la relación de la madre con su hijo, algo que no es externalizable. Se puede externalizar la gestión de determinados servicios en las empresas, pero nunca las relaciones personales, especialmente la relación de una mujer con su hijo.
- Se desprecian en numerosos contratos actuales los *posibles daños psíquicos* derivados de estas técnicas tanto en la madre subrogada como en la futura descendencia, a pesar de evidenciarse en estudios científicos los vínculos biológicos existentes entre feto y madre gestante.
- Es sumamente criticada la presión realizada sobre las madres subrogadas para que no tengan *ningún sentimiento afectivo* hacia sus hijos y la ausencia de información respecto al estado de sus hijos una vez dan a luz y lo entregan a la persona/s contratantes.
- Se cuestiona de modo muy crítico el carácter *altruista* contemplado en algunas normativas legales pues la *compensación* supuestamente resarcitoria excede en ocasiones de modo notable de los gastos razonables habituales derivados de un embarazo. En este sentido, se entiende que la indemnización compensatoria debe ser sometida a controles exhaustivos.
- Determinadas asociaciones jurídicas relacionan la maternidad subrogada comercial en algunos países con redes de prostitución que ofrecen pasaportes o contratos a cambio de la maternidad fallida, convirtiéndose dicha práctica en una nueva forma

de explotación sexual y de tráfico de personas -niños y mujeres-, atentando gravemente a la dignidad humana.

Derechos en Conflicto.

En la maternidad subrogada, la *dignidad de la mujer* está en cuestión. La dignidad es el muro maestro sobre el que asientan todos los derechos de la personalidad. Sin dignidad no hay libertad y sin libertad no hay licitud, ni legitimidad ética en el proceder humano. Los derechos de la personalidad son derechos de primera generación, que como derechos naturales no precisan de regulación legal para que el Estado tenga el deber de protegerlos y ampararlos. Toda norma que los conculque o los ponga en riesgo, debe ser declarada éticamente reprobable y legalmente nula. No hay, ni puede haber un derecho a la maternidad, que se configure como derecho *prima facie* y mucho menos si este hipotético derecho se construye sobre la dignidad de la mujer.

Conclusiones

- 1.- La maternidad subrogada o por sustitución, práctica en la que confluyen diversas convicciones deontológicas, éticas, legales, sociales y religiosas, es una realidad actual en la que se afectan derechos y deberes de todos sus integrantes, por lo que se aconseja que su posible regulación jurídica debería estar debidamente fundamentada desde un punto de vista científico.
- 2.- La maternidad subrogada, derivada de un contrato comercial, se considera contraria a los principios de la deontología médica, dado que el consentimiento que presta la madre subrogada, para este acto médico, no cumple lo exigido por la Ley 41/2002 ni por el CDM, ya que, al estar mediatizado por la prestación económica, no es completamente libre.

En este acto pueden darse los siguientes vicios al consentimiento: falta de información o de conocimiento suficiente, escasez de recursos económicos, necesidad agobiante del dinero para salir de situaciones de miseria o afrontar otras necesidades vitales. Todo ello hace que en estos procedimientos, se encuentre alterada notablemente su capacidad volitiva y de libre decisión, y por ende su consentimiento libre, lo que resulta inadmisibles desde un punto de vista ético y deontológico.

- 3.- La maternidad subrogada comercial atenta contra la dignidad de la persona, tanto de la madre subrogada como de la futura descendencia. Su regulación, supondría admitir la mercantilización de la vida sujeta a las normas del mercado, y considerar al recién nacido un producto de transacción económica. Disponer comercialmente del cuerpo de las mujeres lesiona gravemente su libre autonomía y limita muchos de sus derechos.
- 4.- Sólo sería acorde a la deontología médica la maternidad subrogada con carácter altruista, a la que se podría denominar maternidad por poderes. Se delega en una mujer, que se ofrece por generosidad y sin recompensa alguna. Deberían quedar a salvo todos los intereses del menor, empezando por el derecho a conocer a sus progenitores biológicos.
- 5.- La maternidad subrogada altruista, según la deontología médica, sólo debería ser aceptada como una última alternativa terapéutica al resto de técnicas de reproducción humana asistida para aquellas personas que tengan imposibilidad de tener descendencia debidamente acreditada. En ningún modo debe ser aceptada deontológicamente por motivos estéticos, laborales, de simple comodidad o de naturaleza análoga.
- 6.- Se entiende que, en cualquier futura regulación legal, la gestación subrogada altruista tendrá los mismos derechos que la gestación convencional.
- 7.- Se aconseja que la madre subrogada altruista tenga ya descendencia, con el deseo genésico ya cumplido y con experiencia sobre los riesgos e inconvenientes de un embarazo.
- 8.- No debe admitirse la maternidad subrogada altruista cuando no hay aportación genética de ninguna de las personas comitentes, excepción hecha para el caso de la implantación de un embrión adoptado, pues ya existe la adopción como posibilidad para tener descendencia, y la utilización de esta última evitaría posibles complicaciones en madres subrogadas. Sería apropiado que la madre subrogada altruista no aportase su óvulo para evitar vínculos genéticos con el recién nacido.
- 9.- Una hipotética regulación de la maternidad subrogada altruista debería mostrar especial atención y consenso en relación a determinados aspectos: posibilidad de intervenir como gestante en caso de parentesco por consanguinidad en línea directa, el anonimato de las donaciones, la capacidad de decisión sobre la interrupción terapéutica del embarazo, posibilidad de tiempo de reflexión para en-

tregar al recién nacido, la forma de vida que debe llevar la embarazada, el control de los gastos económicos a compensar y las consecuencias derivadas de la rescisión de un contrato de gestación.

- 10.- Sería aconsejable la existencia de un registro oficial para los casos de gestación subrogada altruista, que fomente la investigación científica en aras de legislar adecuadamente los derechos y deberes de todos los participantes en el proceso.
- 11.- Los médicos han de saber que realizar un certificado falso de parto o colaborar en una suposición de parto o en la alteración de la paternidad, estado o condición del menor son delitos tipificados en el Código Penal castigados con penas de multa, prisión o inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión médica (art. 397 y 222).
- 12.- Como en todo acto médico, siempre se encuentra a disposición de los facultativos la posibilidad de acogerse al derecho de objeción de conciencia recogido en el capítulo VI de nuestro Código de Deontología Médica (arts. 32 a 35).
- 13.- Si alguna parte interviniente mantuviera dudas respecto al procedimiento, es recomendable recurrir al Comité de Ética Asistencial correspondiente.”

MATERNIDAD SUBROGADA GRUPO POPULAR (PP)

Teresa Angulo Romero

Portavoz de Sanidad del Grupo Parlamentario Popular (PP)

Vivimos en un mundo que se encuentra en constante cambio. Esto nos obliga a adaptarnos a las transformaciones sociales, económicas, culturales, científicas y tecnológicas, intentando dar soluciones a los nuevos retos que se presentan. Uno de esos actuales desafíos es la maternidad o gestación subrogada, que plantea disolver la vinculación entre la gestación y la maternidad.

Siendo conscientes de la existencia de esta nueva realidad, no pretendemos eludir ni ignorar este debate. No queremos rechazarlo ni aceptarlo sin entrar en el fondo de la cuestión mediante un análisis pormenorizado. Los políticos asumimos el compromiso de dar las mejores respuestas a estas nuevas cuestiones. Estas respuestas deben ajustarse a lo que vive y siente la sociedad en su conjunto y, lógicamente, también a lo que viven y sienten nuestros votantes.

En el XVIII Congreso del Partido Popular que tuvo lugar en febrero de este año, dentro de la Ponencia Social, el punto 65 del apartado V *“Nuestro compromiso a favor de la familia”* establecimos que: *“Uno de esos nuevos debates presentes en la sociedad española hace referencia a la gestación subrogada. Y en el ámbito de esta realidad se encuentran los niños que llegan en este momento a España y que han nacido por ese sistema en otros países. Todo ello responde a una realidad sobre la cual existen opiniones y posiciones diversas”*.

Por tanto, desde el Partido Popular hemos actuado de la única manera que entendemos que puede llevarse a cabo una discusión si buscamos la manera más satisfactoria de solventarla: escuchando y dialogando con las personas, ya que son las que se enfrentan a ello; y recabando la opinión de todos los expertos que quieran exponerla con el fin de sopesar los pros y los contras de los múltiples caminos existentes. Este es el primer paso para poder construir una certidumbre que se asiente sobre esos elementos comunes con los que la mayoría podamos sentirnos identificados, siempre desde la convicción de que la información nos hace más libres a la hora de decidir.

Entendemos que la frustración de la voluntad de ser padres por medios naturales causa un inmenso dolor. Es por ello que la sociedad ha sabido aprovechar esos avances científicos, médicos, tecnológicos y culturales de los que hablábamos antes, para dar a las personas diferentes posibilidades para poder ser madres y/o padres.

Sin embargo, la maternidad subrogada es una cuestión muy delicada y extremadamente sensible. No es un asunto que pueda solventarse de una manera simplista, entendiéndola como una técnica más de reproducción asistida.

Partiendo de la base de que ser madres o padres no es un derecho, es necesario hacer un balance exhaustivo entre la satisfacción del deseo de paternidad mediante la gestación subrogada y los derechos fundamentales, tanto de la madre gestante, como del hijo.

En el ámbito comunitario, en diciembre de 2015 el Parlamento Europeo aprobó por Resolución el Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo 2014, estableciendo lo siguiente: “condena la práctica de la subrogación, que socava la dignidad humana de la mujer dado que su cuerpo y sus funciones reproductivas son usadas como un *“commodity”*. Considera que la práctica de la subrogación gestacional que involucra la explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de otro orden, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, debe ser prohibida y tratada como un asunto de urgencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

En marzo de 2016, el Comité de Asuntos Sociales y Salud del Consejo de Europa rechazó el procedimiento de la maternidad subrogada.

Por tanto, la práctica de la gestación por sustitución es contraria a la legislación europea y a las normas internacionales, en particular: a la Declaración de los Derechos del Niño (1989); a lo establecido en la Convención para la eliminación de la discriminación de la mujer (1979); en la Convención sobre la adopción (1967 y 1993); en la Convención sobre la trata de seres humanos (2005) y sobre Derechos Humanos y Biomedicina.

En el ámbito nacional, la maternidad subrogada no está permitida, y así lo recoge el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, considerando nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución.

Hay voces que plantean la existencia del problema de la determinación de la filiación de los hijos nacidos en virtud de contratos de gestación subrogada en el extranjero. Sin embargo, en junio de 2014 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó sentencia a favor del reconocimiento de la filiación de los menores nacidos mediante gestación por sustitución y los progenitores que han acudido a este método reproductivo. Esta sentencia ha sido utilizada en varios países europeos, para poder inscribir a los menores nacidos por gestación subrogada. Entre ellos España, que a través de la Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, permite la inscripción de estos menores en el Registro Civil, exigiendo que uno de los padres sea español, que el alumbramiento se haya producido

en un país en el que este procedimiento este admitido por la ley y que exista una resolución judicial que tutele todo el proceso. De esto se deriva que no tengan fundamento en España los argumentos que se utilizan a favor de la maternidad subrogada basados en evitar la desprotección de los menores por la imposibilidad de establecer su filiación.

Como hemos dicho, en el Partido Popular lo importante son las personas. Lograr ese equilibrio en el que podamos dar respuestas a las nuevas demandas sociales, sin lesionar los derechos de terceros.

Es por ello que si llegásemos a adoptar un posicionamiento a favor de la maternidad subrogada necesariamente tendría que cumplir una serie de requisitos sobre los que existe un claro acuerdo y convicción.

En primer lugar, habría que tomar todas las medidas pertinentes, a través de una regulación clara, exhaustiva, extremadamente garantista y no sujeta a interpretaciones, con el fin de que la gestación subrogada nunca supusiera una forma de explotación de las mujeres.

Otro elemento en el que estamos absolutamente de acuerdo, y así lo entienden los sistemas jurídicos occidentales, es que el cuerpo humano nunca puede ser objeto de comercio. En aquellos países en los que la maternidad subrogada no está regulada de manera altruista, es el método de reproducción asistida más caro, llevado a cabo a través del establecimiento de una remuneración económica elevada y regulada por contrato. Esta compensación se justifica por el riesgo al que se expone la madre gestante de sufrir serias consecuencias físicas y psicológicas, tanto durante el embarazo, como después del parto. De esta manera se mercantiliza el cuerpo de las mujeres. La asimetría socio-económica subyacente entre la parte contratante y la contratada, da lugar a que sean las mujeres con menos recursos económicos y las más vulnerables las que más se presten a esta práctica. De esta desigualdad se derivan toda clase de perjuicios para la madre gestante.

Otro argumento para defender un rechazo frontal a la gestación subrogada en la que medie una prestación económica es que, de la misma manera en la que se pone un precio al cuerpo de las mujeres, al ser el hijo el objeto del contrato, éstos se convierten inevitablemente en productos mercantiles.

En cuarto lugar, y no menos importante, es necesario prestar una especial atención a la protección de los derechos del menor nacido mediante gestación por sustitución. La vulnerabilidad de los mismos obliga a ser particularmente cautelosos cuando nos

referimos a esta figura, y gracias a la Convención sobre los Derechos del Niño, en vigor desde 1990, los menores dejan de considerarse meros objetos de protección para convertirse en plenos titulares de derechos.

Todos los que formamos parte del Partido Popular somos conscientes de ello y durante la pasada legislatura trabajamos sin descanso para convertir a España en el primer país en establecer la defensa del interés superior del menor como principio interpretativo, derecho sustantivo y norma de procedimiento. Esta incorporación supuso la modificación de las leyes de protección a la infancia, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, el Código Civil, la Ley de Adopción Internacional, o la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, entre otras.

Como establecimos anteriormente, la necesidad de una regulación clara, exhaustiva, extremadamente garantista y no sujeta a interpretaciones de la maternidad subrogada, se hace especialmente necesaria en el caso de los menores, puesto que la defensa y protección de sus derechos e intereses nunca podría quedar al arbitrio de lo establecido en un contrato.

Finalmente, lo que podemos afirmar de una manera rotunda es que el Partido Popular siempre coloca a las personas en el centro de sus políticas, protegiendo de una manera más especial a aquellas más vulnerables y siendo la infancia y la salvaguarda de sus derechos una prioridad para nosotros. Nos queda mucho por escuchar y mucho por aprender con el fin de llegar a una respuesta clara y de amplio consenso ante una cuestión transcendental que afecta a la vida, a la dignidad humana y a la conciencia de todos.

**DESDE EL SOCIALISMO DECIMOS NO
A SOCAVAR LOS DERECHOS DE LA INFANCIA
Y LAS MUJERES CON LA LEGALIZACIÓN
DE LOS VIENTRES DE ALQUILER (PSOE)**

Lidia Guinart Moreno

*Diputada por Barcelona en el Congreso de los Diputados
Grupo Parlamentario Socialista (PSOE)*

El debate sobre la mal llamada maternidad subrogada olvida algo que está en la esencia de esa misma denominación: la vulneración de los derechos fundamentales de las mujeres gestantes. Derechos a su integridad física y a su integridad moral. Las mujeres no son, no somos, meros recipientes dispuestos para producir una “mercancía”. Y tampoco los neonatos son mercancías aptas para comprarse ni venderse. Dicho de otro modo: La legalización de los vientres de alquiler – denominación más ajustada a la realidad de la cuestión que nos ocupa- supondría una mercantilización de las mujeres, de su cuerpo, a todas luces inaceptable desde el socialismo.

Así lo hemos dejado claro en la resolución del 39 Congreso del PSOE: *“Los vientres de alquiler suponen una mercantilización de las mujeres. El Partido Socialista no puede abrazar ninguna práctica que pretenda socavar los derechos de las mujeres ni de niñas ni apuntalar la feminización de la pobreza. Se deberán promover y facilitar los mecanismos de adopción.”* Son muchas y muy poderosas las razones por las que desde el socialismo no podemos ni queremos ceder a las presiones mercantilistas que apuntan a la regulación de los vientres de alquiler.

En primer lugar, la maternidad es un hecho biológico, psicológico y emocional que no termina en la gestación, de manera que gestación y maternidad son indisolubles, inseparables, porque forman parte del mismo proceso humano. Así que el concepto de maternidad subrogada no sólo es un eufemismo sino que es un concepto contradictorio. La renuncia irrevocable de la mujer gestante al derecho de filiación y a la custodia de su hijo o hija es una exigencia que plantean los contratos de subrogación. Sin esa cláusula, claramente constitutiva de abuso contractual en tanto en cuanto lleva implícita una renuncia a los derechos fundamentales de una de las partes, el “invento” no funciona. No debemos olvidar que la legislación vigente otorga a la madre la filiación por parto. La Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida detalla en su artículo 10 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 a favor del contratante o de un tercero” y añade que “la filiación de los hijos/as nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

¿Deberíamos modificar la legislación para permitir esta práctica? Rotundamente no. No, porque no cabe caer en la trampa de la mercantilización del cuerpo de las mujeres ni en la del mito de la libre elección. Como bien apunta Ana de Miguel¹, “el neoliberalismo económico encuentra, en la desigualdad de género y el neoliberalismo sexual, una importante fuente de legitimación del núcleo de su discurso: todo tiene

un precio". Para nosotras y nosotros las y los socialistas, que también somos feministas, está claro que hay cosas que ni se compran ni se venden, y una de ellas son los derechos, la dignidad y la libertad de las mujeres. No es cierto, como algunos presumen, que haya montones de mujeres altruistas dispuestas a gestar y luego ceder sin remuneración a cambio a sus hijos a otros que no pueden tenerlos y a los que no conocen. No existen, como se ha demostrado allí donde, como en el Reino Unido, se ha pretendido regular en ese sentido.

Y las mujeres que acceden a ser un vientre de alquiler remunerado no lo hacen libremente, porque son víctimas de su propia situación de precariedad económica y social, de su propia vulnerabilidad. De ella sacan provecho y se lucran de manera muy especial las agencias de intermediación, así como los médicos y abogados que intervienen en esa transacción mercantil. A cambio, ellas perciben una mísera parte del pastel económico que genera el contrato de gestación subrogada y, eso sí, se someten a los riesgos que todo embarazo supone, por controlado que esté, y renuncian a todos sus derechos, incluidos el de interrumpir su embarazo o retractarse de la cesión de su hijo o hija a terceros. Por lo tanto, se trata también de una negativa que atiende a la defensa de los intereses de las mujeres más pobres, que son a las que la legalización de los vientres de alquiler perjudicaría en mayor medida.

Pero es que, además, cualquier regulación que incida sobre esta cuestión para abrir una puerta a su legalización vulnera los derechos de la infancia, al convertir a los y las menores en meros objetos para la transacción, aumentando el riesgo de tráfico de niños, tal y como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño. ¿O acaso vamos a pasar de la condena de los bebés robados al aplauso de los bebés comprados?

Quienes defienden la regulación de esta práctica hablan de los derechos a ser padres o madres. Otra falacia. La paternidad biológica no es un derecho. Puede ser la expresión de un deseo, lo cual es muy respetable y hasta comprensible. Pero no es un derecho, menos aun cuando implica la necesaria vulneración del derecho de otra u otras personas – la madre de alquiler y su hijo o hija- para satisfacerlo.

El Comité de Bioética de España ha señalado recientemente en un informe² que todo contrato de gestación por sustitución, lucrativo o altruista, entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor que no pueden aceptarse por principio. Este comité ha reconocido que la gestación altruista viene acompañada de la comercial, bien porque se acaba aceptando en el propio país donde se reguló la altruista o bien porque quienes no pueden satisfacer su deseo de paternidad atendiendo a esa legalización de los vientres de alquiler altruistas – ya que, evidente-

mente, no se dan en la realidad- terminarán sirviéndose de la gestación comercial en el extranjero. Una razón más, pues, para oponerse a esa regulación “de mínimos”.

Estamos de acuerdo en que las vías legales y éticamente aceptables de filiación, más allá de la biológica, concretamente la adopción, no funcionan como sería necesario que lo hicieran. Por eso es necesario mejorar y agilizar el proceso de adopción, de manera que pueda beneficiar a miles de niños que actualmente necesitan una familia y no la tienen. Eso sí sería velar por el interés del menor. Ahí sí nos encontrarán. Pero nunca en el abrazo a ninguna práctica que pretenda socavar los derechos de las mujeres y de los niños y niñas, ni apuntalar la feminización de la pobreza.

¹ Ana de Miguel, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección. Cátedra, 2015.*

² *Comité de Bioética de España. Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. Mayo de 2017.*

CON LA COLABORACIÓN DE

