



INFORME DEL COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA SOBRE LOS ASPECTOS ÉTICOS Y JURÍDICOS DE LA MATERNIDAD SUBROGADA

Miembros del Comité

María Teresa López y López (Presidenta)

Federico de Montalvo Jääskeläinen (Vicepresidente)

Carlos Alonso Bedate

Vicente Bellver Capella

Fidel Cadena Serrano

Manuel de los Reyes López

Pablo Ignacio Fernández Muñiz

Nicolás Jouve de la Barreda

Natalia López Moratalla

César Nombela Cano

Carlos M^a Romeo Casabona

José Miguel Serrano Ruiz-Calderón

Índice

Introducción

Parte I: La gestación subrogada: clasificación, condiciones para el debate y aspectos científicos.

- 1.- Tipología de la gestación subrogada.
- 2.- Las reglas del debate bioético en la maternidad subrogada.
- 3.- Aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación

Parte II: Aspectos éticos de la maternidad subrogada.

- 1.- El núcleo de la cuestión.
- 2.- ¿Siguen importando vincular gestación y maternidad?
- 3.- La mujer portadora: ¿libre o esclava?
- 4.- El interés superior del menor.

Parte III: Aspectos jurídicos y políticos de la maternidad subrogada

- 1.- La regulación de la maternidad subrogada: perspectiva internacional y Derecho comparado.
- 2.- La situación jurídica en España.
- 3.- Tres modelos reguladores de la maternidad subrogada: análisis crítico.

Conclusión

Introducción

La maternidad o gestación subrogada es uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad. Por primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad.

Con el fin de relativizar la trascendencia de este fenómeno, se ha argumentado que viene a realizar lo que ya se produce con la adopción: establecer la distinción entre la madre legal y la biológica. Pero es obvio que, en la adopción, no existe el acuerdo previo entre la mujer que gesta un niño y las personas que asumirán la paternidad que, sin embargo, es la causa de toda gestación subrogada. Se trata, pues, de una práctica inédita hasta los tiempos recientes y con un enorme impacto en todos los planos de la vida humana: cultural, social, ético y jurídico.

En los últimos años se ha suscitado un encendido debate en todo el mundo acerca de si se debería prohibir o permitir la maternidad subrogada y, en este último caso, en qué términos debería regularse. Aunque los primeros casos tuvieron lugar hace más de cuarenta años, durante mucho tiempo tuvo un alcance limitado. Ha sido en los últimos quince años cuando la práctica se ha extendido y, sobre todo, se ha internacionalizado. Los medios de comunicación se han venido haciendo eco de muchas informaciones relacionadas con ella que han atraído la atención de la opinión pública. Por un lado, han tenido una gran repercusión mediática los casos de personajes famosos que han recurrido a este medio para ser padres: tanto varones como mujeres, homosexuales como heterosexuales, individualmente o en pareja. Por otro lado, también se ha informado de pugnas judiciales por la paternidad o maternidad de los hijos habidos de este modo. Quizá el más conocido, y uno de los primeros de la historia judicial de la maternidad subrogada, fue el de Baby M, en el que la gestante (y madre genética) reclamó, frente a los comitentes o padres de intención, la maternidad sobre su hijo tras el nacimiento. En los últimos años han sido frecuentes las informaciones sobre situaciones escandalosas, o al menos fuertemente controvertidas, relacionadas con esta práctica. En muchas de ellas se daba la circunstancia de que la gestante era de un país distinto (y, por lo general, mucho más pobre) al de los comitentes. En casos así se ha llegado a hablar de explotación reproductiva.

La sociedad española no se ha mantenido al margen de este debate. La maternidad subrogada se ha convertido en un tema de fuerte controversia. El grado de apasionamiento que suscita recuerda a tantos otros debates bioéticos como el del

aborto, la eutanasia o las células madre embrionarias. Desde hace casi treinta años España cuenta con regulación sobre esta materia. Concretamente la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción humana asistida disponía en su art. 10: “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”. Esta ley fue parcialmente modificada por la ley 45/2003, la cual, a su vez, fue derogada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Sin embargo, en ninguna de estas dos intervenciones del legislador sobre la materia consideró necesario modificar la regulación de la gestación por sustitución establecida en aquella pionera ley de 1988.

A pesar del mencionado marco legal, centenares de españoles y españolas han recurrido a esta práctica para ser padres o madres. Para ello, han buscado gestantes en el extranjero que, por lo general, han sido fecundadas con el esperma del varón comitente. En estos momentos, el Derecho español no ofrece una respuesta uniforme con respecto a la inscripción de la filiación de los hijos habidos de este modo. Existe una diversidad de posiciones entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Tribunal Supremo que genera inseguridad jurídica para las partes afectadas, especialmente para los hijos.

En líneas generales, son dos los principales problemas jurídicos relacionados con la maternidad subrogada que se plantean en España. Uno tiene que ver con el hecho de que la maternidad subrogada sea contraria a la ley nacional y, sin embargo, muchos españoles consigan ser padres recurriendo a ella en otros países donde es legal. ¿Se puede pretender que las leyes aprobadas en España tengan verdadera eficacia y que no solo sean de aplicación para quienes, por carecer de recursos y de temeridad, no pueden sortearlas en el extranjero? Hay otros ámbitos en los que tal cuestión no plantea problema alguno, y los hechos son perseguibles, incluso penalmente, aunque se realicen en el extranjero, como es el caso de la compra de órganos (previsto en el artículo 156 bis Código Penal).

El otro problema tiene que ver con que, más allá de que se logre sortear la legalidad vigente y se atente contra el orden público interno o internacional, existe una nueva vida humana por cuyo interés el Derecho tiene que velar. Un aspecto esencial de ese interés consiste en reconocerle una filiación legal. Y de ahí surge la otra cuestión: ¿Se debe reconocer a los padres comitentes la filiación legal del hijo concebido por encargo, aunque se reconozca la ilegalidad del proceso, o resulta más coherente no reconocerla para desincentivar que sea un medio de conseguir lo que legalmente está prohibido? Sobre este asunto se han pronunciado las más altas instancias

jurisdiccionales, como el Tribunal Supremo de España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Más allá de estas cuestiones, se abre el debate acerca de si la legislación española vigente debería reformarse para permitir la maternidad subrogada en determinadas condiciones o, más bien, debería mantenerse tal como está y adoptar medidas para reforzar su eficacia. En 2016 este debate se suscitó por primera vez en una sede regional parlamentaria, concretamente de la Asamblea de Madrid. En ella se debatió una propuesta no de ley instando “al Gobierno de la Comunidad de Madrid a instar, a su vez, al Gobierno de la Nación a impulsar, de forma inmediata, una Ley de regulación de Gestación Subrogada que garantizara los derechos de todas las personas intervinientes en el proceso y, de forma especial, a los menores fruto de esa técnica de reproducción”. Dicha iniciativa no salió adelante porque, si bien contó con los votos a favor de PP (salvo tres de sus diputados) y Ciudadanos, recibió el voto en contra de PSOE y Podemos.

A la vista de un panorama de notable complejidad y controversia, el Comité de Bioética de España, como órgano colegiado independiente y de carácter consultivo sobre materias relacionadas con las implicaciones éticas y sociales de la Biomedicina y Ciencias de la Salud, decidió en el Pleno de 6 de septiembre de 2016 elaborar un informe sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada. En este informe, partiendo del actual estado de la cuestión, se exponen los principios y razones que consideramos fundamentales a la hora de sustentar una posición coherente sobre esta práctica. Al hacerlo esperamos contribuir al debate ciudadano sobre un asunto que no solo repercute sobre las personas directamente afectadas (los niños fruto de esta práctica, las mujeres gestantes, los comitentes y en su caso los donantes de gametos) sino también sobre el conjunto de la sociedad, en la medida en que nos lleva a replantearnos el modo en que debe ordenarse la procreación humana y las consiguientes relaciones de filiación.

El presente informe se estructura en tres apartados:

- a) La práctica de la gestación subrogada y sus distintas modalidades. La batalla terminológica y sus repercusiones. Los aspectos científicos más relevantes, en especial, la relación entre el feto y la gestante. Las condiciones para un enjuiciamiento racional y no ideológico de esta práctica.
- b) Cuestiones éticas. Se analizan críticamente los argumentos favorables y contrarios a la gestación subrogada que están teniendo una mayor repercusión en la opinión pública y en la doctrina jurídica, de cara a establecer aquellas razones que consideramos de mayor consistencia y calado.

- c) Perspectiva jurídica. Se repasan las posiciones de los organismos intergubernamentales que se han ocupado de la cuestión. Se analiza de manera especial la situación legal de los hijos habidos mediante gestación subrogada en España.

Somos conscientes de que son muchos los temas que quedan sin abordar y que los seleccionados lo han sido de forma sucinta. Pero entendemos que nuestra misión no es ofrecer una respuesta exhaustiva a cada una de las preguntas que suscita esta práctica; pensamos que más bien nos corresponde clarificar los términos del debate y exponer nuestras reflexiones así como los resultados de nuestras deliberaciones.

Parte I: La gestación subrogada: clasificación, condiciones para el debate y aspectos científicos.

La gestación subrogada se da cuando una mujer se presta a gestar un niño para, una vez nacido, entregárselo a la persona o personas que se lo han encargado y que van a asumir su paternidad/maternidad. Existen muchas modalidades para llevarla a cabo, en función de todas las variables que entran en juego. Lo que tienen en común todas las modalidades de gestación subrogada es la voluntad de privar de la condición de madre a quien ha dado a luz a un niño y atribuirlo a otra u otras personas. Conviene recordar que la primera acepción de “Madre” que aparece en el Diccionario de la Real Academia es “Hembra que ha parido”, si bien la segunda amplía el alcance del término: “Hembra respecto de su hijo o hijos”.

1.- Tipología de la gestación subrogada.

Las formas en las que se puede llevar a cabo la gestación subrogada son múltiples, y las podemos clasificar atendiendo a los siguientes criterios: (1) la finalidad con la que actúa la gestante; (2) la existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y padres legales del niño (los llamados comitentes); (3) las condiciones de entrega del niño; (4) el origen de la dotación genética del niño; (5) el tipo de comitentes; (6) la causa por la que se recurre a la subrogación; (7) la localización geográfica de comitentes y gestante; (8) el nivel de conocimiento y libertad de la gestante; (9) el tipo de relación jurídica que se establezca entre comitentes y gestante; (10) la existencia de un marco legal que garantice o no la seguridad jurídica; y (11) distintos aspectos técnicos.

(1) *La finalidad con la que actúa la gestante puede ser altruista o lucrativa.* En el primer caso, la mujer no percibe retribución por su servicio. Únicamente podría percibir alguna compensación por los gastos o la pérdida de ingresos que le ocasione la gestación. En el segundo, la gestante presta un servicio a cambio de una retribución.

(2) *La existencia o no de vínculo afectivo o familiar entre gestante y los comitentes.* Si existe vínculo familiar, puede ser tanto una madre, hermana o hija, como una tía, prima o sobrina. En estos casos, el niño tendría un doble vínculo con la gestante: el derivado de la gestación y el de la filiación legal. Así, por ejemplo, si una madre gesta para su hijo, el niño resultante sería legalmente nieto de la gestante pero “hijo” en cuanto a la gestación. Cuando no existe el vínculo familiar o afectivo, la gestante puede ser una mujer cualquiera. Algunos autores han ido más allá sugiriendo que las

gestaciones subrogadas sean llevadas a cabo por mujeres dedicadas profesionalmente a ese menester.

(3) *Las condiciones de la entrega del niño.* Se puede acordar que la gestante no renuncia a la maternidad antes del parto y tiene libertad, en los días siguientes, para decidir si finalmente entrega el niño que ha parido a los comitentes o se lo queda ella. Pero también se puede establecer la renuncia de la gestante a la maternidad antes del nacimiento y que, en consecuencia, el niño será entregado a los comitentes tras el parto. Cuando se trata de una gestación retribuida es prácticamente imposible que los términos del contrato reconozcan la libertad de la gestante para decidir, tras el parto, si renuncia o no a la maternidad. Lo habitual, en esos casos, es la renuncia desde antes del parto y que, si la gestante no cumple, incurra en responsabilidad.

(4) *El origen de la dotación genética del niño.* El óvulo puede proceder de la madre gestacional, de la comitente o de una tercera, que lo haya donado o que lo haya vendido. El espermatozoides, a su vez, puede proceder del comitente o de un tercero, en las mismas condiciones que el óvulo (donación o compraventa). Las combinaciones posibles son seis. Así el hijo puede tener como “padres genéticos”: al varón y a la mujer comitentes de la gestación subrogada; al comitente y a la mujer gestante; al comitente y a una donante del óvulo; a un donante de espermatozoides y a la comitente; a un donante de espermatozoides y a la mujer gestante; y a un donante de espermatozoides y a una donante de óvulo. Cada una de estas combinaciones puede estar motivada por distintas razones y repercutirá de manera distinta en el hijo en función, sobre todo, de que se establezca o no el anonimato sobre los donantes de los gametos. Obviamente, en el momento en que se puedan crear y utilizar gametos inducidos a partir de reprogramación celular (obtenidos “artificialmente”) para la reproducción, se incrementarán las posibles combinaciones de la carga genética de los niños.

(5) *El tipo de padres legales que tendrá el hijo.* Puede ser una pareja heterosexual, una pareja homosexual de varones o mujeres, una mujer o un varón solo, más de dos personas en modalidades diversas (poliginia, poliandria o poliamor), o incluso una persona jurídica.

(6) *La causa de la gestación subrogada.* Puede ser una razón médica, como la incapacidad de una mujer para gestar; una imposibilidad biológica, cuando la pareja carece de un útero (fundamentalmente parejas de varones), o cuando es un varón solo quien desea ser padre; o una razón profesional, social o personal (por ejemplo, cuando la mujer no quiere gestar por los inconvenientes que tendría para su vida profesional, o porque tiene miedo o disgusto por la gestación).

(7) *La localización geográfica de los comitentes y la gestante.* Pueden ser del mismo país, e incluso estar próximos y tener un contacto continuado durante la gestación y después del parto. Pero también pueden ser de países distintos, de modo que la gestante lleva a término su embarazo y da a luz en un país que no es el de los comitentes. En estos casos, cabe presumir que no existía relación previa entre ambas partes y que tampoco se mantendrá una vez se haya producido la entrega del niño.

(8) *El nivel de conocimiento y libertad de la gestante.* Aunque se suele dar por supuesto que la gestante es una mujer que consiente con plena libertad y conocimiento a la realización de ese servicio, no siempre es así. Más bien hay que aceptar que circunstancias de todo tipo, entre las que indudablemente ocupan un lugar preeminente las escasas garantías jurídicas que pueden rodear a la gestación subrogada, determinan el nivel de conocimiento y libertad de la gestante en ese proceso.

(9) *Las características de la relación jurídica entre comitentes y gestante.* También aquí encontramos muy diversas variables. Pueden existir contratos minuciosos o genéricos. Lo más frecuente, sobre todo cuando la maternidad subrogada es de carácter comercial, es que la relación entre gestante y comitente se lleve a cabo a través de un agente, que bien puede ser una empresa que ofrece el servicio reproductivo completo a los comitentes, un mediador que pone en contacto a los comitentes con la gestante o una agencia pública que realiza la intermediación o vela por el buen desarrollo de todo el proceso.

(10) *La existencia o no de un marco legal que garantice la seguridad jurídica.* Hay países que no han regulado específicamente esta materia, países que la han regulado pero que no son capaces de garantizar su cumplimiento con carácter general, y países en los que existe una normativa clara y que se cumple. Pero cuando se trata de subrogaciones internacionales, entran en juego regulaciones de dos países distintos, que no siempre están debidamente coordinadas y, en ese caso, generan graves situaciones de incertidumbre y desprotección jurídica para todas las partes implicadas, especialmente para los niños nacidos mediante esta práctica.

(11) *Otros aspectos técnicos.* La gestación subrogada puede tener su origen en una inseminación artificial o en una fecundación *in vitro*. Lo más habitual es que el embrión que se implante a la gestante sea fruto de una fecundación *in vitro*. En ese caso, la gestación puede requerir de una o varias estimulaciones ováricas y puede llevarse a cabo mediante la implantación de uno o varios embriones. Esos embriones pueden ser frescos o congelados. La gestante puede ser primípara o madre de algún otro hijo. Es frecuente que se le exija haber tenido, al menos, un embarazo con

antelación a este tipo de gestación. Puede que se someta a esta práctica por primera vez o que ya lo haya hecho en otras ocasiones. En casos de gestaciones múltiples, podría preverse la realización de lo que se ha dado en llamar una reducción embrionaria (eliminación de alguno de los embriones implantados). Todas estas circunstancias afectan tanto al nivel de riesgo que asume la gestante como a la tasa de éxito del proceso y al número de hijos que recibirían los comitentes.

2.- Las reglas del debate bioético en la maternidad subrogada.

Para que el proceso de deliberación resulte fecundo consideramos importante evitar algunos riesgos frecuentes en los debates bioéticos, que ya han empezado a producirse también en el de la gestación subrogada. A continuación, mencionamos tres que fácilmente pueden entorpecer el genuino debate: la pugna terminológica, el recurso al sensacionalismo y la descalificación ideológica.

2.1.- Las pugnas terminológicas.

En los debates bioéticos es frecuente utilizar términos que en sí mismos ya contienen una valoración ética sobre la cuestión que en principio solo debía enunciarse. Por ejemplo, no es exactamente lo mismo hablar de ‘aborto voluntario’ o de ‘interrupción voluntaria del embarazo’; de ‘clonación terapéutica’ o de ‘clonación de embriones humanos para la investigación’, de ‘bebe salvador’ o de ‘bebé medicamento’; de ‘experimentación con animales’ o de ‘maltrato animal’. Así pues, para que el debate no esté sesgado de inicio, es importante acordar unos términos que sean claros en su significado y, en la medida de lo posible, neutrales en la valoración ética.

La práctica que sometemos a escrutinio ético en este informe ha sido objeto de múltiples denominaciones. Dependiendo del aspecto que se quiera destacar y, sobre todo, de la valoración ética que se haga, se recurre a uno u otro término: maternidad subrogada, alquiler de vientres, gestación subrogada, gestación por sustitución, maternidad de alquiler, maternidad por sustitución, etc.

Si acogemos las expresiones ‘vientres de alquiler’, ‘maternidad por sustitución’ o incluso ‘gestación subrogada’, comprobamos que no pasan de ser meros eufemismos cuando lo que se pretende es contratar a una mujer para que incube un embrión obtenido por fecundación in vitro. En primer lugar, no se trata de un vientre de alquiler, sino de una ‘madre de alquiler’, ya que lo que se está haciendo es contratar a una persona en su integridad, no solo su vientre, para que lleve a cabo la gestación que los comitentes no pueden (o no desean) llevar a cabo. Tampoco parece correcto hablar de ‘maternidad por sustitución’ ya que desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que

aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante). Por último, denominar a esta práctica 'gestación por sustitución' o 'gestación subrogada' supone ocultar la palabra maternidad, lo que resulta inadecuado pues ser madre supone mucho más que gestar y dar a luz un niño.

Para evitar que la pugna terminológica se convierta en una dificultad a la hora de llevar a cabo la reflexión ética, en este informe recurrimos indistintamente a los términos 'maternidad subrogada', 'gestación subrogada' o 'gestación por sustitución'. Aun siendo conscientes de que cada uno de ellos posee cierta carga valorativa, que puede contribuir a reforzar una u otra posición, preferimos dejar a un lado el debate terminológico y centrar la reflexión en el debate ético. En todo caso, se debe recordar que 'gestación por sustitución' es el término legal en España para esta la técnica, tal como recoge el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006.

2.2.- El recurso al sensacionalismo

Aunque la maternidad subrogada es una práctica relativamente reciente y cuantitativamente poco significativa, ha suscitado una enorme atención en todo el mundo. Se entiende que sea así porque supone una auténtica revolución en el modo de entender la relación entre gestación y maternidad, y por el enorme impacto que tiene sobre las personas directamente afectadas (el hijo, la gestante y los comitentes).

De entre los casos de maternidad subrogada habidos hasta el momento, encontramos ya una casuística sumamente variada. Es común recurrir a unos u otros ejemplos bien para oponerse a ella o bien para sostener su licitud. Por ejemplo, los partidarios de legalizarla suelen apoyarse en casos de matrimonios que, tras muchos intentos, no han conseguido llevar a término la gestación de un hijo y recurren a una persona próxima que, de forma desinteresada, se hace cargo de gestarlo pero concebido con los gametos del matrimonio. Los detractores de esta práctica airean casos ciertamente intolerables, como el de aquellos comitentes que, de los dos niños que dio a luz la gestante que habían contratado, se quedaron con la nacida sana y dejaron a la gestante el nacido con síndrome de Down. Parece que el modo correcto de proceder sea tratar lo común como común, y lo excepcional como excepcional e intentar que el juicio ético global (y, mucho más, la regulación jurídica) se configure a partir de las situaciones generales y no de las excepciones.

Dicho lo anterior, no conviene descartar por principio el recurso a casos concretos, pues pueden servir tanto para captar la complejidad de la práctica, como los cambios sociales que subrepticamente pueda estar llevando a cabo. Para ilustrar lo primero, podemos mencionar dos casos que presentan similitudes y diferencias importantes.

En 2016, Tracey Thompson, de 54 años, dio a luz a la hija de su hija en Texas, convirtiéndose así en su abuela legal y madre gestante. Kelley, la madre de la niña, de 28 años, y el padre, de 33, llevaban tres años intentando tener hijos por sus propios medios, y se habían sometido a numerosos tratamientos de fertilidad. Kelley había sufrido tres abortos involuntarios. Así las cosas, la madre se ofreció a gestar el hijo que, a pesar de los muchos intentos, su hija no había conseguido llevar a término. Los embriones que se implantaron en la Sra. Thompson eran fruto de fecundación *in vitro* realizada con gametos del matrimonio.

Un año antes, en 2015, Anne-Marie Casson, de 46 años, gestó y alumbró a Miles, un hijo para su hijo Kyle Casson, gay soltero de 27 años, que llevaba queriendo ser padre desde hace tiempo. El niño fue concebido con un óvulo donado y el esperma de Kyle. Anne-Marie se convertía así en madre gestante y abuela legal de Miles. Kyle, por su parte, pasaba a ser padre legal y “hermano” de Miles, pues si bien no comparten el origen genético sí tienen la misma madre gestante.

Mientras que el primero de los casos fue presentado como un ejemplo de auxilio desinteresado para que una pareja pudiera llevar adelante su proyecto parental, el segundo fue objeto de enorme controversia y suscitó un notable rechazo social. ¿Merecen los dos la misma valoración ética, positiva o negativa? O, por el contrario, ¿el primero puede ser aprobado y el segundo no? Indudablemente conocer los distintos elementos que intervienen en cada gestación subrogada contribuye a comprender mejor el supuesto y ajustar la valoración ética. Pero centrarse en supuestos concretos incrementa el riesgo de que las emociones condicionen la imparcialidad del juicio ético.

2.3.- La descalificación ideológica.

Cuando existe mayor interés en imponer el propio punto de vista que en buscar el acierto del juicio ético es frecuente recurrir a la descalificación del interlocutor que disiente de lo que decimos. Siempre ha sido mucho más fácil decir que el discrepante no sabe de lo que habla, o habla atenazado por prejuicios, que tratar de rebatir su posición con argumentos. A la hora de valorar éticamente la maternidad subrogada también sucede así. Muchos de los partidarios de la maternidad subrogada descalifican a sus opositores acusándoles de pretender imponer su visión religiosa a quienes no piensan como ellos, o bien de defender un feminismo trasnochado que ya no defienden ni la mayoría de las mujeres. Por el contrario, entre los que rechazan esta práctica es frecuente desacreditar la posición contraria calificándola despectivamente como neoliberal y patriarcal, en la medida en que reduce aspectos tan fundamentales de la vida individual y social a objeto de comercio y trata a la mujer

como objeto al servicio de las demandas solventes del mercado. Con esta advertencia no nos oponemos a que cualquiera pueda llegar a alguna de estas conclusiones respecto de la otra parte. Pero debería ser la conclusión, y no el punto de partida con el que pretendamos caricaturizar al contrincante.

El panorama de muchos de los debates bioéticos contemporáneos ha cambiado sustancialmente. A la hora de definir las posiciones respecto de muchos de los avances biotecnológicos el esquema 'conservadores-progresistas' ya no sirve. Ante los organismos genéticamente modificados, la edición genética, la inteligencia artificial o el mejoramiento humano no resulta tan sencillo atribuir las etiquetas de conservador y progresista. Es, sin duda, lo que está ocurriendo con la maternidad subrogada. ¿Es más partidario del progreso quien defiende la libertad de la mujer para ofrecer el servicio de gestación o quien condena esas prácticas como perpetuadoras del patriarcado?

Precisamente porque ese 'etiquetado ideológico' ha servido frecuentemente en el pasado para desacreditar a los que disientían del propio pensamiento, y porque de ninguna manera da cuenta de la diversidad de planteamientos que encontramos en estos momentos tanto entre los partidarios como los críticos de la gestación subrogada, proponemos que en este debate se sustituyan definitivamente las descalificaciones ideológicas por la presentación de razones. Solo así será posible dialogar, aproximar posiciones hasta donde se pueda, y emitir un juicio ético contrastado.

3.- Aspectos biológicos y psico-sociales de la relación madre-hijo durante la gestación

No se puede hacer la valoración ética de una acción humana si no conocemos con precisión el contenido y los efectos de esa acción. Algunas acciones son sencillas de entender independientemente de la valoración ética que después le demos. Pero otras, sobre todo algunas de las que son llevadas a cabo mediante las biotecnologías más novedosas, no resultan tan inmediatamente comprensibles. La maternidad subrogada no contiene elementos biotecnológicos de difícil comprensión. Pero, en la medida en que separa la gestación de la posterior crianza del niño, su valoración ética deberá partir del conocimiento acerca de la relación feto-madre que se establece durante la gestación y los efectos que la separación tras el nacimiento puede tener en cada uno de ellos. La gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes. Esa información por sí sola no determina el juicio ético; pero sin ella el juicio ético resulta incompleto.

De esta relación nos ocupamos brevemente a continuación.

3.1.- La mujer gestante

El cuerpo, y especialmente el cerebro, de la mujer gestante cambian durante el embarazo.

a) La mujer gestante guarda en su cuerpo memoria de cada embarazo, especialmente porque incorpora células madre procedentes de la sangre de aquellos que ha gestado. Se almacenan en nichos, especialmente en la médula ósea, y se dispersan en los órganos de la madre. Estas células “progenitores celulares asociadas al embarazo” presentes en la sangre materna en una proporción de 2 a 6 células por mililitro, son células inmaduras con un amplio potencial de diferenciación. Se conocen algunos casos en que han colaborado con las células madre de adulto en la función regenerativa del cuerpo de la mujer.

b) La progesterona del embarazo aumenta entre 10 y 100 veces en la región cerebral hipotálamo. Reduce la respuesta emocional y física al estrés, impidiendo que el cortisol (hormona del estrés) dañe el desarrollo orgánico del feto. Las hormonas sexuales actúan como un importante regulador de la morfología neuronal y la arquitectura del cerebro. La gestación aumenta la producción de neurotransmisores cerebrales, como oxitocina, prolactina y dopamina. Estas moléculas regulan la actividad específica, desarrollan las conexiones del cerebro social y crean el vínculo de apego –cognitivo-afectivo- característico del cerebro materno. De forma que el embarazo se asocia con maduración del cerebro principalmente en las regiones involucradas en el procesamiento de las relaciones interpersonales, que incluyen las redes de la empatía y conocimiento del estado mental de los demás.

c) El profundo impacto del embarazo sobre la arquitectura cerebral es duradero y proporciona un apoyo preliminar para el proceso adaptativo que sirve la transición a la maternidad. Varios estudios sobre lo que ocurre en el cerebro al ver u oír al hijo pequeño en diversas circunstancias ha puesto de manifiesto que el cerebro social materno es un cerebro motivado, naturalmente indulgente, empático y expectante a las necesidades del niño. Preparado a lo largo del proceso biológico natural del embarazo para responder a las consignas básicas que recibe del feto¹.

¹ Son numerosos los trabajos publicados sobre los cambios cerebrales producidos por las hormonas del embarazo. Se citan como ejemplo: Atzil, S., Hendler, T., Feldman, R. (2011) Specifying the neurobiological basis of human attachment. *Brain, hormones, and behaviour in synchronous and intrusive mothers. Neuropsychopharmacology* 36(13):2603–2615; Bornstein, M.H., Arterberry, M.E., Mash, C. (2013) Differentiated Brain Activity in Response to Faces of “Own” Versus “Unfamiliar”

3.2.- La relación del niño con la madre que le gesta

Mientras se desarrolla en el interior del cuerpo de la madre, el feto se prepara para incorporar y asimilar el ambiente propio, y le capacita la adaptación a su mundo peculiar. Es parte de las tareas naturales de la maternidad.

A la urdimbre afectiva del hijo no es ajena la voz, el sabor y olor del cuerpo de la madre. Su cerebro configura y desarrolla los sistemas auditivo, gustativo y olfativo en la segunda etapa de su vida uterina².

Durante el embarazo tienen lugar una serie de cambios psíquicos en la mujer gestante. La relación psicológica que mantiene con el hijo contribuye a la construcción de la futura personalidad de éste, dado que se establece entre ambos lo que se denomina espacio psíquico de la gestación. Este encuentro con la madre, naturalmente positivo y gratificante, le abre a los siguientes encuentros interpersonales, a veces hostiles, a lo largo de la vida. La vinculación potente iniciada durante su vida uterina le pertrecha afectivamente. Como se ha conocido recientemente el cerebro social elabora el mapa de las relaciones personales con el patrón de medida de distancias afectivas. Es una gran esfera que sitúa las relaciones con los demás según diferentes ejes centrados en el eje de la afiliación. De esa forma, este encuentro, como los sucesivos familiares, centran la afectividad de forma que constituye una guía afectiva.

También se genera un vínculo natural en los padres adoptivos, y, en general, en las personas tras un contacto íntimo y diario con un niño. Hay datos acerca de la necesidad y la enorme influencia de un vínculo de apego en el desarrollo del niño. Carecemos de datos acerca de la influencia de la sustitución de la madre gestante por otra, sea o no la genética. Se sabe que la lactancia refuerza la relación; se entiende en

Babies in Primipara Mothers: An Electrophysiological Study. *Dev Neuropsychol* 38(6): 365–385; Brunton, P.J., Russell, J.A. (2008) The expectant brain: adapting for motherhood. *Nat Rev Neurosci*.9, 11-25L; Fonagy, P., Montague, R. (2008) What's in a Smile? Maternal Brain Responses to Infant Facial Cues. *Pediatrics*, 122 (1): 40-51; Hoekzema, E. Barba-Müller E., Pozzobon, C., Picado M., Lucco, F., et al. (2017) Pregnancy leads to long-lasting changes in human brain structure. *Nat Neurosci*. 20(2):287-296; Nishitani, S., Doi, H., Koyama, A., Shinohara, K. (2011) Differential prefrontal response to infant facial emotions in mothers compared with non-mothers. *Neurosci Res* 70(2): 183–188; Slattery, D., Inga, D., Neumann A. (2008) No stress please! Mechanisms of stress hyporesponsiveness of the maternal brain. *J Physiol* 586: 377–385.

² Mogi, K., Nagasawa, M., Kikusui, T. (2011) Developmental consequences and biological significance of mother-infant bonding. *Prog. Neuropsychopharmacol. Biol. Psychiatry* 35 (5): 1232–1241.

este sentido que la madre oficial tras el nacimiento del niño cuya gestación se encargó a otra mujer solicita la inducción de lactancia.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta si el derecho de toda persona a la unidad en su origen no es mayor, o al menos igual, a los “derechos reproductivos”.

3.3.- La gestación subrogada ligada a las técnicas de Reproducción Humana Asistida

El estudio retrospectivo más amplio, publicado en 2015, recoge 333 gestaciones subrogadas entre 1998 y 2012 y analiza con carácter indisciplinar las aportaciones médicas, legales y psicosociales, tanto para el (los) padre (s) como para la portadora gestacional. Destaca que, debido a su potencial carácter explotador de la mujer gestante, además de un contrato legal se requiere una evaluación psicosocial exhaustiva y un asesoramiento. El asesoramiento previo explorará el concepto variable de "familia" basado en el vínculo genético, vínculo social y vínculo gestacional, y redefine lo que significa ser una familia siguiendo las técnicas reproducción asistida. A todos se les ofrece la oportunidad de asesoramiento postnatal para tratar cualquier problema psicosocial que pueda surgir en el período entonces o más tarde. Entre los asuntos importantes para el asesoramiento figura el futuro contacto de la madre gestante con el niño y los padres. Y también la información futura que el niño deberá recibir acerca de su origen³.

Todavía no contamos con suficientes estudios que hayan hecho un seguimiento a largo plazo de los niños nacidos por maternidad subrogada: de sus eventuales problemas psicológicos o de otro tipo asociados a este origen, o de la relación con la madre gestante que tanto ellos como los padres puedan tener. El único existente en estos momentos es una reciente revisión publicada en *Human Reproduction*⁴, que recoge información de 1795 artículos sobre datos de carácter biomédico de la maternidad subrogada. Señala entre sus conclusiones que los niños de 5 a 15 años gestados por maternidad subrogada no presentaban diferencias psicológicas significativas con respecto a los procedentes de FIVET o concepción natural. Se añade,

³ Las siguientes revisiones recogen aspectos de interés: Dar, S., Lazer, T., Swanson, S., Silverman, J., Wasser C., et al, (2015) Assisted reproduction involving gestational surrogacy: an analysis of the medical, psychosocial and legal issues: experience from a large surrogacy program. *Hum Reprod*, 30 (2), 345–352; Dermount, S., van de Wiel, H., Heintz, P., Jansen, K., Ankum, W. (2010) Non-commercial surrogacy: an account of patient management in the first Dutch Centre for IVF Surrogacy, from 1997 to 2004. *Hum Reprod* 25 (2), 443–449; De Wert, G., Dondorp, W., Shenfield, F., Barri, P., Devroey, K. et al. (2014) ESHRE Task Force on Ethics and Law 23: medically assisted reproduction in singles, lesbian and gay couples, and transsexual people. *Hum Reprod*, doi:10.1093/humrep/deu183.

⁴ Söderström-Anttila, V., Wennerholm, U.B., Loft, A., Pinborg, A., Aittomäki K, Romundstad, L.B., Bergh, C. (2016) Surrogacy: outcomes for surrogate mothers, children and the resulting families -a systematic review. *Hum Reprod Update* 22(2) 260-76.

como un tema sensible que merece atención, que, no hay hasta la fecha estudios sobre niños procedentes de maternidad subrogada y criados por padres gays.

Parte II: Aspectos éticos de la maternidad subrogada.

1.- El núcleo de la cuestión.

En 2010 el fisiólogo inglés Robert Edwards fue galardonado con el Premio Nobel de Medicina, según decía la nota de prensa oficial de la organización de los Premios, “por el desarrollo de la terapia de la fecundación in vitro humana. Sus logros han hecho posible tratar la infertilidad, una condición médica que aflige a una importante porción de la humanidad, incluyendo a más del 10% de todas las parejas del mundo”. Es bien conocido que en 1978 nació Louise Brown, la primera “bebé probeta” del mundo, como consecuencia de la técnica de fecundación in vitro (FIV) que emplearon los doctores Edwards y Steptoe. Los señores Lesley y John Brown llevaban nueve años intentando tener un hijo, pero un problema de obstrucción en las trompas de Falopio de la mujer lo impedía. Finalmente consiguieron tener a su hija Louise gracias a la FIV.

La mencionada nota de prensa enfatiza la contribución de la FIV para acabar con la infertilidad de tantas parejas en el mundo. Sin embargo, no apunta a la auténtica revolución que esta técnica trajo consigo: la de crear vida humana en el laboratorio y revolucionar las posibilidades de reproducción de los seres humanos. Edwards y Steptoe no pasarán a la historia por haber acabado con los problemas de la esterilidad o infertilidad de las parejas, sino por crear una forma de reproducción alternativa al encuentro sexual entre hombre y mujer. La FIV no solo permitía que parejas con problemas de esterilidad pudieran tener un hijo sino que hacía innecesario el encuentro sexual para que una mujer pudiera dar a luz un hijo.

Desde el nacimiento de Louise Brown, la FIV y las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) en general han evolucionado a gran velocidad, tanto desde el punto de vista tecnológico como por los usos a los que ha sido destinada. La admisión de la fecundación post mortem o el recurso a las TRHA por parte de mujeres solas, parejas de lesbianas o parejas heterosexuales sin tener que acreditar problemas de esterilidad puso bien pronto de manifiesto que estas técnicas no solo servían para superar los problemas de infertilidad de las parejas, sino también para liberar a los seres humanos de las “imposiciones” biológicas de la reproducción humana. Sin que apenas hubiera debate social al respecto, se produjo una auténtica revolución en la reproducción humana. Algunos se apresuraron a hablar de una progresiva emancipación del ser humano respecto de la biología, que hasta entonces había condicionado la procreación humana al encuentro sexual entre un varón y una mujer. Otros entendieron que estas técnicas podían llegar a atentarse contra el marco idóneo para la procreación: aquel en el que las nuevas vidas humanas nacen y quedan al cargo del varón y la mujer que los han engendrado. La mayoría de la sociedad se ha

mantenido por el momento al margen de ese debate, aceptando en mayor o menor medida las posibilidades que ofrecen estas técnicas.

Europa, como el resto del mundo, refleja la diversidad de concepciones acerca de la procreación humana en las regulaciones de sus países. No es una cuestión de países del norte y del sur, católicos o protestantes, occidentales u orientales, de democracias frágiles o consolidadas. Países tan distintos como Francia, Suecia, Austria o Turquía prohíben el recurso a las TRHA tanto a las mujeres solas como a las parejas de lesbianas, mientras que otros como Bélgica, Finlandia, Bulgaria, Reino Unido o España lo permiten.

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en el ámbito de la reproducción humana asistida, que rige un amplio margen de apreciación nacional por parte de los Estados, de manera que puede afirmarse que no existe un modelo de regulación de dicha materia que se derive del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, específicamente, de su artículo 8. Tal doctrina se recoge, entre otras, en la Sentencia *Evans c. Reino Unido*, 2007, S.H. y otros *c. Austria*, 2010, o, más recientemente, *Parrilla c. Italia*, 2015. En el segundo de los casos citados, el Tribunal consideró que, si bien el derecho a acudir a las técnicas encuentra encaje en el artículo 8 del Convenio, al tratarse de una clara expresión del derecho a la intimidad familiar, ello no obsta para que los Estados dispongan de un amplio margen de decisión acerca de su extensión y límites.

El efecto de esa pluralidad de regulaciones en cuanto al acceso a las TRHA ha sido el turismo reproductivo internacional: las personas que tienen prohibido acceder en sus países a determinados usos de las TRHA y tienen capacidad económica, acuden a otros en los que no tienen dificultades legales para ser usuarias de las técnicas. Ante esta realidad, los países tienden a flexibilizar sus propias regulaciones: ¿Qué sentido tiene mantener una normativa restrictiva si no sirve para proteger el bien que se pretendía (por ejemplo, garantizar que los hijos de las TRHA tengan un padre y una madre) e impide el desarrollo de una actividad económica que acaba realizándose en otros países?

La referencia a las TRHA viene a cuento porque anticipa lo que está sucediendo con la gestación subrogada. Inicialmente se justificó esta práctica para posibilitar que las parejas infértiles (aquellas que no pueden llevar a término la gestación de sus hijos) pudieran también ser padres. ¿Por qué prohibir que mi hermana o mi amiga gesten el hijo que no podemos tener mi pareja y yo a causa de los problemas de infertilidad? Lo que inicialmente se planteó como un recurso excepcional para atender una situación excepcional, pronto dio paso a la versión emancipadora de la gestación

subrogada: ¿por qué debemos sujetarnos al yugo cultural que ha venido obligando a los seres humanos a lo largo de la historia a que los hijos sean de quien los pare? De esta manera, el proceso emancipador iniciado por aquellas regulaciones que permitían a las mujeres solas y a las parejas de lesbianas ser madres sin compartir su condición con varón alguno, se extendía ahora también a los varones solos, a las parejas de varones homosexuales, a las parejas heterosexuales que no quisieran gestar a sus hijos o incluso a otras agrupaciones afectivas (por ejemplo, las poliamorosas).

La regulación jurídica de la gestación subrogada se enfrenta a una dificultad análoga a la que surgía al regular las TRHA. Encontramos países en los que se prohíbe y otros en los que está permitida en términos más o menos amplios. El efecto es el mismo que con las TRHA: aquellas personas que tienen prohibido en sus países recurrir a esta práctica pero cuentan con capacidad económica acuden a otros países a satisfacer su deseo. El Estado que prohíbe la maternidad subrogada se encuentra con que no logra proteger el bien que pretendía (que la maternidad quede vinculada al parto) y pierde la oportunidad de llevar a cabo con las garantías jurídicas que estime oportunas en su territorio una actividad que satisface la demanda de algunos ciudadanos.

Ahora bien, este efecto neutralizador de las regulaciones restrictivas tiene otras dos consecuencias relevantes en el caso de la maternidad subrogada. La primera es que, incluso en los países en los que ésta se acepta, muchos ciudadanos optan por contratarla en el extranjero. En aquellos que solo permiten la gestación subrogada altruista es posible que una persona no encuentre una “gestante desinteresada” y opte por la gestación subrogada comercial en el extranjero. Pero incluso cuando se permite la gestación contratada en un país, puede suceder que los ciudadanos recurran al extranjero si resulta más económica. La segunda consecuencia tiene que ver con la situación en que quedan los hijos habidos por ese medio cuando el Estado no lo permite. Los complejos problemas legales relacionados con la filiación que esto plantea, los mencionamos en la parte III de este informe.

Cuando ahora nos preguntamos sobre la licitud de recurrir a la gestación subrogada, la primera cuestión que debemos abordar es el objeto o fin de la acción: ¿pretendemos atender situaciones excepcionales, como los problemas de esterilidad de parejas heterosexuales, o también ofrecer una alternativa para que cualquier varón o mujer pueda satisfacer su deseo de ser padre o madre?

En resumen, las TRHA y la gestación subrogada nos plantean dos desafíos de enorme alcance. El primero nos obliga a preguntarnos si la procreación requiere el respeto de unas condiciones mínimas para que resulte conforme al bien de las partes

directamente involucradas. Dos respuestas que chocan entre sí se suelen dar a esta cuestión. Una considera que mantener el vínculo entre relación sexual, gestación y filiación es importante para las partes afectadas en la procreación, para el niño y para la correcta ordenación social. En consecuencia, solo se contempla la posibilidad de recurrir a las TRHA y/o a la gestación subrogada con carácter excepcional y siempre que concurren determinadas circunstancias. La otra posición sostiene que relación sexual, gestación y filiación no tienen por qué mantenerse vinculadas puesto que lo que debe prevalecer, en todo caso, es el deseo individual de tener un hijo, que podrá ser obtenido mediante las TRHA y/o la gestación subrogada.

El segundo desafío tiene que ver con que cualquier regulación restrictiva que se quiera adoptar sobre las TRHA y la maternidad subrogada tendrá una eficacia muy limitada. Al final, el umbral de lo permitido y la eficacia de las normas que regulen esas prácticas vendrán en buena medida determinadas por la regulación más permisiva que exista y que garantice una mínima seguridad jurídica. Ante este estado de cosas, lo deseable sería aprobar una regulación universal básica. Si se considera que el Estado no tiene que velar para que los hijos estén vinculados a un padre y una madre biológicos, sino más bien para que cada individuo pueda reproducirse en las condiciones que considere más adecuadas (siempre que no dañen directamente al niño), entonces debería permitirse a nivel universal el acceso a las TRHA y a la maternidad subrogada. Incluso habría que garantizar esa prestación sanitaria para evitar que las personas con menos recursos tuvieran menos opciones de ver realizados sus “derechos reproductivos”. Si, por el contrario, se entiende que el bien del niño está asociado a que su madre sea quien le da a luz, entonces debería aprobarse una regulación de alcance universal que acotara el uso de esas prácticas a situaciones excepcionales. De este modo, se protegería igualmente a todos los niños y se impediría que las personas con recursos tuvieran unas opciones que quedarían vedadas a las que no los tienen.

Evidentemente las posibilidades de alcanzar un acuerdo universal sobre la regulación de estas prácticas son extraordinariamente reducidas. Principalmente por la pluralidad de posiciones que existen al respecto. Por ello, en lo que sigue nos preguntamos por la valoración ética que debe hacerse de la maternidad subrogada en sociedades pluralistas y democráticas como la nuestra y por la respuesta jurídica que nuestro ordenamiento jurídico debería dar.

Ello no obsta para que sea importante promover un acuerdo a nivel internacional, como ha ocurrido en otros campos como el del tráfico de órganos, y sin que el recurso a este ejemplo deba ser entendido como un marco adecuado para el futuro desarrollo

de una regulación común y universal sobre el problema que estamos abordando en nuestro informe.

2.- ¿Sigue importando vincular gestación y maternidad?

A lo largo de la historia, el ser humano ha mantenido, como uno de los principios más fundamentales de la organización social, el principio del Derecho romano “mater sempre certa est”. Este principio no se limita a constatar una realidad fáctica –que todo ser humano ha tenido una progenitora conocida, salvo que se haya empeñado en ocultar su embarazo y parto– sino a sancionar un criterio prescriptivo: que la progenitora del niño será su madre legal. El Derecho decidía mantener así una continuidad entre la maternidad genética y fisiológica y la legal. El principio se sustenta sobre una base biológica pero va mucho más allá, al presumir que la progenitora de un niño es quien, como madre, mejor puede hacerse cargo de él. La humanidad ha mantenido ese principio de forma constante a lo largo de su historia. Es cierto que no han faltado propuestas para ordenar la procreación y las relaciones de filiación de modo que se desvinculara la gestación y la maternidad. Ya Platón propuso que los hijos de los guardianes de la polis fueran criados por personas distintas de sus padres (La República, 460 c y d). Esas propuestas no llegaron a ponerse en marcha y, cuando lo hicieron, tuvieron una duración efímera. Se mantuvo constante el criterio de que la maternidad correspondía a la que había parido.

Con la irrupción de las técnicas de reproducción asistida, que permitían separar la maternidad genética y la fisiológica, se siguió manteniendo ese criterio. Fue con el paso de los años cuando se suscitaron nuevas demandas: ¿por qué una mujer podía ser madre, si gestaba el embrión, aunque no aportara el óvulo en las TRHA y, en cambio, no podía serlo si ella no lo gestaba? ¿Por qué una mujer sola podía ser madre mediante las TRA y no el varón (con o sin pareja homosexual)? En ambos casos, la vinculación entre gestación y maternidad, mantenida de manera constante a lo largo de la historia, aparecía como un obstáculo que debía disolverse para el logro de la libertad e igualdad procreativa.

La propuesta venía a transformar por completo la ordenación de la procreación humana. Hasta entonces, y todavía hoy en día lo sigue pensando mucha gente y sigue informado la legislación de muchos Estados, se entiende que las relaciones de filiación de los nuevos seres humanos se deben establecer con el varón y la mujer que han hecho biológicamente posible su existencia. En este contexto, las TRHA aparecen como un recurso para que las parejas con problemas de esterilidad puedan llegar a ser padres. Ahora, sin embargo, se propone sustituir esa ordenación de las relaciones de filiación por otra en la que la base biológica de la filiación sea reemplazada por la

voluntad procreativa del individuo. Este modo alternativo de entender la procreación y la filiación trae consigo tres efectos mayúsculos. Primero, la procreación deja de verse como un acontecimiento natural de máxima relevancia (porque supone la aparición de un nuevo ser humano), que la sociedad decide afrontar atribuyendo la responsabilidad parental a sus progenitores. En su lugar, la procreación pasa a concebirse como un deseo/derecho del individuo, que debe ser satisfecho mediante las TRHA que en cada caso se precisen. Segundo, y como consecuencia de lo anterior, las condiciones biológicas requeridas para procrear pasan a ser vistas como posibles obstáculos que se deben sortear para satisfacer la voluntad procreativa del individuo. Tercero, la gestación deja de verse como la primera etapa de la relación materno-filial, en la que se establecen unos vínculos fundamentales que perdurarán a lo largo de toda la vida y ofrecen la base más idónea para la construcción del vínculo materno-filial, y pasa a verse como un servicio que cualquier mujer puede prestar a otra o a un hombre, de forma desinteresada o lucrativa, pero sin especiales efectos negativos ni para ella ni para el niño que ha gestado. Se entiende que la ruptura entre gestación y maternidad es mucho menos importante que la satisfacción de tener un hijo por parte de alguien que no puede (o incluso no quiere) gestarlo.

Para sostener la superioridad del criterio de la voluntad procreativa sobre el biológico a la hora de determinar el vínculo materno-filial se mencionan tres argumentos. Primero, se da por supuesto que todo individuo tiene derecho a tener un hijo y que la tecnología está precisamente para sortear las limitaciones que impone la biología a la hora de atender ese derecho. Segundo, se acusa a quienes defienden la necesidad de respetar determinados límites biológicos como naturalistas que convierten la biología en regla moral inapelable. Tercero, se asegura que reconocer algún criterio ordenador en la biología humana es una opción moral que podrá ser tolerada pero nunca convertida en criterio de ordenación de sociedades plurales como las nuestras.

Ninguno de estos tres argumentos es consistente. Primero, está por ver, en caso de que exista, cuál debería ser el contenido del derecho al hijo: si evitar los obstáculos al libre ejercicio de la actividad sexual-reproductiva o garantizar los medios tecnológicos para que todo individuo que lo desee pueda tener un hijo. Segundo, quienes sostienen que siempre tiene que ser madre la que pare no necesariamente incurren en una falacia naturalista. Puede que muchos de quienes defienden vincular gestación y maternidad lo hagan únicamente por entender que cualquier alternativa entrañaría riesgos desproporcionados tanto para la gestante como para el niño. Pero ni siquiera quienes sostienen que son exigibles ciertas condiciones biológicas para garantizar determinados bienes humanos tienen por qué ser acusados de naturalistas. Solo cabría esa acusación si se sostuviera la sacralidad de los procesos

reproductivos y la ilegitimidad de cualquier intervención en ellos. Tercero, vincular maternidad y gestación es ciertamente una opción moral. Pero también lo es proclamar la soberanía de la voluntad procreativa. La cuestión está en determinar si alguna de estas dos posiciones es la adecuada para regular la procreación y las relaciones de filiación en sociedades democráticas y plurales.

El principio “Mater sempre certa est” se ha mantenido en vigor desde tiempo inmemorial hasta el presente sin que nadie lo haya cuestionado por lo que se refiere a la ordenación de las relaciones de filiación. De generación en generación se ha corroborado que la mejor garantía para el desarrollo del niño era atribuir la maternidad legal a quien lo había parido. Para proponer un cambio en el criterio de atribución de la filiación, aunque sea para un número reducido de casos, el primer paso consistiría en demostrar que el criterio de separar la maternidad legal y la biológica resulta tan idóneo para el interés superior del menor como el actualmente vigente.

Frecuentemente se ha sostenido que el deseo de tener un hijo es la mejor garantía de que será querido y cuidado. Pero no es exactamente así. El deseo puede mudarse y dar al traste con lo que prometía ser una relación idílica. Una cosa es desear algo y otra asumir la responsabilidad sobre un hijo a lo largo del tiempo y en cualquier tipo de circunstancias. Nuestra sociedad ha tendido a promover la satisfacción de los propios deseos, pero no tanto a asumir las responsabilidades que esos deseos pueden traer consigo. Estamos acostumbrados a buscar nuevos deseos cuando hemos conseguido los que pretendíamos, más que a comprometernos con las consecuencias de esos deseos a lo largo del tiempo. En una época que proclama la libertad para cambiar la identidad individual cuando así se desee, no se puede afirmar al mismo tiempo que el deseo es garantía de cumplimiento de los compromisos contraídos. Por otro lado, aunque exista el deseo y se mantenga firme a lo largo del tiempo, no asegura que el hijo vaya a recibir los mejores cuidados y educación. Para ello, es necesario que ese deseo no sea patológico, inmaduro o egoísta. Esta fue precisamente la perspectiva de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Paradiso y Campanelli* de 2017, al que nos referimos más extensamente en la parte III. El Tribunal de Estrasburgo avala la valoración que hizo el juzgado de menores de Campobasso (Italia) al establecer que el matrimonio actuó movido por un deseo narcisista o como un medio para resolver los problemas de la pareja. Esto les privaba de las más básicas habilidades educativas y emocionales para criar a un hijo, lo que hacía pensar que el mejor interés del menor pasaba por separarlo del matrimonio (parágrafos 37, 190 y 207 de la sentencia de 2017).

Hasta ahora las sociedades no han asignado los hijos a quienes más los desearan; ni siquiera han presumido que la mujer que pare es la que más lo desea y, por eso, debe convertirse en su madre. Han entendido, sin más, que la gestante era la más idónea para asumir la maternidad legal. El vínculo biológico y/o fisiológico es tenido como la base más idónea para que arraigue el deseo de ser madre y de asumir las responsabilidades de tal condición.

3.- La mujer portadora: ¿libre o esclava?

A la hora de valorar éticamente la maternidad subrogada es fundamental prestar atención especial a las dos partes que resultan más directamente afectadas en esa práctica: la mujer portadora y el niño.

Se pueden identificar tres valoraciones éticas con relación al papel de la mujer gestante.

A.- La licitud de la gestación subrogada altruista. Parte del reconocimiento de que gestar el niño de otro es una acción sumamente comprometida porque supone hacerse cargo de un ser humano justo durante los primeros meses de su existencia, cuando su vida solo se puede desarrollar en el útero de la mujer. Se considera, sin embargo, que si esa acción se hace de manera desinteresada, puede ser extraordinariamente valiosa porque sirve para proveer de hijo a quien no puede obtenerlo de otra manera.

Este planteamiento suscita un par de dudas. La primera afecta a la acción en sí misma, mientras que la otra tiene que ver con las consecuencias que puede traer consigo.

Primera, ¿se puede permitir a una mujer que lleve a cabo una acción de ese tipo? De la misma manera que la donación de órganos *inter vivos* está sujeta a ciertas condiciones para que el altruismo del donante no comprometa su vida y libertad, con mayor razón se pueden plantear restricciones a esta forma de gestación o incluso su prohibición por diversas razones. La ética y el Derecho tradicionalmente han considerado que aquellas decisiones que suponen un importante sacrificio para el individuo o, principalmente, una afectación de su integridad física y que son retribuidas, no son libres sino que se adoptan en un contexto de vulnerabilidad, de manera que, eliminado ese determinado contexto, el sujeto no adoptaría la misma decisión. Por ello, tales decisiones que afectan a esferas muy directamente vinculadas con la dignidad humana se someten a la exigencia de gratuidad, como garantía de la libertad. Si no hay contraprestación es más fácil pensar que el sujeto actúa libremente, altruistamente. A este respecto, pueden verse los Informes del Comité Internacional de Bioética de la UNESCO sobre el respeto a la vulnerabilidad humana

e integridad personal de 2013 (Report of the International Bioethics Committee of UNESCO on the principle of respect for human vulnerability and personal integrity) y sobre el principio de participación en los beneficios de 2015 (Report of the IBC on the principle of the sharing of benefits). En este último se señala que la donación de órganos es uno de los principales ejemplos de cómo la gratuidad opera como garantía frente a situaciones comprometidas de vulnerabilidad.

Una razón para sustentar la prohibición podría estar en la incapacidad del Derecho para impedir la gestación comercial una vez ha aceptado la altruista. La experiencia actual nos dice que la gestación altruista viene acompañada de la comercial: bien porque se acaba aceptando en el propio país donde se aceptó la altruista o bien porque quienes no pueden atender su deseo en su país mediante la gestación altruista, tenderán a servirse de la gestación comercial en el extranjero.

Segunda, si se considera que satisfacer el deseo de alguien de tener un hijo es tan importante que justifica la total implicación de una mujer durante nueve meses gestando un niño para otra persona, ¿tiene sentido que sea la fortuna la que elija a los privilegiados que podrán ser padres mediante esta práctica? Desde esta lógica de la “lotería altruista”, es razonable que los comitentes perciban esta modalidad de gestación como una opción adecuada, pero insuficiente si no se puede complementar con la comercial.

B.- La licitud de cualquier forma de gestación subrogada, altruista o comercial, que excluya la explotación. Desde esta posición se sostiene que la mujer es dueña de su cuerpo y, en el ejercicio de su autonomía, puede disponer de sus capacidades como quiera. En consecuencia, no solo es lícito que una mujer acceda a gestar el niño de otro de manera altruista sino también que lo haga a cambio de retribución. Hay otras dos situaciones que presentan ciertas analogías con ésta, como son la compraventa de órganos y la prostitución. La primera suele ser rechazada de forma general porque se reconoce que existe un riesgo grande de explotación: solo las personas con escasos recursos parecen dispuestas a vender un órgano. La prostitución, en cambio, es objeto de una intensa controversia. Mientras para algunos es expresión de la explotación sexual que el varón ha ejercido secularmente sobre la mujer, otros defienden su regulación porque consideran que prohibirla sería un ejercicio de paternalismo inadmisibles y conllevaría un recorte en la libertad de la mujer.

Sin entrar en el fondo de este debate, se puede llegar a un amplio consenso acerca de la plausibilidad de prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial en base a la experiencia habida hasta el momento. Los países en los que más se ha desarrollado son, en general, países pobres y en los que la mujer vive en una situación

de mayor desigualdad con relación al varón. Estados Unidos es la más destacada excepción, aunque no deben olvidarse las diferencias sociales existentes entre sus ciudadanos. Las mujeres que se someten a este proceso lo hacen principalmente para cubrir, aunque solo sea de forma temporal, las necesidades de sus familias. Más allá del impacto que tiene sobre ellas la gestación de un niño que no será su hijo legal, se debe destacar el estigma social del que generalmente son objeto. Un síntoma de ese estado latente o patente de explotación que sufren lo encontramos en las reformas legislativas que se han llevado a cabo en algunos de esos países en los últimos años, prohibiendo la maternidad subrogada internacional. India, Tailandia y Camboya son claros ejemplos de lo dicho. Al constatar que la maternidad subrogada comercial, en particular la de alcance internacional, supone la explotación habitual de las mujeres que se someten a ella, se puede concluir que esta práctica debe considerarse ilícita. En este punto pueden converger quienes califican en todo caso como explotación la maternidad subrogada de carácter comercial y quienes defienden la libertad de la mujer para comerciar con su capacidad gestacional, siempre que no dé lugar a su explotación.

C.- La ilicitud de la gestación subrogada. Esta posición se sustenta sobre una doble base, que da lugar a dos posiciones semejantes, pero no idénticas. Unos consideran que la mujer que presta su cuerpo para gestar el niño de otro consiente en que un tercero la reduzca a la condición de mero instrumento. Es obvio que todos consentimos cierta instrumentalización cuando prestamos nuestros servicios a cambio de una retribución. Pero, salvo que las condiciones de ese intercambio sean abusivas, no consideramos que el prestador de servicios sea un puro instrumento en manos de quien le paga. Eso sucede cuando o bien las condiciones son abusivas o bien cuando se realiza una acción o servicio que aliena a la persona de forma temporal. Esa alienación puede producirse cuando alguien ejerce el dominio sobre nuestra persona, ya sea en su libertad o en su corporalidad. No es lo mismo que alguien prepare los discursos de un político con cuya ideología no sintoniza, a votar en unas elecciones por el partido político que ese político le diga. Mientras que lo primero sería éticamente irreprochable, lo segundo sería una agresión a la dignidad humana, aunque fuera consentida. El derecho al voto es inalienable. Igualmente, cuidar de un niño que no es propio puede ser una acción encomiable, mientras que gestar al niño de otro es alienar lo que no se puede enajenar.

Otros sostienen la ilicitud de toda forma de gestación subrogada pero no porque la consideren en sí misma alienante, sino porque les parece prácticamente imposible asegurar unas condiciones que no sean de explotación, o que no promuevan la explotación de otras mujeres. Desde esta posición se aboga por la ilicitud de esta

práctica pero aceptando, al menos sobre el plano teórico, que puedan darse situaciones excepcionales en las que pudiera ser lícito. Como serían realmente pocas y muchos los riesgos de incurrir en abusos desde esta posición también se tiende a proponer su completa prohibición.

Más allá de las valoraciones éticas de la maternidad subrogada por lo que a la gestante se refiere, conviene reparar en el conflicto de intereses que casi inevitablemente se produce entre la gestante y los comitentes. Los partidarios de esta práctica insisten en las buenas relaciones que, por regla general, existen entre ambas partes. Pero una mirada más detenida descubre un panorama más complejo y con mayor potencial de conflictividad. Se pueden identificar tres escenarios principales:

a.- La gestante es una persona que actúa desinteresadamente y que, por lo general, mantiene algún tipo de relación con los comitentes. Esa relación puede ser de amistad o de parentesco. En este segundo caso, es indudable que se ponen a prueba esos vínculos: si la gestante es madre de alguno de los comitentes, se convierte en abuela legal y madre portadora; si la gestante es una hermana, se convierte en tía legal y madre portadora; y así sucesivamente en función del parentesco. Como se señala en el epígrafe siguiente, los niños también quedarán afectados por un panorama familiar que, al menos a primera vista, no resulta fácil de entender.

b.- La gestante mantiene una relación comercial con los comitentes en el mismo país. El hecho de estar las dos partes sujetas a un Derecho nacional común y de compartir, por lo general, una lengua y una cultura, facilita el entendimiento entre gestante y comitentes y disminuye los riesgos de explotación.

c.- La gestante vive en un país distinto al de los comitentes. Este es al caso más frecuente hoy en día. Esta relación contiene muchos elementos que pueden conducir a la explotación de la gestante. Lo habitual es que exista una gran diferencia social y económica entre la gestante y los comitentes, y que la gestante tenga dificultades para comprender la lengua de los comitentes y las condiciones del contrato. En esas condiciones, los riesgos de explotación se disparan.

Pero independientemente de las condiciones concretas en las que se establezca la relación entre gestante y comitentes, resulta obvio que los intereses de cada parte son distintos y, por lo general, antagónicos. Los comitentes desean un niño sano y que la gestante contribuya a lograrlo como ellos consideren mejor. Buscarán que el servicio les resulte tan económico como sea posible (en las gestaciones subrogadas de carácter comercial). Querrán tener la potestad de decidir aspectos tan importantes como el número de embriones que se implantan en la gestante, si se le realiza o no una “reducción embrionaria” o un aborto, o el tipo de alumbramiento (parto natural,

cesárea) al que debe someterse. Por el contrario, la gestante tratará de reducir al mínimo su implicación emocional con la gestación de un niño que no será su hijo. Buscará obtener el máximo beneficio económico de un servicio que, en todo caso, compromete su vida durante nueve meses, y entraña riesgos adicionales a las gestaciones resultantes de una relación sexual (será hiperestimulada y fertilizada con uno o más embriones, en una o en varias ocasiones hasta lograr el embarazo). Lógicamente intentará mantener el control sobre su propia vida y su proceso gestacional, tratando de reducir los riesgos para su salud. Ignorar este conflicto de intereses, la dificultad para resolverlo, y el riesgo de que sea la gestante quien salga peor parada es dar la espalda a la realidad.

La American Society for Reproductive Medicine y la Society for Assisted Reproductive Technology aprobaron a principios de 2017 una nueva versión de las Recomendaciones sobre las condiciones que han de cumplir las mujeres gestantes y los padres comitentes, para prevenir las complicaciones durante el embarazo y los complejos problemas médicos y psicológicos que concurren en la práctica de la gestación subrogada. El eje central es el conflicto de interés a que nos referimos: por una parte las decisiones de los padres comitentes sobre la gestante y, por otra, el riesgo de apego al niño que hace necesario evaluar la capacidad emocional de la mujer para separarse de él y entregarlo al nacer. Para contrarrestar ese riesgo considera muy conveniente que la gestante cuente con una familia estable que le brinde el apoyo adecuado para hacer frente a la tensión adicional del embarazo⁵.

Para evitar ese eventual conflicto entre gestante y comitentes en algunos países se opta por que la gestante mantenga la condición de madre del niño hasta después del parto. Una vez nacido, si lo consiente, se procede a asignar la filiación a los comitentes. De esta manera disminuye el riesgo de explotación para la gestante. Pero no cabe duda que se incrementa la inseguridad jurídica sobre el niño pues, durante todo el embarazo y hasta que no pasen unas semanas tras el parto, no podrá determinarse quienes son sus padres legales. En todo caso, proceder de esta manera se asemeja bastante a una compraventa de niño.

4.- El interés superior del menor.

¿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

⁵ Practice Committee of the American Society for Reproductive Medicine; Practice Committee of the Society for Assisted Reproductive Technology (2015) Recommendations for practices utilizing gestational carriers: a committee opinion. Fertil Steril 103(1):e1-8.

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.

Los defensores de la gestación como elemento esencial para atribuir la filiación no niegan la importancia de la voluntad de la persona. Al contrario, consideran fundamental esa voluntad, pero siempre asociada a la gestación. Entienden que la voluntad reproductiva y parental sigue a la biología, de modo que la preparación de la mujer para ser madre tenga que llevarse a cabo sobre las bases biológicas de la concepción y el embarazo libremente aceptados. Entienden que no es bueno para el niño estar vinculado desde la concepción al nacimiento a una mujer que ha quedado reducida a la condición de incubadora humana y, a partir del nacimiento, a unos padres legales que no han participado en ese proceso de gestación, aunque sí lo hayan podido iniciar y dirigir. Entienden que el proceso de gestación en el seno de una mujer no es una imposición arbitraria de la biología sino el modo idóneo para proveer al niño que nace de unos orígenes, de una vinculación interpersonal desde el primer momento de la existencia que se prolongará a lo largo de la vida, y de unas condiciones idóneas para su desarrollo temprano. Este modo de venir al mundo constituye, además, una valiosa protección del niño frente al riesgo de ser visto como propiedad de otro. Desde esta perspectiva, no se valoraría como un progreso de la humanidad la futura aparición de úteros artificiales u otras alternativas tecnológicas para reemplazar la gestación materna sino, más bien, una amenaza para los niños así engendrados.

Los defensores de la soberanía de la voluntad reproductiva entienden, por el contrario, que la biología únicamente impone límites arbitrarios, y que el ser humano ha de poder sortearlos mediante la tecnología. Vincular inexorablemente la maternidad a la gestación sería aceptar la tiranía de la biología sobre la libertad individual. En consecuencia, corresponde relativizar la trascendencia de la gestación y primar el deseo de los individuos: tanto de los comitentes, a los que se atribuye la paternidad de un niño que no han gestado pero querían tener; como de la mujer dispuesta a gestar un niño que en ningún momento contemplará como propio. Desde esta perspectiva se tenderá a pensar que si la tecnología permitiese en el futuro evitar

la gestación de los hijos en el útero de la mujer, estaríamos ante un progreso de la humanidad, porque incrementaría las opciones reproductivas de los humanos sin menoscabo alguno para los futuros niños. Quienes no pudieran o no quisieran gestar, pero quisieran ser padres, no tendrían que sufrir los problemas inevitables que comporta la maternidad subrogada.

Este Comité sostiene que la importancia de la gestación en el proceso procreativo y en la vida de cada ser humano no debe relativizarse y que, en consecuencia, se debe proteger el vínculo de cada ser humano con su madre biológica. Aun así, algunos de sus miembros defienden que ese vínculo se podría romper en aquellos casos en los que personas que desean tener hijos no pueden gestarlos y recurren a una mujer para que la lleve a cabo, si fuera posible llevarlo a cabo sin menoscabo de los derechos de la gestante y del niño. En el anterior apartado hemos referido los problemas que plantea este modo de proceder para la dignidad y la libertad de la mujer gestante. A continuación nos centramos en los riesgos sobre el hijo.

A.- Riesgo de tráfico de niños. En 1989 se aprobó, en el marco de Naciones Unidas, la Convención de Derechos del Niño, que ha sido ratificada por todos los Estados del mundo (menos Estados Unidos). En 2000 se aprobó el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). También este protocolo ha sido ratificado por la inmensa mayoría de los países del mundo, incluido Estados Unidos. En él se establece la siguiente definición de venta de niños: “A los efectos del presente Protocolo: a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución” (art. 2). Se puede entender que la maternidad subrogada en la que media retribución a la gestante es uno de los supuestos incluidos en esta definición. Contra esta interpretación se podría defender que cuando los niños habidos por este medio cuentan con carga genética de alguno de los comitentes no son objeto de compraventa puesto que, al menos uno de sus progenitores, es también su padre legal. Pero incluso en esas situaciones no se puede negar que existe una persona a la se le paga por desprenderse de un niño al que ha dado a luz. Este supuesto podría estar contemplado en el art. 3 del mencionado protocolo, que prescribe: “1. Todo Estado Parte adoptará medidas para que, como mínimo, los actos y actividades que a continuación se enumeran queden íntegramente comprendidos en su legislación penal, tanto si se han cometido dentro como fuera de sus fronteras, o si se han perpetrado individual o colectivamente:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2 (...):

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción”.

El Comité de Derechos del Niño, órgano creado para velar por el cumplimiento de la Convención y los protocolos facultativos por parte de los Estados que los han ratificado, se ha referido concretamente a esta cuestión en las Observaciones finales realizadas a los Informes periódicos presentados por algunos Estados. Concretamente en 2014, al examinar a India sobre la Convención, manifestó su preocupación por el hecho de que “no esté regulado adecuadamente y esté muy generalizado el uso comercial de la maternidad subrogada, lo que lleva a la venta de niños y a la violación de los derechos de los niños”. Para evitar esta situación, el Comité recomienda la aprobación de leyes que contengan “disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación y tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada. El Estado parte debe velar por que se tomen medidas contra todo el que participe en adopciones ilegales”⁶. India modificó posteriormente su regulación en esta materia prohibiendo la maternidad subrogada internacional.

Cuando el Comité de Derechos del Niño examinó el grado de cumplimiento de Estados Unidos sobre el protocolo facultativo relativo a la venta de niños, advirtió algunas deficiencias relacionadas con la maternidad subrogada: “a) Persisten definiciones ambiguas y resquicios legales que escapan a la nueva Ley de acreditación, como el hecho de que se siga permitiendo efectuar pagos antes del nacimiento y otros gastos a las madres biológicas, incluidas las madres sustitutas, lo cual impide la eliminación efectiva de la venta de niños con fines de adopción; b) No hay leyes federales sobre la maternidad subrogada, lo cual, de no regularse con claridad, equivale a venta de niños”. Para resolver esta situación, urge a Estados Unidos a que: “b) Defina, reglamente, vigile y tipifique como delito la venta de niños, a nivel federal y en todos los Estados, de conformidad con el Protocolo facultativo, en particular la venta de niños con fines de adopción ilegal de conformidad con el artículo 3, párrafos 1 a) ii) y 5 del Protocolo, incluidas cuestiones como la maternidad subrogada y los pagos antes del nacimiento y la definición de lo que cabe considerar “gastos razonables”⁷. Aunque la recomendación resulta confusa, es innegable que pone en

⁶ Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, aprobadas por el Comité en su 66º período de sesiones (26 de mayo a 13 de junio de 2014)*, pp. 13-14.

⁷ Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la*

relación la maternidad subrogada con la adopción ilegal y la venta de niños. Ciertamente no rechaza cualquier forma de maternidad subrogada pero deja claro que la regulación vigente en aquel país no previene suficientemente los mencionados problemas.

Frente a los riesgos de compraventa en la maternidad subrogada comercial se ha defendido la alternativa de la maternidad subrogada altruista, aquella en la que no media pago alguno por el servicio prestado. Pero esa propuesta choca con dos dificultades: una conceptual y otra de índole práctica.

En primer lugar, surge la duda acerca del objeto de la relación entre la gestante y los comitentes. Para algunos esa relación simplemente consistiría en que la mujer presta a los comitentes un servicio de gestación de un niño que no es su hijo. A favor de esta posición se argumentará que la gestante prestó su consentimiento a que se le implantara y gestar un niño que no tiene nada que ver con ella y sí, en cambio, con los comitentes, que quizá hayan aportado material genético a la concepción y, en todo caso, han exhibido su voluntad procreativa. Otros, en cambio, entienden que el objeto de la relación es la eventual entrega a los comitentes de un niño que propiamente es de la mujer, porque ha sido ella quien ha hecho posible que el embrión de pocas células se convierta en un niño capaz de vivir fuera del seno materno. Consideran que, durante la gestación, la mujer no presta un servicio sino que vive una experiencia que la involucra las 24 horas del día durante nueve meses, y tiene un impacto decisivo tanto sobre su vida como en la criatura que se va formando en su interior. Tal es así que, como ya se ha dicho, prácticamente todas las culturas no han dudado en vincular la gestación y el parto con la filiación: el hijo es de quien lo pare. En el primer caso, se entiende que el niño es de los comitentes desde el inicio de la gestación. En el segundo, se considera que el niño es de la gestante mientras no consienta, una vez nacido el niño, renunciar a su maternidad. Si lo hace, automáticamente la filiación se realiza a favor de los comitentes sin que tengan opción a cambiar de parecer. La conclusión es que si el objeto de la relación es la gestación, nos encontramos con que la gestante se somete voluntariamente a la voluntad de los comitentes durante el periodo del embarazo. Si, por el contrario, se entiende que el objeto de la relación es el niño, incurrimos en el tráfico de niños, aunque no medie precio.

Pero con independencia de que en la maternidad subrogada se entregue a un niño o se preste un servicio de gestación, se plantearía la segunda dificultad: ¿cómo

utilización de niños en la pornografía, aprobadas por el Comité en su 62º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013), p. 9.

garantizar que la gestante no percibe retribución alguna? Desde el momento en que comitentes y gestantes se conocen, y en la subrogación altruista es lo más probable que así sea, resulta extraordinariamente difícil acreditar que la gestante no ha obtenido retribución alguna. Solo en aquellos casos en los que fuera notoria la motivación altruista, por razón del parentesco o la amistad, se podría presumir que la gestante no ha actuado por dinero. Tan previsible escenario futuro presentará, además, alteraciones relevantes en la propia institución de la familia, como más adelante describiremos.

B.- Riesgo de cosificación del niño y de la reproducción. Los defensores de la maternidad subrogada suelen insistir en que la existencia de una firme voluntad procreativa por parte de un individuo o una pareja es lo que fundamentalmente necesita un niño para su desarrollo y, en consecuencia, el mejor sustento para la relación paterno-filial. Pero ese deseo de tener un hijo no es, por sí solo, garantía de que el interés superior del niño será la guía con que actúen los padres. Únicamente nos dice que alguien quiere tener un hijo. El riesgo de que ese deseo repercuta negativamente sobre el niño, porque lleve a percibirlo como un objeto que ha de satisfacer los estándares determinados por el deseo, no se puede desconocer. Ese riesgo de cosificación del hijo se da en toda relación paterno-filial, y la existencia de un deseo de tener un hijo a toda costa puede incrementarlo. Padres responsables no son quienes tienen un gran deseo de serlo sin más, sino quienes orientan ese deseo al pleno desarrollo de sus hijos más que a su propia satisfacción.

En los hijos habidos mediante gestación por sustitución comercial ese riesgo se puede incrementar en la medida en que los comitentes tienen la opción de elegir aspectos que afectan directamente a las condiciones de desarrollo del niño y a sus características futuras. Pueden elegir las características de uno o ambos de los gametos. Igualmente pueden solicitar un diagnóstico genético preimplantatorio que identifique determinadas patologías (y, en ese caso, descartar al embrión) o ciertas cualidades que se quiere que tenga el futuro niño. Concretamente pueden elegir el sexo. Todas estas posibilidades de elección están en mayor o menor medida presentes en las técnicas de reproducción asistida. La maternidad subrogada las permite todas ellas y una que le es exclusiva: la de elegir a la mujer gestante: qué características ha de tener y en qué contexto ha de transcurrir su embarazo. En un mercado global, escasamente regulado y con normas que en muchos casos se incumplen, es frecuente que el criterio determinante sobre lo que se hace o no en este campo venga determinado por las demandas solventes de los comitentes.

Es común que las agencias que median en la gestación subrogada traten de atraer la demanda mediante dos recursos. De un lado, ofreciendo servicios financieros que

permitan afrontar los elevados costes que comporta. De otro, una amplia gama de posibilidades de elección para los comitentes relacionadas con las características de la gestante, el seguimiento del embarazo, modalidad de parto y, por supuesto, las características del niño. Así en las páginas web de estas empresas se garantiza la posibilidad de elegir donantes de óvulos caucásicas, cuyas características fenotípicas podrán ser conocidas mediante fotografías. Se ofrece la posibilidad de elegir el sexo del niño. Se atribuye a los comitentes la decisión acerca del número de embriones (entre uno y tres) que se implantará a la gestante. Los paquetes de gestación subrogada, como suelen ser denominados, incluyen por lo general tres implantaciones. Pero pueden ser necesarias más implantaciones para que la gestación llegue a término. Cada vez que se realiza una implantación es necesario someter a la gestante a la estimulación de su endometrio. Lógicamente las tasas de éxito de las gestantes dan lugar a una “selección natural” entre ellas: las que consiguen mejores tasas de implantación estarán más cotizadas mientras que las que resulten menos “productivas” tenderán a quedar al margen del mercado. Las agencias garantizan que los comitentes conozcan la evolución médica del embarazo e incluso que acudan a los controles médicos de la embarazada. Se asegura que la gestante será una mujer joven, en buen estado de salud y psicológicamente preparada para no generar vínculos afectivos con el niño que gestará. Aunque suelen decir que la decisión sobre el parto se deja a la gestante, se promueve la cesárea porque el niño corre menos riesgos y reduce las posibilidades de que la gestante cree vínculos afectivos con el niño. La posibilidad de que los comitentes mantengan contacto con la gestante tras el parto se deja en manos de aquellos, decidiendo unilateralmente si quieren mantener contacto con la gestante o prefieren ocultar tanto como puedan los orígenes de la gestación al niño. Que el deseo de los comitentes venga satisfecho en todos sus aspectos estará en buena parte determinado por su capacidad económica.

En un contexto jurídico que oscila entre la falta de regulación y la impunidad, las agencias mediadoras en gestación por sustitución han organizado o participado en España en “ferias” para dar a conocer y promocionar sus servicios. Esto significa que han obtenido los permisos administrativos correspondientes y que tanto la administración como la propia fiscalía no han hecho nada por evitar que se dé publicidad, visibilidad y visos de normalidad a una actividad que implica la celebración de contratos que son nulos de pleno derecho en nuestro ordenamiento jurídico y que pueden llevar aparejada responsabilidad jurídica. Más allá de lo que se considere correcto regular sobre esta cuestión, parece elemental que en el momento actual se respete y se haga respetar la regulación vigente en España.

También genera perplejidad el modo en que publicitan sus servicios algunas agencias dedicadas a gestionar la ovodonación que, como mínimo, bordea la legalidad. Esta forma de proceder resulta muy negativa pues contribuye a vincular la reproducción asistida con un negocio en el que casi todo se puede comprar.

Se tiende a identificar el deseo de los padres intencionales de tener un hijo con una garantía de que el interés superior del menor quedará salvaguardado. Esta idea se ve reforzada por un argumento que resulta tan efectivo como inconsistente. Los tribunales tienden a reconocer a favor de los comitentes la filiación de los hijos habidos mediante gestación por sustitución, en base al derecho a la protección de la vida familiar allí. A partir de estos fallos judiciales se tiende a dar un salto que no se sostiene por sí solo y que consiste en afirmar que la filiación resultante de la voluntad procreativa garantiza plenamente los intereses superiores del menor. Aunque se acuerde que el interés superior del menor ya nacido está mejor protegido si no se separa al niño de los comitentes y se le reconoce como hijo de ellos, puede haber razones fuertes para sostener igualmente que es contrario a ese interés superior del menor venir al mundo como consecuencia de un contrato de maternidad subrogada. Así lo afirman quienes defienden como contrario al interés superior del menor que sea gestado por una mujer que no llegará a ser su madre. En este mismo sentido el TEDH ha afirmado, en su sentencia *Campanelli y Paradiso c. Italia* de 2017, que el derecho a la vida familiar consiste en la protección de familias ya existentes, que tienen una “vida”, pero no en autorizar la creación de una familia propia a cualquier precio.

En todo caso, la transformación del niño que se desea tener en una suerte de objeto de consumo no garantiza el mejor interés del menor sino, más bien, lo contrario: hay cosas que el dinero sencillamente no puede comprar. Además, si el entorno de elección y selección del que va a nacer se rodea, como de hecho hacen las agencias, de propuestas para obtener el mejor producto, el mejor hijo, es fácil pensar que cuando el hijo no satisfaga las expectativas por las que fue adquirido será difícilmente admitido por quienes pretendieron comprar la perfección.

C.- Entre la inseguridad jurídica para el niño y la explotación de la mujer. La determinación de la filiación en los casos de gestación por sustitución puede llevarse a de dos modos: mediante la atribución de la filiación a los comitentes antes del nacimiento del niño o bien tras el parto si la gestante se ratifica en su voluntad de renunciar al niño que ha gestado. El primero proporciona, en principio, una total seguridad jurídica al niño pero a costa de instrumentalizar a la mujer. El segundo deja margen para la autonomía de la mujer, pero generando una enorme incertidumbre sobre quiénes serán los padres del niño.

El primer modo de atribuir la filiación permite conocer con total certeza desde el inicio de la gestación quiénes son los padres del niño. Ahora bien, esa seguridad jurídica se alcanza al precio de imponer a la gestante un estado de cosas que, aunque haya sido libremente aceptado antes de la gestación, puede ser contrario a su más genuina voluntad durante el embarazo o una vez concluido el parto. Si la decisión sobre la vida del *nasciturus* queda en manos de los comitentes, se adueñan del cuerpo de la gestante durante el embarazo. Y, si se niega a la gestante la posibilidad de asumir la maternidad del niño que ha gestado y ha dado a luz, se menosprecia el valor que la experiencia del embarazo pueda tener en la vida de la gestante así como su relación con el niño gestado.

El segundo modo de atribuir la filiación deja margen a la libertad de la mujer. No se acepta que nadie, distinta de ella misma, decida sobre la vida del *nasciturus*. Y es ella quien, tras el embarazo y el alumbramiento, renuncia o no a la maternidad. Ahora bien, en este caso el precio de garantizar la libertad de la gestante es poner al niño en una situación de gran incertidumbre porque no se llega a saber, hasta después del nacimiento, quiénes serán sus padres.

D.- Riesgos para la salud y el bienestar del niño. A partir de los años cincuenta del pasado siglo se difundió con rapidez en los países occidentales una cultura del embarazo y la crianza crecientemente medicalizada, que de alguna manera trasladaba al plano del inicio de la vida los planteamientos tecnocráticos y desarrollistas que informaban áreas de acción pública tan diversas como el urbanismo, el transporte o el conjunto de la asistencia sanitaria. La institucionalización de los alumbramientos, la tecnificación de los partos y generalización de las cesáreas, la tendencia a separar a la madre del hijo tras el nacimiento, y la sustitución de la lactancia materna por el biberón fueron algunas de las principales manifestaciones. Con la intención de garantizar el nacimiento de una criatura sana sin menoscabo de la salud materna, se oscureció la importancia que el proceso del parto tiene en la vida de la mujer, en su bienestar emocional y adaptación a la maternidad, así como en el establecimiento del vínculo con su hijo o hija, en el éxito de la lactancia, en el estilo de crianza y en el desarrollo posterior de los niños y niñas.

Desde los años setenta se fueron corrigiendo algunos de los abusos. En concreto, la Organización Mundial de la Salud y muchas organizaciones científicas de alcance internacional han venido promoviendo otras prácticas que garantizan mejor el nacimiento de un hijo sano y la salud materna, como: el parto normal, entendido como parto suficientemente medicalizado si es conveniente en interés de la mejor salud de la madre y su hijo, en el que la madre tiene un papel protagonista tanto antes como después de dar a luz; la lactancia materna; la estrecha relación entre madre e

hijo durante el embarazo y, más en especial, tras el parto. No solo se trata de procurar el bienestar de la gestante y del feto (o del niño ya nacido), sino de facilitar la relación entre madre e hijo para fortalecer un vínculo que será esencial para ambas personas a lo largo de toda su vida.

La gestación por sustitución trunca por completo este proceso. De un lado, trata de evitar que la gestante genere un vínculo afectivo con el niño que pueda poner en riesgo su entrega pacífica o que, como mínimo, genere un impacto emocional negativo sobre la gestante. De otro, priva al niño de la continuidad en la relación física y emocional que había establecido con la gestante e impide que se alimente de la leche de quien lo gestó. Despojar de valor a los procesos biológicos, emocionales y afectivos que envuelven a la gestación y el parto remite a unas prácticas del pasado que se demostraron inadecuadas tanto para la mujer como para el niño, y que afortunadamente están en vías de superación.

E.- Problemas relacionados con el conocimiento de los orígenes biológicos del niño. En aquellos países que han regulado la gestación por subrogación, se presentan dos modalidades básicas. En una la gestante renuncia a la maternidad antes del embarazo. Se contrata su útero para que gesté el niño de otro. En consecuencia, para el Derecho, nunca llega a tener la condición de madre del niño que ha gestado. En la otra la mujer gesta a su hijo, aunque no tenga participación genética alguna en él, y decide (o no) renunciar al hijo en favor de los comitentes.

En el primer caso, se podría sostener que el hijo no tiene derecho a investigar su maternidad puesto que no ha tenido más madre (o padre) que el determinado contractualmente. Ahora bien, ¿se le puede decir a alguien que, puesto que la persona que lo gestó nunca fue su madre desde el punto de vista jurídico, no tiene derecho a conocer nada respecto de ella? Entendemos que la maternidad biológica desempeñada por la gestante durante el embarazo no puede reducirse a un hecho irrelevante para la vida del hijo y, por tanto, se debe reconocer el derecho del hijo a conocer esos orígenes biológicos. El caso presenta cierta analogía con el anonimato que establecen las leyes reguladoras de la reproducción asistida en algunos países (como el nuestro) en las que se ha consagrado el anonimato de los donantes de gametos y, en consecuencia, la imposibilidad de los hijos de conocer sus orígenes biológicos. En otros países ese anonimato nunca se ha establecido o se ha revertido (como sucedió en Reino Unido) por entenderse que resultaba contrario al interés superior del hijo.

En el segundo caso, sí ha existido una madre biológica que, llegado el momento, renuncia a la maternidad para que la asuman otras personas. En esta situación es fácil

que los propios padres revelen al hijo la identidad de su primera madre pues, en la mayor parte de los casos, se tratará de una persona allegada (familiar o amiga) que se ha ofrecido a gestar ese hijo para entregarlo después a los comitentes. Entendemos que el Derecho debería garantizar en todo caso al hijo el conocimiento de sus orígenes biológicos, con el argumento reforzado de que se trata de conocer a quien fue su primera madre. No se trata solo de que conozca las circunstancias relativas a la gestante y al embarazo que puedan afectar a su propia salud, sino de conocer la identidad de la persona que lo gestó. Dejar esa información a la discrecionalidad de los comitentes parece una grave lesión del derecho de toda persona a conocer sus propios orígenes biológicos.

En esta dirección se manifiesta ya nuestro ordenamiento jurídico, que recoge el derecho de los menores a conocer su pasado biológico, aunque limitado fundamentalmente al ámbito de la adopción: “6. 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” (artículo 180.6 del Código Civil, según la nueva redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio). En el campo de las técnicas de reproducción asistida, el acceso a esa información está más restringido: “Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad” (art. 5.5 de la LTRHA).

Parte III: Aspectos jurídicos y políticos de la maternidad subrogada

Las consideraciones éticas relativas a la gestación por sustitución son un elemento necesario al considerar la posición que el Derecho debería adoptar ante esta práctica. Resulta también de gran interés conocer tanto los pronunciamientos de organismos intergubernamentales como el derecho comparado en esta materia. Especial atención debe prestarse al modo en que la regulación de los Estados ha condicionado el desarrollo de la maternidad subrogada internacional, aquella que tiene lugar cuando comitentes y gestante residen en distintos países. Seguidamente hacemos referencia a los organismos intergubernamentales que se han ocupado de esta cuestión, a la regulación de algunos Estados que posibilitan la maternidad subrogada internacional, y a la normativa y jurisprudencia que directamente afectan a España en esta materia.

1.- La regulación de la maternidad subrogada: perspectiva internacional y Derecho comparado.

Directamente o indirectamente se han ocupado de la maternidad subrogada los siguientes organismos internacionales: La Organización de Naciones Unidas, la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado, el Consejo de Europa y la Unión Europea.

1.1.- La Organización de Naciones Unidas.

En 1989 la ONU aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. En ella se consagra el principio del interés superior del menor: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1). El Comité de Derechos del niño ha insistido en que este principio informe todas las normas que tengan que ver con los niños: “El hecho de hacer extensiva la obligación de los Estados partes a sus "órganos legislativos" pone claramente de manifiesto que el artículo 3, párrafo 1, se refiere a los niños en general, no solo a los niños con carácter individual. La aprobación de cualquier ley, reglamento o convenio (...) debería regirse por el interés superior del niño”⁸. De acuerdo con ello España tiene el deber de proteger las relaciones familiares del niño tal como estén reguladas en las leyes nacionales. En consecuencia, este principio debe informar toda regulación sobre maternidad subrogada. Obviamente una de las exigencias que se deriva de este principio es la prohibición del tráfico de niños.

⁸Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Precisamente para perseguir más eficazmente esta lacra Naciones Unidas aprobó en el año 2000 el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Aunque contó casi con tantas ratificaciones como el Convenio y entró en vigor en 2002, el tráfico de niños ha seguido creciendo en los últimos años. Es indudable que la compraventa de niños y la maternidad subrogada presentan un punto en común: ambas buscan procurar un hijo a quien lo desea. Entre ambas prácticas existe una diferencia radical: una es universalmente reconocida como contraria a la dignidad del niño y está perseguida como delito, mientras que la otra es considerada en algunos países como una práctica lícita en la medida en que se ajuste a ciertas exigencias. Un sector de la opinión pública sostiene que la maternidad subrogada comercial es en todo caso una forma de compraventa de niño porque se cambia un hijo por dinero. Otro, en cambio, considera que si existe un acuerdo previo entre las partes, y el embrión que se implanta carece de vínculo genético con la gestante, no se puede hablar de compraventa sino de un servicio de gestación subrogada.

Más allá de esta diversidad de posiciones, existe unanimidad en la necesidad de perseguir el tráfico de niños. Ahora bien, se plantea la cuestión acerca de si prohibir la maternidad subrogada internacional contribuye a prevenir el mercado negro de niños o, más bien, a fomentarlo. Existen argumentos para sustentar una posición y la otra. Para unos legalizar la maternidad subrogada internacional supone legitimar incrementa inmediatamente la demanda, e impulsa la aparición de un mercado negro en el que la demanda pueda ser satisfecha sin las restricciones establecidas por la ley y en condiciones más económicas. Para otros la regulación permite satisfacer el deseo de tener un hijo en el marco del Derecho y previene el riesgo de aparición de una oferta ilegal para satisfacerlo.

La maternidad subrogada internacional, en la medida en que tiene un carácter comercial y recurre como gestantes a mujeres que están en una situación económica y social de vulnerabilidad, se puede calificar en la mayoría de los casos como tráfico de niños y explotación de mujeres, más allá de que exista un marco legal que la ampare. A este respecto, resulta significativo repasar el mapa de los países que permiten la maternidad subrogada internacional. Suelen ser países pobres y/o en los que existen unas enormes desigualdades sociales y económicas. Suelen ser también países con una cultura en la que prácticamente todo es susceptible de compraventa y/o en los que la mujer tiene una consideración social inferior al varón.

La experiencia de estos últimos años nos dice que la demanda de estos servicios tiende a desplazarse de los países en los que las garantías para la gestante y el niño

así como los costes del servicio son más elevados a aquellos otros en los que la voluntad de los comitentes pueda ser mejor satisfecha y a un menor coste. Un ejemplo paradigmático de ello se encuentra en cómo los ingleses, a pesar de tener legalizada la maternidad subrogada en su país, mayoritariamente han recurrido a India para llevarla a cabo. Mientras India ofrecía un servicio económico, efectivo, y con una regulación menos restrictiva para los comitentes, en Reino Unido el proceso de reproducción asistida con donación de óvulos resulta caro y, además, incierto porque no existe obligación por parte de la gestante de entregar el hijo tras el nacimiento. Los comitentes, además, no pueden ejercer el control sobre el embarazo de la gestante. Por el contrario, en países como India las gestantes viven durante el embarazo en unas residencias en las que todos los aspectos de su vida que puedan afectar a la evolución de la gestación están controlados: la alimentación, la actividad física, las relaciones sexuales (que quedan prohibidas), etc. La medicación y asistencia sanitaria que reciben tiene por prioridad el mejor desarrollado del niño, no la salud de la mujer. El contrato que regula la relación entre gestante y comitentes dispone la entrega obligatoria del hijo recién nacido a los comitentes.

La Convención recoge otros dos artículos que tienen directa relación con la maternidad subrogada. El art. 7 afirma que “el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, *en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”. En su apartado 2º dice que los Estados Partes “velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional”. Por tanto, y a tenor de lo dispuesto en el Convenio de Derechos del Niño, si un país como España dispone que la filiación se determina por el parto, deberá evitar que los niños sean separados de sus madres y velará por que sean cuidados por ellas. En esa misma línea, el art. 8 establece que “Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y *las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”. Parece lógico concluir de este mandato que un país con la regulación como la que tiene España en maternidad subrogada no debe permitir alteraciones en las relaciones familiares como consecuencia de injerencias ilícitas (como serían los contratos de gestación por sustitución firmados en el extranjero). De este punto se trata *in extenso* en el siguiente epígrafe.

En la misma Convención encontramos otro artículo que no debe dejarse pasar por alto al tratar de la maternidad subrogada. El art. 24, dedicado a la protección del derecho a la salud, dice que los Estados parte adoptarán medidas adecuadas para “e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños,

conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna”. Reconocer la importancia de la lactancia materna para el niño no es un argumento para el rechazo incondicional de la maternidad subrogada, pero sí para tenerlo en cuenta a la hora de ponderar los costes para el bienestar del niño que acarrea esta práctica.

En 1979 la Organización de Naciones Unidas aprobó una importante convención que también tiene relación con la cuestión de la maternidad subrogada: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Su art. 4, en el que se afirma la licitud de las medidas de discriminación inversa hasta alcanzar la igualdad efectiva de oportunidades y trato, se dice expresamente: “2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”. En ocasiones se ha esgrimido, como argumento para defender la maternidad subrogada, que su prohibición crearía una suerte de discriminación, con relación a la libertad reproductiva, de los varones y de las mujeres que no pueden gestar respecto de las mujeres que sí pueden hacerlo. Más allá de otras consideraciones que pudieran hacerse, la Convención considera que la protección de la maternidad puede justificar la adopción de medidas especiales. Una de ellas puede ser la de evitar la separación entre gestación y maternidad, por lo que tiene de cosificación del proceso de embarazo (y consecuentemente de la mujer que lo lleva a cabo) y de privación para el niño del vínculo con la mujer que lo gestó.

El art. 6 de la CEDAW, por su parte, establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres”. Algunos entienden, también dentro de este Comité, que toda forma de maternidad subrogada es una forma de trata de mujeres pues supone instrumentalizar a la mujer para procurar un hijo a otra persona. Pero incluso quienes aceptan la posibilidad de que la maternidad subrogada pueda darse sin reducir a la mujer a puro instrumento al servicio de otros, reconocen que la experiencia de estos años pasados, en los que esta práctica fundamentalmente se ha internacionalizado, pone de manifiesto que la trata y explotación de mujeres es lo más frecuente.

1.2.- La conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de La Haya sobre Derecho internacional Privado (HCCH) es una organización supranacional que engloba cerca de 80 Estados y tiene como objetivo homologar normas de Derecho internacional privado a nivel mundial. Desde 2012 se ha interesado por la cuestión de la maternidad subrogada internacional y particularmente por los problemas relativos a la filiación de los hijos habidos

mediante esta práctica. En la actualidad cuenta con un grupo de expertos en la materia creado con el mandato de estudiar las posibilidades de avanzar en el campo del Derecho internacional privado en las cuestiones relativas al estatuto de los niños resultantes de acuerdos de subrogación internacional. El último informe del grupo de expertos publicado hasta el momento, de mediados de 2016, concluye que la dificultad de la cuestión y la variedad de perspectivas por parte de los Estados hacen inviable cualquier avance en esta materia. Por ello, recomienda que se mantenga el mandato al grupo de expertos y puedan seguir trabajando en la materia⁹. A medio plazo no parece que se vaya a esclarecer el panorama para que la HCCH pueda aprobar una regulación mínima que tenga alcance internacional.

En todo caso, en un informe de 2015 la HCCH alertaba sobre las graves amenazas que se cernían sobre los derechos humanos, incluidos los del niño, en relación con los acuerdos de gestación subrogada internacional. Concretamente señalaba cinco: 1) el abandono de niños por parte de los comitentes, bien por razones de salud o bien de preferencia de sexo; 2) la inadecuación de los comitentes para ser padres y riesgo de tráfico de niños; 3) el derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y biológicos; 4) los problemas relativos a la libertad del consentimiento de las gestantes; y 5) las malas prácticas por parte de los agentes intermediarios de la subrogación¹⁰.

1.3.- El Consejo de Europa.

En octubre de 2016 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa rechazó una propuesta de Recomendación en la que se proponía adoptar directrices para garantizar los derechos de los niños con respecto a los acuerdos de subrogación. Esta propuesta se sustentaba en un informe elaborado por una parlamentaria belga a instancias del Comité de Asuntos Sociales, Salud y Desarrollo Sostenible del Consejo de Europa, que la había nombrado ponente para elaborar un informe sobre los aspectos éticos de la maternidad subrogada el año anterior. La primera versión de ese informe fue rechazada por el propio Comité de Asuntos Sociales en marzo de 2016. En septiembre de ese mismo año la misma parlamentaria llevó de nuevo el tema de la maternidad subrogada al Comité, centrándose en esa ocasión en los derechos de los niños. La nueva recomendación fue aprobada y se remitió a la Asamblea Parlamentaria que, sin embargo, la rechazó. La votación, con un total de 167 votos

⁹ Cfr. The Hague Conference on Private International Law, *Report of the February 2016 Meeting Experts' Group on Parentage / Surrogacy*, <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf> (consultado el 10 de enero de 2017).

¹⁰ Cfr. The Hague Conference on Private International Law, *The parentage/surrogacy project. Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference*, <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf> (consultado el 10 de enero de 2017).

emitidos, arrojó un resultado ajustado, con 83 votos contrarios, 77 a favor y 7 abstenciones. Conviene señalar que este asunto ha supuesto una fractura en la unidad de voto de la mayoría de los grupos parlamentarios presentes en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Así, por ejemplo, mientras que la impulsora de la recomendación era una socialista, buena parte de sus compañeros socialistas en la asamblea votaron en contra.

Más allá de la controversia sobre la cuestión de fondo, estas iniciativas han sido objeto de intensa polémica, tanto por la persona que las ha impulsado como por el modo de hacerlo. La ponente es ginecóloga y desarrolla su actividad en el campo de la reproducción asistida, participando en procesos de maternidad subrogada. Sobre ella se ha cernido la sombra del conflicto de intereses a la hora de actuar como ponente de un informe que precisamente trata de la maternidad subrogada. Las voces que se levantaron denunciando esta situación reprocharon que el Comité de Asuntos Sociales no sometiera a votación secreta la cuestión acerca de si existía o no conflicto de intereses en la ponente. Por otro lado, el primer rechazo de la recomendación por parte del Comité de Asuntos Sociales no dio por concluido el proceso sino que, de nuevo, se volvió a someter a votación meses después. En todo caso, el reñido rechazo final de la propuesta evidencia el choque entre dos posiciones difícilmente conciliables: de un lado, quienes entienden que la protección de los derechos de los niños y de las mujeres gestantes es incompatible con la gestación por sustitución; de otro, quienes entienden que los derechos de unos y los deseos de los otros se pueden compaginar.

1.4.- La Unión Europea.

La única institución de la Unión Europea que se ha pronunciado expresamente sobre maternidad subrogada ha sido el Parlamento Europeo. Lo hizo en 2015, en el marco del Informe anual sobre Derechos Humanos y Democracia en el Mundo (2014) y en unos términos contundentes. En ese informe la Unión Europea “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”¹¹. En el informe de 2015, publicado en 2016, no se incluyó ninguna

¹¹ 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(INI));

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0470+0+DOC+PDF+V0//ES> (consultado el 31 de octubre de 2016).

referencia al asunto, lo que admite dos interpretaciones enfrentadas: que en 2016 no se alcanzó el acuerdo en este punto al que se había llegado el año anterior; o que se considera que la posición de la UE ya se ha dado a conocer y no hacer falta volver sobre ella.

1.5.- Derecho comparado sobre maternidad subrogada.

La regulación de la maternidad subrogada en el mundo se caracteriza por su diversidad, complejidad, variabilidad y consiguiente inseguridad. Hay países que permiten la gestación subrogada para todo tipo de comitentes: individuos solos o parejas, homosexuales o heterosexuales. Otros, en cambio, restringen la oferta de este servicio a parejas heterosexuales infértiles. Unos aceptan solo la subrogación gestacional y otros también la tradicional (en la que la gestante aporta material genético). Unos permiten contratos por los que los comitentes se convierten en padres desde el inicio del embarazo y otros establecen que la gestante es la madre y solo después del nacimiento puede renunciar al hijo. Unos ofrecen los servicios de gestación por sustitución a los extranjeros y otros solo a los nacionales. Unos cuentan con regulaciones más minuciosas y otros con márgenes mayores para la libertad de los contratantes.

En todos los continentes encontramos países que prohíben la maternidad subrogada en sus diversas modalidades y otros que no han aprobado regulación alguna al respecto. También los hay que vienen debatiendo desde hace años acerca de la regulación adecuada. Para enriquecer ese debate y orientar las políticas públicas, comités nacionales de bioética o comisiones creadas al efecto han elaborado informes. Uno de ellos es Suecia. Hace tres años el Comité Nacional de Bioética aprobó un informe en el que contemplaba la posibilidad de regular la maternidad subrogada altruista. En febrero de 2016 se publicó otro informe que el gobierno había encargado a una comisión multidisciplinar presidida por la juez Eva Wendell Rosberg. En él, a diferencia del anterior, se propone mantener el rechazo sin paliativos de esta práctica. La razón principal está en la presión que su aprobación supondría sobre las mujeres para ejercer de gestantes sustitutas, teniendo que asumir todos los riesgos que lleva consigo el embarazo y dar a luz. En el mismo informe se recomienda la adopción de medidas dirigidas a disuadir de la celebración de contratos de maternidad subrogada en el extranjero, para evitar así la explotación de las mujeres en los países más pobres.

Junto a una gran diversidad de criterios reguladores encontramos también condiciones económicas y técnicas muy variadas. La tendencia de los usuarios es buscar el marco jurídico más seguro y protector de sus intereses, junto con los

servicios reproductivos y ginecológicos de mayor calidad, y las condiciones económicas más favorables. La oferta para elegir es amplia y cada opción resulta más fuerte en unos aspectos y débil en otros.

Este abigarrado escenario dispara su complejidad si observamos la variabilidad de las regulaciones. En los últimos años, como consecuencia del mayor conocimiento por parte de la opinión pública de las condiciones en las que se llevan a cabo las gestaciones por sustitución, los problemas que estas prácticas han traído ocasionalmente consigo, y unos cuantos casos escandalosos que llegaron a los medios de comunicación y provocaron alarma social, algunos de los principales países proveedores de estos servicios han restringido drásticamente sus servicios en este campo. El ejemplo más conocido y representativo es India, que permitió durante años la gestación subrogada internacional y llegó a convertirse en un auténtico paraíso de la maternidad subrogada a precios asequibles, pero decidió prohibirla en noviembre de 2015. No solo sucedió en India sino también en otros países asiáticos como Tailandia, Nepal o Camboya (en 2016). Ello ha hecho que nuevos países, que hasta entonces apenas se dedicaban a esta actividad, hayan comenzado a desarrollarla. El caso más significativo es Vietnam. Otros países como Ucrania, Rusia o algunos estados de los Estados Unidos la vienen ofreciendo desde hace años. En los últimos años, Portugal y Grecia, han aprobado leyes que permiten esta práctica en mayor o menor medida.

Este estado de cosas provoca dos efectos indeseables pero difíciles de combatir. Por un lado, da lugar a situaciones de gran desprotección o incluso de explotación de las mujeres gestantes y de tráfico de niños. Así ha venido sucediendo frecuentemente hasta ahora (casos como el de India lo ilustran bien) y no existe en este momento un mecanismo eficaz que pueda evitarlo en el futuro. Por otro, el nivel de protección de las partes afectadas en la maternidad subrogada lo acaban determinando los países que establecen regulaciones más laxas porque la demanda acude allí donde puede satisfacerse. Y una vez conseguido el hijo, el país de procedencia de los comitentes se ve “obligado” a reconocerles la filiación a su favor para no ir contra los intereses de los hijos.

2.- La situación jurídica en España.

Como ya se ha recordado, el derecho español determina la nulidad de los contratos de gestación y establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Esta regulación, sin embargo, no responde de forma clara y concreta a una cuestión particularmente sensible: ¿qué hacer cuando unos padres intencionales de España llegan con un niño obtenido mediante

maternidad subrogada de otro país, en el que ha sido reconocido como hijo de ellos? Por un lado, estas personas obtienen un resultado (el hijo) mediante un procedimiento (contratar a una mujer para que gesté un embrión y se lo entregue al nacer) que en España se considera ilícito. Parece lógico que el Estado impida la culminación de ese intento de fraude denegando la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Por otro lado, nos encontramos ante una nueva vida humana cuyos intereses deben ser protegidos de forma preferente por el Derecho. Ese niño tiene derecho a una identidad, a unos padres y a una nacionalidad. La acción contraria a Derecho de quienes han propiciado su existencia no puede suponer perjuicio alguno al niño, pero tampoco puede, por sí sola, ser un título legítimo para nada.

Este dilema ha llegado ya a las instancias jurisdiccionales más altas en España. También se ha planteado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyos fallos vinculan a España como miembro que es del Consejo de Europa. En lo que sigue presentamos una síntesis de los argumentos del Tribunal Supremo sobre este asunto. También hacemos mención de los ofrecidos por el Tribunal de Estrasburgo en las principales sentencias que dictó sobre maternidad subrogada en el extranjero.

2.1.- La sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 6 de febrero de 2014.

La primera sentencia del TS, y única hasta el momento, dictada sobre un caso de maternidad subrogada internacional es de 6 de febrero de 2014. En lo que sigue haremos mención de los antecedentes que condujeron a este fallo, los argumentos en los que lo sustentaron la mayoría de los magistrados y los argumentos del voto disidente.

A.- Antecedentes. En 6 de febrero de 2014, el Pleno de la Sala de la Civil del TS dictaba una sentencia desestimando el recurso interpuesto por unos cónyuges de Valencia (padres de intención) contra la sentencia de la Audiencia Provincial que, confirmando la anterior del Juzgado de Primera Instancia, dejaba sin efecto la inscripción del nacimiento de dos menores en el Registro Consular Español de Los Ángeles, con las menciones de filiación de las que resulta que son hijos de E. y de G., y ordenaba la cancelación de la inscripción. El Pleno de la Sala de lo Civil del TS, formado por nueve Magistrados, tomó la decisión de desestimar el recurso presentado con una mayoría de 5 votos frente a 4, que suscribieron un voto particular favorable al mantenimiento de la inscripción del nacimiento de los menores en el Registro Civil español.

En el caso que dio lugar a esta sentencia, dos varones españoles casados entre sí solicitaron en el Registro Civil consular de Los Angeles (California) la inscripción del nacimiento de dos hijos nacidos el 24 de octubre de 2008 mediante gestación por sustitución, siendo denegada dicha inscripción por el encargado del Registro en base

a lo dispuesto por el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA) de 2006.

Los solicitantes interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN) que, en 18/02/09, dictó resolución estimando el recurso y ordenando que se procediera a la inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los menores tal como constaba en la certificación expedida por el Registro del Condado de San Diego (California).

El Ministerio Fiscal presentó demanda impugnando la resolución de la DGRN ante los Juzgados de Valencia (lugar de residencia de los padres) argumentando que la inscripción efectuada por el Registro Civil Consular se oponía a lo dispuesto en el art. 10 de la LTRHA porque contravenía el orden público español.

Tras oponerse y contestar a la demanda tanto los padres de intención como la Abogacía del Estado, se produjo una situación poco corriente, pues quedaron procesalmente enfrentados dos órganos del Estado: la Fiscalía, que impugnaba la inscripción de la filiación, y la DGRN, que defendía su pertinencia.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia dictó sentencia en 15/09/2010 estimando la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la DGRN y dejando sin efecto la inscripción de nacimiento por ella realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles.

Los padres interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia (no así la DGRN), que fue desestimado por sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 826/11, de 23 de noviembre, contra la que los mismos recurrentes presentaron recurso de casación ante el TS, desestimado por la sentencia de 06/02/14, que a continuación se comenta.

B.- Argumentos para denegar el reconocimiento de la filiación en la STS 835/2013. El TS desestima el único motivo del recurso en el que se alega infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho de identidad única de los menores y el interés superior de los menores, consagrado en la Convención de Derechos del Niño (1989). La decisión se sustentaba sobre los siguientes argumentos:

a) Respeto del orden público internacional español. El TS entiende que el caso no plantea un conflicto de leyes, sino una cuestión acerca del reconocimiento de la decisión de una autoridad administrativa extranjera conforme al art. 85 del Reglamento del Registro Civil.

Para que se produzca este reconocimiento de la certificación del registro extranjero deben cumplirse, según el art. 23 de la Ley del Registro Civil, dos requisitos. En primer lugar, que el registro tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción en la ley española en cuanto a los hechos de que da fe, y sobre este particular el TS no tiene ninguna duda. El segundo consiste en que el hecho inscrito respete la legalidad conforme a la ley española. Así sucede cuando el hecho certificado por la autoridad extranjera respeta las normas, principios y valores que encarnan el orden público internacional español. Este orden público, aclara la sentencia, está integrado por *“el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”*.

El TS entiende que el hecho inscrito incumple con el orden público internacional, que actúa como límite al reconocimiento de las decisiones de las autoridades extranjeras. Así es porque ese orden público está integrado por los derechos fundamentales y los principios contenidos en el Título I de la CE en la medida en que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, las relaciones paterno-filiales. Concretamente forman parte del mismo el “derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, 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 (art. 39).

También forma parte de este orden público la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución)” (FJ 5).

De esta forma, en el respeto a la dignidad personal, como fundamento de los derechos de la persona y límite de cualquier actuación, halla el TS la razón que justifica la denegación de la inscripción de los niños nacidos de una maternidad subrogada en el Registro Civil español.

Considera el Tribunal que, si bien actualmente la legislación no establece el hecho biológico como fuente exclusiva de la filiación, admitiendo su determinación por

criterios distintos que no constituyen contravención del orden público español como son la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, no se acepta que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño “mercantilizando la gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza, y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que sólo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población” (FJ 6).

Finalmente, el TS apunta una posible salida a la situación que haga posible establecer la paternidad registral de los padres de intención, al recordar que la LTRHA deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.

b) Inexistencia de discriminación sexual por razón de sexo u orientación sexual. En el recurso se alega que no permitir la inscripción en el Registro Civil español de esa filiación a favor de dos varones resulta discriminatorio, porque sí es posible inscribir la filiación a favor de dos mujeres en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea su cónyuge. Para el TS el argumento no se sostiene porque “los argumentos expuestos en la sentencia recurrida muestran con claridad que la causa de la denegación de la inscripción de la filiación no es que los solicitantes sean ambos varones, sino que la filiación pretendida trae causa de una gestación por sustitución contratada por ellos en California” (FJ 4). La respuesta hubiese sido la misma en el caso de la inscripción hubiera sido instada por un matrimonio homosexual de mujeres, de un matrimonio heterosexual, de una pareja de hecho, o de una sola persona, varón o mujer.

c) El interés superior del menor. En este punto los recurrentes sostienen que, como personas que han manifestado su consentimiento para ser padres, son los mejores padres que los menores pueden tener. La mujer que les dio a luz, por su parte, se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas en el contrato y no tendría sentido atribuirle a ella la filiación. Y afirman que el menor tiene derecho a una identidad única, que se debe respetar por encima de fronteras estatales, en base al principio del interés superior del niño recogido en la Convención sobre Derechos del Niño (1989).

El TS entiende que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general susceptible de concreción que por su propia naturaleza deviene un “concepto esencialmente controvertido”. Considera que si los argumentos de los recurrentes se aceptaran sin más llevaría a admitir la

determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados en buena situación económica que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de zonas depauperadas, haciendo tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento nacional e internacional (cfr. FJ 5).

La sentencia explica que la concreción de dicho superior interés debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales. Entre ellos ocupa un lugar relevante la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, que exige evitar la explotación del estado de necesidad de mujeres en situación de pobreza e impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

El Tribunal estima que determinar la filiación a favor de quien realiza el encargo mediante un contrato de gestación supone un atentado contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. Por ello, concluye que para proteger su dignidad procede impedir la inscripción de la filiación a favor de los padres de intención, puesto que nuestro ordenamiento considera perjudicial para el menor mantener una determinada filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación. Recuerda a estos efectos que el Código Civil no exige el establecimiento de una filiación alternativa cuando se formula una acción de impugnación de filiación (poniendo así de relieve que el legislador admite que algunas personas no tengan totalmente determinada su filiación, tal como ocurre en el caso enjuiciado).

d) No se vulnera el derecho a una identidad única del menor. El Tribunal entiende que este no es un caso en que el menor tenga vinculación efectiva con dos Estados distintos, España y Estados Unidos, porque los padres de intención acudieron a California solo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución con la determinación de la filiación a su favor, lo que está prohibido en España. Por ello no ve un riesgo real de vulneración de la identidad única de los menores.

e) No existe vulneración del derecho al respeto de la vida y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de la Libertades Fundamentales. El TS justifica la injerencia en el ámbito de la vida familiar que supone la denegación del reconocimiento de la filiación, porque se cumplen los dos requisitos que, según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en la sentencia de 28 de junio de 2007, en el caso *Wagner y otro* contra Luxemburgo, deben darse para poder llevarla a cabo: que esté prevista en la ley, pues esta exige que en

el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras se respete el orden público internacional, y que sea necesaria en una sociedad democrática, puesto que protege el interés del menor 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 puedan encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación” (FJ 10).

En definitiva, la denegación de la inscripción se fundamenta en el contenido del art.10 de la LTRHA entendiéndose que mediante dicha disposición se protege y respeta la dignidad humana, tanto de la mujer gestante como la del nacido, que está en la base del orden social.

f) No se deja a los menores desprotegidos. En un último apartado, el Tribunal manifiesta que es consciente de que la decisión adoptada no es intrascendente para la protección de los menores, y que les puede causar inconveniente, pero explica que, a su criterio, los menores no quedarían desprotegidos ni serían enviados a un orfanato ni a los USA.

Ahora bien, dicha protección no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, sino partiendo de las leyes y convenios aplicables en España, para lo que invoca la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 8 del Convenio (caso Wagner c. Luxemburgo, sent 28/06/07), considerando que allí donde está establecida una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar la protección jurídica que haga posible la integración del niño con la familia.

Estima que no se ha probado que alguno de los recurrentes aportara sus gametos a la gestación y señala que, aplicando dicha jurisprudencia, si tal núcleo familiar existe actualmente, y los menores tienen relaciones familiares “de facto” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse habría de partir de este dato, y, en un intento de ofrecer una salida a los recurrentes, apunta que el propio art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, y que existen las figuras jurídicas del acogimiento familiar y de la adopción.

Este razonamiento lleva a la incorporación de un punto tercero en el fallo de la sentencia instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar, en la medida de lo posible, la correcta filiación de los menores y su protección, teniendo en cuenta la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “de facto”.

C.- Argumentos del voto disidente de la minoría en la STS. Como se ha señalado, la sentencia fue aprobada por cinco votos contra cuatro. Uno de los magistrados del Pleno formuló un voto particular discrepante, al que se adhieren otros tres magistrados. Esta discrepancia se concreta en tres puntos:

a) Acceso al Registro de la certificación expedida por la autoridad administrativa de California. Coincidiendo con la mayoría en que la técnica jurídica aplicable al caso no es la del conflicto de leyes, sino la del reconocimiento de una decisión de una autoridad extranjera, sostiene el voto particular que el acceso de esta decisión extranjera al Registro Civil español no debería plantear problemas sobre la ley aplicable.

Conforme al art. 81 del Reglamento del Registro Civil el documento presentado, donde no consta la existencia de un contrato de gestación, era de los que permiten la inscripción en el Registro Civil sin necesidad de controlar su legalidad conforme a la Ley española, al haberse producido conforme a la ley californiana. Por ello entiende que no resulta aplicable el art. 10 de la LTRHA puesto que la filiación ya ha sido determinada por una autoridad extranjera.

b) No vulneración del orden público. Este argumento se desarrolla en varios apartados:

- Ha de diferenciarse la admisión de la gestación por sustitución, de sus efectos cuando provienen de un Estado en el que se admite y tiene eficacia vinculante porque lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa.

- No se vulnera la dignidad de la madre gestante y del niño, mercantilizando la gestación y cosificando a la mujer gestante y al niño, porque la gestación por sustitución se reconoce en un Estado con el que compartimos ámbitos privilegiados de cooperación jurídica. “Pero es que, además, a) supone una manifestación del derecho a procrear, especialmente importante para quienes no pueden tener un hijo genéticamente propio, como en este caso; b) no se puede subestimar sin más la capacidad de consentir de la madre gestante; c) El consentimiento de la madre se hace ante la autoridad judicial que vela porque se preste con libertad y conocimiento de las consecuencias; d) y, tratándose de un acuerdo voluntario y libre, difícilmente se le explota y cosifica contra su libertad y autonomía; y en ningún caso afecta al interés del menor, que nace en el seno de una familia que lo quiere. Es al niño al que se da una familia y no a la familia un niño”.

- Existe una tendencia del derecho comparado hacia la regulación y flexibilización de estos supuestos. De ello es ejemplo la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, que autoriza la inscripción en el Registro Civil, siempre que los hijos nazcan en países cuya normativa lo permita y uno de los padres sea español.

- “La vulneración del orden público internacional sólo puede comprobarse caso por caso. Son los tribunales españoles los que deben decidir la cuestión de si los efectos que produce una resolución extranjera en España contrarían los principios constitucionales, no los que emanan de una ley que anula un contrato, pero que no elimina sus consecuencias una vez producidas”.

- “La sentencia de la que se discrepa tutela la excepción del orden público de forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación. Obligación del legislador será establecer un marco legal que garantice los derechos de todas las partes implicadas, no tanto de los menores, ajenos a esta suerte de relaciones mercantiles, como de las madres subrogadas que renuncian a sus derechos como madres, especialmente de aquellas que provienen de grupos económicamente desfavorecidos, y de los que pretenden ser padres. Obligación de los Jueces y Tribunales es resolver y tutelar situaciones concretas, como la que es objeto del recurso”.

c) El interés del menor queda afectado gravemente. Según el voto discrepante, la sentencia coloca a los niños en un limbo jurídico incierto en cuanto a la solución del conflicto y a la respuesta que pueda darse mientras siguen creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles.

Sostiene que el interés del menor es superior y también forma parte del orden público, “y este principio se defiende no contra los niños sino a partir de una regulación que impida su conculcación. El derecho a la no discriminación en función de la filiación supone un orden público y "el carácter ilegal de una filiación no justifica ningún trato diferenciado" por parte de las autoridades públicas o instituciones privadas (STSJ de Madrid -Sala de lo Social-de 13 de marzo de 2013)”.

Expone que el interés se protege antes y después de la gestación, y ante un hecho consumado como la existencia de menores en una familia que actúa socialmente como tal, y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público, perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo, y se les priva de identidad y de núcleo familiar contrariando la normativa internacional que exige atender al interés del menor.

D.- El Auto del TS de 2015. Tras las sentencias del TEDH en las que se condenaba a Francia a inscribir la filiación de los hijos habidos por gestación subrogada en el extranjero, el matrimonio al que el TS denegó la inscripción de la filiación en la Sentencia de 2014 interpuso recurso de nulidad de esas actuaciones frente a la misma. En febrero de 2015 el TS dicta un auto en el que afirma que la negativa a la inscripción de la filiación “directa” a nombre de ambos varones no vulnera el derecho a la vida privada de los niños. Los recurrentes acudieron entonces al Tribunal Constitucional y presentaron recurso de amparo contra las mencionadas resoluciones del TS. El TC inadmitió a trámite este recurso en julio de 2016.

E.- Valoración de la STS. Más allá del obligado acatamiento que exige la STS es susceptible de, al menos, tres valoraciones completamente divergentes.

1.- Para unos será un intento razonable de conciliar la legalidad vigente en España en materia de filiación con la protección frente al riesgo de desamparo de los niños resultantes de un contrato de maternidad subrogada.

2.- Para otros será una solución insuficiente porque, si bien deja claro que el ordenamiento jurídico español no puede aceptar inscripciones contrarias al orden público internacional, como las que resultan de los contratos de gestación subrogada llevados a cabo en el extranjero, sin embargo acaba señalando el camino que podrá seguir cualquier padre intencional en España para tener un hijo por gestación subrogada en el extranjero. Se trata, desde luego, de un camino tortuoso, pero que acaba proporcionando el hijo deseado. En este sentido, sería una sentencia que vendría a sancionar dos estatutos jurídicos entre quienes quieren tener un hijo y necesitan de la maternidad subrogada para lograrlo. De un lado, el de los que disponen de los medios para emprender este proyecto en el extranjero, y aportan un gameto masculino en la concepción del embrión. Aunque se les deniegue inicialmente la inscripción de la filiación, saben que podrán reclamar la paternidad biológica en base al art. 10 de la LTRHA y lograrán finalmente esa inscripción. De otro, el de quienes carecen de recursos para embarcarse en esta empresa, o el de aquellas mujeres solas que quieran tener un hijo y no puedan.

3.-Por último, otros entenderán que esta sentencia se extralimita al denegar la inscripción de una filiación en España conforme a lo que establecen las autoridades de otro Estado porque, como dice el voto discrepante de la sentencia, aplica incorrecta y arbitrariamente el orden público internacional y desconoce el principio del interés superior del menor.

2.2.- *La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): especial referencia a las Sentencias Mennesson c. Francia, Labassee c. Francia (junio, 2014) y Paradiso y Campanelli c. Italia (2015-2017).*

Puesto que España forma parte del Consejo de Europa, la última instancia jurisdiccional en materia de derechos fundamentales no es el TS o el Tribunal Constitucional sino el TEDH. Hasta el momento, este tribunal se ha pronunciado en tres ocasiones sobre cuestiones relacionadas con la inscripción de la filiación de los hijos habidos mediante gestación por sustitución internacional. El primero es el que resolvió conjuntamente los recursos Mennesson y Labassee c. Francia, de 2014, por ser el que fija la posición del Tribunal en este tema. Sobre esta misma materia en 2015 dictó la Sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia, que fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH. En enero de 2017 la Gran Sala resolvió ese recurso revocando parcialmente la anterior sentencia y dando la razón a Italia. En primer lugar se presentamos los argumentos más relevantes por los que el TEDH condenó a Francia y le obligó a inscribir la filiación de los niños a favor de los matrimonios Mennesson y Labassee respectivamente. Después se hará mención de las especificidades que presentó el caso Paradiso y Campanelli y las dos sentencias de que fue objeto.

A) *las Sentencias Mennesson c. Francia, Labassee c. Francia (junio, 2014).* Dos matrimonios franceses, que no podían llevar a efecto su proyecto parental debido a la infertilidad de las respectivas esposas, decidieron trasladarse a los Estados Unidos para recurrir a la fecundación *in vitro* con gametos de los respectivos maridos y ovulos procedentes de donante. La implantación de los embriones fecundados se realizó en el útero de mujeres distintas de las que aportaron los óvulos.

El matrimonio formado por Dominique y Sylvie Mennesson tuvo dos hijas gemelas nacidas en California el año 2000, y el formado por Francis y Monique Labassee, una hija nacida en Minnesota en 2001. En los juzgados de los Estados de California y de Minnesota se dictaron sentencias reconociendo a los cónyuges franceses como padres de las niñas nacidas mediante gestación por sustitución.

Al regresar a Francia, sin embargo, les fue denegada la inscripción de las recién nacidas en el Registro civil francés en base al art. 16 del Código Civil, que dispone que cualquier convención para la procreación o gestación por cuenta de otro es nula, y considera dicha prohibición materia de orden público. Ese orden público recoge los principios éticos y morales que impiden que el cuerpo humano sea objeto de transacción, y que el niño quede reducido a objeto de un contrato.

Ambos matrimonios agotaron sin éxito la vía judicial en Francia y presentaron demanda ante el TEDH invocando, en ambos casos, la violación del art. 8 de la

Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH), que dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio, y de su correspondencia”. Entendían que la negativa de las autoridades francesas a inscribir la filiación a su favor constituía una injerencia al respeto de su vida familiar.

El Tribunal resolvió simultáneamente ambos recursos y dictó sentencia en el mismo día y en base a los mismos argumentos. Si bien la sentencia declara que no existe violación del artículo 8 CEDH en relación con el derecho a la vida familiar del matrimonio recurrente, en cambio, considera que sí se produce la infracción del derecho a la vida privada de los hijos en base, entre otras razones, al principio del superior interés del niño.

En la Sentencia Mennesson, que es la que contiene los argumentos en los que se funda la decisión sobre los dos recursos, El Tribunal constata que los cónyuges Mennesson se ocupan de sus gemelos «como padres tras el nacimiento, viviendo los cuatro de un modo que en nada se distingue de la vida familiar en su acepción habitual». En este contexto, el derecho a la identidad forma parte integral de la noción de vida privada, existiendo una relación directa entre la vida privada de los niños nacidos a partir de la gestión por sustitución y la determinación jurídica de la filiación.

El art. 8 de la CEDH prevé la posibilidad de injerencia por parte de la autoridad pública en este derecho siempre que dicha injerencia “esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. El Tribunal reconoce que los Estados firmantes de la CEDH disponen de un “margen de apreciación importante” acerca de lo que es “necesario” en una “sociedad democrática” para alcanzar esos objetivos. Pero dicho margen debe ser reducido, matizado o relativizado cuando el problema se refiere a la filiación, en la medida en que constituye un aspecto esencial de la identidad del niño: “Cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido”.

Así, resulta preciso llegar a un equilibrio entre el interés de la colectividad a que sus miembros acaten las decisiones adoptadas democráticamente y el interés de los ciudadanos -especialmente el interés superior del niño- a disfrutar plenamente de los derechos concernientes a su vida privada y familiar. Entiende el Tribunal que la ausencia de reconocimiento por el Derecho de un Estado del vínculo de filiación con

los padres intencionales puede tener como consecuencia la destrucción de la vida familiar del niño.

El Tribunal reconoce que, en ausencia de inscripción registral o del libro de familia, los padres intencionales se ven obligados a mostrar el acta del Registro civil extranjero, acompañadas de una traducción jurada, cada vez que es necesario demostrar la filiación para ejercer un derecho o acceder a un servicio. Este estado de cosas origina la sospecha o, al menos, la incomprensión de las personas a las que aquéllos deben dirigirse en el ejercicio de su autoridad parental interina o presunta (patria potestad). El acceso a la seguridad social, al comedor, al campamento de verano o a las ayudas económicas son sólo algunas de las dificultades que se presentan en el día a día de estas familias.

El hecho de no reconocer la filiación tiene como efecto añadido la no atribución al niño de la nacionalidad de los padres, lo que complica los desplazamientos de la familia y puede suscitar dudas en las autoridades respecto de la legalidad de la estancia del menor en el territorio nacional -y la estabilidad de la propia familia- especialmente tras obtener aquél la mayoría de edad.

Por lo dicho, el Tribunal concluye que el no reconocimiento de la filiación en favor de los padres intencionales no solo tiene consecuencias sobre ellos. También las tiene sobre el menor, al resultar afectado el derecho a que se respete su vida privada garantizado por la Convención, pues este derecho implica que cada uno pueda configurar la “sustancia de su identidad”, comprendida en ella su filiación. Se origina de esta forma “un grave problema de compatibilidad con el interés superior del niño, interés que debe guiar cualquier decisión que le concierna”, y que debe resolverse en favor de este último.

El desarrollo de esta importante sentencia se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- a) Los demandantes (cónyuges e hijos) conviven de forma que en nada se diferencia de la vida familiar, por lo que procede tramitar la demanda presentada sobre violación de la vida familiar.
- b) Para que la injerencia del Estado en el derecho a la vida familiar esté justificada, además de estar prevista por ley, tal como dispone el art. 8.2 de la CEDH, el Tribunal señala que esa ley interna debe ser accesible y previsible, en el sentido de que indique claramente los supuestos en que deba aplicarse. En este sentido reconoce que el Código civil francés establece con la debida claridad la nulidad de orden público de los contratos de gestación por sustitución, y que tal disposición tiene por finalidad disuadir a sus ciudadanos de recurrir en el

extranjero a un método de procreación prohibido dentro del territorio nacional.

- c) En relación a si la prohibición de la maternidad subrogada es necesaria dentro de una sociedad democrática, el Tribunal se mantiene al margen. Reconoce que suscita importantes cuestiones de orden moral y ético, y que no existe consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa sobre su regulación. Estima, por tanto, que los Estados disponen de un amplio margen de apreciación para establecer las normas que considere más convenientes.
- d) A partir de este punto, el Tribunal distingue entre el respeto de la vida familiar de los padres, y el respeto de la vida privada de las niñas nacidas en los USA.
- e) No aprecia violación del derecho a la vida familiar de los padres, puesto que éstos no han tenido ningún tipo de impedimento insuperable: se han establecido y residen en Francia, donde conviven con sus hijas de una forma análoga a otras familias, por lo que su situación no se ha visto afectada por las decisiones de las autoridades francesas.
- f) Diferente es la conclusión a la que llega con respecto a la protección de la vida privada y familiar de las niñas. Estima el Tribunal que se encuentran en una situación de incertidumbre jurídica ya que no están reconocidas en Francia como hijas de sus padres, lo que atenta contra su identidad en el seno de la sociedad francesa. Además la negación de la nacionalidad puede afectar negativamente a su propia identidad, creando complicaciones a sus desplazamientos, generando inquietud sobre su residencia en Francia (sobre todo cuando lleguen a la mayoría de edad), y afectando a la estabilidad de la célula familiar.

En este caso, al negar el reconocimiento del vínculo de filiación de las niñas con sus padres de intención, el Estado ha ido más allá de lo que permite el margen de discrecionalidad. Imposibilita un aspecto esencial de la identidad de las niñas, como es su filiación (y consecuentemente también su nacionalidad), lo que supone una violación de su derecho a la vida privada y familiar (art. 8 de la CEDH). Por tanto, el Tribunal condena al Estado Francés a que deje sin efecto sus resoluciones denegatorias y proceda a la inscripción solicitada.

B) Las Sentencias Paradiso y Campanelli c. Italia (2015-2017). Pocos meses después de la sentencias Mennesson y Labassee, en enero 2015, el TEDH dictó la Sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia (asunto 25358/12). Este caso tiene su origen en un matrimonio italiano con problemas de infertilidad que contrató una gestación por sustitución en Rusia. Tras el nacimiento del niño se inscribió en Rusia como hijo de ambos progenitores, sin mencionar el contrato del que traía causa. Realizadas las pruebas de paternidad en Italia, se constató que el señor Campanelli no era el padre.

Ambos motivos (la omisión de la referencia al contrato de subrogación y la no vinculación genética con los progenitores) dieron lugar a que el Estado italiano actuara contra el matrimonio por alteración de estado civil y aportación de documentos falsos. El niño fue dado en adopción. Los padres de intención agotaron las vías jurisdiccionales contra esta decisión hasta llegar al Tribunal de Estrasburgo. El TEDH considera que durante los meses que convivieron con el niño se crearon lazos de facto de carácter familiar susceptibles de protección jurídica. Por otro lado, entiende que el orden público no justifica la separación del niño de su contexto familiar y que el mejor interés del niño debe primar en este caso sobre el orden público. Concluye que ha existido violación del artículo 8 del CEDH y condena, por ello, a Italia al pago de una multa. Sin embargo, no dispone que el niño deje su familia adoptiva y vuelva con el matrimonio Campanelli, con quienes había dejado de convivir en 2011, a los cinco meses de su nacimiento.

Italia recurrió la sentencia a la Gran Sala y en enero de 2017 publicó su fallo. Es la primera vez que la Gran Sala del TEDH se pronuncia sobre esta materia. En esta nueva sentencia se da la razón a Italia. La decisión se basa en los siguientes argumentos.

a) Ausencia de vida familiar. Teniendo en cuenta la ausencia de vínculo biológico entre el niño y los comitentes, la corta duración de su relación y la incertidumbre de los vínculos jurídicos, no se puede llegar a verificar la existencia de “vida familiar” en los términos del art. 8 de la Convención entre los comitentes y el niño.

b) Legítima intervención en la vida privada. La Gran Sala considera proporcionada la decisión de quitar al matrimonio la custodia del niño, especialmente porque la conducta viola la legislación sobre adopción y técnicas de reproducción artificial de Italia.

c) Competencia del Estado para determinar la filiación. Según la Gran Sala los tribunales italianos actuaron con el legítimo objetivo de prevenir un desorden y proteger los derechos y libertades del hijo. Corresponde a Italia la competencia exclusiva en el reconocimiento de las relaciones de filiación, que en ese Estado se sostienen sobre la sola base del vínculo biológico o la adopción legal.

d) Adecuado balance de los intereses en juego. La Gran Sala entiende que los tribunales italianos realizaron un balance justo entre los intereses en juego y actuaron dentro del margen de apreciación nacional, cuando concluyeron que la separación del niño respecto de los comitentes no le produciría un daño grave e irreparable.

La sentencia pone de manifiesto que en la maternidad subrogada internacional no existen los “hechos consumados”, como si los jueces no tuvieran otra opción que

admitir las filiaciones de los hijos obtenidos en el extranjero en violación a las normas internas de los países. El fin de la relación entre los comitentes y el niño es, para la Corte, consecuencia de la incertidumbre legal que los comitentes mismos crearon al incurrir en una conducta contraria a la legislación italiana. La Corte tiene en cuenta, además, la rápida reacción de las autoridades italianas para suspender la autoridad parental e iniciar de inmediato un proceso de adopción.

También es importante la sentencia porque subraya la relevancia de la legislación nacional a la hora de regular la maternidad subrogada. Ante los intentos de activismo judicial que pretenden sustituir a los parlamentos en la regulación de los vínculos parentales, la Gran Sala deja claro que Italia tiene el legítimo interés para hacerlo.

La sentencia cuenta con un voto concurrente de los jueces De Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Devod que presenta una serie de argumentos que no son solo de aplicación en los casos en los que no existe vínculo genético alguno entre el niño y los comitentes sino también en aquellos en los que pueda existir.

- Recuerda principios jurídicos básicos que son relevantes para aportar luz a la solución de la subrogación internacional: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ('No se escucha a nadie (en juicio) que alega su propia torpeza') y *Ex iniuria ius non oritur* ('de una ilegalidad no se origina un derecho'). Aplicados al caso entienden que no se puede establecer la existencia de unos lazos familiares que deban ser protegidos por el Derecho cuando esos lazos se han constituido en violación de la ley (parágrafo 3).

- Se sostiene que la existencia de un “proyecto parental” o de una clara voluntad procreativa no debe considerarse un argumento a favor de la protección de los lazos surgidos entre los comitentes y el niño. Al contrario, el “proyecto parental” del matrimonio funciona como un agravante de su responsabilidad pues implica que, en aras de esa voluntad procreativa y tras deliberaciones y reflexiones en el seno del matrimonio, los Campanelli han violado la normativa italiana sobre adopción internacional, y no por ignorancia o sin previa reflexión, sino consciente y voluntariamente (parágrafo 4).

- Además, la protección a la paternidad no puede vincularse a un proyecto consistente de los progenitores, porque el derecho está para proteger el hecho de la paternidad, forme parte o no de un proyecto de vida más amplio. No hay una protección reforzada para la paternidad “premeditada”.

- La gestación subrogada remunerada conduce a las situaciones descritas en el artículo 1 del protocolo a la convención de derechos del niño (venta de niños) y está prohibida en la práctica totalidad de los países europeos.

- En casos como el de Paradiso (contratos de subrogación donde no hay un vínculo biológico ni gestacional con el niño) lo que hay es sencillamente tráfico de seres humanos (parágrafo 6).

- El voto acaba manifestando su posición contraria a estas prácticas por considerarlas contrarias a la dignidad humana y, consecuentemente, a los valores que subyacen a la Convención. “En general, consideramos que la gestación subrogada, sea remunerada o no, es incompatible con la dignidad humana. Constituye un trato degradante, no sólo para el niño sino también para la gestante. La medicina moderna proporciona evidencias cada vez mayores del impacto determinante del periodo prenatal de la vida humana para el posterior desarrollo del ser humano. El embarazo, con sus preocupaciones, penas y alegrías, así como el desafío y el estrés que significa el parto, crea un vínculo único entre la madre biológica y el niño. Desde el inicio, la subrogación se centra en la ruptura drástica de este vínculo. La madre subrogada debe renunciar a establecer una relación de amor y cuidado durante toda la vida con el niño que gesta. El niño aún no nacido no sólo es colocado en un medio extraño biológicamente, sino también privado de lo que debería ser el amor ilimitado de su madre durante toda la etapa prenatal. La gestación subrogada también impide el desarrollo del vínculo particularmente fuerte que se genera entre el niño y el padre que acompaña a la madre y a aquél durante todo el embarazo. Tanto el niño como la madre subrogada no son tratados como fines en sí mismos, sino como medios para satisfacer los deseos de otras personas. Una práctica semejante es incompatible con los valores que subyacen a la Convención. La gestación subrogada es particularmente inaceptable cuando se remunera a la madre subrogada. Lamentamos que la Corte no tome una posición clara contra estas prácticas” (parágrafo 7).

2.3.- Algunas conclusiones sobre la regulación de la filiación de los niños nacidos de gestación por sustitución.

La situación actual sobre la inscripción de la filiación de los niños nacidos por gestación subrogada internacional es sumamente incierta, tanto en España como en muchos Estados miembros del Consejo de Europa por varios motivos.

1.- No está resuelta con suficiente claridad la colisión que se produce entre el interés superior de los menores habidos por gestación subrogada internacional, que exige proveerles de unos padres, y las normas de los Estados que legítimamente prohíben la maternidad subrogada. Las soluciones aportadas por la jurisprudencia nacional o

del TEDH sirven solo para los casos que han resuelto y, aunque ofrecen una orientación sobre el modo en que decidirán en situaciones análogas, no dan respuesta previa a la variedad de supuestos que pueden plantearse. El TS español, si bien denegó la inscripción, señaló que el reconocimiento de esa filiación se podría alcanzar a través de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, contemplada en el art. 10.3 LTRHA. Esta solución servía para el caso que conoció, pero no es aplicable a otros que podrían plantearse: por ejemplo, cuando ninguno de los varones que pretende ser padre ha aportado el gameto masculino o cuando la maternidad subrogada ha sido promovida solo por mujeres (una sola o una pareja) puesto que la ley vigente no les permite reclamar la maternidad.

El TEDH condenó a Francia por no haber inscrito la filiación a favor de los esposos Mennesson y Labassee respectivamente. Pero reconoce que los Estados están legitimados para prohibir esta práctica, con lo que indirectamente acepta que puedan adoptar medidas disuasorias eficaces para evitar que sus ciudadanos recurran a la maternidad subrogada internacional.

2.- El TEDH aún no ha dicho su última palabra sobre el asunto. Han llegado al TEDH otros recursos sobre esta materia que darán lugar a nuevos pronunciamientos y seguramente nuevos argumentos en la medida en que los casos contengan elementos nuevos con respecto a los ya resueltos.

3.- Como ya se ha dicho, la DGRN y la fiscalía han mantenido posiciones enfrentadas sobre la inscripción registral de los niños resultantes de la maternidad subrogada internacional. Ese conflicto parecía que quedaba resuelto de forma salomónica con la STS. Sin embargo, tras la publicación de las sentencias Mennesson y Labassee del TEDH el Ministerio de Justicia aprobó una instrucción dirigida a las oficinas del Registro Civil tanto consulares como territoriales para que volvieran a inscribir a los niños procedentes de maternidad subrogada internacional como hijos de los padres intencionales. En 2014 el Ministerio de Justicia se comprometió a llevar a cabo una reforma legislativa de esta materia que diera seguridad jurídica a todas las partes implicadas pero, hasta el momento, no se ha llevado a cabo ninguna propuesta. La manifestación más notable de que sigue existiendo un conflicto que, en estos momentos, se está resolviendo de forma inadecuada la encontramos en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2016, en la que se dice: “En cuanto a las inscripciones de nacimiento de menores nacidos mediante gestación por sustitución, se mantiene la misma situación que en los años anteriores.

El Fiscal, siguiendo el criterio establecido en la STS de 6 de febrero de 2014 y ATS de 2 de febrero de 2015 (Pleno Sala Civil), se opone a la inscripción de nacimiento y

filiación por estimar que el contrato por el que se acuerda la gestación por sustitución es contrario al orden público internacional español, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, que declara nulo este tipo de contrato. Este es también el criterio que señala la Fiscalía de Sala de lo Civil.

Por el contrario, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en las Resoluciones de 29 de diciembre de 2014 (51.ª) y 16 de enero de 2015 (2.ª), acuerda que se practique la inscripción de nacimiento de los nacidos mediante gestación por sustitución. En estas Resoluciones, de fecha posterior a la STS de 6 de febrero de 2014 y Auto TS de 2 de febrero de 2015, la Dirección General no hace ninguna referencia al criterio jurisprudencial establecido en esta materia y aplica su Instrucción de 5 de octubre de 2010 por la que se fijan los criterios a seguir para la inscripción registral de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”¹².

Esta situación es, cuanto menos, irregular y debería haber quedado resuelta en todo caso tras la sentencia del TS de 2014 y el auto del TS de febrero 2015. El marco legal está claro y la jurisprudencia también. Muestra de ello es la inadmisión a trámite del recurso de amparo interpuesto ante el TC contra el Auto del TS de 2015. En consecuencia, no procede más que exigir que la administración (concretamente la DGRN) y los ciudadanos se sujeten a la ley vigente en la interpretación establecida por el TS.

3.- Tres modelos reguladores de la maternidad subrogada: análisis crítico.

Se asiste en la actualidad a un intenso debate en la opinión pública española, así como a nivel mundial, acerca de la regulación que deba darse a la maternidad subrogada. Existe un acuerdo prácticamente universal sobre la necesidad de prohibir eficazmente todas aquellas prácticas que supongan la explotación de las mujeres sometidas a este proceso y/o la compraventa de niños. Sin embargo, a partir de esa base común, encontramos tres propuestas generales de regulación sustancialmente distintas, cada una de las cuales se puede articular a su vez de diversos modos. A continuación las presentamos haciendo hincapié en las ventajas y deficiencias que advertimos en cada una de ellas.

3.1.- Aceptar la maternidad subrogada como una manifestación de la autonomía de las mujeres y recurso idóneo para satisfacer el deseo de todas aquellas personas que, queriendo tener un hijo, no pueden gestarlo.

¹² Memoria de la Fiscalía General del Estado, 2016, p. 785.

Desde este punto de partida se defiende la legitimidad no solo de la gestación subrogada altruista sino también de los contratos lucrativos de gestación subrogada, tanto nacionales como internacionales. Esta es, sin duda, la posición que se ha consolidado por vía de hecho en los últimos quince años a nivel mundial, porque no existe regulación estatal alguna que pueda frenar o contrarrestar la fuerza de los hechos consumados de la maternidad subrogada internacional. Ahora bien, se ha llegado a esta situación sin tomar en consideración los siguientes hechos:

- El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”.
- La Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha advertido a algunos de los países en los que se llevan a cabo estas prácticas sobre la necesidad de establecer garantías que eviten el tráfico con niños.
- Es una evidencia que las mujeres que actúan como gestantes son, en su gran mayoría, mujeres sin recursos, especialmente vulnerables o socialmente excluidas, que recurren a esta opción para poder sobrevivir ellas y sus familias.
- Los criterios de elección de las gestantes y la determinación de sus condiciones de vida durante el embarazo frecuentemente se hacen solo en función de los intereses de los comitentes.
- El estigma social acompaña a muchas de las mujeres que han aceptado el contrato de subrogación a lo largo de su vida.
- Algunos países que fueron destino principal para estas prácticas (India, Tailandia, Nepal o Camboya) han decidido acabar con la maternidad subrogada internacional tras los escándalos que han rodeado muchas de estas acciones.
- Muchos de los países en los que se sigue prestando este servicio se caracterizan por la falta de consideración hacia la mujer y su facilidad para reducirla a objeto de explotación sexual o reproductiva.

Por encima de todo esto, se sigue sosteniendo la ficción de que las mujeres que ofrecen estos servicios de gestación lo hacen como manifestación de la plena autonomía sobre su cuerpo. No obstante, quienes sostienen dicha hipótesis no aportan evidencia alguna de que exista siquiera una mínima proporción de mujeres que realmente opte por la maternidad subrogada a causa de un planteamiento

liberal, moral o filantrópico y no porque tienen escasas alternativas de ganarse vida. En consecuencia, no parece exagerado afirmar que es el interés superior del mercado el que se impone sobre las mujeres gestantes y sobre los niños nacidos mediante esta práctica.

Lógicamente, los partidarios de esta opción aseguran que, más allá de los abusos que siempre podrán cometerse, las mujeres que celebran estos contratos lo hacen libremente y obtienen una justa retribución por el servicio que prestan. Para evitar los abusos, dicen, lo que procede es aprobar una regulación adecuada, no imponer una prohibición, pues esto supondría limitar la libertad de elección de las mujeres.

A pesar de que el argumento de la autonomía de la mujer puede resultar válido en otro contexto, utilizarlo para justificar que cualquiera satisfaga su deseo de tener un niño no resulta procedente y, de hecho, es ampliamente rechazado no solo por quienes ven en la maternidad subrogada comercial un negocio contrario a la dignidad de las mujeres, sino también por muchos que defienden la posibilidad de una regulación internacional de esta práctica. Tanto unos como otros reconocen que la situación actual es inadmisibile y que es urgente garantizar efectivamente los derechos de las gestantes y los intereses de los niños.

Negar que la maternidad subrogada internacional está hoy asociada a la explotación de la mujer es negar la realidad. Ese riesgo solo quedaría conjurado si se aprobara una regulación eficaz de alcance universal que velara por que la decisión de la mujer fuera libre y que su libertad estuviera protegida por el derecho durante todo el embarazo. Pero lo cierto es que, hasta el momento, no se ha emprendido iniciativa alguna a nivel internacional dirigida a ordenar este negocio de modo que prevenga los abusos. Y Las posibilidades de alcanzar una regulación que cumpla con esas condiciones, a día de hoy, son minúsculas. ¿Cabe pensar que países que no han ratificado la Convención de Derechos del Niño o la CEDAW (dos de las convenciones internacionales que cuentan con mayor respaldo por parte de la comunidad internacional), vayan a someterse a una regulación garantista de la maternidad subrogada internacional?

Sin embargo, mientras no se apruebe un marco normativo garantista, con carácter internacional, avalar estas prácticas es un ejercicio de complicidad con la explotación de las mujeres. Y esa complicidad puede ser también indirecta; es decir, no resulta coherente prohibir la práctica en el propio territorio, pero luego reconocer su resultado cuando se ha realizado en el extranjero. En efecto ¿resulta coherente que un Estado acepte la gestación por sustitución con carácter altruista en su territorio (o incluso que la declare nula, como en España) pero, al mismo tiempo, inscriba

automáticamente todas las filiaciones resultantes de gestación subrogada lucrativa en el extranjero? Este modo de proceder crea una grave desigualdad de trato tanto entre los comitentes como entre las gestantes. Si los comitentes tienen recursos, podrán contratar la gestación en el extranjero accediendo a una amplia oferta de posibilidades reproductivas. Si carecen de ellos, en cambio, tendrán que resignarse a que aparezca una mujer dispuesta a gestar el niño que desean de forma desinteresada. Si la gestante realiza su servicio en un país que solo contempla la gestación altruista contará, en principio, con ciertas garantías para prevenir su explotación. Si, por el contrario, realiza este servicio en un país en el que no existen garantías de protección de la libertad de la mujer, los riesgos de explotación se dispararán. En definitiva, no es exagerado afirmar que los países que han provisto hasta el momento del mayor número de mujeres gestantes no han sido capaces de garantizar la ausencia de explotación.

3.2.- Aceptar únicamente la maternidad subrogada altruista como recurso para atender el deseo de las personas que quieren tener un hijo pero no pueden gestarlo.

En algunos países, España entre otros, han surgido iniciativas dirigidas a regular la maternidad subrogada en unos términos que pretenden salvaguardar la dignidad de las gestantes y los intereses de los niños. Y para ello se proponen determinadas garantías de la libertad de la mujer, de manera particular evitar que el contrato pueda ser fuente de lucro.

Dando por supuesto que la voluntad procreativa de los padres de intención es un justo título para inscribir la filiación –cuestión que genera muchas reservas por las razones apuntadas anteriormente-, conviene analizar los términos en los que habitualmente se propone regular la maternidad subrogada altruista.

- *Gestación altruista.* La gestación por sustitución solo se puede llevar a cabo con mujeres que consientan en hacerlo de forma desinteresada y altruista. Únicamente se permite que se compense a la gestante por los gastos o las molestias ocasionadas.
- *Requisitos para la gestante.* Se suele exigir que haya tenido previamente un hijo y que el niño que geste no tenga ningún vínculo genético con ella. Se debate sobre si la gestante podría tener o no algún tipo de vínculo familiar con los comitentes.
- *Requisitos para los comitentes.* Por lo general se les exige que solo acudan a este proceso cuando no tengan alternativa. No es obligatorio, sin embargo, que los niños tengan relación genética con alguno de los comitentes.

- *Determinación de la filiación.* En Europa existen dos modelos básicos. El británico, que declara la filiación a favor de los comitentes una vez ha nacido el niño y la gestante se ratifica en entregárselo. Y el griego, que otorga el niño a los comitentes desde el inicio del embarazo. Para que surta tales efectos, la fecundación solo se podrá llevar a cabo con autorización judicial.
- *Decisión sobre el aborto y otras situaciones conflictivas durante el embarazo.* Aunque no se impide a la gestante que aborte en las condiciones de la ley vigente, algunas propuestas regulatorias establecen que, si lo hace, pierda todo derecho a indemnización y devuelva las cantidades que haya percibido. Otras situaciones que puedan darse (que el aborto sea decidido por los comitentes, que el niño sea prematuro, etc.) se suelen dejar a lo que acuerden las partes en el contrato.
- *Controles éticos y judiciales.* Algunas propuestas de regulación exigen que, para que la fecundación pueda llevarse a cabo, exista un informe previo de un comité de bioética y una autorización judicial. Esta última solo podrá realizarse si se acredita que no hay riesgo de explotación de la mujer ni de tráfico de niños. En su decisión, el juez deberá tener en cuenta el informe del comité de bioética y revisar el contenido del contrato.
- *Labor supervisora de la Administración.* Suele encomendarse a la Administración que cree Registros de gestantes por sustitución para controlar el número de veces que actúan como tales y evitar que pongan en peligro su salud. También se suele indicar que sea la Administración la que determine periódicamente las compensaciones resarcitorias adecuadas.

Cada uno de estos puntos genera problemas éticos y jurídicos de difícil solución. El primero tiene que ver con el momento a partir del cual se entiende que el niño es hijo de los comitentes. Parece lo más razonable que, como sucede en el Reino Unido, los comitentes asuman la filiación tras el parto y la renuncia de la gestante; sólo así se garantiza la libertad de la gestante. Pero la propuesta más extendida consiste en atribuir a los comitentes la filiación desde el momento mismo de la transferencia del embrión a la gestante, una vez se ha firmado el contrato y ha sido judicialmente autorizado. Ahora bien, con este modo de proceder lo que se asegura es el resultado perseguido por los padres de intención pero a costa de la libertad de la mujer. Así las cosas, la gestante se verá compelida a gestar al niño conforme a los deseos de quienes son sus padres, y a evitar la generación de cualquier vínculo afectivo con el niño.

Toda mujer que ha llevado adelante un embarazo sabe que la gestación no es un proceso meramente biológico que puede desarrollarse al margen de su vida cotidiana. Al contrario, la gestación impone tomar un sinnúmero de decisiones sobre el estilo de vida, en tanto que repercuten más o menos directamente sobre el niño. Pero

solo ella (y, en su caso, con su pareja) está en condiciones de tomar esas decisiones. Cuando la gestación se hace para otros, y sobre todo si el niño ya es de otros antes del parto, el riesgo de conflicto entre gestante y comitentes es muy elevado. La jornada de trabajo que desarrolla la gestante, sus hábitos de vida o su dieta, su tratamiento ante enfermedades que pueda padecer, serán evaluados por los comitentes, e incluso pretenderán ser exigidos. Puesto que el hijo es de ellos, querrán hacer valer su condición de padres sobre la gestante. Alegarán que se comprometió a gestar para ellos y que ellos son quienes deben decidir acerca del mejor interés del niño. Más allá de que consigan o no doblegar la voluntad de la gestante, se producirá en todo caso una intromisión inaceptable en su vida privada.

Por el contrato de subrogación que ha firmado, la mujer sabe que no será la madre (legal) del niño que está gestando y que, en consecuencia, debe reprimir todo afecto que refuerce el vínculo entre ambos y dificulte la separación tras el parto. Esta exigencia se sustenta en una visión de la maternidad en la que el factor volitivo se exagera y la dimensión corporal queda reducida a la irrelevancia. De igual manera que hay personas que dedican un tiempo a la semana para un voluntariado, cabría pensar que hay mujeres que dedican su capacidad reproductiva en una o varias ocasiones a proporcionar un hijo a otra persona. Pero, ¿realmente se puede establecer una analogía entre un voluntariado y una subrogación altruista? ¿Es comparable el impacto que tiene un embarazo sobre la totalidad de la mujer con el que supone dedicar desinteresadamente unas horas al día a un trabajo? La gestación subrogada supone un auténtico ejercicio de alienación para satisfacer el deseo de otra persona. El voluntariado, por el contrario, pretende poner las capacidades personales al servicio de una causa que para el sujeto vale la pena, de tal manera que contribuye al pleno y libre desarrollo de su personalidad. En el primer caso, la mujer se ve abocada al conflicto con los comitentes porque cada parte tiene intereses distintos (y, a veces, enfrentados). En el segundo caso, los intereses propios tienden a integrarse con los comunes. En el primer caso, se trata de una actividad que compromete la totalidad de la persona: todo su cuerpo y su tiempo, sus emociones, sentimientos, ilusiones. En el segundo caso, se trata de una actividad que puede delimitarse en el tiempo y en la que cada persona decide su nivel de implicación.

Con este planteamiento, llegado el momento del parto, la mujer no tendrá la oportunidad de decidir si quiere hacerse cargo o no del niño que ha traído al mundo, porque el acuerdo entre ella y los comitentes determina que el hijo ni es suyo ni nunca lo ha sido. No se puede negar que la mujer queda convertida, durante los nueve meses del embarazo, en instrumento al servicio de otras personas. El consentimiento y la ausencia de retribución no modifican esa realidad.

Por otra parte, las leyes y propuestas regulatorias de la maternidad subrogada que establecen la filiación al inicio del embarazo suelen exigir que la gestante haya tenido previamente un hijo. Con ello se pretende disminuir el riesgo de desarrollar el vínculo afectivo con el niño. Pero tras este planteamiento subyacen unas presunciones muy discutibles. En primer lugar, se da por supuesto que la gestación no es más que un proceso puramente fisiológico, del todo inocuo en la vida de la mujer. Gestación y maternidad se consideran dos realidades perfectamente separables, estando la primera vinculada a la biología y la segunda a la voluntad. Sin embargo, establecer esa separación resulta contrario a la experiencia ordinaria sobre la construcción del vínculo afectivo entre la mujer y el hijo. Ese vínculo no surge de la pura voluntad individual sino de la integración de los elementos corporales y volitivos a lo largo del embarazo. La segunda presunción da por supuesto que la mujer puede renunciar a la maternidad antes de iniciarse el embarazo y que, en consecuencia, le es perfectamente exigible dicha renuncia tras el nacimiento del niño. Sin embargo, esto no es razonable, pues la mujer que gesta solo está en condiciones reales de decidir con libertad una vez que el niño ha nacido.

Las propuestas legislativas suelen prohibir la llamada subrogación tradicional – aquella en la que la gestante también aportaba el óvulo- y permiten únicamente la subrogación gestacional, en la que la gestante carece de vínculo genético con el niño. También suelen prever esas propuestas que al menos uno de los gametos provenga de uno de los comitentes. De esta manera el contrato se establece entre una gestante que no tendrá relación genética con el niño y unos comitentes que sí la tendrán. El vínculo genético, asociado a la voluntad procreativa, se convierte así en el título para atribuir una filiación.

Sin embargo, la evidencia demuestra que el vínculo biológico entre la gestante y el niño durante nueve meses, unido a la voluntad de asumir la maternidad que pueda surgir a lo largo del embarazo, es mucho más fuerte que la simple aportación de gametos y constituye un título tan válido (o más) para determinar la filiación. Absolutizar la carga genética y minimizar la trascendencia de la gestación, reduciéndola a un irrelevante proceso de incubación, no es una posición que se pueda defender por sí sola, ni que favorezca la libertad de elección de la mujer.

También suscita dudas la cuestión acerca del impacto de las relaciones previas que puedan existir entre gestantes y comitentes. Parece lógico que, en el caso de que una mujer quiera gestar altruistamente para otras, lo haga porque conoce a las personas que quieren ser padres. Ahora bien, ese vínculo puede esconder también un condicionamiento a la hora de tomar una decisión libre sobre la gestación. Puesto que la existencia de relaciones familiares, laborales, institucionales o jerárquicas

entre comitentes y gestante puede suponer un incentivo indebido para la voluntad de la mujer, algunas propuestas de regulación exigen que la gestante carezca de vínculos con los comitentes. Ahora bien, ¿cuántas mujeres están dispuestas a gestar de forma completamente altruista un hijo para una persona desconocida? Dar con una mujer así parece aún más difícil que conseguir un donante vivo para un desconocido necesitado de trasplante.

La experiencia de aquellos países en los cuales está regulada la gestación subrogada altruista nos muestra, como ya hemos señalado, que quien se presta a gestar para otro u otros, en la gran mayoría de los casos, es una mujer que procede del entorno familiar directo del comitente o comitentes: sea la madre de alguno de ellos, sea la hermana, sea alguna otra pariente (prima o sobrina) muy estrechamente relacionada con quien o quienes lo pretenden. Y este hecho determina una realidad fundamental: quien acepta altruistamente ser madre gestante, teniendo ya un vínculo de parentesco con quien será padre o madre legal del niño gestado, asume respecto de éste un doble parentesco: el de madre y el que se derive del que ya ostenta respecto al comitente. En efecto, la gestante puede ser contemporáneamente madre y abuela del niño; o madre y tía; etc.

Con independencia de que en nuestro Derecho +tengan reconocimiento y protección las más diversas formas de familia, amparadas por el tenor abierto e inclusivo del art. 39 de la Constitución, lo que resulta indiscutible es que la consideración de miembro de una familia viene determinada por un solo vínculo de parentesco, de acuerdo con lo establecido por el Derecho civil: se es descendiente o ascendiente; en línea recta o colateral; en un grado determinado. Y ello tiene importantísimas implicaciones jurídicas en el ámbito de la sucesión, del deber de alimentos, etc. La gestación subrogada llevada a cabo por un familiar destruiría estos presupuestos porque consagraría un doble parentesco de la gestante en relación al menor.

El mencionado art. 39 de la Constitución, al proclamar que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia, dota a la familia de una garantía institucional de manera que cualquier decisión del legislador que altere los rasgos esenciales de la institución queda vedada, exigiéndose así una protección objetiva que debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución. Y así, el Tribunal Constitucional ha declarado en su Sentencia 116/1994 que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un “reducto indisponible o núcleo esencial” a cuya preservación en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar la Constitución obliga.

Tal garantía supone plasmar en nuestro ordenamiento interno lo que es una exigencia del Derecho Internacional, y, a este respecto, el art. 16 de la Declaración Universal de 1948, proclama que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, y el art. 10 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, de 19 de diciembre de 1966, afirma que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución, y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Ciertamente, como antes hemos señalado, el concepto de familia puede encontrar diferentes interpretaciones en la sociedad actual, más compleja y plural, concediéndose un estatus jurídico a personas carentes de vínculo de sangre, y surgiendo nuevos conceptos como son los de padre social que se separa de la filiación para dar lugar a una nueva noción de parentalidad que pone el acento sobre la responsabilidad voluntariamente asumida en el ejercicio de la función parental. Se trata de transformaciones que acaban en algunos casos con la disociación de la filiación y del parentesco y con el surgimiento de nuevas ideas de parentalidad, es decir, desvinculadas de lo biológico y de la filiación. Aparecen así nuevos actores, de manera que las relaciones familiares no se limitan ya necesariamente a las personas que mantienen vínculos de consanguinidad o afinidad por el matrimonio. Intervienen ya factores volitivos, afectivos, sociales y culturales. El Tribunal Supremo (Sala 1.^a) así lo reconoce en su Sentencia de 12-V-2011 cuando señala que “el sistema familiar actual es plural, es decir, que desde el punto de vista constitucional, tienen la consideración de familias aquellos grupos o unidades que constituyen un núcleo de convivencia, independientemente de la forma que se haya utilizado para formarla y del sexo de sus componentes, siempre que se respeten las reglas constitucionales”. Sin embargo, el mismo Tribunal recuerda en su Auto de 2-II-2015 (rec. 245/2012), que el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico o solamente reconocidos por otros ordenamientos jurídicos distintos del español. El legislador español goza de un cierto margen de libertad para atribuir el carácter de relación paterno-filial a determinadas relaciones distintas de la paternidad o maternidad biológicas, pero de ello no deriva la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español.

La transformación social del modelo de familia no es óbice para reconocer que sí al menos pueden deducirse unos elementos mínimos caracterizadores de la institución que configuran su núcleo esencial o que al menos dichos roles más tradicionales, si bien pueden ver incorporados otros nuevos y ser complementados, no pueden alterarse sustancialmente cuando se mantienen o pretenden mantenerse, y, entre ellos, destaca la presencia de una serie de relaciones de parentesco que corresponden a cada uno de sus miembros y que en su conjunto conforman la familia. Lo que la Constitución protege, desde la perspectiva de la garantía institucional, es el núcleo básico de la institución, pudiendo afirmarse que tales roles son parte de tal núcleo. La simple lectura del art. 39 de la Constitución permite deducir que la familia está intrínseca y esencialmente determinada por el hecho de la generación humana y las consiguientes relaciones de paternidad, maternidad y filiación, a las que expresamente se refiere dicho precepto. El propio Diccionario de la RAE define familia a partir de dichos roles que la singularizan e identifican y que forman parte de su núcleo esencial. Las dos primeras acepciones de familia son: 1. Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas; y 2. Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje.

Nuestro orden constitucional no ha renunciado al menos a un mínimo que permite diferenciar a la familia de otras instituciones o formas de convivencia o agrupación social o que, en similares términos, los tradicionales roles que la han singularizado puedan verse, más allá de ser complementados con otros, sustancialmente alterados. Pueden acogerse dentro del concepto contemporáneo de familia nuevos roles pero no alterar sustancialmente los ya existentes, so pena de infringir la garantía institucional. El legislador puede crear vínculos jurídicos similares a los derivados de los lazos biológicos que existen entre padres e hijos como consecuencia de la relación biológica de filiación, pero no alterar sustancialmente éstos o permitir que se alteren, lo que ocurriría en aquellos casos en los que se conjugaran en una misma persona un doble rol biológico como sería, por ejemplo, el de madre y tía, madre y prima o abuela y madre. Desde la perspectiva de meros roles sociales ello puede admitirse, pero cuando entramos ya en las relaciones biológicas de filiación no. La paternidad social puede admitir diferentes formas de expresión, pero la biológica no sin menoscabo del mejor interés del menor. No todo lo posible ha de ser necesariamente permitido dado que el Derecho tiene una función de ordenación cuyo objetivo se centra en estructurar la filiación para asegurar la protección en la igualdad y en el respeto de la dignidad y de la libertad de cada uno.

Tal núcleo esencial de la familia puede verse sustancialmente alterado por la gestación subrogada altruista, tanto en cuanto, por la dinámica de ésta, se alterarán

las relaciones de parentesco que permiten identificar a la familia y diferenciarla de otras instituciones. Así, tal legalización supondrá, como ocurre en el ámbito de la donación de órganos entre vivos, que quien está habitualmente dispuesto a ceder su vientre para portar el futuro niño de unos terceros será un familiar, alguien próximo y perteneciente al núcleo familiar, lo que a la postre provocará la alteración de los roles o concurrencia de roles dentro de la familia, afectando a los rasgos que la identifican y singularizan. Los roles acabarán por alterarse y duplicarse como de hecho ya ha ocurrido y hemos descrito en nuestro informe a través de una serie de ejemplos. La condición de abuela concurrirá con la de madre (aquella que siendo madre de uno de los comitentes acepta ceder temporalmente su vientre) o con la de tía o prima. Tal alteración de los roles en los que se asienta la familia y que la singulariza y diferencia de otras formas de agrupación social supone, lisa y llanamente, una alteración de sus rasgos esenciales, que es precisamente lo que prohíbe la Constitución al dotar a dicha institución de una garantía institucional. Tal alteración afecta especialmente al propio interés superior del menor pues, como señaló el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Frette c. Francia de 26 de febrero de 2002, no se trata de dar un niño a una familia, sino una familia a un niño.

Frente a este argumento podrá alegarse, recurriendo incluso al caso de la donación de órganos entre vivos, que la aprobación en nuestro sistema jurídico de la gestación subrogada no ha de suponer el que se superpongan y, consecuentemente, se alteren dichos roles o vínculos, ya que también cabe que un tercero ajeno a la familia pueda ceder gratuitamente su vientre, como de hecho ocurre con la mencionada donación entre vivos de órganos. Sin embargo, este argumento ignora que precisamente si acudimos a las estadísticas de la donación de órganos entre vivos podemos observar cómo la mayoría o casi unanimidad de casos se produce en el entorno familiar porque es difícil encontrar a un tercero que, más allá de los vínculos o compromisos morales que genera la familia, esté dispuesto a ceder un órgano a un tercero. El caso del buen samaritano ha existido en nuestro país pero es muy excepcional. Incluso, tal posibilidad se ha planteado realmente cuando se trata de una donación en cadena, pero este supuesto muy específico no parece que sea factible en el caso de la gestación subrogada. La propia Organización Nacional de Trasplantes recoge en sus estadísticas que el donante vivo altruista que no tiene relación de parentesco con el receptor suponía el 1% del total de las donaciones entre vivos en el año 2010. En las estadísticas del año 2014 el donante no familiar, sino amigo, supone el 8% del total de donaciones entre vivos y en el 2015 el 7%.

De este modo, la gestación subrogada altruista, en el caso de incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico, va a desarrollarse con casi exclusividad en el marco de las

relaciones biológicas familiares, como de hecho ocurre en otros ámbitos como es el de la donación de órganos entre vivos, lo que, necesariamente supondrá una alteración sustancial, sino de la familia, sino de los roles biológicos que coexisten en la misma, produciéndose una duplicación de tales roles que puede considerarse contraria tanto a la protección constitucional que se reconoce a la familia como al propio interés superior del menor.

Aun cuando una hipotética regulación pudiera imponer que la filiación biológica, determinada por el parto, no tendrá ninguna consecuencia jurídica (algo que hoy prohíbe el art. 10 LTRHA) y que la única maternidad y filiación legal será la establecida por virtud de la subrogación, lo que no se puede negar es la realidad; esto es, que se ha producido una duplicación del parentesco en relación al menor y las consecuencias a nivel emocional que esto podría tener, una vez que el menor tuviera conocimiento de ese hecho. Tal y como establecen los estudios psicológicos más consistentes relativos al “apego” (J. Bowlby y M. Answorth¹³), la relación primera madre-hijo es absolutamente determinante en el proceso de maduración, autoestima y desarrollo del menor. De ahí la crisis que suele provocarse en quien descubre que su madre legal no es la biológica y su ansiedad por conocerla. A esta situación crítica debe sumarse el impacto emocional que supondría el descubrimiento de ese hecho, cuando la gestante tiene además un parentesco muy cercano con el menor (es su abuela o su tía...)

Con independencia de que al menor le asistiría en este caso el derecho de investigación de la ‘maternidad’ (habría que reinterpretar así el art. 39.3 CE, hasta

¹³ La teoría del apego, iniciada por John Bowlby (Vid. BOWLBY, J. (1998) “El Apego y la Pérdida”. Barcelona. Ed. Paidós) y perfilada y desarrollada por Mary Answorth (Vid. AINSWORTH, M.D. (1989). “Attachment beyond infancy”. *American Psychologist*, 44, 709-716), afirma que el principal vínculo afectivo y el más persistente de todos es el que se establece entre la madre y el recién nacido. Este vínculo será la base sobre la cual se desarrollarán los demás vínculos que el ser humano establecerá con el resto de personas a lo largo de vida. Los estudios de ambos autores y de quienes les han seguido indican que ese vínculo comienza con las interacciones en la gestación, continúa con la lactancia y se fragua en el periodo entre los 3 y los 36 meses. Cuando este vínculo entre la madre y el niño es seguro, estable y duradero, influye decisivamente en la autoestima del niño y en su capacidad para establecer relaciones saludables a lo largo de su vida. Es capaz de establecer un buen ajuste social. Por el contrario, la ruptura o fragilidad de ese vínculo (separación física o emocional de la madre, ausencia de afecto o cuidado), puede provocar en el niño un desorden afectivo o una personalidad asocial. Según indican estas investigaciones, la baja autoestima, la vulnerabilidad al estrés y los problemas en las relaciones sociales están asociados con vínculos materno-filiales poco sólidos. Si las experiencias de apego (de vínculo afectivo materno-filial) han sido gravemente negativas, el niño es muy propenso a desarrollar en el futuro trastornos psicopatológicos. Son las interacciones madre-niño las que más influyen en el desarrollo socio-emocional y en la conducta actual y futura del menor. (Vid. Delgado, A. O., & Oliva Delgado, A. (2004). “Estado actual de la teoría del apego”. *Revista de Psiquiatría y Psicología del Niño y del Adolescente*, 4(1), 65-81).

ahora sólo previsto en relación al padre) cuando el menor albergue dudas, no haría falta recurrir a este derecho, dado que es altamente probable, si el parentesco entre gestante y comitente es muy cercano, que la relación de la madre biológica con el menor haya sido muy estrecha y que el menor acabe sabiéndolo más pronto que tarde, bien por el entorno, bien por la confesión de la gestante.

En consecuencia, situado en esta tesitura, no parece fácil para un menor identificar qué tipo de relación emocional debe establecer con quien es, por ejemplo, su abuela pero también es su madre. Y a la inversa. Tampoco parece fácil determinar cómo la madre gestante, después de la intensa vivencia que conlleva la gestación y de su probable implicación en los primeros meses de vida del niño, pueda reajustarse emocionalmente y adoptar un rol familiar completamente distinto del que le dicta su maternidad biológica, cuando existe una relación tan directa y constante con el menor.

En definitiva, la pretendida excelencia moral que lleva a una mujer a prestarse de manera altruista a gestar para una familiar cercano, puede convertirse en un arma de doble filo, puesto que fácilmente puede generar un grave conflicto emocional en el menor ante el descubrimiento de una realidad inesperada; puede generar conflictos emocionales en la propia madre gestante, si no se es capaz de asumir emocionalmente un rol diferente al de madre en un contexto de relación estrecha con el menor; y puede llegar a causar conflictos de relación con el familiar comitente a la hora de determinar el rol que debe tener la gestante frente al menor.

Otro problema que plantea atribuir la filiación a los comitentes desde el inicio del embarazo es el choque que se produce con normativas, como la vigente en España, que permite el aborto a la mujer en las primeras 14 semanas de su embarazo. Para compaginar ambas regulaciones se propone que la gestante pueda abortar el niño que, aunque lo está gestando, no es su hijo según la ley, sino de los comitentes. Ahora bien, para tratar de disuadir a la gestante de su eventual voluntad de abortar en contra del parecer de los comitentes, se propone que las mujeres que aborten devuelvan “cualquier cantidad que hubiese recibido de los progenitores subrogantes e indemnizarles por los daños y perjuicios causados”. Por un lado, se dice que la gestante será compensada, por cuenta de los comitentes, de las molestias físicas, los gastos laborales y de desplazamiento, etc. Pero si aborta parece que ya no haya nada que compensar sino que, al contrario, tiene la obligación de indemnizar a los comitentes. Se propone, además, que la retirada de compensaciones y la obligación de indemnizar de la gestante a los comitentes vaya acompañada de la prohibición de volver a ejercer como gestante. Este modo de tratar a la mujer no da muestras de respeto hacia su libertad sino, más bien, de protección de los intereses de los

comitentes a costa de reducir la gestación a un servicio que, en caso de incumplimiento, genera una indemnización. Especialmente sangrante sería el caso en el que la gestante, al amparo de la ley, decidiera abortar ya avanzado el embarazo, alegando problemas relacionados con su salud. ¿También en este supuesto debería indemnizar a los comitentes?

Las propuestas regulatorias de la maternidad subrogada altruista insisten en la gratuidad del contrato y en que las compensaciones que reciba la gestante tengan un carácter meramente resarcitorio por los gastos y las molestias ocasionadas, así como por el lucro cesante. Ahora bien, la referencia a esas compensaciones suele formularse en términos suficientemente amplios y ambiguos como para que puedan amparar lo que cabría calificar propiamente como retribuciones. No se puede desconocer que la frontera entre resarcir y retribuir es borrosa, y que en este tipo de prácticas existe un grave riesgo de derivar hacia una pura compraventa.

Pero más allá de las dificultades que se puedan plantear a la hora de objetivar las compensaciones resarcitorias que debiera recibir la gestante para que su servicio pueda considerarse como altruista, cabe preguntarse si realmente se puede garantizar el desinterés y altruismo en esas acciones. Resulta prácticamente imposible demostrar que los comitentes no entregan a la gestante obsequios o cantidades que puedan considerarse como retributivos. Por lo demás, hasta podría calificarse de antinatural que alguien que ha tenido un hijo por maternidad subrogada no pueda “agradecer” el servicio a la gestante con la liberalidad de la que quiera hacer gala.

Por todo lo dicho, la licitud de la maternidad subrogada altruista puede acabar resultando una forma sutil de gestación retributiva o comercial. O lo que es peor: puede derivar en una suerte de explotación consentida, en la cual la mujer que gesta el niño de otro no lo hace de forma desinteresada, pero tampoco retribuida, sino con la esperanza de recibir algo a cambio que le valga la pena.

Conviene recordar, sobre esta cuestión, que el art. 5.3 de la LTRHA dispone que “el Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, fijará periódicamente las condiciones básicas que garanticen el respeto al carácter gratuito de la donación”. Pues bien, desde la aprobación de la ley el Ministerio nunca ha cumplido con este mandato. Pretender que ahora se vaya a cumplir escrupulosamente una medida análoga para los supuestos de gestación por sustitución es, como poco, un ingenuo acto de fe.

A pesar de los muchos años de experiencia que tiene España en reproducción asistida, aún no se ha estudiado suficientemente el perfil de las donantes de óvulos, las

motivaciones de su decisión, y si consideran la cantidad que reciben como una compensación resarcitoria o, más bien, una compensación retributiva. Sería interesante contar con esos estudios antes de proponer cualquier forma de legalización de la maternidad subrogada altruista.

Se plantean también dos situaciones relativas al destino del niño que no pueden dejar de considerarse. En primer lugar: ¿qué sucede cuando el *nasciturus* padece problemas de salud y, como consecuencia, los comitentes quieren que la mujer aborte pero ella no está dispuesta a hacerlo? Cabe pensar que, en el marco de una relación altruista en la que la gestante trata de satisfacer los deseos de los comitentes, la gestante se avendrá a lo que le digan. Pero no tiene por qué ser así. El caso de Delaney Skye lo ilustra. Una mujer lesbiana gestaba una niña para una pareja de lesbianas. Al saber que el niño tenía Síndrome de Down, pidieron a la gestante que la abortara. Pero ella decidió, de acuerdo con su pareja, continuar con la gestación y hacerse cargo de ella. Ante esta circunstancia no resulta aventurado pensar que los comitentes tratarían de persuadir a la gestante para que abortara un niño que no tiene nada que ver con ella. Las dos soluciones que primeramente ofrece el derecho resultan claramente deficientes: obligar a la gestante a quedarse con un niño que ella no estaba gestando como hijo propio; o imponer a los comitentes una paternidad que no es en absoluto la que deseaban. Por otra parte, decir que estos problemas deberían quedar resueltos en el contrato es también insuficiente, porque no se pueden dejar enteramente a la autonomía de la voluntad asuntos en los que están en juego derechos fundamentales.

La segunda situación se plantea cuando el niño se queda sin padres comitentes antes de nacer. La propuesta regulatoria para España mantiene la filiación a favor de los comitentes. El efecto de esa decisión es gestar a un niño huérfano antes de nacer. En este caso, se podría dar la opción a la gestante de convertirse en madre del niño. Pero también esta alternativa ofrece problemas.

Las propuestas regulatorias de la maternidad subrogada altruista que hoy se contemplan privilegian claramente los intereses de los comitentes, a costa de las otras partes implicadas. Un último indicio confirma esta apreciación. A la hora de la inscripción en el Registro Civil del nuevo hijo se suele insistir en que no se reflejarán datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación. En consecuencia, el niño habido mediante maternidad subrogada podrá obtener información acerca de sus orígenes biológicos solo en la medida en que así lo quieran los padres. Una disposición así, unida a la del anonimato en las donaciones de gametos que establece la LTRHA, consagra la superioridad de los intereses de los comitentes sobre los del niño a conocer sus orígenes.

Dada la complejidad de situaciones que pueden producirse y los posibles conflictos que pueden generarse, las propuestas reguladoras de la maternidad subrogada altruista suelen exigir la creación de un Registro Nacional de Gestación por Subrogación. En este registro se darían de alta las mujeres que quisieran ser gestantes y se depositarían los contratos de gestación por subrogación. Este instrumento serviría para evitar prácticas fuera de la ley. A su vez, al disponer de toda la información relativa a la gestación subrogada realizada en España, permitiría realizar estudios que sirvieran para orientar las políticas públicas en esta materia.

Dicho lo anterior, no se puede desconocer el desinterés que la Administración pública parece tener por este tipo de registros. Desde hace más de quince años Canadá regula la gestación por sustitución de carácter altruista en términos muy amplios. Acepta tanto la gestación tradicional como la gestacional y que los padres intencionales sean nacionales o extranjeros. Se trata, además, de un Estado con una sólida estructura institucional y administrativa. A fecha de hoy, sin embargo, sigue sin contar con un registro que permita obtener con carácter fidedigno la información relativa a estos procesos. Algo parecido ocurre en España, no ya con la gestación subrogada, sino con los donantes de gametos. En estos momentos seguimos sin disponer ~~en España~~ de un Registro de Donantes de Gametos y Preembriones, a pesar de que ya lo preveía la LTRHA de 1988 y lo vuelve a disponer la vigente ley de 2006. No han faltado, a lo largo de estos años, anuncios por parte del gobierno sobre la inminente aprobación de un decreto de creación de este registro. Pero seguimos sin contar con él.

Desde una aproximación no exhaustiva a estas cuestiones que necesariamente deberían regularse sobre la maternidad subrogada altruista, se concluye que los problemas que plantean son extraordinariamente complejos y las respuestas que han recibido hasta el momento recortan indebidamente libertades de la mujer y dejan desatendidos algunos intereses del menor que, como se ha señalado, tienen un carácter preferente. Pero, además, las experiencias reguladoras de la maternidad subrogada en aquellos países que la contemplan en la actualidad no sirven de referencia, bien porque no resuelven la demanda de este servicio en esos países o bien porque la han acabado convirtiendo en un puro negocio. Ejemplo de lo primero es el Reino Unido, donde los supuestos de gestación subrogada nacional son escasos y la gran mayoría de los británicos recurre a esta vía en el extranjero. Ejemplo de lo segundo son países como India, Tailandia, México, Rusia o Ucrania. En los últimos dos años India, Tailandia y México (concretamente el Estado de Tabasco, que era el único que lo permitía) han prohibido el acceso a la maternidad subrogada a los extranjeros por los escándalos que se han producido en muchos casos. Rusia y, sobre todo, Ucrania, han aprovechado la coyuntura para potenciar su oferta. Por último, como ya

se ha dicho, la maternidad subrogada nacional no puede tratarse aisladamente respecto de la internacional. Tomarse en serio la maternidad subrogada comienza por adoptar las medidas para que los ciudadanos con recursos no puedan llevar a cabo acciones que están prohibidas en España, que atentan contra el orden público nacional o internacional, y que frecuentemente se llevan a cabo en países en los que no están suficientemente garantizados los derechos de las gestantes y de los niños.

Por último, hay que tener en cuenta que la legalización de la maternidad subrogada en un país automáticamente trae consigo un incremento de la demanda, porque personas que no contemplaban en su horizonte esta posibilidad, empiezan a tomarla en consideración en el momento en que se oferta. A nadie se le escapa que la gestación subrogada de carácter altruista es imposible que cubra una demanda que previsiblemente crecería con su legalización. Ante esta situación será inevitable que se busquen alternativas, bien en España presionando para que se permita también la gestación subrogada comercial, o bien en el mercado internacional, donde siempre se podrán encontrar países que vean en ella un buen negocio.

Frente a quienes sostienen que la legalización es el mejor antídoto para combatir el mercado internacional de la maternidad subrogada, se puede sostener lo contrario: que la regulación restrictiva, como sería la gestación por sustitución de carácter altruista, es claramente insuficiente para atender la demanda existente; que la tendencia natural será la de flexibilizar determinadas condiciones (principalmente encubriendo como compensaciones auténticas retribuciones); y que, en un marco legal de aceptación de la práctica bajo ciertas condiciones, los demandantes de estos servicios se sentirán más legitimados para acudir a la oferta internacional y a seguir forzando al Estado a inscribir las filiaciones de los niños obtenidos fuera de España. Más aún, es fácil anticipar que el recurso a la gestación en el extranjero sería la opción principal, ya que para muchas parejas o individuos la distancia territorial entre los comitentes, el niño y la gestante no es solo una necesidad sino que, incluso, se muestra como conveniente para evitar cualquier relación del niño con aquella que lo llevó en su vientre durante nueve meses.

Así pues, si la aprobación de la gestación subrogada en su versión altruista tiene como uno de sus fines primordiales evitar que se siga recurriendo a la lucrativa en el extranjero, puede perfectamente predecirse que tal pretensión fracasará, y acabará legitimando la lucrativa en el extranjero ya que será difícil negar a alguien algo que se permite a nivel nacional, aunque sea con la exigencia de la gratuidad, que no lo lleve a cabo fuera de España. Y, a este respecto, es importante insistir de nuevo en las diferencias entre el contexto actual de la donación de órganos y la gestación subrogada, dado que mientras que la prohibición de donación entre vivos tiene plena

eficacia en virtud de las dificultades que cualquier individuo encuentra si pretende saltarse la prohibición nacional acudiendo al extranjero, en materia de la gestación no ocurre ni va a ocurrir lo mismo por falta de acuerdo internacional.

Por todas estas razones, consideramos imprudente regular la gestación por sustitución altruista. En ese sentido, valoramos positivamente la propuesta que presentó el grupo socialista el pasado año cuando la Asamblea de la Comunidad de Madrid debatió sobre la posibilidad de instar al Gobierno de la nación a que regulara la maternidad subrogada. En ella se propuso “instar al Gobierno español e instar a las Cortes Generales a constituir una subcomisión de estudio con el objeto de abrir un espacio de reflexión y de decisión para proponer reformas legales sobre la gestación subrogada dentro de nuestro país, garantizando en todo caso los derechos reproductivos, los derechos de las mujeres y los derechos de filiación y nacionalidad de los menores afectados, particularmente, con respecto a los países extranjeros y, específicamente, medidas contra el tráfico de seres humanos y el abuso contra las mujeres en el marco de la gestación subrogada”¹⁴.

3.3.- Mantener la nulidad de los contratos de gestación por sustitución a nivel nacional.

Es cierto que algunos países de nuestro entorno permiten la maternidad subrogada bajo unas u otras condiciones. Grecia y Portugal son ejemplos más o menos recientes. Pero la mayoría la prohíben o la consideran nula de pleno derecho y lo hacen por entender que esta práctica atenta directamente contra la dignidad de la mujer y el interés superior del niño. Atenta contra la dignidad de la mujer porque permite que su cuerpo se convierta durante nueve meses en mero instrumento para satisfacer los deseos de otros. Así sucede en todo caso en la maternidad subrogada comercial, pero también (para la mayoría de los miembros de esta comisión) en la altruista. En ambas modalidades el parto supone la ruptura del vínculo humano más fuerte que pueda existir, como es el que une a una madre con su hijo, porque está basado tanto en la voluntad como en el cuerpo. También atenta contra el interés superior del niño porque rompe su vínculo materno tras el parto y le expone a un riesgo frecuente y grave de cosificación.

Fueron estas razones las que inspiraron la regulación sobre maternidad subrogada en España en la LTRHA de 1988, que fue pionera en el mundo. Esas mismas razones llevaron a mantener intacta la regulación de esta materia tras la reforma de la LTRHA en 2006. Pero aunque se sostenga que la maternidad subrogada no tiene por qué

¹⁴ Diario de Sesiones de la Asamblea de Madrid, n. 166, 17 de marzo de 2016, p. 9272.

atentar ni contra la dignidad de la mujer, ni contra el interés superior del niño, y que se puede regular de tal modo que se evite toda suerte de explotación de la mujer y tráfico de niños, entendemos que existen argumentos de índole prudencial para mantener la regulación vigente en España:

- *La precaución recomienda esperar a valorar las consecuencias de la aprobación de la gestación subrogada en países de nuestro entorno.* El incesante avance de la ciencia y de la tecnología propio de estas primeras décadas del siglo XXI, y que no tiene parangón con ninguna de las anteriores etapas de la Historia, viene a dificultar sobremanera la labor del legislador. El marco de certeza y previsibilidad en el que han venido desarrollándose habitualmente la actividad normativa parece haberse ya esfumado en diferentes áreas de la regulación. Si bien la falta de certidumbre es un hecho que define la propia existencia del ser humano y el riesgo le es consustancial a su quehacer diario desde sus orígenes, el contexto ha cambiado en los últimos años notablemente. A los grandes beneficios para la humanidad que nos trae dicho avance se suman nuevos riesgos, hasta ahora desconocidos y, sobre todo, nuevos dilemas e incógnitas que afectan sustancialmente a la toma de decisiones jurídicas sobre su autorización y tolerancia. Este nuevo panorama encuentra su máxima expresión o traducción jurídica en la aparición de un nuevo principio, el principio de precaución, que ya se va incorporando a la mayoría de ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya sea en su expresión de mero principio inspirador del ordenamiento, ya sea en la de elemento decisor. La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico se produce a través de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica, que dispone en su artículo 2 f) que “La investigación se desarrollará de acuerdo con el principio de precaución para prevenir y evitar riesgos para la vida y la salud”. También se proclama en la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, en su artículo 3 d): “Principio de precaución. La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren”. En la casi coetánea Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, se recoge dicho principio en su articulado bajo la denominación de principio de cautela aunque se menciona en su expresión más común en el Preámbulo: “la nueva ley atiende a las perspectivas clásicas de la seguridad alimentaria, como son la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos, y biológicos, desde un nuevo enfoque anticipatorio que se fundamenta jurídicamente en el principio de precaución”.

La aparición del principio responde, pues, a la necesidad de adoptar un enfoque precautorio de las nuevas políticas y verificar si pueden surgir riesgos relevantes para,

entre otros, el medio ambiente o la salud pública a partir de novedades científicas y tecnológicas. Supone la toma de conciencia del legislador acerca de las incertidumbres de los riesgos que pueden acompañar al avance de la ciencia y la técnica.

Ciertamente, la aplicación de dicho principio queda, en sentido estricto, constreñido a aquellos ámbitos directamente vinculados al desarrollo tecnológico y en los que dicho desarrollo presente incertidumbres sobre la posibilidad de que puedan derivarse daños para las personas o el ambiente. Se trata, pues, de ámbitos en los que concurre una incertidumbre sobre la causalidad, es decir, una incertidumbre científica sobre los efectos de la tecnología y no tanto una incertidumbre sobre el impacto social de la norma.

La Comisión Europea (Comunicación de la Comisión sobre el recurso al principio de precaución de 2 de febrero de 2000) señala que puede recurrirse al principio cuando la evaluación científica preliminar objetiva indica que hay motivos razonables para temer que los efectos potencialmente peligrosos para el medio ambiente y la salud humana, animal o vegetal puedan ser incompatibles con el alto nivel de protección elegido para la Comunidad. Ello presupone, en palabras de la Comisión, que se han identificado los efectos potencialmente peligrosos derivados de un fenómeno, un producto o un proceso, y que la evaluación científica no permite determinar el riesgo con la certeza suficiente. La aplicación de un planteamiento basado en el principio de precaución debería empezar con una evaluación científica, lo más completa posible y, si fuera viable, identificando en cada fase el grado de incertidumbre científica.

Sin embargo, algún sector de la doctrina, en una interpretación amplia del principio que va más allá de su formulación y ámbito de eficacia original, y que viene a conectar con la propia idea general de prudencia que ha de informar la labor del legislador en la medida que las normas jurídicas disponen de poder coercitivo, ha invocado dicho principio en el ámbito de la gestación subrogada para recomendar o sugerir no aprobar la gestación subrogada altruista por la incertidumbre de las consecuencias sociales que la misma puede tener respecto de los propios menores y de la familia. Tal precaución o prudencia es especialmente recomendable en el contexto actual en el que cabe esperar a ver qué efectos produce su regulación en países de nuestro entorno como el Reino Unido, sin que concurra una demanda o urgencia social en su aprobación, en la medida que el estatus jurídico del menor que es hijo biológico de, al menos, uno de los comitentes queda garantizado y protegido.

- *Los organismos intergubernamentales que se han pronunciado sobre maternidad subrogada han adoptado posiciones de rechazo o de cautela.* La ONU, a través del

Comité de Derechos del Niño, ha advertido a algunos países como India y Estados Unidos de los riesgos de tráfico de niños con relación a estas prácticas. En su informe sobre derechos humanos y democracia en el mundo de 2014 la Unión Europea las ha calificado como contrarias a la dignidad de la mujer. La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha rechazado una propuesta de regulación de contratos de subrogación. Y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, si bien no ha alcanzado un consenso sobre la posición a seguir en el ámbito internacional, ha señalado los graves riesgos que trae consigo la maternidad subrogada.

- Los intentos de regulación de la gestación por sustitución de carácter altruista, por más rigurosos y garantistas que pretendan ser, generan problemas graves de muy difícil solución. Esta opción ni es suficiente para atender la demanda, ni resuelve el problema de la maternidad subrogada internacional. Aprobar una ley que pretenda satisfacer el deseo parental mediante la gestación altruista solo servirá para plantearse a continuación la gestación retribuida y para tener que aceptar sin condiciones las inscripciones de filiación procedentes de acuerdos de subrogación internacionales. Incluso en países como Canadá, en el que la maternidad subrogada está permitida bajo ciertas condiciones, muchas de las personas o parejas que quieren tener un hijo por esta vía recurren a la gestación comercial en el extranjero.

- La modalidad de maternidad subrogada que principalmente se ha desarrollado por todo el mundo, la comercial internacional, parece vinculada (al menos en muchos casos) a la explotación de las mujeres gestantes. La gestación por sustitución de carácter altruista tiene un carácter residual. Antes de proponer cualquier forma de legalización de la maternidad subrogada parece conveniente tener una información fidedigna acerca del perfil socio-económico de las mujeres que se someten a estas prácticas y del nivel de conocimiento y libertad con el que han participado. Existen elementos más que fundados para sospechar que se trata de mujeres pobres y en situación de exclusión social, o de mujeres que desean obtener ciertos ingresos y no tienen problema en relativizar el proceso de gestación y entrega del niño gestado para conseguirlos.

La regulación actual no ha impedido que en España prolifere la maternidad subrogada internacional de carácter comercial. Para ello se ha aprovechado un presunto vacío legal (a pesar de que la Sentencia del TS de 2014 dejó claro que no existía tal) y la cobertura administrativa de una Instrucción de la DGRN contraria a la doctrina del TS. Este anómalo estado de cosas debe resolverse de forma inmediata. Entre tanto sigue habiendo personas que recurren a estas prácticas en el extranjero, confiando en que podrán inscribir a su favor en España la filiación de los hijos encargados en el extranjero. Las agencias mediadoras, lejos de advertir sobre la irregularidad de la

situación y el consiguiente margen de inseguridad jurídica en el que se realizan esas acciones, dan por supuesto que no existe problema legal alguno.

Entendemos que esta situación no puede sostenerse de forma indefinida y exige una respuesta eficaz del legislador. La propuesta con la que concluimos este informe va dirigida precisamente a garantizar lo que la LTRHA quiso garantizar tanto en 1988 como en 2006: la nulidad de los contratos de gestación subrogada independientemente del lugar en que se celebren, para evitar así la explotación de las mujeres y la lesión del interés superior de los niños.

Conclusión

A lo largo de este 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.

España, junto con muchos otros países de nuestro entorno cultural y del resto del mundo, ha rechazado de forma continuada esta práctica. Lo hizo cuando aprobó la primera regulación sobre reproducción humana asistida en 1988 y lo ratificó tanto en la reforma de 2003 como en la nueva ley sobre reproducción humana asistida de 2006. La experiencia de los últimos años, sin embargo, ha evidenciado que la norma vigente no resulta suficientemente efectiva para alcanzar el objetivo que persigue: la nulidad de los contratos de maternidad subrogada. Aprovechando las leyes permisivas de algunos países, ciudadanos españoles celebran este tipo de contratos en el extranjero y, a continuación, logran inscribir la filiación de los niños obtenidos por esta vía en el Registro Civil de España. Este tipo de contratos e inscripciones contradicen el parecer del Tribunal Supremo, que se manifestó sobre este asunto en 2014 y 2015, declarando su nulidad y los demás efectos que ésta comporta.

Puesto que no somos legisladores, ni un órgano creado para el asesoramiento técnico-jurídico, entendemos que no nos corresponde articular la propuesta de reforma de la ley vigente que consideramos necesaria para que siga alcanzando el objetivo para el que fue creada. En todo caso, pensamos que dicha reforma debería estar orientada por tres criterios fundamentales:

- Principio de mínima intervención. La ley vigente establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución; no sanciona a quienes intenten llevarlos a cabo. La reforma de la ley debería orientarse a lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero. Para contribuir a la efectividad de la medida podría considerarse la posibilidad de sancionar a las agencias

que se dedicaran a esta actividad. Solo en el caso de que estas medidas resultaran insuficientes para impedir la gestación por sustitución en el extranjero se debería considerar la posibilidad de recurrir a otras medidas legales que reforzaran su cumplimiento.

- Hacia una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional. Las desgraciadas experiencias de países en los que esta práctica ha puesto crudamente de manifiesto la explotación a la que son sometidas las mujeres gestantes es una razón fuerte para que España defienda, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional.

- Transición segura. No se puede desconocer que, en estos momentos, un número indeterminado de españoles está inmerso en procesos de maternidad subrogada internacional. Es importante que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Para ello se garantizará que su filiación en el extranjero se realice conforme a la doctrina establecida por el TS.

Madrid, a 19 de mayo de 2017

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, ante esta situación de cierto descontrol y de desprecio o postergación de nuestro sistema jurídico, por un lado, y de la desigualdad que provoca entre los ciudadanos y de escasa sensibilidad hacia la situación individual en la que puedan encontrarse muchas mujeres gestantes que les ha llevado a asumir su función de madres a término (prefiero no generalizar ni simplificar), me parece prudente el criterio unánime adoptado por el Comité. Ante el presente caos, sin olvidar los esfuerzos que está realizando el Tribunal Supremo por reconducirlo hacia cierta coherencia normativa, no cabe, en mi opinión y al día de hoy, otra respuesta mejor que la de asumir la nulidad del contrato de gestación por sustitución que señala la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Soy consciente de que no es una solución plenamente satisfactoria y que no será compartida por diversos sectores de la población, pues no atiende otras perspectivas y necesidades que merecen alguna ponderación añadida. Sin embargo, de todas las posiciones que ha recogido el Informe del Comité de Bioética de España, y puedo afirmar que no se ha descuidado

mencionar al menos las más significativas, no creo que, por el momento, y mientras no se ponga orden a la situación actual, haya alguna que sea claramente preferible.

Por otro lado, tampoco me parece satisfactorio propugnar el mantenimiento del régimen legal actual sin plantear otras propuestas encaminadas a reforzarlo, de modo que la voluntad de la ley sea efectivamente respetada. Primero, porque podría interpretarse como la asunción de que la situación actual se considera deseable o al menos satisfactoria, asumiendo la vulneración de nuestro ordenamiento jurídico con su práctica en el extranjero y de este modo la continuidad de su aplicación fraudulenta. En segundo lugar, porque de algún modo significaría aceptar las desigualdades que se generan entre las parejas en función de su capacidad económica, y el hecho de que de forma velada por algunas instituciones y abierta por algunas agencias intermediarias se fomente el recurso a la maternidad subrogada de nuestros conciudadanos en el extranjero. En tercer lugar, porque es cierto que con la situación actual no hay límite normativo alguno, pues las parejas pueden elegir el país que mejor se adapte legalmente a sus necesidades o aspiraciones particulares. Por consiguiente, los poderes públicos deberían intervenir con el fin de adoptar las medidas legales y de otro tipo que sean necesarias para cortar radicalmente esta situación, con los efectos jurídicos a que ello pudiera dar lugar, siempre que no comporten un perjuicio para los derechos e intereses de las criaturas nacidas por medio de estas técnicas. En el Informe se mencionan algunas, pero creo que podría haber otras más no menos eficaces.

Dicho lo anterior, tampoco me parece que la mencionada deba tomarse como la respuesta definitiva. En una futura, y esperemos que cercana, situación de mayor seguridad jurídica, podría plantearse la posibilidad de abrir la maternidad subrogada a ciertas situaciones, siempre vistas como excepcionales. Como premisas habría que saber conjugar, como señalaba más arriba, por este orden, los intereses de los hijos, los de las madres gestantes y los de las parejas comitentes. Sobre esto no puedo extenderme demasiado en un voto particular que de entrada concurre con el Informe, pero que ahora pretende mirar también hacia el futuro.

Como punto de partida, creo que la maternidad subrogada no está desprovista de valores éticos que deben ser reconocidos y promovidos, si somos capaces de eliminar o reducir al mismo tiempo otros que, al menos por algunos sectores, son rechazados y que podrían postergar aquellos valores. En efecto, no podemos negar que puede promover -cierto, no siempre- la solidaridad entre las personas; también el altruismo. Se sostiene con frecuencia que estos valores sólo son imaginables entre personas allegadas previamente entre sí, en particular si son familiares, pues solo entre ellas podemos presumir que se actúe por solidaridad y con altruismo. Sin desconocer la

realidad en la que puede basarse este argumento, me cuesta admitir que no pueda haber mujeres no emparentadas capaces de un gesto solidario relevante, con independencia de que en todos los casos mencionados incluso se les pueda atribuir una compensación (establecer el matiz diferencial entre compensación y precio no es tarea en absoluto fácil, pero no puedo entrar en ello aquí; como tampoco en discutir la posición opuesta que sostiene que es mejor excluir la relación de parentesco con el fin de prevenir la confusión de roles que puede producirse entre las dos madres, sobre todo la gestante: madre y abuela, madre y tía, etc.; hay especialistas competentes para identificar este riesgo y su magnitud, incluso hasta poder llegar a manifestaciones patológicas, que deberían ser tratadas de forma singularizada). Con estas por desgracia breves reflexiones, quiero llamar la atención sobre posiciones a veces maximalistas y poco matizadas. La maternidad subrogada no supone, en sí misma, una explotación de la mujer -gestante-, pero, como sabemos, existe el riesgo real de que así suceda; no supone en cuanto tal, una compraventa de niños, pero sí que puede situar en el núcleo de la gestación el aspecto mercantilista. Y así podríamos continuar con argumentos esgrimidos de semejante tenor.

Puesto que la maternidad subrogada no está exenta de promover las virtudes y hasta valores jurídicos mencionados más arriba -no vamos a categorizarlos ahora-, y también otros; puesto que puede servir para que parejas infértiles (patológica o funcionalmente), heterosexuales u homosexuales puedan tener descendencia dentro de un conjunto de principios y reglas, deberíamos mantener despejada la atalaya para ser capaces de percibir cuándo sería el momento oportuno para que pueda intervenir el legislador, esperemos que no a muy largo plazo, y abrir una puerta a la maternidad subrogada.

Sabemos que cualquier marco legal que se abra a la maternidad subrogada comporta el riesgo de desviaciones y de prácticas corruptas más o menos encubiertas. Valorar esto y si es posible construir medios que lo prevengan, desenmascaren o reduzcan de forma eficiente es la primera reflexión que habrá que afrontar. Téngase en cuenta que este marco legal tendría (debería tener) como efecto que la mayor parte de estos casos se realizarían en nuestro país, donde operarían -deberían operar, no siempre ha sido sencillo- los mecanismos habituales de supervisión y control en materia de salud, más teniendo en cuenta que nos encontramos ante unos procedimientos más disponibles en el sector privado con respecto al público; y que las variantes excluidas de ese hipotético marco legal futuro que pretendieran realizarse en el extranjero deberían arrostrar con mayor contundencia el fraude de ley en el que pudieran llegar a incurrir, siempre, como vengo diciendo, garantizando la salvaguarda de los intereses legítimos de los hijos nacidos. Habría que pensar asimismo en otras respuestas, como

que las tareas de intermediación, las cuales es previsible que se reducirían considerablemente, tanto en nuestro país como en el extranjero, fueran asumidas en exclusiva por entidades mixtas sin ánimo de lucro. En derecho comparado tenemos algunas soluciones legales y muy valiosas sentencias del Tribunal Europeo de Derecho Humanos que han pronunciado argumentaciones y fallos muy valiosos. Sin embargo, no creo que en la situación actual una internacionalización de las respuestas contra la maternidad subrogada o, en su caso, contra los excesos, sea un camino fructífero.

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

Sí quiero terminar diciendo que tanto las autoridades como los ciudadanos encontrarán en el Informe una información abundante, pertinente y variada en sus diversas perspectivas, pues es un documento que ha sido discutido, razonado y redactado con especial minuciosidad, en el que todos hemos aportado lo que en nuestro mejor saber y entender podría ser pertinente. Incluso aunque ni las autoridades ni los ciudadanos compartan completamente las conclusiones a las que ha llegado el Comité, pues realmente ya se deduce que esto no parece posible hoy, encontrarán elementos suficientes para formar su propia opinión razonada. Por supuesto, tampoco pretendo con este voto convencer a nadie, pues como se ha visto, no se alinea por completo con ninguna posición en particular, lo que le deja más abierto a la crítica. Pero así lo asumo.

En Bilbao, a 16 de Mayo de 2017.