

EL DEBATE SOBRE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN ESPAÑA: ENTRE EL DESEO, LA DIGNIDAD Y LOS DERECHOS

ANA MARRADES PUIG

*Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional
Universitat de València*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN AL DEBATE. II. EL DESEO DE TENER HIJ@s. III. EL DERECHO A TENER HIJ@s. IV. HACIA LA REGULACIÓN «GARANTISTA»: A VUELTAS CON EL ALTRUISMO. V. LOS «NO» DERECHOS DE LAS MUJERES GESTANTES. 1. Renuncia a la filiación. 2. El derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes. 3. Derechos de libertad. 4. La afectación a la dignidad. VI. CONCLUSIONES.

Palabras clave

Gestación subrogada; Dignidad; Derechos y deseos.

Resumen

El ordenamiento jurídico español dispone de regulación para los supuestos de gestación por sustitución, sin embargo ésta no satisface a ninguna de las partes enfrentadas en el apasionado debate que está teniendo lugar en nuestra sociedad actual. Por lo que se reclama por varios sectores de la misma una regulación específica que esclarezca la encrucijada judicial y normativa a la que se ven sometidas las personas que persiguiendo el deseo de tener descendencia han optado por acudir a esta práctica en otros países donde es legal, a pesar de que con ella se vulneren derechos de las mujeres gestantes o de los y las menores que nazcan. Así pues, la dignidad de las mujeres gestantes y sus derechos quedan a expensas de los deseos que pretenden convertirse en derechos de otros.

I. INTRODUCCIÓN AL DEBATE

Parece que el debate parte de dos posiciones encontradas: quienes consideran que no debe legalizarse la gestación por sustitución o subrogada, o que debe regularse para prohibirla internacionalmente o reforzar la legislación vigente para que se consideren nulos también los contratos celebrados en el extranjero¹; y quienes consideran que la gestación

¹ Comité de Bioética http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf y Red Estatal contra el alquiler de

subrogada es un derecho (en palabras de algunos) o una práctica, incluso una técnica de reproducción asistida², que debe ser regulada y legitimada en España.

Quienes se oponen basan sus argumentos en que la gestación subrogada constituye una explotación y mercantilización de las mujeres y el tráfico de menores.

Quienes están a favor sostienen que se trata de un derecho de las personas —derivado del derecho a la reproducción humana—, y que además sería retrógrado no regularlo ya que vivimos en el pasado situaciones parecidas con otras instituciones³ (divorcio, matrimonio de personas del mismo sexo o reproducción asistida), el Derecho se ha tenido que adaptar a las nuevas realidades, y ahora es momento de volverlo a hacer.

Pero, veamos primero qué hay tras esas «nuevas realidades». En otra ocasión me manifesté sobre lo que éstas desconocen⁴:

Que la gestación subrogada explota a mujeres que son utilizadas solo como medios, y a los bebés, que serían objeto de transacción.

Que desprecia la adopción, sin apreciar su importancia, considerando que ésta busca amparar los derechos de los menores ya nacidos que necesitan padres, y también ignora la esencia de lo que supone ser madre o padre que en realidad no es más (ni menos) que dedicar la propia vida al cuidado de otra persona, al menos mientras sea menor.

Y por último, que existe una innegable presión social sobre la necesidad de tener descendencia que provoca sufrimiento a quienes lo desean y no lo logran, sobre el que se pretende articular el derecho.

Enlazando con esta última consideración me detendré para analizar lo que verdaderamente sostiene el deseo de ser padre o madre y por tanto el fundamento de lo que algunos llaman derecho a la procreación —que no es un derecho a la maternidad y por ello me parece que tampoco debe hablarse de maternidad subrogada sino gestación: la mujer que va a gestar no va a ejercer de ningún modo la maternidad ni va a ser madre del bebé que va a entregar tras el alumbramiento, por tanto no es una maternidad que se subroga o sustituye, es una gestación⁵, es el encargo de una gestación—.

vientres. Se trata de una plataforma de asociaciones feministas contra el alquiler de vientres <http://www.noalquilesvientres.com/>

² Asunción terminológica errónea porque no lo es, sólo sería T. R.A el procedimiento por el cual se llega a implantar el embrión en el útero de la mujer que asume gestar por encargo del o los comitentes.

³ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, «La eficacia en España de la gestación por sustitución nacida en el extranjero. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados», *AEDIPr*, T. XVII, 2017.

⁴ A. MARRADES PUIG, «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», *Estudios de Deusto*, 2017, pp. 239 y 240.

⁵ A pesar de que hay opiniones contrarias al considerar que «pretender la subrogación respecto de un proceso fisiológico insustituible, como es la gestación, solo es admisible como analogía pretenciosa e innecesaria» <https://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/> Javier González Granado.

Podemos comenzar por analizar la presión social que subyace tras el deseo de ser madre o padre, tras el estigma de la esterilidad. Los hombres que no tienen hijos son considerados menos hombres por ello debido a la asociación de la capacidad de generar con la sexual y el empoderamiento que ésta produce. Las mujeres que no tienen hijos tradicionalmente han sido consideradas inútiles, yermas, vacías... y sobre todo inservibles para desempeñar la función social que de ellas se espera: que la mujer tenga hijos constituye un importante imperativo social que por tanto proyecta la expectativa de un derecho. Quienes sostienen que existe el derecho a la procreación entienden que el derecho debe permitir que el deseo se convierta en realidad. Si son legítimas las técnicas de reproducción asistida para hacer posible ese derecho⁶, la gestación por sustitución también debería serlo porque es considerada una técnica más de reproducción asistida que haría posible el derecho a la reproducción también de un hombre individualmente o de una pareja de varones.

Según el derecho vigente en España y partiendo del catálogo de derechos de la Constitución, el derecho a tener descendencia no existe, si bien sabemos que los derechos nuevos pueden interpretarse a la luz de otros ya reconocidos en las Declaraciones universales de derechos, incluso crearse fundamentándose sobre la base de motivos, razones o necesidades imperantes. ¿Existen estas razones, motivos o necesidades fundamentales? ¿Existe un instinto de ser padre o madre?, especialmente ¿existe un instinto maternal? Si así fuera sería más fácil afianzar la necesidad de fundamentar el derecho puesto que sería algo consustancial a toda persona, sin embargo no parece que ello sea una realidad.

II. EL DESEO DE TENER HIJ@S

Si existiera un instinto maternal todas las mujeres lo tendrían y no es así⁷. El refuerzo de ese instinto ha sido llevado a cabo por el binomio sociedad/estado patriarcal que necesita mantenerlo por dos razones fundamentales: primero, por la obvia necesidad que toda sociedad tiene de producir ciudadanos⁸ y segundo, por la menos transparente pero también flagrante necesidad (aunque podríamos decir, conveniencia) que la sociedad/estado tiene de que las mujeres se sigan ocupando de las tareas del cuidado.

⁶ E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 67.

⁷ <https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/30/detach-myth-motherhood-from-reality-future-generations>

<http://www.theguardian.com/world/video/2017/march08/childless-women-why-is-society-so-scared-of-us-video>

⁸ El discurso económico de la maternidad es un resultado de la toma de conciencia que para una nación tiene la población. Silvia Tubert analiza cómo empezó a darse importancia a la natalidad y los esfuerzos que comenzaron a hacerse para frenar la sangría de seres humanos en *Mujeres sin sombra. Maternidad y tecnología*, Siglo XXI, Madrid, 1991, p. 83.

El estudio que realiza Elizabeth Badinter⁹ sobre el instinto maternal a través de la Historia demuestra más que de forma evidente que cuando en Europa han hecho falta niños se ha apelado al instinto para llamar la atención de las madres, acudiendo incluso a la ayuda que muy gustosamente prestaron los filósofos ilustrados. Cuando Francia se estaba despoblando fue necesario levantar voces de alarma. Los discursos de los principales pensadores no quedaron sin consecuencias. Rousseau afirmaba que Francia se estaba despoblando porque las mujeres ya no querían cumplir con su deber, era imprescindible impregnar la educación de las niñas con el perfil de «Sofía». Había que construir un discurso fuerte que continuase durante el siglo XIX, y se hizo muy bien. En este periodo además se acuñó también el término «madre institutriz», que tendría que formar a las niñas para que luego ellas también lo fuesen. A medida que la función maternal se cargaba de responsabilidades nuevas la «abnegación» fue un valor en alza, era fundamental introducirlo como parte integrante de la «naturaleza femenina», la fuente más segura de felicidad para las mujeres. Si la mujer no experimentaba una vocación altruista se acudía a la moral que le ordenaba sacrificarse¹⁰. Era la fórmula perfecta para asegurarse que la función materna comportaba la crianza, el cuidado y la educación de la prole. Además para completar la fórmula era imprescindible asegurar que la naturaleza es la que produce esa asignación, siguiendo entre otras las enseñanzas de Rousseau. Sin embargo, Montesquieu consideraba que la educación de «Sofía» no hacía más que perpetuar el tradicional desprecio a la mujer, porque la naturaleza no somete a las mujeres¹¹. La asociación mujer-madre-naturaleza¹² constituía la esencia del discurso. Si la naturaleza asignaba la función el problema estaba resuelto. Pero como dice Elizabeth Badinter «el instinto maternal es un mito. No hemos encontrado ninguna conducta universal y necesaria de la madre... No existe ninguna ley universal, todo depende la madre, de su historia y de la Historia»¹³.

Ya en la Introducción de su obra «Figuras de la madre», Silvia Tubert¹⁴ explica que la mayor parte de las culturas, en la medida en que se trata de organizaciones patriarcales, identifican la feminidad con la maternidad. A partir de una posibilidad biológica —la capacidad reproductiva de las mujeres— se instaure un deber ser, una norma, cuya finalidad es el control tanto de la sexualidad como de la fecundidad de aquéllas.

Durante tanto tiempo se ha concebido a la maternidad como una función de carácter instintivo, profundamente arraigada en la estructura biológica de la mujer, independiente-

⁹ E. BADINTER, *¿Existe el instinto maternal? Historia del amor maternal Siglos XVII al XX*, Paidós, Barcelona, 1991.

¹⁰ *Ibidem*, p. 223.

¹¹ *Ibidem*, p. 139.

¹² S. TUBERT, *Mujeres sin sombra. Maternidad y Tecnología*, Siglo XXI, Madrid, 1991, p. 51.

¹³ E. BADINTER, *cit.*, p. 309.

¹⁴ S. TUBERT, *Figuras de la madre*, Cátedra, Madrid, 1996, p. 7.

mente de las circunstancias temporales y espaciales en las que tiene lugar, que nos resulta difícil reconocer que, en tanto fenómeno humano, la maternidad es una construcción cultural. La función biológica de la reproducción adquiere, en el orden simbólico que define a la cultura, un valor que remite a campos semánticos complejos, definidos por articulaciones significantes, y no a un objeto supuestamente natural¹⁵.

La ecuación «mujer igual a madre» no responde a ninguna esencia sino que es totalmente construida, si bien la maternidad puede constituir un hecho único y de profunda satisfacción para las mujeres no todas poseen instinto maternal. Sin embargo, y justamente porque se asocia a la feminidad, la mayoría de las mujeres la desean porque no tener hijos coloca a la mujer en una posición de estigma social como mujer que no ha cumplido con las expectativas de su sexo/género, mujer estéril, incapaz, incluso menos femenina.

En cuanto a los varones, la procreación se asocia al poder, como explica Tubert en «Figuras del padre»¹⁶. El principio de lo femenino-materno suele reducirse a la materia, a la pasividad, el principio de lo masculino-paterno se presenta como generador por excelencia. La mística de la paternidad se ocupa de la representación mítica del padre que se encuentra en el fundamento de nuestra cultura y que le confiere «un cierto imperio primitivo sobre las almas de sus hijos»¹⁷. El pensamiento occidental es asimétrico entre maternidad y paternidad: el primero se naturaliza y el segundo se eleva a la categoría de principio espiritual.

En la emergencia del deseo de un hijo biológico (en la pareja) destaca la existencia de un potente ideal cultural acerca de maternidad y paternidad, que presiona como mandato ideológico. En nuestra cultura actual —y por supuesto anterior—, se sigue ofreciendo el hijo biológico como ilusión de plenitud para la mujer, de estado de felicidad que hace plena su feminidad. Respecto al hombre, se sigue promoviendo la exigencia que le atribuye al deber de preservar y sustentar económicamente la especie¹⁸.

Cuando las personas tienen dificultades para tener hijos acuden a especialistas de la medicina con síntomas comunes que delatan conflicto y sufrimiento, subyacentes a un deseo/mandato que no se realiza/cumple. Obviamente el deseo y el sufrimiento existen,

¹⁵ S. TUBERT, *Mujeres sin sombra*, p. 49.

¹⁶ S. TUBERT, *Figuras del padre*, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 31 y 9. En la evolución histórica que hace Tubert sobre la paternidad destaca, ya desde la filosofía griega, el intento de justificación de la superioridad masculina en la procreación (mito de Esquilo, no es la madre quien engendra sino el padre), como diría Aristóteles: la hembra solo aporta la materia, esperando pasivamente a ser fecundada; el macho transmite la forma, el alma, el principio divino que hace del ser viviente un ser humano. Lo mismo interpretaría la teología católica a través de la función fecundadora del espíritu santo y su carácter esencialmente paterno; p. 50.

¹⁷ D.H. LAWRENCE, *La mujer que se fue a caballo*, Edhasa, Barcelona, 1988.

¹⁸ C. ALDA, R. BAYO-BORRÁS, N. CAMPS, G. CÁNOVAS SAU, M. SENTÍS, y E. SENTÍS, «Maternidad y TRA: una perspectiva psicoanalista», *Figuras de la madre*, Cátedra, Madrid, 1996, pp. 289-290.

reflejando además la voluntad de igualarse a las demás parejas que sí tienen descendencia, pero tras ello existe la presión todavía más potente de una cultura necesitada de la pervivencia de los roles sabiamente contruidos; y sustentada por la ciencia médica que considera la infertilidad como un fallo de la naturaleza que hay que subsanar, remitiendo a la enfermedad que requiere de obligada curación¹⁹. La búsqueda de un hijo/hija cueste lo que cueste lleva a justificar la «bondad» de prácticas como la gestación subrogada que excede de lo que son las TRA, exigiendo así su legitimación.

Habiendo reflexionado sobre qué hay detrás del deseo por tener descendencia y acogiéndonos al argumento de la necesidad social, llegamos a la conclusión de que efectivamente la necesidad existe; pero detengámonos un momento a pensar ¿de quién es la necesidad? ¿qué hay tras el deseo de ser madre?

La necesidad es de la sociedad y del estado; no de la mujer cuya «necesidad» viene condicionada por una presión social que la hace sufrir ante una incapacidad para serlo: no está cumpliendo lo que de ella se espera. Sí es cierto que la mayoría de mujeres lo desean, y es cierto que la esterilidad produce una gran dosis de sufrimiento, pero creo que deberíamos reflexionar sobre lo que empuja a ello.

¿Qué hay detrás del deseo de ser padre? Una necesidad tal vez de mostrar que «se es capaz de procrear», pues este deseo en los hombres suele también ir asociado a la capacidad sexual, y además con las mismas características genéticas, pues existe por otro lado el deseo de transmitir la propia carga genética, de estar presente en otra persona²⁰.

Esto también nos conduce a reflexionar sobre el rechazo a la adopción —al margen de las dificultades que el proceso conlleva—, ¿necesitamos asegurarnos de que sean niños sanos?, tampoco un embarazo propio o con nuestros genes lo asegura, ¿qué sean de un determinado color, raza?, ¿preocupa tal vez no conocer su origen? Convendría, pues, repensar qué rechazamos de lo que no es nuestro y por qué lo hacemos. Lo bien cierto es que abundan los niños en centros de adopción que necesitan verdaderamente de unos padres, mientras que para conseguir niños a través de úteros sustitutos ha de utilizarse el cuerpo de una mujer en condiciones de vida seguramente precaria.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 290-291.

²⁰ Cuando preguntamos en las clases de «Relaciones de género, políticas, ciudadanía y sociedad» (Universidad de Valencia), en la sesión correspondiente a maternidad/paternidad, a los y las estudiantes si quieren ser padres y por qué, un porcentaje alto dicen que quieren serlo pero no saben por qué, los que pueden aportar una respuesta, un porcentaje menor dicen, en el caso de los chicos que es por dejar su apellido o porque quieren crear una familia; las chicas suelen decir que para formar una familia, porque es bonito, porque quieren cuidarles o porque es lo que siempre han querido desde que tenían uso de razón. A juzgar por estos resultados podemos concluir que la socialización ha hecho muy bien su papel. Aunque también el concepto de paternidad está cambiando hacia modelos diferentes de paternidad que enlazan con nuevos modelos de masculinidad.

III. EL DERECHO A TENER HIJ@S

Es una formulación demasiado amplia que deberemos acotar, ya que si hablamos de tener hijos debemos considerar también la adopción. En el ámbito que estamos tratando hay que acotarla a la calificación de «derecho a tener hijos con adn propio». Así ya estamos en condiciones de ir restringiendo más el concepto. Hablemos, pues, de derecho a la reproducción.

Aun reconociendo el impulso que existe tras su reivindicación, podríamos considerar que el derecho a la reproducción puede interpretarse a la luz de declaraciones internacionales o deduciendo su existencia de otros ya existentes. El Tribunal Constitucional ha hablado de la libertad de procrear deduciendo ésta del libre desarrollo de la personalidad, pero no ha reconocido un derecho a la reproducción expresamente. Yolanda Gómez²¹ fue pionera en la doctrina española al acuñar el «derecho a la reproducción humana». Buscando su fundamentación en la dignidad, sus derechos inherentes y el libre desarrollo de la personalidad, pero también en la libertad personal, el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho a contraer matrimonio, y en el derecho a fundar una familia del Convenio europeo de derechos humanos.

En un estudio anterior²² defendí la existencia de un derecho a la maternidad como la construcción del derecho de las mujeres a la libre opción de ser madres en ejercicio de una de las facetas del libre desarrollo de la personalidad²³, sin menoscabo de otras facetas del mismo para lo que se requiere un compromiso del estado dimanado del art. 9.2 de la Constitución, y con las limitaciones derivadas de las obligaciones correspondientes de asistencia y cuidados del hijo o hija. Por lo tanto, este derecho implica la libertad de procreación —aunque no solo, porque comprende obviamente también la adopción—, que supone la decisión de concebir, gestar y parir un ser humano, pero no el encargo o contratación de su gestación a otra mujer, ni la gestación para otra persona o personas porque ello se reduce a la cesión temporal del cuerpo durante el tiempo que dure el embarazo.

²¹ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *El derecho a la reproducción humana*, Marcia Pons, U. Complutense, Madrid, 1994, pp. 41 ss.

²² A. MARRADES PUIG, *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universidad de Valencia, Valencia, 2002.

²³ En el ordenamiento español se ha admitido jurisprudencialmente que la libertad de procreación forma parte del libre desarrollo personal. M.A. PRESNO LINERA, y P. JIMÉNEZ BLANCO, «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 51, 2014. Se refieren los autores a que «se ha admitido que forman parte también del libre desarrollo personal la libertad de procreación y la decisión de continuar o no una relación afectiva o de convivencia (SSTC 215/1994, de 14.6.1994, F. 4, y 60/2010, de 7.10.2010, F. 8.b) y se ha relacionado la libertad con el pluralismo (STC 47/1993, de 8.2.1993, F. 3)».

La libertad de procrear²⁴, por tanto, no puede amparar siquiera la libertad de la mujer gestante porque ella no decide sobre su capacidad reproductiva ni sobre la decisión de tener descendencia, sino solo sobre si presta su cuerpo como vehículo para la gestación de un embrión procedente de material genético de otras personas (al menos de un comitente) para luego entregar al bebe cuando nazca. Tampoco equivale al derecho a la reproducción que podría servir para amparar un derecho de los comitentes si no fuera porque no hay derechos absolutos, y así todos tienen límites: en este caso es la dignidad de las mujeres, de los y las menores y, sus derechos que son vulnerados al someterse a esta práctica. No se trata de un derecho a procrear a toda costa²⁵.

Expertos autores como J. Robertson²⁶, o Yolanda Gómez²⁷, reconocían la existencia de este derecho como libertad procreativa, que supondría la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida si fuese necesario para la concepción. Robertson argumentaba el derecho de todas las personas a servirse de las técnicas de reproducción asistida como vías de ejercicio del derecho a la reproducción; y que sólo «por una razón imperativa (*compelling interest*), que no pudiera ser protegida por medios menos restrictivos, justificaría restringir las acciones de una persona o de una pareja para formar una familia»²⁸. Sin embargo, hay que insistir en que, por un lado, la gestación subrogada es una práctica que emplea las técnicas de reproducción asistida, pero no es una técnica de reproducción asistida; y por otro lado, en la gestación subrogada existen razones imperativas que justifican la ilegalización de la práctica, como la utilización del cuerpo de una mujer para la satisfacción de un deseo que pretende convertirse en derecho²⁹.

²⁴ Presno y Jiménez sostienen que la libertad de procrear justifica la gestación por sustitución porque ampara la libertad de la mujer que gesta para otros, que ellos la llaman también «libertad de procrear», pero esa no es libertad de procrear, sino de gestar únicamente. M. A. PRESNO LINERA, y P. JIMÉNEZ BLANCO, en la ya citada «Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea».

²⁵ La *Conferencia Mundial sobre Población y Desarrollo* celebrada en el Cairo en 1994, seguida de la *IV Conferencia Mundial de la Mujer* en Beijing, 1995, reconocían la existencia de los derechos reproductivos que se concretaban en el derecho de las personas a decidir el número de hijos y el espaciamiento de sus nacimientos sin interferencias ni discriminación, teniendo en cuenta sus obligaciones con los hijos nacidos y futuros.

²⁶ J. A. ROBERTSON, *Children of choice: Freedom and the new reproductive technologies*, Princeton University Press, New Jersey, 1994, pp. 22-23; y en ROBERTSON, «Reproduction and rights: a response to Dorothy Roberts», *Law and social inquiry: journal of the American Bar Foundation*, 1996, p. 1025.

²⁷ Y. GÓMEZ SÁNCHEZ, *cit.*, p. 48.

²⁸ J. A. ROBERTSON «Liberty and Assisted Reproduction», *Trial*, August, (1994), 50, A propósito del caso *Eisenstadt v. Baird* (405 U.S. 438-453, 1972),

²⁹ No solamente se acude a la gestación por sustitución por el deseo de tener un hijo con las características genéticas propias, sino que también en algunos casos se recurre a ella por motivos de salud, incluso estéticos, para evitar la incomodidad y la transformación del cuerpo que el embarazo produce. <https://www.>

Como práctica que involucra a otra persona que tiene que aceptar las consecuencias que puede conllevar someter su cuerpo a un proceso de gestación, excede del ámbito del derecho, y además, afecta solo directamente a las mujeres que son las que tienen útero para gestar. Por eso la Ley de Técnicas de Reproducción asistida permite a la mujer sola³⁰ acceder a las técnicas, porque puede disponer de su útero y de su cuerpo para gestar. Y por la misma razón la Ley portuguesa, a pesar de sus críticas por posible trato discriminatorio, no permite a los hombres ser beneficiarios de la misma. La Ley 25/2016, de 22 de agosto que regula el convenio de gestación por sustitución en el derecho portugués, determina que solo será posible en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impida de forma absoluta y definitiva el embarazo de la mujer beneficiaria o en situaciones clínicas que lo justifiquen.

Ello ha sido objeto de crítica por Vela Sánchez³¹, como lo hizo anteriormente Lamm³², quien considera que si la ley portuguesa ha admitido los matrimonios entre parejas de hombres y le permite también la adopción al hombre individualmente, se pregunta acusando de discriminatoria la ley portuguesa, por qué no permite la gestación por sustitución a los hombres. En primer lugar, considero que no son supuestos equiparables y por tanto no puede aplicarse aquí la analogía. En España tenemos las mismas previsiones legislativas y seguimos considerando nulo el convenio de gestación de sustitución, porque en este caso se vulneran derechos de otras personas implicadas en el «negocio jurídico» cuya validez se descarta. La mujer, normalmente en condiciones vulnerables o de necesidad, es utilizada como un instrumento y el hijo nacido quedaría a merced de cláusulas contractuales, cuando una persona no puede ser objeto de un contrato. Pero además resulta que hay cosas que no son posibles (los varones anatómicamente carecen de útero y de un sistema hormonal determinado para gestar), y el Derecho no existe para conseguir lo imposible sino para solucionar problemas reales; ni incluso forzando la anatomía a través de la ciencia, como argumenta María Luisa Balaguer, «no todo lo científicamente posible

bebesymas.com/embarazo/algunas-celebrities-pagan-un-vientre-de-alquiler-y-simulan-su-embarazo-para-salvaguardar-su-figura-segun-un-ginecologo (16 de octubre de 2017).

³⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, art. 6:

«1. Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley, siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa.

La mujer podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual».

³¹ A. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa núm. 25/2016, de 22 de agosto», *Diario la Ley*, núm. 8868, 22 de noviembre de 2016, REF. D-407, Wolters Kluwer.

³² E. LAMM, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni vientres de alquiler*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 67.

es jurídicamente lícito»³³. La maternidad o paternidad por adopción está permitida para todas las personas, porque además de ser posible no afecta a la dignidad ni a los derechos de nadie.

Tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con su doctrina citada amparando la libertad procreativa en el libre desarrollo de la personalidad, como las Declaraciones de derechos sobre población y desarrollo³⁴ acuñando el concepto de derechos reproductivos, podrían fundamentar el derecho a la reproducción, pero reconociendo sus límites, como lo ha hecho la doctrina constitucional en España y otros países que también han elaborado su fundamentación. En primer lugar la dignidad y el respeto a los derechos de los demás, en este caso sería de la mujer gestante y de los hijos nacidos.

IV. HACIA LA REGULACIÓN «GARANTISTA»: A VUELTAS CON EL ALTRUISMO

Hay otros argumentos a favor de la regulación que podrían satisfacer a un sector contrario, en principio a la gestación subrogada: su regulación altruista.

No me parece ni moral ni éticamente reprochable que una mujer pudiera de forma libre y altruista y por lazos de amistad o parentesco muy próximos gestar un bebé para otra mujer (hija, hermana..., al margen los conflictos que luego pudieran suscitarse sobre el reconocimiento o las vivencias emocionales que de ello pudieran derivarse), siempre que estuviese clara la filiación. Según nuestro ordenamiento vigente actual la madre es la que pare. El art. 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida se refiere expresamente a la gestación por sustitución disponiendo que:

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

Una posible regulación sobre gestación subrogada habría de cambiar la previsión relativa a la filiación. La proposición de ley que hay en España actualmente, presentada por Ciudadanos (con fecha 27 de abril de 2017) no permite la consanguinidad entre gestante y comitentes; y sin embargo contempla el altruismo (art. 5. Naturaleza altruista) y la solidaridad. Ante esta situación será muy difícil que alguna mujer se preste a ello, poniendo en riesgo su vida y su salud física y emocional a cambio de nada a no ser que se acepte la consanguinidad —como el caso portugués—, o que se acuda al eufemismo³⁵ de la compensación económica (*«La gestación por subrogación no podrá tener carácter lucrativo*

³³ M. L. BALAGUER, *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un estado social*, Cátedra, Madrid, 2017, p. 43.

³⁴ <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>.

³⁵ Victoria Camps, 4 de marzo de 2017 <http://nosomosvasijas.eu/?p=1238>.

o comercial, sin perjuicio de la compensación resarcitoria que podrá percibir la mujer gestante». Artículo 5.1). En ese caso ya no es del todo altruista. Ante esta coyuntura, el altruismo debería regularse contemplando la consanguinidad.

Si hablamos en términos de «oportunidad», es obvio que con la compensación económica estamos abriendo posibilidades de mayor oferta. El supuesto es bien similar al caso italiano de donación de ovocitos. Como la legislación italiana³⁶ contempla la donación de ovocitos solamente altruista sin ningún tipo de compensación, en los hospitales públicos no hay oferta y entonces es imposible cubrir la demanda de mujeres y/o de parejas italianas para las técnicas de reproducción asistida que precisan donación de ovocitos. Así que lo que hace Italia es acceder al mercado español, viajando a España³⁷ o acudiendo a los hospitales italianos que previamente han concertado la «compra» de ovocitos con clínicas españolas. La donación de ovocitos en España se realiza con compensación económica, y por eso hay una considerable oferta de mujeres jóvenes con pocos recursos (muchas de ellas estudiantes que de este modo reciben una ayuda económica) que produce un exceso de ovocitos suficiente para abastecer el mercado italiano.

Quien defiende la subrogación altruista presuponiendo que es la mejor forma de evitar que se lleve a cabo la comercial en otros países, no está considerando seriamente la realidad: de nuevo el problema sería la falta de oferta frente a la demanda que se pudiera generar, no habría gestantes disponibles por lo que se seguiría acudiendo a otros lugares; además, como explica Kajsa Ekis³⁸, ambas son indignas para las mujeres, las reduce a contenedores. La gestación subrogada altruista funcionaliza la maternidad, incluso aunque no la comercialice, el embarazo se convierte en una función al servicio de otros, vulnerando derechos de las mujeres gestantes.

V. LOS «NO» DERECHOS DE LAS MUJERES GESTANTES

1. Renuncia a la filiación

La consecución de los derechos derivados de la maternidad constituyó un hito histórico, y no hace mucho tiempo que la renuncia a alguno de ellos fue objeto de polémica:

³⁶ En un principio estaba prohibida, Legge 19 de febbraio 2004, núm. 40 <http://www.camera.it/parlam/leggi/040401.htm>. Se amplió la posibilidad de donación de gametos y reproducción heteróloga por Decreto 1º luglio 2015 Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, 14/7/2015.

«Sono consentite le tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo, comprese quelle che impiegano gameti maschili e femminili entrambi donati da soggetti diversi dai componenti della coppia ricevente».

³⁷ Lo que se conoce como el turismo reproductivo o «cross-border reproductive care».

³⁸ K. EKIS EKMAN, *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Bellaterra, Barcelona, 2017, p. 203.

algunas mujeres en cargos públicos importantes han renunciado al permiso de maternidad³⁹ (dentro del ámbito de la libre autonomía claro, aunque existe la necesidad de demostrar igual capacidad que los varones para trabajar inmediatamente después de tener un hijo). Pero renunciar a los derechos de filiación es un retroceso para la consecución de los derechos de las mujeres. La ley portuguesa por ejemplo —y aunque muy garantista—, determina la inexistencia de vínculo jurídico de filiación con el niño nacido, y con grandes alabanzas se celebra lo acertado de la disposición que «acabará por fin con problemas de reclamación de la maternidad, facilita y asegura la irrevocabilidad del consentimiento prestado en el convenio de gestación por sustitución, o, fuera ya del ámbito jurídico minimizar las cuestiones de sentimentalismo de la mujer gestante respecto del niño así nacido»⁴⁰. Se elogia la renuncia de la filiación de la mujer que gesta y sobre todo se enfatiza la irrevocabilidad del consentimiento para que una mujer que lo ha prestado no pueda arrepentirse y si lo hace sea jurídicamente imposible dar marcha atrás.

En España, la madre es la que pare y por tanto a ella le corresponden los derechos derivados de la filiación según la ley. Sin embargo atendiendo a la reforma legislativa de 2015⁴¹, encontramos el art. 45 de la Ley 20/2011 que señala algo insólito: «la renuncia al hijo en el momento del parto». ¿Qué es eso?: primero, ¿se puede renunciar a un hijo?; segundo, ¿se puede renunciar en el momento del parto? O se renuncia antes (en el momento de la transferencia embrionaria para quienes piensan que debería legalizarse y regularse la gestación por sustitución en España); o se renuncia cuando la ley lo permite para la adopción, es decir seis semanas después del parto.

Por tanto, no se puede renunciar a la maternidad ni a la filiación⁴² en tanto que no se produzca la adopción. Luís Muñoz de Dios Sáez explica⁴³ que «la madre no renuncia a nada en el momento del parto: ni «al hijo» (redacción por parte del legislador poco precisa), ni a la maternidad, ni a la patria potestad. Tan solo anuncia que podría dar a su hijo en adopción». Lo único que hace la ley es eximir a la renunciante de la obligación

³⁹ B. GONZÁLEZ, «Políticas y bajas de maternidad ¿predicar con el ejemplo?», *Mujer Hoy*, núm. 512, 2009, pp. 14-15.

⁴⁰ A. VELA SÁNCHEZ, «La gestación por sustitución se permite en Portugal. A propósito de la Ley portuguesa núm. 25/2016, de 22 de agosto», *Diario La Ley*, núm. 8868, 22 de noviembre de 2016, REf. D-407, Wolters Kluwer. El art. 8, 3.º, segundo inciso LPMA contiene la advertencia expresa de que no puede «la gestante de sustitución, en ningún caso, ser la donante de cualquier ovocito utilizado en el concreto procedimiento en que es participante».

⁴¹ Ley 20/2011, reformada por Ley 19/2015 (que no entrará en vigor de forma completa hasta el 30 de junio de 2017).

⁴² R. VERDERA SERVER, *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 73.

⁴³ L. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, «Madre que renuncia a su hijo en el momento del parto», *El notario del Siglo XXI*, núm. 65, 2016.

de promover la inscripción de nacimiento, que será «asumida por la Entidad Pública correspondiente» (art. 45); y por otro lado, constata que el dato de su domicilio en dicha inscripción será de publicidad restringida (art. 49.4).

El mencionado autor se plantea que si la madre pudiera renunciar a la maternidad (aunque fuera solo al parir) estaríamos «ante una revolución del derecho de familia» que comportaría otros interrogantes sobre si podría también la renuncia producirse un tiempo después, incluso si también el padre podría hacerlo. Por otro lado nos planteamos que si la adopción es irrevocable (art. 180.1 del Código Civil) no puede ser revocable la filiación por naturaleza, ya que constituiría un caso de abandono de familia. Por lo que llegamos a la conclusión de que se trata de un precepto confuso por culpa de una inadecuada redacción que podría dar lugar a problemas de interpretación.

Por un lado, no puede referirse a la adopción porque la parturienta tiene que esperar seis semanas para asentir, por lo que no tiene sentido que esta renuncia se resuelva en el parto; por otro, tampoco parece que se esté refiriendo (dando otro extraño rodeo) a la maternidad subrogada, donde hay una renuncia traslativa a favor de los comitentes, que es previa a la gestación y al parto, pero no en el momento del parto; y además no está permitida en nuestro ordenamiento jurídico, ya que aunque no esté expresamente prohibida el contrato sería nulo y no produciría efecto alguno.

O tal vez sí que pueda estar refiriéndose el legislador, de forma velada, a una forma de amparar la maternidad subrogada porque su voluntad fuera esa. Hay que recordar que el Partido Popular en la tramitación parlamentaria de reforma de la Ley de Registro Civil, la mencionada Ley 19/2015, intentó introducir una enmienda para que la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado sobre la inscripción de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero —para que se haga a favor de los comitentes, como de hecho se viene haciendo desde 2010—, fuese elevada a la categoría de ley.

El mencionado precepto, según el análisis que hace Mar Esquembre⁴⁴, podría tener dos posibles intenciones: una, que sea una forma encubierta de permitirse la gestación por sustitución en España pudiendo pactar previamente el comitente —que supuestamente, y ésta es la hipótesis, ha aportado su material genético—, y la gestante la renuncia de ésta en el momento del parto, y la reclamación judicial de la paternidad (obviamente en fraude de ley) por parte del comitente. La otra, una figura por la cual se estaría también de forma encubierta, proporcionando la posibilidad de no hacerse cargo del hijo no deseado sin abortar.

⁴⁴ M. ESQUEMBRE CERDÁ, «¿Legalización encubierta del contrato de gestación por sustitución o maternidad no querida?», *Diario Información*, 9 de abril de 2017.

Podría hacerse valer la renuncia para asentir más tarde en adopción⁴⁵ y luego reclamar la paternidad por quien hubiese proporcionado su material genético a la gestante. Silvia Tamayo plantea el supuesto del varón casado (o con pareja), que prestase su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge (o pareja) con sus gametos y la madre gestante prestase su asentimiento para la adopción una vez transcurrido el plazo legal —seis semanas— desde el parto (art. 177.2 CC), entonces podría iniciarse el procedimiento de adopción por parte de la esposa del padre genético, convirtiéndose ésta en madre adoptiva o, en madre legal (art. 176.2.2.2.º), como supuesto en que no se requiere propuesta de la entidad pública para la adopción. De esta forma, la pareja del padre genético podrá ser madre o padre adoptivo (art. 176.2.2 CC), sin necesidad de que medie declaración de idoneidad⁴⁶. Más sencillo sería el supuesto en que una mujer consintiese la inseminación de un hombre (mediante una inseminación doméstica por ejemplo), que no es su pareja, habiendo pactado previamente la renuncia y asentimiento en adopción con el reconocimiento de la paternidad por el comitente.

De todos modos estos hechos podrían constituir fraude de ley, porque se estaría utilizando la acción de reclamación de la paternidad, o simplemente el reconocimiento de la paternidad, con engaño para conseguir un hij@ «biológico» utilizando mecanismos fraudulentos contrarios al ordenamiento jurídico. Aun así, los hechos podrían llevarse a cabo tal como se han descrito ya que materialmente son posibles. El subterfugio legal podría ser el siguiente: pacto previo de inseminación doméstica⁴⁷, reconocimiento de la paternidad, e inicio de procedimiento de adopción. La investigación del posible fraude quedaría en manos del órgano judicial competente.

Resulta paradójico cómo el formalismo del derecho, como garantía de la seguridad jurídica, puede servir para la práctica de situaciones fraudulentas. Cómo una institución creada para amparar a los menores y proteger a las madres, la acción de reclamación de la

⁴⁵ Más bien, «que la madre haya renunciado a la maternidad no significa que no sea necesario su asentimiento a efectos de adopción, que solo podrá prestarse tras seis semanas trascurridas después del parto». R. VERDERA, *La reforma de la filiación*, cit., p. 73.

⁴⁶ S. TAMAYO, «Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas», *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, núm. 6, 2013. Sugiere también que la única sanción, jurídico-penal, que se puede imponer a quienes participan en esta práctica se encuentra en los arts. 220 y 221 CP (LO 10/1995, de 23 de noviembre), que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad. Y de otro lado, si de modo fraudulento se consiguiera la inscripción de la maternidad a favor de la comitente, podría considerarse que la alteración de la filiación se produce en el momento de inscribir en el Registro.

⁴⁷ No podría ser una inseminación realizada en una clínica de fertilidad puesto que en ese caso, si se trata de semen de donante que no es la pareja de la mujer que va a ser inseminada, el donante es anónimo y ella no puede determinarlo (solo podría elegir algunas cualidades o características).

paternidad⁴⁸, pueda ser utilizada de forma torticera para que al ejercerla un varón —que previamente haya convenido con una mujer, una inseminación con el fin de concebir y gestar un bebé para asentar en adopción después de la renuncia— pueda «conseguir» la paternidad del mismo (al margen que tenga o no pareja que posteriormente pueda adoptarlo) mediante el fraude que pretende circunvalar el precepto de la LTRHA que considera nulo el contrato de gestación por sustitución y por tanto declara la ilegalidad de esta práctica. La cuestión de la filiación plantea tantos problemas en derecho civil que sería muy conveniente llevar a cabo una revisión, como sugiere Rafael Verdera⁴⁹.

El Tribunal Supremo ya hizo referencia (STS 247/2014) a que «*la ley no se limita a proclamar la nulidad de pleno derecho, del contrato de gestación por sustitución*». También prevé cuál debe ser el régimen de la filiación del niño que sea dado a luz como consecuencia de dicho contrato: la filiación materna quedará determinada por el parto (art. 10 LTRHA), quedando a salvo la acción de paternidad. Si se modifica el precepto legal de filiación materna por nacimiento habría que tomar en consideración otras muchas variables, entre ellas los derechos de las mujeres y su dignidad, por eso el TS reconoció su alteración contraria al orden público.

2. El derecho a la integridad física y moral de las mujeres gestantes

El derecho a la integridad moral y física es uno de los derechos más gravemente afectados. Los peligros físicos para la madre gestante son obvios, pero además están los peligros para su estabilidad psíquica. La mujer embarazada establece de forma innegable un vínculo físico y emocional con el futuro bebé que las clínicas especializadas se empeñan en evitar. En muchas de ellas, a las mujeres se las instruye para aprender a disociarse del futuro bebé. Les enseñan a no pensar en él como suyo sino de los padres intencionales. Las «terapias psicológicas» (por llamarlas de alguna manera) que se prescriben a las gestantes para impedir el componente emocional son dramáticas. Para no sufrir «hay que disociarse y pensar que el niño está destinado a otra persona»⁵⁰, en eso consiste la disociación para la mujer gestante, en distanciarse del proceso y reafirmarse en que el hijo o hija que está gestando no es suyo sino de otra persona. Por otro lado, el hecho de que la madre ges-

⁴⁸ STS de 30 de junio de 2016 [JUR 2016\147383]: «*En esta evolución de la investigación de la paternidad, que se incorpora como un medio de defensa del hijo contra la irresponsabilidad del progenitor, se ha venido a poner también a disposición de éste, concediéndole que pueda obtener la declaración de paternidad así como la impugnación de la incierta. Con este reconocimiento de los derechos fundamentales del progenitor deja de ser el hijo el centro de estas acciones de filiación y queda como compartiéndolo con el progenitor*».

⁴⁹ R. VERDERA SERVER, «Ser padre», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016, pp. 75-126. doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.30.02> «se plantea la conveniencia de una redefinición de los fundamentos de la filiación y la previsión de unos efectos más ajustada a la diversidad de situaciones reales».

⁵⁰ K. EKIS EKMAN, *cit.*, pp. 214-215.

tante tenga que renunciar a sus derechos desde el momento que asume la transferencia del embrión es en sí mismo un acto bastante agresivo. Es posible que la mujer lo acepte «libremente» en el momento de firmar el contrato pero después de nueve meses de experimentar cambios físicos y de estados de ánimo, al llegar a término el embarazo podría cambiar de opinión. La propuesta de la SEF⁵¹ para su regulación, por ejemplo, consiste en que «en ningún caso podría la gestante negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada». En el caso de haber experimentado un sentimiento de afecto hacia el bebé, las secuelas para el bienestar psicológico y emocional de la mujer gestante son evidentes, de ahí el empeño de las clínicas en instruir a las mujeres para que controlen sus emociones hacia el futuro bebé.

Además hay que considerar que recientes investigaciones muestran que a través del embarazo se transmite carga genética⁵². Se ha identificado una molécula específica del líquido endometrial que es capaz de reprogramar genéticamente al embrión. Entonces, aunque no sea una madre «genética» pero sí biológica en el sentido de que gesta en su cuerpo el feto, puede entenderse que se podría transmitir carga genética al mismo. Por eso hay madres que no comparten ADN con su hijo/a (por ejemplo al gestar un embrión por donación), y sin embargo tienen rasgos físicos similares⁵³. Esto demostraría además del componente emocional, el componente físico que une a la madre gestante con el bebé que enfatizaría todavía más la dificultad para la disociación.

Por otro lado, hay que considerar los riesgos físicos para la salud. En la gestación, el organismo materno cambia drásticamente para que el feto pueda desarrollarse y crecer sin problemas. Se crean nuevos órganos y estructuras, como la placenta, la bolsa amniótica o el líquido que protege al bebé. La placenta sirve para difundir entre la madre y el bebé las vitaminas, minerales, nutrientes y demás elementos que necesita el feto para crecer sano y los productos del metabolismo fetal, reforzándose así todavía más el vínculo entre ambos. En ocasiones pueden surgir complicaciones que afecten al funcionamiento de estos órganos y para que la gestación siga adelante, el sistema inmunológico, digestivo o sanguíneo se modifica, pudiendo aparecer algunas enfermedades que solo se dan en el embarazo⁵⁴.

⁵¹ Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, (Coord. Núñez, Feito y Abellán), *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, abril 2016.

⁵² Extraído de un reciente trabajo que publiqué en *Estudios Deusto*, núm. 65, «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», 2017, p. 228. La cita del equipo científico se encuentra en la siguiente nota a pie de página.

⁵³ VILELLE, MORENO-MOYA, BALAGUER, GRASSO, HERRERO, MARTÍNEZ, MARCILLA y SIMÓN, «Hsa-miR-30d, secreted by the human endometrium, is taken up by the implantation embryo and might modify its transcriptome», *The Company of Biologists Ltd, Development*, 142, 2015, pp. 3210-3221.

⁵⁴ <https://www.natalben.com/enfermedades-embarazo>.

Además de los riesgos⁵⁵ derivados de la gestación hay que tener en cuenta los eventuales riesgos del parto o de la cesárea (como mayor riesgo de infecciones, de trombosis de los miembros inferiores o de hemorragias). Se han detectado, incluso, contratos que incluyen la exigencia de la cesárea para asegurar el «éxito» del nacimiento.

Si analizamos, por tanto, la presión psicológica que conlleva el proceso de gestar para otra persona y los riesgos físicos que puedan derivarse de todo embarazo, resulta más que evidente que la gestación por sustitución afecta a la salud y a la integridad física y psíquica de las mujeres gestantes.

3. Derechos de libertad

La libertad de las mujeres es el argumento más aclamado por quien reclama la regulación de la gestación por sustitución. Se argumenta que una prohibición del alquiler del útero, del cuerpo (o de cualquiera de sus partes, podemos pensar en la reivindicación de regular la prostitución pues defiende el mismo argumento), o una postura en contra de la regulación para legalizar la gestación por sustitución, es contraria a la libertad de la mujer que debe poder decidir sobre su cuerpo. Sin embargo, la libertad es lo que la mujer podría perder precisamente al aceptar el encargo de gestar para otros. Me parece relevante insistir en las siguientes consideraciones:

Primero, la libertad puede estar condicionada por la necesidad.

De acuerdo con María Luisa Balaguer, para poder apreciar la libertad de decisión es necesario tener en cuenta la posición que cada persona ocupa en el mercado. «Esta apariencia de libre autodeterminación está sin embargo contradicha por bastantes evidencias, que demuestran que es la posición que se ocupa en el mercado la que define la posibilidad de elección individual... Hay que dejar fuera del mercado, las cuestiones atinentes a la protección de ciertos derechos, si no se quiera incurrir en injusticias históricas irreparables desde las posiciones de la libertad individual como justificativa de todo tipo de conducta»⁵⁶. Como decía anteriormente, no todo lo que la ciencia puede hacer posible debe ser amparado por el derecho. Además, como sostiene Laura Nuño⁵⁷, hay bienes con los que no se puede comercializar, como nuestros órganos, incluso aunque salven vidas, ni tampoco vendernos bajo condiciones de esclavitud a cambio de techo y comida. La idea

⁵⁵ La OMS recoge los riesgos graves frecuentes en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/>, y en <http://datos.bancomundial.org/indicador/SH.STA.MMRT> se muestra la tasa de mortalidad materna por cada 100.000 nacidos vivos. Entre los países que hemos tomado como ejemplo, Canadá 7 x 100.000, EEUU 14, Ucrania 24, India 174, ...

⁵⁶ M. L. BALAGUER, *cit.*, p. 178.

⁵⁷ L. NUÑO GÓMEZ, «Gestación comercial: deseos y derechos», *El notario del Siglo XXI*, núm. 72, marzo-abril 2017.

de autonomía individual del pensamiento liberal, o neoliberal, entiende que cada persona decide dónde quiere estar, y después el mercado se encarga de redistribuir esas posiciones según el esfuerzo de cada cual. Sin embargo, las posiciones de poder se fortalecen en el incremento del poder, y la desigualdad aumenta en situaciones de precariedad⁵⁸. Por lo tanto, no basta con convenir unas condiciones mediante contrato para presuponer una relación de igualdad y más cuando una de las partes evidencia una necesidad económica. Además de que un contrato tiene por objeto cosas o servicios (o el trabajo mismo si se trata de un contrato de trabajo), y ni el embarazo ni el bebé que nace pueden ser considerados tales (ni cosa, ni servicio), ni el embarazo es un trabajo.

Segundo, la libertad para disponer sobre si gestar un bebé con el fin de entregarlo a su nacimiento a cambio de dinero o compensación económica implica disponer libremente de la vida de una persona; y eso no puede ampararlo el derecho. Como dice Mar Esquembre⁵⁹, afirmar que prohibir la gestación por sustitución puede ser una limitación injustificable al libre desarrollo de la personalidad de las mujeres equivaldría a sostener que las mujeres tenemos poder de disposición sobre los seres humanos que parimos en uso de nuestra «máxima» libertad.

La afirmación de que la autonomía de la voluntad no tiene más límites que la propia voluntad y de las personas que contraigan, la obligación jurídica queda en entredicho porque el contrato no agota sus efectos en la relación jurídica establecida por las dos partes, sino que se contraen obligaciones que afectan al bebé que nacerá de la gestante, creando la ficción, que altera la naturaleza de la filiación, de que la madre legal es la comitente⁶⁰. La regulación de esta práctica excede por tanto al ámbito de la autonomía de la voluntad, adentrándose en los márgenes del orden público.

Tercero, la pretendida libertad de decidir si alquilar o no el cuerpo para gestar un bebé se desvanece al aceptar las condiciones de un contrato que limitan la libertad de la mujer. Como dice la SEF, que plantea, sin mucho interés, hay que decirlo, una propuesta de regulación: «en ningún caso podría la gestante negarse a entregar al recién nacido a la pareja subrogada»⁶¹. Si eso se incluyera en un contrato, la gestante no dispondría ni siquiera del plazo legal que hay para el asentimiento en adopción.

Las cláusulas de algunos contratos establecen que las mujeres puedan decidir interrumpir el embarazo si está en peligro su vida: ¿caso podría ser legal un contrato que no

⁵⁸ M. L. BALAGUER, *cit.*, p. 179.

⁵⁹ M. ESQUEMBRE, «Subrogar la gestación: además de imposible, es inconstitucional», *Diario Información*, 13 de noviembre de 2017.

⁶⁰ M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *cit.*, pp. 174-175.

⁶¹ Sociedad Española de Fertilidad, Grupo de Ética y Buena Práctica Clínica de la Sociedad Española de Fertilidad, (Coord. NÚÑEZ, FEITO y ABELLÁN) *Propuesta de bases generales para la regulación en España de la gestación por sustitución*, abril 2016.

permitiese hacerlo? No se sabe hasta qué punto podría llegar el absurdo de las cláusulas contractuales, pero algunas limitan el derecho de circular libremente por un territorio, de viajar, salir del país, comer determinados alimentos, o peinarse o vestirse de una forma determinada. En la India⁶², por ejemplo, se han recogido cláusulas de todo tipo que afectan en mayor o menor grado a la dignidad, a la salud, a la integridad y a la libertad de las mujeres gestantes. Supongamos que se decide regular en España ¿podría diseñarse un contrato privado que respetase la dignidad de la gestante y no vulnerase ningún derecho en una gestación por encargo? Resulta bastante difícil de creer, aunque estuviese enmarcado por las directrices de una ley. También podría concebirse una regulación que excluyera la figura del contrato⁶³: «existen modelos normativos más restrictivos que excluyen la maternidad subrogada derivada de un contrato y la admiten como acto altruista, solo en determinados supuestos tasados por la ley de relación familiar o vínculo afectivo con los padres intencionales y sujeto a un expediente administrativo o judicial que determine la idoneidad de los intervinientes». En Reino Unido, por ejemplo, para que los comitentes puedan ser padres/madres legales se requiere un procedimiento parecido al de la adopción. En principio la madre legal es la gestante y el contrato no es vinculante, son más bien

⁶² <http://www.worldpulse.com/en/community/users/lulabi-pattanayak/posts/37534>
<http://centrodebioetica.org/2012/07/las-abusivas-clausulas-de-los-contratos-de-alquiler-de-vientre-en-india/>

Exámenes médicos psicológicos y físicos renunciando a la confidencialidad de los resultados de los mismos. Abstinencia de relaciones sexuales; mantenimiento del embarazo; otras obligaciones sobre estilo de vida: absteniéndose de practicar deportes o actividades, realizar viajes al exterior, aplicar tinte de cabello, consumir determinados productos de alimentación. Muerte de los padres comitentes: el contrato contempla la posibilidad de muerte de los padres que encargaron al niño y en ese caso se designa una tercera persona que se haga cargo de la custodia del niño. Entrega del niño y renuncia a la patria potestad: llegado a término el embarazo, el niño nacido debe ser inmediatamente entregado a los padres genéticos, como así también la custodia sobre el mismo, renunciando a todo tipo de reclamación de la patria potestad y absteniéndose de hacer cualquier tipo de contacto con los padres genéticos y/o sus familiares, como de intervenir en la crianza del menor gestado. Asunción de riesgos y liberación de responsabilidades: asumen todos los riesgos médicos, financieros y psicológicos y liberan a los padres genéticos, sus abogados, el médico y otros profesionales involucrados en el acuerdo, de cualquier responsabilidad legal, salvo en caso de mala praxis. Obligación de interrumpir la gestación a instancia de los padres genéticos en el caso que el niño presente alguna anomalía mental o física; también en caso de existencia de más de dos niños (interrupción selectiva); y cuando a criterio del médico tratante su salud se encuentre amenazada. La negativa de ello importa incumplimiento contractual, con la respectiva consecuencia económica y legal para ella. Aborto selectivo: como a la mujer se le pueden transferir hasta tres embriones, el contrato contempla la posibilidad de abortar a alguno de ellos si todos se implantan, para reducir el número de niños que nacerán. Rescisión del contrato: en caso de imposibilidad de lograr el embarazo, la mujer gestante deberá aguardar tres ciclos de transferencia embrionaria para poder poner fin al contrato. Incumplimiento: la mujer gestante pierde el derecho que le asiste al pago de los gastos —y si los hubiere ya recibido deberá reembolsarlos—.

⁶³ <https://tallerdederechos.com/contrato-de-gestacion-subrogada/>, por Javier González Granada.

acuerdos de subrogación, y no existe obligación de cumplimiento según la regulación de contratos.

En España, la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, de 27 de abril de 2017) prevé la existencia de un contrato de mínimos (art. 9) en el marco de la ley (art. 3.d), por lo que se deduce que se podrían incluir otras condiciones particulares a convenir⁶⁴. Si hablamos de derecho privado puede que todo valga, tan simple —y tan arriesgado— como aceptar lo que allí se diga, por lo que debería contemplarse incluso la opción del contrato no vinculante o una exigencia legal que determinase para la madre un amplio margen de libertad.

Se acusa al feminismo de «paternalismo» o «maternalismo» al aproximarnos de este modo a la cuestión de la libertad, pero es que consideramos que la libertad de una no puede prevalecer sobre los intereses del colectivo del grupo de mujeres que se ven en la necesidad de aceptar el sometimiento a un contrato o simplemente la necesidad de tomar decisiones que lesionan su salud⁶⁵ y su dignidad. La libertad en la necesidad es un contrasentido. Si además el ejercicio de esa pretendida libertad va contra derechos constitucionalmente reconocidos, como el derecho a la integridad física y moral de las mujeres, su derecho a la salud o, su libertad de acción o de movimiento, entonces cobra sentido sostener que algunas decisiones individuales no puedan ser socialmente toleradas.

La crítica al «paternalismo», o «maternalismo» ignora que al hacer la valoración del problema, el feminismo no piensa en la particularidad o el interés de una persona en concreto, sino en el estatus que una mujer adquiere en el conjunto social, cuando al inicio histórico de un camino hacia la igualdad (representación paritaria, igualdad laboral/salarial, protección frente a la violencia) nuevas formas de esclavitud impiden a las mujeres su

⁶⁴ El art. 3. d) dice que «*el contrato de gestación por subrogación es un documento público por el que una persona o una pareja, formada por individuos de igual o diferente sexo, y una mujer, acuerdan que esta será la gestante por subrogación, en los términos establecidos en esta Ley*», que son los que recoge el art. 9: «*El contrato de gestación por subrogación contendrá, como mínimo, las siguientes determinaciones: Identidad de las partes intervinientes, consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes, los conceptos por los cuales la mujer podrá percibir una compensación económica, conforme a lo establecido en el art. 5.2 de la presente Ley, y forma y modo de percepción de la misma, la técnicas de reproducción humana asistida que se emplearán, información sobre el seguro al que hace referencia el art. 5.5 de la presente Ley, forma, modo y responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación, previsión del lugar del parto y de las circunstancias en las que el o los progenitores subrogantes se harán cargo del hijo o hijos, y designación de tutor, de acuerdo con lo previsto en el art. 223 del Código Civil*».

⁶⁵ [http://www.icmr.nic.in/icmrnews/art/Agreement%20for%20Surrogacy%20\(%20Form%20J\).pdf](http://www.icmr.nic.in/icmrnews/art/Agreement%20for%20Surrogacy%20(%20Form%20J).pdf)

En este contrato puede leerse cómo la mujer gestante acepta estar informada de que, por ejemplo, cabría la posibilidad de que el padre o la madre que aportan el material genético pudieran ser seropositivos (periodo de ventana de serología, hepatitis B y C), es decir, que aunque el material genético se presume «limpio» de virus hay un periodo en que la persona está infectada pero el virus no se ha desarrollado lo suficiente para poder ser detectado.

propia realización, haciéndolas retroceder en la Historia⁶⁶. Se pretende transmitir la idea de que carece de relevancia moral y política la comercialización de los cuerpos y órganos porque debe ser la libertad personal la que se imponga, como argumenta Ana Rubio⁶⁷, sin embargo el análisis del contexto social es muy relevante para valorar esta práctica.

4. La afectación a la dignidad

Tras estas reflexiones, ¿puede afirmarse que no haya riesgo para la dignidad de las mujeres gestantes? Es obvio que el riesgo existe, ¿cómo determinar la afectación a la dignidad? Si el concepto de dignidad puede fluctuar en el tiempo y en el contexto social, hay dos criterios que pueden prevalecer de forma constante: uno, la dignidad constituye el fundamento de todos los derechos⁶⁸, por tanto si los derechos se ven afectados la dignidad también lo estará; y dos, la instrumentalización de la persona, si la persona es utilizada solo como un medio se estará lesionando su dignidad.

Es obvio que los derechos de las mujeres se ven vulnerados; y es obvio también que la mujer es tratada solo como un medio. No estoy de acuerdo con Manuel Atienza⁶⁹ cuando dice que no es así, que la mujer no es tratada solo como un medio, porque no veo de qué otra manera, o en calidad de qué otra cosa se la trata⁷⁰, especialmente si existe un contrato de servicios mediante el cual ella asiente convertirse en el vehículo o instrumento para la gestación del bebé encargado a cambio de una remuneración o compensación, ni siquiera mediante la altruista, porque no puede desprenderse del componente de la «funcionalización» que explicaba Kajsa Ekis⁷¹. El altruismo, como hemos visto, puede «salvar» el problema en cierta forma pero no acaba tampoco de solucionarlo: primero, porque no es real, es un eufemismo si existe la compensación; si es auténtico solo me parece «real» por consanguinidad o lazos muy estrechos (a pesar de que la consanguinidad conlleva también

⁶⁶ M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *cit.*, p. 176.

⁶⁷ A. RUBIO CASTRO, «Sujeto, cuerpo y mercado, una relación compleja», *De la solidaridad al mercado*, Fontamara, México, 2016, p. 89.

⁶⁸ M. ATIENZA RODRÍGUEZ, <http://lamiradadepeitho.blogspot.com.es/>, noviembre 2017.

⁶⁹ M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos», *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015; y en «Sobre la nueva Ley de Reproducción Humana Asistida», *Revista de bioética y derecho*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2015; con anterioridad en «Reproducción Humana Asistida: sobre la nueva ley» en el núm. 9 de la Revista *El notario del siglo XXI*, (2006). También M. ATIENZA RODRÍGUEZ, «El derecho sobre el propio cuerpo y sus consecuencias», en M. CASADO (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Fontamara, México, 2016, p. 59.

⁷⁰ Sobre este aspecto ya reflexioné en «La gestación subrogada en el marco de la Constitución española: una cuestión de derechos», p. 223.

⁷¹ K. EKIS, *cit.*, p. 203.

sus riesgos)⁷²; pero si así fuera, es decir, si se regula la gestación subrogada altruista, no habrá oferta para tanta demanda.

Por otro lado, también habría que analizar cuál es la demanda. Como la profesión médica se pregunta, de dónde parte tanto alboroto si las causas médicas de indicación para la gestación por sustitución son muy pocas (ausencia congénita de útero o malformaciones uterinas, o enfermedades graves o terapias que desaconsejan la gestación) a las que podríamos añadir algunas causas psico-sociales como «miedo al parto o comodidad de no pasar un embarazo o no perjudicar una trayectoria profesional». Son las causas sociales de «incapacidad biológica» para gestar, es decir ser varón. Bajo Arenas⁷³ señala que la demanda de esta práctica viene determinada mayoritariamente por parejas homosexuales masculinas y hombres solos, ya que hay una incidencia muy baja de causas médicas de ausencia o lesión de útero que indicaran la oportunidad de la gestación por sustitución.

Así pues, con toda comprensión y solidaridad hacia las personas que desean tener hijos o hijas con sus propios gametos, me gustaría que nos detuviésemos a pensar qué tipo de sociedad queremos y qué hay detrás de la compulsión a tener hij@s «biológicos» a toda costa.

Rosario Tur Ausina y Enrique Álvarez Conde⁷⁴ sugieren reformar la legislación «prohibiendo y/o sancionando los vientres de alquiler por atentar contra derechos fundamentales, principios, valores y bienes constitucionalmente protegidos», insistiendo en que ello debe hacerse también «a través de la función proactiva del Derecho, y de otras técnicas de socialización política (educación en derechos fundamentales y en principios y valores constitucionales, enseñar a vivir en Constitución, etc.) con la finalidad de que los poderes privados (en este caso concreto las empresas que comercializan los vientres de alquiler) y la propia ciudadanía adquieran la conciencia de que ello va en contra del marco constitucional al configurar, a la postre, a las mujeres y a sus cuerpos como una auténtica mercancía que se puede comprar, vender o alquilar». Ello es necesario para contrarrestar el «gota a gota» que está calando en la sociedad y que está contribuyendo a banalizar el discurso sobre la legalización de esta práctica.

Si legalizamos el uso o utilización de los vientres o cuerpos de alquiler (como si legalizamos la prostitución u otras prácticas que se fundamenten en el aprovechamiento del cuerpo de las mujeres), estamos proyectando un inequívoco mensaje: el cuerpo de las

⁷² Aunque dependería de cómo se regulase, se podría llegar situaciones exorbitadas o absurdas, por tanto la altruista consanguínea tiene riesgos, mientras que la altruista no consanguínea o con exclusión de consanguinidad es improbable que procure gestantes.

⁷³ J. M. BAJO ARENAS, «Maternidad subrogada o gestación por sustitución», *Toko-Ginecología Práctica*, septiembre-octubre 2017.

⁷⁴ R. TUR AUSINA y E. ÁLVAREZ CONDE, «El Derecho y los vientres de alquiler», *El Mundo*, 22 de mayo de 2017.

mujeres se encuentra disponible para lo que siempre ha servido: el mantenimiento de una estructura social fuertemente trabada por un sistema patriarcal cuya vigencia se muestra incompatible con un ordenamiento constitucional basado en la dignidad, igualdad y libertad.

VI. CONCLUSIONES

Podríamos concluir diciendo que el ordenamiento jurídico español ya dispone de regulación para los supuestos de gestación por sustitución: 1. Nulidad del contrato, 2. Filiación materna determinada por el parto y 3. Acción de reclamación de paternidad según reglas generales. El Tribunal Supremo, además, ha fallado instando 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» (STS 247/2014, de 2 de febrero). Sin embargo, esto no satisface los deseos de los comitentes, quienes reclaman una regulación que legalice la práctica⁷⁵ (ya que la opción actual lo único que permite es reclamar la paternidad y posteriormente iniciar el procedimiento de adopción del otro cónyuge si se trata de una pareja), especialmente para los y las menores que tienen derecho a una identidad única desde su nacimiento⁷⁶; como tampoco termina de satisfacer a quienes creen que debería prohibirse quedando así zanjado el problema. Veamos cuáles serían las posibilidades en caso de regular específicamente para esta materia:

⁷⁵ A. DURÁN AYAGO, «Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: la gestación por sustitución. A propósito del Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015», *Bitácora Millennium DIPr*, núm. 2, 2016. Como explica Antonia Durán, «nos encontramos en un *impasse*; poco o nada se ha avanzado. Y en esta situación, la impasibilidad del legislador está haciendo que sea la improvisación judicial la que dé respuesta a estos casos, con el consecuente riesgo de disparidad en las soluciones y la consecuente merma de la seguridad jurídica». A continuación expone la situación actual y «las consecuencias prácticas de toda esta encrucijada judicial»: «Si en febrero de 2014, después de la sentencia del Tribunal Supremo se paralizaron las inscripciones en el Registro Civil de niños nacidos en el extranjero a través de gestación por sustitución, a raíz de las sentencias del TEDH la DGRN emitió una circular el 11 de julio de 2014 por la que se autorizaba a los Cónsules españoles a seguir aplicando la Instrucción de 5 de octubre de 2010 como consecuencia de la jurisprudencia europea y porque a su juicio el caso tratado en la sentencia del Supremo no afectaba a esta Instrucción, debido que la resolución de la DGRN anulada por esta sentencia lo que pretendía era la transcripción de las certificaciones registrales extranjeras al Registro Civil español, mientras que la Instrucción no regula la transcripción, sino el procedimiento de reconocimiento que ha de seguirse *ad hoc* para poder inscribir a los niños nacidos en el extranjero a través del gestación por sustitución en el Registro Civil español. Y aunque ciertamente esto es así, desde el nacimiento de esta Instrucción se ha discutido su legalidad, puesto que va más allá de lo que la ley precisa; se extralimita en consecuencia la DGRN atribuyéndose un papel de cuasilegisador que no le corresponde».

⁷⁶ *Ibidem*.

- A) Regular para legalizar la práctica por la vía de un contrato, con remuneración. El obstáculo principal se encuentra en el propio Código civil que dispone que solo puede ser objeto de contrato una cosa o un servicio. ¿Cuál sería el objeto?: ¿el servicio de gestar? Este «funcionaliza» a la mujer; ¿el bebé que se entregará a los comitentes? Un ser humano no es una cosa de la que se pueda disponer.
- B) Regular para legalizar, de forma altruista —con o sin compensación—, y con o sin consanguinidad... La opción altruista permitiría excluir el componente mercantil para evitar que la práctica se convierta en una salida «laboral», aunque sería difícil que funcionase por la falta de oferta a no ser que fuese por lazos familiares (opción tampoco exenta de riesgos a no ser que se determinaran muy precisamente las relaciones de parentesco de las personas que intervinieran en la práctica).
- C) Regular para legalizar, excluyendo la vía del contrato para evitar en la medida de lo posible coartar la libertad de las mujeres mediante cláusulas abusivas, proporcionando mayor intervención del estado en la regulación y diseño del procedimiento legal (podría ser similar al de adopción, incluyendo la declaración de idoneidad).
- D) Regular para determinar la prohibición y por tanto declarar la ilegalidad de la práctica que impondría un severo límite a su realización en otros países ante la imposibilidad de inscribir a los menores o tenerlos que entregar a las Entidades Públicas quienes se harían cargo. Esta solución no parece tampoco compasiva con el vínculo que puede haberse creado con unos comitentes que además pueden ser los padres genéticos, con mucha probabilidad al menos uno de ellos.

De momento, habrá que mantener la regulación de que se dispone y seguir el criterio jurisprudencial existente, combinándolo con la pedagogía constitucional que ha de insistir en los valores de dignidad, igualdad y libertad para tratar de compensar el desequilibrio entre deseos y derechos.

TITLE

THE DEBATE ON SURROGATE PREGNANCY IN SPAIN: BETWEEN DESIRE, DIGNITY AND RIGHTS

SUMMARY

I. INTRODUCTION TO THE DEBATE. II. THE DESIRE TO HAVE CHILDREN. III. THE RIGHT TO HAVE CHILDREN. IV. TOWARDS A «GUARANTEES» REGULATION: TURNS ALTRUISM. V. THE VIOLATED RIGHTS OF PREGNANT WOMEN. 1. Renounce to filiation. 2. The right to physical and moral integrity of the pregnant women. 3. Rights of freedom. 4. The affectation to the dignity. VI. CONCLUSIONS.

KEY WORDS

Surrogate pregnancy; Desire; Dignity; Rights.

ABSTRACT

Spanish law has regulation for cases of gestation by substitution, however this does not satisfy any of the parties faced in the passionate debate that is taking place in our society. It is claimed by several sectors the importance of having specific regulation which clarify the legal and normative crossroads that is affecting persons pursuing the desire for having children, who have opted to go to get them in other countries where it is legal, although this practice will violate some rights of women and babies. Thus, the dignity of the pregnant women and their rights are at the expense of the wishes that are intended to become rights of the others.

Fecha de recepción: 10-12-2017

Fecha de aceptación: 21-12-2017

